

LISTE DES PRINCIPALES ABREVIATIONS

Aff.	: Affaire
AFDI	: Annuaire français du droit international
AG	: Assemblée générale
AIDP	: Association internationale de droit pénal
AJ fam.	: Actualité juridique de droit de la famille
AJ Pénal	: Actualité juridique de droit pénal
al.	: alinéa
AMU	: Aix-Marseille Université
APC	: Archives de politique criminelle
arr.	: arrêté
arr. min.	: arrêté ministériel
arr. roy.	: arrêté royal
art.	: article
ASBL	: Association sans but lucratif
ASF	: Avocat sans frontières
Ass.	: Assemblée plénière de la Cour de cassation
AYIL	: African Yearbook of International Law
be.	: belge
BICE	: Bureau international catholique de l'enfance
BO	: Bulletin officiel
BC	: Bulletin des arrêts de la chambre criminelle de la C.cassation (France)
C.	: Code
c/	: contre
CA	: Cour d'appel
CABDE	: Charte africaine des droits et du bien-être de l'enfant
CADHP	: Charte africaine des droits de l'Homme et des peuples
CASF	: Code de l'action sociale et des familles
Cass.	: Cassation
Cass. ch. Mixte	: Cour de cassation réunie en Chambre mixte
Cass. ch. Réunies	: Cour de cassation en chambres réunies
Cass. civ.	: Chambre civile de la Cour de cassation

CC	: Code civil
CCJA	: Cour commune de justice et d'arbitrage de l'OHADA
C.const.	: Conseil ou Cour constitutionnel(le)
CDE	: Comité des droits de l'enfant
CDIPH	: Clinique de droit international pénal et humanitaire
CE	: Conseil d'Etat
CEDH	: Cour européenne des droits de l'Homme
CEE	: Communauté économique européenne
CDF	: Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne
CESDH	: Convention européenne sur la sauvegarde des droits de l'Homme
CEPAS	: Centre d'études pour l'action sociale
CF	: Code de la famille
ch.	: Chambre
Chr.	: Chronique
CIADH	: Convention interaméricaine des droits de l'Homme
CIDE	: Convention des Nations unies relative aux droits de l'enfant
CIC	: Code d'instruction criminelle
CICR	: Comité international de la Croix-Rouge
Circ.	: Circulaire
CJCE	: Cour de justice des communautés européennes
CJM	: Code judiciaire militaire
C.jud.	: Code judiciaire (Belgique)
CmADH	: Commission africaine des droits de l'Homme et des peuples
COCJ	: Code de l'organisation et de la compétence judiciaires (Congo)
COJ	: Code de l'organisation judiciaire (France)
col.	: Collection
cons.	: Considérant
Const.	: Constitution
Contra	: En sens contraire
Conv.	: Convention
CPRK	: Centre pénitentiaire et rééducation de Kinshasa
CP	: Code pénal
CPC	: Code de procédure civile
CPI	: Cour pénale internationale

CPM	: Code pénal militaire
CPP	: Code de procédure pénale
CRDF	: Cahiers de la recherche sur les droits fondamentaux
CRIDP	: Centre de recherche interdisciplinaire sur la déviance et la pénalité
Crim.	: Chambre criminelle de la Cour de Cassation
CRPC	: Comparution avec reconnaissance préalable de culpabilité
CSM	: Conseil Supérieur de la Magistrature
CSP	: Code de la santé publique
D.	: Décret
D. 1950	: Décret du 06/12/1950 sur l'enfance délinquante (Congo)
DDHC	: Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen
DDR	: Désarmement, Démobilisation et Réinsertion
DIDH	: Droit international des droits de l'Homme
DIH	: Droit international humanitaire
Déc.	: Décision
dir.	: Sous la direction de
D.L	: Décret-loi
doc.	: Document
DPM	: Droit pénal des mineurs
DUDH	: Déclaration universelle des droits de l'Homme
ECL	: Enfant en conflit avec la loi
éd.	: Edition
EGEE	: Etablissement de garde et d'éducation de l'Etat
EIC	: Etat indépendant du Congo
ESD	: Enfant en situation difficile
ex.	: Exemple
fr.	: français
Gaz. Pal.	: Gazette du Palais
GC	: Grande chambre de la CEDH
GM	: Guerre mondiale
Ibid	: Ibidem
In	: Dans
Infra	: Voir ci-dessous
Inst.	: Instance

JAF	: Juge aux affaires familiales (France)
JCP	: Juris-classeur pénal
JDJ	: Journal des droits des jeunes
JLD	: Juge des libertés et de la détention (France)
JO	: Journal officiel
JPE	: Juge pour enfants
JT	: Journal des tribunaux
L.	: Loi
L.O	: Loi-organique
LPE	: Loi du 10/01/2009 sur la protection de l'enfant (Congo)
LPJ	: Loi du 08/04/1965 relative à la protection de la Jeunesse (Belgique)
MARC	: Modes alternatifs de règlement des conflits
MAP	: Mandat d'arrêt provisoire
MDG	: Mise à disposition du gouvernement
MGEP	: Mesures de garde, d'éducation et/ou de préservation
MONUC	: Mission des Nations Unies en République démocratique du Congo
n°	: numéro
OG n°10	: Observation générale n°10 (2007) du Comité des droits de l'Homme
OHADA	: Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires
OIF	: Organisation internationale de la francophonie
O.L	: Ordonnance-loi
OMP	: Officier du Ministère public
ONU / N.U.	: [Organisation des] Nations-Unies
Op. cit.	: « Opus citatum » ou « Opere citato » (dans l'ouvrage cité)
OPJ	: Officier de police judiciaire
Ord.	: Ordonnance
Ord.1945	: Ordonnance du 02/02/1945 relative à l'enfance délinquante(France)
OUA/U.A	: Organisation de l'Unité africaine / Union africaine
p. (pp.)	: Page(s)
PA	: Protocole(s) additionnel(s)
PF	: Protocole(s) facultatif(s)
PIDCP	: Pacte international relatifs aux droits civils et politiques
PIDESC	: Pacte international relatifs aux droits sociaux, économiques et culturels
PJJ	: Protection judiciaire de la jeunesse

Préc.	: Précité
Pt	: point
PUAM	: Presses universitaires d'Aix-Marseille
PUC	: Presses universitaires du Congo
PUF	: Presses universitaires de France
PUG	: Presses universitaires de Grenoble
PUK	: Presses universitaires de Kinshasa
Rap.	: Rapport
RBDI	: Revue belge de droit international
RBDC	: Revue belge de droit constitutionnel
Rec.	: Recommandation
RCDIP	: Revue critique de droit international privé
RSC	: Revue des sciences criminelles et de droit pénal comparé
Rés.	: Résolution
RDC	: République démocratique du Congo
RDP	: Revue de droit pénal
RDPC	: Revue de droit pénal et de criminologie
RDPE	: Revue de droit pénal de l'entreprise
RGD	: Revue générale de droit
RHEI	: Revue d'histoire de l'enfance « irrégulière »
RICPT	: Revue internationale de criminologie et de police technique
RICR	: Revue internationale de la Croix-Rouge
RIDC	: Revue internationale de droit comparé
RIEJ	: Revue interdisciplinaire d'études juridiques
RIPC	: Revue internationale de politique criminelle
RJT	: Revue juridique Thémis
RJZ	: Revue juridique du Zaïre
RMP	: Registre du ministère public
RQDI	: Revue québécoise de droit international
RRJ	: Revue de la recherche juridique – Droit prospectif
RTDH	: Revue trimestrielle des droits de l'Homme
svt.	: Suivant(e)s
spéc.	: Spécialement
supra	: Voir ci-dessus

T.	: tome
TGI	: Tribunal de grande instance
TPE	: Tribunal pour enfants
Tricom	: Tribunal de commerce
Tripaix	: Tribunal de paix
Tritrav	: Tribunal de travail
TSSL	: Tribunal Spécial pour la Sierra Leone
TUE	: Traité sur l'Union européenne
TFUE	: Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne
UE	: Union européenne
UNICEF	: Fonds des nations unies pour la femme et l'enfance
UPC	: Université protestante au Congo
UCL	: Université catholique de Louvain
URL	: « Uniform Resource Locator » (adresse web)
vol.	: Volume

SOMMAIRE

Partie 1 : Le Durcissement de la règle pénale à l'égard du mineur-délinquant

Titre 1 : *L'approche juridique de la délinquance des mineurs*

Chapitre 1 : Une responsabilité pénale innommée

Chapitre 2 : Une responsabilité pénale partiellement avouée

Titre 2 : *Le traitement extra-judiciaire de la délinquance des mineurs*

Chapitre 1 : Une déjudiciarisation avec irresponsabilisation

Chapitre 2 : Une déjudiciarisation avec responsabilisation

Partie 2 : Le Renforcement de la protection pénale du mineur-délinquant

Titre 1 : *La subjectivisation partielle de la responsabilité pénale du mineur*

Chapitre 1 : Une responsabilité pénale objective prégnante

Chapitre 2 : Une responsabilité pénale subjective émergente

Titre 2 : *L'autonomisation relative de l'action publique à l'encontre du mineur*

Chapitre 1 : Une spécification structurelle limitée

Chapitre 2 : Une spécialisation fonctionnelle limitée

PROLEGOMENES

« ... Si efficaces et bien organisées que soient des institutions et des lois, elles doivent être réformées ou abolies si elles sont injustes »¹.

« ... Mais il est très important, quand on veut faire œuvre de transformation et de renouvellement, de savoir non seulement ce que sont les institutions et quels sont leurs effets réels, mais également quel est le type de pensée qui les soutient »².

1/. Prétendre construire un droit pénal des mineurs (DPM) en République démocratique du Congo (RDC) paraît une œuvre doublement suicidaire qui appelle à surmonter d'innombrables difficultés liées à la fois à l'hétérogénéité de l'objet d'étude ainsi qu'à l'approche comparative dans laquelle veut s'inscrire ladite étude. Cet intitulé hérissierait, à coup sûr, dans l'esprit de tout lecteur, particulièrement congolais, plusieurs interrogations telles que : qu'en est-il du régime pénal applicable aux mineurs délinquants en RDC ? Existe-t-il un « Droit des mineurs » en RDC ? L'évolution des droits [subjectifs] des mineurs dans ce pays est-elle suffisante et homogène pour prétendre à la création d'un « Droit des mineurs » ? Comment prétendre « punir » – puisque c'est à cela que renvoie le « droit pénal »³ – des individus dépourvus de volonté éclairée ; et qui, dans le contexte africain, sont « au cœur d'une pauvreté et d'une insécurité routinières et persistantes »⁴, ou sont victimes d'un mépris caractérisé de leurs droits ? « Et, pourquoi pas les punir comme les adultes ? », me rétorquera

¹ RAWLS J., *Théorie de la justice*, Seuil, col. Points, Paris, 2009, p.9.

² FOUCAULT M., *Dits et écrits IV*, Gallimard, Paris, 1994, p.637.

³ Le droit pénal, comme l'indique bien son nom, est, nonobstant ses développements ultérieurs et certaines subtilités, avant tout un droit des peines ou de la punition : le droit de punir ou de réprimer les comportements antisociaux. C'est la peine (du grec « *poînê* », du latin « *poena* » traduit par « compensation ») qui donne à une règle de droit son caractère pénal, et fonde la spécificité de cette branche de droit. Lire BOULOC B., *Droit pénal général*, Dalloz, 23^{ème} éd., Paris, 2013, p.31 ; DEBOVE F., FALLETTI F. & DUPIC E., *Précis de droit pénal et de procédure pénale*, PUF, 5^{ème} éd., Paris, 2013, p.237 ; DESPORTES F. et LE GUNEHEC F., *Droit pénal général*, Economica, 16^{ème} éd., Paris, 2009, p.10-12 ; GARCON E. et PELTIER V., *Droit de la peine*, Litec, Paris, 2011, §.49 ; KUTY F., *Principes généraux du droit pénal belge*, T.1 : La loi pénale, Larcier, 2^{ème} éd., Bruxelles, 2009, p.21 ; T.2 : L'infraction pénale, 2010, p.523 ; LE ROY J., *Droit pénal général*, LGDJ, 4^{ème} éd., Paris, 2013, pp.10, 355 ; PRADEL J., *Droit pénal général*, Cujas, 21^{ème} éd., Paris, 2016, pp.18, 511 et svt ; SCHUIND G., *Traité pratique de droit criminel*, Bruylant, 3^{ème} éd., T.1, Bruxelles, 1944, p.67 ; VANDERMEESCH D., *Eléments du droit pénal et de procédure pénale*, La Charte, 3^{ème} éd., Bruxelles, 2009, p.9.

⁴ BOUKONGOU J-D., « Le système africain de protection des droits de l'enfant : exigences universelles et prétentions africaines », *CRDF*, n°5, 2006, pp.97-108.

certainement le citoyen *lambda* indigné et exaspéré par le laxisme du droit positif face à une criminalité infantile persistante, galopante et de plus en plus violente. Par ailleurs, le concept de « droit pénal des mineurs », dont l'encrage n'est plus contestable en droit européen, voit ses frontières se dissiper continuellement, à des dimensions différentes selon les obédiences politico-idéologiques des Etats, au point que l'on pourrait se demander s'il reste encore un « noyau dur »⁵ dont la RDC pourra s'inspirer ? Bref, on pourrait multiplier à l'envi des questions étant donné que l'incongruité⁶ de toute étude relative à la délinquance des jeunes, ainsi que l'efficacité des réponses lui apportées, sont éminemment d'actualité, quelles que soient les époques.

2/. Au demeurant, il ressort de toutes ces interrogations que la présente étude jaillit de la collision de deux principaux concepts, vraisemblablement banaux et antipodiques – « enfance » (I) et « droit criminel » (II) – qu'il sied de préciser. A cet effet, cet exposé introductif, essayant de répondre aux questions sus évoquées, circonscrit la problématique, esquissera quelques-unes des idées principales de notre théorie et précisera la méthodologie d'approche. Il se recoupera inévitablement avec des analyses ultérieures.

1. Le statut juridique de l'enfant : (r)évolution et contre-(r)évolution

3/. **L'enfant.** Avant d'être un objet juridique, – particulièrement pénal –, l'enfant est préalablement un objet social. Il est défini par la Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant (CIDE)⁷ comme toute personne âgée de moins de dix-huit ans. Ce mot est

⁵ Expression utilisée par la doctrine publiciste pour désigner les droits fondamentaux dont la jouissance ne peut faire objet d'une suspension, quelles que soient les circonstances, à l'opposé des ceux qui le peuvent en raison des dangers publics graves auxquels pourrait être confronté l'Etat. Nous l'empruntons pour mettre en évidence l'un des principaux questionnements de notre étude qui consiste à savoir s'il peut aussi se dégager, malgré les particularités des systèmes juridiques nationaux et l'évolution temporelle, des règles communes et universelles indérogeables en droit pénal des mineurs.

⁶ CARIO R., *Jeunes délinquants : A la recherche d'une socialisation perdue*, L'Harmattan, Paris, 2000, p.15.

⁷ Adoptée le 20/11/1989, par l'Assemblée générale, la CIDE entra en vigueur le 02/09/1990 après sa 20^{ème} ratification conformément aux prescrits de son art. 49. La France, la RDC et la Belgique, Etats qui feront particulièrement objet de cette étude, l'ont respectivement ratifié 07/08/1990, le 22/08/1990 et le 16/12/1991. Aucun autre traité international relatif aux Droits de l'Homme n'a suscité un tel engouement : A ce jour, seuls quatre pays, sur les 197 Etats souverains et indépendants reconnus par les Nations Unies, ne l'ont pas ratifié. Il s'agit des Etats-Unis (ayant signé le 16/02/1995), de la Somalie (ayant signé 09/05/2002), du Soudan du Sud (devenu Etat depuis le 09/07/2011) et de la Palestine. La CIDE compte aujourd'hui, par ailleurs, trois protocoles facultatifs portant respectivement sur la vente d'enfants, la prostitution des enfants et la pornographie mettant en scène des enfants ; l'interdiction d'impliquer des enfants dans les conflits armés ; et la mise en œuvre de procédés permettant aux enfants de porter plainte auprès de l'ONU lorsque leurs droits sont bafoués. Le dernier protocole, adopté en décembre 2011, peine à emballer les Etats-membres ; seuls trente-sept Etats l'ont signé et six l'ont ratifié à ce jour. Pour plus de précision, voir <http://www.unric.org/fr/actualite/2055-droits-de-lenfant-appel-de-lonu-a-la-ratification-de-la-convention-relative-aux-droits-de-lenfant>, consulté le 20/10/2014.

aujourd'hui beaucoup plus largement entendu que l'on croirait à son unanimité sémantique. Pourtant, il reste polysémique, variable dans le temps⁸, dans l'espace⁹ et selon les disciplines¹⁰. Dans le langage courant, il renvoie au lien de filiation ou, plus souvent, à une personne humaine de très bas âge ; mais il est aussi souvent confondu avec « adolescent¹¹ » et « jeune¹² ». L'emprunt par le droit et ses professionnels de ces termes, qui a priori ne sont

⁸ Les concepts juridiques, selon Daniel GUTMANN [in *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, Paris, 2003, p.613], « sont généralement des purs produits de leur temps, par ce que les réalités auxquelles ils renvoient sont elles-mêmes le produit des contingences de l'époque ». Ainsi, même au sein d'une société, les seuils de minorité varient souvent selon les époques et dépendamment de leur conception de l'enfance. En France et en Belgique, par exemple, Fixés aux alentours de 12-14 ans à l'époque romaine, ils furent élevés aux environs de 25 ans jusqu'au XVII^{ème} siècle, puis rabaissés à 21 ans au début du siècle dernier et à 16-18 ans après la seconde moitié du même siècle. Quant à la RDC, fixé à 18 ans en 1950, le seuil pénal fut rabaissé à 16 ans en 1978 et ramené 18 ans en 2009.

⁹ L'Afrique dite « précoloniale » est une société « *équivalencière* » où, contrairement à une société « *numériste* », le nombre ne constitue pas un critère pertinent d'ordonnement social. Ce rapport s'apercevait dans les différents aspects de la vie quotidienne. Dans le commerce, par exemple, les échanges se faisaient sur base d'équivalence (ou de compensation) des produits en lieu et place de la monnaie (comme valeur d'échange) et des unités fixes de mesure (comme critère d'échange). La prégnance de cette pratique, communément qualifiée de « troc », dans la société africaine moderne contredit manifestement la pensée qui la réduisait à un fait historique (un système économique primitif) ou un fait exceptionnel (un système supplétif en cas de raréfaction des signes monétaires) : jusqu'à ce jour, la vente des produits vivriers en RD Congo s'effectue quasiment par tas (« *mipiku* » en *lingala*) en dépit de la présence d'instruments de mesure. Dans le même ordre d'idée, la notion d'enfance, pour ces sociétés, n'était pas nécessairement circonscrite dans le critérium mécanique d'âge mais plutôt dans un cumul d'indices physiques (la virilité, la fécondité, etc.), socio-économiques (avoir une case ou savoir la construire, avoir appris ou pratiqué un métier permettant d'assurer son indépendance économique...) et même, comportementaux. De telle sorte que deux enfants nés le même jour pouvaient adhérer à des moments différents dans le monde adulte. L'on peut également retrouver dans nos sociétés africaines dites modernes ces stigmates « *équivalenciers* » appliqués à la fixation du seuil de l'enfance. En effet, il est fréquent que certaines personnes ayant déjà dépassé l'âge légal de la minorité soit encore considérée et traitée, par la société congolaise y compris les intervenants judiciaires, comme des mineurs. Même le législateur fait fréquemment usage de l'expression « *d'enfant apparemment âgé* » qui ne traduit toujours pas, à notre avis, un aveu d'impuissance du pouvoir public face à l'obligation de nantir tout natif congolais d'un acte de naissance, mais plutôt cette idée d'« équivalence » ou d'« à peu-prisme ». Qu'à cela ne tienne, même dans les sociétés modernes, culturellement proches, l'on peut trouver des seuils différents durant une même époque, quoi que la tendance actuelle accuse une certaine démarche d'uniformité, dues à l'essor des entités supranationales.

¹⁰ Il suffirait de prendre un dictionnaire juridique pour se convaincre de la diversité de seuils de minorité, par conséquent de la capacité dolosive ou contractuelle, dépendamment des branches de droit et même des matières. Malgré les tentatives d'harmonisation, la capacité juridique diffère selon qu'il s'agit du droit civil (droit de nationalité, droit de responsabilité civile, droit bancaire...), du droit du travail ou du droit pénal.

¹¹ L'adolescence (« *de ad* » : faire, « *olescere* » : croître ; ou « *adolescere* » : grandir), construction sociale de la seconde moitié du XX^{ème} siècle, peut étymologiquement être traduite par la période de la croissance. Elle est l'âge qui succède à l'enfance et qui commence avec les premiers signes de la puberté (Littre) ; ou encore, l'âge de la vie qui suit la petite enfance et s'étend jusqu'à l'âge adulte (Dictionnaire en ligne de l'Académie française, consultable sur <http://www.cnrtl.fr/>). La puberté et l'âge viril étant flexibles, on s'accorde donc à situer l'adolescence entre 14 et 21 ans environ.

¹² Ce terme est autant polysémique que celui de l'« enfant ». Pour Le Littré « adolescence » et « jeunesse » sont synonymes dans le langage scientifique et expriment l'âge compris entre l'enfance et l'état adulte ; mais sont dissociés dans le langage ordinaire où « adolescence » désigne la première partie de la jeunesse. Quant au dictionnaire en ligne de l'Académie française, il définit la jeunesse comme étant la période de vie entre l'enfance et l'âge mûr (qu'il situe à trente-cinq ans) que l'on peut scinder en deux ; la *première jeunesse* (correspondant à l'adolescence) et la *seconde jeunesse* (de l'adolescence à la maturité). Dans le même ordre d'idée, la Charte africaine de la jeunesse définit par « jeune », toute personne âgée de 15 à 35 ans. Il s'avère donc que les limites de la jeunesse ne sont pas précises : le seuil inférieur fait appel à une notion biologique (fin de l'enfance ou la puberté) et le seuil supérieur, à une notion socio-psychologique plus complexe (la

pas juridiques, complexifie davantage leur appréhension. N'étant à son aise ni avec le terme « *enfant* » qu'il estime trop général et susceptible de déresponsabiliser une catégorie des personnes dotées de discernement suffisant, ni encore avec celui de « *mineur* »¹³ qui est critiqué au motif de sa dépersonnalisation au profit de la catégorisation juridique, le juriste fait parfois recours à « *jeune* » pour désigner les personnes dont l'âge est à cheval sur le seuil de la majorité. Or, ce dernier concept aussi, – incluant deux catégories juridiques différentes –, ne résout en aucun cas le problème. Même le Constituant congolais, est tombé dans ce traquenard onomasiologique au point qu'il a carrément consacré une expression redondante (« **enfant-mineur** »¹⁴). C'est à juste titre, que le concept « *enfant* » demeure une « énigme pour le juriste en quête de certitude »¹⁵.

4/. Face à cette tourmente, nous avons été tenté de souscrire, à l'exemple de la plupart d'Etats, à la définition proposée par les conventions internationales. Hélas, toutes ne sont pas unanimes sur le seuil maximal de l'enfance : même si la Charte africaine des droits et du bien-être de l'enfant (CADBE)¹⁶ est plus intransigeante que la CIDE en retirant aux Etats signataires la latitude de le fixer, les autres conventions, cependant, ne se limitent qu'à

maturité). Dès lors, pour le sociologue, est « *jeune* » celui que telle société considère comme tel : le jeune africain ne sera pas forcément identique au jeune européen. Enfin, pour le juriste, la notion est « *incassable* » parce qu'étant à cheval entre deux catégories juridiques (minorité et adulte). Le pénaliste utilise le concept « **jeune-adulte délinquant** » pour désigner les délinquants de 18 à 25 ans pour lesquels un courant de pensée, estimant que leur maturation physiologique, psychologique ou sociale ne soit encore achevée, suggère un régime de responsabilité proche de celui des mineurs [GUINCHARD S. & DEBARD T. (dir.), *Lexique des termes juridiques*, Dalloz, 25^{ème} éd., Paris, 2017, p. 638].

¹³ Du grec « *minor* », le terme « *mineur* » signifie étymologiquement « *moins de* ». A chaque qu'il est utilisé, il doit être suivi d'un âge. Mais depuis un temps, certains législateurs l'ont utilisé pour désigner une catégorie juridique des personnes dont l'âge est en deca d'un seuil spécifique et contre qui l'on ne pouvait retenir la responsabilité (21, 18 ou 16 ans). D'où, l'expression de « *minorité* ».

¹⁴ Le droit congolais prévoit, en effet, plusieurs concepts pour désigner cette tranche d'âge. Si les textes civilistes (Code civil Livre 1, Code de la famille de 1987) et pénaux (particulièrement, le Décret du 06/12/1950 sur l'enfance délinquante) parlent du « **mineur** », l'art. 41 Const. du 18/02/2006, qui est considéré par le courant protectionnel comme l'amorce de l'harmonisation des minorités pénale et civile, innove avec le concept d'« **enfant-mineur** » pendant que la CIDE et la CADBE [voir note 16], ratifiées avant sa rédaction et son entrée en vigueur, avaient déjà consacré et vulgarisé le concept d'« **enfant** ». On aurait cru à une évolution conceptuelle jusqu'à ce que l'art. 2.1 de la L. n°09/001 du 10/01/2009 portant protection de l'enfant vienne encore semer le doute en revenant sur le concept « **enfant** ». Sans réfuter son esprit unificateur, précisons néanmoins que la formulation de la disposition constitutionnelle précitée n'est pas heureuse : la présence dans la même disposition des concepts [« **enfant mineur** » (al. 1 à 3, 7) et « **enfant** » (al.4 à 6)], utilisés parfois de façon synonymique, puis de « **parent** » (al.5), ne permet pas de savoir aisément si la norme posée est relative à la filiation ou à la capacité.

¹⁵ BONFILS P. & GOUTTENNOIRE A., *Droit des mineurs*, Dalloz, 2^{ème} éd., Paris, 2014, p.3.

¹⁶ Adoptée le 11/07/1990 par la 26^{ème} Conférence des chefs d'Etat et de gouvernement de l'OUA, entrée en vigueur 29/11/1999 après la quinzième ratification. 38/53 (en 2002) et 45/53 (en 2009) Etats l'ont ratifiée. En Janvier 2014, tous les Etats membres de l'UA l'ont signé et tous, exception faite de six Etats membres, l'ont ratifié. Les 6 États qui ne l'ont pas encore ratifié, sont : la République Centrafricaine, le Djibouti, la République Arabe Saoudienne Démocratique, la Somalie, le Sao Tomé et Principe et la Tunisie. Pour plus de précisions, voir : <http://acerwc.org/fr/charte-africaine-des-droits-du-bien-etre-de-lenfant/>, consulté le 08/08/2014.

suggérer un seuil minimal de responsabilité pénale. Ce qui augure déjà le flottement et les interactions qui peuvent avoir lieu entre ces différents seuils. Alors, il nous a paru judicieux de faire fréquemment usage du terme univoque de « mineur » à qui, comme nous venons de le dire, le droit reconnaît un statut¹⁷. Précisons néanmoins que, loin d'être uniquement un stérile débat lexicologique auquel le réduisent d'aucuns, le choix par le Législateur des substantifs traduit souvent une orientation de politique criminelle. Car, les mots eux-mêmes sont parfois « utilisés à rebours des conceptions juridiques les plus élémentaires, tantôt par ignorance, [mais, bien souvent] par volonté délibérée de travestir la réalité »¹⁸.

5/. Si aujourd'hui, l'enfant est au centre de toutes les préoccupations sociétales, il n'en ait toujours été le cas jusqu'à une époque relativement récente¹⁹ : son histoire relève d'un vrai parcours des combattants. « Autant dans le passé qu'actuellement, autant dans notre pays qu'à l'étranger, l'évolution [et la reconnaissance] du droit des mineurs est inséparable ; d'une part, de la politique économique et sociale, de la politique criminelle, de la politique culturelle de l'Etat, d'autre part, du développement du discours scientifique »²⁰. En d'autres termes, « c'est le changement des regards posés sur l'enfance par la société et ses institutions familiales, juridiques, religieuses et philosophiques qui est à l'origine de la considération du développement de l'enfant [...] en tant qu'objet de connaissance »²¹. De ce fait, l'enfance est profondément inscrite dans les variations historiques du contexte social ; et, le statut qui lui a été accordé, au cours des siècles, « est éminemment variable : sujet ou objet sacré de civilisation dans quelques régions du monde, simple bien ou simple valeur économique dans d'autres »²². L'on ne peut, dans ce cas, saisir « *ce qui est* », ni entrevoir « *ce qui sera* » ou « *ce qui doit être* » sans comprendre « *ce qui a été* ». La trame historique²³ de l'enfance *dans*

¹⁷ BONFILS P. & GOUTTENoire A., *Idem*.

¹⁸ LECA A., *La fabrique du droit français : Naissance, précellence et décadence d'un système juridique*, PUAM, 2007, p.13.

¹⁹ ARIES P., *L'enfant et la vie familiale sous l'Ancien Régime*, Seuil, Paris, 1975, p.316 et svt.

²⁰ TULKENS F. & MOREAU T., *Droit de la jeunesse*, Larcier, Bruxelles, 2000, pp.11-12.

²¹ BIDEAUD J., HOUDE O. et PEDINIELLI J.L., *L'homme en développement*, PUF, 4^{ème} éd., Paris, 1996, p.5.

²² CARIO R., *Op. cit.* p.17.

²³ Nous avons opté, dans cette partie introductive, pour une présentation historique de l'évolution des droits de l'enfant afin de ressortir le plus fidèlement possible, les grandes mutations connues par cette matière. Comme l'affirme Yves JEANCLOS [*La justice pénale en France : dimension historique et européenne*, Dalloz, Paris, 2011, *Préface*], rechercher la dimension historique consiste à observer et à analyser des institutions juridiques considérées ; puis à s'interroger sur leurs origines, leurs développements et leurs avatars. Recourir à une telle méthode d'analyse et d'interprétation, qui d'ailleurs permet une meilleure compréhension des systèmes en vigueur dans un pays ; autorise une *approche*, une *critique* et une *projection nouvelle* de l'institution juridique considérée. Mais la principale faiblesse de toute « histoire » reste le découpage et les critères référentiels propres à chaque discipline, à chaque courant de pensée, ou à chaque auteur. Ainsi, le découpage adopté dans la présente introduction est basé sur les représentations dominantes de l'enfance dans le but de mettre particulièrement en évidence la perception sociale, *in fine*, juridique de l'enfant.

le vieux continent²⁴ pourrait, non sans risque de simplifier outrageusement la réalité, se résumer en trois grandes périodes (de l'inexistence au sujet de droit, en passant par l'objet de droit) que nous nous sommes permis de représenter par ce lyrisme ; **la foi, la loi, le droit.**

A. L'enfant inexistant

6/. La place de l'enfant dans les civilisations antiques restera intrigante et contradictoire. Schématiquement, il est admis que l'Antiquité et le Moyen-âge ont été des époques maltraitantes pour l'enfant. Il convenait aux spartiates et aux romains, selon les recommandations de Sénèque, d'éliminer simplement les nouveau-nés et jeunes enfants mal formés, faibles ou débiles au nom de la gloire et de la défense de la cité ou de la république. Cependant, l'on peut retrouver des élans de sympathie à l'égard des enfants, du moins les plus viables, pendant ces périodes. Les textes primitifs (juifs, gréco-romains et chrétiens) semblent ardemment s'entendre pour dire que les enfants étaient spéciaux²⁵, mais ils ne leur portaient, au contraire, aucune attention particulière dans la pratique. Bien pire, la valeur des enfants a davantage décliné au cours des siècles suivants, particulièrement dans les sociétés médiévales jusqu'à ce que le droit romain²⁶ innove en les plaçant sous l'autorité des parents.

²⁴ Il est incontestable que ces transformations doivent être rapportées aux contextes nationaux. Vu le fondement commun du continent européen au droit romain d'inspiration judéo-chrétienne, il est néanmoins possible d'en faire ressortir à la fois des traits communs sur la conception de l'enfance et, plus loin, sur les modes de gestion de la déviance juvénile.

²⁵ Ce qui apparaît dans les écrits hindous [: « le maître a dit respectez les jeunes et les enfants... ils devraient être considérés comme les seigneurs de l'atmosphère »] ; grecques [(Epictète, iii. 24) : " Vous n'avez pas vu Socrate aimer ses propres enfants, mais il l'a fait comme un homme libre... »] ou romains [(Cicéron, *De Off*, I, iv et *De Legibus*, I. xxi) : "La nature produit un amour particulier de la progéniture... Et, vivre selon la nature est le bien suprême. En effet, une grande vénération est due à un enfant »]. Quant aux écrits chrétiens, ils comparent les qualités d'enfant à des qualités divines (Matthieu 18 :2-3 ; Marc 9 :37).

²⁶ Le droit romain traite la problématique de l'enfance au travers le régime de l'incapacité qui se subdivisait en trois étapes dépendamment du développement intellectuel de l'enfant, à savoir ; l'« *infantia* », l'« *infantiae proximus* », le « *pubertati proximus* ». L'« *infans* » (« *in* » : négation ; « *fari* » : parler) est étymologiquement celui qui ne parle pas ou qui est incapable de parler. Durant cette période (de la naissance à l'âge de 7 ans), l'enfant était considéré comme dépourvu de raison (« *admodum impubes* » : parfaitement impubère ; « *imbecillitas etatis* » : l'excuse ou la faiblesse due à l'âge), et ne pouvait, par conséquent, s'engager juridiquement : dès lors, aucune faute ne pouvait être retenue en son encontre. Tandis que, la « *pubertati proximus* » (« *proximus* » : proche, « *pubertati* » : puberté), désignait l'étape durant laquelle l'enfant était supposé capable de comprendre ses actes (« *doli capax* »), et de s'obliger par ses délits tout en conservant le bénéfice d'une moindre pénalité jusqu'à 25 ans (« *minor* »). Enfin, l'« *infantiae proximus* », était l'étape intermédiaire (généralement entre 7 et 14 ans) durant laquelle il était reconnu à l'enfant une certaine capacité contractuelle comme dans la *pubertati proximus*, mais à la différence de cette dernière, il était incapable de s'obliger pour ses délits comme l'« *infans* ». Cette présomption était renversable en vertu de la maxime : « *malicia supplet aetatem* ». Voir : BART J., *Histoire du droit privé de la chute de l'Empire romain au XIX^{ème} siècle*, Montchrestien, 1998, pp. 67-68 ; BLATIER C., *La délinquance des mineurs : l'enfant, le psychologue, le droit*, PUG, 2^{ème} éd., Grenoble, 2002, pp.15-16 ; LAINGUI A., *Petite histoire illustrée du droit pénal*, Litec, Paris, 2010, 113-114 ; LEVY JP et CASTALDO A., *Histoire du droit civil*, Dalloz, 2^{ème} éd., Paris, 2010, pp.229-246.

7/. Dès lors, « le petit de l'homme » fut considéré, et souvent traité, comme une propriété personnelle vivant sous l'autorité supra-puissante du père²⁷ qui, dans certains cas, avait même sur lui un droit de vie²⁸. N'ayant aucun droit à la parole, et ne pouvant, par conséquent, donner son avis²⁹, sa vie dépendait exclusivement des choix et des décisions des adultes. A peine sorti dans le commun des mortels, il devrait faire face à la mortalité, qui caractérisait cette époque et sévissait particulièrement cette tranche d'âge, avant d'être absorbé, très tôt, dans le monde adulte. Car « dès qu'il pouvait vivre sans la sollicitude constante de sa mère, sa nounou ou son rocker de berceau, l'enfant appartenait à la société adulte »³⁰ et intégrait le processus de production. Cette entrée précoce au processus de productivité, cette précarité des conditions d'existence ainsi que cette brièveté de la vie ont eu pour conséquence l'effacement, sinon le raccourcissement drastique, de l'enfance. Sans statuts légal et social indépendants, les enfants étaient donc, inexistants, sinon, invisibles dans la plupart des sociétés.

8/. Jusqu'à l'adoption du code civil napoléonien, la situation de l'enfant ne s'est pas beaucoup améliorée. La famille étant perçue comme le seul **lieu et lien de socialisation**, l'on s'en remettait à « la sagesse du bon père de la famille » jugé apte, sinon à protéger son épouse, à éduquer ses enfants comme il l'entendait. Le « laisser-faire » était donc la politique de l'enfance³¹ : la vie privée du père incluait toute l'existence juridique et naturelle de l'enfant. Comme dans le rapport entre le monarque et ses sujets, le seul lien juridique qui liait l'enfant à son père était l'obéissance absolue³² à charge de l'enfant. Soulignons, de même, que ce statut, dans lequel les adultes enfermaient l'enfant, était présenté « comme le moyen de [lui] éviter les méfaits de [son] incapacité naturelle »³³, ou encore, de l'épargner des aléas et des subtilités du commerce juridique. Cette vision a l'inconvénient de dépersonnaliser l'enfant, mais point aussi une idée de « *protection* ».

²⁷ En droit romain : « *patria potestas* » ; en droit anglo-saxon : « *husband's wing of protection* » ou « *tremendous father power* » ; en droit islamique « *wilaya* ».

²⁸ On situe vers l'an 390 après JC le premier arrêté légal retirant au père le droit de vie et de mort sur ses enfants. Les historiens du droit s'accordent pour voir ici un effet de la diffusion de l'Evangile des premiers chrétiens.

²⁹ DEKEUWER-DEFOSSEZ F., *Les droits de l'enfant*, PUF, col. Que sais-je ?, 6^{ème} éd., Paris, 2004, p.17.

³⁰ JUDSON RICHARDS P., « *The Christian Origins of the Law* », The Claremont Inst., Feb. 13, 2006, [en ligne] <http://www.claremont.org/writings/021606richards.html>, consulté le 11/09/2013.

³¹ LEBRETTON G., « Le droit de l'enfant au respect de son intérêt supérieur », *CRDF*, N°2, 2003, pp.77-86.

³² BART J., *Op. cit.*, p.66.

³³ GUTMANN D., art. préc.

B. L'enfant, Objet de droit

9/. Il faut donc attendre l'époque industrielle (fin XVII^{ème} et XVIII^{ème} Siècle) pour voir une évolution de la perception de l'enfance. Face à une société qui s'industrialise et amène un nouveau mode de vie, les rôles respectifs de la famille et de l'Etat vont être redistribués. Sortie des grandes famines, la société occidentale ne considère désormais plus l'enfant comme un « risque » ou une « charge », mais plutôt comme une « source d'espérance », et un « bâtisseur³⁴ de la nation ». S'effritera alors la croyance selon laquelle l'enfant, né dans le péché originel, était essentiellement corrompu et prompt aux pulsions et aux mauvais actes, que seules l'éducation, la discipline et la correction pouvaient apprivoiser³⁵. Les adultes se sont convaincus à l'idée selon laquelle les enfants étaient naturellement innocents, bons et fragiles ; et devraient être protégés contre tout ce qui pourrait troubler leur modestie³⁶. Les enfants seront reconnus comme groupe social en tant que tel, et distinct des adultes. « L'État sera amené progressivement à favoriser la mise en place de ressources plus adéquates afin d'assurer la protection de ses membres, notamment celle des plus faibles d'entre eux, les enfants »³⁷. On verra, dès lors, se multiplier des lois de protection³⁸ de l'enfant (instruction obligatoire, réglementation du travail des enfants, politique sociale...). La **foi** en l'enfant se matérialisa dans la **loi**.

10/. Sur les plans nationaux, l'enfance cesse d'être une *question exclusive de droit privé* pour devenir une *question publique* : l'Etat et le juge s'immisceront *crescendo* dans la sphère privée et familiale pour partager avec le père, la compétence en matière d'éducation et du bien-être de l'enfant (C.civ.fr. art., 371-1, 375, svt). L'on s'aperçoit là aussi des premières **tournures conceptuelles** : les expressions telles que « bien-être » ou l'« intérêt » de l'enfant, fréquemment utilisées par les partisans de la puissance paternelle pour justifier l'étendu du pouvoir du père sur l'enfant, sont désormais évoquées par le juge pour réduire ce même

³⁴ MEUNIER G., *L'application de la Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant dans le droit interne des Etats parties*, Paris, L'Harmattan, 2002, p.17.

³⁵ HOBBS Thomas (*Léviathan*, 1651), LOCKE Jhon (*Essai sur l'entendement humain*, 1690), etc.

³⁶ On peut citer ici les œuvres innovantes des penseurs comme ERASME (*De l'éducation libérale des enfants*, 1520), de JJ ROUSSEAU (*Emile et l'éducation*, 1762).

³⁷ D'AMOURS O., « Les grands systèmes. Modèle de protection, modèle de justice et les perspectives d'avenir », *Service social*, vol.47, n°3-4, 1998, pp. 15-40, consulté le 11/11/2013. URL : <http://id.erudit.org/iderudit/706794ar>.

³⁸ 1833 : L'Angleterre interdit le travail des enfants de moins de 9 ans dans les fabriques ; 1841 : la France interdit de l'embauche des enfants de moins 8 ans dans les fabriques de plus de 20 ouvriers ; 1882 : la Loi Ferry instaure l'instruction primaire obligatoire, laïque et gratuite pour les enfants de 6 à 13 ans ; 1898 : L'Allemagne lutte contre les violences faites aux enfants ; 1899 : Les USA instaurent des tribunaux pour mineurs. Pour plus de détails, consulter <http://www.droitsdelenfant.org/doc/HistoireDroitsEnfant01.pdf>

pouvoir qui sera désormais qualifié d'«autorité parentale »³⁹. Ramenée sur le champ international, cette impulsion déboucha vers le début du XX^{ème} siècle à une prise de conscience collective de la situation fragile de l'enfant surtout après les grandes calamités humaines et naturelles⁴⁰. Sous la houlette de l'organisation non gouvernementale « *Save the children* », les droits de l'enfant ont été réunis en un seul texte reconnu internationalement d'abord en 1924⁴¹, puis en 1959⁴².

11/. C'est à ce stade de son évolution que la civilisation occidentale rencontra celle d'Afrique. Dès cet instant, l'histoire culturelle, sociale, politique et juridique de cette dernière sera scindée en avant, pendant et après la colonisation. Sans oublier que son système juridique, particulièrement, sera dorénavant sujet d'une **complexité** et **stratification normatives** sans précédent.

12/. **L'enfant africain : « Est enfant, toute personne qui n'est pas en âge d'avoir d'enfant »**⁴³. La société traditionnelle africaine, exclusivement rurale, présentait, en général « un caractère limité et restreint, organisée à une échelle ethnique, tribale, clanique et lignagère. Elle constituait un ensemble social réel, formé le plus souvent par les descendants vivants d'un ancêtre commun connu [...] La tradition était alors le facteur principal d'intégration sociale »⁴⁴. L'enfant en milieu traditionnel était une richesse pour le clan et la communauté auxquels il appartenait tant pour la main d'œuvre que pour la pérennité clanique qu'il représentait. Son éducation était prise en charge par la communauté et ses institutions. L'enfant était et reste, dans les droits coutumiers africains, un membre du clan dont la prise en charge et l'orientation professionnelle sont confiées aux parents, sous le regard du chef ou

³⁹ Ce nouveau concept marque non seulement la réduction des prérogatives reconnues au père sur ses enfants mais aussi la reconnaissance de ces mêmes prérogatives à tous les deux parents, à la mère particulièrement, quoi que le droit belge ait gardé l'ancienne terminologie.

⁴⁰ Ce mouvement fit son apparition au lendemain de la 1^{ère} GM avec la création par la Société des Nations (SDN) d'un Comité pour la protection de l'enfance ayant pour mission de venir en aide à des millions d'enfants vivant dans des circonstances vulnérables et difficiles ; puis au lendemain de la 2^{ème} GM, avec la création en 1946 par l'ONU d'un Fonds spécial pour l'enfance (UNICEF). Il s'est ainsi réaffirmé de façon générale ou spécifique dans plusieurs instruments internationaux de droit humanitaire et des droits de l'homme (art. 25-2 DUDH, 24 PIDCP, 10 PIDESC).

⁴¹ Déclaration de Genève sur les droits de l'enfant, SDN, 26/09/1924.

⁴² Déclaration des droits de l'enfant, Résolution 1386 (XIV), ONU/A.G, 20/11/1959.

⁴³ Cette conception, purement biologique de l'enfance, est aussi mise en exergue par l'Amnesty international [Attention : *Enfants-soldats* !, Dossier pédagogique 2012, p.7, [en ligne] www.amnestyinternational.be/IMG/pdf/dossierenfantssoldats-2.pdf

⁴⁴ MUNGAL A., « La jeunesse africaine et le monde moderne », in NORMANDEU A., MUNGAL A., KABUNDI M., (dir.), *L'enfance, l'éducation et la déviance en Afrique*, Actes du colloque international de Kinshasa, 12/1986, Les Cahiers de recherches criminologiques, n°10, Montréal, 1988, pp.16 -41.

du conseil clanique, habilité à régler tous les différends y afférant et de rappeler à l'ordre les uns et les autres. Il accédait à la vie adulte dès les manifestations des signes de virilité et après une brève période initiatique orientée essentiellement vers l'apprentissage de la vie conjugale et du métier en vue de lui permettre d'assurer, à son tour, la prise en charge du foyer qu'il était prêt à construire. La jeune fille était, cependant, réduite au rôle de maternité et de ménagère : elle est estimée apte à convoler dès les signes extérieurs de la fécondité. « Du fait des attentes qu'a la société dans leurs rôles futurs (d'épouse et de mère), les petites filles étaient encouragées à adopter des attitudes et comportements expressifs (soumission, sensibilité, affection, dépendance) alors que les garçons sont poussés à avoir des rôles instrumentaux, en lien avec leurs futurs rôles de père et de chef de famille, comme devenir ambitieux, dominants et forts »⁴⁵. L'on peut donc affirmer que la protection de l'enfant en milieu traditionnel relevait du droit naturel fondé sur la dignité de sa personne en tant qu'être humain et être social.

13/. Pendant qu'il avait commencé à protéger les siens, l'Occident, via la colonisation, a martyrisé les enfants des autres, particulièrement du Congo. « Femmes et enfants étaient violentés. Les recrues pour faire le travail [ménager] des blancs et même comme soldats étaient généralement de grands enfants [...] Beaucoup n'avaient que treize ou quatorze ans, ils étaient enrôlés comme soldats pour une durée de sept ans. D'autres enquêtes diligentées dans la colonie-belge ont révélé que des garçonnets âgés de cinq à dix ans étaient laissés affamés et emprisonnés, à la place de leurs pères, qui avaient livrés trop peu de caoutchouc. Les peines de prison pour insuffisance de livraison de caoutchouc, jugées improductives, ont été remplacées [plus tard] par des prises d'otages »⁴⁶. Ce qui relativise l'image forgée et relayée essentiellement par les médias internationaux d'après laquelle l'Afrique est le continent, par excellence, des violations des droits de l'Homme et des enfants. Sans sombrer dans un africanisme aveugle, ni nier l'existence des pratiques culturelles négatives (telles que le mariage forcé, le mariage arrangé, le viol-mariage, les mutilations génitales) dans les sociétés africaines précoloniales, il s'avère que des telles affirmations méconnaissent (volontairement ou par ignorance) une bonne partie de l'histoire de ce continent et, surtout, ne tiennent pas compte de son contexte spécifique. En fait, l'on perçoit souvent l'Afrique sous

⁴⁵ SHAFFER D.R., *Developmental psychology: Childhood and adolescence*, Pacific Grove, Brooks/Cole Publishing company, 5th éd., 1999, pp. 37 [traduction personnelle].

⁴⁶ NKUKU KHONDE C., « Droits de l'Homme au Congo colonial : Exposé et analyse de quelques faits et témoignages des abus », MBUYI KABUNDA & JIMENEZ LUQUE T. (dir), *La République Démocratique du Congo : Les droits humains, les conflits et la construction/destruction de l'Etat*, Fondation solidarité de l'Université de Barcelone, Barcelone, 2009, pp.10-29, spéc. 23.

un œil occidental. Et, quelle Afrique ? Celle en guerre, en perte des repères et en quête d'identité, laissée par la colonisation. L'approche systémique paraît la meilleure méthode pour appréhender les faits et les événements dans leur contexte de développement.

14/. Néanmoins, il faut reconnaître que le cadre de vie primaire de cette société traditionnelle africaine offrait moins de possibilité de choix à l'enfant. Il évoluait dans un esprit de conformisme des relations par l'intériorisation des exigences éthiques et coutumières : « le respect des pratiques traditionnelles et ancestrales passait avant celui des droits et libertés individuels »⁴⁷. Ses aspirations devant coïncider avec les besoins du clan ou de la communauté, l'enfant, bien plus que l'adulte, était effacé. Cette perception, toujours aussi prégnante, va permanemment contraster avec la perception occidentale et individualiste du droit et de l'ordonnement social.

15/. L'appréhension difficile de l'enfant en droit africain moderne : articulations complexes du cadre normatif africain. Conscient de cet écart idéologique, les législateurs coloniaux avaient, pour la plupart des cas, consacré un dualisme juridique. Pour le cas de la RDC⁴⁸ par exemple, il y avait ; d'une part, le droit belge qui s'appliquait aux occidentaux et aux autochtones immatriculés, – entendu par évolués ou civilisés –, d'autre part, le droit coutumier qui s'appliquait aux autres autochtones. Les lois étant personnelles, ce dualisme avait coexisté sans trop de problème ; sauf en matière pénale où, au nom de la sauvegarde et du maintien de l'ordre public, la règle occidentale avait une ascendance sur la règle coutumière.

⁴⁷ CDE, Rap. initial [Distr.GÉNÉRALE CRC/C/3/Add.57 /08.08.2000] présenté par La RDC en application de l'article 44 de la CIDE, p.17.

⁴⁸ La République démocratique du Congo (couramment appelée « Congo-Zaïre », allusion faite à son ancienne dénomination, ou « Congo-Kinshasa », par opposition à l'un de ses Etats-voisins « Congo-Brazzaville ») est un vaste Etat de l'Afrique centrale. A cheval sur l'équateur, elle est entourée au Nord par la République centrafricaine et le Soudan, à l'Est par l'Ouganda, le Rwanda, le Burundi et la République-Unie de Tanzanie, au Sud par la Zambie et l'Angola, à l'Ouest par l'Océan Atlantique et la République du Congo. Avec ses 2.345.000 Km² (soit 4 fois la France et 24 fois la Belgique), elle est le 2^{ème} plus vaste pays d'Afrique (et 11^{ème} mondial), et probablement le 4^{ème} en termes de population (75.500.000 en 2013 selon les estimations de la Commission électorale Indépendante). Ce territoire fut tour à tour ; une propriété de Léopold II, Roi des belges (1885-1908 : Etat indépendant du Congo), une colonie belge (1908-1960 : Congo-Belge) et un Etat moderne indépendant depuis le 30/06/1960. Mais avant la colonisation, certaines portions de cet espace territorial ont fait partie des vastes empires et royaumes traditionnels médiévaux, notamment ; le Royaume Kongo, l'empire Kuba, l'empire Luba et l'empire Lunda.

16/. Mais à leur accession à la souveraineté nationale, les Etats africains hériteront, de bonne conscience, les systèmes juridiques des anciennes puissances coloniales. En généralisant l'application du droit écrit de souche occidentale, et en réduisant l'application de la coutume en cas de silence de la loi, – sous réserve de sa conformité à l'ordre public et aux bonnes mœurs définies par cette dernière –, ces jeunes Etats ont créé un fossé, qu'ils n'arrivent jusque-là à combler, entre la norme sociétale et la norme juridique. Pour ces Etats dont le taux de la population urbaine et alphabète n'a jamais dépassé le tiers du taux global, il était évident que la grande partie de cette population ne se reconnaisse jamais dans ces nouvelles règles en décalage complet avec ses réalités locales. « Fonctionnant par et pour une petite élite formée [aussi] selon le modèle importé, le droit étatique s'apparente bien d'avantage à un instrument de pouvoir qu'à un système de régulation sociale viable »⁴⁹. Dès la fin de la première décennie post-coloniale (70-80), on verra apparaître des dysfonctionnements de plus en plus nombreux qui sont la manifestation évidente de « la contradiction de l'officiel par le réel »⁵⁰. Depuis lors, naîtra une « **guerre du droit** »⁵¹ sans fin. L'on pourrait aussi, pour ne pas être conflictualiste, dire un pluralisme juridique⁵² dans lequel le halo normatif coutumier, plus important, avale

⁴⁹ KOHLHAGEN D., « Oser une refondation de la justice en Afrique : attente citoyennes et alternatives au Burundi », in EBERHARD C. (dir.), *Le courage des alternatives*, Cahiers d'Anthropologie du droit, Karthala, Hors-série, Paris, 2012, pp. 177-195.

⁵⁰ KUYU C., « Introduction », In KUYU C. (dir.), *A la recherche du droit africain du XXI^{ème} siècle*, Connaissances et savoirs, Paris, 2005, pp.13-19.

⁵¹ AKELE A., « Pluralisme juridique et réforme du code pénal congolais », in AKELE ADAU (dir.), *Réforme du code pénal congolais : A la recherche des options fondamentales*, CEPAS, T.2, Kinshasa, 2008, pp.187-210.

⁵² Le concept « pluralisme juridique » est susceptible de revêtir plusieurs sens et d'englober plusieurs réalités qui divisent les spécialistes. Il désigne globalement l'état d'une société d'individus vivant sur un même territoire et n'étant pas soumise aux mêmes règles. Ce faisant, il prend à contrepied la vision centraliste du droit et reconnaît l'existence, à côté du cadre normatif formel (issus des entités juridiques supra étatiques ou infra étatiques), d'un cadre normatif (ou ordre juridique) non étatique créé par des affiliations culturelles, religieuses, tribales, ethniques ou autres : que les règles produites par celui-ci soient reconnues, ignorées, encadrées ou combattues par celui-là, l'on ne peut réfuter les inévitables interactions entre ces différents systèmes normatifs. Mis initialement en lumière par la situation des Etats postcoloniaux, le pluralisme juridique s'est vite imposé comme une approche analytique pour étudier toute sorte de situations légales dans toute sorte de contexte. Son extension à toutes les hypothèses d'enchevêtrement normatif a malheureusement milité pour sa remise en question poussant certains auteurs à exclure de son champ les cas d'habilitation des normes non étatiques par la norme étatique : c'est notamment le cas de la reconnaissance par le droit étatique du pouvoir normatif des communautés religieuses ou professionnelles. On a aussi assimilé à ce mécanisme le fait que le droit écrit colonial laisse, soit une matière précise au droit coutumier, soit un territoire précis sous l'empire d'un droit local. Toutefois, ces diverses tentatives d'étatisation de la norme informelle ont démontré leur limite : il s'est avéré, particulièrement dans les contextes africain et congolais, que beaucoup d'aspects du droit écrit étaient fondamentalement différents du droit coutumier que l'on ne pouvait espérer un rapprochement, encore moins, une absorption. Surtout, quand ce droit populaire (« people law » ou « folk law ») est porté par une communauté d'hommes qui, non seulement vit en toute ignorance du droit étatique en confiant son ordonnancement social à des normes propres à elle-même ; mais aussi lorsqu'elle ne s'adresse pas, pour une ou autre raison, à l'Etat pour ses propres besoins. [Pour approfondir la question, lire à titre indicatif : BERMAN P.S., « Le nouveau pluralisme juridique », *Revue internationale de droit économique*, 2013/1 (t. XXVII), pp. 229-256, [en ligne] <http://www.cairn.info/revue-internationale-de-droit-economique-2013-1-page-229.htm>; BODEN D., « Le pluralisme juridique en droit international privé », *Arch. phil. Droit*, n°49, 2005, pp. 275-316 ; MULLER M. et LAUNAY-GAMA C. (dir.), « Le pluralisme juridique et normatif,

un petit foyer normatif de souche occidentale : le rapport étant souvent de méfiance. Il paraît, néanmoins, pour l'Afrique en général, et la RD Congo en particulier, que « cette désillusion face au droit importé s'accompagne moins d'un désir de le rejeter que d'une volonté de le contrôler et le maîtriser »⁵³.

17/. Deux évidences s'imposent alors à l'Afrique. Premièrement, elle ne peut se départir totalement de son héritage colonial qui la greffe dorénavant dans la continuité, sinon dans la ramification, de la civilisation occidentale. Elle ne peut, non plus, faire un retour aveugle à un mode de vie visiblement désuète au regard du contexte socio-politique actuel ; au contraire, elle se doit de trouver *un juste milieu* entre les deux cultures. Secondement, elle ne peut se soustraire aux interactions de ce mouvement inéluctable de globalisation économique et juridique que connaît le monde contemporain ; elle doit, donc, avancer avec les autres. Ainsi, après pratiquement deux décennies de mimétisme occidental fossoyeur de son équilibre sociétal, les Etats africains postcoloniaux se sont convaincus de la nécessité d'harmoniser⁵⁴ le droit d'essence coloniale et leurs droits coutumiers. Mais comment y parvenir ?

18/. **Harmonisation des droits : concept creux ou concept à creuser ?** Le constat de l'anomie juridique, du pluralisme juridique et de la nécessité d'une refonte juridique en Afrique relève désormais du lieu commun. Par posture culturaliste, il est fréquent d'entendre, de la part d'un certain intellectualisme africain, l'objection formulée à l'endroit de la voie d'importation normative ; mais, il est rarement fait mention de ses mérites. Nonobstant ses limites, on ne peut réfuter, surtout dans le contexte africain d'urgence permanente, à cette voie son réalisme : elle propose une solution qui est néanmoins référentielle, c'est-à-dire, qui a déjà existé et a été appliquée. Tandis que la voie de la refondation (ou d'harmonisation) – même si elle reste la seule qui soit à notre avis logique – nécessite, comme l'ignorent certainement plus d'un, du courage⁵⁵ tant en amont (pour le désarmement intellectuel qu'elle exige) qu'en aval

une voie pour refonder la gouvernance ? Expériences africaines et latino-américaines de prise en compte de la diversité dans la régulation du droit officiel », Actes du colloque « Pluralisme juridique dans les sociétés multiculturelles », IRG, Lima (Pérou) 12-14/12/2011, [en ligne] <http://www.institut-gouvernance.org/index.html>; VANDERLINDEN J., « Vers une nouvelle conception du pluralisme juridique », in SERIAUX A.(dir.), *Le Droit face au pluralisme*, RRJ., 1993-2, pp. 573-583].

⁵³ KUYU C., *art. précité*.

⁵⁴ En RDC, par exemple, le législateur a mis sur pied, via la L. n°76-017 du 15/06/1976 et sous l'autorité du ministre de la justice, une Commission permanente de réforme du droit sur fond d'une remise en question de l'ordonnement juridique du pays. La vague des conférences nationales, qu'a connue le continent vers les années 90, est également revenue sur cette question.

⁵⁵ Christoph EBERHARD, dans l'introduction de l'ouvrage collectif précité (pp.5-24), précise que *le courage, c'est oser : Oser une autre chose* (voie...). Or, « l'autre n'est pas un vide à remplir mais une plénitude à découvrir ». Cette démarche n'est donc possible qu'à travers le dialogue avec soi-même et son environnement

(pour l'incertitude du résultat escompté) du processus ainsi qu'une vraie volonté politique couplée à une importante mobilisation des moyens matériels et financiers. Elle permet à la fois de se redécouvrir soi-même et de s'enrichir de l'expérience des autres, mais cela doit être graduel (par secteur et par échelon) et inscrit dans le temps⁵⁶. Ce qui place alors, contrairement aux apparences, « le défi africain dans une situation de complexité au moins aussi grande et peut-être plus grande que celui des sociétés occidentales ».⁵⁷ Pour ce faire, ce défi doit être voulu et assumé, en connaissance des conséquences.

19/. Par ailleurs, l'idée d'harmonisation du droit africain n'est pas nouvelle. La découverte d'une norme parallèle à la norme étatique ainsi que le souci de s'en rapprocher a déjà été l'œuvre du colonisateur. Ce dernier ne se contentait toujours pas à faire subsister un étanche dualisme juridique mais opérait aussi, à un certain niveau, une certaine symbiose. A la différence que celle-ci se faisait par le « **haut** » en privilégiant non pas le souci de produire un système juridique répondant au besoin des autochtones mais surtout et uniquement par le besoin d'intégrer cette « étrange » norme coutumière à la norme d'origine occidentale. Dans ce piège hégémonique sont tombés aussi bien de nombreuses commissions de réforme des Etats africains que les expertises internationales qui, au nom d'une prétendue « modernité », ont cru pouvoir effacer plusieurs siècles d'histoire d'un continent par quelques décennies de colonisation. Après l'échec cuisant de toutes ces tentatives de construction de l'Etat de droit en Afrique, les décideurs africains formulent désormais une revendication refondatrice. Partir du « **bas** » ou « rendre à la population la production normative »⁵⁸ serait la piste la plus plausible qui malheureusement n'est souvent pas exploitée au regard de tous les défis qu'elle regorge.

ainsi qu'à travers des échanges et explorations transpersonnelles. Ce qui implique au préalable une démarche intrapersonnelle consistant à un désarmement intellectuel et existentiel, une neutralisation des certains « pare-feu » cognitifs. En d'autres termes, il faut admettre que ses armes, ses outils de compréhension du réel ne sont peut-être plus tout à fait adéquats qu'il faudrait les déposer pour pouvoir envisager les situations d'un nouveau point de vue. Puis, il y a une démarche interpersonnelle, qui consiste à s'intéresser à l'autre pour comprendre ce qu'il fait nonobstant les aléas temporels, et les risques d'incompréhension et de marginalisation. Ce qui rejoint la **théorie du lampadaire allumé** du Professeur LINDICHT. Par un récit imaginaire dans lequel un individu cherche sa clef perdue uniquement dans l'espace éclairée par le lampadaire, l'auteur épingle la fâcheuse habitude à vouloir comprendre les situations qui se présentent à nous et à leur trouver des solutions à travers nos cadres mentaux préétablis ; sans pour autant s'interroger si la récurrence de la situation ne traduit pas l'inefficacité de la solution existante. Une telle interrogation serait, selon l'auteur, le premier pas vers la partie non éclairée par le lampadaire.

⁵⁶ Sachant que le temps social, dont il est ici question, diffère du temps judiciaire et du temps politique.

⁵⁷ ELIKIA MBOKOLO, « Histoire des droits africains au XX^{ème} siècle » In KUYU C. (dir), *Op. cit.*, pp.9-10.

⁵⁸ KOHLHAGEN D, *préc.*

20/. Quant aux travaux entrepris dans différents pays africains, – au sein des structures créées pour la circonstance –, ils se sont malheureusement pour la plupart des cas arrêtés dans la sphère des droits des personnes⁵⁹ qu'on a toujours estimé être, plus que les autres branches du droit, en déphasage complet avec les réalités sociologiques africaines. Tandis que le droit public, et/ou plus particulièrement le droit pénal, considérés comme foncièrement inconnus des sociétés africaines traditionnelles, resteront longtemps à l'abri de cette impulsion. Même si l'on peut dénombrer quelques tentatives, rares sont celles qui ont réellement abouti. On ressent encore, plus d'un demi-siècle après la colonisation ; d'une part, la pérennisation d'un courant de pensée selon lequel le droit africain précolonial émanerait des sociétés à pouvoir acéphale, – non des sociétés à pouvoir centralisé (type étatique) –, subjuguées par l'autoprotection et dépourvues de toute idée de droit administratif, constitutionnel ou pénal ; et d'autre part, la peur d'aller au-delà des concessions faites par le colonisateur au droit coutumier.

21/. Pire encore, en ce qui concerne les droits de l'enfant, même les règles issues de cette vague réformiste semblent adopter à l'identique la conception protectionnelle (tutélaire), prônée par les textes civilistes coloniaux et confortée par les traités internationaux. *En continuum*, la Charte africaine des droits et bien-être de l'enfant⁶⁰, qui s'était pourtant assignée pour mission la contextualisation de la CIDE, n'aura pas d'autres choix que de s'aligner simplement et purement sur cette dernière. L'on pourrait alors se demander si ladite harmonisation, tant réclamée en vaudrait la peine dans la mesure où elle aboutit au même résultat que l'importation normative ? *A contrario*, pourrait-on prétendre que la conception protectionnelle occidentale de l'enfant coïnciderait avec la conception coutumière qui fait de l'enfant un objet du regard protecteur du « grand clan », que constitue aujourd'hui l'Etat ? Quoi de mieux pour les adultes africains, particulièrement les hommes, de se libérer de cette voûte du contrôle clanique pour y laisser l'enfant et la femme !

⁵⁹ Notamment la RDC (L. n°87-010 du 01/08/1987 portant le Code de la famille qui est l'un, et apparemment l'unique, des chefs d'œuvres de ce mouvement), le Mali (L. n°2011-087 du 30/12/2011 portant Code des personnes et de la famille), le Sénégal (L. n°72-61 du 12/06/1972 portant Code de la famille).

⁶⁰ Sous l'égide de l'OUA, les Etats africains ont émis le vœu d'adopter un instrument juridique prenant en compte certaines questions spécifiques relatives à la situation juridique de l'enfant africain qui, par soucis de sauvegarde du compromis universel cher à l'ONU, n'ont pas été intégrées à la CIDE. Partant des acquis de la CIDE auxquels tous ses signataires ont souscrit, la CADBE consacre certains droits dont la protection constitue un progrès dans le contexte africain. Toutefois, la formulation lacunaire et ambiguë des certains d'entr'eux conforte le scepticisme quant à l'effectivité dudit instrument, et d'ailleurs, de tout le système régional de protection des droits de l'Homme souvent décrit par sa complexité normative et son ineffectivité procédurale. Au final, il a été produit un instrument régional qui s'aligne quasiment sur la CIDE. Puis, son faible nombre de ratification (Voir Note n°16) laisse dubitatif sur les motivations des revendications socioculturelles mises en exergue par les Etats africains dans le concert des nations.

22/. **Harmonisation des droits : un défi linguistique.** Aux problèmes soulevés par la substance de la règle de droit, s'ajoutent ceux que propose la langue. En effet, le droit se révèle, se traduit par des mots, des phrases et des textes. Les aspects caractéristiques de la discipline et la masse des textes qu'il engendre permettent de reconnaître au sein de bien des langues un domaine particulier qu'on appelle le langage juridique. Les lois régissent maintenant tous les secteurs de l'activité humaine : on en retrouve les traces dans presque tous les textes traitant de l'organisation ou du fonctionnement de ces activités, sous forme de citations, de paraphrases ou d'emprunts lexicaux. La diffusion du langage juridique deviendrait alors une affaire de nécessité que de goût pour sa technicité pendant qu'on lui reproche souvent d'être abusivement hermétique aux non-initiés⁶¹. Ce défi langagier se complexifie davantage quand il faut, en outre, présenter en des langues autres que celle d'origine, un système juridique qui est lui-même hybride par ses traditions et méthodes : c'est le cas notamment de la RDC. Dans un tel contexte, le langage juridique doit cesser d'être un simple sujet de préoccupation pour devenir l'objet de recherches indispensables⁶².

23/. Or, le constat malheureux pour l'Afrique, en général, et la RD Congo en particulier, est que la traduction juridique ne fait pas partie des préoccupations publiques. Ce qui non seulement constitue un obstacle majeur à l'accès au droit mais fait aussi de la discipline une affaire de ceux qui manipulent la langue de voltaire ou encore, et une fois de plus, une affaire d'élites et des nantis. Au Congo, contrairement à d'autres pays francophones africains, la population est très attachée à ses langues nationales, particulièrement véhiculaires⁶³. Le français reste la langue des instruits, de ceux qui sont allés à l'école. Ainsi, même si elle le souhaitait, la population aurait du mal à s'approprier les règles juridiques étatiques. Quant aux enfants, généralement en plein processus scolaire et n'ayant pas encore, de ce fait, la maîtrise de la langue française, ils connaissent le même problème quoi qu'à un degré différent. On tente parfois de remédier à cette lacune au niveau procédural par l'office d'un interprète ou carrément par l'usage, par l'opérateur judiciaire, d'une langue nationale comprise par le mineur. Mais il faut avouer que ces pratiques laissent entière le problème d'appropriation de la règle de droit aussi bien par la population que par les mineurs.

⁶¹ GEMAR J.C (dir), *Langage du droit et traduction*, Liguattech : Service des communications du Conseil de la langue française, 4^{ème} éd., Québec, 1982, *Préface*.

⁶² Ce qui explique la place de choix que prend le dégivrage terminologique dans la présente étude.

⁶³ La RDC peut être divisée en quatre zones linguistiques (kikongo, kiluba, lingala, swahili). Hormis les dialectes propres à chaque ethnie, tout citoyen ou résident congolais connaît au moins la langue véhiculaire dominante dans son lieu d'établissement. Celle-ci est utilisée à tout le niveau (école, Administration, commerce, rue...).

C. L'enfant, Sujet de droit

24/. La conception tutélaire a eu le mérite de marquer un tournant essentiel dans l'évolution des droits de l'enfant, mais elle l'affectera, à jamais, de ses tares. Elle est même à la base de principales controverses que connaît le DPM, particulièrement en ce qui concerne la responsabilité pénale. En effet, l'enfant, « futur » ou « progrès », traduit le statut du « pas encore » et de « non accompli ». Il reste un « éternel incapable », un « bénéficiaire de la charité », « pour qui », « au nom de qui » et « dans l'intérêt de qui » on doit tout faire ; car, « il ne sait pas encore » ; « il ne peut pas encore ». « *C'est pour ton bien, tu comprendras plus tard quand tu seras grand* », dit-on souvent. Ce qui rappelle bien les stigmates médiévaux du « faible » et « débile ». Bien d'autres phénomènes ont également démontré les faiblesses de l'approche tutélaire ayant prévalu dans les premiers instruments juridiques internationaux relatifs à l'enfance. Malgré leur existence, les règles qu'ils consacraient n'avaient pas de caractère contraignant⁶⁴ : plusieurs Etats ne s'y conformaient pas et ne s'empressaient pas de les doter d'un corpus contraignant dans leurs législations respectives.

25/. Une telle conception ne tarda pas à rencontrer des objections. « La dynamique démocratique de la moitié du siècle dernier ne pouvait plus se satisfaire de cette relation de tutelle renforcée ainsi que de cette personnalité virtuelle »⁶⁵ : il a paru injuste de considérer l'enfant, être doté d'une conscience et d'une volonté propres, uniquement comme destination des droits dont le bien-être était présumé connu par des personnes qui lui étaient extérieures. De fil en aiguille, ce champ des prérogatives éparées et circonstanciées reconnues à l'enfant s'élargira pour dégager plus tard un noyau des droits de l'enfant (en tant que personne vulnérable, et surtout, personne humaine). Il sera reconnu à l'enfant une personnalité juridique et la qualité de détenteurs de droits. On va, donc, passer ; d'une part, d'un **droit déclaratoire** à un **droit contraignant**, d'autre part, d'une **graduelle capacité de jouissance** à une **graduelle capacité d'exercice**. Cette approche libératrice marquera une modification importante des mentalités : elle conduira les institutions sociales à ne plus considérer l'enfance dans que sa **finalité**, – c'est-à-dire son processus d'intégration plus ou moins rapide dans le tissu social, – mais aussi dans sa **spécificité**. Le XX^{ème} siècle restera celui d'affirmation de la nouvelle place de l'enfant tant dans la société nationale qu'internationale : l'apothéose d'un

⁶⁴Par exemple, jusqu'à la moitié des années 70, le pacte international relatif aux droits civils et politiques du 19/12/1966 fut un des premiers, sinon l'unique, textes positifs d'application directe reconnaissant des droits spécifiques aux enfants (art. 6, 10, 24).

⁶⁵ YOUNG D., « Construire un droit de l'enfance », *Le Débat*, 2002/4, n° 121, pp. 158-166.

mouvement qui a commencé en 1924⁶⁶ et qui a abouti trois-quarts de siècles plus tard. Mettant l'« enfant » au même pied d'égalité que « l'adulte »⁶⁷, la CIDE consacrera aussi, un principe, à la fois révolutionnaire et perturbateur, à savoir : « l'intérêt supérieur de l'enfant ».

26/. Mais, le revers de cette nouvelle évolution est l'amenuisement considérable du volet « protectionnel » : le discours sur « **plus de droits** » justifiant pleinement celui sur « **plus de devoirs** ». Le mineur est, dorénavant, censé être apte à assumer « son enfance », mieux, sa personnalité juridique, aussi particulière soit-elle : il est perçu comme « un acteur rationnel, équilibré, maître de ses choix et de sa destinée »⁶⁸. Le clivage « Mineur-Adulte » cesse d'être celui d'« *incapacité-capacité* » pour devenir « *capacité spéciale - capacité générale* ». Cette modulation, n'est, à vrai dire, que la conséquence logique, de la capacité d'exercice que sous-entend l'approche libératrice ; et, elle se ressent le plus dans le domaine des droits de l'Homme, – particulièrement dans le procès équitable et dans la victimologie⁶⁹, – du droit pénal qui devient plus répressif à l'égard des mineurs.

27/. **L'enfant africain du 21^{ème} siècle** est, par contre, pris dans une spirale de « ni-ni » : pendant que les pesanteurs sociales et les conditions économiques le maintiennent dans une « minorité de fait », le droit écrit l'en extirpe presque prématurément. Pendant que le droit coutumier le rendait responsable plus tôt, « le contexte d'acculturation accéléré d'aujourd'hui, l'infantilise jusqu'à très tard (25 ans en moyenne) »⁷⁰. Dès lors, toute application stricte de la

⁶⁶ Après les deux déclarations (de 1924 et 1959) sur les droits de l'enfant, plus de quatre-vingts instruments juridiques internationaux vont suivre, se référant indirectement ou directement à l'enfant.

⁶⁷ Jadis les débats sur les droits de l'enfant étaient, dans la pratique, circonscrits dans les droits parentaux. La reconnaissance des prérogatives à l'enfant était perçue comme des concessions arrachées aux droits des parents ; d'où les concepts de « puissance paternelle », d'« autorité paternelle », et d'« autorité parentale ». Mais avec la CIDE, le bouchon a été poussé plus loin qu'à n'importe quelle époque : l'enfant sera affranchi de cocon parental et va acquérir des droits subjectifs qu'il pourra désormais exercer tout seul, voire les opposer à ses parents, au juge, même au législateur. D'ailleurs, ALSTON P., [« Courrier des droits de l'Homme », vol. 4, n° 1, janvier 1991, p. 3] affirme que l'innovation la plus importante de la CIDE est simplement cette occasion accordée aux enfants de pouvoir jouir des droits de l'Homme eux-mêmes et non par l'intermédiaire de leurs parents ou représentants légaux. Ce constat a aussi constitué l'objet principal de l'une de nos réflexions : [Existe-t-il un droit fondamental de l'enfant au respect de son intérêt supérieur ? Etude comparée des droits anglais, belge et français, Mémoire de M2, DPA/Droits Fondamentaux, AMU, 2012, SCOFFONI G. et BONFILS P. (dir.)].

⁶⁸ HAMON H., « L'adolescence et la justice des mineurs à l'épreuve du néolibéralisme », *Adolescence*, 2012/4, n°82, p. 815-822, [en ligne] <http://www.caim.info/revue-adolescence-2012-4-page-815.htm>.

⁶⁹ La victimologie est définie comme la science qui a pour but l'étude de la victime, à travers différents prismes, et la mise en place d'actions pour l'aider à sortir du traumatisme et à recouvrer ses droits. La circonscription de l'objet d'étude de cette discipline est inexorablement liée à la définition que l'on donne au terme « victime ». Lire également §.318 et svt, spéc. note 646.

⁷⁰ OSOKONDA OKENGE, « Approche socioculturelle de l'enfant : le contexte africain de deux cultures », Rapport du séminaire national sur la Prévention et le traitement de la délinquance juvénile, Centre catholique, Kinshasa, 1997, pp.36-39.

norme écrite dans les rapports sociaux concernant les mineurs laisse toujours un arrière-gout d'injustice et soulève, souvent, des mécontentements. Cette assertion se vérifie davantage en droit pénal. Qu'en est-il, spécifiquement de cette branche du droit ?

2. Le statut pénal du mineur : des divergences convergentes

28/. **Droit pénal des mineurs : carrefour des mythes.** Il va de soi que l'évolution des règles pénales relatives aux mineurs en Europe fasse surgir plusieurs niveaux de questionnement. Premièrement, la délinquance, comme phénomène social, a toujours été objet d'inquiétude et de jubilation. Rien qu'à voir la multiplication des professionnels (policiers, criminologues, profileurs, surveillants pénitentiaires, agents de sécurité, fabricants des dispositifs de sécurité privée...) qu'elle crée et l'industrie de divertissement (cinéma, bande dessinée, littérature) qu'elle alimente, l'on peut aisément s'en convaincre. Deuxièmement, l'enfant reste aussi l'objet de fascination et d'incompréhension. Ange et/ou démon, les théories scientifiques qui tentent de l'appréhender ne cessent de se renouveler et de se contredire. Enfin, le droit pénal, nourrissant lui-même un mythe triomphaliste, se heurte à une double irrationalité ; celle de l'univers (délinquance/Enfant) qu'il se propose d'analyser, et celle, des moyens⁷¹ avec lesquels il veut le saisir : Si l'on ne considère qu'un de ces principaux moyens sur lequel il base sa répression, à savoir le libre arbitre ; l'on constatera la difficulté qu'éprouve la discipline pour se déployer aux individus réputés sans discernement. Enfin, à ce triptyque, il faut encore ajouter l'impasse normative relative au cadre socio-juridique africain et/ou congolais que nous venons d'épingler.

29/. Ce qui complexifie non seulement l'objet, mais aussi l'approche et la tâche du DPM. De ce fait, cette jeune discipline dépasse et déplace certaines questions fondamentales de droit pénal commun, mais aussi les simplifie finalement. L'approche historique, par exemple, postulerait pour la variabilité et la relativité de la règle juridique. Cependant, en DPM, les choses, au-delà d'un apparent évolutionnisme, gardent une considérable fixité. Et, si divergences il y a, elles se limiteraient au niveau du cadre formel de la règle : le fond et la finalité ont souvent été les mêmes à travers les lieux et les époques contrairement au constat

⁷¹ La base des incriminations pénales est auréolée d'une représentation du péché. Les critères de définition du crime et la justification de sa répression s'inspirent clairement de la religion, ou pour travestir la réalité ou laïciser ce rapport, de la morale. Les lieux du culte pénal, les rites à travers lequel est châtiée la transgression, présentent tous un symbolisme rappelant le divin. [Voir CARBASSE J.M., *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, PUF, 3^{ème} éd., 2014, pp.22-24 ; FAGET J., *Sociologie de la délinquance et de la justice pénale*, Erès, Toulouse, 2013, pp.11-13 ; FOUCAULT M., *Surveiller et punir : Naissance de la prison*, Gallimard, Paris, 1975, pp. 14-15, 24-25].

généralement admis en droit commun⁷² qui n'attribue la variabilité qu'aux règles de fond. Il se remarque, donc, une certaine identité de la perception pénale de l'enfant et du mode de gestion de la délinquance des mineurs dues à la prégnance de la pratique sur le fond. Et, c'est à partir de ces constances que nous essayerons de comprendre le droit européen afin de le comparer au droit congolais.

A. Uniformisation de la gestion pénale des mineurs

30/. L'évolution de la perception sociale de l'enfant ne pouvait s'avérer sans incidence sur le champ pénal, qui est une forme de « seconde positivité ». En effet, « l'analyse mise en évidence depuis le XIX^{ème} siècle du rôle que joue le droit criminel dans le fonctionnement général des systèmes juridiques marque une espèce de satellisation de la discipline par rapport aux autres branches du droit »⁷³. Qualifié de « droit-fédérateur »⁷⁴, « droit-gendarme »⁷⁵, « droit-prolongement », « droit-sanctionnateur » « gardien de tous les autres droits »⁷⁶, par le fait qu'il assure « au moyen de sanctions qui lui sont propres, le respect de règles posées par les autres branches du droit, [...] incapables d'assurer seules la protection [totale] des règles qu'elles édictent »⁷⁷, le droit pénal confirme sa fonction ordonnatrice et systémique de l'ordonnancement juridique⁷⁸.

⁷² TROPER M., *Philosophie du droit*, PUF, Que-sais-je ?, 3^{ème} éd., Paris, 2015, p.24. L'auteur, critiquant l'approche privilégiée par la théorie de droit d'orientation positiviste qui se borne à rechercher et à décrire ce qui est commun à tous les systèmes juridiques, affirme que « ce qui est commun [aux systèmes juridiques], c'est seulement la forme ou la structure du droit, tandis que le fond des règles varie considérablement d'un pays à l'autre ».

⁷³ AKELE A., « Quel avenir pour le droit pénal en RDC », Actes des journées scientifiques de la Faculté de Droit de l'UPC : « Le droit congolais face à son avenir », 25-26/05/2000, in *Revue de la Faculté de Droit de l'UPC*, N°2, Kinshasa, 2001, pp.96-117.

⁷⁴ MAYAUD Y., *Droit pénal général*, PUF, 5^{ème} éd., Paris, 2015, p.14/4.

⁷⁵ MERLE R. & VITU A., *Traité de droit criminel*, T.1 : Droit pénal, Cujas, 7^{ème} éd. Paris, 1997, pp.112-113.

⁷⁶ OST F., *Le temps du droit*, Odile Jacob, Paris, 1999, p.295.

⁷⁷ PRADEL J.[2016a], *Op. cit.*, n°72-73, p.67.

⁷⁸ Ce liminaire appelle, toutefois, deux précisions évidentes. Premièrement, sans réfuter la particularité de la sanction pénale, il sied de préciser que chaque branche de droit possède ses propres sanctions ; et qu'aucune d'elles ne peut prétendre garantir un respect total des règles qu'elle produit. La seconde est que le droit pénal ne reste pas moins normatif que les autres branches du droit : il contient aussi des règles – indirectes et généralement négatives – qui ne sont consacrées par aucune disposition extra-pénale. Sur ce, il n'est toujours pas prouvé, surtout en matière de délinquance juvénile, que ce soit le droit pénal qui soit continuellement irradié par les modulations des autres branches de droit. Au contraire, c'est plutôt lui qui s'érige souvent en précurseur. On peut citer, à titre illustratif, la notion d'enfance qui, depuis l'époque romaine, est soutenue par un principe de facture pénale (le discernement) ; puis à l'époque moderne, c'est la criminologie (branche du droit pénal) qui fut la première à épingle les particularités de l'enfant mis en exergue par les psychologues.

31/. **L'enfant-coupable, l'enfant-victime, l'enfant-responsabilisé.** Ainsi, l'enfant face aux sciences criminelles a toujours nagé entre une irresponsabilité absolue et une responsabilité atténuée⁷⁹. Le droit pénal préclassique, dans une vision bio-capacitaire⁸⁰, l'a considéré comme un adulte en miniature. L'intérêt qu'il lui a porté s'est uniquement et longtemps focalisé sur l'acte délinquantiel en vertu duquel la minorité était analysée comme une aptitude sanctionnelle⁸¹. Dans la foulée, l'ère classique a tenté de lui donner un autre fondement théorique (cause d'atténuation, voire de suppression, de responsabilité pénale) sans pour autant arriver à le libérer totalement de l'emprise sanctionnelle préclassique⁸². Les aspects criminologiques, chers à la défense sociale, n'intégrèrent ce rapport qu'à l'apogée de l'Etat-providence (*welfare statute*) : le mineur-délinquant⁸³, perçu comme une victime de l'inadaptation sociale et du défaut de surveillance parentale, sera non seulement épargné de la même tarification pénale que l'adulte mais aussi soumis à une pénologie particulière (à vocation préventive et éducative). Il sera donc mis en place une forme de contrôle socio-juridique aussi bien du comportement **non infractionnel qu'infractionnel** des mineurs, et même, par ricochet, celui de la puissance paternelle comme en droit privé. La cour de justice pour les mineurs de Chicago sera la première institution à expérimenter cette approche, – qui

⁷⁹ RENUCCI J.F. et COURTIN C., *Le droit pénal des mineurs*, Dalloz, 4^{ème} éd., col. Que sais-je, Paris, 2001, p.59.

⁸⁰ Référence au « corps » physique : allusion faite au concept de biopouvoir de FOUCAULT.

⁸¹ Tout le droit pénal s'est construit autour du fait criminel qu'il fallait bannir par la neutralisation du délinquant, en se saisissant de son corps. Le corps du mineur apparaît comme ne pouvant pas supporter le même supplice que celui d'un adulte ; d'où l'admission de l'adoucissement de la peine à son égard.

⁸² Malgré la théorie classique du libre arbitre, en vertu duquel l'enfant et le dément ont quitté le champ pénal, il a toujours été question de sanctionner les enfants auteurs des faits infractionnels, mais aussi et surtout, de les éduquer et de les moraliser. Les enfants ont, donc, commencé à être placés dans des quartiers différents des majeurs en prison, puis, dans des refuges.

⁸³ Nous avons délibérément choisi l'expression « **mineur-délinquant** » qui, malgré qu'on lui reproche la stigmatisation des jeunes déviants, nous paraît plus proche de la réalité et du droit positif congolais contrairement à d'autres expressions consacrées par la doctrine. L'expression « **mineur-auteur** » est, à notre avis, trop large et imprécise par le fait qu'elle englobe aussi bien des faits pénaux que des faits purement civils pendant que ces derniers n'entrent pas dans le cadre de notre analyse. Et, même si l'on enjoignait à cette expression, les termes « **crime** » ou « **infraction** » (« **mineur auteur du crime** ou **d'infraction** »), le concept ne circonscrira toujours pas notre objet d'étude : car certains actes non infractionnels, c'est-à-dire les actes de déviance, qui appellent aussi une intervention publique en l'encontre du mineur, feront partie de notre réflexion. Quant à l'expression « **enfant en conflit avec la loi** » (ECL) qui nous a paru plus acceptable, elle a été aussi écartée dans la mesure où elle est restrictive et ne désigne en droit positif congolais qu'une catégorie spécifique des mineurs (14-18ans) ayant commis des faits purement infractionnels : elle ne sera donc utilisée que dans ce cas spécifique. Enfin, l'expression « **mineur en situation-problème** », nouvellement consacrée par la doctrine, est non seulement plus vague que toutes les autres, mais aussi a-juridique : elle peut englober des situations diverses qui n'entrent pas forcément dans ce que nous voulons épinglez dans la présente étude. Expression, inventée par des juristes et criminologues qui militent pour la dépénalisation, voire l'abolition du droit pénal, elle réduit toutes les situations juridiques nées de l'infraction à des situations conflictuelles entre deux protagonistes et pouvant trouver une solution économique plutôt qu'une intervention du droit pénal. Or, souvent les auteurs de certains comportements, particulièrement ceux qui concernent les mineurs, ne sont en conflit avec personne sauf bien sûr avec les autorités qui incriminent et punissent. Une telle hypothèse n'est que la conséquence de l'incrimination du comportement et ne relève pas d'un conflit préexistant.

recevra, d'ailleurs, un écho favorable dans beaucoup de pays européens –, centrée sur l'examen de la personnalité et des besoins spécifiques du mineur⁸⁴.

32/. Mais, depuis la deuxième moitié du siècle dernier, l'on observe une tendance convergente des Etats occidentaux vers une rigoureuse pénalisation de la criminalité infantile que les auteurs attribuent à la montée du néolibéralisme⁸⁵. En effet, *L'Homo oeconomicus* néolibéral est un auto-entrepreneur ; « il ne se réduit pas du tout à un partenaire de l'échange, il est plutôt un entrepreneur de lui-même : étant lui-même son propre capital, son propre producteur, sa propre source de revenus »⁸⁶. Une telle perception voudrait concevoir une société des robustes où tout le monde est mis, au départ, au même niveau, avec les mêmes chances : la marginalité et le misérabilisme n'ont donc pas de place. C'est aussi à une conclusion similaire qu'arrivent nombreux auteurs⁸⁷. Analysant l'évolution de la justice pénale des mineurs en Europe, ces auteurs circonscrivent la remise en cause de la justice tutélaire dans un contexte général marqué par la question de la sécurité des personnes et des biens, mais aussi par l'émergence d'un modèle de prévention et de réduction des risques sociaux, qui induit une plus grande sensibilité et une intolérance croissante face aux comportements déviants et à leurs conséquences pour les victimes.

33/. **Modèles de DPM : Fondements et classification.** Dès lors, deux idées sur la fonction de la responsabilité des mineurs (responsabilité « des causes »⁸⁸ et responsabilité des « résultats ») s'opposeront et induiront deux grands modèles de DPM. D'un côté, le modèle dit « pénal » (appelé aussi « répressionnel », « de justice » ou « pénitentiaire ») qui consacre clairement, – du moins à partir d'un certain âge –, la responsabilité pénale des mineurs d'après le procédé classique (causalité, culpabilité, imputabilité) et applique aux mineurs une

⁸⁴ Historiquement, l'on situe l'origine des premiers tribunaux pour mineurs (*juvenile courts*) au tournant du XX^{ème} Siècle à Chicago aux Etats-Unis d'Amérique. Bon nombre de pays occidentaux prirent modèle sur eux et instituèrent des juridictions similaires (*Children Act* britannique de 1908 ; Loi canadienne sur les jeunes délinquants de 1908 ; La loi belge sur la protection de l'enfance de 1912) dans lesquelles le juge des enfants (le centre du traitement de la délinquance infantile) et l'agent de probation (délégué à la liberté surveillée) formaient un couple difficilement séparable. Le psychologue s'ajoutera plus tard à ce duo.

⁸⁵ FOUCAULT M., *Naissance de la biopolitique : Cours au Collège de France*, Seuil, Paris, 2004, p. 232 ; WACQUANT L., « La tornade sécuritaire mondiale : néolibéralisme et châtiment à l'aube du XXI^e siècle », *Mouvements*, 2010/3, n° 63, pp. 137-154.

⁸⁶ HAMON H., *art. précité*.

⁸⁷ Voir BAILLEAU F. & CARTUYVELS Y. (dir.), « La Justice pénale des mineurs », *Déviance et Société*, vol. 26, n°3, 2002 ; MARY P., *Délinquant, délinquance et insécurité. Un demi-siècle de traitement en Belgique* (1944-1997), Bruylant, Bruxelles, 1998, pp.348-385 ; TREPANIER J., « La justice des mineurs au Canada : Remises en question à la fin d'un siècle », *Criminologie*, vol. 32, n°2, 1999, pp. 7-35. Néanmoins, certains autres, notamment le canadien Hastings ROSS, [« La criminalisation de la jeunesse : les tendances au Canada », *Déviance et Société*, 2009/3, vol. 33, pp.351-365], relativisent ce constat.

⁸⁸ CHAZAL J., *Etudes de criminologie juvénile*, PUF, Paris, 1952, pp. 11-13.

tarification pénale minimale ou identique aux majeurs (USA, Angleterre, Pays de Galle). D'un autre côté, le modèle dit « tutélaire » (appelé aussi « protectionnel », « paternaliste » ou « de protection ») qui estime que les mineurs sont des victimes [des conditions de vie] qu'il sied de leur appliquer des mesures de protection et d'éducation (Belgique, Canada, Portugal). Ce modèle adopte souvent « des modalités d'évitement du procès pénal avec des procédures déjudiciarisées »⁸⁹ et accorde des larges pouvoirs d'appréciation aux juges d'enfants. Il apparaît alors une cartographie qui distingue les Etats anglo-saxons d'obédience ultra-libérale des Etats romanistes d'idéologie socialiste. Ce qui conduit certains à dire que le système tutélaire serait inspiré de la doctrine « *parens patriæ* » ; et que celui de justice de la « *due process of law* » serait plus soucieuse des garanties procédurales⁹⁰. Peut, alors aussi se vérifier le postulat selon lequel les mécanismes d'identification, de qualification et de gestion de la délinquance des mineurs seraient étroitement tributaires du modèle socio-politique dominant au sein d'une société donnée. Corroborant à cette idée, TULKENS ET MOREAU⁹¹, mettent en exergue l'autonomie relative du droit des mineurs, en particulier, – et du droit, en général – par rapport au modèle socio-politique ou, selon HAMON H.⁹², aux engagements politiques et économiques.

34/. Remises en question des archétypes. Mais, l'on est très vite obligé de constater qu'aucune classification, n'est aujourd'hui rigoureusement exacte : elles ont toutes du mal à expliquer et à englober tous les modes de traitement de la délinquance des mineurs et ne se fondent sur aucun critère pertinent. S'il faut considérer le critère de la « peine »⁹³, l'on constate que plusieurs sanctions spécifiques, aux vertus « protectrices » et « réhabilitatrices », appliquées aux mineurs ne sont pas très différentes des peines⁹⁴ (Belgique, France, Allemagne) ; sans oublier que l'on ne peut aujourd'hui réfuter à la « peine classique » toute visée rééducative et préventive. La Suisse, par exemple, qui n'applique que des mesures éducatives à l'égard des mineurs délinquants, consacre curieusement *un seuil inférieur ou minimal de la responsabilité pénale*, qui d'ailleurs a toujours été l'un des plus bas de l'Europe (sept ans avant 2007 et dix ans après 2007). Le critère du privilège de juridiction, qui peut se

⁸⁹ BONFILS P., « Chronique de droit pénal des mineurs », *RIDP*, 2009/1, vol. 80, pp.307-315.

⁹⁰ D'AMOURS O., *art. préc.*

⁹¹ TULKENS F. & MOREAU T., *Op. cit.*, p.12.

⁹² *art. préc.*

⁹³ « Peine » = responsabilité pénale = système répressif ; « Mesure de sureté » = irresponsabilité pénale = système protectionnel.

⁹⁴ CEDH, 29/02/1998, n° 9106/80, *BOUMAR c/ Belgique* ; WILLEMS L., « Un point de vue critique des carences de l'application de la loi du 08/04/1965 », *Déviance et société*, vol. 9, n°2, 1985, pp.151-157, spéc. p.152.

décliner soit en des aménagements procéduraux, soit en une spécialisation juridictionnelle, n'est pas aussi pertinent. Quant au critère temporel ou socio-politique, s'il peut justifier la marginalisation de la justice tutélaire au profit de la justice réparatrice, il ne peut expliquer ni la résistance du modèle tutélaire, ni le choix par deux Etats de même facture idéologique des systèmes pénaux différents (le cas des Etats-Unis et Canada, par exemple). Aussi, même s'il apparaît clairement un glissement du curseur vers la répression, il est impossible d'envisager un total retour au point de départ. Finalement, il existe plusieurs systèmes qui se revendiquent tutélaires et qui consacrent *expressis verbis* l'irresponsabilité pénale du mineur, mais qui admettent la possibilité d'appliquer à certains mineurs le droit pénal commun (Allemagne, Belgique, Canada, Luxembourg⁹⁵). Bien plus, ils organisent tous une action judiciaire visant à la fois la réparation du dommage et la sanction du mineur-délinquant : la nature d'une telle action, vu toutes ses imbrications, peut bien être complexe mais dépasse manifestement le cadre de l'action civile. C'est à juste titre que cette subversion langagière est parfois qualifiée d'hypocrisie juridique⁹⁶ ou de rhétorique déguisement⁹⁷ : elle est donc, à la base d'une grande confusion tendant à lier étroitement, d'une part, la responsabilité pénale à la sanction applicable des mineurs, et d'autre part, la majorité pénale au seuil de responsabilité pénale.

35/. **Humanisme ou utilitarisme du DPM ?** Une autre préoccupation qui s'impose est celle de savoir s'il faut sous-tendre le modèle tutélaire par des motivations uniquement humanistes et philanthropiques ? Nous répondrons d'emblée à cette question par la négative : la philanthropie n'a jamais été l'apanage exclusif des « protectionnistes ». Sans plonger dans les débats d'école, il est évident que depuis le XVIII^{ème} siècle, la justice pénale « est mise en action moins pour servir contre les auteurs d'infractions, que pour guérir et les réinsérer dans le tissu social »⁹⁸ ; et finalement assurer le maintien et le rétablissement de la sécurité sociale. Aussi, il serait fallacieux de prétendre que toutes les interventions publiques⁹⁹ des siècles

⁹⁵ BELLON L., « Discours et pratiques sur le discernement de l'enfant », in LUDWICZAK F.(dir.), *Reformer le droit des mineurs délinquants*, L'harmattan, Paris, 2016, pp.68-91.

⁹⁶ CORNELIS P., « Présentation des travaux de la commission nationale belge pour la réforme de la loi sur la Protection de la Jeunesse », In « *Des réponses claires face à la délinquance des mineurs* », Actes du colloque organisé à Bruxelles par le MR en Mai 2005, URL : www.mr-chambre.be/.../DELINQUANCE%20JUVENI..

⁹⁷ CARTUYVELS Y., « Les grandes étapes de la justice des mineurs en Belgique, continuité, circularité ou ruptures ? », *JDJ*, n° 207, 2001, pp.13-33.

⁹⁸ JEANCLOS Y., *Op. cit.*, p.1.

⁹⁹ En France, par exemple, plusieurs lois de cette époque ont souvent été présentées sous un joug humanitaire, ou éducatif, pendant que les véritables motivations étaient, sans doute, politiques, économiques et militaires. C'est le cas notamment du Décret impérial de 1750 sur la délinquance des jeunes ou de la Loi du 28/01/1793 sur l'accouchement anonyme. Dans le premier cas, l'empereur, sollicitant la concession des droits parentaux, suggéra une solution draconienne pour débarrasser la société de ses jeunes délinquants en les envoyant soit en galères (pour les familles prolétaires), soit dans les colonies (pour les familles bourgeoises), soit à la

passés à destination des enfants avaient un caractère plus philanthropique que militaire, stratégique ou économique.

36/. Même le XIX^{ème} siècle qui, grâce à la deuxième révolution industrielle, est qualifiée d'humaniste n'est pas exempt de cette hypocrisie. L'exemple des Etats-Unis est encore plus paradoxal. Cet Etat ultralibéral qui, a été à la base de la création des premières juridictions spécialisées des mineurs et de l'émergence de la notion de l'intérêt supérieur de l'enfant¹⁰⁰, est curieusement, – du moins dans la majorité de ses Etats-fédérés –, l'un des pays le plus rigoureux à l'égard des mineurs. L'histoire nous apprend que l'essor du modèle de Chicago était plus dû à des préoccupations d'ordre public qu'à une véritable soif humaniste, consistant à résorber une criminalité infantile née de la précarité sociale que connaissaient les prolétaires et les immigrés¹⁰¹. Ce modèle de justice, qui a connu un emballement international, sera très vite estompé par une série de décisions de la Cour suprême dans les années 60-70. Dans trois retentissantes décisions¹⁰², la Haute cour américaine remettra fondamentalement en question le modèle tutélaire en ordonnant l'application d'un certain nombre de règles procédurales à l'endroit des mineurs (droit à une audition, à la consultation d'un avocat et à la prise de connaissance des différents rapports que le juge possédait à son sujet), et plus tard, un certain nombre des sanctions. Du côté de la Belgique, laboratoire¹⁰³ de la défense sociale, la lecture des travaux parlementaires de la loi du 05/05/1912 ayant instauré le modèle tutélaire laisse aussi entrevoir « *avant tout un réflexe défensif, un souci de gestion rationnelle et efficace*

Bastille ou couvent (pour les familles nobles). Mais au fond, la loi avait pour principal objectif le recrutement de la main d'œuvre pour les colonies. Quant à la seconde illustration, il s'avère que malgré, une pratique ancrée dans la société française (l'apparition des tours située vers 1630), l'accouchement secret n'a connu d'encadrement juridique que plus d'un siècle plus tard (la Loi du 28/01/1793, Décret impérial du 19/01/1811), puis, une véritable consécration légale qu'avec le Décret-loi du 02/09/1941 de Vichy. Ces trois textes ont curieusement en commun la période de turbulence politique et sociale. Si pour Napoléon, un enfant abandonné représentait un potentiel militaire ; pour Vichy, il était impérial de préserver le moral du soldat au front face à l'adultère de sa femme et de « blanchir les enfants nés de l'union d'une française et d'un soldat allemand ». Lire KASONGO LUKOJI G., « *Existe-t-il un droit fondamental de l'enfant au respect de son intérêt supérieur ? Etude comparée des droits anglais, belge et français* », Mémoire de Master 2, DPA/Droits Fondamentaux, AMU, 2012-2013, pp.90-102, spéc. 90-91 ; PEDRON P., *Droit et pratiques éducatives de la PJJ*, Lextenso, 4^{ème} éd., Paris, 2016, pp. 37-38 ; *Rapport de la Mission parlementaire sur l'accouchement dans le secret*, Assemblée Nationale, 13^{ème} législature, 12/12/2010, disponible en ligne sur le site officiel de l'Assemblée Nationale ; VERDIER P., DUBOC M., *Face au secret de ses origines : le droit d'accès au dossier des enfants abandonnés*, DUNOD, Paris, 1996, pp.60-66.

¹⁰⁰ KOHN L.M., "Tracing the Foundations of the Best Interests of the Child Standard in American Jurisprudence", in <http://epubs.utah.edu/index.php/jlfs/article/viewDownloadInterstitial/46/39>, cité par KASONGO LUKOJI G., *Op. cit.*, pp.35.

¹⁰¹ MAES C.[2005a], *art. précité*; SEALANDER J., *The Failed Century of the Child: Governing America's Young in the XXth Century*, Cambridge, Cambridge University Press, 2003.

¹⁰² KENT (383, US, 541, 1966) ; GAULT (387, US, 1, 1967) ; WINSHIP (397, US, 358, 1970).

¹⁰³ NIGET D., « Expertise médico-pédagogique et délinquance juvénile en Belgique au XX^{ème} S. », *Histoire@Politique*, 2011/2, 14, p.38-54 : <http://www.cairn.info/revue-histoire-politique-2011-2-page-38.htm>

d'une délinquance en accroissement chronique plutôt qu'une indulgence teintée d'idéalisme humaniste »¹⁰⁴. Il sera toujours question, à la fois, de traiter et de protéger le mineur dont le milieu social est perçu comme le terreau du crime, mais aussi de défendre la société et de préserver l'ordre social contre la pépinière de jeunes criminels.

37/. Ce qui justifie notre hypothèse de départ selon laquelle le carcan archétypique (pénal/protectionnel) n'explique pas les modalités réelles et effectives de prise en charge des mineurs. Faut-il rappeler qu'en réalité il n'existe pas de délinquance qui soit, en soi, spécifique aux mineurs d'âge ? « Que la délinquance juvénile est une construction sociale ; que ce n'est pas tant une soi-disant délinquance juvénile qui fut à la base d'un système de justice juvénile propre, mais [plutôt] un concours de faits sociologiques, de constats, de réflexions et de réactions dans le monde carcéral, socio-éducatif, criminologue, philosophique et académique du XVII^{ème} siècle finissant »¹⁰⁵ ? Faut-il encore préciser que toute question de fond, en matière du DPM, appelle impérativement des considérations de forme ? Alors, pourquoi toujours réduire cette justice aux antipodes ou la définir par le dilemme « sanction » versus « soins », « protection » versus « punition » ? N'y a-t-il pas une ligne médiane ? N'y a-t-il pas une autre manière de voir les choses ? Pourtant après une centaine d'années, des nombreuses expériences, menées un peu partout dans le monde, ont démontré qu'il n'existe pas une solution unique ou univoque au problème de délinquance juvénile mais des réponses¹⁰⁶ qui doivent être recherchées dans les caractéristiques propres de chaque société que seule une **approche deconstructive**, – laquelle sous-entend nécessairement une démarche ontologique, épistémologique et historique –, peut mettre en lumière. De même, « l'évolution de la protection de la jeunesse montre qu'a toujours été présent un modèle pénal qui se cache »¹⁰⁷ ainsi qu'une quête d'efficacité¹⁰⁸; et que, dans tout système de justice sont pris en compte les acquis et connaissances scientifiques de la défense sociale qui n'ont jamais été

¹⁰⁴ DE FRAENE D., « Historique de la réponse donnée par le législateur au problème de la délinquance juvénile », In « *Des réponses claires face à la délinquance des mineurs* », *Op. cit.*

¹⁰⁵ MAES C., « La justice juvénile dans le monde, ses systèmes, ses objectifs : les modèles », Séminaire de formation en justice des mineurs pour magistrats et autres acteurs en justice juvénile de l'Afrique francophone, Ouagadougou 2004, Working Report, 1-2005, pp.17-32. Voir aussi, YVOREL J.J., « L'éducation des mineurs de justice en France », *La lettre de l'enfance et de l'adolescence*, 2004/3, n°57, pp. 113-120 [en ligne] <http://www.caim.info/revue-lettre-de-l-enfance-et-de-l-adolescence-2004-3-page-113.htm>

¹⁰⁶ MOREAU T., « La prise en charge des mineurs difficiles est-elle considérée comme une priorité dans notre société ? », In « *Des réponses claires face à la délinquance des mineurs* », *Op. cit.* ; ZERMATTEN J., « L'observation générale n°10 (2007) du Comité des droits de l'Homme : les droits de l'enfant dans le domaine de la Justice des mineurs, Bulletin DEI, Juni 2007 Band 13 Nr 2 S.6, [en ligne] http://www.dei.ch/d/article_dei.php5936 , consulté le 02/02/2015.

¹⁰⁷ MOREAU T.[2005], *art. préc.*.

¹⁰⁸ RASSAT M.L., *Droit pénal général*, Ellipses, 3^{ème}éd., Paris, 2014, p.465.

totalement remis en cause : c'est au Législateur (au niveau de l'élaboration de la norme) et aux différents intervenants (au niveau de l'application de la norme) de pouvoir trouver **le juste équilibre**.

38/. Raison pour laquelle, certains auteurs, ne sachant plus classer certains systèmes dans les deux grands modèles connus, parlent plutôt d'une troisième catégorie qualifiée du « modèle mixte ». Cette dernière, de plus en plus importante, conviendrait mieux à beaucoup de systèmes qui se réclament plutôt de l'un des modèles traditionnels. Au regard des faiblesses et inconvénients des deux modèles traditionnels, il est clair que tous les systèmes sont aujourd'hui à la recherche d'une *troisième voie*¹⁰⁹ : la voie de l'équilibre, de l'accommodation¹¹⁰ et du pragmatisme. Ce malaise classificationnel traduit également une difficulté à délimiter matériellement cette nouvelle discipline. Souvent calquée sur les domaines du droit pénal des adultes, le domaine du DPM dépasse pourtant celui de son devancier. La reconnaissance de l'autonomie¹¹¹ de cette branche passe, nécessairement, par la reconnaissance de la spécificité de son objet, sa méthodologie et sa terminologie.

B. La prégnance de la forme sur le fond en DPM

39/. Depuis l'ère tutélaire, le DPM revendique une singularité qui lui sera complètement reconnue quand la victimisation sociale mit en exergue d'autres formes de vulnérabilité de l'enfant. Grâce à l'apport de la criminologie, un droit pénal proactif (préventif) titille désormais le droit pénal traditionnel et réactif. Ce qui conduit à une importante amplification du domaine de cette jeune discipline qui se manifestera par la tendance ; d'un côté, à coordonner ou à codifier les règles (de fond et de forme) relatives à la prise en charge du mineur-délinquant, d'autre part, à considérer dans un impératif préventif la situation du mineur en danger. On ne s'intéressera plus uniquement au mineur-délinquant, mais aussi au mineur-victime¹¹² de la délinquance ; car il s'est avéré que les mineurs victimes d'infractions

¹⁰⁹ MAES C.[2005a], *art. précité* ; ZERMATTEN J, « La loi fédérale régissant la condition pénale des mineurs », *Chronique de l'AIMJF*, n°1, vol.13, 07/2004, spéc.2-3.

¹¹⁰ TREPANIER J., « Une justice pour mineurs en changement : Evolution nord -américaine de dernières années », *RICPT*, n° 39-40, 1986.

¹¹¹ Pour le professeur GASSIN [« Les lois spéciales et droit commun, D.1961, chro.57], il y a autonomie d'un dès lors que ce dernier se détache du droit au quel il demandait jusque-là les règles applicables à ses matières non régies par des lois spéciales pour s'ériger en un système juridique indépendant ayant ses fins propres et sa technique particulière ».

¹¹² Cette évolution du DPM est louable, mais en constituera, certes, le talon d'Achille. Contrairement au droit pénal du mineur-délinquant, cette frange ne saura jamais s'autonomiser et se départir du droit commun. La victimation directe (pénale ou infractionnelle) relèvera du droit pénal spécial ; tandis que la victimation indirecte sera souvent submergée dans la protection sociale de l'enfant (droit des personnes et droit social). Toute prétention d'autonomie de sa part paraîtrait comme un empiètement du domaine des autres branches.

et d'autres abus, inadaptés, en danger moral fournissent la presque totalité du contingent des mineurs-délinquants. Dès lors, la démarcation « responsabilité/irresponsabilité » n'avait plus d'impact pratique et réel : les concepts « mineur-délinquant », « mineur-victime », « mineur-dangereux », « mineur en danger » seront désormais liés, déliés, voire même confondus, mais inéluctablement présents quelle que soit l'orientation pénale prise par le Législateur. Le volet pratique, sinon la question de l'aboutissement de la prise en charge du mineur, apparaissait désormais comme une préoccupation fondamentale du DPM. La question de la responsabilité pénale des mineurs ne se décline plus en « *pourquoi punir ?* » (qui sous-entend comme en droit pénal commun la rétribution), mais plutôt en « *comment punir ?* », « *comment agir ?* ».

40/. **Le « comment agir » : confirmation et enjeux.** Selon le constat communément admis, il y a un durcissement des règles pénales à l'égard des mineurs qui est principalement attribué à la perte (ou l'affaiblissement) de l'autonomie du flanc procédural¹¹³ du DPM. Si l'on admet aussi une autre hypothèse d'après laquelle les règles de fond, sinon les principes de base, en matière d'enfance délinquante n'ont pas beaucoup changé dans plusieurs pays ; l'on peut donc logiquement déduire l'impact considérable qu'a la pratique (droit processuel) sur le fond (droit substantiel) ; Car, c'est apparemment le durcissement procédural qui induit le durcissement de la règle de fond. D'ailleurs, « l'histoire du système pénal montre que bien souvent, les transformations les plus importantes se produisent moins au niveau de la théorie qu'au niveau de la pratique, moins au niveau des textes qu'au niveau de leur application »¹¹⁴. « La loi consacre des droits et devoirs, mais c'est régulièrement la justice qui lui prépare le terrain »¹¹⁵ dit-on. La pratique se situe donc en amont et en aval, de la production normative.

Là, se situe aussi l'un des défis de cette branche de droit qui consiste à savoir jusqu'où pourrait-elle étendre ses frontières. C'est donc dans le DPM (de fond) que se joue non seulement l'avenir de la structure juridique romaniste (la *suma divisio*) mais surtout la répartition du pouvoir étatique. En effet, avec la décentralisation administrative des Etats modernes, le pouvoir central se partage les compétences avec les entités administratives décentralisées (territoriales). Pour des raisons financières, la compétence en matière de la prévention de la délinquance juvénile et de la protection de la jeunesse bascule de temps à autre entre ces deux pôles de pouvoir (cas de la France et de la Belgique). Les limites devenant de plus en plus floues, il arrive parfois que se trouve réunit entre les mains de la même autorité locale, à la fois la fonction législative et exécutive en matière de l'enfance délinquante remettant ainsi en question le principe sacro-saint de la séparation des pouvoirs.

¹¹³ BONFILS P., « Autonomie du droit pénal des mineurs : entre consécration et affaiblissement », [en ligne] <http://www.comitasgentium.com/fr/component/k2/item/74-l%E2%80%99autonomie-du-droit-p%C3%A9nal-des-mineurs,-entre-cons%C3%A9cration-et-affaiblissement> du 20/10/2013 ; BONFILS P. & GOUTENOIRE A., *Op. cit.*, p.19.

¹¹⁴ TULKENS F. & MOREAU T., *Op. cit.*, p.29.

¹¹⁵ ROSENCZVEIG J.P., *La justice et les enfants*, Dalloz, Paris, 2013, p.2.

41/. Bien plus, la démarcation (fond/forme) n'est qu'artificielle : c'est par commodité consensuelle, et souvent didactique, que le droit pénal général correspondrait au droit pénal de fond, et la procédure pénale, au droit pénal de forme. Contrairement au droit privé où cette démarcation correspond à une réalité, l'on ne peut imaginer, en droit pénal, l'un sans l'autre. La procédure pénale est quasiment le seul « vecteur qui permet de transformer une situation de fait en situation de droit »¹¹⁶ : elle est indispensable à l'application du droit pénal. Le procès devient, donc, « l'inévitable trait d'union entre l'infraction et la sanction ; contrairement en matière civile où il reste un accident exceptionnel »¹¹⁷. Ce liminaire se vérifie davantage dans la justice pour mineurs qui s'est détachée de la justice pour adultes par la multiplicité d'intervenants ainsi que les larges prérogatives qui leur sont accordés, particulièrement le juge. Cette particularisation traduit une idée d'accompagnement du justiciable jusqu'au bout du circuit pénal, c'est-à-dire, au-delà même du circuit judiciaire. Elle déplace donc le principal défi du DPM vers l'application de la norme pendant que cette dernière est susceptible d'être fragilisée par la présence même des organes divers ayant chacun une mission publique propre. Pour sortir de ce cercle vicieux, il faudrait, d'une part, une action coordonnée, homogène et synergique des différents intervenants, d'autre part, – du moins sous l'angle d'approche prônée dans cette étude –, un examen apparié de la règle et de son application. Or, l'application de la norme en matière des mineurs, s'inscrit dans une temporalité autre que celle de la justice ordinaire. Le juge pour/des enfants (JPE) est le « juge du temps » ; et, « ce temps est différent du temps judiciaire »¹¹⁸. Il agit à la fois, dans l'immédiateté (en prenant des mesures urgentes de sauvegarde) et dans la durée (dans la vie du mineur). *Si une décision définitive sur le fond dessaisit le juge ordinaire d'une affaire, celle du JPE la lie à son justiciable ; Si une décision du juge ordinaire ne peut avoir qu'un effet ponctuel et limité sur un adulte, celle du JPE scelle souvent le sort de toute une vie.* D'où l'avant-gardisme et le pragmatisme recommandés à ce juge ainsi qu'à tous les autres intervenants. Car leur mission dépasse quasiment le cadre de droit et de la justice distributive.

C. La gestion pénale des mineurs-délinquants en RD Congo

42/. **Le régime pénal appliqué aux mineurs au Congo : Autopsie.** Le droit congolais [écrit] ne s'était jamais préoccupé de l'enfant en tant que « sujet particulier du droit », sauf en matière pénale avec le décret du 06/12/1950 sur l'enfance délinquante. Devant l'inexistence

¹¹⁶ LE ROY J., *Procédure pénale*, LGDJ, 3^{ème} éd., Paris, 2013, p.8.

¹¹⁷ PRADEL J., *Procédure pénale*, CUJAS, 18^{ème} éd., Paris, 2015, p.16.

¹¹⁸ ROSENCZVEIG JP.[2013], *Op. cit.*, pp. 36.

d'un droit de la protection sociale, seule le Code de la famille portait quelques règles générales et protectrices de la minorité (l'enregistrement obligatoire de l'enfant à l'état civil, la filiation, le régime des incapacités, le régime successoral et quelques incriminations dont l'enfant peut en être objet...). C'est plus tard que les bouleversements socio-politiques, qui secouent la RDC depuis près de deux décennies, ont particulièrement mis en lumière la vulnérabilité de l'enfant (enfant-soldat, enfant-violé, enfant-esclave, enfant-abandonné...) et l'incapacité de la loi à le protéger. C'est dans ce contexte que le législateur de 2009, poussé par la société civile nationale et internationale, a été obligé, après une série de réformes du code pénal ordinaire qui ont débuté quelques années plus tôt, de revoir sa politique de protection des mineurs. Par la loi n°09/001 du 10/01/2009 portant protection de l'enfant (LPE), le Législateur a pourvu l'arsenal juridique national d'une importante législation relative à l'enfance. Ce texte, qui vient combler les lacunes du D.1950, se veut un mini-code de l'enfance à l'instar de ses homologues français et belge, dont il s'inspire assurément : il régule la quasi-totalité des aspects juridiques de la vie du mineur en apportant des innovations dans quatre axes majeurs, à savoir ; le droit privé de l'enfant (droit de la personne et de la famille), le droit de la protection sociale de l'enfant, le droit judiciaire, enfin, le droit pénal de l'enfant.

43/. Cette dernière portion se pose en matière-charnière de cette législation et constitue d'ailleurs, avec la protection judiciaire, les plus prolixes des parties du texte. Elle établit, d'une part, des règles de fond et de forme spécifiques pour les procédures judiciaires impliquant le mineur d'âge, et d'autre part, des incriminations dont la spécificité tient de la minorité de la victime. Elle consacre, de ce fait, un **droit autonome** qui peut être subdivisé en deux parties essentielles : le Droit pénal du mineur-délinquant et le Droit pénal du mineur-victime. Dans la seconde partie, il s'agit principalement des circonstances aggravantes, mais aussi des incriminations autonomes relevant du droit pénal spécial commun. Dans la première, – qui nous intéresse particulièrement –, il est question des règles largement dérogatoires relatives aux conditions et traitement de la responsabilité, aux comportements prohibés et aux sanctions. Cette partie constitue une continuité logique du D.1950.

44/. Il s'avère que cette évolution n'est pas sans écueil. Le législateur congolais n'arrive toujours pas à trouver la meilleure recette pour endiguer la criminalité infantile : autant, il peine à intégrer dans ses réformes les particularités sociologiques locales, autant il peine à s'aligner sur un régime juridique quasi-importé. En effet, cette composante du droit pénal congolais n'est pas toujours pleinement opérationnelle. Sept après son entrée en vigueur, seule

une huitaine des mesures d'application ont vu jour sur une douzaine prévue¹¹⁹, sans compter les réformes procédurales incidentes qu'elle implique. Elle n'a pas non plus clairement défini ses lignes directrices : on y retrouve toutes les tendances pénales modernes. Pendant qu'elle se réclame de facture tutélaire et porte beaucoup de similitudes avec les législations belge et canadienne en la matière, une étude minutieuse fait aussi ressortir des ressemblances avec le système français qui est, quant à lui, plus axé vers la répression. Cette loi, considérée par la quasi-totalité des auteurs congolais comme l'aboutissement du modèle protectionniste dont les bases furent posées en 1950, contient paradoxalement des notions antipodiques au modèle tutélaire notamment **la subdivision de la minorité sur base du discernement** ainsi que **la fixation d'un seuil minimal de responsabilité pénale**. Au regard de tous ces changements, voulus et subis, plusieurs questions valent la peine d'être posées. Quel est aujourd'hui le vrai statut juridique du mineur en droit pénal congolais ? Dans un pays où la pauvreté constitue le principal facteur criminogène, sinon déterminant, de la délinquance juvénile de quel type de système pénal des mineurs a-t-on besoin ? Faut-il encore rester dans les débats d'écoles – dont les archétypes et leurs critères ne sont plus pertinents – qui n'élaguent malheureusement pas les questions de fond ? Faut-il encore continuer, en cette matière, à fermer la porte à nos règles coutumières ou à nos réalités sociologiques ? Si chaque système juridique se doit de choisir une politique pénale dépendamment de ses propres réalités sociétales, comment et pourquoi la RDC peut-elle produire un système quasi-identique à celui de la Belgique ou du Canada ? Devrons-nous, s'interroge avec nous le professeur IDZUIMBUIR ASSOP¹²⁰, nous employer à reproduire des modèles existants ou plutôt nous engager dans la voie de la contextualisation ? A cet effet, rappelons que la question de délinquance juvénile exige une approche holistique et pluridisciplinaire ayant comme principal soubassement l'intérêt supérieur de l'enfant (ISE). Ce dernier concept sous-entend aussi la prise en compte des moyens effectifs dont disposent une société pour d'offrir ce qui est de mieux à ses mineurs d'âge étant donné que le système tutélaire, plus que le système de justice, appelle une importante mobilisation des moyens (financiers, matériels et humains), une implication manifeste de l'Etat et de la communauté dans la rééducation du mineur-délinquant ainsi qu'une action plus que coordonnée des acteurs institutionnels de la phase pré-juridictionnelle à la phase post-juridictionnelle. En connaissance des causes, la Belgique a construit un système

¹¹⁹ Rap. national soumis le BICE et le corporatif des ONG des droits de l'enfant à la 74^{ème} session du CDE, Kinshasa, Mai 2016, [en ligne] <http://tbinternet.ohchr.org/treaties/CRC/shared%2520Documents/COD:INTCRCNGOVOD2411E.pdf>

¹²⁰ « Vers une contextualisation du système de justice pour mineurs en RDC », Actes des journées scientifiques de la faculté de droit : « Le droit congolais face à son avenir », *Op. cit.*, pp.133-144, spéc. 134.

global de protection de la jeunesse incluant aussi bien l'approche sociale que judiciaire ; Et, la France, de son côté, s'est orientée vers une la réponse punitive, accompagnée, toutefois, de plusieurs mécanismes éducatifs. Pour le cas de la RDC, non seulement les moyens mis à la disposition de cette politique pénale mais aussi la répartition des compétences¹²¹ entre les différents organes ainsi que leur coordination, justifie notre propos dubitatif sur le caractère paternaliste dudit système. Grand a été aussi notre étonnement de constater que la loi est presque silencieuse au sujet des devoirs, des obligations, surtout de la responsabilité (pour négligence) de l'Etat congolais : ce sont plus les parents du mineur-délinquant qui sont mis en porte-à-faux.

45/. « **Droit pénal des mineurs** » ou « **protection des mineurs** » en RDC ? Une autre faiblesse du système congolais provient de la confusion entretenue par le courant doctrinal dominant pour qui l'on ne peut pas parler d'un « **droit pénal** » à l'égard des mineurs étant donné que ces derniers sont supposés être pénalement irresponsables. Rappelons que depuis 1950, le droit congolais prévoit des règles pénales spécifiques relatives à la délinquance des mineurs. Et, comme en droit européen et nord-américain du début du siècle dernier, la mise en place de ces régimes spéciaux a déjà « fait soupçonner l'existence d'un droit pénal de l'enfance [ou des mineurs] »¹²². Mais, à son stade embryonnaire, la doctrine, y compris certains législateurs, préféreraient désigner l'ensemble de ces règles juridiques par leur objet même, c'est-à-dire, la « **délinquance juvénile** » ou « **enfance délinquante** ». Durant les années 60, quelques voix s'élevèrent contre cette expression, retenue également en droit congolais sous le D.1950, au motif qu'elle était stigmatisante et large par le fait qu'elle englobait aussi bien les actes constitutifs d'infraction que les actes de déviance¹²³. C'est alors qu'apparut la tendance à désigner cette discipline à travers le principal instrument de la prise en charge de ce phénomène social : « **Justice pour/des mineurs** ». Cette nouvelle expression correspond au deuxième et long stade de l'évolution de cette branche du droit durant laquelle presque toutes les règles juridiques relatives à la délinquance juvénile ne se traduisaient principalement qu'en une relative autonomisation procédurale. Elles consistaient essentiellement en des

¹²¹ Plus que celle des adultes, la justice des mineurs fait appel à une diversité d'acteurs et d'organes qui ont mis en exergue le systématique trio **juge des enfants** – **psychologue** – **assistant social ou éducateur**.

¹²² PRADEL J.[2016], *Op. cit.*, n°54, p.55. Voir aussi : ANCEL M. & HERZOG J.B, «Introduction», In HEUYEUR G. & CHOMBART DE LAUWE H. (dir.), *Seuil d'âge et législation pénale : contribution à l'étude du problème des jeunes adultes délinquants*, Cujas, Paris, 1961, pp. IX-XV, spéc. p.XIII ; AUDEOUD C., « la conception de la famille à travers le droit pénal des mineurs au XIX^{ème} siècle », *Droit et cultures*, 66/2013, pp. 179-201.

¹²³ POITOU D., « Approche sociologique de la jeunesse délinquante au Niger » in MARGUERAT Y. & POITOU D. (dir.), Fayard, Paris, 1994, pp.414-431.

règles spécifiques et dérogatoires au droit commun appliquées par les tribunaux lorsqu'ils connaissaient des faits infractionnels commis par des mineurs. C'est aussi à ce stade que la discipline fût considérablement saisie et impulsée par la norme supranationale. Enfin, l'expression « **Droit pénal des mineurs** », qui traduit un degré élevé de maturation de ces règles, ne semble s'affirmer qu'au milieu de la décennie 80. Depuis lors, plusieurs articles, ouvrages et travaux la consacrent. Toutefois, reste encore ouvert le débat au sujet de l'autonomie de cette nouvelle discipline. Les uns la qualifient de **droit d'exception**, ne dérogeant au droit commun que par des dispositions d'interprétation restrictive, et les autres, particulièrement en France, de **droit spécial** constituant le droit commun applicable à une matière donnée. La tendance est à l'affirmation du dernier courant de pensée¹²⁴.

46/. Il faut cependant souligner que l'expression « **justice pour /des mineurs** » est encore aujourd'hui utilisée ; soit par abus de langage étant donné que l'expression est attachée à la plus importante étape d'évolution de la discipline, soit par minimalisme consensuel (droit comparé et droit international) étant donné que la spécificité procédurale et juridictionnelle demeure le dénominateur commun des deux grands modèles de cette discipline, soit pour désigner les systèmes juridiques au sein desquels le mineur-délinquant ne bénéficie que de ladite spécificité sans d'importantes dérogations aux règles de fond (Hypothèses du droit congolais d'avant 2009 et, pratiquement de tous les systèmes anglo-saxons). Raison pour laquelle, l'expression reste répandue en droits anglo-saxon et international. Mais en dehors de ces cas, nous estimons que ce terme est anachronique. Dès lors, nous ne partageons pas l'avis de madame IDZUIMBUIR ASSOP¹²⁵ selon lequel : « la justice pour mineurs fait penser à la protection judiciaire de l'enfant [...]. La protection de l'enfant, quant à elle, a un contenu large qui évoque aussi bien la protection judiciaire que la protection sociale de l'enfant ». Car, cette justice, depuis le modèle de Chicago, n'a jamais été envisagée sans concours des structures extrajudiciaires et administratives que l'on ne peut retenir la prise en charge sociale comme un élément nouveau ou distinctif. Toutes les autres lois qui se sont, dès lors, succédées se veulent « protéger les mineurs » des abus et de l'inefficacité du régime pénal appliqué aux

¹²⁴DUNKEL F., « Le droit pénal des mineurs en Allemagne : entre un système de protection et de justice », *Déviance et Société*, 2002/3, vol.26, pp. 297-313, [en ligne] <http://www.caim.info/revue-deviance-et-societe-2002-3-page-297.htm>; CRAWFORD A., « La réforme de la justice des mineurs en Angleterre et au Pays de Galles », *Déviance et Société*, 2002/3, vol.26, pp.387-402, [en ligne] <http://www.caim.info/revue-deviance-et-societe-2002-3-page-387.htm>; RENUCCI J.F., *Le droit pénal des Mineurs*, PUF, col. « Que sais-je », Paris, 1991, 3-4 ; MICHEL O., *L'autonomie du droit pénal des mineurs*, Thèse, Aix-Marseille, 1999 ; RASSAT M.L.[2014], *Op. cit.*, pp.57-60, 464-465.

¹²⁵*Op. cit.*, [2013], pp.23-24.

adultes. Par ailleurs, l'intitulé d'une loi relative à la gestion pénale des mineurs ou la terminologie, par elle adoptée, ne sont pas à elles seules suffisantes pour déterminer l'orientation idéologique et effective du Législateur. En France par exemple, l'Ord.1945, qui confirme la justice tutélaire instaurée par la loi du 29/07/1912, porte bien l'intitulé d'« enfance délinquante». Même après adoption d'un texte (Ord. n°58-1301, 23/12/1958), de portée essentiellement civile, dénommé de « protection de l'enfant », l'on continuait à parler à l'Hexagone de « justice des mineurs ». Tandis que la loi belge du 05/05/1912, très semblable à son homologue français, brandissait déjà l'intitulée « protection de l'enfant ». Au Canada¹²⁶, la loi de 1908 qui a consacré l'irresponsabilité pénale des mineurs s'intitulait « la loi sur les jeunes délinquants », tandis que celles de 1985 puis de 2002 qui remettent en question ce principe s'intitulent respectivement « loi sur les jeunes contrevenants » et « loi sur le système de droit pénal pour adolescents ». Qu'à cela ne tienne, comme on ne peut pas parler de « **justice pour travailleurs** » ou de « **justice pour commerçants** » pour désigner respectivement le droit du travail et le droit commercial qui portent, eux aussi, essentiellement des règles personnelles; on ne peut non plus le faire pour le « droit pénal des mineurs » qui, quels que soient les systèmes juridiques considérés, englobe aujourd'hui aussi bien des règles de fond (allant au-delà même du droit pénal commun) que des règles de forme spécifiques.

47/. Au-delà des considérations terminologiques, il appert que la problématique de la gestion pénale de la délinquance des mineurs en RDC reste entière et se situe à trois niveaux : celui des mineurs-délinquants, plus particulièrement des enfants en conflit avec la loi (appelant une **refonte**), celui des mineurs-victimes, en danger ou en situation difficile (appelant **une réforme**¹²⁷), et enfin, celui des modalités de leur prise en charge (nécessitant

¹²⁶ TREPANIER J., « Une justice pour mineurs en changement : Evolution nord -américaine de dernières années », *RICPT*, n° 39-40, 1986, p.396 ; « La justice des mineurs au Canada : Remises en question à la fin d'un siècle », *Criminologie*, vol. 32, n° 2, 1999, pp. 7-35, URL: <http://id.erudit.org/iderudit/004749ar>.

¹²⁷ Plusieurs textes de loi épars régulent les aspects de la vie des mineurs ou contiennent des incriminations liées à la minorité de la victime (le code de la famille, le code du travail, le code pénal tel que modifié et complété à ce jour, la loi sur les personnes vivant avec le VIH, la LPE...). Mais, le souci de **clarté et d'homogénéité** devrait appeler une codification unique. Par exemple, le Code du travail (art. 6 L. n°015/2002 du 16/10/2002) voulant protéger l'enfant soumet la capacité contractuelle du mineur de 15 ans à l'autorisation parentale (ou tutélaire), administrative (inspecteur du travail), et exceptionnellement, judiciaire. La loi n°16/010 du 15/07/2016 qui modifie et complète ledit Code a revu ces règles en rehaussant cette capacité contractuelle à 18 ans et en renforçant le pouvoir dérogatoire du Président du Tripaix par la suppression de celui qui était reconnu jadis aux parents et à l'inspecteur du travail. S'il est toujours reconnu à l'inspecteur les droits d'avis et de saisine ; seul le dernier est reconnu aux parents au même titre, d'ailleurs, que toute personne intéressée. Cette loi de 2006 entérine également une autorisation supplémentaire, introduite par l'art.50 LPE, à savoir : l'avis psycho-médical d'un expert. Or, dans un pays caractérisé par la lenteur administrative et judiciaire, le monnayage des actes administratifs (même gratuits) et la corruption, des telles dispositions ne font qu'empirer la situation économique de l'enfant-travailleur. Un autre exemple nous provient des contradictions au sujet de l'infraction du **mariage forcé** d'une mineure âgée de plus de 15 ans, prévue à un

aussi **un réajustement**¹²⁸). Elle suppose aussi un triple degré de dualisme ; le premier est d'ordre légal, voire même idéologique, opposant une ancienne législation incrustée dans la pratique et ayant eu plus d'un demi-siècle de vie à une nouvelle législation qui opte pour un système différent, le second est d'ordre temporel relatif à la transition entre les deux systèmes juridiques, et enfin, le troisième est d'ordre culturel confrontant un droit d'origine étrangère aux pratiques sociologiques congolaises.

3. Hypothèses et méthodes de la recherche

48/. Aujourd'hui¹²⁹, plus qu'hier, la RDC est interpellée par la question de l'efficacité de son système pénal à l'égard des mineurs ? Quel système pénal doit-elle adopter au regard de toutes ces mutations sociales et idéologiques, – qu'elle n'a forcément pas connu et qui ne coïncident pas nécessairement avec ses propres réalités sociologiques –, qui, ayant conduit à la modulation des modes de prise en charge des mineurs, s'imposent à elle ?

49/. Il sera indécent, de notre part, de réclamer la primauté d'une telle étude en RDC. En effet, plusieurs ouvrages et travaux de recherche ont déjà mis en exergue l'inadéquation du droit écrit aux réalités sociologiques congolaises. L'on peut citer, à titre illustratif, les

moment par trois textes légaux différents (art : 174f CP, 336, 352 al.1 et 420 CF, 189 LPE) portant chacun un taux de peine différent. Il y a lieu de citer aussi le cas de l'élément matériel du **viol réputé à l'aide de violences** (art. 170 al.3 CP) lié à la notion de l'émancipation du mineur en droit congolais (art. 289 CF). Toutes ces problématiques n'ont été que partiellement réglées par la dernière modification du code de la famille (L. n°16/008 du 15/07/2016) étant donné que la LPE en avait aussi créé d'autres, particulièrement sur le plan pénal, qui n'ont pas apparemment attiré jusque-là l'attention des auteurs et du Législateur. Lire sujet NGOTO NGOIE N., *Guide de protection de l'enfant*, EDS, Kinshasa, 2017, pp.39-41.

¹²⁸ Sachant que la plus grande faiblesse des réformes en RDC est la disponibilité des moyens, notre étude évitera de proposer la création d'organes nouveaux ou supplémentaires pour opter en faveur des réajustements de ceux qui existent.

¹²⁹ Les Anglais ont leurs « *teddy boys* » et « *hooligans* » ; les Belges, leurs « *wilds Devils* » ; la France, ses « *apaches* », « *blousons noirs* », « *loubards* », et « *jeunes des quartiers* » ; la RDC a aussi ses « *kulunas* », « *pombas* », « *shegués* », « *finders* », « *phaseurs* », « *yankee* », « *balados* », « *gourbas* », « *bills* ». Tous ces néologismes, attachés spécifiquement à la délinquance juvénile, parfois dans sa forme la plus violente, témoignent la recrudescence et de la persistance du phénomène dans les sociétés modernes. D'ailleurs, pendant la réalisation de la présente étude, l'on a assisté à Kinshasa (RDC) aux exécutions publiques et illégales des jeunes délinquants (« *KULUNA* ») par les agents de la police nationale. Cette opération, dénommée « Opération LIKOFI » (traduit par « Coup de poing », menée par le Général KANYAMA/Police Nationale, 2013), qui a défrayé les chroniques et ému toute la communauté scientifique, a curieusement été saluée par la population qui y trouve une solution efficace à son tourment quotidien. Cette opération a vraisemblablement réduit le taux de criminalité dans la capitale ; mais l'on ne peut en espérer un grand résultat qui s'inscrit dans la durée. Notre méfiance est justifiée par des résultats mitigés qu'ont entraînés toutes les autres actions ponctuelles tentées depuis une dizaine d'années : « Opération MBATA YA BAKOLO » (Police/Brazzaville, 2012) ; « Opération Tolérance zéro » (Prof.LUZOLO/Ministère de la justice, 2010) ; « Opération KANGA VAGABOND » (MUZUNGU C./Gouvernorat Kinshasa, 2002).

ouvrages des professeurs FOFE DJOFIA¹³⁰ et MATADI NENGA¹³¹ ainsi que les récents travaux de la Commission de réforme du code pénal congolais. Mais toutes ces études, n'ont pas abordé les aspects spécifiques du DPM. Cependant, celles qui s'y consacrent¹³², n'arrivent malheureusement pas à se démarquer du carcan idéologique¹³³. Essentiellement de facture tutélaire, ces études se cantonnent sur le modèle belge, présenté comme le seul mode de prise en charge de la délinquance des mineurs ; sinon l'unique qui vaille. Peu de paragraphes sont consacrés aux autres modèles. L'approche privilégiée, sans sous-estimer son intérêt, reste éminemment criminologique et empirique. Il existe également très peu d'analyses des praticiens du droit (avocats, magistrats) dans ce domaine.

50/. Pour répondre à cette problématique et combler ce vide doctrinal, nous avons estimé utile d'aborder cette étude sous un prisme comparé¹³⁴. Ce qui nous permettra de prendre [de] la hauteur et le recul nécessaires. Mais « *comparer* », c'est également « *choisir* » ; et, pour « *choisir* », il faut « *connaître* »¹³⁵. D'où, la nécessité d'une approche non seulement descriptive consistant à un examen minutieux des textes de lois et de la doctrine, mais aussi pratique qui prend en compte le droit vivant (la jurisprudence) et les structures cognitives fondant les constructions juridiques à l'œuvre dans les systèmes considérés¹³⁶. Il s'agira de scruter principalement le système juridique congolais, afin d'y déceler les caractéristiques et

¹³⁰ *Justice pénale et réalités sociétales : De l'analyse du modèle RD.Congo à la formulation d'une politique criminelle participative*, L'Harmattan, Paris, 2007.

¹³¹ *La question du pouvoir judiciaire en RDC : contribution à une théorie de réforme*, Droits et Idées nouvelles, Kinshasa, 2001.

¹³² IDZUIMBUIR ASSOP J., *La justice pour mineurs au Zaïre : Réalités et perspectives*, éd. Universitaires africaines, Kinshasa, 1990 ; *La loi sur la protection de l'enfant en RDC : Analyse critique et perspectives*, CEDESURK, Kinshasa, 2013 ; KIENGE KIENGE I.R., *Le contrôle policier de la délinquance des jeunes à Kinshasa : Une approche ethnographique en criminologie*, Academia Bruylant & Kazi, Louvain-la-neuve & Kinshasa, 2011.

¹³³ La délinquance juvénile constitue un thème émotionnellement et politiquement très sensible. Il est rarement abordé sans *a priori* idéologique. Lire à cet effet ; MUCCHIELLI L., « L'évolution de la délinquance juvénile en France (1980-2000) », *Sociétés contemporaines*, 2004/1, n°53, pp. 101-134, spéc. 101 ; RAIMBOURG D., « La délinquance juvénile : une passion politique », Note n°31, Fondation Jean-Jaurès, 17/06/2009 ; SPAYP. *Violences urbaines et délinquance juvénile à Bruxelles : les 12-20 ans témoignent*, L'harmattan, Paris, 2004, pp.11-12.

¹³⁴ En effet, vu la structure (sociale-culturelle-juridique) composite des sociétés africaines ci-haut décrites, le comparatisme est inévitablement le mode par excellence pour la mise en œuvre d'un droit congolais en état de répondre réellement aux besoins de sa société.

¹³⁵ RAMBAUD T., *Introduction au droit comparé : les grandes traditions juridiques dans le monde*, PUF, 2014, p.35. L'auteur fait siennes les théories développées par CONSTANTINESCO L.J [*Traité du droit comparé*, T.2 : La méthode comparative, LGDJ, 1974, p.122] qui a formalisé la méthode comparative par la règle du 3 C : « connaître », « comprendre », « comparer ».

¹³⁶ JALUZOT B., « Méthodologie du droit comparé : bilan et prospective », *RIDC*, 2005, Vol.57, n°1, pp.29-48, [en ligne] http://www.persee.fr/doc/ridc_0035-3337_2005_num_57_1_19332 ; PONTTHOREAU M-C., « Le droit comparé en question (s) : entre pragmatisme et outil épistémologique », *RIDC*, 2005, vol.57, n°1, pp. 8-27.

les particularités, les forces et les faiblesses ; puis, de lui proposer, à partir de l'expérience des autres, des pistes de solutions. Le choix des systèmes de référence sera motivé par un double objectif. Premièrement, celui de répondre à un besoin de compréhension globale des modes de gestion de la délinquance juvénile : les systèmes juridiques à analyser devraient, de ce fait, offrir, contrairement à toutes les études réalisées au Congo, un panel diversifié des courants pénaux en la matière.

51/. « Un tel exercice aura, sans doute, un intérêt théorique et académique mais n'aurait aucune emprise sur les réalités propres de notre pays [la RDC], sur les exigences spécifiques de notre système juridique et finalement sur la marche de notre société »¹³⁷. Ainsi, les systèmes choisis devraient satisfaire, en outre, à une deuxième exigence : celle de la « **contextualisabilité** », entendue ici comme l'aptitude d'une norme juridique à être réceptionnée et appliquée dans un autre système juridique autre que le sien. En effet, si les besoins spécifiques du système d'accueil opèrent une sélection normative naturelle, l'adaptabilité de la norme aux réalités locales, – insinuant que la norme doit s'inscrire dans le réseau de significations, des symboles et des repères de ladite société –, en détermine l'adoption, l'efficacité et la pérennité. Le procédé que nous proposons se réalise en amont et en aval de l'importation normative¹³⁸ : il exige d'abord une autopsie du système local (droit coutumier et droit écrit) en vue de l'identification des défaillances et des besoins, ensuite la recherche des solutions dans le système étranger. Avant de faire sienne la norme étrangère, il sied de se rassurer de sa digestibilité par le système local au regard de ses particularités sociologiques, sans oublier que la pratique pourrait aussi opérer des accommodements et réajustements mais avec un moindre risque de rejet. Relevant de la sociologie et de l'anthropologie¹³⁹ du droit, sans lesquelles l'on ne peut accéder à la connaissance de l'Afrique et de ses modalités de régulation sociale, ce « **métabolisme normatif** » se dresse en palliatif à la première exigence méthodologique. « Il s'agit donc de proposer une méthode quelque peu

¹³⁷ AKELE A., « Quel avenir pour le droit pénal en RDC », *préc.*,

¹³⁸ Ce procédé ne doit être confondu avec d'autres qui lui sont proches. La « **Transportabilité** » est le procédé par lequel une règle de droit, – en occurrence, un principe général reconnu par les nations civilisées –, est puisée dans le bloc de légalité interne par le juge international pour être appliquée à une situation juridique internationale : Elle suppose une *verticalité normative* pendant que la « *contextualisabilité* », une *horizontalité normative* (un transfert normatif). La « **contextualisation** », quant à elle, suppose un questionnement en aval de l'importation normative pouvant se muer à un forcing normatif, tandis que la « *contextualisabilité* » se conçoit avant même toute idée d'importation normative traduisant une démarche volontaire et utilitaire.

¹³⁹ Nous ne prétendons aucunement nous attribuer les compétences de l'anthroposociologue. Nous ne nous limiterons qu'à l'interprétation des travaux déjà réalisés par les spécialistes de ce domaine pour dégager des caractéristiques nécessaires à la compréhension des sociétés africaines et étayer notre argumentation.

distante du comparatisme [traditionnel], à partir de l'idée que le comparatisme a le défaut relatif « de poser l'existence d'objets et de catégories nationales distincts par essence puis à les dépasser, en construisant de manière artificielle un niveau méta-national (celui des similitudes et des caractères universels) ; il présuppose des aires culturelles closes, met en parallèle des constellations synchroniques ; mais aussi des groupes sociaux trop divers. [...] S'arrêtant sur des objets censés exprimer une identité, il met l'accent sur les différences, oubliant l'importance des métissages »¹⁴⁰. A l'évidence, la méthode proposée ici est un comparatisme culturaliste et contextualiste¹⁴¹.

52/. A cet effet, notre dévolu s'est jeté sur les droits pénaux belge et français. Ces deux systèmes entretiennent avec le système congolais des liens sociologiques (historiques et juridiques) étroits. La RDC, par le truchement de la colonisation a adopté le droit écrit de souche occidentale, en occurrence le droit belge, qui jusqu'à ce jour constitue, pour elle, une source d'inspiration. Or, ce dernier¹⁴², à son tour, a intensément subi l'influence du droit français qui constitue, d'ailleurs, un des systèmes pilotes de la famille romaniste à laquelle ils appartiennent tous les trois. Mais en matière de l'enfance, le droit belge, en instaurant un système tutélaire plus proche du modèle canadien, s'est démarqué du droit français qui a opté, quant à lui, un système mixte plus répressif. Soulignons aussi qu'il ne sera pas exclu de faire recours, de manière ponctuelle, à d'autres systèmes juridiques, notamment le système anglais (qui partage avec le système traditionnel africain beaucoup de similitudes), les droits malien, italien, [conventionnel] européen ou africain pour des raisons que nous préciserons à chaque fois.

53/. **Annonce de la subdivision.** Ainsi, la présente analyse s'articulera autour de deux principales interrogations qui mettrons en exergue la mixité du droit pénal des mineurs (ou de l'enfant) en RD Congo. La première démontrera comment la nouvelle règle pénale tend à se durcir à l'endroit du mineur-délinquant, en instituant particulièrement une responsabilité

¹⁴⁰ MBONGO P. (dir), *Op. cit.*,

¹⁴¹ SACCO R., *Le droit africain : anthropologie et droit positif*, Dalloz, 2009, pp. IX-X.

¹⁴² De son côté, la Belgique fut aussi, durant une période de son histoire, une colonie française. Juridiquement parlant, le royaume de la Belgique, produit des vicissitudes historiques, n'existe qu'à partir de 1830 mais l'adjectif « belge », quant à lui, est plus ancien. L'espace territorial que représente aujourd'hui cet Etat a souvent été englobé dans des ensembles plus vastes notamment ; l'empire romain, l'empire franc, l'empire hollandais, le royaume espagnols, l'Autriche... Champ de bataille des armées européennes, ses frontières ont été remaniées de guerre en guerre en fonction de l'équilibre des puissances. Si toutes les colonisations ont laissé leurs traces dans la culture de ce pays, la domination française (1795-1814) a marqué cette dernière d'une encre indélébile : elle lui a légué non seulement sa langue mais aussi son Droit.

pénale pour certains d'entre eux (I). Tandis que la seconde est axée sur les mécanismes qui tendent, contrairement à la première partie, à renforcer la protection des mineurs-délinquants (II). Ces deux grandes mutations se manifestent à la fois au niveau de la règle de droit tel qu'éditée par le Législateur (criminalisation primaire), et de sa mise en application au niveau de l'appareil judiciaire ou policier (criminalité secondaire). Ainsi, il s'agira à la fois d'une approche fondamentale et appliquée étant donné que les deux parties sont reliées par la notion de « contextualisabilité » qui désigne en même temps un type d'objet théorique et l'ensemble des pratiques sociales caractéristiques de la société congolaise à la merci d'un pluralisme à multiple facettes (norme supranationale, norme étatique d'essence coloniale et norme non étatique d'essence coutumière).

Partie I : Le durcissement de la règle pénale à l'égard du mineur-délinquant

Partie II : Le renforcement de la protection pénale du mineur-délinquant

1^{ère} Partie :
LE DURCISSEMENT DE LA REGLE PENALE A L'EGARD DU
MINEUR-DELINQUANT

*« Très souvent, les principes de la criminalité se trouvent dans l'enfance ou l'adolescence. C'est à ce stade que la bataille de l'adaptation se gagne ou se perd ».*¹⁴³

*« ... [Alors] un Etat doit oser dire à quel modèle il entend ancrer sa justice pour les mineurs et quels objectifs il veut atteindre ».*¹⁴⁴

¹⁴³CHARLES R., « Police et Enfance inadaptée », *RDPC*, Bruxelles, fév.1956, pp. 473-491.

¹⁴⁴ZERMATTEN J., « Mineurs délinquants : une problématique à dimension européenne », Actes du colloque, 15-16/05/2006, Ecole nationale d'Administration pénitentiaire, p.5, [en ligne] http://www.afmjf.fr/IMG/pdf/actes_coll_mineurs.pdf, consulté le 19/02/2015.

54/. **Le mineur, personne à part entière ou une personne entièrement à part ?** Toute étude relative à la minorité ne peut ignorer l'ambiguïté (juridique, biologique et sociale) constante qui caractérise le mineur (*personne*, mais aussi *personne particulière*). D'une part, l'adolescence est, par essence, une période d'organisation psychique individuelle et d'expérimentation durant laquelle l'individu construit sa personnalité via l'apprentissage social. Elle est le trait d'union entre le capital héréditaire et l'apport socio-culturel. Elle est donc, en ce sens, une perpétuelle dialectique entre les pulsions internes, de surcroît, plus puissantes qu'à une autre période de vie, et la réprobation sociale qui, par la norme, établit un processus évaluatif, « modérateur » et régulateur dont le droit, – à travers la notion de responsabilité –, en constitue la modalité, par excellence. Mais d'autre part, le comportement contrevenant du mineur, particulièrement de l'adolescent, qui relève souvent de ce processus de maturation et de croissance, tend à disparaître spontanément chez la plupart d'entre-eux avec le passage à l'âge adulte¹⁴⁵ qu'il importe de construire un cadre juridique contenant (au regard de cette période particulière de la vie humaine) mais aussi conciliant (tous les intérêts en présence).

55/. **DPM, un cadre juridique contenant et conciliant.** En effet, au travers l'histoire humaine, l'on ne peut que constater ce défi majeur qui caractérise cette branche du droit récemment autonomisée. Au regard de son évolution, l'on relève aujourd'hui, en droit comparé comme en droit congolais, une tendance vers le durcissement (tacite ou implicite) de la règle pénale à l'endroit du mineur-délinquant qui n'ignore pourtant pas cette ambivalence biologique et juridique du mineur. Ce durcissement peut s'observer ; d'une part, par l'approche juridique (criminalisation primaire) désormais réservée à ce phénomène qui tend à responsabiliser d'avantage les mineurs (Titre 1), pas à la même enseigne que les majeurs, mais au contraire et lorsqu'il est possible, via des procédés juridico-judiciaires (criminalisation secondaire) plus souples, plus tendres, et parfois, plus complexes (Titre 2). Ces deux aspects constitueront la structure de la première partie de notre étude.

Titre 1^{er} : L'APPROCHE JURIDIQUE DE LA DELINQUANCE DES MINEURS

Titre 2^{ème}: LE TRAITEMENT EXTRA-JUDICIAIRE DE LA DELINQUANCE DES MINEURS

¹⁴⁵ Voir Pt 5 des principes directeurs des Ryad (Rés. 45/112, ONU/AG, 14/12/1990).

TITRE 1^{er}: L'APPROCHE JURIDIQUE DE LA DELINQUANCE DES MINEURS

56/. **La responsabilité.** Le droit saisit le phénomène de la délinquance à travers la notion d'infraction et, *in fine*, de responsabilité pénale. Le mot « responsable », – (du latin, « *respondere* » : répondre) –, peut avoir une double signification. La première se rapporte à l'aptitude d'agir et désigne celui qui est capable de prendre une décision réfléchie en pesant les conséquences de ses actes ; la seconde se réfère aux conséquences et désigne celui qui doit répondre de ses actes ou réparer une faute¹⁴⁶. Souvent liée à la première¹⁴⁷, la seconde acception induit traditionnellement la conception juridique. La responsabilité se définit alors, sur le plan juridique, comme l'obligation pour une personne de répondre de ses actes. Conséquence logique et naturelle de la liberté, elle est la qualité de ceux qui doivent [...], en vertu d'une règle, être choisis comme sujets passifs d'une sanction »¹⁴⁸. On dit qu'elle est civile quand la personne est appelée à répondre de tout fait quelconque dont il est auteur¹⁴⁹ et qui a causé préjudice à autrui. Elle est dite « pénale », lorsque l'individu est obligé de répondre de ses actes infractionnels en subissant une peine. Dans les deux cas, il y a une valeur nettement morale¹⁵⁰ : celle-ci reste, néanmoins, plus prononcée dans le second type qui a su garder un caractère personnel contrairement à l'autre qui s'est complètement dématérialisé. Il y a lieu de relever aussi que la ligne de démarcation devenant de plus en plus confuse, les deux types s'influencent mutuellement.

57/. **La responsabilité pénale.** Clé de voûte du système pénal, la responsabilité pénale n'est pourtant définie par aucun législateur, en occurrence ceux faisant l'objet de notre étude, laissant ainsi libre cours à la doctrine et la jurisprudence qui n'ont su aussi dégager une définition unanime. Il est généralement admis qu'elle requiert, pour être établie, un *comportement* ainsi qu'une *attitude psychologique* particulière : c'est-à-dire, pour qu'un individu, quel que soit son âge ou son sexe, soit supposé pénalement redevable, il doit d'abord

¹⁴⁶ NERAC-CROISIER R., « Irresponsabilité ou responsabilité ? », *Le Mineur et le droit pénal*, NERAC-CROISIER R. (dir.), L'Harmattan, Paris, 1997, pp.133-148.

¹⁴⁷ Une autre complexité de la responsabilité pénale, même civile, des mineurs tient du fait qu'elle dissocie ces deux sens du concept, pendant que chez l'adulte la démarcation entre la compréhension de l'acte au moment de sa commission et l'aptitude de tirer profit de sanction ne se pose pas. L'orientation du Législateur dans l'un ou l'autre sens appelle également une conception particulière du droit pénal des mineurs.

¹⁴⁸ FAUCONNET, cité par PRADEL J.[2016a], *Op.cit.*, p.383.

¹⁴⁹ Sous réserve de la responsabilité civile pour fait d'autrui, notamment de ses enfants, des personnes ou des animaux que l'on a sous sa garde.

¹⁵⁰ BONFILS P. & GOUTENOIRE A., *Op. cit.*, pp.831, 791-796.

transgresser, en connaissance des causes, une norme¹⁵¹ tenue généralement pour essentielle. C'est la norme d'interdiction qui est, sur le plan juridique, le *soubassement de la responsabilité pénale*¹⁵². Car, si l'exigence de répondre de ses actes a toujours été perçue comme un devoir naturel de base émanant des impératifs de la vie communautaire, la rationalité pénale moderne lui donne un fondement textuel : le citoyen a, en matière pénale, droit à une sécurité juridique et à une attente légitime au nom desquels il devrait savoir expressément ce qui lui était permis, ce qui lui était interdit et ce qu'il encourait en cas de violation de ces limites. Ce qui sous-entend un double degré d'entendement ; d'une part une idée temporelle, à la fois globale et abstraite (*prévenir, préséance*), et d'autre part, une idée matérielle, organisationnelle et de précision (*prévoir*).

58/. La responsabilité pénale des mineurs. La question qu'il faudra alors se poser est celle de savoir s'il existe des règles juridiques qui appellent les mineurs à répondre des faits infractionnels dont ils viendraient à être auteurs ? Sinon, quels sont les mécanismes prévus à leur égard, quelles en sont la quintessence et la nature ? En droit congolais, ces questions sont censées être réglées par la loi du 10/01/2009 portant protection de l'enfant (Chapitre 2). Mais au vu de sa nouveauté, il conviendrait de restituer le contexte historique, social et juridique de son adoption afin de mieux cerner les enjeux, le sens et les causes des évolutions intervenues. Ce qui conduit à analyser préalablement le premier texte ayant spécifiquement régulé la prise en charge des mineurs-délinquants en RDC, à savoir ; le D.1950 (Chapitre 1). A l'issue de cette analyse, il ressortira un fondement complexe, partagé entre le dogmatisme et le mimétisme, de la responsabilité pénale des mineurs en droit congolais. Face aux hésitations et au laconisme du législateur congolais, nous serons impérativement amené, pour dénicher la portée des certaines règles, vers les sentiers du droit international et du droit comparé.

¹⁵¹ DREYER E., *Droit pénal général*, LexisNexis, 4^{ème} éd., Paris, 2016, pp.495-499.

¹⁵² WANE BAMEME B., *De la responsabilité pour crime de guerre : étude comparée des droits français et congolais*, Thèse, Aix-Marseille, 2012, p.86.

CHAPITRE 1. UNE RESPONSABILITÉ PÉNALE INNOMMÉE

59/. **Plan et Objet du chapitre.** Prenant pour critère l'apparition dans le système juridique congolais d'un régime spécifique pour les mineurs délinquants, le décret du 06/12/1950 sur l'enfance délinquante (D.1950)¹⁵³ se pose en pierre angulaire. Il est réputé avoir posé, à la suite de son géniteur direct, – le droit belge –, un régime d'irresponsabilité pénale des mineurs. Mais après une analyse minutieuse, certains aspects de ce régime semblent contredire ladite approche, à moins que celle-ci ne soit complètement dogmatique et conjecturale : il ressort bien une responsabilité pénale du mineur que l'on se retient de nommer. Pour s'en convaincre, nous allons aussi circonscrire le contexte historique et juridique dudit décret (section 1) avant d'aborder les controverses liées à sa mise en application (section 2).

60/. Néanmoins, avant cette analyse substantielle, il nous a paru utile de préciser, dans une section préliminaire, le rôle de l'identification de la norme en droit pénal. Car cette dernière est consécutive de la place qu'occupe, à son tour, un principe sacro-saint de cette discipline, à savoir, le principe de légalité pénale. Ce principe faisant déjà objet d'une importante et variée littérature, nous n'en aborderons que les grandes lignes de son évolution ainsi que les aspects qui intéressent notre thème afin de canaliser notre lecteur.

Section préliminaire. La légalité pénale : origine, signification et portée

61/. **La légalité pénale : définition.** Le principe de la légalité des délits et des peines, dont la paternité est attribuée à Montaigne et/ou à Beccaria mais coulé sous la forme latine de « *nullum crimen, nulla poena sine lege* » par FEUERBACH, est devenu un principe fondamental à la fois du droit pénal moderne et de droit public « sur lequel s'appuie l'idée même du contrat social »¹⁵⁴ et dont la violation constituerait « un manquement grave à la loyauté de l'Etat »¹⁵⁵. Souvent réduit, confondu ou associé à ses trois corolaires initiaux (le droit à la sûreté personnelle, la prohibition de la rétroactivité de la loi pénale et de

¹⁵³ *Bulletin officiel du Congo-belge*, 1951, n° 2 (15/02/1951), pp. 91-99, consultable en ligne sur : <http://www.leganet.cd/Legislation/DroitPenal/enfance.delinquante/D.06.12.1950.htm>, consulté le 10/01/15.

¹⁵⁴ FAVOREU L. et al., *Droit des libertés fondamentales*, Dalloz, 7^{ème} éd., Paris, 2016, n°648, p.548.

¹⁵⁵ WASCHMANN P., *Les droits de l'Homme*, Dalloz, 3^{ème} éd., Paris, 1999, p.65 ; CmADH, Communication N°105/93-128/94-130/94-152/96, 31/10/98, *Media Rights Agenda, Constitutional Rights Project, Media Rights Agenda & Constitutional Rights Project / Nigéria*, §.60 : « violation du caractère sacré des lois ».

l'interprétation analogique du juge en matière pénale)¹⁵⁶, il signifie qu'il ne peut exister ni de crime, ni de peine sans que la loi les ait prévus. Après avoir été systématisé et sacralisé par les Lumières (XVIII^{ème} siècle), il trouvera une place de choix dans la DDHC. Il connaîtra, ensuite, une consécration universelle en tant que principe majeur du droit international des droits de l'Homme¹⁵⁷. Il sera aussi relayé, dans un style rédactionnel relativement proche, par les constitutions¹⁵⁸ puis les codes pénaux¹⁵⁹ des Etats modernes, principalement d'obédience romaniste dont la France, la Belgique et la RDC.

62/. **Légalité, textualité, normativité ou juridicité de la norme pénale ?** En cristallisant l'exigence de sécurité juridique sous le principe de légalité criminelle, le droit pénal moderne a répondu non seulement à la problématique de la temporalité de la norme pénale mais aussi à celle de la compétence répressive (QUI doit punir ?) et de la modalité répressive (COMMENT doit-il punir ?). Nettement déduite de la scientificité¹⁶⁰ de l'époque qui l'a vu naître, les réponses apportées par ce principe nous permettent ; d'une part, d'affirmer que le cadre politique, structurel, historique et idéologique dans lequel il a émergé a vraisemblablement prédéfini sa formalisation, et d'autre part, de nous interroger sur ladite

¹⁵⁶ ESIKA MAKOMBO, *Code pénal zaïrois annoté*, éd. personnelle, Lubumbashi, 1977, p.13 et svt ; NYABIRUNGU MWENE S., *Droit pénal zaïrois*, DES, 3^{ème} éd., Kinshasa, 1995, p.35 et svt. Lire aussi à ce sujet, RASSAT M.L.[2014], *Op. cit.*, §§.16, 97, pp.16, 99.

¹⁵⁷ Au niveau international ; la DUDH (10/12/1948, art. 11 al.2), le PIDCP (16/12/1966 ; art. 9, 10, 14 et, particulièrement 15, al.1), les Conventions de Genève et les Protocoles de 1977 (art. 99 de la 3^{ème} Conv., 65 et 67 de la 4^{ème} Conv., 75 du Protocole I et 6 du Protocole II). Au niveau régional ; la CESDH (04/11/1950, art. 7§1), la CIADH (22/11/1969, art. 9), la CADHP (27/06/1981 ; art. 6, 7 al.2), la CDF (07/12/2000, art.49).

¹⁵⁸ **En France**, le Préambule de la Constitution du 04/10/1958, couplé à la décision du 13/07/1971 du Conseil constitutionnel (n° 71-44 DC, *Liberté d'association*), forment l'assise constitutionnelle du principe de légalité criminelle. En effet, la Constitution de 1958 ne comporte pas un catalogue complet et ordonné des droits fondamentaux. C'est plutôt son Préambule qui fait sommairement référence à d'autres textes antérieurs qui, eux contiennent plusieurs de ces droits, en occurrence la DDHC (avec les droits de la 1^{ère} génération dont la légalité criminelle consacrée à ses art. 7 et 8) et le Préambule de la Constitution de 1946 (avec les droits de la 2^{ème} génération). Ces deux textes n'ont été dotés de valeur juridique qu'après que la décision précitée ait reconnu une valeur constitutionnelle au Préambule de 1958. Dès lors, la norme constitutionnelle ne sera plus l'apanage exclusif du corpus de la Constitution de 1958 : elle inclura désormais les textes précités, la Charte environnementale européenne (2004) et la jurisprudence du C.const. C'est ce que le doyen Louis FAVOREU qualifiera de « bloc de constitutionnalité ». **En Belgique**, le principe résulte des art.12 (al.2) et 14 de la Constitution et de leur interprétation constante par la Cour constitutionnelle, anciennement Cour d'arbitrage. Enfin, **en droit congolais**, le principe est énoncé à l'art. 17 (al. 2-6) de la Constitution du 18/02/2006 : elle ne semble pas encore avoir fait l'objet d'une interprétation de la juridiction constitutionnelle.

¹⁵⁹ Au niveau légal, le principe est porté respectivement par les articles ; 111 (al. 2 et 3) du code pénal français, 2 du code pénal belge (dont la réforme se fait toujours attendre depuis 1976). En droit congolais, il est porté par les art. 1 et 2 D. du 30/01/1940 portant le code pénal congolais tel que modifié à ce jour, 2 L. n°024/2002 du 18/11/2002 portant le Code pénal militaire congolais et 9 de l'Avant-projet du Code pénal du 19/03/2009.

¹⁶⁰ Lire PIRES Alvaro « Kant face à la justice criminelle » pp.145-205, spéc. pp.157-161, In DEBUYST C., DIGNEFFE F., et all, *Histoire des savoirs sur le crime et la peine*, T.II : La rationalité pénale et la naissance de la criminologie, PU Montréal & De Boeck Université, 1998. L'auteur recycle quelques théories, souvent d'origine religieuse, de la justice pénale précédant l'époque préclassique mais qui ont été toutes adoptées et laïcisées à l'ère classique.

formalisation dans un cadre socio-politique différent. Ce questionnement vaut son pesant d'or étant donné que même dans son cadre structurel originel, le principe de la légalité criminelle ne cesse de se métamorphoser dépassant largement sa portée et sa signification initiales : il ressemble aujourd'hui à un avatar juridique et partage les auteurs entre une perception positive¹⁶¹ et négative¹⁶². S'il a vu le jour sous une conception formelle, reconnaissant exclusivement à la loi le pouvoir de déterminer les actes prohibés sous menace de sanctions pénales¹⁶³, la complexité de la vie sociale et des activités humaines en ont très vite démontré les limites : ne pouvant pas toujours suivre le rythme des évolutions sociétales, la loi courrait le risque de se muer en charte des malfaiteurs pour quiconque saurait se mettre hors portée des prévisions légales. Les législateurs modernes se sont alors mis à concéder progressivement une partie de leur compétence pénale à l'Exécutif¹⁶⁴.

¹⁶¹ « *Elargissement* » pour WEYEMBERGH A. & KENNES L., [*Droit pénal spécial*, Anthemis, Bruxelles, 2011, pp.23-32 ; « *Extension* » pour LOPEZ G. & TZITZIS S. (dir.), *Dictionnaire des sciences criminelles*, Dalloz, Paris, 2004, pp.587-589].

¹⁶² « *Déclin* » pour le Professeur REBUT D., [« Le principe de la légalité des délits et des peines » In CABRILLAC R. (dir.), *Libertés et droits fondamentaux*, Dalloz, 20^{ème} éd., Paris, 2014, pp.681-696] ; « *Lacheté* » pour KUTY F (2009), *Op. cit.*, p.65] ; « *Erosion* » pour SEUVIC J.F., [« Force ou faiblesse de la constitutionnalisation du droit pénal », [en ligne] https://www.courdecassation.fr/IMG/File/pdf_2006/16-03-2006/16_03_06_seuvic.pdf, consulté le 18/11/2014.

¹⁶³ Cette conception témoigne de la confiance des Lumières au parlementarisme : Porte-voix de la volonté générale, le parlement ne pouvait mal faire ; c'était donc à lui seul que devrait être confié la sauvegarde des libertés des citoyens. Ainsi, à la suite de Montesquieu qui réduisait les juges à la bouche qui ne prononce que les paroles de la loi ; Portalis exhortait « qu'en matière de droit pénal, il n'y ait que des lois précises et point de jurisprudence ». Certaines jurisprudences confirment aussi cette conception : CEDH : 22/11/1995, n° 20166/92, *SW c/RU*, §35 ; 27/02/2001 ; n° 29295/95 et 29363/95, *Ecer et Zeyrek c/Turquie*, §29 ; C.Const.fr, n°98-399 DC, 05/11/1998, *RESEDA*, cons.7).

¹⁶⁴ **En droit français**, c'est l'art. 111 CP qui, conformément aux articles 34 et 37 Const. et leur interprétation concordante, établit une répartition positive de la légalité. La détermination des crimes et des délits ainsi des peines leurs sont attachées est confiée à la loi ; tandis que celle des contraventions, dans les limites fixées par la loi et dans les cas où elles ne comportent pas des peines d'emprisonnement, revient au règlement. Ce qui n'exclut pas que le pouvoir réglementaire puisse déterminer souverainement les faits qu'il veut punir (C.E.fr., 12/02/1960, *Sté Éky*, cons.3-4 ; C.Cons.fr. : déc. n°63-22L, 19/02/1963, *Tribunaux de police*, cons.1-3 ; déc. n°73-80L, 28/11/1973, *Peines privatives de liberté*, cons.11 ; Crim.: n°72-93/438, 26/01/74, *Claude X*, §§3-5 ; 18/02/2004, « *Nathalie X* »). **En droit belge**, c'est la réforme institutionnelle du 08/08/1980 qui repartit cette compétence entre le législateur fédéral, les régions et les communautés. La loi du 16/07/1993 déroge au premier livre du code pénal en élargissant la compétence décrétable en matière pénale ; permettant, ainsi, aux régions et communautés d'établir librement des infractions et des peines (C.Const.be. : n°27/2005, 02/02/2005, §B.4 ; n°82/2008, 27/05/2008, §§B.5-7). **En droit congolais**, la situation est plus complexe. Pendant que la Constitution (art. 202-36, partic. B et C) confie exclusivement cette compétence au pouvoir central, la pratique (à la fois législative et judiciaire), consolidée par la forme de l'Etat congolais (régionalisme tendant vers le fédéralisme) et la repartition institutionnelle des pouvoirs, démontre le contraire (voir art. 129, 145, 205 al.2 const.). Par ailleurs, l'article 67 de la Loi organique n°13/011-B du 11/04/2013 portant organisation, fonctionnement et compétences des juridictions de l'ordre judiciaire dispose qu' : « en matière répressive, le ministère public recherche les infractions aux actes législatifs et **réglementaires** qui sont commises sur le territoire de la République ». Il y a donc une délégation de la fonction législative qui n'exclut pas la matière pénale.

63/. Ce démantèlement opéré par le bas, – c'est-à-dire, provenant du règlement –, sera suivi par un détricotage par le haut, consécutif à l'autorité¹⁶⁵ que les constitutions modernes reconnaissent aux traités internationaux. En effet, la configuration actuelle des Etats laisse apparaître plusieurs niveaux de législation tant au niveau interne (les assemblées représentatives nationales, fédérées, provinciales ou locales et les exécutifs correspondants à ces entités administratives respectives) qu'international (organisations internationales sous régionales, régionales, à vocation universelle, d'intégration et de coopération...). Tous ces organes peuvent avoir, dans les limites de leurs compétences respectives, le pouvoir d'établir des incriminations¹⁶⁶ et des peines : dès lors, la disparité¹⁶⁷ et la hiérarchie¹⁶⁸ normatives s'invitent aussi en matière pénale. Ce qui pousse certains auteurs¹⁶⁹ à préférer le concept de « *textualité* » ou « *normativité* » criminelle, symbole du passage de l'acception formelle à l'acception matérielle du principe. Quoi que cette configuration politique ne soit pas totalement étrangère à la RDC, son incidence sur le principe de légalité, n'est encore réalisée dans ce pays. Au Congo lorsqu'une incrimination est uniquement de source conventionnelle, elle est boudée, voire ignorée, des juges. Et, lorsqu'elle n'est pas portée par un texte législatif ou de nature équivalente, elle ne fait généralement objet que d'une intervention administrative, particulièrement policière, et non judiciaire. Ce qui pousse à s'interroger, dans ce dernier cas, s'il n'y a-t-il pas lieu d'adopter une division tripartite de l'infraction ou la notion de l'infraction administrative pour réprimer efficacement ces infractions de « bas de gamme ».

¹⁶⁵ art. : 167, 75-3, 77-6 Const.[be] ; 55 Const.[fr] ; 215 Const.[RDC] ; *Crim.[fr]*, 22/10/70, *Sté Les Fils d'Henry Ramel* ; Ass. 24/05/1975, *Sté des cafés Jacques Vabres*.

¹⁶⁶ L'essentiel de l'analyse doctrinale relative à la portée du principe de légalité criminelle en droit international ne se limite malheureusement qu'à son énonciation et au contrôle, de la part des juridictions régionales, de son respect par les lois internes. La question de l'existence des incriminations dans le corpus des traités est très peu abordée. A ce sujet, nous estimons qu'il n'est pas interdit aux normes internationales de porter substantiellement des incriminations ainsi que leurs sanctions. C'est le cas notamment des traités instituant les juridictions pénales internationales, de l'Acte uniforme d'OHADA sur le droit des sociétés ou des multiples accords bilatéraux de lutte contre la criminalité transfrontalière. Toutefois, pour certains auteurs [RASSAT M.L.(2014), *Op.cit*, pp.168-174 ; KOLB P. *Droit pénal général*, Lextenso, Paris, 2015, pp. 45-49], les traités ne constituent pas de véritables sources du droit pénal ou d'incrimination. Lorsqu'ils sont évoqués pour repousser une source pénale nationale, ils ne deviennent pas pour autant source du droit pénal : ils empêchent de faire (de condamner) mais ne peuvent pas faire (servir de condamnation) en lieu et place des textes nationaux. Ils ne formulent des injonctions prescriptives que les Etats reprennent à leur compte en précisant l'assise matérielle ainsi que la sanction.

¹⁶⁷ SEUVIC J.F, art. préc. ; REBUT D., art. préc..

¹⁶⁸ BARBERGER C., *Droit pénal*, La Découverte « Repères », Paris, 1997, pp. 27-54.

¹⁶⁹ LOMBOIS C., *Droit pénal général*, Hachette, 1994, p.13 ; RASSAT M.L.[2014], *Op. cit*, §.85, pp.90-91 ; WANE BAMEME B., *Thèse préc.*, pp.89 et svt ; *Cours de Droit pénal général*, G2/Droit, Université Libre de Kinshasa, 2016, p.48 ; ZEROUKI D., *La légalité criminelle, enrichissement de la conception formelle par une conception matérielle*, Thèse, Lyon 3, 2001.

64/. Qu'à cela ne tienne, la dernière, et peut-être la plus remarquable, évolution du principe de légalité provient des conventions et juridictions internationales qui évoquent l'interprétation jurisprudentielle¹⁷⁰, comme source d'incriminations. Parfois, on évoque carrément la coutume¹⁷¹ ou le « **droit** » (art. 7 al.1 CEDH et 15 al.1 PIDCP) et non la « **loi** ». Ainsi, de la légalité à la normativité¹⁷² pénale, les frontières sont aujourd'hui flouées ou revisitées : « les principes fondamentaux du droit pénal, tel que celui-ci qui s'est constitué à la fin du XVIII^{ème} siècle, connaissent en effet des mutations profondes [...]. Les dogmes s'écroulent »¹⁷³. Toutefois, l'on peut encore entrevoir une résistante de l'approche matérielle

¹⁷⁰ CEDH : 25/05/1993, n° 14307/88, *Kokkinakis c/ Grèce*, §§ 40-52 ; 22/11/1995, n° 20166/92, *SW. c/ RU*, §.36 ; 15/11/1996, n° 17862/91, *Cantoni c/ France*, §§.29-31 ; 06/07/2005, n° 42758/98 et 45558/99, *KA. et AD. c/ Belgique*, §§. 51-53 ; C.Const.[fr] : n°82-145 DC, 10/11/1982, *Négociation collective* ; C.Const.be. : n°136/2004, 22/07/2004 §B6.2 ; n°92/2005, 11/05/2005, §B.3.2 ; CARTUYVELS Y., « Légalité pénale, délégation au juge et habilitation de l'exécutif : le juge pluriel des sources en droit pénal », in *Les sources du droit revisitées*, Anthémis, Normes internes et infra-constitutionnelles, Vol. 2, Bruxelles, 2012, pp. 55-104 ; FAVOREU L. et al. [2016b], *Op. cit.*, n°648 et svt, p.548 et svt ; JACOBS A., « Le principe de légalité en matière pénale au regard de la jurisprudence de la Cour d'arbitrage », *Strafrecht als roeping, Liber amicorum Lieven Dupont*, Universitaire Pers Leuven, 2005, pp. 821-845 ; NIHOUL M., « A propos de la précision requise pour définir une infraction en vertu du principe de légalité ou de prévisibilité du droit pénal », *JT.*, 2004, pp. 2-6.

¹⁷¹ La saisine du phénomène criminel international a jadis privilégié une approche ré-active : les traités définissant les incriminations et instituant les juridictions pénales internationales étaient pour la plupart des cas postérieurs à la commission des faits réprimés, sauf pour le cas de la CPI. Ce qui occasionna un heurt à la fois culturel (entre romanistes et anglo-saxons) et juridique (entre la nécessité de répression et le respect des certaines valeurs proclamées). On s'est évertué à contourner ce dilemme en fondant cette répression dans la coutume internationale. Or, cette dernière, – « internationale » soit-elle –, reste sujette à des interprétations divergentes et variées. Ainsi, cette solution ne remportera aucunement l'unanimité. Il a fallu pour mettre fin à la controverse, l'introduction, dans le corpus des traités internationaux à caractère pénal, de la « *clause de dérogation exceptionnelle* » (Voir art. 7 al.2 CEDH, 15 al.2 PIDCP, 9 CIADH, 49 al.2 CDF, 22.3 CPI) qui n'est que la retranscription *in extenso* de la clause de Martens. Cette règle marque la pérennisation d'une idée qui, même dans l'esprit de son propre initiateur, ne se voulait que provisoire. Voir : *Aff. Yamashita* (Commission militaire des Etats-Unis, Manille, 07/12/1945 ; Cour Suprême des Etats-Unis, 04/02/1946) et *Norman* (TSSL, Ch. Appel, Procureur c/ Norman, « *Décision on Preliminary Motion based on Lack of jurisdiction* (Child recrutement », 31/05/2004) ; KASONGO LUKOJI G., « *La responsabilité du commandant et du supérieur hiérarchique, une irresponsabilité empêchée ou une responsabilité en péché* », Séminaire de Droit international pénal, AMU, M2/Droits fondamentaux, 2012-2013 ; KOERING J.R., « *Droits fondamentaux et droit pénal international* », Allocution Colloque de Beyrouth, 6-7/11/2003, Université Saint-Joseph, [en ligne] <http://www.cedroma.usj.edu.lb/pdf/drtsfond/koering.pdf>, consulté le 24/06/2015 ; SCALIA D., *Du principe de légalité des peines en droit international pénal*, Bruylant, Bruxelles, 2011, p.434 ; SCHABAS A., « *Perverse effects of the Nulla poena Principle : national Practice and the Ad Hoc tribunal* », *European Journal of international law*, vol. XI, 2000, pp.521-540 ; « *Droit pénal international et droit international des droits de l'Homme: faux frères ?* », in HENZELIN M & ROTH R. (dir.), *Le droit pénal à l'épreuve de l'internationalisation*, LGDJ-Georg-Bruylant, Paris, 2002, pp. 172.

¹⁷² Voir les travaux de Catherine THIEBIERGE sur normativité. [(dir.), *La force normative : naissance d'un concept*, LGDJ, Paris, 2009] Partant de la question centrale de « source du droit », les auteurs concluent qu'il y a toujours eu un paramètre social qui assure le continuum entre genèse et devenir de la norme juridique, même pénale. La force d'une norme est le reflet de ses interactions avec la réalité sociale : le réseau l'emporte sur le top-down entériné par nos traditions juridiques. Prendre en compte ce paramètre, c'est autoriser un jeu qui tire sa complexité autant du va-et-vient entre « forces créatrices » et « forces réceptrices » du droit, que des chocs pratiques entre normes juridiques et celles qui émergent dans d'autres champs, de l'éthique au politique en passant par l'économique et le social.

¹⁷³ TULKENS F., [préface], In MARY P. (dir.), *Système pénal en Belgique : Bilan critique des connaissances*, Bruylant, Bruxelles, 2002.

du principe, comme les dernières tentatives d'un agonisé, par l'ambiguïté qui caractérise la jurisprudence : lorsque cette dernière reconnaît aux sources extratextuelles la production normative, elle s'efforce d'emblée à les encadrer par une casuistique au regard de la substance de l'infraction et à la qualité des destinataires. Ce qui fait, par ailleurs, resurgir le débat permanent sur la portée normative de la jurisprudence ou des travaux préparatoires en droit pénal. Ce qui est certain est que la rationalité pénale moderne ne peut, à ce jour, abandonner le principe de légalité, sauf à intégrer ses nouvelles approches qui mettent plus l'accent sur la qualité (intelligibilité, la clarté, précision)¹⁷⁴ de la norme pénale que sa nature juridique : le trait d'union entre toutes ces conceptions reste encore le caractère écrit de la norme pénale. Dès lors, les sources non écrites du droit pénal, particulièrement, la jurisprudence, ne peuvent constituer que des normes explicatives, et non créatrices, des incriminations. Cette affirmation nous permet donc ne plus dénier au droit coutumier africain, essentiellement de nature orale, la qualité de source potentielle du droit de la responsabilité pénale des mineurs.

65/. Textualité et minorité pénales. La prise de conscience à l'effet que l'appareil judiciaire se doit de réserver un traitement particulier aux mineurs, que ce soit en termes de protection, de traitement ou de punition, remonte, comme nous l'avons déjà précisé, à plus d'un siècle. Mais ce traitement doit-il ou peut-il s'accomplir en dehors du droit pénal ? En d'autres termes, les règles pénales applicables au mineur-délinquant ne doivent-elles aussi obéir à cette exigence de textualité, de prévisibilité et de précision ? A cette question, nous répondons que la responsabilité pénale des mineurs ne peut être exemptée du respect du

¹⁷⁴C. Const.[fr] : n°80-127 DC, 20/01/1981, *Sécurité-liberté*, cons.7-10, 30 ; n°84-181 DC, 11/10/1984, *Entreprise de presse*, cons.30 ; n°84-183 DC, 18/01/1985, *Redressement et liquidation judiciaires*, cons.12 ; n°86-210 DC, 29/07/1986, *Régime juridique de la presse*, cons.25 ; n°92-307 DC, 25/02/1992, *Séjour des étrangers*, cons.25 ; n°98-399 DC, 05/05/1998 ; n°99-411 DC, 16/06/1999, *Sécurité routière*, cons. 16 ; n°2004-492, 02/03/2004, *Evolution de la criminalité*, cons.5 ; n°2011-625 DC, 10/03/2011, LOPPSI 2, cons.75 ; *Crim.fr*, 01/02/1990, 89-80/673, §3-4. C.Const.[be] : n°136/2004, §B6.2 ; 22/07/2004, §B.7.5; n°158/2004, 20/10/2004 ; n°27/2005, 02/02/2005, §§B.3-B.8; n°109/2005,22/06/2005, §§B.3.1-B7.2 ; n°98/2006, 14/06/2006, §§B.3-B.6.6; n°82/2008, 27/05/2008, §§B.4-B.10.2; n°143/2008, 30/10/2008, §§B.7.1-2; n°140/2010, 16/12/2010, §§B.4-B.9 ; n°145/2012, 06/12/2012, §§B.6-B.8.2.2 ; n°127/2013, 26/09/2013, §§B.13-B.15. La jurisprudence belge va encore plus loin que son homologue français en s'arrogeant, au nom du principe de la non-discrimination (art.10 et 11 Const.) couplé à celui de la légalité criminelle, le droit de sanctionner une réglementation qui opère une distinction dénuée de justification raisonnable (Cour d'arbitrage, n°116/1999, 10/11/1999, §§B.14-B.16). Lire aussi : Association des magistrats de l'ordre judiciaire, « droit pénal et droit constitutionnel », [en ligne] http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/pdf/Conseil/penal.pdf, consulté le 05/02/2015; COMMARET D., « L'application de la constitution par la Cour de Cassation : jurisprudence de la chambre criminelle », Cahier du Conseil Constitutionnel, Dos. Le réalisme en droit constitutionnel, n°2, 2007, [en ligne] www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/nouveaux-cahiers-du-conseil/cahier-n-22/l-application-de-la-constitution-par-la-cour-de-cassation-la-jurisprudence-de-la-chambre-criminelle.50736.html, consulté le 05/02/2015 ; <http://www.const-court.be/> [Rubrique : Affaires pendantes et jurisprudence].

principe de légalité : tout texte qui la prévoit ou l'exonère doit être **écrit, identifiable, claire et accessible**. La responsabilité pénale des mineurs doit, en principe, répondre *doublement* à cette exigence ; d'une part, en tant que norme pénale, et particulièrement de fond ; et d'autre part, en tant que norme dérogatoire. En cette dernière qualité, que ça soit la responsabilité pénale (par le fait qu'elle prévoit des modalités particulières) ou l'irresponsabilité pénale (par le fait qu'elle contredit un principe naturel et fondamental qu'est la responsabilité pénale des êtres humains), elles ne peuvent aucunement se présumer. Malheureusement, la minorité est souvent traitée en droit pénal général sous l'égide des causes d'irresponsabilité pénale ou des obstacles à l'imputabilité, sans que les auteurs ne précisent toujours et clairement le fondement textuel de ces règles. Est-elle un principe général de droit ou une règle écrite spécifique ? Et, le cas échéant, (lequel) laquelle ? Une telle préoccupation pourrait sembler, à première vue, assez banale à cause de l'encrage de ladite présentation ; mais, dès qu'on approfondit la question, l'on se rend très vite compte de la complexité de la matière, de l'importance des incertitudes, des insinuations et des problèmes soulevés. Les sections suivantes, qui feront largement appel au droit européen, inspirateur de notre droit pénal écrit, nous le confirmerons.

Section 1. Cadres normatif et contextuel du décret du 06/12/1950 sur l'enfance délinquante

66/. Le D.1950 est, certes, aujourd'hui caduc en RDC ; mais son analyse reste fondamentale en ce qu'elle nous permet de saisir l'origine, le fondement et l'évolution de la prise en charge, sinon de responsabilité pénale, des mineurs à la fois en RDC mais aussi dans le monde. En effet, dans le contexte d'internationalisation croissante que connaît le monde depuis le XIX^{ème} siècle, aucun Etat ne peut prétendre aujourd'hui vivre à vase clos sur le plan juridique. Non seulement qu'ils s'influencent mutuellement, de manière tacite ou apparente, par des liens historiques, politiques ou culturels¹⁷⁵, les Etats se réfèrent volontiers à ce que font les autres avant de légiférer sur une matière. Ainsi, par des mécanismes d'emprunt, de transfert ou d'acculturation, se construisent les systèmes juridiques des Etats modernes. Si le D.1950 pouvait constituer une innovation pour l'Afrique et pour cette colonie belge que constituait le Congo, il n'en était pas dans le monde. Il s'est nécessairement inspiré d'autres textes qui l'ont précédé : il a une histoire et un contexte politique, social et juridique précis qui ont concouru à sa promulgation. Pour circonscrire ce contexte, un état des lieux des législations étrangères qui ont un lien plus ou moins direct avec la RDC et qui ont certainement

¹⁷⁵ GERKENS J-F., *Droit privé comparé*, Larcier, Bruxelles, 2007, pp.14-15.

influencé l'économie de ce texte de 1950 paraît nécessaire (§1). Mais, au-delà des similarités avec ses inspirateurs, ce texte, appelé à réguler un cadre social bien spécifique, portait également des particularités (§2).

§1. Evolution comparée de la réglementation sur la délinquance des mineurs

67/. **Droit pénal des mineurs : Du droit exceptionnel au droit spécifique, du droit constitué au droit codifié.** De manière globale, l'évolution des règles relatives à la délinquance des mineurs laisse entrevoir aujourd'hui un murissement et une homogénéisation des règles qui ont timidement vu jour comme des exceptions et qui se sont affirmées pour constituer un ensemble autonome jouissant, dans certaines législations, d'une codification propre. D'autres systèmes juridiques, où le mineur est considéré comme un sujet particulier, précisent spécifiquement si une nouvelle norme pénale édictée lui sera aussi applicable : dans un tel système, le DPM apparaît comme un droit constitué. Les deux procédés sont généralement successifs dans le temps mais peuvent bien aussi coexister ; surtout que même après une codification des nouvelles situations peuvent appeler à la réécriture ou à la modification de la loi. On retrouve les deux modes en droits français et belge, mais un seul jusque-là en droit congolais. Alors, notre démarche à ce stade consistera à identifier les textes de base qui traitent de la délinquance des mineurs dans les systèmes sous-examens ainsi que leurs apports spécifiques afin d'y déceler les règles de la responsabilité pénale.

A. Les textes français relatifs à la délinquance des mineurs

68/. Contrairement à ce qui a souvent été évoqué, une bonne compréhension du droit positif congolais relatif à la délinquance des mineurs passe aujourd'hui par l'analyse non seulement du droit belge mais aussi du droit français. Cette affirmation ne se base pas, comme nous le démontrerons, uniquement sur liens historiques qui existent entre ces Etats (la France et la Belgique, d'un côté, la Belgique et la RDC, de l'autre côté) mais plutôt sur les exigences techniques consécutives à l'évolution de la législation congolaise en la matière.

69/. **Le droit français de la responsabilité pénale des mineurs.** L'évolution de la responsabilité pénale des mineurs en France peut être comprise sous trois balises temporelles ; le code pénal de 1971, la loi du 22/07/1912 sur les tribunaux pour enfants et adolescents et sur la liberté surveillée ainsi que la loi du 09/09/2002 d'orientation et de programmation pour la justice. Mais, il est évident qu'à ce niveau de l'analyse, seules les deux premières étapes nous intéresseront.

1. Le code pénal français de 1791

70/. Les traces historiques de la prise en compte du mineur par le droit remontent à l'époque romaine. Il y apparaît clairement que la subdivision de l'enfance avait pour fondement le discernement, que l'on peut définir à ce stade comme « la faculté de comprendre la nature, la portée et le caractère [pénal] de ses actes »¹⁷⁶. Lié au développement progressif de l'intelligence, la prise en compte du discernement postulait sur le plan pénal, pour un **régime d'incapacité dégressif** (ou une capacité progressive) et d'**atténuation des peines**, sauf en cas de crime atroce¹⁷⁷. Si l'on ne peut parler encore à ce stade de la « responsabilité pénale », le substantif n'ayant apparu dans la langue française qu'en fin XVI^{ème} siècle¹⁷⁸, l'on peut néanmoins se convaincre que le mineur, à partir d'un certain âge était appelé à répondre à certains de ses actes tant sur le plan civil que pénal mais dans les modalités certainement différentes à celles des adultes. Le code criminel de 1791 (Titre V : art.1-3) et le code pénal de 1810 (art.66-69) n'engendrèrent pas des transformations fondamentales en cette matière : « les députés républicains, comme les jurisconsultes de l'Empire, n'ont fait que reformuler les principes plus ou moins stables de l'Ancien Régime et du droit romain »¹⁷⁹. A seule différence que le code pénal de 1791 mit fin au flottement des seuils en introduisant **la notion de la majorité pénale**. Fixée à 16 ans, elle s'entend comme l'âge à partir duquel, le jeune délinquant est considéré moralement et pénalement responsable de tous ses actes et, par conséquent, soumis au droit pénal commun. En deçà de cet âge, le droit pénal avait dorénavant l'obligation, non pas d'*ignorer l'acte et son auteur*, mais de *s'y prendre différemment* s'il s'avérait que l'auteur été doté du discernement. Donc, la question de l'âge ou du seuil se posait ici pour savoir jusqu'à quelle limite le mineur bénéficierait-il d'un régime pénal tendre. La responsabilité pénale des mineurs était donc subordonnée à la question du discernement qui induit à côté des peines, le prononcé d'une moindre sanction. Cette innovation suscita des vifs débats à la Constituante étant donné que certains parlementaires, y voyant un culte d'impunité, voulaient abaisser ce seuil à treize ou quatorze ans. Mais curieusement, elle ne mobilisa plus l'attention des législateurs ou des juristes jusqu'à l'avènement de la 3^{ème} République qui a vu

¹⁷⁶ TREPANIER J. & TULKENS F., *Délinquance et protection de la jeunesse : Aux sources des lois belges et canadiennes sur l'enfance*, Montréal/ Ottawa/ Bruxelles, PUM/ PUO/ De Boeck Université, 1995, pp.53 et svt. Ce concept majeur de notre étude sera l'objet d'une analyse approfondie (voir §§. 178, 390 et svt).

¹⁷⁷ Les crimes atroces, dont l'attentat contre le roi et l'assassinat selon André LANGUI [*Op. cit.*, p.114], faisaient perdre au mineur le bénéfice de l'atténuation des peines au regard du principe « la malice suppléant l'âge ».

¹⁷⁸ Dictionnaire en ligne <http://www.cnrtl.fr>; BERNARDINI R., *Droit criminel*, vol. II : L'infraction et la responsabilité, Larcier, 2012, p.202.

¹⁷⁹ YVOREL J.J., « C'est la faute aux parents... : Délinquance juvénile, famille et justice au XIX^{ème} siècle », *ERES/Dialogue*, n° 194,2011/4, pp.9-20.

la loi du 12/04/1906 réaffirmait le principe de la majorité pénale en la fixant à dix-huit ans¹⁸⁰. Le DPM s'est alors construit sur ces trois principes majeurs, à savoir : la **majorité pénale** (seuil maximal de la responsabilité pénale), le **discernement** et l'**atténuation des peines**.

71/. D'autres questions resteront néanmoins en suspens. Il s'agira particulièrement de la juridicité de toutes les infractions commises par les mineurs étant donné que certaines d'entre elles, relevant encore de la correction parentale, ne pouvaient être soumises au juge. En effet, le Code de 1791 n'avait instauré l'obligation pour le juge d'apprécier le discernement du mineur uniquement en matière criminelle. S'il s'avérait qu'il en possédait, il était condamné à une peine atténuée. Au cas contraire, il était acquitté mais selon les circonstances il était, soit rendu à ses parents pour être corrigé, soit placé dans une maison de correction pour y être élevé et détenu pendant une période déterminée par le jugement qui ne pouvait pas excéder l'époque à laquelle il aura atteint l'âge de vingt ans. C'est le Code de 1810 qui étendra l'appréciation du discernement aux délits. Mais qu'il s'agisse de la matière criminelle ou délictuelle, d'une condamnation ou d'un acquittement avec mise à la disposition du gouvernement, il n'y avait pas de grandes différences dans le traitement des mineurs-délinquants. Sauf en cas de remise aux parents, mesure rarement prononcée, tous les mineurs en contact avec la justice pénale subissaient presque le même sort. Parfois même, la condition de ceux qui étaient acquittés et mis à la disposition du gouvernement était pire par le fait qu'ils pouvaient rester en « détention » plus longtemps que la durée prévue sur le tarif pénal de l'infraction pour laquelle ils étaient poursuivis et condamnés. Jusqu'à la promulgation des lois du 5 et 12/08/1850 relatives à l'aménagement des quartiers spéciaux pour mineurs, les mineurs purgeaient leur « mesure éducative » dans les prisons d'adultes. L'initiative privée va tenter de compenser à ce déficit avec des colonies (Neuhoffen en 1833, Oullins en 1835, Mettray en 1840) et sera suivie par l'Etat. Ces établissements tant privés que publics préconisaient un mode de vie rurale et une discipline paramilitaire. Toutes ces réformes fragmentaires sont apparues insuffisantes au fur et à mesure que se modifiait la délinquance juvénile. Une réforme plus générale fut réalisée par la loi du 22/07/1912, remaniant profondément le système du code pénal sur la responsabilité pénale des mineurs.

¹⁸⁰ Une idée de protection renforcée du mineur-délinquant apparaît dans la loi du 12/04/1906 qui diminue le régime répressif et augmente le régime éducatif. Elle élève aussi la majorité pénale de 16 à 18 ans et fixe à 21 ans l'âge jusqu'auquel peuvent se prolonger les mesures d'éducation. Cependant, elle reconnaît au tribunal la prérogative de ne pas retenir l'excuse de minorité et d'appliquer au mineur de 16 à 18 ans les mêmes peines qu'à un majeur. Cette loi aura une grande renommée en droit positif français du fait que tous les textes ultérieurs y tireront le fondement de la majorité pénale et, surtout, depuis que le Conseil constitutionnel en tirera un Principe fondamental reconnu par les lois de la République (PFRLR) en 2002.

2. La loi du 29/07/1912 sur les tribunaux pour enfants et adolescents et sur la liberté surveillée

72/. **La loi du 29/07/1912** va, dans la continuité d'une dynamique ayant touché le droit occidental au tournant du 20^{ème} siècle, réellement installer un régime juridique distinct à l'égard des mineurs-délinquants et sonner l'ère tutélaire en France. D'inspiration positiviste, elle innovera en instituant le *seuil de présomption irréfragable d'irresponsabilité* (treize ans), la première *mesure éducative* (la liberté surveillée) et la *première juridiction spécialisée pour mineurs* (le tribunal pour enfants et adolescents). Néanmoins, les juridictions de droit commun restaient compétentes pour les mineurs de seize à dix-huit ans accusés de crime et pour tout mineur de treize à dix-huit ans ayant des co-inculpés majeurs (art.18). Si le code pénal de 1791 a eu le mérite de fixer un seuil maximal de la minorité pénale, ce texte a, quant à lui, eu l'audace d'en fixer un seuil [minimal] de la responsabilité pénale¹⁸¹, contrairement à ses prédécesseurs qui l'ont laissé à l'office du juge. La loi s'applique à toutes les matières pénales, y compris les contraventions (art.14), et *abandonne le caractère définitif de la décision* (art. 10, 11), – et son corollaire, le principe de dessaisissement –, permettant ainsi au juge de modifier à tout moment les mesures ordonnées. Une loi de Vichy, en l'occurrence celle du 27/07/1942¹⁸² relative à l'enfance délinquante, va supprimer la notion de discernement, la remplaçant par celle de *l'éducabilité du mineur*, et la distinction entre les mineurs sur le fondement du seuil d'âge de treize ans. Elle va préconiser aussi à l'endroit des tous les mineurs reconnus auteurs ou complices d'un crime ou d'un délit, le prononcé d'une mesure de protection et de redressement (art. 17 et 18) ; seuls les mineurs criminels de seize à dix-huit ans étaient susceptibles d'encourir des mesures répressives si le tribunal l'estimait nécessaire.

73/. **L'ordonnance n°45-174 du 02/02/1945 relative à l'enfance-délinquante, digne héritière des lois de 1912 et 1942.** Dans le contexte social calamiteux de l'après-guerre, le texte de 1945 va poursuivre la même philosophie paternaliste en essayant de concilier éducation, protection et répression. Elle avait constitué une « véritable charte de l'enfance

¹⁸¹ Etant donné que la majorité pénale était jusque-là perçue uniquement comme un droit à la différence de traitement ou un privilège pénal, seul son seuil maximal marquant la limite entre les deux régimes pénaux intéressait le législateur. Mais avec la loi de 1912, un seuil minimal apparaît. Et, parallèlement s'effaçaient des textes les notions de *capacité dolosive progressive* et de « *la malice suppléant à l'âge* » qui avaient inspiré aux rédacteurs des codes de 1791 et 1810 la question du *discernement* chez le mineur-délinquant âgé de moins de seize ans [Voir LAINGUI A. *Op.cit.*, p.114]. L'idée d'une présomption irréfragable d'irresponsabilité en faveur des jeunes enfants commença alors son chemin.

¹⁸² Bien qu'elle n'ait jamais été appliquée, l'on retrouve certains autres de ses principes dans l'ord. 02/02/1945. BOURQUIN J., « Le mineur de justice : enfance coupable, enfance victime ? », *RHEI*, 2007, Hors-série, URL : <http://rhei.revues.org/3011>, consulté le 12/10/2015.

délinquante » ou « un code pénal des mineurs » établissant des normes de fond et de procédure. Elle avait créé, – ou du moins, développé –, des mesures éducatives, une juridiction spécialisée (Tribunal des enfants) et, surtout, un juge spécialisé (juge des enfants). Grâce à son apport, l'on est passé des règles dérogatoires de fond à une autonomisation procédurale. Aux trois principes classiques du DPM (majorité pénale, discernement, atténuation des peines), le courant protectionniste ajoutera celui de la *spécialité juridictionnelle* et amplifiera celui de la *spécialité sanctionnelle* (dépassant la simple atténuation des peines) ; mais mettra toutefois en ballottage celui du discernement.

74/. L'Ordonnance n°58-1301 du 23/12/1958 relative à la protection de l'enfance et de l'adolescence en danger. En parallèle de ce droit pénal spécifique aux mineurs (1906, 1912 et 1945) émergeant s'établit aussi un dispositif de protection de l'enfant inadapté, moralement abandonné ou maltraité (Décret du 19/01/1811, loi du 24/07/1889 sur les enfants moralement abandonnés, loi du 18/04/1898 relative à la répression des violences faites aux enfants, la loi du 27 juin 1904)¹⁸³. Les deux volets sont toujours restés juridiquement distincts en France au point que les réponses apportées à certaines situations, qui n'entraient pas dans ces deux stéréotypes, étaient parfois catastrophiques. Le cas du vagabondage d'enfant est très illustratif. Sur ce, rappelons que les mesures de protection prévues par la loi de 1912 n'étaient pas applicables à cette infraction ; et que ses auteurs étaient donc confiés à l'Administration pénitentiaire. Le décret du 30/10/1935 va dépénaliser le vagabondage en instituant des établissements spécialisés, au même titre que l'Assistance publique, habilités à recevoir des mineurs, auteurs de ce fait. Or, plus de dix ans après ce décret, ces structures n'étaient toujours pas opérationnelles ; et l'Assistance publique ne voulait pas non plus accueillir ces mineurs qui étaient pourtant assimilés par la loi aux orphelins et aux enfants moralement abandonnés. Par ailleurs, tous les « moyens d'éducation mis à la disposition du juge des enfants par les textes de 1912 ou 1945 sont refusés à de nombreux enfants dont les conditions de vie mettaient en danger physique ou moral ou prédestinaient à la délinquance et aux formes graves de

¹⁸³ Pour plus de détails sur l'évolution de la protection de l'enfant en danger en droit français, Voir : BOURQUIN J., « Genèse de l'ordonnance du 23/12/1958 sur l'enfance en danger », *RHEI*, 2007, Hors-série, URL : <http://rhei.revues.org/3013>, consulté le 12/10/2015 ; LAFORE R., « Les mutations institutionnelles de la protection de l'enfance : sens et portée », *Les Cahiers Dynamiques*, 2010/4, n° 49, pp.16-26, URL : <http://www.caim.info/revue-les-cahiers-dynamiques-2010-4-page-16.htm>, consulté le 12/10/2015 ; l'Observatoire national de l'enfance en danger [oned.gouv.fr/historique].

l'inadaptation sociale »¹⁸⁴ : il fallait, donc, un acte infractionnel pour déclencher l'intervention judiciaire à l'égard du mineur.

75/. **L'ordonnance de 1958, abrogée et remplacée par la loi n°2007-293 du 05/03/2007 réformant la protection de l'enfance**, voudra mettre fin à ces situations en renforçant la protection civile des mineurs en danger. Ce texte aura pour ambition de développer la prévention, de renforcer les mécanismes d'alerte et d'évaluation des risques de danger pour l'enfant et d'améliorer et diversifier les modes d'intervention auprès des enfants afin de mieux répondre à leurs besoins. Il innovera en mettant sous l'autorité du juge des enfants, qui à la base est un juge pénal, une matière qui reste éminemment civile en droit français (relevant jusqu'à ce jour du code civil, précisément aux articles 375 et svt. CASF). Ce juge, – saisi soit d'office, soit par requête du père, de la mère, de la personne investie du droit de garde, du mineur lui-même, ou du procureur de la République –, pouvait désormais intervenir rapidement et efficacement en faveur de tout jeune¹⁸⁵ dont l'avenir était compromis en prenant des mesures de protection qui sont essentiellement la remise (aux père, mère, gardien, autre parent ou à une personne digne de confiance) et la garde (dans un établissement d'enseignement, d'éducation spécialisée ou de rééducation ; dans un établissement sanitaire de prévention de soins ou de cure; ou dans un service de l'Aide Sociale à l'Enfance). C'est justement cette approche particulière de la notion de l'enfant en danger qui démarquera le droit français au droit belge qu'il sied d'analyser maintenant.

B. Les textes belges de la délinquance des mineurs

76/. **Le droit pénal belge des mineurs**. Trois périodes phares peuvent aussi être citées en matière de la gestion de la délinquance juvénile en Belgique ; la loi du 27/11/1891 pour la répression du vagabondage et de la mendicité, la loi du 15/05/1912 sur la protection de l'enfance et la loi du 08/04/1965 relative à la protection de la jeunesse. Il y a lieu d'épingler également la période transitoire que traverse ce système depuis les années 90. Mais, comme pour le droit français, nous n'analyserons à ce stade que les deux premières périodes qui ont précédées le texte congolais de 1950.

¹⁸⁴<http://www.textes.justice.gouv.fr/textes-fondamentaux-10086/justice-des-mineurs-10088/lordonnance-du-23-decembre-1958-10132.html>, consulté le 28/11/2015.

¹⁸⁵ Contrairement à l'Ord.1945, celle de 1958 étend le bénéfice de ses mesures d'assistance éducative aux personnes âgées de 21 ans révolus dont la santé, la sécurité, la moralité ou l'éducation sont compromises.

1. La loi du 27/11/1891 pour la répression du vagabondage et de la mendicité

77/. En continuum avec les Codes français de 1791 et 1810, le Code pénal belge de 1867 (art.66-69, 72-77) fait siens les grands principes classiques relatifs à la gestion de la délinquance des mineurs (la majorité pénale à 16 ans, le discernement et l'atténuation des peines) à la différence qu'il les étend à la fois aux contraventions (extension matérielle) et aux jeunes majeurs (16-18 ans : extension personnelle). Mais c'est plutôt à la loi du 27/11/1891 que reviendra le mérite d'apporter des innovations importantes qui démarqueront désormais le système belge de son géniteur, le système français.

78/. En effet, la mendicité, et son corollaire le vagabondage, constituaient des plaies sociales dans une Europe occidentale en plein boom économique et industriel. Plusieurs types de mesures (répressive ou d'aide sociale)¹⁸⁶ ont été prises mais leur application n'a jamais donné les résultats attendus : d'année en année, le phénomène se pérennisait malgré la sévérité croissante de la réponse répressive. Sous l'empire des lois antérieures¹⁸⁷, particulièrement celle de 1866, le juge n'avait pas à rechercher si le genre d'existence de ces hommes était volontaire ou forcé. Toute personne, quels que soient sa condition de vie et son âge, pouvait être arrêtée et condamnée pour le fait seul d'avoir tendu la main ou d'avoir vécu sans domicile certain, sans profession habituelle, sans ressources avouables. Le vieillard, l'orphelin, l'invalidé, le chômeur étaient assimilés au professionnel, condamnés comme lui et soumis au même régime que lui. Grace à l'approche sociale du phénomène criminel, la loi de 1891 a voulu rompre avec ce système qui apparaissait de plus en plus injuste. L'on s'est alors convaincu que ; d'une part, le moyen le plus efficace d'empêcher le développement de cette plaie sociale était de détruire, dans la mesure du possible, toutes les circonstances qui pouvaient conduire à mener une vie errante et oisive, et d'autre part, il y avait nécessité d'apporter une distinction de traitement entre les auteurs de ce fait. Coexistera désormais, à côté d'une mendicité *délictuelle* dite « qualifiée », une *mendicité non-délictuelle* dite « non qualifiée » faisant objet d'un accompagnement social et des mesures administratives. Pour cette dernière catégorie, l'acte

¹⁸⁶ FIERENS J. & LAMBERT M., « De l'inutilité de la répression de la mendicité : aspects historiques et juridiques », In *Pauvreté*, n°5, Sept 2014, [en ligne] http://www.fblp.be/IMG/pdf/pauve_rite_05-web.pdf, consulté le 25/11/2015 ; KITTS A., « Mendicité, vagabondage et contrôle social du moyen âge au XIX^{ème} siècle : état des recherches », *Revue d'histoire de la protection sociale*, 2008/1, n°1, pp. 37-56, [en ligne] <http://www.cairn.info/revue-d-histoire-de-la-protection-sociale-2008-1-page-37.htm>

¹⁸⁷ Notamment les lois du 13/08/1833 et 06/03/1866, le Code pénal de 1867 (art. 342 à 347).

sera vidé de sa portée dolosive si l'auteur, en raison de l'âge, de la maladie ou de l'état social, ne parvenait pas à exercer ou à obtenir un travail quelconque¹⁸⁸.

79/. Bien plus, cette loi accordera une attention particulière aux personnes âgées de moins de dix-huit ans qui seront, peu importe les circonstances de la commission de l'acte¹⁸⁹, mises par le juge de paix à la disposition du gouvernement pour être internées ou placées jusqu'à leur majorité dans une école de bienfaisance (art. 2). Elle innovera encore en imposant au juge de paix la relaxe ou la mise à la disposition du gouvernement, selon la nature et la gravité du fait, de tout individu âgé de moins de seize ans (au moment du fait) qui sera traduit devant lui du chef d'une infraction que la loi ne punissait que d'un emprisonnement de moins de huit jours et/ou d'une amende de moins de vingt-six francs. Et, ce même s'il y aurait récidive. La loi de 1891 sera abrogée, en même temps que les dispositions du code pénal relatives à la répression de la mendicité, par la loi du 12/01/1993 contenant le programme d'urgence pour une société plus solidaire. Mais, elle influencera à plusieurs égards tout le système belge ultérieur par le fait d'avoir intégré une approche préventive à l'égard des mineurs ; d'une part, en voyant dans la mendicité et le vagabondage, faits qui ne sont pourtant pas constitutifs d'infraction, des signaux forts d'une délinquance future, mieux des situations à risque, appelant une intervention publique qui pour être déclenchée devrait contourner à la fois la question du discernement et celle de la culpabilité, et d'autre part, en prévoyant la possibilité d'étendre dans la durée l'application des mesures de garde sur le mineur auteur des faits pénaux légèrement punis. La question de la prise en charge de l'enfant vagabond est bien illustrative de celle de l'enfant en détresse (ou en danger) et constitue aussi l'un des traits distinctifs entre les systèmes tuteurale et de justice. Nonobstant le fait qu'il soit dépenalisé dans les deux systèmes (comparer avec le décret français du 30/10/1935 précité), le vagabondage des mineurs appelle une intervention publique différente qui est sous l'égide civile et administrative dans le système français mais pénale dans le système belge. Cette conception sera poursuivie en 1912 et généralisée en 1965.

2. Loi du 15/05/1912 sur la protection de l'enfance

80/. **La promulgation de la loi de 1912** coïncide, comme toutes ses congénères européennes et nord-américaines, avec l'apothéose de la théorie déterministe, qui par souci

¹⁸⁸ PUSSEMIER M.L., « La répression de la mendicité et du vagabondage d'après la loi belge du 27/11/1891 », Congrès Société d'économie sociale et des unions de la paix sociale, Paris, 1894, [en ligne] <http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k5854003s/f3.item.zoom>, consulté le 24/09/2015.

¹⁸⁹ Mendians ou vagabonds habituels et occasionnels (art. 24).

prophylactique, souligne l'intérêt d'agir principalement sur les causes de la délinquance que l'on retrouve dans le milieu de vie de l'individu. Cette loi conçoit, à cet effet, un système tutélaire, présenté comme un rempart contre l'échec du droit pénal à contenir la délinquance des mineurs : elle s'est inscrite dans une totale rupture avec la pensée legaliste du droit pénal classique¹⁹⁰. Elle s'est déclinée en droit belge en deux grandes parties dont la première est axée sur le contrôle de l'exercice de la puissance paternelle¹⁹¹, et la seconde sur l'institution, – pour la première fois en Belgique –, d'un corpus des règles personnelles, dérogoires au droit commun et hybrides (vacillant entre le pénal et le civil). Ce régime innovateur, piloté par un juge spécialisé (le juge des enfants), se déployait aussi bien sur des faits purement pénaux¹⁹² que des faits non pénaux¹⁹³. Il s'appliquait donc, aux délinquants de moins de seize ans ; aux mineurs de moins de seize ans se livrant à la prostitution, à la débauche, au jeu ou aux trafics ; aux vagabonds et mendiants de moins de dix-huit ans ; enfin aux mineurs indisciplinés de moins de dix-huit ans (sur demande en correction paternelle). En résumé, deux seuils de majorité pénale se dessinent : celui de seize ans pour les faits *qualifiés* d'infractions, et celui de dix-huit ans pour les faits *assimilés* à des infractions. Saisi pour les deux types de faits, le juge des enfants applique des mesures à vocation éducative, appropriées à la nature et aux besoins du mineur (art.13 et 16) en lieu et place des peines jugées nuisibles et surtout inefficaces sur les mineurs.

81/. A ce stade de son évolution, le droit belge avait déjà poussé plus loin, que ses congénères, son système tutélaire au point qu'elle est, depuis lors, présentée comme un Etat protectionnel, innovateur et progressiste. Son système de justice pour mineurs accusait une plus grande autonomie (substantielle et processuelle) que beaucoup d'autres Etats : comme son homologue français, il était caractérisé par les principes de la majorité pénale, de la spécialité juridictionnelle et de l'atténuation des peines ; mais contrairement à lui, il avait déjà

¹⁹⁰ MAES C.[2005a], *art. précité*; « Analyse des législations en matière de justice des mineurs: Cas de la Belgique », Ministère de la Justice/Service des affaires européennes et internationales, CNRS-JURISCOPE, Paris, 10/04/2009, pp.4-5.

¹⁹¹ La loi prévoit la déchéance de la puissance parentale à l'égard des parents (ou tuteurs) coupables d'avoir mis en danger la santé, la sécurité ou la moralité du mineur.

¹⁹² C.A Mons, 14/02/1913 ; Cass. 11/11/1912, Pasicrisie 1913, [consultable en ligne] <https://www.law.kuleuven.be/lib/plone/tijdschriften/cassatie/1913/1.pdf> ;

¹⁹³ Parfois qualifiés d'« actes de déviance », d'« actes de prédélinquance » ou de « délits d'état ». Ces actes, dont la possibilité de poursuites pénales ne serait inenvisageable s'ils étaient commis par un adulte portent, dépendamment des systèmes juridiques, des faits multiples notamment ; l'absentéisme scolaire, l'indiscipline à l'école et en famille, l'ivresse publique, la mendicité, vagabondage. Par l'ordonnance de 1958, le dispositif français de protection de mineurs en danger rattrape celui de la Belgique ; à la différence que ce dernier a coulé quasiment ces faits sous forme d'infraction (définie et prévue par la loi), tandis que son homologue français les laissés, depuis 1935, sous l'égide du droit civil et social.

confirmé sa *spécificité sanctionnelle*¹⁹⁴ (effective en France qu'en 1945) et son *autonomie substantielle*¹⁹⁵ (que ne connaîtra, peut-être, jamais le droit français). Il se construit, d'une part, autour d'une fiction qui « consiste à ce que le mineur (jusqu'à l'âge de seize ans) ne soit plus passible des peines, mais *uniquement au sens pénal du terme*, [et qui] conduit à la neutralisation de la notion de la faute et, en même temps, celle des garanties procédurales »¹⁹⁶, et d'autre part, autour du juge doté de pouvoirs importants et aidé par des experts psychiatriques et sociaux dans le but de trouver la mesure la plus adaptée à l'intérêt de l'enfant mais aussi à la protection de la société. Mais le compromis entre les deux objectifs (protection et répression) étant souvent difficile à trouver, le système mis en place en 1912 ne tardera pas à démontrer ses limites ; lesquelles militeront en faveur de la réforme orchestrée en 1965. C'est ce système qu'hériterait le droit congolais.

§2. Le Décret de 1950 et son irresponsabilité pénale dogmatique

82/. **Le Décret de 1950, un texte belge régulant une problématique congolaise.** En 1950, la RDC était une colonie-belge régie par une loi du 18/10/1908 adoptée par le parlement belge et dénommée « Loi sur le gouvernement du Congo » ou « La Charte coloniale ». Ce texte a sanctionné la cession à la Belgique du territoire qui était jusque-là une propriété privée du roi Léopold II à qui l'on a reproché une gestion humaine calamiteuse. Mais sur le plan de l'organisation et de la répartition des pouvoirs¹⁹⁷, la situation n'avait pas beaucoup changé : les pouvoirs législatif et exécutif étaient toujours concentrés entre les mains du Roi qui les exerçait par le canal du gouverneur général et de ses adjoints (art. 7, 8, 21 de la Charte¹⁹⁸), comme il en était le cas avec les administrateurs qu'il nommait souverainement durant l'EIC. Il faut aussi dire que « malgré les différences des conceptions inhérentes à chaque métropole, la participation des africains aux prises de décision [à l'époque coloniale] était pratiquement nulle. Ils pouvaient tout au plus avoir un rôle consultatif limité dans les instances locales par

¹⁹⁴ Subrogation totale de la peine par des mesures de garde, d'éducation et/ou de préservation à durée indéterminée.

¹⁹⁵ Par le fait que la loi prévoit réprimait à la fois les actes de délinquance et les actes de déviance.

¹⁹⁶ MAES C.[2005a], *art. précité*. Les mots en italique sont ajoutés par nous.

¹⁹⁷ Lire avec intérêt ; AZAMI S.M., « Le système constitutionnel de la République démocratique du Congo », *RIDC*, vol.22, n°2, juin-avril 1970, pp.325-340, [en ligne] http://www.persee.fr/doc/ridc_0035-3337_1970_num_22_2_15704 ; DJOLI ESENG'EKELI J., *Droit constitutionnel : L'expérience congolaise*, L'Harmattan, Paris, 2013 ; KALUBA DIBWA D., *La justice constitutionnelle en RD Congo*, Academia, Paris, 2013 ; MOJU MBEYI et al., *Recueil des textes constitutionnels de la République du Zaïre*, Consult-Kinshasa, 1991, pp.11.

¹⁹⁸ **Art. 7 al.1** : « La loi intervient souverainement en toute matière. Le Roi exerce le pouvoir législatif par voie de décret, sauf quant aux objectifs qui sont réglés par la loi ». **Art 8** : « Le pouvoir exécutif appartient au Roi. Il est exercé par voie de règlements et d'arrêtés ». **Art. 21 al.1** : « Le roi est représenté dans la colonie par un Gouverneur général, assisté d'un ou plusieurs vice-gouverneurs généraux ».

l'intermédiaire des personnalités nommées, ce qui n'était même pas le cas pour les colonies allemandes, belges et portugaises »¹⁹⁹. Sur le plan des droits subjectifs, l'on pouvait relever à la fois une légère amélioration du traitement des autochtones²⁰⁰ mais aussi un *statu quo* en ce qui concerne leur citoyenneté. La Charte coloniale, à la suite de l'EIC, avait en effet consacré une discrimination du statut personnel des différents habitants de la colonie séparés en deux groupes ; d'une part, les belges, des congolais immatriculés, des étrangers qui jouissaient de tous les droits civils reconnus par la législation belge ; et d'autre part, les indigènes qui étaient soumis à leurs coutumes respectives tant que ces dernières n'étaient pas contraires aux bonnes mœurs et à l'ordre public (art 4). Toute l'œuvre juridique, politique ou sociale du législateur colonial obéissait à ce dualisme. S'il est autant clair qu'« à cette époque la race des justiciables était l'élément déterminant de la compétence matérielle de la juridiction répressive et de la procédure pénale applicable »²⁰¹, il sied de se poser ici la question de l'identification du destinataire originel du texte de 1950, sinon comment s'est opérée la symbiose entre ces deux franges de la société congolaise dans la mesure où le texte était désormais appelé à s'appliquer indistinctement à tout le monde. La réponse à cette question est bien prévisible : le texte de 1950 a mis en place un régime paternaliste, selon le modèle belge (A), qui a eu du mal à s'appliquer, malgré les correctifs apportés, au contexte congolais (B).

A. L'économie du décret de 1950

83/. **Avant le décret sur l'enfance délinquante.** Avant 1950, les mineurs congolais traduits devant la justice étaient soumis au régime de droit commun, c'est-à-dire le droit pénal belge d'inspiration française. La situation fut très confuse quand le territoire est devenu une colonie-belge. Face d'une part, à l'absence de toute consécration expresse de la notion de « minorité pénale » en droit de la colonie, et d'autre part, à une pratique confirmée en métropole qui reconnaissait un régime spécifique aux mineurs-délinquants, les juges recouraient au bricolage : les infractions étaient réglées au cas par cas, en fonction de la race, l'âge, du délit commis et de la capacité de discernement²⁰² du mineur. Le décret ne fut, non

¹⁹⁹ D'ALMEIDA TOPORH., *L'Afrique du XX^{ème} siècle*, Armand Colin, Paris, 1993, p.28.

²⁰⁰ L'époque léopoldienne reste l'une des pages les plus tristes et sanglantes de l'histoire congolaise. Lire NDAYWEL-è-NZIEMI I., *Histoire générale du Congo*, Afrique éditions, Paris-Bruxelles, 1998, pp. 266, 337-339 ; NKUKU KHONDE C., *art. précité*.

²⁰¹ LUZOLO BAMBI L. et BAYONA-BA-MEYA N., *Manuel de Procédure pénale*, PUC, Kinshasa, 2011, p.28.

²⁰² ENIKA NGONGO, « Le traitement de l'enfance délinquante au Congo belge : réflexions et état de la question », *Bulletin de l'Association Belge pour l'Histoire Contemporaine*, xxxvi - 2014 - 2, p. 10-13 ; DELNEUVILLE J., *Les enfants mineurs traduits en justice au Congo belge*, Bruxelles, 1936 ; WEMBOLUA OTSHUDI K., « L'anachronisme du décret sur l'enfance délinquante en RDC : Réflexion sur le vagabondage et les droits de l'enfant », *Nouvelle tribune internationale des droits de l'enfant*, n°12, Mars 2007, pp.22-28, http://www.dei-belgique.be/IMG/pdf/reflexion_sur_le_vagabondage_et_les_droits_de_l_enfant.pdf.

plus, le premier texte de droit écrit, à caractère pénal, à s'intéresser particulièrement au mineur-délinquant au Congo. Plusieurs autres textes²⁰³, dont la plupart concernait la protection des enfants indigènes moralement abandonnés, l'ont précédé. Mais il constitua une rupture idéologique avec tous les textes qu'ils ont précédés : les principes qu'il porte, les mesures et la procédure qu'il prévoit à l'égard des mineurs étaient une nouveauté en droit écrit jusque-là d'application en RDC.

84/. Principes fondamentaux du décret de 1950. Le texte de 1950 aura le mérite d'avoir rassemblé toutes les règles éparses de droit écrit relatif à l'enfant (dangereux et en danger) en le mettant sous le contrôle d'un juge spécial. Il est une copie, sans commune mesure, de la loi belge de 1912. Très concis, il ne comptait que vingt-trois dispositions réparties en huit titres dont les quatre premiers portent l'essentiel du texte. Le premier titre, qui comprenait une seule disposition, se rapportait à la définition du terme « mineur » ; le second (art. 2 à 12) se rapportait à la compétence matérielle de la juridiction spéciale instituée ; enfin le troisième et le quatrième traitaient de la procédure (art.13-19). En dehors des dispositions abrogatoire et générale, il prévoyait des sanctions pénales à l'égard des personnes adultes qui tenteraient de soustraire le mineur à la procédure intentée contre lui.

85/. La consécration du modèle tutélaire en droit congolais. Le décret consacrait globalement les principes de base du droit pénal relatifs à la gestion de la délinquance juvénile (la majorité pénale²⁰⁴, la spécificité sanctionnelle et la spécificité juridictionnelle) auxquels la touche protectionnelle avait ajouté le contrôle socio-judiciaire des comportements déviants des mineurs. Car, comme en Belgique, il se déployait aussi bien sur les faits pénaux que non-pénaux (le vagabondage et la mendicité²⁰⁵, l'inconduite et l'indiscipline, la débauche et la prostitution, les jeux, les trafics et les occupations déviantes)²⁰⁶ ; et substituait les « peines » par les « mesures de garde, d'éducation et de préservation »²⁰⁷ (MGEP). Cependant, il

²⁰³ On peut, à titre illustratif, citer ; D. 04/05/1885 sur la correction paternelle, D. 12/07/1890, Arr. 05/05/1896 sur le vagabondage et la mendicité, D. 23/05/1896 donnant également qualité au magistrat pour intervenir en cas de vagabondage, Arr. 03/01/1911, Arr. 1937 de la Sous-commission d'Elisabethville (Katanga), Ord. 76/J du 15/10/1931 sur le régime pénitentiaire.

²⁰⁴ Fixée à 18 ans en 1950, puis à 16 ans en 1978.

²⁰⁵ Sous réserve des développements ultérieurs sur la nature juridique de ces faits.

²⁰⁶ Articles 2 à 4.

²⁰⁷ **Art. 5** : « Si un mineur a commis une infraction, le seul juge compétent pour en connaître au premier degré sera le juge de [paix] siégeant avec officier du ministère public, magistrat de carrière. La peine sera remplacée par une mesure de garde, d'éducation ou de préservation d'après les distinctions suivantes ». **Art. 6** : « Quelle que soit la qualification pénale du fait commis, le juge pourra, selon les circonstances, soit réprimander l'enfant et le rendre aux personnes qui en avaient la garde, avec injonction de mieux le surveiller à l'avenir, soit le confier jusqu'à sa vingt et unième année à une personne, à une société ou à une institution

n'établissait « pas clairement un âge minimum au-dessous duquel les enfants [étaient] présumés ne pas avoir la capacité d'enfreindre la loi pénale [... mais instaurait plutôt] le recours systématique à une procédure judiciaire pour tous les mineurs infracteurs »²⁰⁸. Donc, les notions de seuil minimal, inférieur, voir même irréfragable, de responsabilité pénale et de discernement étaient inconnues, mieux, inopérantes dans ce système.

86/. Des larges pouvoirs accordés au juge des enfants, disjonction des poursuites.

Sur le plan procédural, le juge des enfants constituait la plaque tournante du système. Il est assisté d'un officier du ministère public, à chaque stade de la procédure (art.1 al.1, 5 al.1, 15), et des délégués à la protection de l'enfance (art. 14). Avant de prendre une décision sur le mineur, il diligentait une enquête sur son état physique et mental, ainsi que ses conditions de vie. Sa décision ne le dessaisissait aucunement de l'affaire : il veillait sur l'évolution du mineur durant l'exécution de la mesure. D'ailleurs, même les mineurs qui n'avaient pas été mis à la disposition du gouvernement ou ceux dont l'internement avait été levé, demeuraient sous un régime de la liberté surveillée jusqu'à leur vingt et unième année (art.13 al.1). Enfin, l'exclusivité de compétence du tribunal de paix en matière de l'enfance délinquante appelait la disjonction des poursuites au cas où le mineur aurait commis une infraction en complicité avec un adulte. Telle a été la charpente, longtemps en vigueur, du régime pénal applicable aux mineurs impliqués dans une infraction au Congo.

B. Les difficultés récurrentes de la mise en place de ce régime

87/. Le régime de 1950 rencontrera d'énormes difficultés ; les plus importantes étaient de nature matérielle et structurelle (absence des moyens humains et matériels), mais certaines autres étaient liées aux propres insuffisances du texte.

88/. **Les difficultés matérielles et structurelles.** D'abord, la mise en place de ce nouveau régime ne sera pas simple : elle a posé, de sa promulgation à son abrogation, des sérieux soucis tant à l'administration coloniale qu'à la république nouvellement indépendante. A sa promulgation, tout restait à faire : aucune infrastructure adaptée n'existait dans la Colonie

de charité ou d'enseignement, publique ou privée, soit encore le mettre jusqu'à sa vingt et unième année à la disposition du gouvernement ».

²⁰⁸ « La protection légale et judiciaire des enfants en RDC : Problèmes centraux et propositions », Document de discussion, BICE – MONUC/Section Protection de l'Enfant - Save the Children/UK - UNICEF, Kinshasa, Déc. 2004, p.8 [§. Les enfants criminellement responsables]. Voir aussi « Recueil sur la minorité : Analyse et commentaires de la législation applicable aux mineurs en RDC », BICE, Kinshasa, 2002, pp. 21-22, [en ligne] <http://www.kira-international.org/downloads/recueilminoriterdc.pdf>, consulté le 26/02/2015.

et le personnel devrait encore être recruté et formé²⁰⁹. Face à cette difficulté, le Gouvernement général avait revu, à la baisse, ses ambitions en réduisant le ressort géographique et matériel d'application du décret qui d'ailleurs n'entrera en vigueur qu'au premier janvier de l'an 1954. Et ce, dans deux districts uniquement et qu'à l'égard des mineurs masculins et indigènes. Ce n'est qu'après l'indépendance, soit seize ans plus tard²¹⁰, que les nouvelles autorités généralisèrent l'application du décret et prévirent la création des plusieurs structures socio-éducatives d'accompagnement qui resteront, malheureusement, aussi inopérantes. Même la juridiction spéciale prévue ne sera qu'autre chose qu'une chambre du tribunal de première instance (devenue plus tard le juge de paix) statuant au premier degré en matière pénale. Dans la pratique, la seule différence avec le droit pénal commun était un moindre formalisme et une spécificité sanctionnelle. Le droit pénal congolais applicable aux mineurs est longtemps resté à ce stade-là, – celui d'un « droit de la peine » –, pendant qu'on assistait en droit comparé à une remarquable évolution : On avait franchi ce cap de la spécificité procédurale et/ou sanctionnelle pour s'étendre à un corpus propre des règles englobant aussi bien le droit social, le droit civil et le droit pénal.

89/. Les difficultés intrinsèques au texte : laconisme et inadéquation aux réalités locales. Il sera aussi reproché à ce texte son laconisme. Trente-cinq ans après la promulgation de son inspirateur, la loi belge de 1912 qui comptait une soixantaine des dispositions, il était incohérent et incompréhensible que ce décret, avec tous les apports de la jurisprudence et de la doctrine, n'en porte qu'une vingtaine. Le texte ne définissait pas les concepts qu'il utilisait obligeant les juges à se référer constamment à la jurisprudence et à la doctrine belges ou encore aux travaux préparatoires. Aucune règle spécifique relative au déroulement de la poursuite à l'égard de l'enfant n'était établie : on recourait donc généralement aux règles de droit commun. L'exigence d'un officier du ministère public, magistrat de carrière pouvait apparaître ici comme le seul gage du procès équitable étant donné que la mission du juge de district (ou de première instance) était durant longtemps confié en RDC, par manque des juristes de formation, au commissaire de district qui était fonctionnaire et représentant de l'exécutif dans cette entité administrative. On a parfois justifié cet état des choses par la nécessité d'agir urgemment contre la criminalité infantile, surtout autochtone, en pleine croissance dans une colonie économiquement vitale pour la métropole.

²⁰⁹ Lire IDZUIMBUIR ASSOP [2013], *Op. cit.*, pp.24-26, 31.

²¹⁰ Ord. n°6/290, 01/05/1966.

90/. **Le lourd tribut payé par les sociétés traditionnelles suite au contact avec le mode de vie occidental.** Toutefois, le contexte social immédiat de l'adoption de la loi de 1950 était très complexe. Cette époque s'est caractérisée par une migration urbaine massive, la perte de vitesse du droit coutumier et la non assimilation du droit de souche occidentale. « L'afflux des migrants, souvent jeunes, vers les agglomérations, la liberté réelle, – bien que très relative –, offerte par le milieu urbain à certaines catégories particulières (jeunes donc, mais aussi femmes) qui ne sont généralement pas favorisées par la coutume ; et le mode de vie nouveau qu'elles y établissent (ou y inventent), parfois éloignés des schémas traditionnels de l'autorité, ont concouru à faire redouter les pires conséquences sociales [...] L'ordre social tout entier apparaissait menacé par ces relâchements des disciplines coutumières [...] La déliquescence des liens coutumiers et l'influence déstructurante de l'absence du groupe font de l'indigène un être isolé, abandonné, voir désaxé»²¹¹. En effet, « dans ces sociétés où plus de la moitié de la population a moins de dix-huit ans, la transition massive du genre de vie traditionnel et rural vers la vie urbaine rend caduque les règles élémentaires de solidarité (familiales, tribales, de voisinage, de pairs, etc.). Le ciment même des liens sociaux se dissout. Les instances de socialisation (famille, clan, milieux de travail et d'apprentissage, etc) déclarent forfait. L'essor économique, ayant implanté des normes et des techniques nouvelles de production, a confronté en Afrique, [en général et au Congo, en particulier], deux types d'organisation sociale qui pouvaient difficilement s'harmoniser sans passer préalablement par un long processus de désagrégation puis de rééquilibrage : là où l'Europe a pris deux siècles, il lui est demandé un quart de siècle. L'industrialisation et l'urbanisation engendrèrent également tout un phénomène de migrations qui eurent pour conséquences de déséquilibrer les régions rurales et de développer dans les zones urbaines le sous-emploi, le paupérisme et le parasitisme, créant ainsi des conditions favorables à la délinquance et à la criminalité. La scolarisation est souvent mal adaptée aux besoins en main-d'œuvre et aux priorités économiques du pays : elle privilégie une formation générale et intellectuelle qui conduisait vers l'administration, la fonction publique ou les carrières libérales alors que la demande la plus grande se faisait surtout sentir dans les secteurs de l'agriculture, de la sylviculture, de la chasse et de la pêche, etc. En même temps, elle détourne des jeunes de toutes activités agricoles ou manuelles en constituant une des principales motivations de l'exode rural. Le passage de la famille élargie, clanique et rurale, à la famille nucléaire urbaine fut lent et

²¹¹ LAURO A., « Maintenir l'ordre dans la colonie-modèle. Note sur les désordres urbains et la police des frontières raciales au Congo-belge (1918-1945) », *Crime, Histoire & Sociétés*, vol.15, n°2, 2011, pp.97-121 [en ligne] <http://chs.revues.org/1292> consulté le 11/02/2016.

laborieux. La superposition de ces deux structures familiales entraîne, dans certains cas, de lourdes conséquences : séparations, divorces, refus de la femme de continuer à assumer son rôle traditionnel, etc. Ces conflits se répercutèrent inévitablement sur la socialisation des enfants qui ne pouvaient plus compter sur la participation active et affective qu'offrait la famille élargie ».²¹² Les adolescents, particulièrement perméables à la culture des sociétés post-industrielles contraire aux valeurs de leur communauté se trouvaient dans une position anémique, inconfortable et insécurisante susceptible de provoquer le désarroi et des inadaptations psychologiques et sociales. Cette « dislocation du clan, le caractère outrancier et immoral de l'individualisme, la tendance de plus en plus marquant chez les jeunes de s'affranchir de l'autorité coutumière et de la discipline des parents, l'abandon du milieu coutumier et l'exode d'enfants et d'adolescents par milliers dans les cités et les centres extra-coutumiers »²¹³ ont bien constitué des risques graves de la criminalité infantile : car, du désaxé au criminel, il n'y a qu'un pas.

91/. Dans un tel contexte, la meilleure action pourrait être une politique de lutte contre les causes, éminemment sociales et culturelles, de cette délinquance. A cet effet, la justice tutélaire pourrait paraître comme le modèle le plus adéquat. Mais, ce dernier, pour être efficace, appelle à la fois, d'énormes moyens humains et matériels que le Congo ne disposait pas et que l'administration coloniale n'était pas prompte à mobiliser, ainsi que la prise en compte des spécificités sociales du milieu dans lequel vit le mineur. Or, le législateur colonial, contrairement à ses homologues européens, n'avait jamais diligenté une étude sérieuse et complète sur la problématique de la délinquance dans la société congolaise soumise, en proie aux mutations rapides et incontrôlées : il s'est contenté de l'expérience belge et des études menées au niveau international. Dans les colonies françaises, par exemple, nous renseigne un chercheur²¹⁴, le législateur, après la conférence de Brazzaville en 1944, s'était installé progressivement aux côtés du droit traditionnel et coutumier en vigueur chez les populations africaines. Il s'instaura une sorte de compromis entre la tradition juridique et le code pénal issu de la métropole. C'est ainsi qu'il fixa, déjà avec la loi du 28 avril 1832, à seize ans la majorité pénale dans les territoires de l'Afrique Occidentale Française (AOF) considérant que les hommes devenaient plus rapidement adultes qu'en France. Ce qui a manqué en droit

²¹² SZABO D., « Préface », in NORMANDEU A., MUNGAL A. & KABUNDI M., (dir.), *Op. cit.*

²¹³ PIRON P. & DEVOS J., *Codes et lois du Congo-Belge*, T.II, Larcier, Bruxelles, 1960, pp. 99.

²¹⁴ GASSAMA Y., *Les caractéristiques de la déviance des adolescentes judiciarisées à Dakar (Sénégal) en comparaison aux adolescentes judiciarisées de Montréal (Canada)*, Mémoire de Master, Université de Montréal/École de Psychoéducation, 2009, p.17.

congolais : il sera, alors, toujours reproché au texte de 1950 son inadéquation aux réalités locales²¹⁵. En définitive, ce décret avait mis en place un régime minimaliste qui, d'une part, a laissé subsister plusieurs des zones d'ombres, et d'autre part, a souffert d'une ineffectivité congénitale.

Section 2. Les controverses et incongruités juridiques du régime du 06/12/1950

92/. La justice des mineurs constitue l'un des domaines le plus sensible des pouvoirs publics pour deux raisons évidentes ; « Tout d'abord, c'est le domaine où l'Etat est appelé à utiliser directement à l'égard des enfants son droit de punition (la force publique) et où très souvent, il le fait en ayant recours à la privation de liberté. Ensuite, parce que les Etats se trouvent confrontés à une équation difficile à résoudre : sécurité générale *versus* protection des enfants auteurs d'infraction, d'une part, et punition *versus* soins, d'autre part »²¹⁶. L'ère tutélaire a sanctionné une nouvelle étape, sinon la maturation, des règles pénales relatives à la délinquance des mineurs. Il a eu le mérite d'intégrer, à l'approche punitive traditionnelle, une approche scientifique d'ordres social et curatif de la délinquance juvénile. Mais, il a également apporté à cette jeune discipline d'énormes controverses qui la caractérisent encore aujourd'hui. « Le modèle protectionnel incarne à ses débuts la logique et les ambiguïtés du mouvement de la défense sociale dont il est un produit exemplaire »²¹⁷ : pour répondre au défi cornélien qui caractérise la prise en charge pénale des mineurs, il va carrément recourir à des tournures, des insinuations ou des mosaïques, parfois contre-nature, masquant vainement la réalité et, de surcroît, sujettes à des multiples controverses.

93/. Ces dernières sont, à quelques exceptions près, communes à tous les systèmes protectionnels tels qu'adoptés en France (1912 et 1945), en Belgique (1912) ou en RD Congo (1950). A la différence que les autres Etats s'en sont vite convaincus et ont, si pas réformé, amendé leurs textes par une jurisprudence active. Mais au Congo, il n'en était pas le cas (§1). A côté de ce premier handicap, il y a lieu, au regard de la structure politique et juridique de la gestion de la colonie, de se poser la question sur les motivations et les visées originelles de texte de 1950 en rapport avec les réalités sociologiques congolaises (§2).

²¹⁵ Les auteurs congolais sont unanimes sur ce point. BAYONA-BA-MEYA N., « Considérations sur la protection de la jeunesse », *Annales de la Faculté de droit*, Vol. IV – VII, 1975 – 1978, PUK, 1984, Kinshasa, pp.92-105 ; IDZUIMBUIR ASSOP [2013], *Op. cit.*, p.21; KIENGE KIENGE R., *Op. cit.*, p.32.

²¹⁶ ZERMATTEN J.[2006], *précit.*.

²¹⁷ CARTUYVELS Y. et *al.*, « La justice des mineurs en Belgique au prisme des sanctions », *Déviance et Société*, 2009/3, vol. 33, pp.271-293.

§1. Les controverses communes au système paternaliste

94/. Les controverses issues de la justice tutélaire portent généralement sur le contour et la portée de trois ou quatre notions fondamentales, à savoir ; la *déqualification pénale* (la subrogation terminologique) avérée ou supposée, l'*exclusivité de la compétence reconnue au juge des/pour enfants* (ou incidemment l'incompétence des juridictions répressives ordinaires) et la *spécificité des sanctions*. Ces notions sont souvent évoquées pour déduire l'irresponsabilité pénale des mineurs, sans que les législateurs n'aient parfois le courage de la consacrer expressément. Aussi, les systèmes qui l'ont institué, appliquent en même temps certaines règles qui semblent contredire ce principe. Nous n'aborderons pas séparément tous ces concepts. Nous ne nous concentrerons que sur les plus pertinents, à travers lesquels nous pourrions aussi nous projeter sur les autres. Il s'agira ; d'une part, du seuil de sanctionnabilité (ou seuil sanctionnel) (A), et d'autre part, de la déqualification pénale (B).

A. Le seuil de sanctionnabilité

95/. La problématique du (des) seuil(s) de sanction s'est principalement posée en droit français (1). Les régimes congolais et belges (2), qui ne l'ont pas légalement consacré, n'en ont pas pourtant été épargnés.

1. Controverses françaises sur le seuil de sanctionnabilité

96/. **Interprétations divergentes des dispositions pertinentes de l'ordonnance de 1945.** Le mérite d'avoir entretenu durant des décennies une vive polémique sur la responsabilité pénale des mineurs en droit français revient à l'ordonnance de 1945. Cette controverse émanait principalement de l'interprétation (faite par la doctrine et la jurisprudence) de ses articles 1 et 2 qui extirpaient les mineurs-délinquants de la compétence des juridictions de droit commun et, surtout, établissaient un seuil de treize ans, en deçà duquel il ne pouvait être appliqué au mineur que des mesures éducatives.

97/. Certains auteurs²¹⁸, se fondant sur cette spécificité de la sanction prévue par le législateur, ont déduit un renversement de la notion de la responsabilité pénale morale, par conséquent de la charge de la preuve, chez le mineur-délinquant : l'irresponsabilité (ou la présomption d'irresponsabilité) devenait le principe, et la responsabilité, l'exception. Cette

²¹⁸ NERAC-CROISIER R., art. préc., spéc. pp.140-141 ; PRADEL J. & VARINARD A., *Les grands arrêts du droit pénal général*, Dalloz, 10^{ème} éd., Paris, 2016, p.668 (9/214) ; PINATEL J., *Traité élémentaire de science pénitentiaire et de défense sociale*, Sirey, 1950, pp. 417-419 ; ROBERT P., *Traité de droit des mineurs*, CUJAS, 1969, n°60 ; ROSENCZVEIG J.P., *Justice pour les enfants*, Laffont, Paris, 1999, p.!!

présomption d'irresponsabilité pénale aurait deux formes. Elle serait *simple*, *renversable* ou *relative* lorsque le mineur était âgé de treize à dix-huit ans et découlerait de l'interprétation à *contrario* de l'article 2 al.2 qui instituait la peine à titre exceptionnel. Elle était *irréfragable* ou *absolue* en ce qui concerne les mineurs de moins de treize ans étant donné que l'Ord.1945, dans la continuité des principes posés par la loi de 1912, avait fixé *expressis verbis* une ligne rouge à ne pas franchir²¹⁹. Le débat est resté houleux pour cette dernière catégorie des mineurs. Pour ce courant de pensée, si l'on pouvait encore admettre une responsabilité pénale atténuée pour les mineurs de plus de treize ans à l'encontre de qui pouvaient être prononcées des peines ; il en n'était pas le cas pour ceux âgés de moins de treize ans contre qui il n'était prononcé que des sanctions civiles, œuvres d'un tribunal civil réuni en chambre du conseil.

98/. Par contre, d'autres auteurs²²⁰ ont estimé, – arrêt **LABOUBE**²²¹ (Crim., 13/12/1956, n°55-05.772) et code pénal de 1994²²² à l'appui –, qu'il n'était question ni d'une présomption irréfragable, encore moins d'une présomption simple d'irresponsabilité mais plutôt d'une responsabilité pénale. Car, en dessous de treize ans, le mineur engageait pénalement sa responsabilité sauf s'il était établi qu'il était non discernant au moment de l'acte. Néanmoins, en fonction de son âge, il bénéficiait d'un allègement de responsabilité se traduisant par une exemption légale de peine ; d'où, l'application des mesures spécifiques. Corroborant à cette pensée, Anne METTETAL²²³ estime que la circulaire du 30/01/1914 avait déjà démêlé le régime instauré par la loi de 1912 à l'endroit des mineurs de treize ans : elle ne supposait pas absolument l'irresponsabilité de l'enfant puisque les mesures à prendre étaient les suites judiciaires d'actes appréciés selon le droit pénal et poursuivis d'après les règles essentielles du code d'instruction criminelle. Quant au mineur-délinquant d'au moins treize ans, il ne bénéficiait que d'une simple diminution légale de peine : il pouvait, alors, être condamné à des peines très longues allant jusqu'à la réclusion à perpétuité (au-delà de seize ans)²²⁴. Cette

²¹⁹ Cette approche est expressément consacrée aujourd'hui dans le code malien de la protection de l'enfant que nous évoquerons plus tard (voir, les articles 96, 156, 763, 165, 169).

²²⁰ LAZERGUÉS C., « De l'irresponsabilité à la responsabilité pénale des mineurs délinquants », *RSC*, 1995, pp.148-150 ; PERMINGEAT J.M., « La détention dans l'ordonnance du 2 février 1945 : philosophie et pratique », *Adolescence*, 4/2005, N°R4, pp.983-991 ; RASSAT M.L.[2014], *Op. cit.*, p.146 ; RENUCCI J.F., *Droit pénal des mineurs*, Masson, Paris, 1994, p.124 et svt ; YOUNG D., « L'enfant doit-il être tenu pour responsable de ses actes ? », *Cités*, 2001/2, n°6, pp. 215-228 [en ligne] <http://www.cairn.info/revue-cites-2001-2-page-215.htm>

²²¹ Dans cet arrêt, la Cour a exigé que l'on établisse le discernement chez un mineur âgé de 6 ans pour pouvoir lui appliquer des mesures éducatives contredisant ainsi le seuil de 13 ans de l'Ord.1945. Elle érige, par ailleurs, un nouveau seuil, le discernement.

²²² L'ancien article 122-8 et la loi du 08/02/1995.

²²³ *De la spécificité du procès pénal des mineurs*, Thèse, Montpellier 1, T.1, 2003, pp.18-19.

²²⁴ BONFILS P., *Cours de Droit pénal des mineurs*, Master 1/Droit privé, AMU, 2010-2011.

école se fonde sur la nature de l'action diligentée en l'encontre du mineur, auteur d'une infraction, au regard de laquelle les imbrications de la sanction prononcée ne sont que subsidiaires. Par ailleurs, à partir de l'intitulé de la partie²²⁵ du code pénal de 1791 qui portent les dispositions instauratrices de la majorité pénale, on pouvait comprendre, d'après ce courant, la conception du législateur français sur cette question : *l'âge n'avait d'incidence que sur la peine et non sur la culpabilité*.

99/. Toutefois, il y a lieu de relever, à charge et à décharge de chaque école, que « l'ordonnance de 1945 d'une part ne fixe aucun seuil âge en deçà duquel l'enfant échapperait totalement à l'emprise du droit pénal et d'autre part ne fait pas référence à un quelconque discernement »²²⁶. En outre, le législateur français avait expressément fait allusion dans l'exposé des motifs²²⁷ à un régime d'irresponsabilité pénale à l'endroit des mineurs-délinquants, qui n'était susceptible de dérogation qu'à titre exceptionnel. La jurisprudence, quant à elle, n'a pas toujours, jusqu'à une certaine époque, été tout à fait claire : l'arrêt Laboube, par exemple, exigeait la recherche du discernement chez le mineur pour lui imputer un fait infractionnel matériellement établi tout en rappelant au préalable le principe de l'irresponsabilité pénale des mineurs consacré par l'Ord.1945, pendant qu'un autre arrêt de 1984 (Ass. Mai 1984) semblait revenir sur cette approche. Profitant de ces zones d'ombres, chacun tirait les draps de son côté jusqu'en début des années 2000 où les choses se sont précisées.

100/. Depuis lors, le législateur français a tranché en faveur du second courant, en introduisant dans le code pénal l'article 122-8 (ajouté par la loi Perben I du 09/09/2002) aux termes duquel « *les mineurs capables de discernement [étaient] pénalement responsables des infractions dont ils auront été reconnus coupable, dans des conditions prévues par une loi particulière* ». Par cette disposition, le législateur apporte deux précisions ; d'une part, la reconnaissance de la responsabilité pénale des mineurs, mais seulement, dès qu'ils sont pourvus de discernement, d'autre part, la confirmation de plusieurs seuils sanctionnels. Le

²²⁵ Le Titre V du code pénal de 1791 est intitulé : « De l'influence de l'âge des condamnés sur la nature et la durée de la **peine** ».

²²⁶ NERAC-CROISIER R., art. précité ; ROSSIGNOL C., « La législation relative à l'enfance délinquante : De la loi du 27/07/1942 à l'ordonnance du 02/02/1945, les étapes d'une dérive technocratique », *RHEI*, n°3, 2000, pp. 17-54, URL : <https://rhei.revues.org/70>, consulté le 28/11/2014.

²²⁷ §.6 : « Désormais, tous les mineurs jusqu'à l'âge de dix-huit ans auxquels est imputée une infraction à la loi pénale ne seront déférés qu'aux juridictions pour enfants. Ils ne pourront faire l'objet que de mesures de protection, d'éducation ou de réforme, en vertu d'un **régime d'irresponsabilité pénale** qui n'est susceptible de dérogation qu'à titre exceptionnel et par décision motivée... ».

concept de « discernement », tant reprouvé par le courant protectionnel, va gagner ses lettres de noblesse en droit français, depuis sa réintroduction par l'arrêt *Laboube*. Certains estimeront que la loi de 2002 n'est aucunement une clarification de l'Ord.1945 dont elle contredit la pensée majeure, mais un revirement « législatif » incité par le courant néo-libéral qui domine notre époque. Néanmoins, depuis cette loi de 2002 et l'arrêt confirmant sa conformité à la Constitution, il n'est plus évoqué en droit français une *irresponsabilité pénale des mineurs*, mais plutôt une *responsabilité graduelle ou atténuée* : le débat se situant dorénavant, similairement à celui de 1791, sur les modalités et l'efficacité de la sanction à la différence qu'à notre époque certains vont jusqu'à proposer une responsabilité [indirecte] des parents²²⁸.

101/. Les seuils en droit pénal des mineurs : nature et portée. Ce débat a aussi permis de mettre en lumière la nécessité de distinguer, en DPM, la reconnaissance de la responsabilité pénale des mineurs et l'application de la sanction, aussi spécifique soit-elle, aux mineurs-délinquants. La responsabilité pénale des mineurs induit incontestablement un régime spécifique de sanction qui appelle deux principaux seuils ; d'une part, un seuil inférieur qui est la limite à partir duquel l'individu commence à bénéficier dudit régime, d'autre part, un seuil supérieur (appelé aussi « majorité pénale ») qui est la limite au-delà duquel l'individu n'en a plus droit²²⁹. Ce qui fait de la détermination de l'âge de l'auteur, plus particulièrement lorsqu'il frôle ce seuil supérieur, une question préalable, voire préjudicielle, en DPM. La fixation du second seuil n'a jamais posé beaucoup problème étant donné qu'elle se base sur le critère mécanique de l'âge et vacille généralement autour de la majorité civile (entre vingt-et-un, dix-huit et seize ans). Mais c'est la fixation du premier qui est plus complexe²³⁰

²²⁸ En principe la responsabilité pénale reste personnelle ; les parents ne peuvent donc être inquiétés, sauf cas de complicité, pour des infractions commises par leurs enfants-mineurs. Mais depuis peu l'idée de sanctionner les parents fait son chemin en Europe aux près des politiques (SARKOZY N.: Discours de Grenoble du 30/07/2010 faisant suite à des émeutes urbaines ; CAMERON David : suite aux émeutes urbaines de Grande-Bretagne d'août 2011 ; SOMERS BART, député libéral flamand déposait en mai 2011 une proposition de loi visant à infliger une amende de 200 euros à titre de sanctions administratives aux parents en cas d'absentéisme scolaire de leurs enfants). **En France**, particulièrement cette tendance se confirme par la multiplication des sanctions à l'endroit des parents au motif qu'ils auraient failli à leur devoir d'éducation et de surveillance. Ces manquements sont parfois constitutifs d'infractions autonomes (cas de l'abandon moral de l'art. 227-17 du CP), parfois passibles des sanctions civiles sévères (« privations des allocations » : art. L 222-4-1 CASF, « stages parentaux à la PJJ » : Circulaire du 13/12/2002, Note DPJJ du 04/02/2005, L.n° 2007-297 du 05/03/2007 relative à la prévention de la délinquance, art. 41-1 CPP). **En Belgique**, la mesure de stage parental prononcée par le tribunal de la jeunesse va aussi dans le même sens. Voir : C.const[be], n°49/2008, 13/03/2008, §.B.8.2 ; §.55 OG n°10.

²²⁹ Lire aussi à ce sujet les développements de : DUNKEL F., *Jugendstrafrecht im Internationalen Vergleich – vom Freiheitsentzug zu den Alternativen* dans 100 Ans de Justice juvénile (bilan et perspectives), 5^{ème} Séminaire de l'IDE, Oct.1999, IUKB, Sion, 2000, p. 45 et svt. ; MAES C., « Quelques aspects de procédure : les âges d'intervention », in LACHAT M., *Op. cit.*, pp.95-105 ; et, même, IDZUIMBUIR ASSOP J.[2013], *Op.cit.*, pp. 45.

²³⁰ ZERMATTEN J.[2007], précit.

principalement à cause de la duplicité du critère de référence (âge et/ou discernement) et des enjeux qu'il porte (frisant directement l'irresponsabilité absolue). En plus, il est admis plusieurs tranches d'âges, non identiques et à régime distinct, entre ces deux seuils²³¹. Ces tranches intermédiaires fondées principalement sur la sanction ajoutent un autre degré de complexité au DPM et le particularise davantage.

102/. Il est évident que, lorsqu'ils sont poursuivis ou pénalement reconnus responsables, les mineurs ne sont généralement pas objet de la même tarification pénale que les adultes. Mais, tous les mineurs-délinquants n'encourent pas, non plus, les mêmes types de mesures. Ces dernières sont prononcées non seulement en fonction de la gravité des faits ou de leur personnalité, mais aussi en fonction de leur âge. Ainsi apparaît, ce troisième seuil que nous avons qualifié de "*seuil de sanctionnabilité*" qui renvoie à l'âge à partir duquel un mineur encourait une mesure ou une sanction spécifique. Un de ces seuils coïncide nécessairement avec le seuil inférieur de responsabilité pénale, d'où la confusion qui règne généralement entre les deux. Ce seuil est d'une importance cruciale qu'il peut être dégagé par la jurisprudence au cas où le législateur ne l'établissait pas.

2. L'absence de seuil légal de sanctionnabilité en droits belge et congolais

103/. Le législateur congolais de 1950, comme son homologue belge de 1912, n'ont fait aucune allusion au seuil de discernement, encore moins à un seuil minimal de responsabilité ou de sanctionnabilité. Pourtant leurs jurisprudences respectives en ont toujours dégagé. Ce mutisme légal n'est pas toujours à l'avantage desdits systèmes juridiques. Admettons que la spécificité sanctionnelle traduit l'irresponsabilité pénale des mineurs ; et que le seuil de sanctionnabilité, pour ceux qui le consacrent, sa modulation en irréfragabilité/renversabilité. Quiconque dirait « irresponsabilité renversable » reconnaîtrait implicitement alors la latitude de retenir une responsabilité. De ce fait, l'absence de seuil de sanctionnabilité doit forcément être considérée comme la consécration de l'une de ses deux modulations. Or, l'on ne peut admettre ici l'hypothèse de l'irréfragabilité étant donné que le mineur, auteur des faits pénaux, subit des mesures spécifiques en raison de son acte.

²³¹ PRADEL J., *Droit pénal comparé*, Dalloz, 4^{ème} éd., Paris, 2016, pp. 162-165 ; ZERGUINE R., « Algérie / La responsabilité pénale des mineurs dans l'ordre interne et international », *RIDP*, 2004/1, vol.75, pp.103-119.

104/. Par ailleurs, une telle indifférenciation met, juridiquement parlant, tous les mineurs au même pied d'égalité : du nouveau-né à l'adolescent de seize ans en passant par l'enfant de trois ans, la seule limite étant « le bon sens du juge »²³². Ce qui renforce davantage les pouvoirs, déjà exorbitants, du juge des enfants. Qu'est-ce qui pourrait justifier cette posture du législateur belge pendant qu'il n'y avait pas dans la pratique une différence majeure entre le régime de la peine de 1867 et celle de 1912 d'autant plus que, même le juge de l'ancien droit, qui avait pourtant des prérogatives similaires, était soumis au respect du principe coutumier de la subdivision de la minorité ? Pour répondre à cette question, il sied de retourner aux débats parlementaires belges qui laissent apparaître le souci d'une part, de trouver un compromis entre les différents courants de pensée, et d'autre part, de poursuivre certains objectifs de politique pénale. Si l'appartenance avérée des promoteurs de la loi de 1912 à la théorie de la défense sociale n'était pas à démontrer, il faut cependant noter que le régime par eux présenté, – d'« irresponsabilité pénale » fut-il dénommé –, n'avait aucunement pour objectif d'extirper le mineur-délinquant du droit pénal mais contourner les règles classiques du droit pénal de l'époque qui empêchaient toute intervention en amont de la commission de l'infraction. En effet, selon le ministre de la Justice Jules Lejeune, « l'augmentation de la délinquance juvénile, – terreau où se recrute l'armée du vagabondage, de la prostitution et du crime –, appelait une autre parade que la réponse pénale dont les fonctions de prévention/dissuasion et de réformisme moral avaient échoué lamentablement »²³³. Son successeur, Monsieur CARTON DE WIART, lors de la présentation de la réforme devant le parlement, précise que : « c'est la marée montante de la criminalité infantile et sa répercussion sur la criminalité générale qui ont imposé peu à peu l'idée d'une juridiction spéciale (...) »²³⁴. La situation dont ils étaient témoins, poursuivait-il, condamnait le régime des articles 72 et suivants du code pénal et obligeait le législateur belge à s'efforcer de faire ce que le code pénal n'a pas fait : stériliser, dans l'intérêt de la société, le germe morbide révélé par le méfait de l'enfant. Le régime nouveau comportera en fait dans de nombreux cas une plus grande sévérité que le régime du code pénal [de 1867]. Mais cette sévérité n'interviendra qu'à bon escient.²³⁵

²³² TULKENS F. & MOREAU T., *Op. cit.*, pp.115-116.

²³³ « Analyse des législations en matière de justice des mineurs : Cas de la Belgique », Ministère de la Justice française/Service des affaires européennes et internationales, CNRS-JURISCOPE, Paris, 10/04/2009, p.4.

²³⁴ Loi du 15/05/1912, *Pasinomie*, 1912, p.317 ; MOREAU T., « La responsabilité pénale du mineur en droit belge », *RIDP*, 2004/1, vol. 75, pp. 151-200.

²³⁵ Loi du 15/05/1912, *Pasinomie*, 1912, idem.

105/. En définitive, l'on comprend que l'objectif principal du législateur belge était d'anticiper les actes purement infractionnels des mineurs et d'intervenir sur ceux qui, pour une ou une autre raison, passeraient à travers les mailles de la machine pénale tout en restant dangereux pour la société. Il était, donc, laissé au juge le pouvoir d'apprécier au cas par cas l'opportunité de déployer le dispositif à l'égard du mineur délinquant et déviant. De fil en aiguille, la jurisprudence belge a dégagé implicitement un seuil en deçà duquel le mineur traduit en justice ne pouvait être objet, ne fut-ce que, des mesures éducatives. Confirmant l'esprit de la loi qui voulait instaurer une responsabilité pénale particulière et, d'ailleurs, plus sévère, à certains égards que celle de droit commun. Ce raisonnement, qui s'applique bien au régime congolais de la responsabilité des mineurs de 1950 en tant que copie conforme du régime belge de 1912, a été confirmé par les textes ultérieurs²³⁶.

B. La déqualification pénale

106/. A cause du caractère mixte, explicitement consacré, des sanctions (mesures spécifiques et peines proprement dites) prononcées à l'encontre des mineurs, le droit pénal français n'a pas connu des grandes controverses en ce qui concerne la déqualification pénale. C'est plutôt en droits belge (1) et congolais (2) que la problématique s'est posée avec acuité. D'entrée de jeu, précisons que ce terme (« déqualification ») renvoie seulement à une substitution terminologique, sans réelle incidence pénale, suggérée pour des motifs que nous allons étaler incessamment. Il ne doit pas être confondu avec la « dépénalisation » ou à la « décriminalisation »²³⁷.

²³⁶Il n'apparaît pas clairement un (des) seuil (s) de sanctionnabilité dans les textes belges de 1912 et congolais de 1950 ; mais la pratique belge, particulièrement les incidemment dégagés. Il est démontré qu'aucune mesure n'est prononcée contre le mineur avant l'âge de 8/9 ans ; et que seules les mesures de protection sont prononcées avant l'âge de 12 ans. Au-delà de cet âge commence, néanmoins, une prise en charge relative aux faits qualifiés d'infraction. Par contre, les textes qui ont respectivement remplacés les premiers sus évoqués font apparaître clairement ces seuils. Trois seuils (de **12, 14 et 16 ans en droit belge** ; puis de **14, 15 et 16 ans en droit congolais**) apparaissent, en effet, dans la LPE (art. 95, 96, 113 a.2, 117 al.2) et dans la loi belge de 1965 tel que modifiée à ce jour. Voir DAVAGLE M. & al., *Carnets de l'éducateur*, Rhizome, Bruxelles, 2012, pp.91, [consultable en ligne] <http://www.educ.be/carnets/aaj/contexte.pdf>.

²³⁷**La dépénalisation** entraîne la sortie d'un fait reprouvé du champ pénal traditionnel au profit d'un autre domaine juridique (administratif, civil) sans exclure toutefois l'idée de sanction. **La décriminalisation** dépouille à un comportement son état délictueux : ce dernier ne donne plus lieu à une sanction (pénale ou non pénale). Ainsi, la déqualification pénale s'oppose ; d'une part, à la décriminalisation par le fait que l'acte reste bien dans l'orbite juridique, garde son état délictuel et appelle toujours des sanctions, et d'autre part, à la dépénalisation, par le fait que l'acte reste dans le domaine pénal en vertu de la nature du juge saisi, des sanctions prononcées et des règles juridiques (de fond et de forme) appliquées. Sur le plan de l'effet sur la sanction, la déqualification peut se rapprocher de la dépénalisation, même de la « correctionnalisation des crimes », mais à la différence de tous ces procédés qui s'appliquent à un ou plusieurs fait(s) déterminé(s), elle se déploie sur à un (des) fait(s) commis par une catégorie des personnes déterminées. Le caractère personnel de la déqualification rend sa classification complexe. Lire : CORNU G. (dir.), *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, PUF, 11^{ème} éd., Paris, 2016, pp.277, 288, 308, 330 ; GASSIN R., CIMAMONTI S. & BONFILS P., *Criminologie*, Dalloz, 7^{ème} éd., Paris, 2011, n°783 et svt, pp.690 et svt ;

1. La déqualification pénale en droit belge et en droit international

107/. **Controverses belges sur la déqualification pénale.** Il appartenait, dans le royaume belge, aux articles 16 et 17²³⁸ combinés à 64 de la loi de 1912 de porter des germes conflictuels. Ces dispositions abolissaient la base légale de la responsabilité pénale des mineurs (art. 27-75CP de 1886) et instauraient la substitution de l'« *infraction* » et de la « *peine* » respectivement par le « *fait qualifié d'infraction* » et la « *mesure de garde d'éducation ou de préservation* ».

108/. **Une déqualification pénale induisant une (ir)responsabilité pénale en demi-teinte.** Pouvait-on, déduire de cette déqualification pénale une irresponsabilité pénale des mineurs en droit belge ? La réponse à cette question doit être nuancée. Si l'on ne s'en tenait qu'à l'exégèse, il n'en était pas le cas : malgré la fiction juridique, c'est-à-dire, la « présomption de non-discernement » des mineurs, il n'est nulle part clairement consacré leur « irresponsabilité pénale », la loi parle au contraire de l'« enfant coupable »²³⁹. Cette hypothèse se confirme également par la principale critique formulée à l'encontre de cette loi selon laquelle elle avait institué un système très répressif privilégiant l'intervention judiciaire sur l'action sociale et préventive²⁴⁰. Néanmoins, le remplacement par le législateur belge des certains termes, adjectifs et verbes²⁴¹ usuellement appliqués en droit pénal classique avait renforcé la thèse de l'irresponsabilité pénale des mineurs. Cette approche, même si elle était admise, n'aboutit qu'à une irresponsabilité relativisée et réduite à la peine²⁴². Les membres du

PRADEL J.[2016], *Op.cit.*, pp. 961, 972 ; VAN DE KERCHOVE M., *Le droit sans peines. Aspects de la dépenalisation en Belgique et aux USA*, Facultés universitaires de Saint-Louis, 1987, pp.295-329.

²³⁸ **art 16** : « si le mineur âgé de moins de 16 ans accomplis au moment du fait a commis un fait qualifié d'infraction, il sera déféré au juge des enfants, et la peine sera remplacée par une mesure de garde, d'éducation ou de préservation d'après les distinctions suivantes ». **art 17** : « Quelle que soit la qualification pénale du fait commis, le juge des enfants pourra, selon les circonstances, réprimander l'enfant et le rendre aux personnes qui en avaient la garde, avec injonction de mieux le surveiller à l'avenir, ou le confier jusqu'à sa majorité à une personne, à une société, à une institution de charité ou d'enseignement, publique ou privée, ou le mettre jusqu'à sa majorité à la disposition du Gouvernement ».

²³⁹ Épinglant, à la page 115 de leur ouvrage, les paramètres sociologiques, politiques et scientifiques qui ont entourés l'élaboration de cette loi ; Françoise TULKENS et Thierry MOREAU estiment que la consécration de l'expression « enfant coupable » indique le choix du législateur belge à faire rentrer le tribunal pour enfant dans le droit pénal [dans une optique de responsabilité pénale], et non dans celui du patronage comme le préconisait la doctrine de défense sociale. Ils renchérissent à la page 261 que ni la loi de 1912, ni celle de 1965 n'a expressément affirmé l'irresponsabilité pénale des mineurs mais plutôt une présomption de non discernement.

²⁴⁰ IDZUIMBUIR ASSOP J.[1994], *Op. cit.*, p.19. Malgré ce bel constat, l'auteure estime que l'économie de la loi de 1912 reposait sur le principe linéaire d'irresponsabilité pénale des mineurs.

²⁴¹ Enfants « trouvés », « se livrant », « ayant commis un fait qualifié d'infraction », etc. Toutes ces expressions traduisent un certain obstacle à l'imputation du fait répréhensible au mineur.

²⁴² TULKENS F. & MOREAU T., *Op. cit.*, pp.125,623-628. A la page 125, les auteurs estiment qu' : « [...] il serait inexact de conclure que l'infraction n'existait plus [...]]. Subjectivement ce n'est pas un fait punissable, mais objectivement, il demeure pas moins prévu et défendu par la loi » qui appelle, d'après la page 623, « des mesures judiciaires contraignantes ».

parlement ont entendu rejeter, non pas l'idée même de peine, mais l'idée d'une « peine proprement dite », de « véritables peines », de « peines dans le sens propre du mot »²⁴³. Il sied aussi de rappeler que toutes les mesures, aux vertus protecteurs et « réhabilitateurs », appliquées aux mineurs n'étaient pas forcément amputées des attributs de la peine²⁴⁴ (contrainte, restriction de la liberté...). Donc, même l'interprétation téléologique ne conduit pas à une thèse absolue d'irresponsabilité pénale des mineurs : les partisans de chaque courant étaient renvoyés dos à dos avec, mais au vu de la pratique, il y a toujours eu une légère ascendance du courant répressif.

109/. **Eclairage conceptuel apporté par le droit international.** Il émerge aussi des instruments juridiques internationaux une nouvelle terminologie qui fait ombrage à la terminologie traditionnelle. En effet, le législateur conventionnel, s'appuyant sur les études criminologiques modernes, préconise les expressions « *enfants en conflits avec la loi* » ou « *enfants en contact avec la justice* » en lieu et place de « *délinquance juvénile* » ou « *enfants délinquants* ». Le qualificatif « *délinquant* » est accusé d'avoir des effets perniciose sur l'avenir du mineur du fait qu'il colle à ce dernier un certain étiquetage, pouvant mettre à mal sa réinsertion sociale. Cette déqualification, par l'usage de ces termes estimés plus neutres, s'accompagne souvent de la préservation de la vie privée (par le secret sur l'identité du mineur-délinquant). Il sera aussi difficile de déduire de ce choix terminologique une volonté de consacrer carrément une irresponsabilité pénale des mineurs ou de supprimer totalement les anciennes expressions. Même dans la convention qui l'a vu naître, cette nouvelle terminologie n'est reprise que dans une seule clause (art. 1.3 Rés. 40/33) et n'attire qu'une seule fois l'intention du commentateur (art. 3 Rés. 40/33). Bien plus, il existe encore dans les autres conventions internationales l'ancienne terminologie, traduisant encore la prégnance du droit pénal classique, telle que : « instruction », « poursuite », « âge de la responsabilité pénale ». Le rapport précité du Comité des droits de l'enfant (OG n° 10), qui reste le dernier état de lieu complet du droit onusien en cette matière, consacre également cette coexistence terminologique²⁴⁵. Aussi, ces nouvelles expressions s'appliquent parfois indistinctement aux mineurs-auteurs, aux mineurs-victimes d'infraction et aux mineurs en

²⁴³ VAN DE KERCHOVE M.[1987], *Op. cit.*, p.113.

²⁴⁴ CEDH, Arrêt BOUMAR c/ Belgique, 29/02/1988 ; VAN DE KERCHOVE M., « Des mesures répressives aux mesures de sûreté et de protection. Réflexions sur le pouvoir mystificateur du langage », *RDPC*, 1976-1977, pp. 245-274 ; WILLEMS L., précit..

²⁴⁵ **art 1** : « Dans les rapports qu'ils soumettent au Comité des droits de l'enfant (ci-après dénommé le Comité), les États parties consacrent souvent une section assez détaillée aux droits des enfants suspectés, accusés ou convaincus d'infraction à la loi pénale, **également** qualifiés d'enfants en conflit avec la loi ».

danger (ou en situation difficile) ; et n'effacent pas, même si elles peuvent moins stigmatiser, la réalité qui est le déploiement de la loi pénale sur les faits déviants et pénaux des mineurs. Il est donc plus qu'impérieux de limiter leurs effets à leur champ originel qui est l'encadrement de la publicité de procédure dans un objectif réinsertionnel²⁴⁶ et de constater la difficulté, que tout législateur, de passer totalement outre la terminologie traditionnelle.

2. La déqualification pénale en droit congolais

110/. **Controverses congolaises sur la déqualification pénale.** A vrai dire, il n'y a jamais eu en droit congolais une controverse sur la notion de déqualification pénale ou celle de responsabilité pénale des mineurs. Le Congo n'a connu véritablement qu'un seul courant de pensée en matière de l'enfance délinquante : le courant protectionnel. Toutes théories doctrinales développées dans ce système juridique, ayant toutes bourgeonné dans le moule scientifique belge, sont restées très attachées la pensée juridique de ce pays pendant que cette dernière a aussi connu des mutations. Cette doctrine a déduit le principe d'irresponsabilité pénale des mineurs des certaines dispositions du D.1950, particulièrement de son article 5 qui consacre la déqualification pénale, et a fait croire son évidence à toute une génération des juristes pendant que le Législateur, encore moins son homologue belge de 1912 ou de 1965, n'a jamais eu le courage, – et rien ne l'en empêchait –, de le déclarer expressément. Pourtant aussi bien sur le plan du droit écrit que du droit coutumier congolais, cette thèse est loin d'être satisfaisante et irréprochable. Malheureusement, il n'y a jamais eu au Congo un autre courant doctrinal contradictoire à l'affrontement duquel pouvait faire jaillir, si pas la vérité, la relativité d'une telle approche.

111/. Tout ce que nous venons d'évoquer à propos du régime belge de 1912 s'applique *mutatis mutandis* au régime congolais de 1950. Mais il faudrait aussi ajouter que la déqualification évoquée à l'étai de la théorie d'irresponsabilité pénale ne concernait en droit congolais que la peine. Bien plus, une de ces mesures, en occurrence la mise à disposition du gouvernement (MDG), qui était d'ailleurs la plus prononcée, avait bien la nature de « peine »²⁴⁷. Par ailleurs, sous ce régime le mineur commettait bel et bien des « infractions », – non des « *faits qualifiés d'infraction* » comme en Belgique ou des « *manquements* »²⁴⁸

²⁴⁶ Voir aussi les art. 8 et 21 Rés. 40/33.

²⁴⁷ art. 5 CP et 26 CPM. Voir aussi §§.218-219, 552-553.

²⁴⁸ PIRON P. & DEVOS J., *Op. cit.*, pp. 98-101. Le rapport du Conseil colonial ne remplace pas le terme « infraction » par « manquement » mais précise seulement la portée que devrait avoir le fait infractionnel commis par le mineur ; c'est-à-dire, être considéré comme un « manquement » matériel, détachable de

comme le prétendait une certaine doctrine et jurisprudence sur appui du Rapport du Conseil colonial sur le décret –, pour lesquelles étaient déclenchées des poursuites devant un juge pénal²⁴⁹. Il n'est expressément consacré nulle part dans le décret une irresponsabilité pénale des mineurs ; mais au contraire, comme nous l'avons déjà précisé, un recours systématique à une procédure judiciaire pour tous les mineurs infracteurs et déviants. Et, aux travaux préparatoires²⁵⁰ de préciser que le texte de 1950 ne dérogeait au droit pénal commun que lorsqu'il le stipulait de manière expresse.

112/. Certains auteurs congolais ont déduit cette irresponsabilité de l'incompétence des juridictions ordinaires à juger les mineurs délinquants. Sur ce, inutile de rappeler que le DPM, étant construit depuis le modèle de Chicago autour du trio juge-psychologue-éducateur social, fait appel aux structures à la fois extrajudiciaires et judiciaires. Sa spécificité juridictionnelle peut donc consister en des simples aménagements procéduraux devant les juridictions ordinaires ou en l'institution des juridictions autonomes. Pour le premier procédé, il sera très superflu de déduire une irresponsabilité pénale ou une quelconque éviction du droit pénal étant donné que le juge demeure celui du droit commun. Bien plus, non seulement qu'il a opté pour le premier procédé²⁵¹, le régime congolais de 1950 a aussi instauré une spécialisation procédurale minimaliste et réduite au premier degré. Ce qui signifie qu'en cas d'appel, même s'ils sont à chercher en droit congolais, l'affaire intégrait le circuit pénal ordinaire ; c'est-à-dire, il était connu par la juridiction ordinaire immédiatement supérieure au tribunal de paix (le tribunal de grande instance) qui ne possédait pourtant pas une chambre spécialisée pour mineurs (art.19 al.3 D.1950). Si l'on doit déduire, par cette spécialisation du juge du premier degré, une irresponsabilité pénale, on doit également en conclure le contraire en appel. Qu'en sera-t-il aussi des territoires de la République qui n'ont jamais eu des Tripaix²⁵², seule juridiction habilitée à connaître au premier degré les faits commis par les mineurs ? Doit-on

l'aspect intellectuel mais constitutif fait qualifié d'infraction lorsqu'il se présente dans le chef des personnes que la loi déclare punissable. Nous y reviendrons, dans la deuxième partie de l'étude.

²⁴⁹ Interprétation à contrario de l'article l'art. 9 qui dispose : « *lorsque le fait commis par le mineur est connexe à un fait qui pourra donner lieu à poursuite contre un adulte, les poursuites seront disjointes et le mineur jugé séparément* ».

²⁵⁰ PIRON P. & DEVOS J., *Op. cit.*,

²⁵¹ La juridiction instituée n'était autre qu'un juge de droit commun (juge de première instance, devenu plus tard, juge de paix) statuant dans une chambre pénale spécifique.

²⁵² Un projet d'unification du droit congolais écrit et coutumier a été entrepris en 1968, ayant pour toile de fond le rapprochement de la justice des justiciables suite au nouveau découpage administratif du pays. A cet effet, plus d'une centaine des Tripaix, juridictions de base de l'ancien système pyramidal congolais (Vr. §.454), devraient être installés en remplacement des tribunaux de première instance et des juridictions coutumières. Jusqu'à ce jour ce chiffre n'a pas toujours, hélas, été atteint. Et, c'est sans compter avec le nouvel aménagement territorial porté par la Constitution de 2006 qui revoit à la hausse les entités et circonscriptions administratives. Lire à ce sujet MATADI NENGA G. [*Op. cit.*, pp. 214-217, 225-229].

encore, à l'ère de la profusion et de la spécialisation juridictionnelles que connaît le droit moderne, déduire l'irresponsabilité pénale de l'attribution à un juge spécialisé une compétence pénale ? Une réponse affirmative à cette question conduit à déduire également l'irresponsabilité pénale des militaires dont les faits infractionnels relèvent, en droit congolais, de la compétence d'un juge spécialisé²⁵³.

113/. En définitive, toute approche phénoménologique de la prise en charge des mineurs délinquants conduit à l'admission de leur responsabilité pénale. Car, quelles que soient la terminologie consacrée, la qualification réservée à ce processus et ses modalités de mise en application, le simple fait que la norme posée oblige les mineurs à répondre de leurs actes antisociaux, – et devenant, par conséquent, redevables envers la société –, elle consacre la responsabilité pénale des mineurs. En effet, si la responsabilité pénale appelle l'auteur d'une infraction à répondre de son acte en réparant les conséquences que ce dernier a dû entraîner sur autrui et en subissant une sanction, alors l'irresponsabilité pénale ne fait naître aucune obligation à l'endroit de l'auteur de l'acte : il y a donc, aucune réaction sociale qui est mise en mouvement en son encontre. Sur le plan civil, de manière générale, le mineur est subrogé par ses parents ou ses tuteurs. Mais sur le plan pénal, bien que la réparation attachée à l'action publique suive le même régime, l'on observe en droit congolais, même dans les systèmes juridiques analysés, l'existence d'une réaction sociale, fut-ce-t-elle différente ou particulière, à l'encontre du mineur-délinquant. Et, ce par le truchement de l'organe répressif ordinaire : les cours et tribunaux.

§2. Les controverses propres au cadre congolais : l'incongruité de l'irresponsabilité pénale des mineurs en droit coutumier congolais.

114/. Affirmer la responsabilité pénale des mineurs n'est ni inhumain, ni rétrograde, encore moins synonyme de négation des particularités anatomo-psychologiques du mineur ainsi que du principe de l'atténuation des peines qui en découle. Une telle affirmation, en droit congolais, n'est que le fruit, comme nous venons de le faire, d'une démonstration juridique rigoureuse, dénuée de tout apriori idéologique, et confortée par une approche pragmatique. Ce qui semble malheureusement choquer la sensibilité doctrinale congolaise n'est pourtant que pure hypocrisie. En droit positif congolais, jusqu'à ce jour le traitement pénal, – que ça soit sur le plan du fond ou de la forme, sous le régime de 1950 ou 2009 –,

²⁵³ Art. 76 L. n°023/2002 du 18/11/2002 portant Code judiciaire militaire. Ce raisonnement peut aussi être étendu aux tribunaux de commerce qui connaissent toutes les infractions relatives à la législation économique et commerciale (art. 17-2 L. n°002/2001 du 03/07/2001).

réservé au mineur-délinquant ne diverge pas énormément de celui d'un majeur-délinquant. Le droit pénal militaire, de son côté, a aussi longtemps et lourdement sanctionné les enfants-soldats. Sans pour autant cautionner certaines pratiques observées dans les cours et tribunaux, nous n'osons pas croire qu'elles étaient toutes illégales ou sans fondement légal. Ce qui est plutôt inhumain est de considérer les mineurs comme des bêtes sans intelligence que l'on doit continuellement dresser jusqu'à l'âge de dix-huit ans, moment à partir duquel, ils quitteront par magie leur état de bestialité pour un état d'humanité. N'est-il pas aussi paradoxal de faire appel à ce même « discernement », dont sont pourtant censés être dépourvus ces enfants, pour leur resocialisation et réinsertion ? Comme l'on ne peut proposer une bonne thérapie à l'aide un diagnostic biaisé, l'on ne peut non plus espérer résorber la problématique de la délinquance des mineurs en RDC en se voilant la face, en déplaçant le problème ou en se posant des mauvaises questions. Il y a bien nécessité de scinder la conception de la responsabilité pénale chez les mineurs et chez les majeurs et de privilégier une approche pragmatique plutôt que dogmatique. De cette scission théorique, voire idéologique, naîtra aussi la reconnaissance et l'autonomie de cette branche de droit.

115/. Ainsi, cette approche pragmatique se doit de prendre en considération, non seulement le cadre structurel ou infrastructurel congolais, mais aussi les réalités sociologiques de ce pays. Nous avons été interpellés par l'assentiment populaire qui accompagne les exactions policières précédemment mentionnées (cfr. note 129) contre les jeunes-délinquants, communément appelés « shegués » (concept défini au §.346), pendant que seules les communautés scientifique et internationale en sont scandalisées. Constat qui nous pousse à examiner ce que propose le droit coutumier, sensé traduire fidèlement la donne sociologique congolaise, à l'endroit des mineurs (B). Sur ce, un époussetage conceptuel (A) s'avère nécessaire pour cerner la pertinence de notre analyse à ce stade.

A. Notion et Nature du droit coutumier congolais

116/. Il y a-t-il un droit coutumier (1) ? Si oui, quelle est sa substance et quels sont ses principaux traits (2) ? Tels sont les préalables auxquels doit répondre aujourd'hui toute étude sur les pratiques ayant régulé les sociétés africaines précoloniales du fait de la perception positiviste que la civilisation occidentale a imprégné au « droit ».

1. Notion du droit coutumier

117/. « **Droits coutumiers** » ou « **droit coutumier** » ? La première interrogation qui revient souvent est relative au nombre que doit revêtir l'expression « droit coutumier ». Que cette question se pose au niveau africain, congolais ou d'un autre Etat, la réponse reste la même : il n'existe pas proprement parler « un droit coutumier » congolais ou africain mais « des droits coutumiers » congolais ou africains. Rien que la RDC, par exemple, est composée de plus de quatre cents tribus et ethnies ayant chacune ses us et coutumes. Les peuplades qui occupaient avant la colonisation, le territoire qu'elle représente aujourd'hui, vivaient généralement en vase clos et gardaient jalousement leur régime juridique au moyen des barrières linguistiques. Ces obstacles séparant les peuples avaient le mérite de protéger ces derniers contre les éventuelles attaques et la domination d'une puissante classe d'individus laissant ainsi une grande liberté aux paysans, mais annihilaient aussi l'apparition d'élites lettrés et d'institutions formelles. Qu'à cela ne tienne, par souche ethnique ou linguistique, par alliance politique ou par domination militaire, certains clans se rapprochaient pour constituer des empires ou des royaumes plus ou moins grands. La colonisation, l'instauration de l'Etat, l'urbanisation des territoires et le développement des moyens de transport ont également permis le rapprochement de ces groupes sociaux ainsi qu'un transfert culturel. D'où la possibilité d'apercevoir les données générales du droit de punir ; et la prétention pour nous, d'évoquer des caractéristiques communes et immuables dans les pratiques traditionnelles africaines²⁵⁴.

118/. **La reconnaissance d'un « droit coutumier »**. La reconnaissance de la qualité de « droit » aux pratiques régulatrices, souvent non écrites, de ces sociétés est parfois sujette à débat²⁵⁵. Sur ce, rappelons que le droit, dans son sens ontologique, est l'ensemble des règles

²⁵⁴ AKELE A. & SITA-AKELE M., « Le droit coutumier congolais », Actes des journées scientifiques de la Faculté du droit de l'UPC, *Op. cit.*, pp. 146-160 ; DURIEUX A., « Droit écrit et coutumier en Afrique centrale », Allocution présentée à la séance du 17/11/1969, Académie Royale des sciences d'outremer, [URL] [http://www.kaowarsom.be/documents/MEMOIRES_VERHANDELINGEN/Sciences_morales_politique/Hum.Sc.\(NS\)_T.XXXVI,2_DURIEUX%20A._Droit%20%C3%A9crit%20et%20Droit%20coutumier%20en%20Afrique%20centrale_1970](http://www.kaowarsom.be/documents/MEMOIRES_VERHANDELINGEN/Sciences_morales_politique/Hum.Sc.(NS)_T.XXXVI,2_DURIEUX%20A._Droit%20%C3%A9crit%20et%20Droit%20coutumier%20en%20Afrique%20centrale_1970), consulté le 16/09/2015 ; ELIAS T., *La nature du droit coutumier africain*, Présence africaine, Paris, 1961, pp. 17-18 ; GONIDEC P.F., *Les droits coutumiers africains : évolution et sources*, LGDJ, Paris, 1968, pp. 8-17.

²⁵⁵ Voir : ARIES P., *Le temps de l'histoire*, Seuil, 1^{ère} éd., Paris, 1986, pp.86-90 ; BAGUENARD J., Cours de droit constitutionnel, 2009, L1, Document audio ; CLASTRES P., *La société contre l'Etat : Recherches d'anthropologie politique*, Minuit, 1974, p.165 ; HALPERIN J.L., « Le droit et ses Histoires », *Droit et société*, n°75, 2010/2, pp.295-313, [en ligne] <http://www.cairn.info/revue-droit-et-societe-2010-2-page-295.htm>; « L'invention des normes : Histoire du droit et histoire des normes », l'Ecole française de Rome, Séminaire : « Que font les normes ? », [ligne]<http://seme.fr.hypotheses.org/427>, consulté le 20/02/2015 ; KANT E., *Critique de la raison pure*, Flammarion, Paris, 2006, p. 117 et svt. [trad. RENAUT A.] ; LAPIERRE J.W., *Vivre sans Etat ? : Essai sur le pouvoir politique et l'innovation sociale*, Le Seuil, 1977, p. 24.

de conduite sociale, ou encore, l'ensemble des normes autonomes et hétéronomes. Ce n'est que dans son sens fonctionnel, qu'il peut être considéré comme un ensemble des règles de conduites dictées et sanctionnées par une autorité régulatrice. De ces deux acceptions, apparemment complémentaires, apparaît la problématique du lien qui existe entre la norme et l'autorité régulatrice ou coercitive ; en d'autres termes, la question de savoir si les modes opératoires, les procédés de production et d'application normative font-ils partie intégrante de la norme. Cette question, qui mène irrémédiablement à la notion de l'Etat, trouve soit une réponse positive émanant généralement des théories juridiques (HOBBS, KANT, ROUSSEAU), soit une réponse négative émanant des théories sociologiques et anthropologiques.

119/. **L'Etat, condition de l'existence du droit ?** Innervé par la rationalité cartésienne, le positivisme juridique kelsenien ne veut concevoir le droit sans l'Etat : car, n'est « droit », selon lui, que les normes contraignantes, hiérarchisées et émanant de l'entité étatique. Une telle approche souffre de beaucoup de faiblesses. Rien ne permet d'affirmer que l'Etat est le seul mode d'organisation sociale qui existe et qui vaille. D'une part, l'on ne peut donc réfuter à toutes les autres formes d'organisation sociale une production normative coercitive ; et d'autre part, toute approche juridique du phénomène étatique ou de la régulation sociale en Europe fait appel à des concepts (« royaume », « empire », « féodalité », « nation », « territoire ») qui, utilisés certainement de manière adéquate, ne sont toujours pas facilement applicables au contexte africain. Ainsi, l'approche sociologique semble être la plus indiquée. En effet, pendant que l'approche juridique fait de l'Etat une addition du territoire, de la population et du pouvoir et lie inexorablement son existence à celle du droit, la lecture sociologique fait, sans plus ni moins, de cette entité une forme d'organisation sociale ayant atteint un certain niveau de structuration politique : le pouvoir. Michel FOUCAULT, épingleant l'évolution du pouvoir en Europe, estime que la forme actuelle de l'Etat libéral a émergé vers le 18^{ème} siècle, précédé par l'Etat féodal du 13^{ème} (axé sur la territorialité et la justice) et l'Etat policier et administratif du 17^{ème} siècle (reposant sur la contrainte et la discipline). Georges BURDEAU identifie l'Etat à l'institutionnalisation de la gestion du pouvoir dans un groupe social, c'est-à-dire que la gestion sociale ne soit pas collective (pouvoir indifférencié), ni incarnée par un individu (pouvoir individualisé) mais confiée à une institution. Quant à Philip BRAUT, il ajoute au critère de BURDEAU deux autres caractéristiques d'identification de l'Etat, à savoir ; la spécialisation et la centralisation des agents (un corps social ayant reçu le mandat de gérer la communauté) et le maintien du monopole coercitif par les gouvernants. En

définitive, toutes ces considérations théoriques postulent pour la permanence, la différenciation et le degré de perfectionnement de l'appareil politique, sans pour autant que les critères de seuil démographique, de seuil de parenté ou de superficie territoriale soient spécifiés : elles n'excluent donc pas certaines sociétés africaines précoloniales qui ont aussi atteint un certain degré de sociabilité.

120/. Nous nous opposons donc à cette pensée qui voudrait attacher le « droit » à l'émergence de « l'Etat » du type occidental et estimons que « toutes les sociétés humaines produisent du politique et sont toutes perméables au fluide historique »²⁵⁶ et juridique²⁵⁷, c'est-à-dire, « un sens de l'ordre et de la référence sans lequel il n'y a pas d'humanité possible »²⁵⁸. « Le pouvoir politique tel qu'il est exercé dans une société et à une époque donnée, secrète une forme spécifique de justice »²⁵⁹. « En Afrique comme ailleurs, l'Etat apparaît quand se constitue une structure politique et militaire contrôlant un certain espace, en dehors du réseau de la société globale »²⁶⁰. En définitive, l'admission d'un droit coutumier africain passe par l'acceptation du postulat selon lequel le « droit » n'est pas forcément formalisé de manière identique ; il peut aussi se manifester, parfois et souvent, dans des formes implicites. Emanant d'un cadre historique, culturel, cultuel et symbolique bien déterminé, le droit prône un ordre social et des valeurs bien spécifiques²⁶¹. Sa règle ne peut être isolée de son contexte ou de son cadre d'application, *aliis verbis*, de la société qu'elle régit, étant donné qu' « elle en est le reflet qu'elle entérine, les représentations sociales et culturelles existantes soit qu'elle cherche à les transformer »²⁶².

²⁵⁶ BALANDIER G., *Anthropologie politique*, PUF, 4^{ème} éd., Paris, 1999, p.230.

²⁵⁷ BURDEAU G., *Traité de science politique*, Tome IV : Les statuts du pouvoir dans l'Etat, LGDJ, 2^{ème} éd., Paris, 1972, p.45. Voir aussi BECQUART L., « La démocratie n'est pas une invention européenne : les autres démocraties », in *Revue Et Alii*, 2014, [en ligne] <http://etalippe.wixsite.com/etalii-aleas/la-dmocratie-nest-pas-une-invention-oc>, consulté le 16/02/2016 ; DIANGITUKWA FWELEY, « La lointaine origine de la gouvernance en Afrique : l'arbre à palabres », *Gouvernance*, n°1, vol.11, Été 2014, [en ligne] <http://www.revuegouvernance.ca/images/content/spring2007/fweley.pdf>

²⁵⁸ ASSIER-ANDRIEU L., *Le droit dans les sociétés humaines*, Nathan, Paris, 1996, p.106.

²⁵⁹ MATADI NENGA [2001], *Op. cit.*, p.25.

²⁶⁰ PERSON Y., cité par BASSONG MBOG, *Les fondements de l'état de droit en Afrique précoloniale*, L'Harmattan, Paris, 2007, p.17.

²⁶¹ LEROY E., « Autonomie du droit, Hétéronomie de la juridicité : Généralité du phénomène et spécificités des ajustements », Allocution présentée lors du Séminaire international : « Le nuove ambizioni del sapere del giurista : l'antropologia giuridica e la traduttologia giuridica », Rome, Académie nationale dei Lincei, 12-13/03/08, URL : <http://www.dhdi.free.fr/recherches/theoriedroit/articles/leroydroitjuridicite.pdf>, consulté le 09/02/2015.

²⁶² FROMONT M., *Grands systèmes de droit étrangers*, Dalloz, 7^{ème} éd., Paris, 2013, pp.1-2.

121/. **Structures politiques et sociales des sociétés africaines précoloniales.** Les sociétés africaines traditionnelles sont souvent présentées en deux grandes catégories ; d'une part, les sociétés lignagères ou claniques et d'autre part, les sociétés extra-lignagères. Les premières, sans structures administratives organisées et réunies autour d'un patriarche, seraient les plus répandues. Les secondes, à stratification politico-administrative complexe et élaborée qu'on assimile généralement au type étatique occidental, seraient des « exceptions de l'histoire »²⁶³. Ces dernières sont considérées comme les communautés plus avancées, culturellement homogènes, obéissant à une autorité politique supérieure ou centrale assistée d'un groupe d'élites, composées d'unités liées entre elles par des intérêts. C'est le cas des empires (Egypte, du Ghana, du Mali, Zoulou) et des royaumes (Kongo, Lunda, luba). Certains auteurs²⁶⁴ ont, à juste titre, fustigé cette classification dichotomique, jugée très loin de la réalité, et relèvent une troisième catégorie, d'ailleurs plus répandue, qui est la chefferie. Cette entité sociale est une communauté des clans, à l'échelle d'un groupe des villages ou d'un territoire donné, sous la direction d'un chef issu, soit du clan majoritaire, soit du clan propriétaire des terres sur lesquels est établie ou située la chefferie. L'intensité du pouvoir exercé dans cette entité dépend d'une chefferie à une autre mais reste généralement fédérale du fait de l'emprise, encore plus grande à cette échelle, des patriarches claniques sur leurs membres.

122/. Les raisons du choix de l'une des formes citées par un groupe social ne sont pas forcément liées à l'évolution culturelle. L'on a aussi souvent évoqué les alliances et les conquêtes militaires mais le facteur écologique n'est pas aussi le moindre. Pour Cheikh Anta Diop, « tout comme en Occident où les empires sont nés avec le déclin de Rome, l'apparition du phénomène étatique en Afrique remonte à l'Egypte antique et se prolongera, au déclin de ce dernier, à l'intérieur de l'Afrique noire, le long du cordon sahélien et dans les régions forestières. Le facteur écologique ayant introduit des déterminismes organisationnels, la savane semble avoir produit davantage des empires, l'écran forestier ayant réduit l'extension des chefferies à certains ensembles politiques auxquels il a été attribué le terme de royaume »²⁶⁵. Dans le même sens, l'historien John ILIFFE, estime que l'environnement naturel a souvent constitué un obstacle pour les sociétés africaines. Pour cet auteur, « la souffrance représente un aspect central de l'expérience africaine, qu'elle résulte de l'âpre lutte

²⁶³ ILIFFE J., *Les africains : Histoire d'un continent*, 2^{ème} éd., Flammarion, Paris, 2009, p.10.

²⁶⁴ ELIAS T., *Op. cit.*, pp. 20 ; MATADI NENGA [2001], *Op. cit.*, pp.30-32, 38-47.

²⁶⁵ BASSONG MBOG, *Op. cit.*, p.20.

avec la nature ou de la cruauté des hommes (traite négrière, colonisation...). Contre elles, les africains ont élaborés des défenses idéologiques qui leur sont propres. C'est ainsi que le souci de la santé [englobant celui de la survie et de la procréation] occupait sans doute une plus grande place dans leurs systèmes de valeurs que dans ceux d'autres continents. Les contes et mythes mettaient l'accent sur la défense de la civilisation : l'endurance, le courage et la fécondité (via la polygamie bien sûr), étaient au premier rang de toutes les vertus. Dès lors, des vastes territoires étaient peuplés des groupuscules épars qui exprimaient leurs différences sociales par le contrôle des individus, la possession de métaux précieux, et de bétail. Les systèmes agricoles étaient très souples, car les hommes cherchaient avant tout à s'adapter à l'environnement plutôt qu'à le transformer, et à échapper à la disparition en cas de mauvaises récoltes »²⁶⁶ au point qu'ils se sentaient plus en sécurité dans les sociétés de type lignagère et chefferie où les liens humains et de sang sont encore prédominants. Toute l'organisation sociale visait également ces buts qui modelaient par ricochet, les caractéristiques de ses règles sociales, ou mieux, de son droit.

2. Nature du droit coutumier

123/. Avant d'aborder les traits caractéristiques du droit coutumier, une précision de taille mérite d'être apportée. En effet, le droit coutumier et la coutume sont souvent confondus pendant que les deux concepts peuvent être distingués²⁶⁷ : le droit coutumier renvoie au système d'organisation sociale, administrative et juridique des sociétés traditionnelles tandis que la coutume constitue une des sources du droit coutumier. La confusion entretenue est due à la fâcheuse habitude d'analyser le cadre africain avec les prérequis occidentaux. D'après ces derniers, en tant que source de droit, la « coutume » s'oppose à la « loi » de par son caractère oral. Or, ce critère n'est pas pertinent dans les sociétés africaines qui sont essentiellement de tradition orale. Faut-il alors déduire l'absence de toute autre source de droit, autre que la coutume orale, dans ces sociétés ? Une telle prétention serait inexacte étant donné que l'on peut relever en droit coutumier africain. En général, et congolais en particulier, l'existence, à côté des certaines pratiques ancrées, d'autres modalités régulatrices de la vie sociale que l'on peut assimiler aux actes législatifs ou réglementaires et à la jurisprudence²⁶⁸. A ce titre, on peut notamment citer : les décisions issues des conseils de clan, de chefferies ou des royaumes, des actes des autorités ou représentants du chef investis d'un certain pouvoir, des sentences

²⁶⁶ ILIFFE J., *Op. cit.*, pp.11-14.

²⁶⁷ AXIONOV I.C et SVETCHNIKOVA L., « La théorie du droit coutumier dans la recherche : ethnologie, théorie du droit et histoire du droit », *Droit et cultures*, 50, 2005-2, URL : <http://droitcultures.revues.org/1060>.

²⁶⁸ MATADI NENGA [2001], *Op. cit.*, p.61-71.

consécutives au traitement d'un litige (« arbre à palabre »). Que ces attributions (législative, judiciaire ou exécutive) soient assumées par un seul organe ou pas, les actes qui en découlaient devaient, dans la plupart des cas, tirer, de façon avérée ou supposée, leur fondement de la volonté des ancêtres ou du chef, de la coutume ou de la nécessité sociale ; preuve d'une certaine hiérarchisation de ces sources.

124/. **Droit coutumier : droit oral, droit collectiviste, droit vivant.** Il est alors clair que la coutume constitue la principale, mais non l'unique, source du droit coutumier : ses caractéristiques imprègnent donc celles de ce dernier. Elle est définie comme « l'ensemble des habitudes et usages nés des comportements antérieurs et répétés qui guident et façonnent les comportements ultérieurs »²⁶⁹ des membres d'une communauté. Elle se caractérise par deux éléments dont l'un est d'ordre matériel (la répétition prolongée de l'usage, d'où l'adage : « une fois n'est pas coutume »), et l'autre, d'ordre psychologique (la croyance, par les membres de la communauté, à la force obligatoire de l'usage auquel ils se conforment)²⁷⁰. La coutume préexiste à sa formulation : en tant que « règle juridique spontanée, donnée immédiate de la conscience sociale [...], il est difficile, impossible même, de la saisir au moment où elle se forme, car, lorsqu'elle s'applique, elle existe déjà, depuis longtemps peut-être, dans les esprits »²⁷¹. Aspect essentiel de l'identité même d'un peuple, elle est généralement transmise de bouche à oreille sous forme d'adages, de brocards, des contes ou des chants populaires. Elle véhicule des valeurs qui peuvent être regroupées, d'après le théologien allemand KA MANA, en trois catégories, à savoir ; les valeurs fondatrices (le respect du sacré et la solidarité), les valeurs régulatrices (le respect de la vie, le respect du bien d'autrui, la gérontologie, la protection du faible) et les valeurs donatrices (qui définissent l'orientation ultime de la destinée humaine) »²⁷². Les premières sont les plus importantes, imprègnent toute la construction sociale et font, inversement, intervenir le groupe à tous les niveaux de la vie. Le philosophe français Henri BERGSON²⁷³ affirme même que la solidarité sociale n'est pas condensée dans les lois, encore moins dans les principes, mais se diffuse plutôt sur la commune acceptation des usages [...], c'est par l'observation de la coutume, et

²⁶⁹GARRISSON F., *Histoire du Droit et des Institutions*, Montchrétien, 2^{ème} éd., T.1, Paris, 1984, p.40.

²⁷⁰ GUINCHARD S. et DEBARD T. (dir.), *Op. cit.*, (Voir "coutume").

²⁷¹LEVY-BRUHL H., « Introduction à l'étude du droit coutumier africain », *RIDC*, vol. 8, n°1, 1956, pp.67-77.

²⁷² KA MANA, *Destinée négro-africaine : Expérience de la dérive et énergétique du sens*, Archipel, Bruxelles, 1987, p. 42-45 ; *L'Afrique va-t-elle mourir ? Bousculer l'imaginaire africain : Essai d'éthique politiques, recherches morales*, Positions, CERF, Paris, 1991. Voir aussi ; KALUBA DIBWA D.[2013], *Op. cit.*, pp.33-34 ; *Démocratie et développement au Congo-Kinshasa*, L'Harmattan, Brazzaville, 2010.

²⁷³*Euvres complètes*, LCI/22, e-book, 2016.

par elle seule, que l'Homme est attaché aux Hommes et détaché de lui-même. Dans un tel contexte, l'individu est considéré, non pas dans son assertion individualiste mais, comme l'élément d'un ensemble, le maillon d'une chaîne. De ce fait, le système juridique coutumier ne reconnaît pas des droits subjectifs aux individus, mais seulement à la famille, au village ou à la tribu, comme il en est aussi parfois le cas en droit occidental où « [certains aspects des] rapports entre parents et enfant-mineurs échappent encore assez largement au droit moderne individualiste »²⁷⁴. Ce qui donne à la société africaine précoloniale son caractère essentiellement communautaire²⁷⁵.

125/. Ne constituant pas une catégorie distincte des autres règles de comportement²⁷⁶, la coutume spécifiquement juridique est difficilement identifiable. Néanmoins, l'on peut affirmer que la règle de droit coutumier assure plus une fonction subsidiaire²⁷⁷ (dénouement des conflits) qu'ordonnatrice et organisatrice (maintien de l'ordre social) et ne fait pas objet d'une formulation générale et abstraite. Raison pour laquelle le défunt professeur AKELE ADAU²⁷⁸ n'a pas hésité à rapprocher le droit coutumier africain au droit anglais²⁷⁹. Le professeur MATADI NENGA²⁸⁰, quant à lui, reconnaît à la règle de droit coutumier des finalités organisatrices, particulièrement en matière de l'organisation du pouvoir. Cet auteur estime, à cet effet, que « sont juridiques les coutumes qui servent à aplanir les conflits devant les organes « juridictionnels » soit devant ceux chargés de la conciliation mais aussi les coutumes relatives au fonctionnement et à la compétence de différentes institutions et à l'investiture des chefs. Ces coutumes juridiques n'existent ou ne sont observés que s'il n'y a pas de normes « légales » en la matière.

²⁷⁴ FROMONT M., *Op. cit.*, p.10.

²⁷⁵ GONIDEC P.F., *Op. cit.*, pp. 8-17 ; DURIEUX A., *Op. cit.*

²⁷⁶ MAQUET J., « Droit coutumier traditionnel et colonial en Afrique centrale. Bibliographie commentée », *Journal de la Société des Africanistes*, 1965, T.35, fascicule 2, pp.411-418, [URL] http://www.persee.fr/doc/jafr_0037-9166_1965_num_35_2_1472Spéc. 412, consulté le 16/10/2015.

²⁷⁷ LEROY E., « La face cachée du complexe normatif en Afrique noire francophone », ROBERT Ph., SOUBIRAN-PAILLET F., VAN DE KERCHOVE M. (dir), *Normes, normes juridiques, Normes pénales : Pour une sociologie des frontières*, T.1, CEE, L'Harmattan, col. Logiques sociales, Série Déviance/GERN, Paris, 1997, pp.123-353.

²⁷⁸ art. préc.

²⁷⁹ Le droit anglais est souvent présenté comme l'antipode du droit romaniste étant donné qu'il plonge ses racines dans un passé lointain radicalement différent de celui du reste de l'Europe. Il est fruit d'une symbiose parfaite entre un droit purement non écrit, formulé par les juges supérieurs, et un droit écrit, purement législatif. La *common law*, ou plus précisément sa règle de droit (« *legal rule* »), s'est toujours affirmée comme un droit envisagé dans sa substance comme la somme des règles, de procédure et de fond, dégagées et appliquées par les cours en vue de résoudre des litiges. Elle n'a pas de caractère de généralité comme la règle romaniste formulée par le législateur. DAVID R. et BLANC-JOUVAN X., *Le droit anglais*, PUF, col. Que-sais-je, 2^{ème} éd., Paris, 2003, pp.6-7 ; FROMONT M., *Op. cit.*, p.98 ; LEGAIS R., *Grands systèmes de droit contemporains : Approche comparative*, Litec, Paris, 2008, pp.10-26.

²⁸⁰ *Op.cit* [2001], p.60.

126/. La règle de droit coutumier s'inscrit aussi dans une stabilité et une immobilité traduisant une fusion continue avec les ancêtres²⁸¹ étant donné que le subconscient africain a toujours considéré le passé comme un gage du bonheur, de sérénité (d'où sa pérennisation) ; tandis que le futur, comme est une source d'inquiétudes. Pendant que pour l'occident, le futur est toujours perçu dans un élan de transformation et d'évolution. Toutefois, il faut reconnaître que cette immobilité n'est que mythique : le droit coutumier, vu son caractère oral et pratique, offre en effet une grande souplesse et adaptabilité. Il est bien « plus vivant : il naît, se transforme et meurt pour renaître sous une autre forme ; il se reproduit, se métisse, croît, se simplifie ou se complexifie »²⁸².

127/. **Droit coutumier : droit mystique, indifférencié et conciliatoire.** Tributaire de la religion, le droit coutumier a une grande connotation morale et mystique. Les ancêtres et les morts sont sacrés, omnipotents et peuvent interagir, positivement ou négativement, avec le monde des vivants. Ce qu'ils désirent doit être considéré comme juste et accepté sans compromis. Cet aspect mystique est présent dans toutes les formes de sociétés traditionnelles, particulièrement dans les sociétés lignagères du fait de la confusion de pouvoir dans la personne du chef (perçu aussi comme le représentant des ancêtres, le juge, le conciliateur, le législateur et l'exécutif). Dans les autres, il se limite souvent dans les modes d'administration de preuve et dans la sanction du droit. Il se manifeste encore aujourd'hui « dans le rapport que l'africain entretient avec le droit et la justice comme institution chargée de trancher les conflits survenant dans la société. Bien attendu, l'africain évitera de provoquer lui-même des procès, de recourir aux voies que lui ouvre le droit pour obtenir justice et cela pour s'en tenir à des solutions mystiques. La peur de ces sanctions mystiques joue un rôle fondamental pour policer les individus, en obtenir la soumission à la normalité collective, [voire même, pour obtenir une exécution urgente d'un dédommagement]. Elle est par conséquent une composante fondamentale de l'auto-régulation sociale sous l'Afrique noire d'hier comme celle d'aujourd'hui »²⁸³. A cela, il faut ajouter la peur du ridicule et du regard des autres : pour une société communautariste, le jugement que porte les autres sur soi revêt une importance cruciale. Se rebeller contre la norme, c'est, sans coup fêrir, se rendre étranger à la communauté de base, s'ostraciser. A cet effet, la sanction repose plus sur ce facteur psychologique et

²⁸¹ Contredisant le second critère de Jean Louis HALPERIN qui n'attribue la lettre du « droit » qu'à la transformation.

²⁸² MAGNANT J-P., « Le droit et la coutume dans l'Afrique contemporaine », in *Revue internationale interdisciplinaire*, n°44, 2004, pp. 167-192 ; LEVY-BRUHL H., *Op. cit.*

²⁸³ KALUBA DIBWA D.[2013], *Op. cit.*, pp.33-34. L'extrait entre les crochets est ajouté par nous.

utilitaire qu'affligeant et intimidant : elle vise, d'une part, à faire cesser le déshonneur, l'opprobre ou à conjurer le mauvais sort que l'infracteur aurait jeté sur soi et, surtout, sa famille à travers son forfait, et d'autre part, à sauvegarder du vouloir vivre collectif, plus impérieux que les intérêts particuliers. A cet effet, la sanction en droit coutumier consistait généralement en la compensation et/ou en la réparation du préjudice infligé à la victime étant donné que le modèle conciliatoire constituait, pour ces sociétés, le mode par excellence²⁸⁴ du processus de résolution des conflits. L'on pouvait aussi rencontrer, pour les violations graves et dépendamment des tribus, l'isolement, le bannissement, la restriction de la liberté de mouvement²⁸⁵ (ou l'emprisonnement), les sanctions corporelles ou la peine capitale. Mais il faut avouer que ces types de sanction occupaient une place relativement marginale.

128/. Il faut cependant souligner que le droit coutumier ne connaît pas les catégories juridiques du droit écrit. Les démarcations entre « faute civile » et « faute pénale », ou entre « sanction civile » et « sanction pénale » lui sont également étrangères ; il peut, par contre, se reconnaître dans une classification qui distingue, d'un côté le **droit de portée positive** (qui pose des règles et des interdits), et d'un autre côté, le **droit de portée négative** (qui prévoit des sanctions en cas de non-respect des normes posées). C'est uniquement à travers une catégorisation fonctionnelle, sans que cette dernière ne soit aussi exemptée des critiques, que l'on peut se permettre de parler d'un droit coutumier public, d'un droit coutumier privé ou d'un droit coutumier pénal. C'est sur base de ce critère que SOHIER²⁸⁶ identifie un droit pénal coutumier [congolais] en faisant de la gravité de la sanction, l'élément diacritique de ce droit. Pour cet auteur belge, il y avait droit coutumier pénal lorsqu'on était en présence d'un « manquement du droit que la conscience publique réprouvait au point d'estimer qu'il ne devait pas uniquement entraîner la réparation du tort causé à la victime, mais encore un châtement, même si ce châtement n'est pas infligé par les représentants officiels de la société mais par des particuliers autorisés par elle ».

²⁸⁴ FOFE DJOFIA M.J-P., *Op. cit.*, p.15 ; AKELE A. et SITA MUILA AKELE A., *op. cit.*

²⁸⁵ L'on pouvait fabriquer un lourd coffret, ou tailler un troc d'arbre dans lequel on introduisait la jambe ou la cheville du délinquant afin de limiter ses mouvements pendant la période exigée pour la sentence.

²⁸⁶ SOHIER A., *Traité élémentaire de droit coutumier du Congo Belge*, Larcier, 2^{ème} éd., Bruxelles, 1954, p.17.

B. L'enfant fautif dans le droit coutumier congolais

129/. Alors, qu'en était-il de l'enfant lorsqu'il commettait un acte prohibé ? Pour répondre à cette question, il est important de situer le contexte et rappeler ce qu'il fallait réellement entendre par « enfant » en droit coutumier.

130/. **Nécessité de circonscrire la notion de l'enfance en droit coutumier.** La première désorientation de l'analyse de la délinquance juvénile en droit coutumier tient du fait que l'on cherche souvent à saisir l'enfance à travers les matériaux cognitifs modernes. On définit souvent l'enfant au moyen de l'âge, qui est une donnée numérique et étrangère à la société africaine précoloniale. Or, comme nous l'avons déjà précisé dans notre introduction (§3, note 9), ce critère n'a jamais été pertinent en droit coutumier d'après qui n'était « enfant » que celui qui n'avait pas encore subi l'initiation (§.12) : les personnes âgées de moins de huit-ans n'étaient pas moins socialement redevables dès lors qu'elles étaient initiées. Par conséquent, les non-initiés, quel que soit leur âge, étaient considérés comme des ignorants, voire, des irresponsables. Si l'on admet le fait que nul ne pouvait convoler, avoir l'autorisation de construire une case (spécifiquement pour le garçon) ou exercer une activité professionnelle sans avoir été initié, l'on peut situer aujourd'hui cette période initiatique aux alentours de douze- quatorze ans. Ainsi, définir la minorité, dans la société africaine, même actuelle, uniquement avec le critère de l'âge serait antinomique. Dans l'impossibilité de recourir au critère d'initiation pour la société postcoloniale, il sied de rechercher une symbiose entre ce dernier et celui de l'âge, sinon de faire appel à d'autres critères sociologiques. Conscient de ce décalage, le législateur colonial français, comme nous l'avons déjà précisé, avait, par exemple, pris soin de fixer à seize ans la majorité pénale dans les territoires de l'Afrique Occidentale Française pendant qu'elle était à vingt-un ans dans la colonie²⁸⁷.

131/. **La délinquance juvénile, un phénomène marginal dans la société coutumière.** La seconde désorientation est liée à la difficulté de projeter dans la société traditionnelle la question de délinquance de masse et des mineurs. En effet, tous les auteurs s'accordent à dire que le développement de la délinquance juvénile est essentiellement attaché à l'urbanisation de la société moderne : raison pour laquelle toutes les grandes villes du monde font face à son expansion exponentielle. Or, ce phénomène, qui n'était pas complètement inconnu, n'existait pas à des grandes proportions dans des sociétés traditionnelles africaines. Comme l'affirme le

²⁸⁷ GASSAMA Y., *Op. cit.*,

professeur IDZUMBUIR ASSOP²⁸⁸, « les structures ancestrales imprégnées du conformisme et d'un contrôle social [important] surtout au niveau primaire des relations, pouvaient empêcher l'apparition des comportements déviants au sens large du terme [...]. L'enfant considéré comme la survie de la famille était protégé dans ses besoins fondamentaux de santé, d'affection, de sécurité, de formation et d'occupation. Grace à cet encadrement efficace, on rencontrait rarement les cas d'enfants abandonnés, maltraités, mal aimés, des jeunes désœuvrés, voire même délinquants. Ces cas sont apparus davantage dans la structure socio-familiale moderne et urbaine ».

132/. L'ampleur du phénomène de l'inadaptation des jeunes dans les sociétés africaines nouvellement colonisées nous pousse à nous interroger sur la signification et la portée du concept même de délinquance juvénile. La délinquance de masse étant étrangère au droit coutumier, l'on pourrait se demander à quoi son approche serait utile au droit écrit de souche occidentale ? Autant que celui-ci était dépassé par l'ampleur et les caractéristiques de la délinquance juvénile au Congo ; autant celui-là ne semble être apte à proposer une solution réellement efficace et unique. A notre entendement, l'apport du droit coutumier peut ainsi se limiter judicieusement dans l'élaboration de la politique pénale, particulièrement dans les mécanismes de prévention de la délinquance juvénile. C'est dans la mesure où les autorités s'attaqueront aux causes sociales d'inadaptation et où elles se préoccuperont de pallier les carences individuelles par la mise en place de méthodes et d'institutions de traitement ou impliqueront les institutions locales dans la chaîne de la pédagogie de la poursuite que la criminalité générale pourra être circonscrite à son taux inéluctable. Tous les efforts de la pénologie (les peines, les mesures de sûreté, les méthodes de traitement) doivent tendre à réinsérer le criminel dans la société à laquelle il appartient : à cet effet, ils doivent tenir compte, à la fois de la personnalité de l'auteur du crime ou du délit, et des conditions socio-culturelles de son groupe social. Hélas, contrairement, au droit coutumier privé, le législateur colonial n'a pas fait preuve de tolérance face au droit coutumier pénal. Dès 1886, il va progressivement et rigoureusement l'encadrer et le museler. Ce qui entraîna un amenuisement considérable de ce droit et, *in fine*, de l'activité des juridictions coutumières.

²⁸⁸ Op.cit.[1990], p.17.

133/. **Droit coutumier, droit responsabilisant l'enfant.** « L'inscription de l'identité ethnique grâce aux modes de maternité, éducation et transmission des valeurs, filiation et structurations identitaires sont des étapes fondamentales des processus d'humanisation et font partie de l'universalité des hommes. Et, c'est à travers des hommes que les cultures entrent en contact »²⁸⁹. Si la vieillesse est assimilée, dans la société africaine précoloniale, à la puissance et à la sagesse ; l'enfance est vénérée à tel point que la stérilité est assimilée à la malédiction. Ainsi, au regard des bribes des coutumes²⁹⁰ qui nous sont parvenues, la compétence de punir l'enfant non-initié revenait au chef de famille. Si la faute était d'une certaine gravité, l'on recourait à des modalités mystiques (sacrifice, rites...) pour calmer les esprits des ancêtres troublés par ledit acte. Mais, au cas où la victime était d'une autre famille, c'était au père, à la famille ou au clan du délinquant que revenait la charge de réparation de la victime. Il devient alors difficile de croire que les mineurs, entendus comme personnes non-initiées, pouvaient être soumis aux sanctions, de nature purement pénale. Ainsi, un enfant fautif pourrait être obligé, à titre de sanction « pénale », à participer à la réparation ou à la construction d'une case d'un villageois, à aider un cultivateur malade dans ses tâches champêtres...

²⁸⁹NICOLADZE R., « Conflits de cultures et protection de l'enfance en émigration », in MANCIAUX M., GABEL M, et al., *Enfances en danger*, Fleurus, 3^{ème} éd., Paris, 2002, pp.88-116.

²⁹⁰ Entretien avec les anciens de la Cellule de recherche de l'Université kamite de Tshikapa.

CHAPITRE 2. UNE RESPONSABILITE PENALE PARTELLEMENT AVOUÉE

134/. **Plan et Objet du chapitre.** Malgré ses innombrables faiblesses, le décret du 06/12/1950 restera longtemps d'application en RDC : il a eu à subir quelques amendements (législatifs que jurisprudentiels) sans réelle modification substantielle. Plusieurs tentatives de réforme ont aussi été aussi avortées jusqu'à celle qui a abouti à son abrogation en 2009. La nouvelle loi (n°09/001 du 10/01/2009 portant protection de l'enfant, en sigle, LPE) avait pour principale ambition de combler les lacunes de son prédécesseur ; d'une part, en rapprochant les règles juridiques relatives à la gestion de la délinquance juvénile aux réalités sociologiques congolaises afin de réduire le fossé entre le droit et la pratique, et d'autre part, en conformant le droit congolais aux standards internationaux en la matière. Le droit international devenant plus prégnant à notre époque qu'à la moitié du siècle passé, ce dernier objectif va ajouter un défi supplémentaire au régime de 2009.

135/. Mais comme le régime de 1950, le législateur congolais n'arrive toujours pas à la fois à se mettre au diapason de l'évolution comparée de la matière et à intégrer les réalités locales. En effet, la grande partie de la doctrine et de la jurisprudence continuent à réfléchir selon les principes de 1950 et d'alléguer, à cet effet, le prolongement du principe d'irresponsabilité pénale des mineurs pendant que cette dernière est contredite non seulement par les législations étrangères appelées à garantie, mais aussi, cette fois-ci *expressis verbis*, par les dispositions pertinentes du texte de 2009 (Section 1). L'on croirait que le législateur lui-même ait été surpris des incidences de la formulation adoptée par lui dans certaines dispositions pertinentes de son œuvre : d'une part, il consacre explicitement une irresponsabilité à l'égard d'une tranche des mineurs, en restant silencieux sur une autre, d'autre part, il oublie de trancher certaines questions majeures touchant la jeunesse congolaise, particulièrement la situation des enfants-soldats qui attirera notre particulière attention (section 2).

Section 1. Une responsabilité consacrée dans un contexte de remise en question générale du système paternaliste

136/. Tous les auteurs reconnaissent la mutation que connaît le droit pénal des mineurs depuis la fin de la seconde moitié du siècle passé. L'évolution sociale ayant mis en lumière les failles du système tutélaire, les Etats modernes tendent de plus en plus vers un retour à la pénalisation sans pour autant rejeter tous les apports de la précédente théorie. Cet élan de

remise en question et de persistante a donné naissance une symbiose intéressante, voire un retour au pragmatisme, que l'on retrouve aujourd'hui dans beaucoup des systèmes juridiques internes (§1), même dans le droit international (§2). Pendant que le versant pénal du droit des gens, que nous aborderons à la section suivante, brillera longtemps par une politique de l'autruche au point que sa franche consacrée aux droits de l'Homme se saisira particulièrement de la question.

§1. Emergence d'une approche mixte en droit comparé

137/. Conformément à notre choix méthodologique, nous analyserons encore à ce stade l'évolution des droits pénaux des mineurs belge (A) et français (B) de la promulgation en RDC de 1950 à la promulgation du texte de 2009.

A. La mixité belge à tendance protectionnelle

138/. **La loi du 08/04/1965 relative à la protection de la jeunesse (LPJ)**. Après la loi de 1912, un seul texte majeur a été adopté en Belgique, celui du 08/04/1965. Ce texte viendra corriger, compléter et prolonger le modèle mis en place par son prédécesseur de 1912. Rappelons que les principaux initiateurs de cette réforme ne sont autres que les promoteurs de la loi de 1912. Cette réforme, coïncidant avec l'émergence de la théorie de défense sociale²⁹¹, apparaît donc comme un murissement des idées novatrices de 1912. Elle sera plus une question des modalités de mise en application, ou des réajustements pratiques du système de 1912 qu'une vraie remise en cause du régime en vigueur à l'encontre de qui deux grands reproches ont principalement été formulés. Le premier était relatif au caractère disparate de la protection mise en place ; cette dernière divergeait selon l'âge du délinquant et la nature des faits dont il est auteur ou victime. Quant au second, il dénonçait une croissante et prétorienne extension des prérogatives du juge des enfants et du parquet ainsi que le recours quasi-permanent au placement en institution. On fustigeait le recours généralisé à des « délits prétextes » ou « des délits judiciaires » pour étendre les possibilités d'intervention à des enfants ou à des cas non visés par la loi.

139/. **Economie de la loi belge de 1965**. Pour remédier à toutes ces critiques, la LPJ s'est inscrite aussi dans le dépassement du pénal : du champ de la délinquance à proprement parler, elle glisse vers le champ de la dangerosité sociale et donne une assise légale à l'action

²⁹¹ANCEL M., *La défense sociale nouvelle*, Cujas, Paris, 1954 (1^{ère} éd.), 1966 (2^{ème} éd.), 1981 (3^{ème} éd.). Sa théorie, relayée en Belgique par A. PRINS, postule pour que l'action sociale à l'encontre du crime tende prioritairement vers la récupération et la réintégration du délinquant qu'il faut « guérir » et « réadapter ».

sociale et judiciaire du juge de la jeunesse. En effet, la nouvelle loi permet au tribunal de la jeunesse d'intervenir, sur les réquisitions du ministère public, à l'égard d'une nouvelle catégorie de mineurs dont la santé, la sécurité ou la moralité sont mises en danger, soit en raison du milieu où ils sont élevés, soit par les activités auxquelles ils se livrent, ou dont les conditions d'éducation sont compromises par le comportement des personnes qui en ont la garde. Tous les mineurs seront dorénavant soumis au même traitement étant donné que le mineur-délinquant est désormais perçu comme une sous-catégorie du mineur en danger. Sur le plan purement pénal, la LPJ se déploie aussi bien avant la commission de l'acte délictueux (ou répréhensible) qu'au-delà de la décision d'acquiescement, particulièrement contre les mineurs dangereux qui réussissent à passer à travers les mailles de la machine pénale. En généralisant le contournement de l'obstacle de la responsabilité pénale, – par la consécration d'une présomption légale de non discernement pour les mineurs de moins de douze ans –, ce système s'écarte de la répression pour tendre davantage vers l'assistance, la prévention et la protection. La protection sociale du mineur, qui constituera son apport le plus original, est érigée en préalable de toute intervention judiciaire.

140/. Remarquons qu'il y a, malgré l'apothéose déclarée du système protectionnel, un retour à la notion de discernement. L'on ne se demandera jamais assez pourquoi la loi s'est-elle donnée la peine de faire recours à cette notion tout en instituant une présomption de son absence au bénéfice de tous les mineurs, pendant que cette évocation n'apportait aucune modification majeure entre le régime de 1912 et de 1965 ? Bien plus, pourquoi malgré les multiples modifications et controverses qu'elle a connues et suscitées, la LPJ n'a jamais consacré expressément l'irresponsabilité pénale des mineurs²⁹² ? L'on croirait que le Législateur s'est trouvé devant une impossibilité de justifier toute action publique à l'égard d'un individu, quel que soit son âge, sans la prise en compte de la donnée psychologique. L'absence de discernement, à notre avis, n'a aucunement pour effet d'établir, *juris et de jure*, une irresponsabilité pénale des mineurs qui, plus est, est battue en brèche par la procédure de dessaisissement. Laquelle procédure, intégrée au texte de 1965 depuis 2006, permet, malgré une majorité pénale fixée à dix-huit ans, de soumettre, dans les cas limitativement prévus, les mineurs de seize ans au régime de droit commun.

²⁹² TULKENS F. et MOREAU T., *Op. cit.*, p.162.

141/. Par ailleurs, durant les années 90, la Belgique connaîtra une augmentation sensible de la délinquance et violence juvéniles dans plusieurs de ses grandes villes ; certains quartiers dits « difficiles » seront le théâtre d'incidents graves, des batailles entre bandes des jeunes ou avec les forces de l'ordre ou d'émeutes²⁹³. Alors, le paternalisme belge qui, était déjà contesté au début des années 80, connaîtra des vagues de critiques qui ont abouti à la *communautarisation de la prise en charge de la délinquance juvénile* : le traitement des jeunes en danger sera transféré aux communautés²⁹⁴, et celui des mineurs délinquants sera maintenu dans le giron fédéral. Si la communauté wallonne reste attachée aux principes protectionnels, la communauté flamande revendique un modèle plus sanctionnel. De manière générale, après la réforme de 2006²⁹⁵, le système belge, qualifié désormais d'« hybride »²⁹⁶, accusera manifestement une tendance répressionnelle²⁹⁷ qui se caractérisera par les procédés du procès équitable²⁹⁸, de dessaisissement²⁹⁹, de responsabilisation des mineurs et de réparation du dommage causé. Protéger-Réparer-Sanctionner sont les trois mots qui résument assez parfaitement aujourd'hui ce système. Bien plus, « les nouvelles mesures alternatives (médiation, réparation) n'ont pas fonctionné comme une alternative au placement ou à l'enfermement. Peu utilisées par les magistrats de la jeunesse, le Parquet y voit une alternative au classement sans suite »³⁰⁰.

B. La mixité française à tendance sanctionnelle

142/. **La loi du 09/09/2002 d'orientation et de programmation pour la justice (« Loi Perben 1 »).** Un parallélisme peut donc être fait entre les nouvelles dispositions de la législation belge de mai 2006 réformant la LPJ et celles de la loi Perben 1 modifiant l'ordonnance française de 1945. En effet, du côté de l'Hexagone aussi, il n'y a jamais eu une réforme

²⁹³ SPAEY P., *Op. cit.*, p.12.

²⁹⁴ Arrêté du 04/04/1990 (Flandre) ; Décret du 04/03/1991, Lois du 02/02/1994 et du 30/06/1994 (Wallonie)

²⁹⁵ Les lois des 15/05 et 16/06/2006 dont la portée sera analysée en détails plus tard.

²⁹⁶ CARTUYVELS Y. et *al.*, art. préc. ; Europe Ecologie Les Vert, Commission Justice, « Etat des lieux sur la justice des mineurs en Europe », Journées d'été, Aout 2011, [en ligne] <http://justice.eelv.fr/etat-des-lieux-sur-la-justice-des-mineurs-en-europe/>, consulté le 13/12/2014 ; « Justice pour Mineurs, Orientations en terme de protection et répression (1998-2008) : Cas de la Belgique », Ministère [français] de la justice, Services des affaires européennes et internationales, JURISCOPE, Paris, 2009, p.16.

²⁹⁷ DE TERWANGE A., « La réforme de la loi du 08/04/1965 : à la prise en charge des mineurs ayant commis un fait qualifié d'infraction et à la réparation du dommage causé par ce fait », *JDJ*, n°240, Déc. 2004, [en ligne] www.jdj.be/jdj/documents/docs/Reforme_loi_65_de_Terwangne_JDJ240.pdf consulté le 24/05/15.

²⁹⁸ CEDH, Arrêt *Bouamar* précité.

²⁹⁹ La gravité de l'infraction, la personnalité de l'auteur ou l'inefficacité avérée de mesures éducatives antérieures peuvent conduire le juge à engager la procédure de dessaisissement à l'encontre d'un jeune de 16 à 18 ans (art. 38), qui sera renvoyé devant le tribunal correctionnel ou, depuis la réforme des lois des 15/05 et 16/06/2006, devant une chambre spéciale du tribunal de la jeunesse où il sera jugé selon les règles de droit commun.

³⁰⁰ DE TERWANGE A., *op. cit.*

complète du texte de 1945 étant donné que toutes les tentatives dans ce sens ont lamentablement échoué. Néanmoins, plusieurs textes particuliers ont sensiblement modifié la substance de ce texte, parmi lesquels on cite souvent la loi Perben¹. Ce texte n'apporte, pourtant, aucune innovation majeure en DPM français. Il s'inscrit, toutefois, dans la lignée d'une politique de renforcement de la sécurité publique à la suite des vagues d'attentats qui ont frappé l'Occident en intégrant dans le code pénal une règle déjà consacrée par la pratique et la jurisprudence : la consécration textuelle et légale de la responsabilité pénale des mineurs. C'est plutôt la décision du Conseil constitutionnel consécutive à cette loi qui sera, à plusieurs égards, très instructive.

143/. En effet, la décennie 90-2000, marquera la délégitimation du système de traitement de la délinquance des mineurs mis en place par le texte de 1945. Face à l'accroissement³⁰¹, au rajeunissement et à l'aggravation de la délinquance des mineurs, on a assisté à une explosion de textes de loi orientés vers l'accélération des procédures, l'encadrement de la pratique, l'élargissement de l'éventail des infractions et/ou l'aggravation de la répression ; bref une période de transition caractérisée par un alignement ostentatoire sur la justice des adultes. A ce jour, le texte de 1945 a été successivement lifté et « éventé, sans que des lignes claires d'une (r)évolution n'apparaissent »³⁰² : il a subi environ trente-cinq réformes dont une quinzaine de 1985 à 2000 et une treizaine depuis la loi du 09/09/2002. Heureusement que le Conseil constitutionnel, par sa décision du 10/03/2011, va donner un coup d'arrêt à cette rampante démolition de la justice tutélaire : les sages, qui avaient jusqu'alors accompagné le législateur sans le sanctionner, évoquerons un PFRLR³⁰³ consacré dans sa décision n° 2002-

³⁰¹ Le taux de la criminalité des mineurs dans la criminalité générale a quasiment quadruplé : de 5% (1970) à 13% (1990) et 20% (2001). Depuis cette période, elle s'est stabilisée à 18% environ. Le nombre de mineurs mis en cause est passé de 75.000 (en 1970) à 104.200 (en 1980), 143.800 (1996), 204.000 (en 2007) et 218.000 (en 2009). En 2011, 360.360 mineurs ont fait l'objet d'une décision judiciaire dont 95.493 au pénal. Statistiques croisées des Rapports LAZERGUES et BENISTI et du document de politique transversale sur la justice des mineurs (Projet de loi de finances 2013).

³⁰² BONFILS P., « Autonomie du droit pénal des mineurs : entre consécration et affaiblissement », précité.

³⁰³ Déc. n°2011- 625 DC, Cons. 26 : « *Considérant que l'atténuation de la responsabilité pénale des mineurs en fonction de l'âge, comme la nécessité de rechercher le relèvement éducatif et moral des enfants délinquants par des mesures adaptées à leur âge et à leur personnalité, prononcées par une juridiction spécialisée ou selon des procédures appropriées, ont été constamment reconnu par les lois de la République du début du XXe siècle ; que ces principes trouvent notamment leur expression dans la loi du 12 avril 1906 sur la majorité pénale des mineurs, la loi du 22 juillet 1912 sur les tribunaux pour enfants et l'ordonnance du 2 février 1945 sur l'enfance délinquante ; que toutefois, la législation républicaine antérieure à l'entrée en vigueur de la Constitution de 1946 ne consacre pas de règles selon laquelle les mesures contraignantes ou les sanctions devaient toujours être évitées au profit de mesures purement éducatives ; qu'en particulier, les dispositions originelles de l'ordonnance du 2 février 1945 n'écartaient pas la responsabilité pénale des mineurs et n'excluaient pas, en cas de nécessité, que fussent prononcées à leur égard des mesures telles que le placement, la surveillance, la retenue ou, pour les mineurs de plus de 13 ans, la détention ; que telle est la*

461 DC relative à la loi d'orientation et de programmation pour la justice, dite « loi Perben I ». Par cette décision, la France deviendra le seul Etat européen, du moins de tous les systèmes juridiques analysés dans cette étude, à doter la responsabilité pénale des mineurs d'un fondement et des garde-fous constitutionnels³⁰⁴.

144/. Depuis lors, deux tendances s'affrontent. D'une part, les discours politico-médiatiques qui, estimant relayés les aspirations citoyennes³⁰⁵, appellent au durcissement de la réponse pénale ou à la suppression pure et simple de la distinction entre mineur et majeur sur le plan pénal. Et d'autre part, les professionnels³⁰⁶ de l'enfance ainsi qu'une grande partie du monde scientifique³⁰⁷ qui, dénonçant une frénésie sécuritaire et un populisme pénal, rappellent la nécessité de la prise en compte de la personnalité et condition des jeunes ainsi que la conciliation de « la règle à la réalité ». Plusieurs rapports³⁰⁸ seront diligentés sans pouvoir aboutir, hélas, à une réforme générale et complète de l'Ord.1945. Le rapport VARINARD, le plus cité et le plus critiqué, demeure le seul à avoir proposé l'abolition de cette ordonnance en intégrant plusieurs de ses principes dans un code unique et en adoptant un régime de responsabilité graduelle des mineurs. Beaucoup de ses propositions seront

portée du principe fondamental reconnu par les lois de la République en matière de justice des mineurs ». Lire aussi DE LAMY B., « Droit pénal des mineurs : une singularité limitée », RSC, 2008, pp.133-139.

³⁰⁴ Soulignons toutefois que la jurisprudence constitutionnelle en matière de la justice pénale des mineurs ne dégage pas un cadre juridique claire, homogène et identifiable. Elle est manifestement en crise des normes de référence. La DDHC ignore pratiquement l'enfant ; le Préambule de 1946, avec ces droits sociaux, peut fonder le cadre juridique de l'enfance en danger mais non de l'enfance délinquante ; enfin, la Constitution de 1958 ne parle pas de l'enfance délinquante. Raison pour laquelle certains estiment qu'en cette matière le cadre constitutionnel est inutile et dépourvu de toute normativité effective. Ainsi, lorsque la question s'est présentée de manière récurrente au Conseil, celui-ci n'a pas eu de choix que d'aller chercher ce fondement à la fois dans les principes généraux qui encadrent la matière pénale et dans les PFRLR relatifs à la justice des mineurs. Pour plus de détails sur la question, Lire ; DE MONTGOLFIER J.F., « Le Conseil constitutionnel et la justice pénale des mineurs », Cahier de Conseil constitutionnel, *Journée d'études UNIOPSS*, 23/10/2008 ; ROUX J., « La Reconnaissance par le Conseil constitutionnel du principe fondamental reconnu par les lois de la République relatif à la justice des mineurs », RDP, n° 6, 2002, pp.17-31.

³⁰⁵ Selon une enquête d'avril 2012 de l'institut CSA et du Ministère de la Justice, 35% des français souhaitent qu'en matière de délinquance des mineurs la prévention soit privilégiée, 39% d'entre eux l'éducation couplée de la répression, et 23% préconisaient la répression. Mais cette dernière catégorie tend à s'agrandir. Lire aussi FENECH G., *Tolérance zéro. En finir avec la criminalité et les violences urbaines*, Grasset, Paris, 2001, pp.13-15, 55 et svt.

³⁰⁶ BARANGER T. et NICOLAU G., *L'enfant et son juge : La justice des mineurs au quotidien*, Hachette, Paris, 2008 ; BELLON L., *L'atelier du juge. À propos de la justice des mineurs*, Érès, Toulouse, 2011 ; BRUEL A., *Pratiques et évolutions de la justice des mineurs : Aperçus de clinique judiciaire*, Érès, Toulouse, 2015 ; SALAS D. et BARANGER T., « Le juge des enfants fait-il encore autorité ? », *Adolescence*, 2009/2, n° 68, pp. 399-413, [en ligne] <http://www.cairn.info/revue-adolescence-2009-2-page-399.htm>

³⁰⁷ LAZERGES C., « La sanction des mineurs : fuite en avant », CRDF, n°3, 2004, pp.68-74 ; « Les principes directeurs du droit pénal des mineurs », in KHAÏAT L. & MARCHAL C. (dir.), *Enfance dangereuse, enfance en danger ?*, Érès, Toulouse, 2007, pp. 163-174.

³⁰⁸ LAZERGES (1998), SCHOSTEK (2002), BENISTI (2004, 2011), KLARSFELD (2006), VARINARD (2008), RUESTCH (2010), BOCKEL (2010), REYNES (2011), LACHAUD (2011). Tous ces rapports sont consultables dans le site de la documentation française, de l'Assemblée nationale ou du Sénat.

reprises dans le projet de code de justice de mineurs (jamais adopté) et dans plusieurs reformes partielles ultérieures de l'ordonnance. Mais, jusque-là le système pénal français semble manifestement être dépassé par sa délinquance juvénile qui a un arrière-goût culturel et ethnique. Et, jusqu'à ces jours les textes 45 et 58 constituent le socle, ou encore le fer de lance, du DPM en droit français : le premier se rapporte au mineur-délinquant, et le second, revu en 2007, au mineur en danger.

145/. Ce changement d'orientation en droits internes de la responsabilité pénale des mineurs va avoir une incidence sur le droit international des droits de l'Homme que nous aborderons au point suivant.

§2. Emergence d'une approche garantiste en droit international

146/. Les droits nationaux s'inscrivent, de plus en plus, dans un processus de transfert et d'internationalisation des normes qui n'épargne pas les droits des mineurs³⁰⁹. Nombreux instruments internationaux relatifs aux droits de l'enfant ont favorisé, à des degrés différents³¹⁰, l'émergence des règles de protection de l'enfance au niveau interne. « La justice

³⁰⁹ DROUX J., « L'internationalisation de la protection de l'enfance : acteurs, concurrences et projets transnationaux (1900-1925) », *Critique internationale*, 2011/3, n° 52, pp.17-33, [en ligne] <http://www.caim.info/revue-critique-internationale-2011-3-page-17.htm>

³¹⁰ Il est souvent affirmé que les traités internationaux relatifs aux droits humains sont « self-executing » mais la pratique, le cas de la CIDE à l'appui, a démontré la relativité de cette affirmation. Malgré l'autorité que le droit interne reconnaît aux conventions internationales, la réception et l'application de ces dernières, quelle que soit leur substance, dépendent souvent d'un cumul d'éléments issus des règles et pratiques constitutionnelles propres à chaque Etat. En premier lieu, les Etats optent théoriquement pour le système moniste ou dualiste. Pour le dernier courant, le système international et le système interne sont distincts, égaux et indépendants à tel enseigne que la règle internationale doit être reprise par une norme nationale (norme d'habilitation ou de transposition) pour intégrer l'ordre interne et produire des effets ; mais, d'après la première doctrine, les deux systèmes forment un tout inséparable : le premier s'incorpore - en tant que tel - dans l'ordre juridique national (art. 53-55 *fine* Const.fr ; 167 Const.be. ; 215 Const. RDC). Deux sous-théories monistes s'opposent également selon que prime le droit international ou le droit interne. Deuxièmement, chaque Etat prévoit toujours des conditions formelles et matérielles pour que les règles internationales soient réellement mises en œuvre dans son système juridique. Troisièmement, l'interprétation jurisprudentielle de ces règles peut diverger selon, soit les traités, soit les Etats (même de conception doctrinale identique), soit les ordres juridictionnels d'un même Etat. [C.E. [fr.] : Ass. 30/06/1952, *Dame Kirkwood* ; 03/11/1961, *Résolution de l'AG des NU* ; Ass. 20/10/1989, *Nicolo* ; 22/06/90 ; 27/06/ 2008, n°291561 ; Cass. [fr.] mixte. 24/05/1975, *Sté Café de Vabre* ; civ. 10/03/1993, *Eft Chloé* ; civ. 15/07/1993, civ. 18/05/2005, *Washington* ; civ. 14/06/2005 ; *Crim.*, 29/01/1997 ; C.E.[be]: 13/03/1964, n°10/501; 12/04/1989, n°32/346 ; Cass.[be]: 16/01 et 12/03/1968, 27/05/1971 (Pas., 1971, p. 886, *Le Ski*), 20/12/1990, 16/11/ 2004, Pas. 2004, n° 549 et 550]. Lire aussi : BONFILS P. & GOUTENOIRE A., *Op. cit.*, pp.33-43, 847-848 ; BRIBOSIA H., « Applicabilité directe et primauté des traités internationaux et du droit communautaire : réflexions générales sur le point de vue de l'ordre juridique belge », *RBDI*, 1996/1, pp.33-57 ; BUREAU D., « De l'application directe en France de la Convention de New York du 26 janvier 1990 sur les droits de l'enfant », *RCDIP*, 2005, p.679 ; CARREAU D., *Droit international*, Pédone, 9^{ème} éd., Paris, 2007, pp.451-456 ; COMBACAU J. et SUR S., *Droit international public*, LGDJ, 8^{ème} éd., 2012, Paris, pp. 180-186 ; FRANÇOIS L., « Le recours à une philosophie du droit dans la motivation de décisions juridictionnelles », *JT*, 2005, pp.261-266 ; GRANET-LAMBRECHTS F. et STRICLER Y., *JCP* 2005.II.10081, p.1183 ; HADDAD M., « L'invocation devant le juge belge de la convention relative aux

des mineurs est certainement le domaine des droits de l'enfant où la communauté internationale a le plus légiféré ces vingt dernières années »³¹¹. Mais cette impulsion internationale est loin d'être, en elle-même, claire et homogène. Deux raisons fondamentales peuvent être évoquées. La première, plus générale, est due au fait que l'ordre juridique international reste éminemment décentralisé dégageant à la fois une disparité normative et un système judiciaire non intégré ; la seconde, plus spécifique, est liée à la politique criminelle prônée par les instances internationales qui tend plus à poser des garanties processuelles qu'à régler des questions de fond. De cette régulation ciblée (A) du droit des mineurs, l'on peut néanmoins dégager quelques caractéristiques essentielles de cette responsabilité pénale(B).

A. Le cadre normatif de la responsabilité pénale des mineurs en droit international

147/. La quasi-totalité des règles internationales relatives à l'enfant n'abordent que très rarement les aspects pénaux. Les rares qui s'y consacrent, se rapportent essentiellement aux mineurs victimes d'infractions (ou d'autres abus), et subsidiairement, aux garanties procédurales et sanctionnelles dont bénéficient les mineurs-délinquants. La question de la responsabilité pénale des mineurs n'est généralement pas sujette à des règles claires et explicites pendant que le principe de la légalité criminelle est coulé dans le marbre en droit international. En effet, l'enfant a émergé sur la scène internationale, avant tout, comme un sujet vulnérable (victime principale de l'atrocité humaine et des calamités naturelles) qu'il a paru inopportun et paradoxal de penser, en même temps, à des règles juridiques instituant sa responsabilité pénale. Cette noble posture, ayant laissé libre action aux droits internes, a été depuis peu revue depuis que le système tutélaire est battu en brèche : l'on assistera, *crescendo*, à l'encadrement, par les normes supranationales, des législations internes de plus en plus diversifiées et caractérisées par un continuel alignement sur le modèle des adultes. Ce constat est remarquable aussi bien en droit onusien des droits de l'Homme (1) qu'en droits conventionnels des droits de l'Homme (2) pourtant réputés plus sensibles aux exceptions nationales.

droit de l'enfant », *RQDI*, 25.2 (2012), pp.175-194 ; JAMART J.S., « Observations sur l'argumentation : la primauté du droit international », *RBDC.*, 1999, pp.109-136 ; KAZADI MPIANA J., *La position du droit international dans l'ordre juridique congolais et l'application de ses normes*, Thèse, Rome, 2012, pp.27 et svt, 51-55, 64 et svt ; LUZOLO BAMBI L., « Droit congolais, droits de l'Homme et engagements internationaux », OIF, Séminaire international sur la gestion de la transition en RDC, 04/2004, [en ligne] <http://democratie.francophonie.org/IMG/pdf/V.B.2.pdf> ; VERHOEVEN J., *Droit international public*, Larcier, Bruxelles, 2000, pp.387-389, 454-467 ; UYTENDAELE M., *Précis de droit constitutionnel belge*, Bruylant, 3^{ème} éd., Bruxelles, 2005, pp.137 et svt.

³¹¹ ZERMATTEN J. [2007], art. précité.

1. Le cadre onusien de la responsabilité pénale des mineurs

148/. **L'approche stratégique des NU sur la justice des enfants occultant la théorie de la responsabilité pénale des mineurs.** Le droit onusien a toujours accordé depuis longtemps une place de choix à la primauté du droit, à la bonne administration de la justice et à la bonne gouvernance. Il reconnaît l'importance que revêtent ces objectifs dans la promotion de la paix et de la sécurité, dans la sauvegarde des droits humains³¹² et dans la réduction de la pauvreté et des inégalités. Ces engagements, qui se sont également invités dans les Objectifs du Millénaire pour le développement (Rés. 55-2, ONU/AG, 08/07/2000), se sont parfois avérés inefficaces et ineffectifs à l'égard des personnes vulnérables, particulièrement les femmes, les enfants ou les minorités, qu'il a fallu les renforcer par des normes de protection spécifiques. Raison de plus pour que l'essentiel des règles internationales relatives aux enfants se rapportent à leur protection contre les adoptions abusives, la maltraitance, leur participation aux hostilités ou toute exploitation quelconque *etc.*

149/. En effet, après le jalon jeté en 1924 et 1959³¹³, l'on assistera à un effacement de l'enfant sur la scène internationale, sauf en matière d'adoption. Les conventions traitant spécifiquement du mineur se sont raréfiées quoique les références indirectes à l'enfant peuvent être trouvées ci et là. En matière pénale, tout porte à croire que le droit international s'est cantonné à un rôle subsidiaire, se contentant d'observer ou d'entériner les apports tutélaires jusqu'au milieu des années 80 où réapparaîtront des instruments juridiques internationaux traitant spécifiquement la problématique de la justice des mineurs dans tous ses aspects. Le mineur-contrevenant³¹⁴ y trouvera une place de choix ; le mineur victime ou témoin

³¹² Notamment la DUDH, le PIDCP (art. 10.3), l'Ensemble de règles minima pour le traitement des détenus (art. 85.2).

³¹³ La Déclaration sur les droits de l'enfant (SDN, 26/09/1924) et la Déclaration des droits de l'enfant [Résolution 1386, XIV, ONU/A.G, 20/11/1959]. Sans oublier que l'ONU, au travers de l'article 25.2 de la DUDH de 1948, avait déjà estimé que : « *la maternité et l'enfance avaient droit à une aide et à une assistance spéciales* ».

³¹⁴ Ensemble de règles minima des Nations Unies concernant l'administration de la justice pour mineurs (« Règles de Beijing », Rés. 40/33, ONU/AG, 29/11/1985) ; les Règles minima des Nations Unies pour l'élaboration de mesures non privatives de liberté (« Règles de Tokyo », Rés. 45/110, ONU/AG, 14/12/1990) ; les Principes directeurs des Nations Unies pour la prévention de la délinquance juvénile (« Principes directeurs de Riyad », Rés. 45/112, ONU/AG, 14/12/1990) ; les Règles des Nations Unies pour la protection des mineurs privés de liberté (« Règles de La Havane », Rés. 45/113, ONU/AG, 14/12/1990) ; Résolutions 1996/13 du 23/07/1996 et 1997/30 du 21/07/1997 du CES relative à l'Administration de la justice pour mineurs ; les Directives relatives aux enfants dans le système de la justice pénale (« Directives de Vienne », Rés. 1997/30, ONU/CES, 25/02/1997) ; l'Observation N°10/2007 sur les droits des enfants dans la justice pour mineurs (CRC/C/GC/10, ONU/CDE, 25/04/2007, [en ligne] http://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/docs/CRC.C.GC.10_fr.pdf et http://www.unicef.org/french/protection/index_22129.html).

d'infractions ne sera pas, pour autant, oublié. Même, les mécanismes de justice transitionnelle intégreront aussi la situation particulière des enfants³¹⁵.

150/. **Les Règles de Beijing³¹⁶ et la CIDE, instruments innovateurs.** Aujourd'hui, l'appréhension de la substance du droit de la responsabilité pénale des mineurs passe par l'analyse de deux textes particuliers, à savoir, les règles de Beijing et la CIDE. Précurseur, le premier texte porte l'essentiel du régime juridique international des mineurs basé sur des standards minima de protection spécifique, essentiellement judiciaires et élevés au rang de droits fondamentaux³¹⁷. Sans force obligatoire cet instrument juridique sert de référence à plusieurs conventions internationales et législations nationales, et constitue jusqu'à ce jour la charpente du DPM en droit international. Le second texte, quant à lui, n'a pas apporté des innovations majeures de fond, mais a renforcé la juridicité de ce régime par le biais du principe de l'intérêt supérieur de l'enfant (ISE).

2. Les cadres régionaux de la responsabilité pénale des mineurs

151/. Au regard des systèmes juridiques nationaux pris en référence dans cette étude, nous n'aborderons ici que le cadre européen et le cadre africain.

2.1°. Au niveau européen

152/. Le droit européen se compose de deux systèmes autonomes mais pas étanches³¹⁸ : le droit communautaire (émanant de l'Union européenne) et le droit conventionnel régional (sous la houlette du Conseil de l'Europe). Conformément à leurs traités fondateurs et leurs règles de fonctionnement respectifs, ces organisations internationales comptent des organes dotés chacun des compétences spécifiques et agissant par des actes spécifiques de portée distincte. Il est fort probable que chacun de ces organes puisse prendre, dans les limites de ses compétences respectives, des actes relatifs à la délinquance juvénile. Cette multiplicité du pouvoir régulateur peut être perçue ; d'un côté, comme une faiblesse étant donné qu'elle appelle inéluctablement une disparité normative, – encore plus grande que celle du droit onusien –,

³¹⁵ Les Principes fondamentaux concernant le recours à des programmes de justice réparatrices en matière pénale (2000) ; Les Principes de base concernant le recours à des programmes de justice réparatrice en matière pénale (Rés. 2002/12, ONU/CES, annexe), Principe de Paris (2007).

³¹⁶ Ensemble de règles minima des Nations Unies concernant l'administration de la justice pour mineurs (Rés. 40/33, ONU/AG, 29/11/1985).

³¹⁷ BONFILS P. et GOUTTENOIRE A., *Op. cit.*, n°1360, p.847.

³¹⁸ La coopération, très intense depuis leurs genèses, entre ces deux organisations est actuellement régie par le *Mémoire d'accord* de 2007 (en ligne sur ec.europa.eu/justice/international-relations/files/mou_2007_fr.pdf). Toutefois, certains aspects de cette coopération sont portés par d'autres instruments (voir www.coe.int/t/der/eu_FR.asp).

amenuisant l'opérationnalité desdites normes ; mais d'un autre côté, comme une force par le fait qu'elle peut offrir une meilleure potentialité régulatrice ou normative, particulièrement pour le cas du droit communautaire qui est doté d'une plus grande force exécutoire³¹⁹. Hélas, la réalité semble confirmer la première hypothèse : le droit européen, particulièrement le droit communautaire, est encore moins audacieux que le droit onusien en matière de responsabilité pénale des mineurs.

153/. La difficile cohabitation du droit communautaire avec le droit pénal des mineurs. La problématique du laconisme du droit communautaire européen en matière de la délinquance des mineurs peut s'analyser sous deux aspects : celui du droit pénal et celui du droit des mineurs.

154/. Le droit communautaire européen et le droit pénal. Pour le premier aspect, il s'agit de relever *une faible opérabilité des règles pénales* dans le droit communautaire. En effet, même après une modification conséquente des structures communautaires afin de mettre en place un système de protection des libertés individuelles autres qu'économiques³²⁰, l'évolution des réglementations pénales n'a pas été assez significative, offrant aux Etats-membres des réserves suffisantes dans le domaine de la responsabilité pénale des mineurs. Depuis que le traité d'Amsterdam, à la suite du Traité de Maastricht (07/02/1992), avait transféré les matières du pilier relatif à la justice et aux affaires intérieures (sauf la coopération policière et la coopération en matière pénale) vers un autre pilier où la prise de décision était soumise à la supranationalité, la coopération en matière civile avança plus vite que celle en matière pénale. Le Traité de Lisbonne (19/10/2007), voulant mettre fin à ce décalage, intégrera la matière pénale dans le droit communautaire (art. 67.3 TFUE). Et ce, « après avoir inclus dans les acquis communautaires, les règles du Conseil de l'Europe sur l'extradition, l'entraide

³¹⁹ Le droit communautaire dérivé (ou le droit issu des institutions de l'Union) est caractérisé par deux principes cardinaux : la prévalence ou la primauté (CJCE : 15/07/1964, n° 6/64, *Costa/Enel* ; 09/03/1978, n° 106/77, *Simmenthal*) et l'effet immédiat (CJCE, 05/02/1963, n°26/62, *Van Gend en Loos*). A cet effet, il pourrait constituer un excellent tremplin pour la construction du droit pénal européen des mineurs.

³²⁰ Pour plus de détails sur la construction du droit communautaire européen, Lire : DUBOIS L & BLUMANN C., *Droit matériel de l'Union européenne*, LGDJ, 7^{ème} éd., Paris, 2015 ; HALPERIN J.L., *Histoire des droits en Europe*, Flammarion, Paris, 2004 ; ISAAC G. & BLANQUET M., *Droit général de l'Union européenne*, SIREY, 10^{ème} éd., Paris, 2012 ; RENUCCI J.F., *Droit européen des droits de l'Homme*, 3^{ème} éd., LGDJ, Paris, 2002 ; ZORGBIBE C., *Histoire de la construction européenne*, PUF, Paris, 1997 ; www.robert-schuman.eu/tout-comprendre-sur-le-traite-de-lisbonne.php ; La Documentation française, un dossier, *Le traité de Lisbonne : un nouveau cadre pour l'Union européenne* (www.ladocumentationfrancaise.fr/dossiers/traité-lisbonne/index.shtml) ; La Documentation française, *50ème anniversaire du traité de Rome, réalisations et défis européens* : (www.ladocumentationfrancaise.fr/dossiers/traité-rome-50e-anniversaire/index.shtml).

judiciaire en matière pénale et le transfert des personnes condamnées. Mais, malgré ces nouveaux pouvoirs accordés aux institutions européennes, le droit pénal communautaire restera parent pauvre »³²¹.

155/. **Le droit communautaire européen et le droit des enfants.** Du côté du droit des mineurs, il faut relever *une faible référence à l'enfant* par le droit communautaire. Ce dernier, dès ses origines, n'a jamais directement fait allusion à l'enfant³²², comme sujet particulier du droit : « il ne l'a envisagé que de manière parcellaire, comme travailleur, comme consommateur, ou à l'égard de la discrimination entre femmes et hommes dans le cadre de l'activité économique »³²³. Le faible référencement, jusqu'à une époque récente, à la CIDE ou au principe de l'ISE dans les règlements européens et la jurisprudence de la Cour de Luxembourg en témoigne davantage. Ce n'est que depuis peu que l'on observe une profonde détermination de l'UE à doter son droit, sur base du droit onusien, – particulièrement de la CIDE –, et de la Charte des droits fondamentaux, d'un régime cohérent orientant toutes ses actions dans le domaine de l'enfance³²⁴. Mais, cette recherche du statut juridique de l'enfant européen n'a donné lieu, à son tour, qu'à une réponse exclusivement orientée vers le droit privé international³²⁵. Par ailleurs, étant donné que les droits des mineurs sont généralement

³²¹ MELNIC V., « La responsabilité pénale des mineurs dans le droit européen », *Revista*, N° 3-4, 2010 ; en ligne sur <http://studiijuridice.md/revista-nr-3-4-2010/la-responsabilitate-penale-des-mineurs-dans-le-droit-europeen>

³²² Voir art. 38.3 TUE, 67 et 79 TFUE ; GAUTIER M., « Les mineurs dans le droit primaire communautaire », in *Mineurs et droits européens*, Pedone, Paris, 2012, p.17 ; GOUTTENOIRE A., « La consécration de l'intérêt supérieur de l'enfant dans l'Union européenne », in TINIERE R. & VIAL C. (dir.), *Protection des droits fondamentaux dans l'union européenne : entre évolution et permanence*, Bruylant, Bruxelles, 2015, pp.233-246.

³²³ Lire avec intérêt ; BONFILS P. & GOUTTENOIRE A., *Op. cit.*, 1^{ère} éd, 2008, n°51, p.24 à comparer avec la deuxième édition du même ouvrage (2011), n° 87-90, pp.57-61.

³²⁴ La consécration par la Charte européenne des droits fondamentaux du principe de l'intérêt supérieur de l'enfant (art. 24), marque une étape décisive dans la reconnaissance et l'autonomisation des droits de l'enfant en droit communautaire (CJCE : 14/02/2008, n° C-244, *Dynmanic Mediem Vertriebs GmbH c/ Avides Media AG* ; 02/04/2009, C-523/07, *Koerkein* (Demande préjudicielle) ; 23/12/2009, n° C-403/09, *Déticek c/ Sgueglia* ; 01/07/2010, C-211/10, *Doris Povse c/ Mauro Alpago* ; Directive 2011/95/UE du Parlement et du Conseil du 13/12/2011). Des nouvelles structures, destinées à renforcer la capacité des institutions de l'Union à traiter les questions relatives aux droits de l'enfant ont même été créées (Forum européen sur les droits de l'enfant et son groupe de pilotage, groupe interservices de la Commission, coordinateur de la Commission pour les droits de l'enfant) ; posant ainsi les bases de l'élaboration de politiques fondées sur des éléments factuels et accroissant l'interaction entre les différentes parties prenantes.

³²⁵ Le règlement n°2201-2003 du 27/11/2003, entrée en vigueur le 01/03/2005, appelé communément « Règlement Bruxelles II bis » constitue apparemment, avec Directive 2011/95/UE du Parlement et du Conseil du 13/12/2011, l'un des rares textes exécutoires du droit dérivé communautaire traitant une matière relative à l'enfance. Contrairement à son prédécesseur, le Règlement 1347-2000 du 29/05/2000 (« Bruxelles II ») dont le champ d'application se limitait à la compétence, la reconnaissance et l'application des décisions en matière matrimoniale et en matière des droits parentaux, il traite les conflits de lois et des juridictions en matière matrimoniale (procédures de divorce, annulation mariage et séparation de corps), en matière de responsabilité parentale (quelle que soit la nature de la filiation) et en matière d'enlèvement transfrontalier d'enfants. Lire à ce sujet, FARGE M., « Les réalisations de l'Union européenne concernant l'enfant : Le

saisis via les droits parentaux (ou droit de la famille), – matière encore soumise au procédé décisionnel d'unanimité malgré son passage dans un pilier communautarisé –, l'Union est obligée de prendre en compte les règles nationales d'agencements entre l'autorité parentale et la reconnaissance progressivement des certains droits aux jeunes. Or, dans ces domaines, les différences culturelles et sociales entre les Etats sont très visibles et importantes qu'une harmonisation paraît très difficile. Raison pour laquelle, cette organisation internationale procède souvent par voie d'incitation (« *softlaw* »³²⁶).

156/. **Le dynamisme du droit pénal conventionnel des mineurs.** En revanche, le Conseil d'Europe a toujours fait preuve d'un intérêt ainsi qu'un activisme particulier en matière de droit des mineurs. La matière est abordée, soit dans un cadre général des droits humains, – dès lors toutes les conventions, directives ou règlements renforçant les droits de la personne³²⁷ sont également applicables aux mineurs –, soit dans un cadre très spécifique, c'est-à-dire, lorsqu'il s'agit d'une réglementation relative à un aspect particulier de droit des mineurs, notamment le DPM³²⁸. A côté de ces actes, le Conseil entreprend aussi des vastes programmes

règlement Bruxelles II bis », Informations sociales, 2006/1, n° 129, pp.70-83 ; consultable en ligne sur <http://www.caim.info/revue-informations-sociales-2006-1-page-70>

³²⁶ Communication de la Commission intitulée «Vers une stratégie européenne sur les droits de l'enfant», COM(2006) 367 final, disponible sur <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2006:0367:FIN:FR:PDF> ; Résolution du Parlement européen du 16/01/2008 (2007/2093 INI) intitulée : «Vers une stratégie européenne sur les droits de l'enfant», disponible sur : <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=TA&language=FR&reference=P6-TA-2008-0012> ; Communication du 15/02/2011 de la Commission intitulée au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions intitulé « Programme de l'Union européenne en matière de droits de l'enfant », COM(2011) 60 final, [en ligne] http://ec.europa.eu/justice/policies/children/docs/com_2011_60_fr.pdf ; Communication du 06/05/2010 de la Commission au Parlement européen, sur le "Plan d'action pour les mineurs non accompagnés (2010-2014)" (COM 2010/0213) ; Résolution du Parlement européen du 12/09/2013 sur la situation des mineurs non accompagnés dans l'Union européenne (2012/2263 INI).

³²⁷ Conv. européenne sur d'extradition ; Conv. européenne pour la prévention de la torture et les peines ou traitements inhumains ou dégradants ; Conv. européenne d'entraide judiciaire en matière pénale ; Conv. européenne visant les prisonniers sous condition ou les indicateurs sous libération conditionnelle ; Conv. sur le transfert des procédures en matière pénale ; Rec. du Comité des Ministres sur les Règles pénitentiaires européennes ; Rec. 22 (2000) du Comité des Ministres aux Etats membres visant à stimuler la mise en œuvre du règlement européen sur les sanctions et les mesures communautaires ; Rec.(2006) 13 du Comité des Ministres aux Etats membres sur l'enquête en état d'arrestation préventive, les conditions et les garanties contre les abus, qui prévoit que l'arrestation préventive ne devrait pas cesser le traitement pénal et l'éducation des mineurs ou d'interférer avec le système éducatif plus avancé ; Rec. 19 (99) du Comité des Ministres visant les cas de médiation pénale.

³²⁸ Rés. (66)25 sur le traitement de courte durée des jeunes délinquants de moins de 21 ans, 30/04/1966 ; Rés.(77)33 sur le placement des enfants, Com.Min., 03/11/1977 ; Rés. (78)62 sur la délinquance juvénile et la transformation sociale, Com.Min., 29/11/1978 ; Recom. n° R(87)20 sur les réactions sociales à la délinquance juvénile, Com.Min., 17/09/1987 ; Rec. n° R(88)6 sur les réactions sociales au comportement délinquant des jeunes issus des familles migrantes, Com.Min., 18/04/1988 ; la Recommandation Rec(2000)20 sur le rôle de l'intervention psychosociale précoce dans la prévention des comportements criminels, Com.Min., 06/10/2000 ; la Recommandation Rec(2003)20 concernant les nouveaux modes de traitement de la délinquance juvénile et le rôle de la justice des mineurs, Com.Min., 24/09/2003 ; Recommandation Rec(2006)2 sur les règles pénitentiaires européennes, Com.Min., 11/01/2006; Lignes directrices visant à améliorer la mise en œuvre de la Recommandation existante concernant la médiation en

et actions³²⁹ de sensibilisation sur la nécessité de protéger les enfants à l'échelon paneuropéen. Il justifie son dynamisme par le souci de réduire le décalage qui existe entre la norme et la pratique étant donné qu'il règne encore une différence importante entre « le discours relatif aux droits humains et la réalité des mesures prises à l'égard de nombreux enfants dans le cadre de la justice pénale des mineurs »³³⁰.

157/. L'apport de la Cour européenne des droits de l'Homme sur la question de la responsabilité pénale des mineurs. Mais, ces règles conventionnelles sont très nombreuses et diversifiées qu'il est difficile de les regrouper, de les catégoriser pour en faire ressortir des traits caractéristiques. On leur reproche aussi le manque d'effet uniformisateur étant donné que leur mise en œuvre est volontariste. C'est justement sur cet aspect que se relève l'intérêt de la CEDH. Bien que la CESDH ne comprend pas aussi des dispositions qui visent expressément à protéger les droits de l'enfant, – à l'exception des articles 5§1(d), 2 du Protocole n° 1 et 5 du Protocole n° 4 –, la CEDH reste le fer de lance de l'harmonisation ou de l'uniformisation du droit européen, particulièrement du DPM. Et ce, malgré que sa jurisprudence n'intervienne qu'en référence à des causes spécifiques. C'est, en effet, dans sa jurisprudence que se profile un statut pénal exécutoire du mineur en droit européen. Car, nonobstant le timide référencement l'enfant dans le texte originel, les Etats n'ont trouvé aucun inconvénient que ce dernier, en tant que « personne humaine », jouisse également des tous les droits conventionnellement garantis, y compris celui de saisir la Cour (art. 1 et 34 CESDH). Certaines dispositions de la Convention³³¹ ont, donc, été plus fréquemment utilisées par l'ancienne Commission européenne des droits de l'Homme, puis par la Cour elle-même pour protéger et promouvoir les droits de l'enfant. A la recherche d'une légitimité à cette extension

matière pénale, Doc. CEPEJ(2007)13 ; Résolution (2000)2 sur une justice adaptée aux enfants, conf. Min.Just., 25/10/2007 ; Recommandation Rec(2008)11 sur les règles européennes pour les délinquants mineurs faisant l'objet de sanctions ou de mesures, Com.Min., 05/11/2008 ; Lignes directrices du Conseil de l'Europe sur une justice adaptée aux enfants, 17/11/2010, disponible sur [https://wcd.coe.int/wcd/ViewDoc.jsp?Ref=CM/Del/Dec\(2010\)1098/10.2abc&Language=lanFrench&Ver=app6&Site=CM&BackColorInternet=DBDCF2&BackColorIntranet=FDC864&BackColorLogged=FDC864](https://wcd.coe.int/wcd/ViewDoc.jsp?Ref=CM/Del/Dec(2010)1098/10.2abc&Language=lanFrench&Ver=app6&Site=CM&BackColorInternet=DBDCF2&BackColorIntranet=FDC864&BackColorLogged=FDC864)

³²⁹ « Construire une Europe pour et avec les enfants », 2006 ; Conférence sur la « Justice internationale pour les enfants » (Strasbourg, 17-18/09/2007) ; Stratégie de Stockholm (2006-2009 et 2009-2011) ; Stratégie du Conseil de l'Europe sur les droits de l'enfant (2012-2015).

³³⁰ Commentaire sur les règles européennes pour les délinquants mineurs faisant l'objet de sanctions ou de mesures, [en ligne] http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/prisons/Commentaire_Rec_2008_11.pdf; *Compilation de textes relatifs à une justice adaptée aux enfants*, Conseil de l'Europe, Direction générale des droits de l'Homme et des affaires juridiques, F-67075, Strasbourg, Mai 2009.

³³¹ Art. 2 (droit à la vie), 3 (interdiction de la torture), 4 (interdiction de l'esclavage et du travail forcé), 5 (droit à la liberté et à la sûreté, durée de la détention), 6 (droit à un procès équitable) et 8 (droit au respect de la vie privée et familiale).

prétorienne des droits conventionnellement garantis, la Cour s'est mise à viser des textes internationaux onusiens (particulièrement la CIDE) et européens relatifs à l'enfant. Elle dotera, de ce fait, d'une force obligatoire certaines règles de droit des mineurs déjà consacrées en droit international et militer pour la construction d'un droit pénal spécifique relatif aux mineurs.

158/. **Les principes essentiels du droit pénal des mineurs en droit européen.** Ainsi, de manière générale, hormis les principes de l'ISE et de l'autonomie des droits de l'enfant qui induisent toutes les règles européennes relatives à la gestion de la délinquance des mineurs, l'on distingue donc deux types des règles ; d'une part, celles relatives au procès équitable, et d'autre part, celles liées à la sanction pénale. Dans la première catégorie, il s'agit notamment du *droit de l'enfant à être entendu*³³² dans toutes les procédures judiciaires le concernant et du *droit de l'enfant à un procès adapté*. A ce sujet, la CEDH ne cesse de rappeler régulièrement l'importance d'une procédure qui réunit de moyens favorisant la compréhension du procès par le mineur proportionnellement à son âge, son degré de maturité et de ses capacités intellectuelles et émotionnelles³³³. Il doit, à cet effet, être reconnu au mineur certaines garanties notamment ; l'accès au juge, l'assistance et la présence de l'avocat dès le début de la garde à vue, l'abandon d'un certain formalisme, la séparation des fonctions judiciaires, et même la légalité des toutes les décisions prononcées en son encontre. Dans la seconde catégorie, il s'agit principalement de la brièveté et la nécessité (caractère *ultima-ratio*) de la sanction pénale³³⁴. Si l'opérationnalité de ces règles n'est plus aujourd'hui à démontrer, le mineur européen court, toutefois, certains dangers au regard ; d'une part, de la liberté de mouvement (accès à l'éducation dans différents pays, la liberté de circulation et de ménage) qu'offre le continent, et d'autre part, de l'absence de standardisation des règles spécifiques relatives à la notion de la responsabilité pénale. Les positions nationales relatives à ces questions restent fort diversifiées : les mêmes faits sont pénalisés différemment et l'âge de la responsabilité pénale est aussi différemment et individuellement fixé par les Etats. La

³³² Règlement de Bruxelles II : Ce principe, qui se veut de portée générale, postule pour l'audition volontaire de l'enfant (victime ou témoin), surtout si l'issue du procès aura une incidence sur ses droits ou sa vie.

³³³ 24/08/1993, n°13924/88, *Nortier c/ Pays-Bas* ; 16/12/1999, n° 24888/94 et n° 24724/94, *V & T c/ RU* [GC] ; 15/06/2004, n° 60958/00, *S.C c/RU* ; 20/01/2009, n° 70337/01, *Güveç c/ Turquie* ; 02/03/2010, n°54729/00, *Adamkiewicz c/ Pologne*.

³³⁴ 11/01/2011, n° 40386/06, *Ali c/ RU*. Par ailleurs, le contrôle de la Cour s'étend aussi à la rétention administrative des mineurs accompagnés (*Muskhadzhiyeva et autres c/ Belgique*, n° 41442/07, 19/01/2010 ; *Kanagaratnam et autres c/ Belgique*, n° 15297/09, 13/12/2011 ; *Popov c/ France*, n° 39472/07 et 39474/04, 19/01/2012) ou non accompagnés (*Mubilanzila Mayeka et Kaniki Mitunga c/Belgique*, n°13178/03, 12/10/2006 ; *Rahimi c/ Grèce*, n°8687/08, 05/04/2011).

minorité pénale est-elle un état des personnes afin que le mineur l'emporte partout où il va, rendant ainsi sa loi nationale compétente pour les infractions commises par lui ou sera-t-elle inopérante face à la *lex loci delicti commissi* (loi du lieu de la commission des faits) ? La question reste donc ouverte.

2.2°. Au niveau africain

159/. Sur le plan africain, la problématique de la responsabilité pénale des mineurs peut aussi être analysée sous deux aspects, celui des mécanismes africains de protection des droits de l'Homme, ou celui du droit conventionnel africain des mineurs.

160/. **La responsabilité pénale des mineurs via le contrôle de la légalité criminelle dans le système africain de protection des droits de l'Homme.** Le principe de légalité criminelle est reconnu en droit conventionnel africain, notamment par les articles 6 et 7 al.2 de la Charte africaine des droits de l'Homme et des peuples (CADHP)³³⁵. Mais l'analyse de sa portée est rendue difficile par la complexité du système continental de protection des droits de l'Homme qui est composé des multiples instruments³³⁶ et organes³³⁷. S'il ne faut s'en tenir

³³⁵ Adoptée le 27/06/1981 à Nairobi (Kenya) lors de la 18^{ème} Conférence des chefs d'Etats et de gouvernements de l'OUA (devenue UA depuis le 26/05/2001), entrée en vigueur le 21/10/1986, après avoir été ratifiée par 25 Etats, elle est ratifiée par tous les Etats africains, à l'exception du Maroc qui s'est retiré de l'Organisation en 1984.

³³⁶ D'une part, il y a les instruments de protection des droits de l'Homme adoptés dans le cadre de l'UA; la CADHP (1981), la Conv. régissant les aspects propres aux problèmes des Réfugiés en Afrique (1969), CADBE (1990), la Conv. sur la prévention et la lutte contre le terrorisme (1999), le Protocole à la CADHP relatif aux droits des femmes (2003), la Conv. sur la prévention et la lutte contre la corruption (2003), la Charte africaine sur la démocratie, les élections et la gouvernance (2011), la Conv. sur la protection et l'assistance aux personnes déplacées en Afrique (2009, Non entrée en vigueur). D'autres part, il existe aussi le droit primaire (les traités constitutifs) et le droit dérivé (les actes des différentes organes) des organisations économiques ou monétaires sous-régionales qui, soit s'engagent à respecter les droits garantis par la CADHP, soit proclament d'autres droits supplémentaires, soit encore prévoient dans le cadre de la régulation par le droit du processus d'intégration des incriminations spécifiques.

³³⁷ Avec une douzaine des juridictions régionales, l'Afrique détient la palme de « prolifération » du régionalisme juridictionnel. Et, si l'on ne s'intéresse qu'à celles qui peuvent concerner la RDC, l'on peut en dénombrer la moitié. Il s'agit de : la Commission africaine des droits de l'Homme et des peuples (1987), la Cour africaine des droits de l'Homme et des peuples (1998 : adoption du protocole, 2004 : entrée en vigueur, 2009 : premier arrêt rendu), la Cour de Justice de l'Union africaine, la Cour africaine de Justice et des droits de l'Homme (2004 : Décision de création), la Cour commune de justice et d'arbitrage de l'OHADA ainsi que les cours sous régionales (Cours de justice de la SADC, de CEMAC et de la CEAE) qui ont compétence pour tous litiges concernant l'application de leurs traités constitutifs respectifs. Certaines de ces instances n'ont jamais été opérationnelles et ne le seront, sans doute, jamais (Cour de la CEMAC, Cour de justice de l'Union africaine) ; certaines autres sont intérimaires ou sont appelées à disparaître (Cour africaine des droits de l'Homme et des peuples fusionnera avec la Cour de justice de l'UA pour devenir la Cour Africaine de justice et des droits de l'Homme). Voir ; BOUKONGOU J.D, « L'attractivité du système africain de protection des droits de l'Homme », In In *CRDF*, n°5, 2006, pp.97-108.; BURGORGUE-LARSEN L., « Le fait régional dans la juridictionnalisation du droit international » In *La juridictionnalisation du droit international*, Colloque de Lille de la SFDI, Pedone, Paris, 2003, [consultable en ligne sur] https://www.univ-paris1/fileadmin/IREDIES/Contributions_en_ligne/L.BURGORGUE-LARSEN/Lefaitregional-

qu'à la Commission africaine des droits de l'Homme et des peuples (CmADH), qui est restée la seule instance de protection des droits de l'Homme effectivement opérationnelle sur le continent malgré la mission et les moyens extrêmement limités qui lui ont été confiés, il s'avère que de ses deux cent huit décisions rendues³³⁸, cinquante-neuf (soit 28%) portent sur la violation alléguée des articles six (32) et sept (27) de la Charte. Ces deux clauses occupent respectivement la 1^{ère} et 2^{ème} place des fondements de communications³³⁹. La quasi-totalité de toutes ces décisions portent sur le droit au procès équitable (art. 7a.1) et le droit à la sûreté (art.6) en condamnation des arrestations arbitraires, des pseudos-procès et des délais de jugements extrêmement longs qui caractérisent l'univers judiciaire et politique africain. Seules deux³⁴⁰ d'entr'elles concernent réellement la légalité des incriminations (art. 7.2) ; Et, ces deux cas ont porté sur la rétroactivité de la loi pénale plutôt que le principe de clarté et précision des incriminations. Pendant que cette question ne cesse d'alimenter la doctrine et la jurisprudence européenne (conventionnelle et constitutionnelle), l'on ne cessera jamais de se demander pourquoi la CmADH, qui depuis quelques temps ne se cache plus de s'inspirer de la jurisprudence des Cours européenne et interaméricaine des droits de l'Homme³⁴¹, n'a pas saisi l'occasion lors de ses saisines relatives à la violation de l'article 7.2 de la Charte pour dresser un état des lieux complet de la question de la légalité criminelle afin de prévenir les violations futures et éventuelles. La Cour africaine des droits de l'Homme et des peuples, créée en vue de compléter et renforcer la mission dévolue à la CmADH par les Etats parties à la CADHP, a aussi manqué cette occasion dans son premier arrêt du 15/12/2009 (*YOGOGOMBAYE c/ Sénégal*)³⁴². Il se pourrait que la CCJA de l'OHADA soit appelée à se prononcer sur la question de la légalité criminelle. L'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et des groupements d'intérêt privé³⁴³ prévoit, dans sa troisième partie, des

[SFDI_1.pdf](#) ; *La Cour africaine des droits de l'Homme et des peuples : vers la Cour africaine de Justice et des droits de l'Homme*, Guide pratique, FIDH, [en ligne] www.fidh.org; MUTOY MUBIALA, *Système régional africain de protection des droits de l'Homme*, Bruylant, Bruxelles, 2005.

³³⁸ Pour plus des détails (jurisprudence et statistiques) : <http://caselaw.ihlda.org/fr/acmhpr/> , www.achpr.org

³³⁹ La communication est l'une des voies par laquelle statue la commission.

³⁴⁰ 22/05/1995, n°101/93, *Civil Liberties Organisation c/ Nigéria*, §.13 ; 31/10/1998, n°105/93-128/94-130/94-152/96, *Media Rights Agenda, Constitutional Rights Project, Media Rights Agenda & Constitutional Rights Project c/ Nigéria*, §§.58-60.

³⁴¹ OLINGA A., « Les emprunts normatifs de la commission africaine des droits de l'Homme et des peuples aux systèmes européen et interaméricain de garantie des droits de l'Homme », *RTDH*, n° 62/2005, pp.500-537.

³⁴² Rappelons que dans cette affaire, Mr. Yogogombaye, de nationalité tchadienne, a introduit, sur base de l'art. 7.2 CADHP, une instance contre la République du Sénégal qui, conformément au mandat lui confié par la Conférence de l'UA [Assemblée/AU/Dec. 127 (VII), Banjul(Gambie), 02/07/2006 ; Assemblée/AU/Dec.157 (VIII), Addis-Abeba (Ethiopie), 30/07/2007] pour juger l'ex-chef d'Etat tchadien Hissein HABRE, a dû adopter une loi portant modification de la Constitution et autorisant la rétroactivité des lois pénales en vue de poursuivre uniquement et seulement le sieur HABRE. Mais comme toute première décision d'une juridiction internationale, la Cour s'est cantonnée à préciser sa sphère de compétence et ses modalités de saisine.

³⁴³ Du 17/04/1997 remplacé par celui du 30/01/2014.

incriminations en laissant aux Etats-parties le soin de fixer les peines. Hormis le fait qu'elle pourrait favoriser un dumping pénal (*criminal Safe heaven*), cette situation inédite porte des germes des conflits juridiques (de fond et de forme) : l'affaire Mr EEE c/ Port autonome de Douala³⁴⁴ est suffisamment éloquente.

161/. Dans ce maigre contentieux continental de la légalité pénale, le droit de l'enfant ne figure nulle part pendant que nombreux rapports des NU, de ses organisations spécialisées et des ONG tant nationales qu'internationales relèvent d'innombrables cas où les mineurs sont maltraités, jetés en prison sans un acte juridictionnel sans être entendus et sans avoir la possibilité de contester la licéité de leur détention³⁴⁵, et même, condamnés à des lourdes peines contrairement à ce que prévoient les textes nationaux et internationaux. Toutes ces violations de droits de l'Homme sont susceptibles d'être déférées devant les juges régionaux ou sous-régionaux au regard des dispositions pertinentes des conventions respectives qu'ils sont appelés en assurer l'application. Cependant, aucune d'elles n'a abouti jusque-là à une saisine du juge supranational ou à une décision juridictionnelle : l'on ne s'arrête qu'aux simples dénonciations. L'on peut donc s'interroger sur les raisons de cette léthargie des justiciables à qui est pourtant offerte une voie, non la moindre, de contestation. Est-elle liée à la mentalité africaine qui privilégie l'arbre à palabre au palais et/ou qui juge inopportune une action en justice dès lors qu'a cessé la violation ou l'acte délictueux ? Ou est-elle consécutive à la problématique de l'effectivité de ce contrôle juridictionnel ? En d'autres termes, est-ce l'aptitude de ces juridictions à émuler réellement les systèmes nationaux des Etats-membres vers la voie du respect des droits de l'Homme qui est remise en doute ? Car, « quelle que soit l'ampleur de leurs déclarations, les droits proclamés restent dépourvus de sens, à défaut des mécanismes garantissant [leur] application effective... »³⁴⁶. C'est là qu'apparaît la faiblesse

³⁴⁴CCJA, 07/06/2012, n° 053/2012, Pourvoi n°059/2009/PC du 19/06/2009. Dans cette première affaire pénale connue par cette Cour, Monsieur EEE se pourvoit en cassation contre un arrêt de la CA de Wouri (Cameroun) qui avait confirmé sa condamnation à une peine de 15 ans d'emprisonnement ferme pour détournement de deniers publics (art. 187 CP camerounais) ; pendant que les mêmes faits étaient, d'après l'acte uniforme, constitutifs d'abus des biens sociaux qui est réprimé moins lourdement. Mais la CCJA, au visa de l'art. 14 al.3-4 du traité, s'est déclarée incompétente au motif que la décision attaquée concernait l'application des sanctions pénales. Cette décision est beaucoup critiquée étant donné qu'il s'est bien agi d'une question de l'identification de la norme applicable au litige et non seulement celle relative à la sanction.

³⁴⁵ art. 5 CESDH et 9 PIDCP ; CEDH : 23/11/1993, n°13190/8, *Navarra c/ France*, §.24 ; 26/09/1997, n°19800/92, *RMD c/ Suisse*, §.50 ; Obs. gén. n°8(16), 30/06/1982, §.1 [Doc. O.N.U., CCPR/C/21/Rev. 1] ; Rapport du Groupe de travail de la Commission des droits de l'Homme des Nations Unies [Résolution 1235-XLII, 06/06/1967, <http://www.ohchr.org/Documents/Publications/FactSheet26fr.pdf>].

³⁴⁶ FAVOREU et al.[2016b], *Op. cit.*, p.410.

du droit conventionnel africain et le caractère novateur du dispositif européen de protection de droit de l'Homme³⁴⁷.

162/. **La responsabilité pénale des mineurs via le droit conventionnel africain de l'enfant.** L'Afrique a été jusqu'en 1996, année de l'adoption de la Convention européenne sur l'exercice des droits des enfants, le seul continent à avoir adopté un texte spécifiquement dédié aux droits de l'enfant à la suite de la CIDE. LA CADBE est un instrument à caractère général qui ; d'une part, s'inspire principalement de la Déclaration sur les droits et le bien-être de l'enfant africain (adopté par l'OUA en juillet 1979) et de la CIDE (dont elle recopie quasiment à l'identique certaines dispositions), et d'autre part, « égrène une série de normes hautement innovatrices allant au-delà des exigences de la CIDE »³⁴⁸. Rappelant la position unique et privilégiée qu'occupe l'enfant dans la société africaine et conscient des enjeux politiques, économiques et sociaux qui caractérisent le continent, elle fait de la contextualisation du droit de l'enfant sa principale mission. C'est pourquoi, elle n'hésite pas à consacrer en droit fondamental ; la protection contre l'apartheid, le droit à la sécurité sociale, le droit à l'eau, le droit à une bonne nutrition (le problème de la malnutrition)³⁴⁹. Toutefois, certaines de ses prérogatives apparaissent plus comme des « objectifs conventionnels »³⁵⁰ ou

³⁴⁷ On a, à tort, expliquer la faiblesse du système africain de protection des droits de l'homme uniquement par le verrou de la saisine individuelle (inefficacité, inexistante ou épuisement de la saisine interne et la reconnaissance l'Etat d'appartenance du requérant de la compétence de la juridiction concernée) des juridictions régionales. Or, ces conditions de saisine ne sont pas si différentes de celles CEDH dont l'activisme dans l'univers politique et juridique européen n'es plus à démontrer.

³⁴⁸ AYISI A. *et alii*, « Droits et misères de l'enfant en Afrique Enquête au cœur d'une " invisible " tragédie », *SEDOS Bulletin*, vol. 35, n° 3-4, mars-avril 2003, pp. 42-48, [en ligne] <http://www.africamission-mafr.org/enfantafricain.htm> du 23/02/15; Études 2002/10, Tome 397, pp. 297-309, [en ligne] <http://www.caim.info/revue-etudes-2002-10-page-297.htm>.

³⁴⁹ KIENGE KIENGE INTUDI.R., « Quelques spécificités de la charte africaine des droits et du bien-être de l'enfant », *Zaire-Afrique*, n° 295, Kinshasa, Mai 1995.

³⁵⁰ Référence faite à une des sources du droit constitutionnel français : l'« objectif constitutionnel ». En effet, le bloc de constitutionnalité français est composé, hormis les normes constitutionnelles écrites, des principes à valeur constitutionnelle dégagés par le juge (PFRLR), des exigences constitutionnelles et des objectifs constitutionnels. Ces derniers sont formulés à l'intention du législateur pour orienter son action. Ils ne constituent qu'une obligation de moyen laissant au législateur une grande marge de manœuvre dans leur mise en œuvre. A ce titre, ils ne sont pas purement des droits subjectifs mais des impératifs liés à la vie en société : ils ont, donc, une moindre force normative. Il s'agit notamment de ; la sauvegarde de l'ordre public (DC n°89-261, 28/07/1989), droit à un logement décent (DC n° 94-359, 19/01/1995), l'accessibilité et l'intelligibilité de la loi (DC n°99-421, 16/12/1999), la protection de la santé publique (QPC n°212-248, 16/03/2012). Tel est aussi le régime des certains droits consacrés par la CADBE : le cas des obligations mises à charge des États de veiller à ce que tous les secteurs de la société soient informés sur les avantages de l'allaitement au sein, l'hygiène du milieu, la prévention des accidents domestiques. FAVOREU L., PHILIP L. et al., *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Dalloz, 18^{ème} éd., Paris, 2016, p. XXIX ; JOXE P., « les Principes généraux de droit ayant valeur constitutionnelle », Allocution présentée lors de la Conférence organisée en marge du IXème Sommet de la Francophonie tenu du 18-21/10/2002 à Beyrouth en ligne sur <http://www.cedroma.usj.edu.lb/pdf/dencom/joxe.pdf>; Mathieu E., « Commentaire de la QPC N° 2012-248 QPC du 16/05/2012 ».

des projets de développement que des droits subjectifs. Il est aussi reconnu à l'enfant, non seulement des droits, mais aussi des devoirs. Ces derniers leurs attribuent certaines responsabilités vis-à-vis de leurs familles, de leurs communautés et de leurs Etats respectifs (art. 31).

163/. Quant à l'aspect pénal³⁵¹, l'approche prônée par la CADBE ne s'écarte aucunement de ses homologues onusiennes ou européennes analysées. Rien que par l'intitulé [« Administration de la justice des mineurs »] de sa seule clause relative au mineur-délinquant, l'on peut déduire l'orientation essentiellement procédurale³⁵² de la Charte. Comme une évidence juridique, ce traité n'aborde même pas spécifiquement la question de la responsabilité pénale du mineur, il se limite, d'une part, à affirmer que la possibilité de la mise en mouvement d'une action pénale en l'encontre du mineur (art. 17), d'autre part, à recommander aux Etats-signataires la fixation d'un *seuil (âge)*, non de la majorité pénale qui est déjà fixé par le deuxième article à dix-huit ans mais, *de responsabilité pénale* (art. 17.4). Par contre, il encadre cette mise en responsabilité pénale des mineurs par la reconnaissance des certains droits spécifiques à l'enfant tels que ; la primauté de l'éducatif et le respect de la dignité dans son traitement pénal, la séparation d'avec les adultes dans les lieux de détention. Au regard de ce tableau, il sera prétentieux, sinon malhonnête, d'affirmer que la CADBE consacrerait un régime d'irresponsabilité pénale des mineurs.

164/. Par ailleurs, aux termes des articles 32 et 42 CADBE, il est créé, auprès de l'UA, un Comité africain d'experts sur les droits et le bien-être de l'enfant (CmADBE) qui est chargé de promouvoir et protéger les droits garantis à l'enfant africain, de suivre l'application et l'interpréter la Charte. Dans ce cadre, il peut recevoir des recours (communications-plaintes) en réparation pour violation des droits de l'enfant des individus et des organisations non gouvernementales reconnues par l'UA, par un Etat-membre ou par l'ONU (art. 44 CABDE). Le Comité est ainsi le seul organe du traité sur les droits des enfants habilité à recevoir des communications contre les Etats qui peuvent porter sur n'importe quelle question traitée par la CADBE. En 2005, il a entrepris sa première mission d'investigation au Nord de l'Ouganda et a reçu deux communications qui restent à examiner³⁵³. Il faut aussi souligner que le

³⁵¹ Voir aussi 4.2 et 16 et, particulièrement, 17.

³⁵² Le procès équitable (présomption d'innocence, légalité, régularité et célérité de la procédure, égalité des armes, assistance judiciaire obligatoire) et adapté (assouplissement de certaines règles de procédure, restriction de publicité).

³⁵³ www.ihrda.org/fr/le-comite-africain-d%e2%80%99experts-sur-les-droits-et-le-bien-etre-de-enfant-caedbe/, consulté le 06/03/2016.

CmADBE n'a pas la compétence exclusive pour l'interprétation de la CABDE : en vertu, de l'article 30 du Protocole portant création de la CAJDH, la CmADH et le CmADBE ont la possibilité de soumettre à la nouvelle Cour les contestations relatives à l'interprétation et à l'application de la CADHP et de la CABDE.

B. Caractéristiques de la responsabilité pénale des mineurs en droit international

165/. Sous ce prisme processuel et sanctionnel s'est néanmoins mis en place un régime hétérogène et implicite de la responsabilité pénale des mineurs qui présente des caractéristiques essentielles, à savoir ; une responsabilité pénale *sui générés*, la prééminence du volet préventif et la prise en compte des paramètres locaux.

1. Une responsabilité pénale *sui générés*

166/. **L'affirmation de la responsabilité pénale des mineurs en droit international.** Les instruments internationaux relatifs aux droits de l'enfant n'interdisent pas la responsabilité pénale des mineurs mais ne consacrent, non plus, expressément leur irresponsabilité pénale. Ils reconnaissent généralement que le mineur-délinquant peut « *être suspecté, accusé ou convaincu d'infraction à la loi pénale* »³⁵⁴ et, de ce fait, « *répondre*, au regard du système juridique considéré, de son *délit* »³⁵⁵ en subissant notamment des mesures privatives de liberté³⁵⁶. Cette responsabilité pénale peut aussi être déduite, à notre avis, de la volonté des législateurs conventionnels d'adapter et d'encadrer l'action publique et le régime sanctionnel à l'endroit du mineur-délinquant. Car, un régime d'irresponsabilité pénale rendrait automatiquement sans objet de telles réglementations.

167/. **Une responsabilité pénale spécifique.** S'il n'y a aucun détournement dans cette consécration de la responsabilité pénale du mineur au niveau international, les règles de Beijing martèlent néanmoins sur la nécessité de distinguer ses *modalités d'élaboration* et de *mise en œuvre* à celles des adultes. En effet, au terme des dispositions de son article 5§1(d), il est admis des règles tendant à atténuer ou modifier la mise en mouvement et l'orientation de cette action publique ; d'où, sa spécificité. La plus importante, sinon la principale, spécificité de ce régime tient à sa finalité : elle poursuit prioritairement le bien-être du

³⁵⁴ art. 40 CIDE, 17.1 CADBE.

³⁵⁵ art. 2.2 Règles de Beijing, 17.2.a CADBE (« *le mineur peut être détenu, emprisonné ou dépourvu de sa liberté* »).

³⁵⁶ La Rés. 45/113 adopte une définition large et pragmatique des mesures privatives de liberté (art. 11.b) englobant la phase pré-juridictionnelle (détention préventive) et juridictionnelle (jugement définitif de condamnation). Voir aussi : art. 5§1(d) CESDH ; CEDH, Ali c/ RU, n° 40386/06, 11/01/2011.

mineur³⁵⁷. Cet objectif appelle à ce que chaque mineur, auteur d'un acte infractionnel, soit traité de façon compatible avec ses droits, sa dignité et ses besoins afin de lui assurer la réintégration et un rôle constructif dans sa société³⁵⁸. Ce principe innervait aujourd'hui tout le droit de l'enfant et constitue le corolaire d'un autre principe énoncé à l'article 14§4 du PIDC. A la CIDE, suivie de la CADBE et de la CEDF, d'élever ce droit au respect de l'intérêt supérieur du mineur au rang de droit fondamental qui met à la charge de l'Etat des obligations positives (de réaliser et de protéger) et négatives (de respecter). L'Etat est donc tenu ; d'adopter des mesures législatives, administratives, budgétaires, juridiques ou autres afin d'assurer aux enfants la pleine jouissance de ce droit fondamental, de s'abstenir lui-même de sa violation et de sanctionner sa violation. Appliqué à la responsabilité pénale, l'ISE oblige ; d'une part, le législateur à prévoir un régime pénal spécifique applicable aux mineurs, auteurs des faits infractionnels, et d'autre part, le juge à prendre en compte non seulement de la gravité du délit, mais aussi et surtout, des circonstances personnelles du mineur ou d'autres facteurs qui influent sur ces circonstances.

168/. La mise en œuvre de cet objectif, surtout dans son aspect judiciaire, met en lumière ; d'une part, d'autres catégories des mineurs, et d'autre part, d'autres types de faits. Les règles onusiennes se particularisent par le fait qu'elles n'ont pas vocation à s'appliquer seulement aux mineurs auteurs des faits purement pénaux (art.3.1 Rés. 40/33), mais aussi aux mineurs-déviant, aux mineurs en danger et aux jeunes-adultes délinquants, – selon la limite d'âge fixée dans chaque cas –, à l'égard de qui sont prononcés des mesures de protection et d'aide sociale (art. 3.2-3.3 Rés. 40/33). Donc les règles pénales onusiennes ne se déploient pas uniquement aux mineurs-délinquants ; elles adoptent une conception très large de la justice pénale incluant à la fois le mineur-dangereux et le mineur en danger, compte tenu de l'interdépendance et de l'indivisibilité des droits de l'enfant (art.10 Rés. 1997/30). Sous cet angle, elles se rapprochent plus du régime belge de 1965 et prônent le modèle paternaliste.

³⁵⁷ Le droit pénal met en ballottage plusieurs intérêts légalement protégés. Il s'efforce de réaliser un juste équilibre entre les droits des délinquants, les droits des victimes et les préoccupations sociétales relatives à la sécurité publique et à la prévention du crime. En matière d'enfance délinquante, une autre préoccupation doit être prise également en considération : le bien-être (ou l'intérêt supérieur) de l'enfant. Cette dernière se veut comme la plus haute et, par conséquent, être privilégiée même si elle entrerait frontalement en opposition avec d'autres intérêts légalement protégés. Lire KASONGO LUKOJI[2012-2013a], *Op. cit.*, pp. 11-14, 109 et svt ; HAMMABERG T., « Le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant: ce qu'il signifie et ce qu'il implique pour les adultes », Allocution à la Conférence de Varsovie, 30/05/2008, Conseil de l'Europe, Commissariat aux droits de l'homme, CommDH/Speech(2008)10, [en ligne] <https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=1313889&Site>

³⁵⁸ Rés. 18/12 relative aux droits de l'homme dans l'administration de la justice, en particulier la justice pour mineurs, *précit.*, pt.8 ; MELNIC V., art. préc.

169/. **Une responsabilité pénale relative.** Les règles internationales recommandent toujours un seuil [minimal] de responsabilité pénale³⁵⁹ en deçà duquel le mineur ne peut être inculpé. Même si certaines conventions ne le fixent pas, ce seuil tourne généralement aujourd'hui autour de douze ans³⁶⁰. La fixation de ce seuil n'a jamais été facile : c'est à juste titre que cette question est qualifiée de « cœur de toute justice pour mineur ». Par exemple, il a fallu attendre plus de dix ans, après l'adoption des règles de Pékin, pour que le droit onusien ose avancer un chiffre³⁶¹. Ce mérite revient au Comité de droit de l'Homme qui, après avoir pris soin de rappeler le principe posé à l'article 4 des règles de Beijing, a estimé qu'il était « inacceptable de fixer sur le plan international l'âge minimum de la responsabilité pénale en dessous de douze ans »³⁶²; plaidant en même temps pour son relèvement progressif à quatorze et seize ans. Le même seuil a également été recommandé par l'Association internationale de droit pénal³⁶³. En effet, il s'avère que si ce seuil est fixé trop bas ou n'est quasiment pas fixé, la responsabilité ainsi que le droit [pénal] des mineurs perdent tout leur sens ; étant donné qu'il existe une relation étroite entre la notion de responsabilité pénale et tous les droits et obligations des mineurs (situation matrimoniale, la majorité civile, le droit d'être entendu, capacité contractuelle...).

170/. Cette fixation de « seuil », – dans la lignée du droit romain – ; d'une part, révèle l'importance d'exclure les plus jeunes enfants du nombre de ceux qui sont pénalement responsables, mais d'autre part, compartimente le statut pénal des mineurs en deux catégories en consacrant la responsabilité pénale à l'égard de la frange d'au-dessus du seuil. Par ailleurs, le droit onusien dénonce le pouvoir, qu'il qualifie de « discriminatoire » ou d'« arbitraire », reconnu à l'autorité juridictionnelle dans certains systèmes juridiques de fixer le seuil inférieur de responsabilité pénale au cas par cas. Il opte clairement pour le critère mécanique de l'âge qui lui apparaît plus rassurant. Vu sous cet angle, le droit onusien se rapproche plutôt du modèle répressionnel.

³⁵⁹art. : 4.1 Rés. 40/33, 13 et 14.c Rés.1997/30, 40.3 CIDE, 17.4 CADBE, Avis n°2006/C 110/13 du Conseil économique et social européen (13-14 ans).

³⁶⁰ Toutefois, l'âge médian international stagne à 12 ans. A ce jour, une quatre vingtaine d'Etats ont adopté un seuil inférieur à 12 ans parmi lesquels figurent principalement les pays de la *common law* mais aussi quelques pays romanistes à l'instar de la France et de la Suisse.

³⁶¹ ZERMATTEN J. (2007), *art. précité*.

³⁶² art. 32-33 OG n°10 ; Voir aussi le point 12 Rés. 18/12

³⁶³ Résolutions des Congrès de l'AIDP (1926-2004), ERES, N°20, 2009, Toulouse, 205-208, [en ligne] www.penal.org/sites/default/files/files/NEP%2020%20%20français.pdf, consulté le 06/01/2015. L'AIDP préconise un seuil de quatorze ans.

2. Une responsabilité privilégiant le volet préventif

171/. Sans renier le principe de la responsabilité pénale du mineur, le droit onusien concilie, comme une permanente « seconde chance » offerte au mineur-délinquant, deux politiques complémentaires mais apparemment antipodiques : l'intervention *ante-delictum* et la diversion. La première est une action sur les facteurs criminogènes et la seconde est un mécanisme de substitution au procédé judiciaire classique qui tend à extraire le plus possible le mineur du circuit pénal quitte à le garder sous l'empire socio-éducatif.

172/. **L'intervention *ante-delictum*.** En effet, le système de justice spécialisé pour mineurs, dès son origine, s'est particularisé par une prééminence du volet préventif sur l'aspect répressif (ou rétributif). Définie comme « un instrument utilisé par l'Etat pour mieux maîtriser la criminalité par l'élimination ou la limitation des facteurs criminogènes et par la gestion adéquate des facteurs de l'environnement physiques et social qui engendrent des occasions favorables à la perpétration des délits »³⁶⁴, la prévention est, au sens strict, extérieure au droit pénal. Mais en raison de l'importance qu'elle a acquise aujourd'hui dans nombreux pays, elle constitue désormais un outil indispensable de droit pénal et ne peut être ignorée par ce dernier. Conscient de cette réalité, le droit international encourage les États-parties à formuler et appliquer une politique sociale globale en matière de justice pour mineurs tendant à prévenir et à maîtriser la délinquance juvénile. Il s'inscrit dans une perspective d'avant le passage à l'acte en vertu de laquelle l'action répressive apparaît à la fois comme un objectif à éviter et un pis-aller en cas d'échec de la prévention. Ce volet préventif a été renforcé par les Principes directeurs de Ryad qui auront le mérite de présenter une approche complète et positive de la prévention et de la réintégration sociale impliquant tous les acteurs sociaux : la famille, l'école, la communauté, les médias, l'administration publique et l'Etat. La prévention y est présentée non pas comme une façon de s'attaquer à des situations négatives, mais plutôt comme un moyen de promouvoir l'intérêt et le bien-être général.

173/. **La diversion : substitution ou subsidiarité ?** Ce premier et traditionnel volet de la politique préventive est complété par le procédé de « non-judiciarisation » ou de « déjudiciarisation » des conflits pénaux. C'est-à-dire, même au cas où les mécanismes en vue d'éloigner le mineur de la voie criminelle s'avéraient inefficaces, il y a lieu d'éviter au jeune-délinquant des souffrances atroces que pourrait lui occasionner le schéma pénal classique. Ainsi, il est préconisé, pour son bien-être et son relèvement, des mesures [positives] de

³⁶⁴ PRADEL J.[2016], *Op. cit.*, p.497.

substitution ou des alternatives aux soins institutionnels (art. 1.1 à 1.6 Rés. 40/33). « Le recours aux services classiques de contrôle social s'érige en dernier ressort »³⁶⁵. Ce procédé s'accomplit au moyen des mécanismes de réhabilitation qui nécessitent une assistance soutenue aux mineurs sous forme d'éducation, d'emploi ou de logement : il n'a rien d'innovant par rapport au droit interne de beaucoup d'Etats mais a connu ici une première consécration internationale après un retentissant rappel de sa nécessité lors du sixième Congrès des Nations unies sur la prévention du crime et le traitement de la délinquance de Caracas (25/08-05/09/1980, Rés. 4). Sans force contraignante et dépourvu d'organe juridictionnel pouvant veiller à son application, ce mécanisme est intégré différemment par les systèmes nationaux : la déjudiciarisation est érigée soit en mécanisme de substitution, soit en mécanisme complémentaire. Dans la première hypothèse, la plus rare d'ailleurs, le mineur-délinquant est complètement écarté du circuit pénal ordinaire pour les modes alternatifs de règlement des conflits (médiation, conciliation, réparation, référencement à un organisme communautaire ou caritative) ; mais dans la seconde, il n'y est conduit généralement que pour les premières ou moins graves infractions. Certains y voient des impératifs d'ordre économique qu'impose un certain libéralisme économique appelant une approche managériale de la justice où « le pouvoir discrétionnaire, du poursuivant est de plus en plus sollicité »³⁶⁶.

174/. Mais, les règles de Ryad fustigent la judiciarisation des comportements antisociaux des mineurs³⁶⁷. Sa vision, qui n'a pas été suivie par les résolutions ou recommandations ultérieures ainsi que par les législations internes, fait désormais chemin : on

³⁶⁵ TORELLI M., « Introduction à la protection internationale des droits de l'enfant », *CERDIRI/Académie de LA Haye*, 2005, p.9 ; TAVENA I., « Perspectives de règles européennes en matière de délinquance juvénile », In *Mineurs délinquants : une problématique à dimension européenne* », Actes du colloque, Ecole Nationale d'Administration Pénitentiaire, 15-16/05/2006, pp.47-53.

³⁶⁶ LONGTIN S., « Déjudiciarisation ou non-judiciarisation : variation des tendances entre auteurs présumés — accusés ou traités hors cour », *Criminologie*, vol. 35, n° 1, 2002, pp.133-159, URL: <http://id.erudit.org/iderudit/027517ar> .

³⁶⁷ **art. 5** : « Il faudrait reconnaître la nécessité et l'importance d'adopter des politiques de prévention de la délinquance nouvelles ainsi que d'étudier systématiquement et d'élaborer des mesures qui évitent de criminaliser et de pénaliser un comportement qui ne cause pas de dommages graves à l'évolution de l'enfant et ne porte pas préjudice à autrui ». **art. 56** : « Pour prévenir toute stigmatisation, victimisation et criminalisation ultérieures des jeunes, il faudrait adopter des textes disposant que les actes non considérés comme délictuels ou pénalisés s'ils sont commis par un adulte ne devraient pas être sanctionnés s'ils sont commis par un jeune ». Comparez avec l'**art. 8** OG n°10 : « Il est assez courant que le Code pénal contienne des dispositions incriminant divers problèmes comportementaux des enfants, tels que le vagabondage, l'absentéisme scolaire, la fugue et certains autres actes, alors qu'ils sont fréquemment imputables à des difficultés psychologiques ou socioéconomiques. Il est particulièrement préoccupant que des filles et des enfants des rues soient bien souvent traités à ce titre comme des criminels. Les actes en cause, qualifiés de délits d'état, ne constituent pas une infraction s'ils sont commis par des adultes. Le Comité recommande aux Etats parties d'abolir les dispositions relatives aux délits d'état afin d'assurer l'égalité de traitement entre enfants et adultes devant la loi ».

lui donne, depuis peu, pour fondement le principe de non-discrimination de l'art. 2 CIDE³⁶⁸. Nous estimons que cette nouvelle position est plus idéologique que pratique. Nous restons donc dubitatifs sur les procédés que cette nouvelle théorie suggérera, – si un jour elle devenait dominante –, en ce qui concerne la prévention de la délinquance juvénile. Car, « tout volontarisme dans la lutte contre la délinquance serait incomplet sans une politique de prévention ; [...] la prévention étant indissociable de la lutte contre la criminalité »³⁶⁹. La diversion et l'intervention *ante-delictum* sont des mécanismes préventifs spécifiques au DPM. L'évolution de cette discipline passe par leur perfectionnement et/ou renforcement et non leur suppression. Et, toute approche proactive tend aujourd'hui vers l'implication de la société toute entière dans le contrôle et la gestion de la délinquance des mineurs.

Section 2. Une responsabilité consacrée sans prise en compte du contexte et des enjeux sociologiques congolais : cas des enfants-soldats

175/. Il suffirait de poser la question à un citoyen congolais *lambda* sur la problématique de l'enfance délinquante pour se rendre compte qu'il ne manquerait pas à la résumer en deux mots : les « enfants-soldats » et les « *kuluna* » (criminalité violente et en bande des mineurs). Ces deux situations sont caractérielles de la société congolaise de ces trois dernières décennies et divisent en même temps le territoire national en deux parties ; d'un côté, l'Est du pays qui, confronté particulièrement aux guerres et insurrections récurrentes, connaît le premier phénomène (« enfant-soldat »), et d'un autre côté, le reste du territoire (le centre et l'Ouest) qui, plus calme politiquement, est frappé par le second phénomène (« *kuluna* »). Sur le plan légal, les deux formes de délinquance des mineurs peuvent aussi être distinguées : si la seconde forme peut être traitée par le régime de droit commun, la première mériterait une attention particulière de la part du législateur congolais qui n'a pas hésité à reconnaître le caractère exceptionnel de la situation de l'enfant affecté par les conflits armés (art. 2.5, 71-73 LPE). Chose qui n'a malheureusement pas été prévue par le Législateur. Il sied alors d'analyser la portée et les limites de l'application du régime commun aux enfants-soldats (§1) avant de comparer à ce qui est fait dans d'autres systèmes juridiques (§2).

³⁶⁸ art. 8 OG n°10; pt. 14 Rés. 18/12.

³⁶⁹ Documentation française, Rapport Jean-Marie BOCKEL sur la Prévention de la Délinquance des Jeunes, Nov. 2010, p.4 [Préambule].

§1. La responsabilité pénale des enfants-soldats en droit interne congolais

176/. **Principes Fondamentaux de la LPE.** De prime abord, résumons les apports de la LPE qui fixe le régime particulier appliqué aux mineurs-délinquants. A la suite de l'évolution du droit international des droits de l'Homme, le texte de 2009 consacre, contrairement à son devancier de 1950, plusieurs garanties procédurales³⁷⁰ à l'égard du mineur-délinquant qui feront objet d'une analyse approfondie de la seconde partie de notre étude. Ce renforcement du procès équitable sanctionne le recul du système tutélaire et met en place un régime mixte qui se caractérise par un assemblage des règles de nature protectionnelle et sanctionnelle. On reconnaîtra à cette loi de s'être inspirée à la fois de la LPJ belge et du code malien sur la protection de l'enfance³⁷¹. Elle institue une juridiction spécialisée des mineurs distincte des juridictions de droit commun, compétente pour connaître, même en appel, toute affaire (pénale, civile, et même, administrative) qui concerne un mineur. Sur le plan purement pénal, elle confirme les principes de ; la majorité pénale³⁷², l'autonomie substantielle, la déqualification pénale³⁷³. Mais, la plus importante innovation est le recours à la notion du discernement qui complexifie le régime de la responsabilité pénale des mineurs dans ce nouveau droit congolais des mineurs.

177/. Comme la LPJ belge, le texte congolais de 2009 ne consacre nulle part l'irresponsabilité pénale [absolue] des mineurs. Celle-ci est principalement déduite une fois de plus de la déqualification pénale qui cette fois-ci est plus poussée qu'en 1950. Nous n'allons pas nous répéter étant donné que cette question a été déjà largement abordée dans les

³⁷⁰ Hormis les garanties reprises à l'art. 104, d'autres sont disséminées dans le corps du texte notamment ; l'ISE (art. 6, 11), la dignité de la sanction (art.9), la régulation de la détention ou l'*habeas corpus* (art. 10, 12-2), l'assistance judiciaire obligatoire (art.12), le droit d'être entendu (art.7, 32, 33).

³⁷¹ IDZUIMBUIR ASSOP [2013], *Op.cit.*, p.63. Pour se convaincre des ressemblances, tant sur le plan de la structure et du fond, entre les deux textes (malien et congolais), voir l'ord. n°02-062/P-RM du 05/06/2002 portant Code de protection de l'enfant, spéc. art.95-103, [en ligne] <http://elaming.tree.org/pluinfile.php/34748>.

³⁷² Contrairement à la L.04/07/1978, modifiant le D.1950 qui avait ramené ce seuil à 16 ans, l'art. 2.1 LPE l'a relevé à 18 ans coïncidant avec la majorité civile de droit commun. Ce seuil est confirmé par l'art. 20ter CP, inséré par la L. n° 15/022 du 31/12/2015 qui dispose que : « *Sans préjudice d'autres dispositions légales en la matière, la majorité pénale est fixée à dix-huit ans révolus au moment des faits* ».

³⁷³ Sur ce, retenons que la LPE a poussé plus loin sa subrogation terminologique : elle institue, à la suite des usages déjà ancrés en doctrine et dans la jurisprudence, la substitution des termes « infraction », « peine » et « mineur-délinquant » par « manquement », « mesure », « enfant en conflit avec la loi » (ECL). Quant à cette dernière expression, elle ne s'applique, contrairement la doctrine issue de 1950 qui l'étendait à tous les mineurs poursuivis pour des faits pénaux et déviants, qu'aux mineurs âgés de 14 à 18 ans poursuivis par les tribunaux pour enfants pour des faits qualifiés d'infractions (art.2-9, 99). Comme toujours cette subrogation terminologique n'est non plus parfaite. Etant son cheval de bataille, le Législateur devrait veiller à sa consécration dans tout le corps du texte, ce qui n'est malheureusement pas le cas. Il définit, par exemple, à l'article 2.9 le concept d' « enfant en conflit avec la loi » en consacrant indirectement celui de « manquement » tout en réutilisant de nouveau à l'article 9 celui d' « infraction » à l'endroit de l'enfant. Lire §§.31 (spéc. la note n°83), 109-111.

lignes précédentes. Mais tous ce que nous pouvons préciser ici est qu'une telle lecture est à la fois simplificatrice mais admissible. Simplificatrice parce que lier la « peine » à la « responsabilité pénale » et la « mesure d'éducation et de garde » à l' « irresponsabilité » sous-entend une confusion entre la majorité pénale et le seuil minimal de responsabilité pénale. Ce qui serait aussi, à notre avis, non seulement nier au DPM son autonomie, mais aussi oublier que la déqualification pénale a été suggérée dans un objectif réinsertionnel (éviter la stigmatisation du mineur-délinquant) et préventif (dépasser les concepts du droit pénal commun pour une action *anté-delictum* réputée plus efficace) mais nullement dans le but, comme nous l'avons déjà dit, d'extirper les mineurs de l'emprise du droit pénal. Raison pour laquelle, un auteur a mis en évidence l'ambiguïté à la fois de la notion d' « irresponsabilité » que de « responsabilité » pénale des mineurs : pour elle la notion de responsabilité pénale se trouve vidée de sens et réduite, à l'égard des mineurs, à une fonction purement symbolique ; tout comme l'on ne peut pas affirmer que les mineurs sont réellement irresponsables au vu des mesures qu'ils encourent.³⁷⁴

178/. **Le discernement, critère distinctif majeur entre le DPM congolais et belge.**

Admissible parce la confusion de ces deux concepts n'est pas étrangère au droit pénal : cette solution, qui a constitué un choix délibéré de politique pénale belge à un moment donné, ne peut en aucun cas être généralisée ou prise comme un principe sacro-saint du DPM. D'ailleurs, à la différence du droit congolais, le législateur belge a utilisé une tournure juridique en faisant coïncider le seuil de discernement à celui de la majorité pénale. De telle sorte que la présomption d'irresponsabilité, avec les forces et les faiblesses, devenait automatiquement applicable à tous les mineurs, considérés comme dépourvus de discernement. Absent de toutes les législations congolaises relatives aux enfants jusqu'en 2009, le discernement est un véritable objet juridique non identifié. Il n'est évoqué que dans quatre dispositions³⁷⁵ de la LPE. Dans les trois premières, il est un droit d'expression (à la parole ou à être consulté) et ne concerne pas particulièrement le droit pénal ; et, dans la dernière, il est une excuse de peine dont bénéficient les mineurs âgés de moins de quatorze ans. C'est uniquement à l'égard de ces derniers que vaut la *présomption [irréfragable] d'irresponsabilité* (art.95) : ce qui correspondant donc au seuil minimal de responsabilité pénale. L'interprétation, à *contrario*, des trois premières dispositions, démontre que la LPE reconnaît explicitement l'existence des mineurs pourvus du discernement dont le régime juridique (pénal que civil) diverge, dans

³⁷⁴ GUERIN M.C., *Droit pénal général*, Hachette supérieur, Paris, 2010, p.154.

³⁷⁵ Evoqué aux articles 7, 32, 33 et 96 LPE.

certain aspects, de celui des mineurs qui en sont dépourvus. L'utilisation des concepts de discernement, et surtout, d'un seuil de discernement différent de celui de la majorité pénale, rapproche le système pénal congolais des mineurs de ses homologues français, malien et allemand plutôt que belge. Bien plus, elle bat en brèche la théorie d'irresponsabilité pénale des mineurs en RDC, particulièrement pour ceux qui sont âgés de plus de quatorze ans. Car, rien n'empêchait le Législateur de préciser que tous les mineurs bénéficiaient d'une présomption d'irresponsabilité pénale pendant qu'il n'hésite pas à les associer ou à les distinguer quand il faut³⁷⁶. Aussi, la fixation d'un seuil minimal de responsabilité répond également à une recommandation du BICE³⁷⁷ qui toutefois, a tenu à rappeler que ce seuil ne soit pas établi par référence aux pays voisins ou européens mais contextualisé en fonction des enquêtes sociologiques.

179/. **L'enfant soldat, l'enfant oublié.** L'on ne saurait également affirmer que la nouvelle loi ait pris en compte les réalités locales. L'interprétation faite par la doctrine des dispositions de l'art. 95, et le syllogisme tenu jusqu'à ce jour par la jurisprudence, justifie notre attitude dubitative. Néanmoins beaucoup d'innovations procédurales, par elle apportées, la rendent plus pragmatique et tendent manifestement à la responsabilisation des mineurs. Elle ouvre, d'ailleurs, une brèche et relance le débat sur la responsabilité pénale des mineurs en droit congolais au point que certains auteurs n'hésitent plus à admettre sa consécration³⁷⁸. Somme toute, la plus grande omission de cette loi demeure la condition des enfants-soldats. Cette situation particulière que l'on ne peut ignorer au vu de sa recrudescence dans la société congolaise (A). Ainsi, en l'absence d'une approche juridique particulière, la solution apportée sera toujours objet d'un bricolage juridique frisant les dénis des droits (B).

A. La participation des mineurs congolais aux hostilités, une réalité persistante

180/. **Irresponsabilité pénale des enfants-soldats, déni de la réalité.** Depuis deux décennies, la RDC est confrontée à des récurrents conflits armés qui sévissent principalement la partie Est du territoire et qui se particularisent, hormis les exactions envers la population, par l'utilisation des « enfants-soldats »³⁷⁹. Depuis lors, cette pratique constitue un vrai

³⁷⁶ Comparer art. 94, 95 et 96 LPE avec art. 96 et 98 Code malien de protection de l'enfant. Voir aussi nos développements aux paragraphes 228 et svt, 404 et svt.

³⁷⁷ BICE [2002], *Op. cit.*, p.22.

³⁷⁸ KASHAMA NGOIE S., « La loi portant protection de l'enfant : son contenu et les défis pour sa mise en œuvre », *Rapport final du Séminaire international sur les droits de l'enfant en RDC*, Kinshasa, 02-06/03/2009, pp. 8-9.

³⁷⁹ L'on peut retrouver quelques traces des enfants-soldats (communément appelés « *Kadogo* », terme qui signifie « petits » en swahili, langue nationale dominante dans la partie Est du pays) durant la période coloniale et

problème de société : à ce jour, plus de quarante mille enfants ont été directement impliqués dans les hostilités tant dans les rangs des forces régulières³⁸⁰ que dans les mouvements rebelles³⁸¹ ; et ce, malgré que le pays ait ratifié tous les instruments juridiques internationaux ou ait légiféré³⁸² spécifiquement en cette matière. Plus de dix ans après la première campagne de démobilisation des groupes vulnérables au sein des forces combattantes dont les enfants de moins de dix-huit ans (D.L. 066/2000 du 09/06/2000), et même, en l'absence des statistiques globales de toutes ces actions, l'on ne peut prétendre à l'éradication totale de cette pratique sur le territoire national³⁸³, encore moins aux effets positifs des programmes gouvernementaux à destination des enfants touchés par ce fléau. Par exemple, en 2008 les statistiques officielles ont estimé plus de trente mille neuf cents enfants démobilisés ou en processus de réinsertion³⁸⁴. Mais la réalité était bien loin de ces chiffres parce que ; d'une part, tous les enfants-soldats n'entrent pas forcément dans les catégories juridiques prévues par les programmes DDR, d'autre part, ceux qui ont eu le privilège d'en bénéficier ont souvent été

années qui ont suivi l'indépendance, précisément dans la rébellion de Pierre MULELE (1963). Le phénomène a complètement disparu, sous le régime de MOBUTU qui avait misé sur une armée tacticienne, pour réapparaître et se répandre largement avec le régime KABILA (1996). Voir : BRAECKMAN C. & al., *Kabila prend le pouvoir, Les prémices d'une chute- La campagne victorieuse de l'AFDL*, GRIP, Bruxelles, 1998, 180 ; MARTENS L., Pierre MULELE ou la seconde vie de Patrice Lumumba, EPO, T.1, Anvers, 1985, p.147 ; MARTENS L., KABILA et la révolution congolaise : panafricanisme ou néocolonialisme?, EPO, T.1, Anvers, 2002, pp. 170-179 ; NKUKU KHONDE C., *art. précité* ; VERHAEGEN B., *Rébellions au Congo*, Centre de Recherche et d'information Socio-Politique, Kinshasa, s.d., pp.110-113.

³⁸⁰ Lors des opérations militaires menées, conjointement avec le RWANDA (« UMOJA WETU3, 20/01 - 25/02/2009) ou avec l'appui de la MONUC (« KIMIA II »), contre les FDLR dont la présence à l'EST de la RDC est toujours considérée par KIGALI comme une menace imminente et ayant même conduit à plusieurs tensions entre les deux pays, les organisations non gouvernementales nationales et internationales (notamment *Human Rights watch*) ont déploré la présence des enfants-soldats dans les rangs de l'armée régulière. Voir: <http://www.hrw.org/en/africa/democraticrepublic-congo> et <http://www.hrw.org/en/news/2009/05/19/rd-congo-l-arm-e-doit-r-pondre-de-crimes-de-guerre> ; Collectif des jeunes solidaires du Congo-Kinshasa, « Les opérations UMOJA WETU et KIMIA II, Du pareil au même : Analyse de contextuelle de la gouvernance sécuritaire dans le Kivu », Bukavu, juin 2009, [en ligne] <http://www.congoforum.be/upldocs/Analyse.pdf>, consulté le 22/02/2015.

³⁸¹ *Rapports du Secrétaire général sur les enfants et le conflit armé en République démocratique du Congo*, UN Docs. A/63/785-S/2009/158, 26/03/2009 ; S/2008/693, 10/11/2008 ; A/62/609-S/2007/757, 21/12/2007 ; A/61/529-S/2006/826, 26/10/2006 ; A/59/695-S/2005/72, 09/02/2005 ; A/58/546-S/2003/1053, 10/11/2003.

³⁸² art. 3.2(a) L. n°015/2002 du 16/10/2002 portant Code du travail, 41 L. n°04/023 du 12/11/2004 portant Organisation générale de la Défense et des Forces armées, 190 Const., 53-b, 59 et 71 LPE.

³⁸³ La Section Protection de l'Enfant de la MONUSCO/UVIRA affirme avoir aidé à faire libérer, en 2015, une cinquantaine d'enfants des mains des groupes armés opérant dans les Territoires de FIZI et d'UVIRA. Voir : « La MONUSCO et ses partenaires célèbrent la Journée internationale des enfants soldats à Uvira », [en ligne] <http://monusco.unmissions.org/Default.aspx?tabid=11192&ctl=Details&mid=14306&ItemID=21711&language=fr-FR>, publié le 12/02/2016, consulté le 23/02/2016 ; « Journée mondiale contre l'utilisation d'enfants soldats en République Démocratique du Congo (RDC) », [en ligne] http://www.child-soldiers.org/francais_news_reader.php?id=808, publié le 12/02/2016, consulté le 23/02/2016.

³⁸⁴ Statistiques 2008 de l'Unité d'exécution du Programme National de Désarmement, Démobilisation et Réinsertion (UE-PNDRR), Organe créée en 2007 en remplacement de la Commission nationale de désarmement, démobilisation et réinsertion(CONADER) ; « Les droits de l'enfant toujours mis à rude épreuve en RDC », Rap. alternatif, CDE/ONU, 2008.

abandonnés à leur triste sort avant même leur réinsertion effective³⁸⁵. Les enquêtes menées sur terrain (entre 2006 et 2009 dans le cadre respectivement de nos travaux de recherche et de nos activités humanitaires) au près des assistants sociaux, dans les EGEE (MBESEKE et MADIMBA) et dans les centres de formation, que nous avaient indiqué les autorités, corroborent ce triste constat : l'on a trouvé aucun enfant démobilisé via le mécanisme étatique, en dehors de ceux qui étaient pris en charge par les organismes privés. Cet abandon et cette absence de suivi conduisent irrémédiablement vers le grand banditisme³⁸⁶ ou une remobilisation volontaire d'une grande partie de ces enfants dont le seul savoir-faire est la manipulation des armes.

181/. La lutte contre ce phénomène se heurte aussi à des pesanteurs culturelles et politiques que des obstacles d'ordre social et économique caractéristiques du continent africain, en général, et de la société congolaise, en particulier. En effet, si le cadre juridique de lutte contre le recrutement des mineurs est globalement en place, la volonté politique de le mettre en œuvre fait défaut et les capacités institutionnelles pour le faire appliquer sont trop faibles : certaines milices et/ou leurs chefs entretiennent des relations ambiguës avec le pouvoir cautionnant aussi une certaine impunité³⁸⁷. Il est aussi parfois difficile d'entrer en contact avec certains groupes armés et de situer où ont lieu, surtout pour les non-autochtones, les

³⁸⁵ En 2004 : 33.000 enfants éligibles au DDR (soit seulement 10 % de l'effectif global). A Maniema, seuls 6 enfants ont été officiellement démobilisés par un bref passage au Centre d'orientation de KATAKOKOMBE/KINDU ; 3000 enfants n'ont pas bénéficié du programme du fait qu'ils étaient devenus adultes ; En 2008 : 30.594 enfants démobilisés, 22.929 enfants réunifiés, 15.167 appuyés en réinsertion scolaire et économique.

³⁸⁶ On relève dans les territoires qui ont connu la guerre, et particulièrement la participation des mineurs aux combats, la recrudescence du grand banditisme opérant avec le concours notamment des anciens enfants-soldats démobilisés ou non. Plusieurs médias locaux parlent entre 2008 et 2012 du phénomène « coupeurs de route » sur les axes Kindu-Kasongo et Kindu-Kibombo. Ces malfrats se posaient au bord des routes en attente des motocyclistes et autres piétons pour leur ravir tout ce qu'ils peuvent avoir sur eux.

³⁸⁷ « Le recrutement et l'utilisation d'enfants-soldats par les MAÏ-MAÏ : une pratique profondément ancrée et persistante », Coalition pour mettre fin à l'utilisation d'enfants soldats, Fév. 2010, pp.1-4, 12-13 [en ligne] http://www.child-soldiers.org/francais_report_reader.php?id=313. Le rapport cite, entre autres, les cas de Bosco NTANGADA et de Jean-Pierre BIYOYO. Le premier, ancien chef d'état-major du CNDP, circulait librement entre le Nord-Kivu et le Rwanda, avant d'être catapulté « Général » au sein de l'armée régulière pendant qu'il était sous le coup d'un mandat d'arrêt de la CPI (ICC-01/04-02/06/-2) depuis le 22/08/2006. Il s'est officiellement rendu à l'ambassade américaine du Rwanda le 18/03/2013 en vue de se faire transférer à la CPI. Sa première comparution devant la Chambre préliminaire a eu lieu le 23/03/2013. Le second, initiateur d'un mouvement insurrectionnel dénommé « Front pour le progrès social », fut condamné à la peine de mort par le Tribunal militaire de garnison (11/03/2016) et la Cour militaire (12/10/2007) de BUKAVU pour insurrection et recrutement d'enfants. Il s'est évadé à deux reprises pour se retrouver sous-commandant des FARDC du 32^{ème} secteur déployé au Sud Kivu. Il a de nouveau disparu suite à l'indignation provoquée par cette nomination. A cette liste, on peut ajouter le cas du chef charismatique maï-maï Gédéon KYUNGU MUTANGA qui s'est évadé de la Prison Centrale de la Kassapa (Lubumbashi) où il purgeait sa peine le 08/11/2011, à quelques jours curieusement des élections présidentielles et législatives. Après avoir regagné son fief et poursuivi sa sale besogne, il venait de se rendre avec sa bande et se trouve en liberté, bien pris en charge par le régime en place.

recrutements d'enfants rappelant de fois le parcours initiatique (de passage à l'âge adulte) propre aux sociétés traditionnelles africaines. On note aussi et malheureusement la complicité de certaines communautés et tribus qui, au lieu de dénoncer le phénomène, préfèrent faire jouer la « *fibre tribale* » et se claquemurer dans un silence aussi coupable que criminel. Il faut aussi dire que dans un environnement caractérisé par une insécurité chronique et une quasi-absence de l'autorité de l'Etat, le sentiment de légitime défense ou d'autodéfense ethnique (ou communautaire) justifie l'existence permanente de milices locales³⁸⁸ : il n'est donc pas rare de voir les parents encourager leurs enfants à intégrer ces groupes des combattants pourvus d'une noble mission et dotés, d'après les croyances communes, des pouvoirs mystérieux et protecteurs qui se quadruplèrent chez les enfants du fait de leur innocence.

182/. Face à une telle nébuleuse, la thèse d'irresponsabilité, avec à la clef une DDR qui n'existe que sur papier, ne résout pas le problème mais le déplace seulement : les enfants-soldats d'hier sont généralement des enfants-soldats ou des enfants-brigands d'aujourd'hui que l'on veut inlassablement considérés comme des victimes et des irresponsables sur le plan pénal. Mais dans ce genre de situation, la logique, et même l'humilité, voudrait que la parole soit prioritairement accordée aux communautés locales victimes des exactions de ces enfants. Dans tous les cas où ces dernières ont été réellement entendues, elles réclament, non pas la « vengeance », mais la « justice » par la responsabilisation de ces jeunes. C'est pourquoi, estimons-nous, la solution, – respectant dès lors le mieux l'intérêt de l'enfant –, serait de s'orienter à l'exemple du TSSL vers des procédures non judiciaires, telles que l'activité des CVR ou même en adaptant les règles en vigueur (mesures d'éducation et de garde). Ce qui coïncide d'ailleurs avec la notion de l'enfance prônée dans la société traditionnelle que nous avons précédemment décrite. Tout discours d'irresponsabilité pénale pourrait paraître, alors, comme un forcing culturel et un culte d'impunité qui ne vont pas dans l'intérêt de ces mineurs, appelés à vivre et à être acceptés dans ces mêmes communautés. Car, pour atteindre la réinsertion socio-communautaire des enfants, il faut inscrire dans le temps les appuis qui la rendent possible dans un environnement protecteur post-conflit. Comment expliquer aux villageois que les enfants qui ont commis des atrocités dans leur villages sont plus victimes qu'eux au point que la justice internationale, même nationale, préfère se concentrer sur leur cas ? Les affaires Mathieu NGUDJOLO (ICC-01/04-02/12) et Germain KATANGA

³⁸⁸ « RAIA MUTOMBOKI » à KABAMBARE, les « SIMBA » à LUBUTU dans le parc MAIKO, les forces d'auto-défense populaire, les « MAÏ-MAÏ » au Katanga, Nord-Sud Kivu, Province Orientale et Maniema, le « Congrès national pour la défense du peuple » (CNDP) de Bosco NTANGANDA et Léon NKUNDA dans les frontières RDC-RWANDA-UGANDA.

(ICC-01/04-01/07) en sont un exemple : Ces deux protagonistes d'une guerre civile pour le contrôle des terres et de leurs richesses entre deux ethnies voisines (village de Bakoro, Ituri) ont été objet des décisions de justice contradictoires (la relaxe pour l'un et la condamnation pour l'autre). Mais le comble de l'histoire est que ces décisions n'ont rien changé dans le quotidien des victimes de ces deux communautés qui attendaient, pourtant, beaucoup de la CPI.

B. La poursuite des enfants-soldats en droit congolais, une contradiction persistante

183/. La responsabilisation des enfants-soldats en droit congolais : déni des droits?

Hormis les cas, très médiatisés, des poursuites pénales consécutives à l'enrôlement des enfants devant la CPI, de nombreux autres cas de poursuites des enfants-soldats peuvent être relevés en droit congolais bien qu'ils ne s'opèrent toujours pas dans un cadre juridique clair. Ce dernier est tiraillé entre un droit interne défiant, voire déniait, les réalités sociologiques et un droit international appelant à considérer, sans condition et sans distinction, les mineurs impliqués dans les hostilités comme des victimes. Si la position du droit international peut s'expliquer par le fait que cette situation est une réalité sociologiquement et historiquement lointaine de beaucoup de pays qui pilotent la communauté internationale, les stratégies qui s'attachent exclusivement ou essentiellement à obtenir la démobilisation sont, dans le contexte africain, et congolais en particulier, des solutions circonstancielles à un problème bien plus complexe. Pour s'en convaincre, il suffit de scruter le cadre contextuel de tous les Etats qui ont été ou sont touchés par ce fléau. Etant donné que l'on ne peut prétendre à une telle analyse dans cette étude, nous ne nous limiterons qu'à l'exemple congolais.

184/. Irresponsabilité des enfants-soldats en droit congolais, déni des droits des victimes. De par son appartenance à une force ou un groupe armé, le mineur est susceptible de commettre en droit congolais deux catégories des faits criminels ; d'une part, les atteintes liées à la conduite de guerre (les crimes internationaux), et d'autre part, les infractions à caractère militaire. Ces actes relèvent aujourd'hui, selon les cas, de la compétence des cours d'appels (chargées, d'après l'article 91-1 de la L.O n° 13/011-B du 11/04/2013, de la répression des crimes internationaux en droit commun³⁸⁹) ou des juridictions militaires chargées de la répression des infractions d'ordre militaire et de toute infraction dont l'auteur

³⁸⁹ Sous réserve des incohérences légistiques relevées par WANE BAMEME [« La question de juridictions congolaises compétentes en matière de crimes contre la paix et la sécurité de l'Humanité », cahiers africains des droits de l'Homme et de la démocratie, 21^{ème} année, n°57, V.1, Oct. 2017, Kinshasa, pp.55-83.

est un militaire ou un assimilé³⁹⁰ (art.114 CJM). Ce qui pose problème en droit congolais est le fait que toutes ces juridictions sont, dans tous les cas, incompétentes³⁹¹ à l'égard des mineurs. Cette exclusion de compétence équivaldrait-elle à l'irresponsabilité pénale des concernés ? Sur le plan procédural, rappelons encore que cette exclusion de la compétence des juridictions militaires et de droit commun ne consacre pas une irresponsabilité pénale des mineurs mais signifie simplement et uniquement que l'enfant-soldat en tant que mineur-délinquant doit impérativement être traduit devant son juge naturel, c'est-à-dire, le TPE ³⁹², ou dans certains cas, le Tripaix³⁹³ : il s'agit juste d'un privilège de juridiction. En l'absence d'une spécialisation, le parquet de droit commun attaché aux juridictions citées seront compétentes pour requérir³⁹⁴.

185/. Heureusement encore pour les victimes d'ailleurs. Car le contraire instituerait carrément une impunité à l'endroit de ces enfants et, surtout, un déni grave des droits des victimes étant donné qu'en RDC les recruteurs d'enfants, responsables désignés par le droit international en cette matière, ont aussi moins de chance d'être inquiétés un jour par la justice au vu de leur position sociale et, surtout, politique. Nous refusons de croire que telle a été l'intention du Législateur parce que, si aucune règle pénale de fond n'évoque spécifiquement le cas des enfants-soldats³⁹⁵, tant le D.1950 que la LPE, qui ont vocation sous leur empire respectif à se déployer sur toutes les infractions commises par les mineurs, peuvent largement leur être appliqués. Sous le D.1950, un tel enfant encourait des MGEP qui consisteraient sûrement, au vu de la gravité de faits et de la dangerosité de leurs auteurs, en une MDG. Sous le régime de la LPE, il bénéficiera soit d'une protection sociale, soit d'une protection judiciaire selon qu'il soit âgé d'au plus ou d'au moins quatorze ans. La réparation des préjudices causés aux victimes n'incombera pas aux parents ou aux tuteurs qui n'avaient visiblement plus sa

³⁹⁰ art : 76 al.1-2, 80, 106 L. n°023-2002 du 18/11/2002 portant CJM ; 39-40 L. n°024-2002 du 18/11/2002 portant CPM. Voir aussi les articles 10-22 du Projet de Code pénal militaire, Livre premier, de 2007.

³⁹¹ art. 114 CJM et 94 LPE.

³⁹² « Recueil sur la minorité : Analyse et commentaires de la législation applicable aux enfants associés aux forces et groupes armés et aux enfants victimes des conflits armés en RDC », BICE, 2005, pp.38-39 ; **art. 99 LPE** : « *Le tribunal pour enfants est seul compétent pour connaître des matières dans lesquelles se trouve impliqué l'enfant en conflit avec la loi* » ; **art. 2-9 LPE** : « *Est enfant en conflit avec la loi, l'enfant âgé de quatorze à moins de dix-huit ans, qui commet un manquement qualifié d'infraction à la loi pénale* ».

³⁹³ art. 200 LPE et 152 L.O OCJ. Même si la deuxième disposition, qui pourtant est postérieure à la première, ne précise pas la juridiction compétente en appel.

³⁹⁴ Voilà encore une mission délicate (et non la moindre, puisqu'il s'agit bien des crimes internationaux) que le législateur congolais a confiée, peut-être sans le réaliser, à ces juridictions souvent négligées et animées par des magistrats sans expérience et parfois dépourvus de tout intérêt pour la problématique de l'enfance.

³⁹⁵ Chose que nous avons déjà déploré dans une de nos réflexions : KASONGO LUKOJI G., Cadre social comme facteur criminogène de la délinquance juvénile : cas du camp militaire Lieutenant-colonel KOKOLO, Travail de fin de cycle, UPC/Droit, AKELE ADAU (dir.), 2005-2006, pp. 24, 28-30.

garde au moment des faits mais plutôt aux recruteurs ou à la structure militaire ou paramilitaire qui l'utilisait. Ce qui peut conduire même à la responsabilité civile de l'Etat (en tant que civilement responsable) lors que l'enrôlement est le fait de l'armée régulière ou celle des parents s'il s'avérait qu'ils auraient incité l'enfant à s'enrôler dans les fractions armées. Plusieurs autres mécanismes peuvent aussi être mis en place pour garantir un droit à réparation en vertu de toutes les difficultés liées à l'effectivité de la réparation des victimes en cette matière. La question de la responsabilité individuelle de ces mineurs mérite aussi d'être posée : car, comment voudrait-on que ces jeunes gens qui sont conscients de s'engager pour défendre leurs terres, leurs familles ou leur vie soient considérés comme dépourvus de toute volonté consciente (de discernement) et comme des victimes même lorsqu'ils commettent des crimes graves ?

186/. **La loi n°15/022 du 31/12/2015, une vraie fausse alerte.** Même les lois d'adaptation du droit congolais au statut de la cour pénale internationale³⁹⁶, pourtant évoquées par certains auteurs, ne consacrent nullement une irresponsabilité pénale des mineurs que ce soient pour des crimes internationaux que des infractions de droit commun. Ce texte, qui vient donner un coup de jeunesse à notre cher Code pénal, ne porte pas, malgré son objectif initial, uniquement des règles en matière de droit international pénal. Il contient également des règles de droit pénal commun notamment la consécration légale des certains principes généraux de droit et la révisitation de certaines incriminations liées à l'administration de la justice³⁹⁷. A cet effet, son article vingt (*ter*) ne fait qu'inscrire dans le code pénal une règle de portée générale déjà consacrée par la LPE. Si l'objectif de cette disposition était d'instituer une irresponsabilité pénale des mineurs, la minorité aurait été reprise dans le paragraphe de cette loi consacré aux causes d'exonération de la responsabilité pénale (art. 23 *bis* à 23 *quinquies*) où figurent uniquement ; la maladie, la déficience mentale, l'intoxication, la contrainte, l'état de nécessité et l'erreur invincible. Cette loi n'a pas, en réalité, innové en matière du DPM sauf à reprendre le seuil de la majorité pénale fixée par la LPE. Que l'on soit en droit belge ou en droit français, la solution reste souvent la même : lorsqu'un mineur commet une telle infraction, il est traduit, après instruction préparatoire, devant son juge naturel (c'est-à-dire, le

³⁹⁶ Pour conformer son arsenal répressif au Statut de Rome, le législateur congolais a promulgué en date du 31/12/2015 trois textes de loi qui modifient respectivement le code pénal (L. n°15/022), le code pénal militaire (L. n° 15/023) et le code de procédure pénale (L. n° 15/024). Voir J.O RDC, 57^{ème} année, Première partie, n° spécial, 29/02/2016).

³⁹⁷ NENGOWE AMUNDALA J., « Guide pratique de la détention en RD Congo : Procédure près les juridictions de droit commun et la Cour pénale internationale », [en ligne] <http://lipadhoj.org/wp-content/uploads/2016/10/EXTRAIT-Guide-pratique-de-la-d%C3%A9tention-en-RD-Congo.pdf>, consulté le 25/06/2016.

JPE, le TPE ou la Cour d'assise des mineurs selon le cas en France, le tribunal de la jeunesse et de la famille en Belgique) qui devra apprécier si l'application d'une simple mesure de rééducation pouvait suffire ou s'il serait opportun de prononcer une peine³⁹⁸. A cet effet, tous ceux qui soutiennent l'irresponsabilité des enfants-soldats procèdent par des tournures juridiques peu claires³⁹⁹ : tel est aussi le cas des experts réunis par la BICE de 2005⁴⁰⁰ qui la déduisent des causes générales de non-imputabilité (minorité – ivresse – contrainte irrésistible) et appellent, même, à garantir le recueil publié par la même ONG en 2002 pendant que ce document, à moins qu'il s'agisse d'un autre, ne conclue nulle part à une irresponsabilité pénale des mineurs en droit congolais mais consacre plutôt toute une section aux « faits *imputables* aux mineurs »⁴⁰¹.

187/. La poursuite des enfants-soldats en droit congolais, déni des droits de l'enfant. Face à un tel imbroglio social, culturel et juridique, les juridictions militaires auprès de qui étaient souvent déférés pour des raisons, que nous étalerons plus bas, les enfants-soldats se retrouvaient souvent devant un dilemme. Elles devraient faire face aux sentiments d'injustice, d'impunité et même d'impuissance de l'Etat que suscitait dans la population la libération ou la non-poursuite de ces mineurs pour cause d'incompétence personnelle ou d'irresponsabilité. Une telle solution ne ferait que, soit accentuer la méfiance de la population voyant en cet acte un signe de laxisme, soit mettre en danger la paix sociale en livrant les honnêtes gens à la merci des potentiels criminels non repentis, soit mettre aussi en danger les concernés eux-mêmes qui pourraient faire l'objet d'une vindicte populaire. On recourait alors à des pratiques peu crédibles pour poursuivre ces enfants. D'ailleurs, les hautes juridictions n'ont jamais donné l'interprétation exacte de toutes ces dispositions relatives à cette matière : malgré toutes les controverses qui les entourent, le débat est resté éminemment doctrinal. Le Législateur, non plus, ne s'est jamais empressé à clarifier la règle de droit relative à cette question. L'on explique souvent cette posture du législateur congolais par la pression qu'exercerait la communauté internationale sur les pays en mal d'identité et d'influence sur la scène internationale.

³⁹⁸ PERROT R., *Institutions judiciaires*, Montchrestien, 15^{ème} éd., Paris, 2012, p.165/06 ; WANE BAMEME, *Thèse préc.*, p.357.

³⁹⁹ IDZUIMBUIR ASSOP J. & KIENGE KIENGE I.R., *L'enrôlement des enfants et leur participation aux conflits armés : état actuel des dispositions juridiques*, EUA, Kinshasa, 2000, pp.12.

⁴⁰⁰ « Recueil sur la minorité : Analyse et commentaires de la législation applicable aux enfants associés aux forces et groupes armés et aux enfants victimes des conflits armés en RDC », BICE, 2005, pp. 38-39.

⁴⁰¹ « Recueil sur la minorité : Analyse et commentaires de la législation applicable aux mineurs en RDC », précité, pp. 23-26.

188/. Mais le germe de cette cacophonie juridico-judiciaire peut aussi être trouvé dans l'évolution du droit pénal militaire congolais. La difficulté qu'éprouve les juridictions ordinaires congolaises pour connaître les faits des enfants-soldats relève à la fois des mutations fréquentes des règles qui organisent des juridictions militaires et de la compétence exclusive que ces juridictions s'étaient, durant un moment, arrogées en matière des crimes internationaux. En effet, l'histoire de la justice militaire au Congo peut se résumer en trois grandes réformes : celle de 1972⁴⁰², celle de 1997⁴⁰³ et le celle de 2002⁴⁰⁴. Le professeur LIKULIA BOLONGO⁴⁰⁵, en s'appuyant sur les dispositions des articles dix-huit et cent-vingt-huit du code pénal militaire de 1972, prônait l'application du droit pénal militaire aux mineurs coupables d'infractions prévues et punies par ledit code. « De même, le défunt colonel ALAMBA, alors procureur de la Cour d'ordre militaire de triste mémoire, affirmait avec force qu'un enfant-soldat était avant tout un militaire et devrait être jugé par ses pairs dans le respect de la discipline et des impératifs des forces armées »⁴⁰⁶. A ce titre, sous les deux premiers régimes juridiques, les juridictions militaires étaient compétentes pour connaître les infractions prévues, par ces textes spécifiques, commises par les enfant-soldats : si le phénomène « enfant-soldat » était méconnu de la société congolaise des années 70 rendant presque caduque l'application de ses règles, il était fréquent de voir des enfants-soldats poursuivis, même pour des infractions de droit commun, par la Cour d'ordre militaire instaurée en 1997. Les décisions de cette Cour, étant non susceptibles de voie de recours, les peines, principalement la peine de mort, étaient exécutées à la sortie de l'instance. Le régime de 2002 a, quant à lui, constitué une rupture idéologique avec ses prédécesseurs en consacrant expressément l'incompétence des juridictions militaires à l'égard des mineurs (art. 114 CJM). Mais son action n'a pas été jusqu'aboutiste et n'a pas résolu la principale problématique. Elle

⁴⁰² OL n°72/060 du 25/09/1972 portant Code de justice militaire. Plusieurs autres textes ont succédé à cette ordonnance et ont servi de base embryonnaire à la justice militaire, notamment ; le décret du 02/12/1888 qui crée la force publique, le code provisoire de justice militaire promulgué le 18/12/1964 et l'OL n°67/87 du 06/02/1967. Mais la particularité du texte de 1972 est le fait d'avoir instauré pour la première fois au Zaïre (ou Congo RD) un arsenal juridique cohérent, complet, propre aux militaires, animé par des magistrats de carrière, officiers des forces armées et des auxiliaires de justice comme dans les juridictions ordinaires.

⁴⁰³ D.L. n°019 du 23/07/1997. La durée de vie de ce régime juridique, qui a commencé à la prise du pouvoir par Laurent-désiré KABILA le 17/05/1997, fut très brève (5 ans). Ce texte, qui s'inscrivait dans l'instauration d'un nouvel ordre politique et d'un état de droit, a malheureusement mis en place une juridiction unique (la cour d'ordre militaire) qui fera preuve de manquements graves du respect des garanties procédurales reconnues aux justiciables dans son fonctionnement. Dotée d'une structure peu claire, elle profitera de la situation de guerre qui caractérisait le pays pour étendre continuellement et anarchiquement sa compétence allant jusqu'à juger des civils et des opérateurs économiques.

⁴⁰⁴ Les L. n°023-2002 et L. n°024-2002 du 18/11/2002 portant respectivement CJM et CPM (précité).

⁴⁰⁵ *Droit pénal militaire zaïrois*, LGDJ, Paris, 1977, pp.70-71.

⁴⁰⁶ KASONGO LUKOJI G.[2006], *précité*, p.30 ; « Rapport de stage effectué à la Haute -Cour militaire », 05/04-13/06/2004, UPC/Droit, Major-Mag. MBOKOLO EWAWA (dir.), pp.1-4.

a, par contre, créé des situations floues. Car, en même temps qu'elles excluaient les mineurs de leur compétence, les juridictions militaires s'arrogeaient l'exclusivité aussi bien des infractions mixtes que des infractions d'ordre militaire qui pouvaient aussi être commises par des enfants-soldats : aucune juridiction ne pouvait statuer sur des tels faits sans appliquer la procédure judiciaire militaire. Aussi, les textes de 2002 admettaient la possibilité pour le juge ordinaire d'appliquer la procédure militaire, comme pour le juge militaire d'appliquer le droit commun.

189/. Les codes pénaux militaires ont aussi longtemps été jusqu'en 2013, les seuls textes à intégrer en droit positif congolais la répression des crimes internationaux. Couplé au fait que la majorité des personnes poursuivies pour ces crimes sont principalement militaires et, par conséquent, justiciables par leur qualité des juridictions militaires, il était facile aux juridictions militaires de proclamer, sur visa des articles 161 et 207 CPM, leur compétence exclusive en matière de crimes internationaux⁴⁰⁷. Toutefois, conscientes de l'incompétence depuis 2002 des juridictions militaires à l'égard des mineurs et de la propension des juridictions ordinaires à relaxer ces derniers, les parquets militaires devant qui étaient traduits les enfants-soldats contournaient la loi. La pratique consistait à mettre sous MAP ces mineurs, pour besoin présumé d'enquêtes ou au nom de leur dangerosité présumée, de manière qu'ils soient enfermés, généralement en prison par manque d'autres lieux d'hébergement, durant plusieurs années⁴⁰⁸. Or, toutes ces situations auraient pu être évitées par la consécration claire et nette, sinon de la responsabilité pénale des mineurs, des procédés de transmission des dossiers de poursuite des enfants-soldats des juridictions militaires vers les juridictions de droit commun ou spécialisées, habilitées à les connaître. Le projet du CPM de 2007, très

⁴⁰⁷ Lire avec intérêt ; BAKAMA BOPE, *La justice congolaise face aux crimes internationaux commis en RDC*, L'Harmattan, Paris, 2014, p.122 et svt ; MBOKANI J., *La jurisprudence congolaise en matière de crimes de droit international*, Open Society Foundations, New-York/Johannesburg, 2016, pp.16-17 ; NYABIRUNGU MWENE S., *Droit international pénal. Crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité*, DES, Kinshasa, 2013, pp. 160-190 ; TASOKI MANZELE, *L'enquête des juridictions internationales*, Thèse, Paris 1, 2011 ; WANE BAMEME, *Thèse préc.*, pp. 126, 359-360. Comme si l'art. 91-1 L.O OCJ ne suffisait pas pour mettre fin à ce débat en démantelant la répression des infractions de droit international par l'attribution de cette compétence à la cour d'appel la L. n°15/023 du 31/12/2015 modifiant et complétant la L. n° 024-2002 portant le CPM réitère cette norme en abrogeant l'art. 207 de ce code.

⁴⁰⁸ En RDC, le respect des délais légaux de la détention préventive n'est pas de rigueur. La mainlevée de cette détention est plus une question politique et financière que judiciaire. Par exemple, lors des événements du 22-23/03/2007, plusieurs mineurs ont été appréhendés et internés au CPRK. Ils ont été inculpés pour participation à un mouvement insurrectionnel, dont l'un des dossiers était sous RMP 1854/07/NKK (Auditorat militaire de Garnison/Gombe), et libérés en juillet 2008 par la commission dirigée par le colonel LUKANZU. En Décembre 2007, d'autres mineurs ont été faits prisonniers de guerre par les FARDC lors des affrontements entre les troupes de l'armée congolaise et les éléments de Laurent NKUNDA. Transférés de Goma à Kinshasa (20/01/2008), ils ont été poursuivis pour trahison et espionnage. Ils ont été plus tard libérés (2009) suite au plaidoyer du CICR, BICE, MONUC et UNICEF.

explicite que n'importe quelle norme congolaise en la matière, n'a jamais été promulgué quoi que le parlement ait clôturé son examen et l'ai transmis à la Présidence. Son vingt-troisième article disposait que les enfants-soldats, quelle que soit la nature ou la gravité de l'infraction commise, doivent être transmises à leur juge naturel en vue de leur appliquer le décret sur l'enfance délinquante.

§2. La responsabilité pénale des mineurs en droit international pénal

190/. **Enfant soldat**⁴⁰⁹, **sujet énigmatique du droit international**. A côté d'un droit interne peu clair et, parfois, incohérent, le recours au droit international paraît souvent indispensable. En effet, depuis peu, la criminalité internationale a remis sur la scène un acteur particulier qui est l'enfant-soldat⁴¹⁰. S'il est évident que les enfants sont les premières victimes des conflits armés, il n'est pas moins vrai qu'ils font également partie de la cohorte des bourreaux⁴¹¹. Ils sont généralement enrôlés de force (ou par nécessité⁴¹²) et subissent de mauvais traitements de la part des recruteurs dans le but d'altérer leur capacité de discernement au moment de commettre le crime. Mais, des fois, ils s'enrôlent volontairement, prennent goût à ce mode de vie et n'agissent toujours pas sous l'emprise de la drogue ou sous la contrainte qu'il se pose réellement la question de leur responsabilité pénale. Ces deux cas de figure résument la situation juridique des mineurs impliqués dans les conflits armés. Malheureusement, le paradoxe qui caractérise la réglementation internationale en ce domaine

⁴⁰⁹ Pour des raisons d'ordre pratique, nous préférons le terme « *enfant-soldat* » à « *enfant associé à une force ou un groupe armé* ». Aussi, contrairement à la définition la plus admise [Principes du Cap (pt 1), Principes de Paris (pt 2.1), MC CONNAN I. & UPPARD S., *Des enfants, Pas des soldats*, The Save the Children Fund, Londres, 2002, p.103], selon laquelle est « *enfant-soldat* » toute personne âgée de moins de 18 ans qui est ou a été recrutée ou employée par une force ou un groupe armé, quelle que soit la fonction qu'elle y exerce [...] notamment mais pas exclusivement, les filles ou garçons, utilisé comme combattants, cuisiniers, porteurs, messagers, espions ou à des fins sexuelles ; nous n'abordons dans notre étude que le cas des enfants ayant participés directement aux hostilités et ayant commis des crimes graves de droit international.

⁴¹⁰ L'utilisation des enfants dans les armées gouvernementales ou rebelles n'est pas un phénomène nouveau. On en retrouve les traces au travers toute l'histoire humaine : De la Grèce antique à L'Est de la RD Congo actuelle en passant par la France napoléonienne, la guerre de sécession américaine, l'Allemagne nazie, l'Afghanistan, le Cambodge, l'Iran, l'Irak, le Nicaragua des années 80 ou la Sierra Leone des années 90. A la différence qu'aujourd'hui, à cause de la prolifération d'armes légères et du moindre coût de main d'œuvre qu'ils représentent, les enfants sont plus utilisés comme combattants et non comme serviteurs, esclaves, espions, boucliers humains comme autrefois. Et, depuis, le phénomène se pérennise exclusivement sur le sol africain. Voir : « *Attention : Enfants-soldats !* », Amnesty international, Dossier pédagogique 2012, pp.4-7, [en ligne] www.amnestyinternational.be/IMG/pdf/dossierenfantssoldats-2.pdf ; « *Enfants-soldats* », Croix-Rouge de Belgique, Communauté francophone, [en ligne] <http://www.croix-rouge.be/img/db/enfants-soldats-pdf> ; MOUZAYAN O.H., *L'enfant soldat*, Odile Jacob, Paris, 2003, pp. 9, 15-19 ; https://fr.wikipedia.org/wiki/enfant_soldat ; TOURNIER M., « *l'enfant soldat dans l'histoire* », Bulletin N°8, 01/2004, Amnesty Internationale/Section française, Commission enfants ; www.child-soldiers.org/francais.php.

⁴¹¹ ARZOUMANIA N. & PIZZUTELLI F., « *Victimes et bourreau : questions de responsabilité liées à la problématique des enfants soldats en Afrique* », *RICR*, vol.85, n°852, décembre 2003, pp.834-856.

⁴¹² Défendre leur pays, venger la mort de leurs parents, salaire alléchant.

consiste, d'une part, en une prise en compte de la nécessité de prévenir l'enrôlement des mineurs au travers de la responsabilité pénale individuelle des recruteurs (A) et, d'autre part, en une abstraction des droits des victimes par une politique pénale ambiguë au sujet de ces mineurs lors qu'ils sont auteurs des graves atrocités et violations de droit international⁴¹³ (B). Il n'est pas normal que, malgré la recrudescence de ce phénomène et le nombre croissant des conflits armés⁴¹⁴ dans le monde, l'âge de la responsabilité pénale internationale ne soit pas clairement défini, ni l'irresponsabilité pénale clairement consacrée. Or, les deux catégories des mineurs ne peuvent continuer à être ignorées, ni confondues : d'ailleurs, une vraie thérapie, voire une réelle réintégration de ces enfants dans leur communauté respective, passe par la reconnaissance de cette différenciation. Une telle objection n'est pas dénuée de sens ou d'humanité puisque les systèmes nationaux prévoient déjà les hypothèses de la responsabilité atténuée ou absolue des mineurs.

A. La responsabilité pénale pour faits des enfants-soldats

191/. **La responsabilité pénale internationale des recruteurs.** L'interdiction de recruter des enfants de moins de quinze ans et de les faire participer directement aux hostilités est bien établie en droit international coutumier et conventionnel⁴¹⁵. Intitulé de revenir sur cette problématique, longuement discutée en doctrine, ainsi que sur des failles et des incertitudes de toutes les normes de protection des enfants en période de conflit armé. Mais, il sied de retenir globalement que les conventions de Genève de 1949, qui ne définissent déjà pas le terme « enfant » mais l'emploient de manière synonymique avec celui « adolescent » ou de « mineur », n'accordaient pas à l'enfant-soldat un statut spécial. Elles lui reconnaissent plutôt un statut de civil lui permettant de bénéficier de tous les droits de la DUDH. Il fallait attendre 1977 (PAI CG) pour que la question des enfants-soldats, particulièrement celle de

⁴¹³ GIBROMONT H., « La prise en compte des enfants-soldats par les juridictions pénales internationales et internationalisées », *CDIPH*, 25/06/2014, URL : <http://www.cdiph.ulaval.ca/blogue/la-prise-en-compte-des-enfants-soldats-par-les-juridictions-penales-internationales-et>, du 16/09/2015; MANIRAKIZA P., « Les enfants face au système international de justice : à la recherche d'un modèle de justice pénale internationale pour les délinquants mineurs », *Queen's L.J.*, 2009, p.7-22.

⁴¹⁴ On estime, à ce jour, à environ 250.000 le nombre d'enfants-impliqués dans les combats dans plus de 30 pays, majoritairement africains. Pour les précisions statistiques, voir : Bureau du Représentant spécial du Secrétaire général pour les enfants et les conflits armés [www.un.org] ; <https://www.unicef.fr/dossier/enfants-soldats> ; www.visiondumonde.fr/actualites/archives/les-enfants-soldats-dans-le-monde consultés le 10/03/2016.

⁴¹⁵ PA Conv. de Genève (art. 77.2-3 PA I et art. 4.3c PA II), CIDE (art. 38-2 à 3) et son PF concernant l'implication d'enfants dans les conflits armés (Rés. 54/263, AG/ONU, 25/05/2000, entré en vigueur le 12/02/2002), CADBE (art. 22-2), Conv. n° 182 sur les pires formes de travail des enfants (art. 3-a), Rés. n°1959 (LXIV) sur la condition des enfants africains en situation de conflits armés (OUA/Cons.Min., 05/07/1996, art.7), Principes de Cap (Unicef, 1997), Déclaration de Maputo (1999), Principes de Paris (Unicef, 2007).

leur enrôlement soit officiellement posée. Mais au lieu de proscrire de manière absolue l'enrôlement et l'utilisation des enfants dans les rangs des forces armées, le Protocole additionnel s'est contenté de fixer l'âge de participation aux hostilités à quinze ans. Ce qui signifie qu'au-delà de cet âge, les mineurs impliqués dans les conflits armés internationaux se voient reconnaître, contrairement aux personnes civiles, la qualité de combattant. Ils bénéficient, de ce fait, en cas de capture du statut de prisonnier de guerre (art. 4A §1-7 CGI) ⁴¹⁶. La CIDE, qui a pourtant défini l'enfant comme toute personne âgée de moins de dix-huit ans, est restée moins audacieuse sur l'enfant-soldat : elle réaffirme quasiment la norme de 1977 (art.38 CIDE). C'est plutôt la convention n°182 de l'OIT de 1999 qui a innové en qualifiant le recrutement d'enfants de pire forme de travail et en élevant l'interdiction de cette pratique jusqu'à dix-huit ans ; sauf que cette convention ne s'applique qu'au recrutement forcé. Ce n'est qu'en 2000 (PF CIDE) que le recrutement et la participation aux hostilités des personnes de moins de dix-huit ans deviendront illégaux. Enfin, les Principes de Paris témoignent de la détermination de la Communauté internationale à empêcher le recrutement des enfants d'une part, à démobiliser et réinsérer les enfants déjà touchés par ce fléau, d'autre part.

192/. Conformément à leur nature et leur mise en application, la portée de ces règles reste très limitée : elles « interdisent un comportement tout en laissant la mise en œuvre des sanctions à la discrétion des États concernés, bien souvent impliqués eux-mêmes dans le recrutement des mineurs pendant les conflits armés » ⁴¹⁷. Il a donc fallu des règles de facture pénale ⁴¹⁸ incriminant la violation de ces règles humanitaires pour que la responsabilité pénale des acteurs, particulièrement des recruteurs, soit mise en cause. La CPI et TSSL constitueront les seules juridictions qui prendront pénalement en compte la problématique des mineurs impliqués activement dans les conflits armés. La CPI érige en crime de guerre « le fait de procéder à la circonscription ou à l'enrôlement d'enfants de moins de quinze ans » et « les faire participer activement à des hostilités » [art. 8-2-e (vii)] ; tandis que le TSSL va incriminer

⁴¹⁶ LAROSA A., « La protection de l'enfant en droit international pénal : Etat de lieux », Mémoire, Lille 2/Droit international, LAVENUE (dir.), 2003-2004, pp.106-107 ; PLATTNER D., « La protection de l'enfant dans le droit international humanitaire », *RICR*, 747, 30-06-1984, [en ligne] <https://www.icrc.org/fre/resources/documents/misc/5fzh54.htm>; WANE BAMEME B., *Thèse préc.*, p.20.

⁴¹⁷ GIBROMONT H., art. préc..

⁴¹⁸ Le Droit des gens a dégagé certains droits inhérents à la nature humaine auxquelles il a paru utile d'accorder une grande protection juridique. La négation manifeste de ces derniers lors des conflits armés a milité pour une protection pénale : le droit international pénal. Celui-ci, qui jusqu'à récemment n'était que normatif consistant à une simple coordination des droits et des procédures pénaux internes, est devenu institutionnel avec des juridictions internationales ad hoc puis permanentes.

le recrutement et l'utilisation des enfants de moins de quinze ans en tant que violations graves du droit international coutumier (art. 4-c). Circonstances du conflit obligent, le TSSL a été le premier à mettre en application cette incrimination et, de ce fait, à affronter la question la légalité de cette responsabilité pénale : le tribunal s'est appuyé sur les instruments internationaux précités mais le juge ROBERTSON a estimé, dans son avis dissident, qu'il n'était pas possible que la responsabilité pénale consécutive à l'interdiction de recrutement d'enfants soit évoquée avant l'entrée en vigueur du Statut de Rome⁴¹⁹. D'ailleurs le professeur Olivier DE FROUVILLE rappelle à ce titre combien il a été « intéressant de constater que les conditions « *Tadic* » dégagées par le TPIY en 1995 pour interpréter et appliquer la disposition résiduelle constituée par l'article 3 du Statut du TPIY [étaient] réutilisées dans un contexte institutionnel [...] par la TSSL pour vérifier la légalité de l'infraction liée à l'utilisation d'enfants soldats dans le conflit »⁴²⁰. Qu'à cela ne tienne, c'est sur cette base que sont poursuivis les sieurs Joseph KONY, Vincent OTTI et OKOT ODHIAMBO, tous trois hauts commandants d'un groupe armé actif au nord de l'Ouganda (« *Lord's Resistance Army* »); et ont été condamnés les sieurs Charles TAYLOR⁴²¹ et Thomas LUBANGA DIYOLO⁴²². Quant à Germain KATANGA⁴²³, il a été également poursuivi à titre de complice pour crime contre l'humanité et crime de guerre ; le chef d'accusation relatif à l'utilisation des enfants soldats n'a pas été retenu, faute de preuves suffisantes. Un autre chef de milice, Gédéon KYUNGU MUTANGA⁴²⁴, a été poursuivi par les juridictions militaires congolaises notamment pour avoir enrôlé, dans la province du Katanga, environ trois cents enfants de moins de quinze ans entre 2003 et 2006. Si ce chef d'accusation a été rejeté, sous prétexte que la « guerre » n'avait pas été officiellement déclarée par le chef de l'État à l'époque, il a été toutefois condamné à

⁴¹⁹ TSSL, Ch. Appel, SCSL-2004-14-AR72(E), Procureur c/ Norman, « *Décision on Preliminary Motion based on Lack of jurisdiction* (Child recrutement », 31/05/2004 ; HAPPOLD M., « International Humanitarian Law, War Criminality and child Recruitment : The Special Court for Sierra Leone's Decision in *Prosecutor v. Samuel Hinga Norman* », *Leiden Journal of International law*, vol.18, pp.283-297.

⁴²⁰ DE FROUVILLE O. & MARTELLY O., « La juridictionnalisation du droit des conflits armés : les tribunaux internationaux mixtes », in CHETAIL V. (dir.), *Permanence et mutations du droit des conflits armés*, Bruylant, Bruxelles, 2013, Actes du colloque organisé à l'Université Lyon 3, 2-3/10/2008, [en ligne] www.frouville.org/Publications_files/Art-Lyon-mainDocFINAL-1.pdf, consulté le 10/01/16.

⁴²¹ TSSL, 1^{ère} Inst., SCSL-03-016PT, *Le Procureur c/ Charles TAYLOR*, 26/04/2012 ; Ch.Appel, 26/09/2013.

⁴²² CPI : 1^{ère} Inst., ICC-01/04-01/06-2842, *Le Procureur c/ Thomas LUBANGA*, 14/03/2012 ; ch. Appel, ICC-CPI-201412016PR11069, 01/12/2014 [Voir le site officiel de la CPI (www.icc-cpi.int)].

⁴²³ CPI : Ch. préI., ICC-01/04-01/07-717, *Le Procureur c/ Germain KATANGA et Matthieu NGUDJOLO CHUI*, 30/09/2008, §§.253-263 ; 1^{er} Inst., ICC-01/04/07-346, *Le Procureur c/ Germain KATANGA*, 07/03/2014, §§. 1024-1088, spéc. 1085 et 1088.

⁴²⁴ TMG/Haut Katanga, RP 0134, L'auditeur militaire de garnison, Ministère public et parties civiles c. Gédéon KYUNGU et ses 25 Co-accusés, 05/03/2009 ; Cour Militaire /Katanga, ch. Appel, 16/03/2010.

la peine de mort pour d'autres charges notamment celle de crime contre l'humanité (10/03/2009).

193/. Ainsi, il s'avère que le droit international voudrait imputer entièrement aux adultes et/ou aux supérieurs hiérarchiques les faits des mineurs âgés de moins de quinze ans qu'ils auraient recruté et incité à participer aux hostilités. Ces enfants, combattants volontaires ou pas, seraient sur le plan juridique dans une situation irrégulière. Car, leur jeune âge justifierait la nullité de leur consentement pour un acte de telle importance ainsi que la mise en place des mesures de protection du droit humanitaire. Cette approche, sans être sous-estimée, n'est pas adéquate pour un traitement efficient des mineurs âgés de plus de quinze ans auteurs de crimes de guerre et autres infractions graves de droit international.

B. La responsabilité pénale individuelle des enfants-soldats

194/. **La non-exclusion d'une responsabilisation des mineurs pour crimes internationaux.** D'entrée de jeu, rappelons qu'au-delà du débat d'école⁴²⁵, le DIH n'interdit pas toute idée de responsabilité pénale individuelle des mineurs pour crimes graves de droit international quoi qu'il incite les systèmes nationaux à considérer ces derniers comme des victimes et à privilégier leur démobilisation et leur réinsertion via des modes alternatifs des règlements de conflit⁴²⁶. La CIDE n'exclut non plus cette hypothèse : l'interprétation à *contrario* des dispositions de l'art. 40-2-a⁴²⁷, particulièrement le mot « droit international », permet d'admettre la responsabilité pénale des mineurs pour des actes et omissions interdits par les traités internationaux. De même, le statut de prisonnier de guerre que leur confèrent

⁴²⁵ Pour avoir un aperçu sur les principaux courants doctrinaux sur cette question, lire l'excellent article de monsieur AKAKPO Luc [« Procureur c. X : les enseignements à tirer de la poursuite des enfants soldats pour crime contre l'humanité », *RGD*, 2012, vol.42, n°1, pp.9-56, [en ligne] : <http://id.erudit.org/iderudit/1026915ar>].

⁴²⁶ Pt 3.6 Principes de Paris : « *Les enfants accusés d'avoir commis des crimes de droit international alors qu'ils étaient associés à des forces armées ou à des groupes armés doivent être considérés principalement comme les victimes d'atteintes au droit international, et non pas seulement comme les auteurs présumés d'infractions. Ils doivent être traités d'une façon conforme au droit international, dans un cadre de justice réparatrice et de réinsertion sociale, conformément au droit international, qui offre une protection particulière à l'enfant à travers de nombreux accords et principes* ». Voir aussi les Principes du Cap (16 et 21).

⁴²⁷ **art. 40 CIDE** : « 1. Les Etats parties reconnaissent à tout enfant suspecté, accusé ou convaincu d'infraction à la loi pénale le droit à un traitement qui soit de nature à favoriser son sens de la dignité et de la valeur personnelle, qui renforce son respect pour les droits de l'homme et les libertés fondamentales d'autrui, et qui tienne compte de son âge ainsi que de la nécessité de faciliter sa réintégration dans la société et de lui faire assumer un rôle constructif au sein de celle-ci. 2. A cette fin, et compte tenu des **dispositions pertinentes des instruments internationaux**, les Etats parties veillent en particulier : a) A ce qu'aucun enfant ne soit suspecté, accusé ou convaincu d'infraction à la loi pénale en raison d'actions ou d'omissions qui n'étaient pas interdites par le droit national ou **international** au moment où elles ont été commises ».

les protocoles additionnels de la Convention de Genève, n'interdit non plus leurs poursuites en cas de violation grave des lois et coutumes de guerre.

195/. Mais cette approche issue de l'interprétation des quelques dispositions pertinentes des traités internationaux en la matière est loin d'épuiser la problématique simplement par le fait que les juridictions pénales internationales, particulièrement la CPI (art.26), excluent généralement de leur compétence les personnes âgées de moins de dix-huit ans sans pour autant ; d'une part, indiquer les instances habilitées à les poursuivre, et d'autre part, poser carrément une interdiction formelle de poursuite ou une immunité au bénéfice des concernés. Si l'on ne pourrait, non plus, déduire de cette disposition une irresponsabilisation des mineurs étant donné que les statuts de ces juridictions ne se sont jamais, et rien ne les empêchait, exprimés expressément à ce sujet, il sied aussi de souligner que la « déclaration d'incompétence d'une juridiction exclut tout simplement la possibilité pour cette dernière de connaître de la cause, mais ne sous-entend nullement l'irresponsabilité de l'agent⁴²⁸ ». Même dans l'hypothèse où cette juridiction serait la seule susceptible à connaître de tels faits, on évoquerait en réalité l'impunité pour absence de juridiction compétente et non l'irresponsabilité pénale. Force est de constater que les juridictions pénales internationales ont toujours eu une compétence concurrente à celle des tribunaux nationaux. Les impératifs d'ordre économique⁴²⁹ sont souvent évoqués comme la principale cause qui les oblige à se concentrer sur les « primo-délinquants »⁴³⁰ et à laisser à leurs homologues nationales les exécutants dont font partie généralement les mineurs. En d'autres termes, cette posture du DIH et DIP renvoie simplement et irrémédiablement la question au dispositif mis en place par le droit interne⁴³¹. Raison pour laquelle, l'on retrouve dans les jurisprudences internes et internationalisées quelques cas de poursuites des mineurs pour des crimes internationaux.

196/. Seuil légal de l'enrôlement volontaire ou Seuil de responsabilité pénale pour crimes internationaux ? Il est aussi évoqué, comme cause de cette exclusion de compétence,

⁴²⁸WANE BAMEME B., *La responsabilité pénale pour crime de guerre.*, Thèse, op. cit., p.235.

⁴²⁹ COTE L., « Justice pénale internationale : vers un resserrement des règles du jeu », *RICR*, 03/2006, n° 861, pp. 51-63 ; LAUCCI C., « Quoi de « spécial » au TSSL ? », *AYIL*, vol.14, 2006 URL : lawlib.wlu.edu/CLJC/index.aspx?mainid=1067&issuedate=2008_03-21&homepage=no ; XAVIER P., *Cours de Droit international pénal*, AMU, M1/Droit [Inédit], 2010-2011.

⁴³⁰ Ce terme ne doit pas être pris dans le sens généralement admis qui l'oppose au « récidiviste » et au « délinquant d'habitude » ; mais dans celui du professeur Xavier PHILLIPE [précité] qui renvoie aux auteurs intellectuels. Ainsi, nous utiliserons, l'expression « délinquant primaire » pour désigner le premier sens.

⁴³¹ C'est le cas de l'affaire Omar KHADR. Sans entrer dans les spécificités du droit pénal et du droit international américain, il s'agit, dans ce cas d'espèce, d'un jeune canadien, condamné par une commission militaire américaine (25/10/2010) pour crimes de guerre, de complot, de soutien matériel au terrorisme, d'espionnage et de meurtre, alors qu'il était âgé de 14 ans au moment des faits.

le manque de consensus⁴³² autour du seuil de responsabilité pénale qu'il a fallu éviter tout conflit entre le Statut de Rome et les juridictions nationales. Ce qui confirme bien notre hypothèse selon laquelle l'idée de responsabilité a toujours été présente mais c'est uniquement la fixation de son seuil qui a posé problème. Or, lorsqu'on analyse minutieusement les pratiques militaires mondialement reconnues et certaines règles de DIH, il semble se dégager un seuil [implicite] de quinze ans⁴³³. En effet, si l'interdiction de recrutement et de participation des personnes âgées de moins de dix-huit ans dans les conflits armés ne sont plus discutables en DIDH et DIH ; seule la violation de la règle de non-participation des personnes âgées de moins de quinze ans est assortie d'une sanction pénale. Les textes laissent entendre que ne sont pas pénalement interdites ; d'une part, la participation indirecte des enfants de moins de quinze ans dans les conflits armés, et d'autre part, la participation directe de ceux de plus de quinze ans⁴³⁴. Malgré le lobbying des organisations transnationales et non-gouvernementales, l'incrimination consécutive à cette violation de la règle humanitaire n'a pas toujours été modifiée. Vide juridique ou seuil tacite de responsabilité, cet âge coïncide curieusement avec celui de l'enrôlement volontaire des mineurs adopté par beaucoup d'Etats⁴³⁵ qui sont parfois contraints, par la réalité⁴³⁶, à envoyer ces mineurs au combat même s'ils s'engagent généralement à ne pas le faire. Ainsi, malgré le refus de la Communauté internationale de se prononcer, de manière explicite, sur la question de la responsabilité pénale internationale des mineurs, les mineurs d'au moins quinze ans peuvent engager leur responsabilité lorsqu'ils sont auteurs des crimes graves de droit international. Ce qui est confirmé par quelques jurisprudences, tant internes et internationalisées.

⁴³² GACHOUD R., « La guerre, un jeu d'enfants ? Enfants soldats ; la problématique des filles », *AYIL*, précité. ; Rap. du Comité préparatoire pour la création d'une cour criminelle internationale, AG/N.U., 53^{ème} sess., Doc. N.U. A/CONF183/2/Add 1 (1998), p.53 ; Rap. de la Représentante spéciale du Secrétaire général pour les enfants et les conflits armés, Doc. off. A.G. N.U., 65^{ème} sess., Doc. N.U. A/65/219 (2010), §.8, [En ligne], <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N10/474/22/PDF/N1047422.pdf?Element>.

⁴³³ Il existe des statuts des juridictions internationales ou internationalisées qui sont allées en deca du seuil de 15 ans mais dans la limite de 12 ans posée par le DIDH (art. 40-3-a CIDE, 32-33 OG n°10). La Chambre spéciale de la Cour d'Etat de Bosnie-Herzégovine l'a fixé à 14 ans ; alors que TSSL et le Panel de Timor l'avaient respectivement fixé à 15 et 12 ans.

⁴³⁴ DAVID E., *Principes de droit de conflits armés*, Bruylant, 3^{ème} éd., Bruxelles, 2002, pp.492-493 ; DAVID E., TULKENS F., & VANDERMEERSCH D., *Code de droit international humanitaire*, Bruylant, 4^{ème} éd., 2010, pp.932-934 ; MATHESON M. & MOMTAZ D. (dir), *Les règles et institutions du droit international humanitaire à l'épreuve des conflits armés récents*, Académie de droit international de la Haye, 2010, p.26.

⁴³⁵ Si au regard du protocole de 2000 de la CIDE, les mineurs ne peuvent donc pas combattre ni faire l'objet d'un enrôlement obligatoire dans les forces armées, ils peuvent néanmoins recevoir une éducation et une formation militaire dès le plus jeune âge. Et, ce même en Europe (Belgique, France, Royaume-Uni).

⁴³⁶ Par exemple, plusieurs mineurs de 17 ans sont comptés parmi les soldats britanniques disparus au combat en 1982 (Malouines), en 1991 (guerre du Golfe), en 1998/1999 (Mission internationale de maintien de la paix au Kosovo).

197/. **La responsabilité pénale des enfants-soldats devant le TSSL.** Le TSSL a été la première juridiction internationale à avoir, non seulement doté le droit international d'une jurisprudence en matière de conscription et d'utilisation d'enfants soldats en tant que crime de guerre, mais aussi envisager en vertu de l'article 7 de son statut la poursuite des mineurs âgés de quinze à dix-huit ans au moment des faits pour les crimes de droit humanitaire relevant de sa compétence *ratione materiae*. Cette question s'est inéluctablement imposée à lui étant donné que le conflit armé sierra-léonais (1991-2001) a été essentiellement alimenté par des jeunes tentant d'échapper à la pauvreté ou enrôlés de force. « La communauté internationale était généralement mal à l'aise [face] à cette idée [...] mais, en raison de leur nombre, plusieurs groupes sierra-léonais, y compris les chefs spirituels de diverses confessions, estimèrent qu'il convenait de les poursuivre »⁴³⁷. Le Tribunal a alors fondé sa poursuite sur le critère de l'opportunité (nécessité) déduit de la gravité et l'ampleur des crimes commis, surtout qu'il s'est avéré une implication directe des mineurs à divers degrés de pouvoir dans les hostilités⁴³⁸. Deux procédés ont été mis en place (la voie judiciaire via le TSSL et la voie extra-judiciaire via la CVR) quoique le Procureur David Crane ait estimé inopportun de procéder par voie judiciaire⁴³⁹ ; transférant ainsi des nombreux mineurs à la CVR qui n'avait pas pour mission d'établir leur responsabilité mais plutôt d'analyser les motivations de leurs comportements dans une optique de réconciliation, de pacification sociale, de prévention et de devoir de mémoire. Ce processus finissait souvent par la reconnaissance par les auteurs de leur culpabilité et la demande du pardon ; démontrant à suffisance que même le procédé extra-judiciaire, dans laquelle se situe la DDR, ne peut aboutir à une réelle réconciliation sans démarche de responsabilisation. Le TSSL a, donc, constitué le seul exemple où le traitement de la vulnérabilité des enfants ainsi que celui de leur responsabilité pénale ont été conjointement pris en considération de façon exhaustive suivant des mécanismes non-judiciaires. Il sera alors plus facile pour le système congolais de se projeter dans le système

⁴³⁷ PERRIELLO T. & WIERDA M., « Le Tribunal spécial pour la Sierra-léone sur la sellette », *ICTJ*, 05/03/2005, p.14, URL : <https://www.ictj.org/sites/default/files/ICTJ-SierraLeone-Tribunaux-Hybrides-2006-French.pdf> du 11/02/2016. Voir aussi PAZARTZIS P.(2003), art. préc., spéc. p.646.

⁴³⁸ BLUNT E., « Paix fragile en Sierra Leone », *Le Monde Diplomatique*, 12/1999, p.14 ; GALY M., « Libéria, une guerre oubliée », *Le Monde Diplomatique*, 09/1994, p.11. Un autre témoignage d'un mineur ayant combattu en RD Congo, Rap. par l'ONG Vision du Monde, confirme cette hypothèse [www.visiondumonde.fr/news/temoignage-enfant-soldat consulté le 10/03/2016].

⁴³⁹ CRANE D., « Strike Terror NO More : Prosecuting the Use of Children in Times of Conflict – The West African Extreme », *International Criminal Accountability*, ARTS K. & POPVSKI V.(dir.), Hague Academic Press, Pays-Bas, 2006 ; MAYSTRE M. & WERNER A., « Un modèle de tribunal « internationalisé » : analyses et perspectives sur le TSSL », *Droit international pénal*, KOLB R. (dir.), Bruylant, Bruxelles, 2008, p.403 ; PERRIELLO T. & WIERDA M., art. préc.

sierra-léonais dont le cadre sociologique lui est proche à la différence, peut-être, que le cas sierra-léonais s'est étalé plus intensément dans le temps et dans l'espace.

198/. **La responsabilité pénale des mineurs devant le Panel de Timor.** Un autre cas de poursuite des mineurs pour crimes graves de droit international revient aux Panels spéciaux⁴⁴⁰ du Timor Leste établis en 1999, au sein de la Cour de District de Dili, par l'Administration transitoire des Nations Unies au Timor oriental (Rés. 1272, 25/10/1999, CS/ONU). La mission, la compétence et le fonctionnement de cette juridiction étaient régis par les Règlements 2000/11 du 06/03/2000 et 2000/15 du 06/06/2000 de l'Administration transitoire. Un jeune-homme, âgé de quatorze ans au moment des faits, a été traduit devant cette juridiction en mai 2002 pour avoir tué trois personnes à la machette, dans le cadre d'une tuerie généralisée. Il sera au départ poursuivi, conformément à l'article 45⁴⁴¹ du règlement 2000/30 relatif à la preuve et à la procédure devant le Panel, pour crimes contre l'humanité, d'extermination ou de tentative d'extermination et d'autres actes inhumains⁴⁴². Mais, à la suite d'une entente avec la défense, l'acte d'accusation fut transformé en meurtre non prémédité (punissable en droit pénal indonésien) pour lequel il fut reconnu coupable le 28/10/2002⁴⁴³. Il s'agit de la première et unique juridiction pénale internationale, quoiqu'hybride, ayant inculpé un mineur dans le cadre d'une procédure pénale.

199/. Cette décision n'est pas beaucoup commentée par la doctrine ; les rares fois qu'elle l'est, elle essuie des critiques négatives d'après lesquelles les règles du procès équitable ainsi que certaines garanties reconnues par le droit international en matière de justice juvénile n'ont pas été respectées. Mais, il sied de souligner que, d'une part, l'organe d'accusation de cette juridiction était complètement internationalisé tandis que son siège l'était partiellement, et d'autre part, les dispositions de l'article 45 du Règlement sur la preuve et la procédure précité portaient tous les principes consacrés en droit international humanitaire et en droits internes des Etats modernes, à savoir ; un seuil de responsabilité pénale à douze ans (supérieure à

⁴⁴⁰ Désignés aussi en doctrine par « Chambres spéciales pour les crimes graves de Timor ». Elles ont été relayées, après leur mandat, dans leur mission par une Chambre de la Cour de Dili.

⁴⁴¹ « Toute personne âgée de moins de 18 ans est considérée comme un mineur. Le mineur de moins de 12 ans est réputé incapable de commettre un crime et ne doit pas être soumis à une procédure pénale [...]. Les mineurs entre 12 et 16 ans peuvent être poursuivis [...] pour toute infraction, qui en vertu du droit applicable constitue un assassinat, un viol ou un crime de violence dans lequel des blessures graves sont infligées à une personne »

⁴⁴² DILI District Court, Special Panel for Serious Crime, *Prosecutor c/ X*, n° 04/2002, 12/12/2002.

⁴⁴³ REIGER C., « Etude de cas de tribunaux hybrides : le processus relatif aux crimes graves au Timor-Leste en rétrospective », p. 23, [en ligne] <https://ictj.org/sites/default/files/ICTJ-TimorLeste-Tribunaux-Hybrides-2006-French.pdf>, consulté le 03/03/2014.

certaines Etats européens d'ailleurs), la caractère légal et nécessaire de la détention du mineur et la brièveté de toute peine d'emprisonnement. Alors, la question qu'il sied de se poser est celle de savoir comment une juridiction animée par des tels personnages et régie par des telles règles est arrivée à admettre l'hypothèse d'une poursuite pénale en l'encontre d'un mineur de quatorze ans pour des faits constitués des crimes internationaux, si une telle approche était contraire au droit international.

200/. En définitive, si le droit international général ne prohibe pas les poursuites contre des enfants accusés de crimes graves, particulièrement ceux âgés d'au moins quinze ans, ces règles, pour toutes les raisons que nous venons d'évoquer, n'ont jamais été réellement mises en œuvre au niveau international. Les rares cas que nous avons épinglés pour étayer notre théorie émanent tous, curieusement, des tribunaux internationaux hybrides (CVR du TSSL, la Chambre spéciale de la Cour de District de DILI) ; confirmant, par ailleurs, une pensée qui les veule plus soucieux d'une justice internationale performante, juste et adaptée au milieu dans lequel ils opèrent⁴⁴⁴. L'éradication progressive du phénomène (enfant-soldat) pourrait aussi faire croire à l'inopportunité d'une régulation ; mais l'histoire humaine nous a régulièrement démontré que l'on n'est jamais à l'abri des surprises. Aussi, au regard du caractère international du phénomène, transcendant les frontières nationales, la communauté internationale devra s'y pencher pour que s'ensuivent des réponses étatiques plus ou moins identiques. Car, à l'absence d'une telle solution, seul le droit interne des Etats confrontés à ce problème de manière récurrente et tente de le résoudre en recourant à un bricolage juridique (droit international/droit interne) qui ne remporte toujours pas l'unanimité. Ainsi, la problématique de l'enfant-soldat reste un défi supplémentaire à la fois pour la justice juvénile et la justice internationale.

⁴⁴⁴ DE FROUVILLE O. et MARTELLY O., *art. précité* ; « Recommandations pour une Cour spécialisée mixte indépendante et efficace en RDC », FIDH-ASADHO-GL-LE , 09/2011, pp.3, 12 ; Rapport Mapping des Nations Unies sur les graves violations des droits de l'homme commises en RDC entre 1993 et 2003, 08/2010, [en ligne] http://www.ohchr.org/Documents/Countries/ZR/DRC_MAPPING_REPORT_FINAL_FR.pdf.

Conclusion du Titre

201/. Les règles pénales applicables aujourd'hui aux mineurs-délinquants sont toutes de source écrite (interne ou internationale). Elles sont généralement une mise en application amendée des principes dégagés par le droit romain. Elles prévoient, peu importe le qualificatif usité, une redevabilité sociale des mineurs pour les faits infractionnels qu'ils parviendraient à être auteurs et, parfois même, comme c'est notamment le cas en Belgique et en RDC (avant la LPE), pour certains actes de déviance non constitutifs d'infractions (délits d'état). La complexité du DPM est née ; d'une part, de la virtualisation juridique de la notion d'irresponsabilité pénale du mineur, et d'autre part, de la substitution de l'incrimination législative par l'incrimination judiciaire que la doctrine de défense sociale a insufflée à la discipline. En effet, cette doctrine a installé un renversement de charge de la preuve : l'irresponsabilité pénale du mineur devenait la règle, et sa responsabilité, l'exception. Elle a, ainsi, fabriqué un curieux objet juridique : l'enfant, virtuellement irresponsable, mais soumis, dans la pratique, à des règles de mise en mouvement de l'action publique conduisant même à son incarcération. Or, les notions de « *majorité pénale* » (qui ne signifie rien d'autre que le « droit à un traitement pénal différent ») et de « *seuil minimal de responsabilité* » (qui exclue une catégorie d'enfants du champ pénal quelle que soit la nature ou la gravité de leurs actes), étaient largement suffisantes pour saisir cette responsabilité nuancée et spécifique. Après une période de triomphe, cette approche a montré ses limites et divise désormais les auteurs. Car, la responsabilité pénale est restée, en effet, « un domaine qui a subi peu de modifications à travers le temps, dans la mesure où elle est tributaire de la nature des choses. Démence, minorité, etc., ont été toujours pris en compte par le droit, en sorte qu'il est permis de considérer que les variations qui affectent le droit de la responsabilité pénale ne touchent pas dans l'ensemble, et sauf exception, sa nature, mais son degré de rigueur ou de précision »⁴⁴⁵. Ainsi, à plusieurs égards, le modèle protectionnel, « se situe non contre les droits – droits de l'Homme ou les droits de l'enfant –, mais en marge de ceux-ci »⁴⁴⁶.

⁴⁴⁵ LAINGUI A., « Responsabilité pénale : historique », In LOPEZ G. & TZITZIS S. (dir.), *Op. cit.*, pp.832-834.

⁴⁴⁶ TULKENS F., « La Convention des droits de l'enfant et la justice pénale belge », *La convention de droits de l'enfant et la Belgique*, Rap. de la journée d'études, 30/11/1990, UCL/Droit, CRIDP, N°3, 1990, p.6.

TITRE 2^{ème} : LE TRAITEMENT EXTRA-JUDICIAIRE DE LA DELINQUANCE DES MINEURS

202/. Un autre axe majeur où se situe le débat sur l'irresponsabilité pénale des mineurs est la déjudiciarisation. Qu'en est-il réellement de ce concept et de sa mise en application en droit congolais ? Avant de répondre à cette question, précisons que l'on entend « par judiciarisation *d'un* conflit, son déplacement dans l'enceinte judiciaire et sa transformation en litige, et plus largement, par judiciarisation *des conflits*, un phénomène désignant un recours *accru* à l'institution judiciaire pour régler les conflits »⁴⁴⁷ qui pourraient être réglés autrement, sans son intervention⁴⁴⁸. La première acception du terme, qui nous intéresse à ce stade de l'analyse, s'oppose à tous les mécanismes tendant à régler les conflits à l'amiable ou en dehors des institutions juridictionnelles, désignés aussi par « modes alternatifs de règlement des conflits » (MARC). En effet, après monopolisation de la répression par l'Etat, les MARC se sont cantonnés au droit civil : la judiciarisation des conflits étant devenue le principe en droit pénal. C'est le DPM qui a réintroduit, à l'émergence de la *welfare statute*, la perspective de déjudiciarisation des conflits pénaux. Mais à la différence des MARC, qui sous-entendent une privatisation des mécanismes ainsi que de la solution du conflit, cette nouvelle déjudiciarisation, est plus une mutation, mieux une réorientation, de la gestion des faits des mineurs du champ pénal vers un autre champ juridique. Le conflit quittait, partiellement ou totalement, l'instance pénale pour les structures administratives ou, exceptionnellement, l'instance civile : il restait donc « institutionnalisé ». Ce procédé (« déjudiciarisation ») ne doit non plus être confondu avec ceux, déjà précisés⁴⁴⁹, de « *décriminalisation* » et, surtout, de « *dépénalisation* » qui lui semblent bien proches. Si ces deux derniers procédés constituent des mesures de fond touchant aux catégories juridiques, la « déjudiciarisation » porte principalement sur la forme en ouvrant la voie au règlement extra-juridictionnel du conflit.

203/. En RDC, la prise en charge des mineurs délinquants n'a jamais connu une véritable déjudiciarisation. Elle est restée juridictionnelle avec une spécification minimale et une implication nonchalante des structures sociales. L'on a toujours recouru aux tribunaux pour trancher les conflits nés des actes anti-sociaux des mineurs jusqu'à ce que le législateur de

⁴⁴⁷ PELISSE J., « Judiciarisation ou juridicisation ? Usages et réappropriations du droit dans les conflits du travail », *Politix*, 2009/2, n° 86, pp.73-96, [en ligne] <http://www.caim.info/revue-politix-2009-2-page-73.htm>

⁴⁴⁸ GUINCHARD S. & DEBARD T. (dir.), *Op.cit.*, pp.642, 655.

⁴⁴⁹ Voir notre §.106. Lire aussi IDZUIMBUIR ASSOP J.[2013], *Op.cit.*, p.76 ; VAN DE KERCHOVE M.[1987], *Op. cit.*, p.301 et svt.

2009 en décide autrement. La déjudiciarisation ainsi instaurée peut être classifiée d'après plusieurs critères. D'après la nature des faits, il y a ; d'une part, la déjudiciarisation de la déviance des mineurs, et d'autre part, la déjudiciarisation de la délinquance proprement dite des mineurs. D'après l'âge de l'auteur, l'on peut distinguer la déjudiciarisation des infractions commises par les mineurs âgés de moins de quatorze ans à celle, via la médiation pénale, des infractions commises des mineurs de plus de quatorze ans. Ainsi, la finalité du mécanisme serait non seulement de limiter le rôle pénal du JPE mais aussi, de consacrer l'exclusivité de la voie judiciaire pour les infractions les plus graves commises par des mineurs. Ce qui sous-entend que pour certaines catégories d'infractions, particulièrement punies d'au moins dix ans d'emprisonnement, le Législateur a estimé que la réponse pénale demeure la mieux indiquée. Et, comme nous le démontrerons, dans le titre suivant, ce noyau non « *déjudiciable* » de la délinquance des mineurs en droit congolais est le plus dur, le plus violent, le plus inquiétant, et parfois, le plus répandu dans les grandes villes du pays. Ce qui traduit également, un certain alignement du traitement pénal des certains mineurs sur celui des adultes, et par ricochet, le renforcement de la règle pénale à l'égard des mineurs. Raison pour laquelle nous avons choisi, pour mettre en évidence son caractère ambivalent, de catégoriser ce mécanisme d'après le critère de la responsabilisation, en vertu duquel nous aurons ; d'une part, une *déjudiciarisation avec irresponsabilisation* du mineur qui englobe la déjudiciarisation des actes déviants et celle des actes délictuels des mineurs âgés de plus de quatorze ans (Chapitre 1), et d'autre part, une *déjudiciarisation avec responsabilisation*⁴⁵⁰ ou la médiation pénale (Chapitre 2).

⁴⁵⁰ BERNUZ-BENEITEZ M.J, « Sens et contre-sens du processus de médiation pénale dans la justice des mineurs. L'exemple espagnol à l'aune de la nouvelle loi organique », *JDJ*, 8/2001, n°208, pp.35-39, [en ligne] <http://www.cairn.info/revue-journal-du-droit-des-jeunes-2001-8--35.htm>.

CHAPITRE 1. UNE DEJUDICIARISATION AVEC IRRESPONSABILISATION

204/. **Plan et Objet du chapitre.** Sous le régime du D.1950, la délinquance des mineurs englobait deux catégories d'actes. D'une part, les actes de déviance, et d'autre part, les actes infractionnels proprement dits. Ces deux types d'actes étaient soumis à un régime juridique indifférencié qui, bien que faisant souvent objet des critiques, constitue l'aspect central de tout système tutélaire. Mais la LPE a voulu marquer cette différence en faisant basculer hors champ pénal les actes de déviance. Les mineurs-déviant sont dorénavant assimilés aux mineurs en situation difficile et se voient appliquer des mesures de secours ou d'assistance. Cette ré-visitiation de l'objet de la délinquance des mineurs consacre son nouveau caractère exclusivement pénal et redistribue les rôles des intervenants judiciaires. Dorénavant, lorsqu'il connaît cette matière, le JPE est foncièrement un juge pénal qui applique des règles pénales, sous réserve des règles particulières : il ne peut mettre en mouvement l'action publique à l'encontre d'un mineur que lorsqu'il s'agit des faits purement infractionnels commis par ce dernier. A ce titre, il devient le juge de l'équilibre entre la sauvegarde de la société, des droits de la victime et l'intérêt de l'enfant. Il n'est plus tenu par le « *bonus pater familias* » qui confondait son rôle avec celui du juge civil ou administratif.

205/. Dès lors, lorsqu'il s'agira d'un mineur [de moins] de quatorze ans auteurs des faits purement pénaux, le JPE sera tenu ; d'une part, de déclarer son irresponsabilité pénale, et d'autre part, curieusement d'ailleurs, de le déférer vers une autre structure afin qu'un régime spécial, civil ou administratif, lui soit appliqué en s'assurant de la réparation du dommage causé à la victime. Sous cet aspect, la minorité, – des plus jeunes enfants –, ressemble plus à la déficience mentale qui appelle un référencement sanitaire malgré la prononciation de l'irresponsabilité ; mais diffère des autres causes de non-imputabilité qui n'entraîne aucune autre mesure à côté de l'extinction de l'action publique. Elle a également plus sévère à la déficience mentale parce qu'elle peut entraîner la récidive.

206/. Un tel régime, au-delà de ses apparences généreuses, peut induire, dans la pratique, des règles plus sévères pour les mineurs, auteurs des faits pénaux. Ainsi, pour saisir les imbrications de cette première déjudiciarisation, nous analyserons dans le présent chapitre ; d'une part, les différents faits qui en font l'objet (Section 1), et d'autre part, les différents aspects de leur régime juridique (Section 2).

Section 1. L'Objet de la déjudiciarisation avec irresponsabilisation du mineur

207/. **Précisions conceptuelles : Mineurs en danger ou mineurs dangereux, mineurs menacés ou mineurs menaçants, mineurs-victimes ou mineurs-délinquants, mineurs en difficulté ou mineurs difficiles.** Rappelons à notre lecteur que notre analyse s'inscrit exclusivement dans le champ pénal, et particulièrement dans celle la délinquance des mineurs. Elle exclue, en principe, toutes les hypothèses où les mineurs sont victimes tant des infractions que des conditions sociales, c'est-à-dire lorsqu'un aspect quelconque de leur vie (besoins fondamentaux, moralité, scolarité, santé, intégrité...) est mis en péril. De tels faits appellent, dans tous les systèmes juridiques, une action publique d'aide ou d'assistance à l'endroit de ces mineurs ou de leur famille couplée à une action judiciaire, de nature diverse, à l'endroit des parents, des personnes qui en ont la garde. Certains de ces faits sont aussi même coulés en infractions autonomes ou en circonstances aggravantes. Le lien étroit qui existe entre cette catégorie des mineurs, qualifiés par parfois « d'enfants en danger »⁴⁵¹ ou « d'enfance menacée », et celle des mineurs-délinquants (« dangereux », « menaçants », « en conflit avec la loi ») relève aujourd'hui d'une lapalissade. D'où la tendance à assimiler les deux groupes en voyant aussi dans la délinquance proprement dite une situation qui met les mineurs dans une particulière vulnérabilité appelant à un traitement identique. Qu'il soit judiciairisé ou déjudiciairisé, ce traitement est souvent mis sous le contrôle d'un juge spécialisé. Cette vision, particulièrement tutélaire, est contestée par le modèle de justice qui propose une démarcation nette entre la délinquance proprement dite et la déviance des mineurs de sorte que le traitement de la déviance des mineurs est renvoyé, soit au droit civil (lorsqu'elle cause des dégâts matériel), soit à l'aide sanitaire ou sociale consensuelle (lorsqu'elle soulève des problèmes de santé publique), soit à l'autorité parentale et se confond ainsi avec celui de l'enfance en danger. Comme nous le démontrerons, le choix opté par la RDC à travers la LPE est très éloquent : il se rapproche du modèle de justice et renforce notre hypothèse de mixité.

208/. Sans entrer dans les débats doctrinaux stériles, l'analyse de la déjudiciarisation des faits des mineurs nous mènera inéluctablement à aborder à la fois la situation des mineurs-délinquants ainsi que celle des mineurs-déviant qui, différemment des mineurs « en danger », ne sont pas le théâtre ou les destinataires des atteintes mais les acteurs (auteurs) de ces dernières. Cette démarcation basée sur le critère volontariste n'est pas parfaite ou exemptée des critiques, mais répond à une approche pénaliste (auteur/victime ; infraction

⁴⁵¹ Expression consacrée en droit français (art. 375 CC) et belge (art. 2. al.1 L. 08/04/1965).

légale/déviance sociale). Même le Professeur KIENGE KIENGE⁴⁵², qui critique la catégorisation juridique⁴⁵³ de la délinquance des mineurs en utilisant des concepts qui lui paraissent mieux adaptés, finit au bout de compte à en proposer une qui n'est pas très différente de celle qu'il critique. En effet, de son analyse ressort ; d'une part les jeunes qu'il qualifie « *en situation subie* » qui ne sont, sous réserve de leur âge, rien d'autres que les « mineurs en danger » placés, par la LPE, sous une protection spéciale et soumis, par conséquent, aux mesures purement de sauvegarde ou d'assistance sans une quelconque forme de sanction, et d'autre part, les jeunes qu'il qualifie « *en situation assumée* » qui ne sont rien d'autres que les mineurs-délinquants et contre qui il faudrait prendre des sanctions adaptées en raison de leur âge et de la gravité des faits. Au final, qu'il s'agisse de la catégorisation juridique ou criminologique (ethnographique) des faits des mineurs, l'on se rend compte qu'aucune d'elles n'est exemptée des critiques : chacune à sa place, comme la criminologie a sa place à côté du droit pénal. Mais le plus important est le choix que doit opérer le Législateur. Lequel influencera le régime et les catégorisations juridiques.

209/. **Mineurs-déviant et mineurs-délinquants : entre déjudiciarisation automatique et conditionnelle.** C'est également par souci de clarté que nous avons opté pour les concepts de « **mineur-déviant** » et de « **mineur-délinquant** » qui ne sont pourtant pas légalement consacrés en droit congolais. Comme s'en apercevra finalement le lecteur, ces concepts rendent, plus que les autres, mieux compte de la réalité sociologique. En lieu et place du « mineur-délinquant », le législateur de 2009 consacre l'expression de l' « enfant en conflit avec la loi » (ECL) qui ; d'une part, prête à confusion par le fait qu'elle continue malencontreusement à être parfois utilisée d'après son ancienne acception pendant que sa portée a été bien réduite, et d'autre part, ignore la problématique des mineurs de plus de quatorze ans ayant agi sans discernement. Quant au « mineur-déviant », qui était pourtant reconnu par la doctrine tutélaire congolaise, il est carrément dissout dans une catégorie juridique hétéroclite appelée « enfant en situation difficile » (ESD)⁴⁵⁴. Si la définition donnée

⁴⁵² *Op.cit*[2011], pp.253 et svt. Sous réserve d'une troisième catégorie, où il place l'état de « shegué » et « phaseur » qui pourrait bien, même sur le plan ethnographique, entrain dans les deux précédentes catégories.

⁴⁵³ Il faut souligner que la catégorisation juridique est la seule voie par laquelle le droit se saisit d'un phénomène social pour la réguler en proposer des solutions : elle a certes, ses faiblesses, mais elle reste la voie, par excellence, de juridicisation des faits sociaux que l'auteur a désignés, dans ce cas d'espèce, de « situations-problème ». Dans tous les cas, les innovations ou les évolutions du droit viennent généralement des disciplines qui lui sont extérieures pour être intégrées et absorber par lui.

⁴⁵⁴ **art. 2 LPE** : « Au sens de la présente loi, il faut entendre par : 1. *Enfant* : toute personne âgée de moins de dix-huit ans. [...] 4. *Enfant en situation difficile* : l'enfant qui ne jouit pas de ses droits fondamentaux et qui n'a pas accès aux services sociaux tels que la santé, le logement, l'alimentation et l'éducation ». **art. 62 LPE** : « Est considéré comme en **situation difficile** et bénéficie d'une protection spéciale, notamment :

par l'art.2.4 LPE laisse croire qu'il s'agirait uniquement des enfants qui n'ont pas accès à leurs besoins fondamentaux, l'énumération reprise à l'article soixante-deux de la même loi, qui d'ailleurs semble non-exhaustive par la présence de l'adverbe « notamment », inclut des situations sociales et juridiques fort diverses. Il s'avère au final que par « *enfant en situation difficile* » (ESD), il faut entendre à la fois par *mineur-déviant* (Pt1 à 3, 11), *mineur victime d'infractions* (Pt.5 à 6, sous une certaine réserve Pt.1, 7 à 8, et voire même art. 41. 4-6 Const.) ainsi que *mineur-démuni* (Pt.4, 7 à 10, 12 et dans une certaine mesure le deuxième alinéa de l'art. 62). Grosso modo, la situation difficile du mineur peut découler ; soit de ses activités (hypothèse principale de notre étude), soit de son milieu ou de son **environnement**, principalement le milieu familial, soit des conditions de son éducation. Non seulement que ces situations s'imbriquent généralement les unes aux autres, les définitions légales ne sont pas aussi très précises : un enfant « réfugié » (art. 2.3), « en situation exceptionnelle » (art. 2.5), « vivant avec handicap » (art.2.6), ou « séparé » (art. 2.7), peut aussi être un « enfant en situation difficile », et vis-versa.

210/. Par ailleurs, nous nous sommes aussi posé la question de savoir pourquoi le Législateur s'est aventuré à donner, au risque de créer une confusion, les définitions des concepts connus et consacrés en droits interne et international si elles n'induisent pas un régime juridique spécifique. Par ce qu'en définitive, seuls deux régimes de protection seront mis en place, d'une part, une protection sociale (spéciale ou exceptionnelle) pour les ESD et, d'autre part, une protection judiciaire pour les ECL. C'est le second régime qui nous intéresse particulièrement et fait l'objet de la présente étude. Le premier régime ne nous concernera qu'indirectement et partiellement dans la mesure où le Législateur en a délibérément soumis⁴⁵⁵ les mineurs auteurs, d'une part, des actes de déviances spécifiques (§1) et, d'autre part, des infractions lorsqu'ils sont âgés de moins de quatorze ans (§2). Cette protection induit une déjudiciarisation qui est totale à l'endroit de la déviance, mais conditionnelle à l'endroit

1.L'enfant rejeté, abandonné, exposé à la négligence, au vagabondage et à la mendicité ou trouvé mendiant, vagabond ou qui se livre habituellement au vagabondage ou à la mendicité; 2.L'enfant qui, par sa mauvaise conduite ou son indiscipline, donne de graves sujets de mécontentement à ses parents ou tuteur ou à son entourage; 3.L'enfant qui se livre à la débauche ou cherche ses ressources dans le jeu ou dans les trafics ou occupations l'exposant à la prostitution, à la mendicité, au vagabondage ou à la criminalité; 4.L'enfant qui manque, de façon notoire et continue, de protection ou ne fréquente aucun établissement scolaire ou n'exerce aucune activité professionnelle; 5.L'enfant habituellement maltraité ; 6.L'enfant exploité économiquement ou sexuellement; 7.L'enfant accusé de sorcellerie ; 8.L'enfant mère ou porteuse d'une grossesse, objet de maltraitance de la part de ses parents ou tuteur; 9.L'enfant sans soutien familial ou autre à la suite de la perte de ses parents; 10.L'enfant vivant avec handicap; 11.L'enfant toxicomane ; 12.L'enfant orphelin. L'enfant surdoué bénéficie aussi d'une protection spéciale ».

⁴⁵⁵ art. 62-73 LPE.

de la délinquance proprement dite, parce que liée à l'âge de l'auteur. Ainsi nous désignerons par « mineurs non-discernant », ceux qui entrent dans la seconde hypothèse afin de les distinguer des autres mineurs-délinquants faisant objet d'une protection judiciaire.

§1. Le mineur déviant

211/. **Déviance : matrice ou dépassement du fait générateur classique de la responsabilité pénale ?** La déviance a toujours entretenu des rapports étroits et complexes avec la délinquance : elle est souvent, selon les disciplines scientifiques ou les courants doctrinaux, confondue ou associée, à la délinquance. *A priori*, « la délinquance est une construction juridique qui désigne l'ensemble des crimes et délits commis sur un espace et en un temps donné, et se détermine par rapport à la loi ; la déviance est, quant à elle, une construction sociale qui désigne l'ensemble des conduites qui s'écartent de la norme, et se détermine par rapport à des valeurs. Celle-ci entraîne une réponse de nature sociale mais celle-là, légale »⁴⁵⁶. De cette vision abstraite, qui dissocie d'ailleurs l'approche juridique à l'approche sociologique, la déviance précède naturellement la délinquance dans le sens où elle fournit à l'incrimination son assise matérielle et sociologique. Mais dans la pratique, les choses ne sont pas aussi simples et aussi facilement distanciables⁴⁵⁷ : la déviance s'immisce toujours à des degrés divers dans la « vie juridique » de l'infraction, particulièrement dans la prise en charge de la délinquance des mineurs, qu'il se pose parfois le problème de sa catégorisation juridique. Dès lors, la délimitation de ces deux concepts paraît peu claire, tant sur le plan conceptuel et statistique que sanctionnel.

212/. En effet, la société semble être plus tolérante envers les vices de l'adulte, réputé maître de ses pensées et de ses actes, que de l'enfant. Le rapport entretenu par le droit pénal et la déviance spécifique des mineurs dépend énormément de cette orientation conceptuelle. Durant longtemps, l'on a estimé que seule l'infraction, considérée comme un dérivé de la déviance, pouvait entraîner des réactions sur les deux registres (social et légal). Mais, aujourd'hui la réalité et la recherche d'efficacité imposent le dépassement de ces clichés et s'inscrivent dans la perspective stigmatisante proposée par Tarde. Pour cet auteur, une personne devient criminelle non seulement parce qu'elle commet un acte proscrié, mais également par la façon dont la société réagit vis-à-vis de son acte. Cette approche se fonde à la suite de la

⁴⁵⁶ BOCKEL R., *op. cit.*, p.8.

⁴⁵⁷ CARRA C., « Délinquance juvéniles et régulations institutionnelles », *Droit et société*, n°32, 1996, pp.105-133. Pour cette auteure la délinquance juvénile peut-être définie comme l'ensemble des comportements illégaux et anti-sociaux adoptés par des personnes âgées de moins de 18 ans.

constatation que, pour des comportements similaires, certains individus étaient soumis à l'intervention des institutions de régulation sociale pendant que certains y échappaient : la catégorie des criminels, apparaît donc comme une catégorie de statut plutôt qu'une catégorie de comportement⁴⁵⁸. Ce qui justifie la thèse sélective, voire discriminatoire, de la déviance et de la délinquance à l'échelle du législateur (criminalisation primaire), de l'appareil judiciaire ou policier (criminalité secondaire), et même, du public (criminalisation tertiaire). Ces trois niveaux de sélectivité ne suivent pas tous le même mouvement : si dans le premier l'on remarque une tendance à réduire l'intervention publique (A), dans les deux autres niveaux, l'on observe un appel à l'extension de cette dernière (B).

A. La dépénalisation de délits d'état en droit positif congolais

213/. L'un des apports majeurs du modèle protectionnel est d'avoir accentué ce contrôle social sur le mineur en bougeant les lignes au niveau de la criminalisation primaire. Ce qui a conduit à l'incrimination des certains actes spécifiques lorsqu'ils sont commis par les mineurs ; d'où le qualificatif de « délits d'état ». Apparaît là aussi un particularisme du droit pénal qui tend à mettre l'accent sur le délinquant plutôt que l'existence réelle de la victime. « C'est-à-dire sur une personne chargée d'un potentiel de nuisance ou dangerosité qui porte atteinte à un intérêt protégé : si cet individu n'a lésé personne par un acte déterminé, rien ne dit que par une réitération de son geste, il ne fera un jour des victimes effectives »⁴⁵⁹. Ainsi, sous le D.1950, comme les lois belges de 1912 et 1965, la déviance des mineurs côtoie l'infraction pénale et subit avec elle le même sort juridique. Cette intervention judiciaire porte des aspects administratifs sans dénier au juge qui la dirige le caractère pénal.

214/. **Nature de la déviance des mineurs en droit positif congolais.** Mais, cette approche de la déviance est battue en brèche par la LPE. S'il apparaît clairement des dispositions légales précitées que la déviance est dorénavant incluse dans l'ESD, sa nature juridique est encore sujette à controverses. D'abord, la loi elle-même est laconique à ce sujet : contrairement au droit français à qui elle ressemble davantage sur cet aspect, le législateur congolais fait du JPE un acteur incontournable de la protection sociale pendant que les

⁴⁵⁸ LEBLANC M., « La réaction sociale à la délinquance juvénile : une analyse stigmatique », *Acta Criminologica*, vol. 4, n° 1, 1971, pp.113-191, [en ligne] <http://id.erudit.org/iderudit/017017ar>, consulté le 19/03/2014.

⁴⁵⁹ PRADEL J., *Op. cit.*, n°414, pp.355-356.

dispositions qui fixent les règles de procédure relatives à cette compétence⁴⁶⁰ restent silencieuses sur la nature de la requête et de l'homologation du placement⁴⁶¹.

215/. Les professeurs LUZOLO BAMBI et BAYONA-ba-MEYA⁴⁶² semblent aussi perpétuer l'assimilation de la déviance à la délinquance chère au décret du 06 août 1950. Il ressort de leurs analyses que parmi les faits infractionnels ou répréhensibles commis par les mineurs figurent bel et bien les déviances spécifiques reprises à l'article 62. Madame le professeur IDZUMBUIR ASSOP⁴⁶³, par contre, a saisi la portée de cette déjudiciarisation des conduites déviantes des mineurs, sauf qu'elle n'insiste pas sur leur nouvelle nature en droit congolais. Quant à nous, nous pensons que sous le régime de 2009, la déviance des mineurs est dépénalisée : elle ne constitue plus une sous-catégorie de l'infraction. Elle quitte le champ pénal pour le champ civil, voir même administratif appelant uniquement une intervention sociale ou une protection spéciale. Le mineur vagabond, mendiant, alcoolique ou prostitué n'est plus considéré, socialement comme un enfant dangereux ou, juridiquement comme un mineur-délinquant, mais plutôt comme un ESD. Ses conduites (actes) appellent également l'intervention judiciaire mais cette dernière reste à la fois *subsidaire* à l'action sociale, *limitée* aux modalités de placement (art. 63 LPE), et de *nature autre que pénale* (art. 99-100 LPE). Quelle que soit son implication dans le processus de la protection sociale, le JPE aura, cette fois-ci, une casquette civile ou administrative. D'ailleurs, le professeur NGOTO NGOIE NGALINGI⁴⁶⁴ relève à dessein que le terme « *protection administrative* » semble plus approprié que celui de « *protection sociale* » utilisé par la LPE. Cette nouvelle approche de la déviance des mineurs se rencontre généralement dans les systèmes de justice qui, en vertu de leur attachement à la notion morale de la responsabilité, restent généralement opposés à ces espèces de mesures de sureté « *ante delictum* » que représente le déploiement de l'action publique sur la déviance qui n'est pas en soi une infraction sur le plan légal.

⁴⁶⁰ **art. 99 LPE :** *Le tribunal pour enfants est seul compétent pour connaître des matières dans lesquelles se trouve impliquer l'enfant en conflit avec la loi. Il connaît également des matières se rapportant à l'identité, la capacité, la filiation, l'adoption et la parenté telles que prévues par la 101 ». **art. 100 LPE :** « Dans les matières prévues à l'alinéa 2 de l'article 99 de la présente loi, les décisions sont prises conformément aux règles de la procédure civile ».*

⁴⁶¹ art. 63 LPE.

⁴⁶² *Op.cit.*, p.626.

⁴⁶³ *Op.cit* [2013], p.77.

⁴⁶⁴ *Op.cit.*, p.47.

216/. Mais, aux vues des irréfutables liens qui existent entre ces deux catégories de mineurs, une prise en charge spécifique s'impose. Ramenée au champ civil et confondue à celle de l'enfance en danger ou en situation difficile, cette intervention judiciaire sur la déviance n'est pas non plus sans écueil. D'une part, elle relève souvent du consensualisme étant donné que la volonté du mineur, et parfois celle de ses parents ou tuteurs, est souvent requise. Cet aspect marque bien la limite du droit civil qui est basé sur la notion de l'existence du préjudice et de la victime ; au cas contraire, il s'agirait bel et bien du droit administratif qui seul peut justifier, sur base de la sauvegarde de l'ordre public, une telle immixtion juridictionnelle dans la vie privée des individus. D'autre part, elle crée un conflit de compétences entre le JPE, agissant sous sa casquette civile, et le juge civil à qui est confié les contentieux relatifs aux droits des personnes, particulièrement l'exercice de l'autorité parentale⁴⁶⁵, ainsi que le juge pénal chargé de la répression des infractions du droit de la famille tels que l'abandon de famille ou d'enfants. Ainsi, l'attribution des telles compétences au JPE appelle des modifications des règles de procédure (tant civile que pénale). Même s'il ne s'agit que, comme pour le cas de la RDC, d'une intervention judiciaire minimale incluse dans la protection sociale et se résumant en une orientation de l'affaire vers l'assistanat social, il sied de prévoir des nouvelles règles de procédure de peur de tomber dans le vide juridique que nous épingleons plus bas.

217/. **Remise en question de la nature déviante des certains « délits d'état ».** La déjudiciarisation de la déviance fait resurgir, sous un autre aspect, le débat sur la nature juridique de certaines déviances qui, d'une part, sont pourtant constitutives d'infraction lorsqu'elles sont commises par les majeurs, et d'autre part, ne sont pas constitutives d'infraction lorsqu'elles sont commises par les mineurs. Dans le premier cas, le raisonnement doit être inversé : les faits se départissent de leur caractère infractionnel dès lors qu'ils sont commis par des mineurs d'âge, une sorte de « *dépénalisation d'état* ». La deuxième hypothèse, qui emporte à notre sens la notion des « *délits d'état* », assimile la « déviance » à l'« infraction » dans la mesure où le fait, socialement ou moralement répréhensible, n'entraîne pourtant pas de poursuites pénales quand il est commis par un adulte. En effet, toutes les déviances commises par les mineurs n'entrent pas forcément pas dans les prévisions légales.

⁴⁶⁵ Néanmoins, il faut relever, comme le souligne le juge ROSENCZVEIG J.P. [(2013), *Op. cit.*, pp.39 et svt., 132-135, 139-145] que la création du juge aux affaires familiales (JAF) jette une certaine cacophonie en cette matière : il y a une segmentation graduelle du pouvoir d'action du JPE au profit du JAF et d'autres organes (parquet, ASE). Voir aussi : PERMINGEAT J-M., *AJ fam.*, 2013, 280 ; RAYMOND G., *Droit de l'enfance et de l'adolescence*, Litec, 5^{ème} éd., Paris, 2008, pp.63-69.

Le législateur de 1950 n'en avait prévu que quelques-unes⁴⁶⁶, estimées peut-être comme les plus dangereuses, à savoir ; le vagabondage et la mendicité, l'inconduite et l'indiscipline notoires, la débauche et la prostitution, les jeux, les trafics et les occupations déviantes. A son homologue de 2009 d'ajouter la toxicomanie (art. 62.11 LPE). Au-delà de l'imprécision⁴⁶⁷ reprochée à ces « incriminations » dont la matérialité englobe plusieurs types des faits, il y a lieu de souligner aussi la nature juridique complexe des certaines d'entre elles qui appellent à des poursuites pénales contre leurs auteurs quel que soit leur âge (première hypothèse sus évoquée). Ces faits sont simplement des infractions de droit commun : leur nature « déviante » doit donc être remise en cause ; tandis que leur nature « infractionnelle », par conséquent, consacrée. Certaines de ces déviations occupent pourtant une place importante dans la criminalité infantile. Il s'agit notamment du vagabondage et de la mendicité ainsi que de la toxicomanie.

218/. Le vagabondage et la mendicité : délits ou délits d'état ? Le vagabondage et la mendicité ont constitué la principale cause pour laquelle les mineurs étaient traduits devant la justice sous le D.1950. Avant l'entrée en vigueur du décret, la répression de ces actes était organisée en droit congolais par le décret du 23/05/1896. Après la spécialisation de la prise en charge de la délinquance des mineurs opérée en 1950, le texte de 1896, tel que modifié et complété par le décret du 06/06/1958⁴⁶⁸, cohabitait désormais avec le D.1950 et faisait office du droit commun, c'est-à-dire, la réglementation applicable aux adultes en matière du vagabondage et de la mendicité. Les deux régimes portaient, toutefois, beaucoup de similitudes en ce qui concerne notamment les éléments matériels desdites infractions et, surtout, leur sanction. La LPE, ayant aboli le D.1950, est donc appelée à remplacer uniquement la partie de ce régime destinée spécifiquement aux mineurs. Or, au regard du

⁴⁶⁶ Art. 2 à 5 D.1950.

⁴⁶⁷ IDZUIMBUIR ASSOP J..[1994], *Op. cit.*, pp.34-52 ; TULKENS F. & MOREAU T., *Op. cit.*, p.175.

⁴⁶⁸ Les dispositions pertinentes sont les suivantes : **art. 1^{er}** : « Tout individu trouvé en état de vagabondage ou de mendicité sera arrêté et traduit devant le tribunal compétent ». **art. 3** : « Le tribunal met à la disposition du gouvernement pendant sept ans au plus, les individus valides qui exploitent la charité comme mendiants de profession, et ceux qui, par fainéantise, ivrognerie ou dérèglement de mœurs, vivent en état habituel de vagabondage ». **art. 4** : « Pourront également être mis à la disposition du gouvernement pendant un temps ne dépassant pas un an, les individus trouvés en état de vagabondage ou mendiant, sans aucune des circonstances mentionnées à l'article précédent ». **art. 5** : « Les vagabonds mis à la disposition du gouvernement pourront, soit être internés dans un des établissements désignés à l'article 6, soit être remis en liberté aux conditions de résidence et aux autres conditions éventuelles fixées par l'autorité administrative. Le gouverneur général pourra en tout temps faire reconduire à la frontière les individus non congolais mis à la disposition du gouvernement ». **art. 6** : « Les jeunes vagabonds resteront, pendant la durée de leur internement, séparés des individus d'un âge plus avancé ». (Voir Codes Larcier, T.1 : droit privé et judiciaire, Bruxelles, 2003, p. 473).

décret de 1896, tel que modifié en 1958, la mesure applicable aux vagabonds et mendiants adultes est simplement et uniquement la « *mise à disposition du gouvernement* », qui par contre peut s'exécuter sous forme, soit d'un internement, soit d'une liberté surveillée, soit d'une expulsion du territoire pour les non-congolais. Lorsque l'auteur est un mineur d'âge, il est objet, d'après la LPE, d'une mesure de placement et d'autres mécanismes de tutelle de l'Etat. Si la nature juridique de cette mesure lorsqu'elle est appliquée au mineur ne pose pas de problème, la MDG prononcée contre l'adulte vagabond mérite une attention particulière.

219/. **La nature du vagabondage et la mendicité à travers la nature de la sanction applicable (MDG).** Pour les travaux préparatoires, la jurisprudence ainsi que la doctrine⁴⁶⁹ y afférentes, il ne s'agit aucunement d'une peine mais d'une mesure administrative, de police, de sécurité, de réadaptation dans l'intérêt de l'ordre public et de l'auteur lui-même. Curieusement cette sanction se retrouve dans la nomenclature légale des peines⁴⁷⁰. Mesure de sûreté confondue par la volonté expresse du Législateur aux peines proprement dites, la MDG est soumise en droit congolais au même régime juridique⁴⁷¹ que ces dernières (légalité, égalité, personnalité, dignité...). C'est ainsi que l'OL n°82-020 du 31/03/1982 portant COCJ n'a pas hésité à attribuer au Tripaix siégeant en matière répressive⁴⁷² la compétence en matière de vagabondage et de mendicité. L'on pourrait aussi croire que l'article 87⁴⁷³ LO OCJ reste dans la même lignée. Mais sa formulation nous laisse dubitatif, car il ne s'agit plus de la MDG, peine bien connue du droit congolais, mais simplement et uniquement des « **mesures d'internement** ». Sauf une nouvelle modification du décret de 23/05/1896 sur le vagabondage et la mendicité, une telle mesure ne figure pas dans les textes pénaux congolais, exclusion faite bien sûr du droit administratif. L'on se demandera alors pourquoi un texte ultérieur à l'écèlement des ordres juridictionnels en droit congolais (Pt. 3 de l'exposé des motifs, art. 149 et svt. Const.) attribuerait une telle compétence au juge judiciaire, de surcroît, pénal, et non au juge administratif ? L'on pourrait aussi penser à une innovation légale; mais si c'est le cas,

⁴⁶⁹CA/Boma : 07/05/1901, 12/07/1902, 10/05/1904, 15/09/14, 29/10/14 ; 1^{ère} Inst. Stan., 12/12/1950 ; IDZUIMBUIR ASSOP J.[1994], *Op. cit.*, pp.41-42 ; MBOTO Y'EKOKO JP., *La question de la justice de proximité au Congo*, Publibook, 2015, p. 250 ; PIRON J. & DEVOS, *Op.cit.*, pp.168-169 ; WEMBOLUA OSTHUIDI K., *art. précité*, spéc. pp.23-24.

⁴⁷⁰ Voir art. 5 CPO, 26 CPM.

⁴⁷¹ LIKULIA BOLONGO, *Droit pénal spécial zaïrois*, LGDJ, 2^{ème} éd., Paris, 1985, pp.33-36 ; *Droit et science pénitentiaire*, LGDJ, Paris, 1981, pp. 42-44 ; NYABIRUNGU MWENE S. [1995], *Op. cit.*, pp.272-273. Voir aussi : art. 9-2^ob Ord.n°344 du 17/09/1965 portant régime pénitentiaire.

⁴⁷² **art. 88 COCJ** : « Les tribunaux de paix peuvent **mettre à la disposition du Conseil exécutif** tout individu tombant sous l'application de la législation sur le vagabondage et la mendicité ».

⁴⁷³ **art. 87 L.O OCJ**: “ les Tribunaux de paix peuvent **prendre des mesures d'internement** de tout individu tombant sous l'application de la législation sur le vagabondage et la mendicité.”

elle est alors faite d'une curieuse manière : une notion de droit pénal de fond portée par un texte régulant la compétence et l'organisation judiciaires. La situation sera encore plus complexe, si en évoquant « les mesures d'internement », le Législateur a fait allusion aux « mesures de placement » évoquées par la LPE. Une telle disposition contredirait l'esprit et la lettre de la LPE qui, non seulement attribuent exclusivement au TPE la compétence à l'égard des personnes âgées de moins de dix-huit ans mais déjudiciarisent expressément la prise en charge de ces faits lorsqu'ils sont commis par les mineurs.

220/. Qu'à cela ne tienne, il se pose aussi la question de savoir si en droit pénal congolais, une « mesure de sureté » peut être prononcée de manière autonome. De l'avis du professeur NYABIRUNGU MWENE SONGA⁴⁷⁴, les mesures de sûreté doivent être considérées, en droit pénal congolais, comme des peines complémentaires. Elles sont **obligatoires** (la confiscation spéciale ou générale, la déchéance de l'autorité parentale), c'est-à-dire, s'appliquent même lorsque le juge, pour une raison ou autre, a oublié de les prononcer, ou **facultatives** (l'obligation de s'éloigner des certains lieux, ou de résider dans un lieu déterminé, la MDG), lorsqu'elles doivent expressément être prononcées par le juge. Sauf dans les cas spécifiques (infractions de la police de circulation routière, la délinquance des mineurs, ou le cas de vagabondage précité) ou particulièrement en droit administratif (interdiction de séjour, expulsion du territoire, mesure de sureté de l'état...) où ces mesures peuvent être prononcées de manière autonome ou à titre principal, il n'en est pas question en droit pénal commun ; et ce particulièrement, pour la mesure de MDG. Ainsi, il est clair qu'en définitive, le vagabondage et la mendicité sont encore incriminés en droit positif congolais et sanctionnés de peine de MDG dont la durée est fixée par le juge. Ils ne sont donc pas, par nature, des déviances mais ils les deviennent, uniquement lorsqu'ils sont commis par des mineurs d'âge. La même réflexion peut aussi être tenue pour la toxicomanie.

221/. **La toxicomanie : délit, délit d'état, état facilitant le délit ou état sanitaire ?** La toxicomanie fait aussi partie des concepts polysémiques utilisés par le législateur de 2009. (Du grec : « *toxikon* », poison et « *mania* » : folie), elle peut être définie comme une appétence morbide pour les substances toxiques naturelles ou médicamenteuses dont l'usage engendre un besoin impérieux et une dépendance de l'organisme. En d'autres termes, c'est une dépendance physique et/ou psychologique à des substances chimiques exogènes, généralement toxiques, sans justification thérapeutique. Contrairement à l'entendement

⁴⁷⁴Op. cit. [1995], pp.288-289.

commun qui associe la toxicomanie uniquement aux drogues dites dures, – écartant ainsi l'alcool et le tabac –, l'Organisation mondiale de la santé (OMS), qui recommande le terme de « pharmacodépendance », se base au contraire sur le critère clinique, de l'état de dépendance psychique associé ou non à une dépendance physique liée à la consommation répétée d'un produit dopant. Le comble de cette déviance est qu'elle produit des conséquences néfastes non seulement sur la consommatrice, mais aussi sur l'enfant à naître dépendamment du type d'intoxication, de la durée et du mode d'administration. Selon l'OMS, la toxicomanie se caractérise par quatre éléments : l'addiction (l'envie irrépressible de consommer le produit), la tolérance (la tendance à augmenter les doses), la dépendance (psychologique, voire physique) et rupture sociale (conséquences néfastes sur la vie quotidienne émotives, économiques...). Elle se rapporte donc à l'usage des substances (drogues et stupéfiants) qui constitue malheureusement une attraction pour les jeunes ; mais il sied de la distinguer d'une consommation à titre occasionnel, récréatif, même régulier des dites substances qui, sans conséquences sérieuses, ne suppose pas une dépendance et une conduite pathologique.

222/. Sur le plan pénal⁴⁷⁵, ce terme est une innovation en droit congolais en ce qui concerne tant les mineurs que les majeurs. Pour les mineurs, ce concept pouvait sans difficulté être inclus dans les « conduites ou occupations l'exposant à la criminalité » de l'article soixante-deux de la LPE ; mais comme pour la prostitution⁴⁷⁶, le Législateur a décidé de l'autonomiser. S'agissait-il peut-être d'un désir de pointer du doigt un comportement antisocial de plus en plus récurrent dans la jeunesse congolaise ? Peut-être, mais sur le plan juridique, cette noble ambition soulève beaucoup de problèmes en ce qui concerne ; d'une part, sa prise en charge que nous aborderons dans la section suivante, et d'autre part, sa nature juridique étant donné que sa matérialité englobe aussi bien des infractions que des déviations diverses et variées, concourantes, parfois même, alternatives. En effet, il n'existe pas en RDC une politique pénale claire et homogène de lutte contre la toxicomanie, en particulier, ou les stupéfiants, en général. Le cadre juridique existant est composé des quelques textes, épars,

⁴⁷⁵ Il ne sera pas ici question d'analyser l'aspect criminogène des drogues, chose qui sera faite dans le premier titre de la seconde partie de notre étude, mais seulement de mettre en évidence sa dichotomie juridique.

⁴⁷⁶ Rappelons qu'aussi bien en RDC, en Belgique et en France, la prostitution n'est pas illégale. Toutefois, elle reste de manière générale interdite aux mineurs (RDC : art. 4 D.1950, 62-3 LPE, France : L. 04/03/2002, Belgique : L. 13/04/1995 et L. 28/11/2000 modifiant le code pénal), et son exploitation est souvent objet des restrictions. Par exemple, le droit congolais punit le souteneur et proxénète (art. 174b al2) ainsi que tous ceux qui tirent profit de la prostitution forcée (174c CP) ou d'enfants (174n CP et 182 LPE) ; la France punit aussi le proxénète (225-5 à 225-11 CP), le racoleur (225-10-1 CP) et le client (art 225-12-1 CP). La Belgique, par contre, a un régime plus complexe divisé entre une tolérance sociale et une interdiction légale du proxénétisme (art. 380 CP).

vieux et souvent infra-légaux relatifs à la cocaïne, au cannabis, l'alcool et au tabac. Si la culture ou la fabrication, la vente, le transport, la détention et la consommation des deux premiers substances⁴⁷⁷ sont interdits sous toutes leurs formes, il n'en est pas le cas pour les deux dernières. Seuls certains aspects tombent sous le coup de la sanction pénale⁴⁷⁸ notamment la vente aux mineurs, l'ivresse publique, la mise pour consommation des produits toxiques, la publicité non fondée.

223/. Ce faisant, les drogues restent juridiquement classifiées selon leur caractère licite ou non en vertu duquel le trafiquant (fabrication et commercialisation) engage plus lourdement sa responsabilité pénale que le consommateur. La toxicomanie pose des problèmes au niveau de ces deux critères juridiques (licéité versus illicéité, et le trafic versus la consommation). D'une part, il s'avère, comme pour le vagabondage, que certains actes matériels qui peuvent caractériser la toxicomanie entrent bien dans les prévisions légales relatives à l'interdiction de la consommation des drogues dures. Ces infractions, par nature, deviennent des déviations, non pas seulement lorsqu'elles sont imputées à un mineur d'âge, mais aussi et surtout, dès lorsqu'un **état de dépendance** [à ces produits] les caractérise. D'autre part, justement, cette distinction entre un toxicomane (consommateur dépendant) et un consommateur occasionnel qui pose le second problème étant donné qu'elle relève plus de la médecine que du droit. Ce qui signifie qu'à chaque fois qu'il sera question des poursuites pour consommation des drogues dures contre un ECL, le juge devra sursoir son action et requérir une expertise médico-toxicologique. Si cette dernière conclut à un état de dépendance, le mineur est considéré comme un ESD et référé pour une prise en charge sociale⁴⁷⁹ ; mais en cas de conclusion expertale contraire, l'instance pénale suit son cours. Dans le premier cas, la consommation des produits stupéfiants est considérée comme une maladie, une aliénation, une contrainte et une privation de liberté qui induit une irresponsabilité pénale et appelle une prise en charge socio-sanitaire ; mais dans le second cas, elle est considérée comme une infraction autonome ou, lorsqu'elle entraîne la commission des

⁴⁷⁷ Voir ; Ord. 22/06/1903 approuvée par le D. 10/03/1917 et Ord. n° 72/005 du 14/01/1972 sur la cocaïne.

⁴⁷⁸ LE TABAC: Arr.min. n°1250/CAB/MIN/SPF/014/1997 portant mesure sanitaire sur la consommation de tabac. L'ALCOOL: art. 36 O.L n° 68/010 du 06/01/1968 relative au droit de consommation de boissons ; art. 1 et 2 Ord. n°57/AP.AJ du 30/06/1939 sur l'ivresse publique ; Ord. 18/11/1913 portant fabrication et commerce de bière; D. 01/04/1959 ainsi que l'arr. min. n°04/MCP/009/2002 du 15/10/2002 modifiant et complétant l'arrêté ministériel n°04/DIP/005/90 du 21/04/1990 fixant les critères d'appréciation de la publicité sur le tabac et sur les boissons alcoolisées.

⁴⁷⁹ Nous estimons que cette prise en charge ne peut être seulement aussi médico-psychologique. L'assistant social doit solliciter le concours d'un médecin et d'un psychologue pour aider le mineur à sortir de son état d'addiction (cure de désintoxication).

autres infractions, une circonstance aggravante (altération momentanée et volontaire des facultés mentales), et appelle une prise en charge pénale et judiciaire. L'on peut, par ailleurs, s'interroger sur le traitement que l'on réservera à un mineur, de plus de quatorze ans particulièrement, réellement toxicomane qui adviendrait à commettre une infraction durant ces moments d'euphorie ?

224/. Plusieurs questions, tant de fond que de forme, n'ont pas été abordées à la fois par la loi et ses mesures d'application. La doctrine, la jurisprudence et la pratique n'apportent malheureusement pas plus d'éclaircissement au point que cette innovation légale risque de rester longtemps lettre morte. D'abord, il faut souligner, comme nous le démontrerons dans la section suivante, que le Législateur n'a pas bien ficelé le circuit de prise en charge des ESD : l'on ignore exactement à quel stade s'opèrera le relais entre l'autorité judiciaire et l'assistant social pour le cas d'un enfant toxicomane. L'expertise médicale, digne de ce nom, étant une denrée rare en droit judiciaire congolais, il ne sera pas étonnant que l'intervenant judiciaire ou le juge s'en passe. Ensuite, il existe un nombre très faible des poursuites pénales devant les cours et tribunaux pour trafic ou consommation des stupéfiants. Les autorités judiciaires, principalement le parquetier et la police judiciaire, préfèrent solliciter les amendes transactionnelles, mettre en garde le consommateur et/ou confisquer les produits au trafiquant. On assiste déjà à une déjudiciarisation tacite de la répression ou carrément une dépénalisation de ces faits qui ne sont pas suivies, comme en France ou en Belgique, d'une injonction thérapeutique⁴⁸⁰. Ce dualisme juridique, aussi bien dans la nature de l'acte que de la réponse apportée, s'observe aussi en ce qui concerne les incivilités.

B. La déjudiciarisation tacite des incivilités

225/. Le second niveau de criminalisation ou sélectivité des faits sociaux se rapporte aux actes d'inconfort ou d'incivilité à l'égard de qui la société éprouve de plus en plus une intolérance et appelle une intervention publique, si pas au niveau judiciaire, au niveau

⁴⁸⁰ Les problèmes complexes posés par l'usage de drogues demandent plutôt des réponses médicales, psychologiques et sociales que des réponses répressives : il n'existe d'ailleurs pas de solution unique, ni miraculeuse. Les systèmes juridiques se partagent entre une dépénalisation (tacite ou expresse) et une prise en charge psycho-médicale. En France, par exemple, le procureur de la République peut enjoindre au toxicomane une injonction thérapeutique en contrepartie de l'abandon des poursuites (L. n°70-1320 du 31/12/1970, circulaire NOR JUS A 9900148C du 17/06/1999, art. 222-37 et svt, 41-2 CPP, L3411-1, R1112-38 CSP). Au Portugal, une loi de novembre 2000 décriminalise complètement l'usage de tous les stupéfiants pour une prise en charge sociale, sanitaire et psychologique via les commissions de dissuasion. La Belgique nage entre une dépénalisation tacite des drogues douces, particulièrement le cannabis pour les majeurs (L.03/05/2003 modifiant L.25/01/1921 sur les stupéfiants, Arr. du 20/10/2004 de la Cour d'arbitrage, la directive du 25/01/2005) et l'admission des traitements de substitution (Arr. roy. 19/03/2004 et 06/10/2006).

administratif et policier. Les auteurs sont unanimes au fait que le coût économique et financier de la délinquance juvénile est sensiblement inférieur à celui des autres formes de délinquance. Alors, il est légitime de s'interroger sur les raisons profondes de cette surmédiation de la délinquance infantile et, surtout, de ce sentiment d'insécurité. La réponse à cette question pourrait notamment se retrouver dans le fait que la délinquance juvénile reste la forme la plus proche et la plus visible de la criminalité. « Elle touche quotidiennement les différentes catégories de la population, qu'elle génère des traumatismes physiques et surtout psychologiques chez des nombreuses victimes de tout âge et qu'elle s'accompagne souvent de violence ; tout cela crée et entretient chez nombre des citoyens ordinaires, méfiance, peur, repli sur soi, et parfois, agressivité et xénophobie »⁴⁸¹. Le point qui divise les spécialistes (criminologues, sociologues, journalistes, travailleurs sociaux...) est celui de savoir si ce sentiment d'insécurité correspond à la réalité. Mais, là un domaine où le droit pénal ne peut s'y aventurer ou apporter une réponse, sauf peut-être pour des raisons de politique criminelle.

226/. Toutefois, lorsqu'on examine les actes qui sont à la base de ce sentiment d'insécurité⁴⁸², l'on s'aperçoit que nombreux d'entre eux ne sont pas constitutifs d'infractions. Raison pour laquelle, ils sont communément qualifiés d'« incivilités ». Ce concept est fort controversé : certains le rejettent à cause de sa variabilité et imprécision⁴⁸³, d'autres le considèrent comme un euphémisme destiné à déguiser des véritables délits en vénielles ou peccadilles⁴⁸⁴ ; d'autres encore, y voient une tentative d'étendre le contrôle social, de créer des infractions nouvelles et de sanctionner des comportements ou des conduites attribuées aux populations défavorisées et liés à des différences socio-culturelles. En dépit de ce désaccord, retenons que l'incivilité désigne un phénomène social réel : « un ensemble de comportements hétérogènes à la frontière de l'infraction pénale, qui ont lieu dans des espaces collectifs et qui rompent les codes élémentaires de la vie sociale (tapage, occupation bruyante et violente des espaces collectifs, jet de détritus ou des crachats...), et parfois, l'ordre public (insultes, vandalisme, incendie de poubelles...) »⁴⁸⁵. Elles sont aussi décrites « comme des désordres et des comportements publics non acquisitifs, non conflictuels mais frictionnels, peu organisés et démonstratifs »⁴⁸⁶. Elles indiquent une rupture avec les mécanismes et les

⁴⁸¹ ROBERT P., *L'insécurité en France*, Repères, Paris, 2002, p.17 ; SPAEY P., *Op. cit.*, p.11.

⁴⁸² LEBAILLY P., *La violence des jeunes : comprendre et prévenir*, ASH, Paris, 2001, pp.14-20.

⁴⁸³ MUCCHIELLI L., « Violences urbaines, réactions collectives et représentations de classe chez les jeunes des quartiers relégués de la France des années 1990 », *Actuel Marx*, n°26, 1999, pp.85-105.

⁴⁸⁴ FENECH G., *Op. cit.*, p.22.

⁴⁸⁵ SPAEY P., *Op.cit.*, pp.13

⁴⁸⁶ *Idem*, pp.13, 21-22.

codes basiques de communication au sein d'un groupe social. Qualifiées aussi de « micro-violences »⁴⁸⁷, elles sont généralement peu graves et tolérables mais c'est surtout leur fréquence et accumulation qui les rendent insupportables ; d'autant plus que les victimes n'ont parfois aucun recours et ne peuvent guère attendre d'aide de la police et de la justice.

227/. Les auteurs des incivilités peuvent être aussi bien des adultes que des jeunes, mais la sensibilité sociale commune est plus choquée quand il s'agit des jeunes par le fait que les victimes, surtout majeures, se sentent défier dans leur autorité. Les incivilités entretiennent le sentiment d'insécurité et modifient les comportements des gens (méfiance interpersonnelle, diminution de la cohésion sociale, déménagements, stigmatisation des jeunes, communautarisation et ghettoïsation des lieux)⁴⁸⁸. L'on peut également observer, à des degrés et niveau divers, – dépendamment du contexte, du milieu et des rapports en présence –, toutes ces conséquences dans la société congolaise. Pour une société encore ancrée dans la coutume, tout écart des jeunes vis-à-vis du groupe et de la société n'est pas toléré. Raison pour laquelle la moralité collective est facilement et souvent heurtée. Mais au regard des mêmes normes coutumières qui privilégient la réparation et la conciliation, ces actes sont au bas de l'échelle de gravité. Très loin de la société congolaise, le droit écrit ne se déploie pas toujours sur ces faits : il apparaît socialement « injuste » de traduire son frère en justice pour des faits bénins plutôt que de trouver la solution à l'amiable.

§2. Le mineur non-discernant

228/. Les mineurs non-discernant ne font pas, à ce stade, objet d'une analyse approfondie étant donné que la question de leur régime juridique, identique à celui des mineurs-déviant, sera traitée dans la section suivante de ce chapitre ; et celle relative aux incidences de la prise en compte du discernement sera abordée dans la seconde partie de notre étude. Nous ne relèverons ici que les aspects qui nous permettront de mettre en évidence la complexité de la nouvelle catégorisation juridique opérée par la LPE. Car, d'une manière générale, lorsqu'un système juridique, à l'instar de la RDC, établit le discernement comme un critère de la responsabilité pénale du mineur, il le déduit soit d'un seuil fixe (A), soit d'un

⁴⁸⁷BAUDRY P. et al, Souffrances et violences urbaines à l'adolescence, ESF, 2000, p.11.

⁴⁸⁸ LE BLANC M., « Un paradigme développemental pour la criminologie : développement et autorégulation de la conduite déviante », *Criminologie*, vol. 43, n° 2, 2010, pp.401-428, [en ligne] <http://id.erudit.org/iderudit/1001783ar>

faisceau d'indices (B), soit encore des deux. Chaque critère choisi appelle des conséquences juridiques qui semblent n'avoir pas été toutes prises en compte par le droit congolais.

A. Le mineur réputé non-discernant, unique cas prévu par la LPE

229/. Il ressort des articles 95 et 96 de la LPE que les mineurs âgés de moins de quatorze ans doivent être considérés comme étant dépourvus du discernement, c'est-à-dire, de l'aptitude à comprendre le sens et la portée de leurs actes, et par conséquent, d'être dotés de l'*animus mecandi* (intention méchante). Cet âge représente aussi ce que nous avons désigné par le « seuil inférieur de responsabilité pénale » en deçà duquel il y a une irresponsabilité pénale pure et simple. C'est par sa volonté souveraine que le législateur de 2009 a fixé ce seuil : l'on ne sait pas dire s'il correspond aux attentes de la population ou tient compte des paramètres sociologiques congolais comme le recommandaient les experts nationaux et internationaux réunis par la BICE pour établir un état de lieu de la législation congolaise en matière d'enfance délinquante⁴⁸⁹. A notre avis, ce seuil est très proche de la réalité sociétale congolaise : à quatorze ans, sauf exception, l'individu a déjà une idée sur le sens et la portée des prescrits sociaux, de ce qui est bien et ce qui est mal. Toutefois, par équité et surtout pour pallier les inconvénients d'un critère inflexible, l'on laisse parfois au juge la latitude, avec l'aide expertale, de déceler ce discernement dans le chef de tout mineur traduit devant lui ou, du moins, ceux dont l'âge avoisine le seuil précité. Malheureusement, le législateur congolais de 2009 semble avoir, sinon oublié, ignoré complètement ce détail. Nous reviendrons plus loin sur cette question.

B. Le mineur estimé non-discernant, entre oubli et ambiguïté

230/. Néanmoins, pour mieux saisir la pertinence de notre raisonnement, relisons ensemble quelques dispositions de la LPE, particulièrement, les articles 95 et 96 que nous allons comparer avec quelques dispositions du code de protection de l'enfant malien et au code pénal français. D'après la première disposition congolaise, « *L'enfant âgé de moins de quatorze ans bénéficie, en matière pénale, d'une présomption irréfragable d'irresponsabilité* ». Et, à la seconde de préciser expressément que : « *Lorsque l'enfant déféré devant le juge a moins de quatorze ans, celui-ci le relaxe comme ayant agi sans discernement et ce, sans préjudice de la réparation du dommage causé à la victime. Dans ce cas, le juge confie l'enfant à un assistant social et/ou un psychologue qui prend des mesures*

⁴⁸⁹ Voir rapport [2004] précité.

d'accompagnement visant la sauvegarde de l'ordre public et la sécurité de l'enfant et tenant compte de la réparation du préjudice causé. Ces mesures consistent notamment dans l'accompagnement psychosocial et le placement dans une famille d'accueil ou une institution privée agréée à caractère social autre que celle accueillant des enfants en situation difficile ».

231/. Aux termes de l'article 98 du code malien de protection de l'enfant : « l'enfant âgé de **moins de treize ans** est présumé **irréfragablement** n'avoir pas la capacité d'enfreindre la loi pénale ; cette présomption **devient réfragable** pour les enfants âgés de **plus de treize ans et moins de dix-huit ans**. Lorsque le prévenu ou l'accusé aura **moins de treize ans**, il sera **relaxé** ou **acquitté** comme ayant **agi sans discernement**. Lorsque le prévenu ou l'accusé aura **plus de treize ans et moins de dix-huit ans**, il sera relaxé ou acquitté **s'il est décidé** qu'il a agi sans discernement ». Et, enfin d'après l'art. 122-8 CP français : « Les mineurs capables de discernement sont pénalement responsables des crimes, délits ou contraventions dont ils ont été reconnus coupables, dans des conditions fixées par une loi particulière qui détermine les mesures de protection, d'assistance, de surveillance et d'éducation dont ils peuvent faire l'objet ».

232/. D'après leur formulation respective, l'on peut déceler dans ces textes aussi bien des convergences que des divergences. En ce qui concerne les traits communs, l'on constate ; d'une part, la consécration du discernement comme critère déterminant de la responsabilité pénale des mineurs dans les trois systèmes juridiques, et d'autre part, la déduction de ce seuil de discernement sur un âge fixe dans les systèmes maliens et congolais (respectivement treize et quatorze ans). Quant aux points divergents, il apparaît une nette différence entre le droit malien et le droit congolais par le fait que le premier admet expressément la possibilité de déclarer l'absence de discernement même dans le chef des mineurs dont l'âge est au-dessus du seuil de discernement. C'est ce dernier aspect qui attire particulièrement notre attention à ce stade. Si le droit français déduit le discernement, peu importe l'âge du mineur, à partir d'un faisceau d'indices laissé à l'appréciation du juge, le code malien, dont la formulation est très proche du code congolais, combine ce critère avec celui de l'âge. Ce qui n'apparaît pas clairement chez le législateur congolais. Il est curieux de constater aussi que chez ce dernier la portion du texte relative à la recherche du discernement chez les mineurs dont l'âge est au-dessus du seuil de discernement (ou seuil inférieur de responsabilité), c'est-à-dire de ceux âgés de quatorze à dix-huit ans, a été délibérément élaguée. Or, c'est un secret de polichinelle que la LPE est une copie amandée du code malien de protection de l'enfant. Cette suppression

biaise l'interprétation de cette disposition. Et, l'on ignore exactement la portée de la norme posée par le législateur congolais qui ne reprend qu'à moitié la norme originelle. Là encore un exemple de ses brillants silences⁴⁹⁰ qui produisent malheureusement, par la suite, des effets contraires à ceux souhaités.

233/. **Aucun débat à l'audience sur le discernement chez l'ECL.** Le point commun de tous les systèmes juridiques qui fixent un seuil de discernement différent de celui de la majorité, critère excluant déjà le droit belge, est la possibilité reconnue au juge d'évaluer ou de rechercher ce discernement dans le chef du mineur traduit devant lui, à défaut duquel le concerné est considéré comme ayant agi sans discernement, par conséquent, irresponsable. Ce faisant, il y a toujours ; d'une part les mineurs **réputés** non-discernant en fonction de leur âge, et d'autre part, les mineurs **estimés** non-discernant. Le premier critère est légal et général tandis que le second est judiciaire appelant une casuistique. Le silence des textes congolais rend cette démarcation difficile. L'on a l'impression que la volonté du Législateur était d'exclure uniquement du champ pénal (via la déjudiciarisation) les mineurs âgés de moins de quatorze ans et de considérer, comme pourvu de discernement, tous les autres. Cette thèse est renforcée par la jurisprudence congolaise⁴⁹¹ qui, après analyse des éléments légal et matériel pour l'estimation du préjudice et de la réparation, impute directement le fait au mineur dès lors qu'il serait âgé de plus de quatorze ans. Et ce, sans pour autant rechercher si ce dernier aurait agi sans discernement, même sous contrainte (les causes de non imputabilité). Or, la question de l'élément moral ne peut être élaguée de la sorte pendant qu'elle est curieusement abordée dans les dispositifs. L'article 214 du code de la famille, qui n'a pas été touché par la réforme de 2016, dispose également et clairement que « *l'incapacité juridique n'affecte pas la responsabilité délictuelle ou quasi délictuelle de la personne, si elle a le **discernement*** ». Par ailleurs, lorsque la question du discernement est évoquée par le Législateur dans un aspect non-pénal (art. 7, 32, 33), il n'est nullement fait allusion à l'âge : ce qui sous-entend une casuistique (un discernement évalué). Quel contraste !

234/. Pour le JPE congolais, il ne semble même pas avoir une présomption de responsabilité mais une responsabilité d'office à l'égard de l'ECL. D'une part, l'adjectif « irréfragable » et le terme « sans discernement » des articles 95 et 96 LPE perdent

⁴⁹⁰ KUMBU KI NGIMBI, art. préc.

⁴⁹¹ TPE/KALAMU : 0233/BMF/2014/II (Extorsion et tentative de viol) ; 0910/GMK/2015/III, 09/11/2015 (Vol qualifié) ; 0904/BMF/2015/II, 05/10/2015 (Association des malfaiteurs) ; TPE/MATETE : 759/NKM/2015/I, 26/02/2015 (destruction méchante), 08/05/2015 (Viol) ; 708/WMK/2015/V, 21/08/2015 (coups et blessures volontaires) ; TPE/KINKOLE : 1542/MMA/2015, 07/12/2015 (Viol).

tous leur sens ; et d'autre part, le système tel qu'appliqué apparaît plus rigoureux que son prédécesseur en abaissant la majorité pénale à quatorze ans. Or, même la thèse tutélaire de réfragabilité de l'irresponsabilité pénale appelle la recherche effective du discernement dans le chef du mineur à partir d'un certain seuil. Le risque de ce silence du Législateur, couplé à la pratique judiciaire observée, est que l'on retombe dans une situation où le mineur non-discernant sera soumis dans la pratique, à un régime identique, voire même pire, que le mineur-discernant. Ce qui se passera aussi, par exemple, lorsqu'un mineur de quatorze ans, bien qu'ayant agi sans discernement, sera reconnu coupable et placé dans un établissement de garde et d'éducation de l'Etat tandis qu'un autre mineur, ayant pourtant agi avec discernement, sera remis en liberté, après avoir réparé via la médiation le préjudice causé à la victime. C'est aussi le cas, du mineur âgé de treize ans, chétif, très intelligent, très lucide et ayant commis un viol, qui sera relaxé tandis qu'un autre de quinze ans, de taille imposante, mais de faible intelligence, sera reconnu coupable des coups et blessures qu'il aurait commis. Ainsi, nous estimons que par équité, puisque le Législateur s'est abstenu de se prononcer, les mineurs âgés de plus de quatorze ans doivent être considérés comme irresponsables, lorsqu'ils auraient agi sans discernement, et bénéficier des mesures de déjudiciarisation. Cette décision relèvera de l'appréciation souveraine du juge au regard des éléments du dossier et surtout de l'évaluation psychologique du mineur.

Section 2. Le Régime de la déjudiciarisation avec irresponsabilisation du mineur

235/. A première vue, le régime juridique des ESD se distingue de celui des mineurs non-discernant. Conformément à la localisation des dispositions qui prévoient et régulent chacune de ces deux matières⁴⁹², le Législateur a, en effet, placé, les uns sous la protection spéciale, c'est-à-dire sociale, et les autres sous la protection judiciaire. Mais en réalité, les deux régimes sont très proches et cumulent chacun les interventions de l'assistant social (§2) et du juge pour enfants (§1). Raison pour laquelle, il nous a d'ailleurs paru plus convenable de parler de « l'intervention » plutôt que de la « protection » pour rendre plus explicite le rôle de ces deux acteurs dans ce régime, objet de la présente cette section. Il faut néanmoins relever que la dualité de la protection sociale et judiciaire, ou mieux l'enchevêtrement de ces deux

⁴⁹² Les dispositions relatives à la prise en charge de l'ESD font partie d'un chapitre dénommé « *La protection sociale* » appartenant, lui-même, au second titre de la LPE intitulé « *De la protection sociale de l'enfant* ». Tandis que celles relatives au mineur non discernant, relève du troisième titre de la loi relatif à la « *Protection judiciaire de l'enfant* », précisément dans son deuxième chapitre réservé à la compétence du TPE.

interventions ; peut entrainer parfois le conflit de compétence entre les services qu'il faudrait bien ficeler leur agencement.

§1. L'intervention judiciaire, le passage obligé

236/. La voie judiciaire reste en droit congolais un passage obligé pour la prise en charge de l'ESD, particulièrement du mineur-déviant, et du mineur non-discernant. L'intervention du JPE, est certes différente, à plusieurs égards de son homologue de 1950 mais son indispensabilité remet, dans une certaine mesure, en question la déjudiciarisation tant clamée. Le moment (A) et la portée (B) de cette intervention distinguent le régime respectif de deux catégories précitées des mineurs.

A. Le moment de l'intervention judiciaire

237/. Le moment de l'intervention judiciaire diffère selon qu'il s'agit de l'ESD ou du mineur non-discernant. Dans le premier cas, l'intervention du JPE est postérieure à celle de l'assistant social (art. 63) ; tandis que dans le second cas, elle précède celle de l'assistant social et/ou du psychologue (art. 96).

238/. Le déroulement de l'intervention judiciaire pour le cas du mineur non-discernant (réputé comme estimé), ne pose pas beaucoup de problèmes étant donné que l'affaire suit le circuit judiciaire (ou pénal) ordinaire jusqu'à la déclaration de l'irresponsabilité pénale du mineur ainsi que son référencement psycho-social. Le problème se pose davantage en ce qui concerne l'agencement des interventions judiciaire et sociale en matière de déviance. Si la postériorité de l'intervention judiciaire en cette matière apparaît clairement dans les dispositions légales, il demeure plusieurs zones d'ombre sur le processus qui conduit le mineur déviant devant son assistant social. Le Législateur n'évoque aucun dispositif en amont de l'intervention sociale : c'est-à-dire, du constat de la déviance ou du risque de déviance à l'application de la première mesure de protection sociale par l'assistant social, l'on ignore complètement le déroulement du mécanisme. Cette question n'a trouvé aucune réponse satisfaisante ni auprès des TPE, encore moins au près des assistants sociaux. Le système social congolais très embryonnaire ne permet pas aux assistants sociaux d'être en première ligne au contact avec les ESD ou de détecter les situations à risque. Les affaires passent donc, nécessairement par le circuit judiciaire, via la police et le parquet.

239/. Étant donné que la majorité des actes de déviance frisent les éléments matériels de certaines infractions dans le chef non seulement des mineurs mais aussi de majeurs en complicité de qui ils les auraient commis (proxénétisme, incitation des mineurs à la débauche, viol réputé à l'aide de violence, trafic de stupéfiant...), le parquet doit jouer un rôle important dans la sélection et l'orientation de dossiers en procédant notamment aux premiers actes d'instruction. Ce qui nous a poussé à nous poser la question de savoir comment cette autorité judiciaire, procède-t-elle lorsqu'il lui est soumis un mineur, et surtout, lorsqu'elle s'aperçoit que les faits qui ont conduit ce dernier devant elle relèvent de la déviance. Certains OPJ, que nous avons interviewé, ne savaient même pas les nuances et innovations apportées par la nouvelle loi en ce qui concerne la dépénalisation de la déviance (vagabondage, mendicité, prostitution...) et des certaines infractions lorsqu'elles étaient commises par les mineurs (trafic et/ou consommation des stupéfiants) en vertu de laquelle ces faits devraient dorénavant appeler une prise en charge sociale, non pénale. Une certaine résistance a été aussi remarquée chez le parquetier principalement en ce qui concerne notre seconde hypothèse de dépénalisation relative à la toxicomanie (trafic et consommation des stupéfiants). Ce qui explique chez ces autorités judiciaires la fâcheuse tendance à transiger avec, non pas le mineur, mais sa famille, et, à saisir rarement l'assistant social.

240/. Mais, il faut aussi relever que cette pratique de transaction en matière d'enfance délinquante remonte déjà à l'époque du décret⁴⁹³ pendant que ni ce texte, encore moins le code de procédure pénale, ne le permettait. Seules les infractions relativement graves ou pour lesquelles les victimes saisissaient directement le tribunal, étaient portées devant le juge. Le taux de plus en plus décroissant de la saisine des Tripaix en matière d'enfance délinquante contrastait avec la recrudescence du phénomène des enfants de la rue, du chômage et de la pauvreté. D'un côté, l'on a parfois expliqué cette situation par la banalisation sociale de la déviance et délinquance des mineurs : la société congolaise se serait accommodée à cette sous-culture face à laquelle l'Etat a été complètement désarmé. Il apparaît aujourd'hui normal, sans choquer qui que ce soit, de voir un enfant vagabonder, mendier, se prostituer ou s'adonner à des petits boulots ou au commerce à la sauvette. D'un autre côté, l'on peut dénoter un certain humanisme de la part des autorités judiciaires qui privilégieraient l'intérêt du mineur en lui demandant de s'acquitter d'une amende transactionnelle et de réparer le dommage causé plutôt que de le déférer devant le juge où il courrait le risque d'être condamné et obligé de

⁴⁹³ Le même constat a été relevé par le professeur KIENGE KIENGE I.R [Op. cit., pp. 421, 451].

séjourner en prison, par manque des moyens infrastructurels pour l'accueillir. Une telle prétention reste discutable par ce que le JPE est mieux placé, que le parquetier et l'OPJ, pour estimer ce qui est le mieux pour l'enfant. Ainsi, la question l'encadrement des modalités de référencement vers l'assistant social des ESD dans la phase pré-juridictionnelle reste encore ouverte. Le législateur national et le pouvoir réglementaire devraient vite s'y pencher afin de limiter les abus au risque de rendre sans effets les dispositions pertinentes de la LPE notamment son article soixante-trois. Il conviendrait de faire du parquet l'autorité chargée de recevoir le signalement des situations mettant en difficulté les enfants venant de tous les citoyens et, particulièrement des professionnels qui sont en contact avec eux (médecins, enseignants, encadreurs sportifs ou religieux...) à qui il faudrait d'ailleurs imposer une obligation de dénonciation et d'information sous peine des sanctions pénales ou disciplinaires.

241/. La question ne se pose pas de la même manière au niveau du TPE à qui est attaché un corps des assistants sociaux (art. 92 LPE). D'ailleurs nous n'avons pas trouvé, durant nos recherches, une affaire de déviance pendante devant ces juridictions quoi que les JPE ou les greffiers nous confirment recevoir des temps à autres des plaintes des parents ou des victimes dont les faits relèvent pourtant de la déviance. Alors, les présidents de ces juridictions orientent, sans difficulté, ces affaires vers l'assistant social qui à son tour, ressaisira, après enquête sociale, le tribunal pour une homologation ou une décision de placement. Ce référencement, en amont de l'intervention sociale, s'inscrit malheureusement soit dans un registre informel, soit dans le cadre des pouvoirs de gestion et d'administration reconnus aux présidents de juridiction.

242/. **Le moment de l'intervention judiciaire en droit comparé.** Pourtant en droit comparé, la spécialisation de la prise en charge des mineurs-délinquants et déviants (en danger ou en situation difficile) a nécessairement appelé, afin de palier à certaines incohérences et contradictions, des aménagements ; d'une part, du code pénal et de procédure pénale, et d'autre part, du code civil et de procédure civile. Malheureusement, les rédacteurs de la LPE n'en ont pas apparemment tenu compte tant sur le plan du fond, et particulièrement, sur le plan de la forme. Ce qui renforce une fois de plus notre hypothèse de départ sur la nécessité d'un travail de refonte et d'harmonisation.

243/. **En droit français**⁴⁹⁴ par exemple, la voie judiciaire en matière de l'enfance en danger, contrairement au droit congolais, n'est pas obligatoire : elle n'intervient qu'en cas d'urgence, d'échec de l'action sociale ou de refus de coopération de la part des parents avec les services de l'aide sociale à l'enfance (ASE). En effet, ce pays consacre aussi un double système de protection au bénéfice des mineurs en danger, concept similaire au « mineur en situation difficile ». D'une part, il y a une protection administrative qui relève du Conseil départemental⁴⁹⁵, – assisté par le secteur associatif et des communes –, et regroupe l'ensemble des interventions individuelles et collectives de nature essentiellement préventive dont le point axial est l'accord des concernés. Ces interventions reposent sur la notion du risque, de danger en matière de santé, de sécurité ou de moralité. Et, d'autre part, il y a la protection judiciaire, œuvre de l'Etat via les tribunaux, qui regroupe les interventions individualisées consécutives à une décision judiciaire. A partir de cet instant, les deux interventions s'entremêlent : le juge gardera le pouvoir de décision mais ce sont les services sociaux et éducatifs qui lui fourniront les éléments susceptibles d'étayer ladite décision et l'appliqueront. En essayant, à son tour, d'obtenir l'adhésion de la famille, le juge peut prendre trois séries des mesures (375 et svt CC, 1181 et svt CPC) qui sont généralement ; l'aide à la gestion du budget familial (la tutelle des prestations et allocations familiales), l'assistance éducative (Observation en milieu ouvert, en sigle OMO, ou l'action éducative en milieu ouvert, en sigle AEMO) et le placement (en famille ou en établissement). Ces mesures, qui peuvent être provisoires (six mois) ou « sur fond » (deux ans), tendent à contrôler l'exercice de l'autorité parentale, sans y porter atteinte, en apportant aide et conseil. Le juge des enfants, créée en 1945 pour la prise en charge des mineurs délinquants, se partage, depuis 1958, certaines compétences avec le juge civil,

⁴⁹⁴BEAUVALLET O. & LAZARE S.Y (dir.), *La justice des mineurs*, Berger-Levrault, Paris, 2012, pp.29-100 ; MANCIAUX M. & GABEL M et al., *Op. cit.*, pp.421-423, 430-433, RAYMOND G., *Op. cit.*, pp.317-325 ; PEDRON P., *Op. cit.*, n°780, p.419 et svt ; VERDIER P. & NOE F., *Guide de l'aide sociale à l'enfance*, Dunod, 6^{ème} éd., Paris, 2008, pp.211-230.

⁴⁹⁵ Le Conseil départemental, anciennement « Conseil général », est l'organe de gestion du département qui est une entité territoriale et administrative décentralisée, dotée de la personnalité juridique (art. 72 Const. fr). Au 01/01/2016, la France compte 101 départements dont 96 en métropole. Le département est entre les régions (18) et les communes (36000 environ). Il correspond géographiquement au district congolais quoi que ce dernier ait été supprimé de l'architecture territoriale congolaise (art.195-206 Const. RDC). Pour un bref aperçu comparatif, lire : MELMOTH S., « La RDC : décentralisation et sortie de conflit », *Afrique contemporaine*, 1/207, N°221, pp.75-85 ; YAV KATSHUNG J., « La décentralisation-découpage en RDC : une tour de babel ? », *Contrôle citoyen*, 2009, pp.1-17, [en ligne] <http://www.congovision.com/nouvelle2:decentralisation-Decoupage-en-RDC2.pdf> ; fiche synthèse N°11 : l'organisation territoriale de la France, [en ligne] www.assemblee-nationale.fr/les-institutions-francaises-generalites/l'organisation-territoriale.

particulièrement le JAF⁴⁹⁶, le juge pénal⁴⁹⁷, et, parfois même le juge administratif, en matière de la protection des enfants en danger. Le parquet, l'autorité chargée à recevoir tout signalement procède aussi à l'orientation du dossier vers le (s) juge (s) compétent(s).

244/. **En droit belge**⁴⁹⁸, le régime est aussi similaire : il cumule protection sociale et protection judiciaire. D'après le Ministre VERMEYLEN, trois lignes de protection contre l'inadaptation des mineurs sont envisagées par la LPJ. La première est d'ordre social, général et préventif. Elle est dirigée vers la famille, noyau essentiel de toute relation sociale, pour l'aider et lui permettre d'agir au mieux dans l'intérêt des enfants. La seconde, également d'ordre social mais appropriée et ciblée, intervient en cas de difficulté persistante et vise à aider les familles-problèmes à se ressaisir. Enfin, si la situation s'aggrave, le juge des enfants (ou de la famille) doit pouvoir intervenir par la contrainte. Cette protection judiciaire intervient de manière supplétive, lorsque des mesures contraignantes s'imposent, soit parce que les mineurs sont en danger et que leur famille ne manifeste aucune volonté d'intervenir (mesures visant les parents), soit parce qu'il y a une atteinte à l'ordre social (mesures visant le mineur). Dans la première phase, la protection est libre, non contraignante ou volontaires (pour les destinataires) et autonome (de l'autorité juridictionnelle). Elle est confiée au Comité de protection de la jeunesse, assistée généralement par d'autres services sociaux de l'Etat (l'Office de la protection de la jeunesse, les centres publics d'aide sociale...) ainsi que des personnes et associations privées. Dans sa dernière phase, la protection devient judiciaire et soumise à la direction du juge de la jeunesse qui peut prendre trois séries de mesures, dont deux visent particulièrement les parents, à savoir ; la tutelle des prestations sociales, la déchéance de l'autorité parentale, et l'assistance éducative. L'intervention sociale est toujours sous-entendue même dans cette phase juridictionnelle (information, bilan social et psychologique du mineur, exécution des mesures...), particulièrement dans l'exécution de la troisième mesure judiciaire à l'endroit des mineurs en danger. Mais depuis les réformes institutionnelles du 08/09/1980 qui instituent le fédéralisme en Belgique, la protection sociale des mineurs en danger est désormais transférée aux communautés : ainsi, sur le plan terminologique, l'on parle dorénavant de l'aide à la jeunesse pour la communauté française et de l'assistance spéciale à la jeunesse dans la communauté flamande. Hormis quelques

⁴⁹⁶ Par exemple, si l'assistance éducative est de la compétence du juge des enfants, la déchéance ou le retrait partiel de l'autorité parentale relève du JAF.

⁴⁹⁷ La réponse pénale en l'encontre des parents est un ultime recours pour protéger les enfants en pénalisant les auteurs de violences, lorsque ces dernières sont constitutives d'infraction.

⁴⁹⁸ TULKENS F. et MOREAU T., *Op. cit.*, pp.226-239, 341 et svt, 523 et svt.

démarcations spécifiques, tous les décrets communautaires d'application de cette loi consacrent globalement les mêmes principes ; l'accord exprès du mineur, dès qu'il est âgé de plus de quatorze et des parents (ou tuteurs), les mesures éducatives en milieu ouvert et le placement (en institution ou en famille d'accueil).

B. La portée de l'intervention judiciaire

245/. Hormis, le moment de l'intervention judiciaire, sa portée également distingue le régime des mineurs-déviant à celui des mineurs non-discernant. Pour les premiers, l'action du juge consiste soit à l'homologation du placement social décidé par l'assistant social, soit à une décision du placement social prise par lui-même sur requête de l'assistant social. Pour les seconds, deux hypothèses peuvent être envisageables ; soit une relaxe pure et simple, malgré le silence de la loi, pour les mineurs d'au moins quatorze ans mais jugés avoir agi sans discernement, soit une relaxe avec déferrement psycho-social, pour ceux âgés de moins de quatorze ans, réputés sans discernement. Il sied alors de se poser la question de savoir, du point de vue du juge, que représentent ces deux procédures ? Que valent-elles ? Quelle incidence ont-elles ?

246/. **L'ESD : la requête d'homologation du placement social et la requête de placement social.** En effet, la LPE précise que les ESD font objet d'une protection qui se réalise à travers les mécanismes de tutelle de l'Etat tels que prévu par la loi, le placement social et d'autres mécanismes de prise en charge approprié⁴⁹⁹. Les premiers et derniers mécanismes, qui ne sont nulle part définis dans la loi, font à notre avis référence au régime d'incapacité de droit civil et d'aide sociale encore embryonnaire dans notre pays. Quant au second mécanisme (le placement social), il ne se borne qu'à énoncer ses grands principes en renvoyant à l'arrêté ministériel pour leurs modalités d'application. Ce placement, d'après la loi, est objet de deux procédures distinctes dépendamment du fait que l'enfant soit ou pas, pour reprendre l'expression utilisée par le Législateur, « *entre les mains de ses parents ou de ses tuteurs* ». S'il ne l'est pas, la décision de placement émane de l'assistant social qui la prend en tenant compte de l'opinion, de l'âge et du degré de maturité du mineur : il n'en saisie le JPE que pour une homologation. Au cas où il l'est, l'assistant social ne fera que soumettre une requête au JPE qui décidera du placement. Il nous a paru difficile de saisir l'opportunité de cette distinction : la seule explication plausible serait le respect de l'autorité parentale et de la

⁴⁹⁹ Article 63 de la loi de protection de l'enfant.

vie privée qui oblige les autorités administratives et judiciaires à impliquer les parents ou les tuteurs, auprès de qui réside encore le mineur, dans toutes procédures touchant à ce droit. Car, seule l'autorité juridictionnelle est habilitée à prendre une décision tendant à restreindre ce droit fondamental. Mais l'autre problème est qu'aucune procédure n'est prévue à cet effet, l'on ignore si le JPE est ici saisi à titre pénal ou civil ? L'anachronique article 99 n'en donne aucun éclaircissement. Pourquoi ne pas saisir aussi le juge administratif, devons-nous aussi nous interroger, étant donné que la compétence en matière de l'enfance difficile est une attribution dévolue à l'assistant social entant qu'autorité administrative, membre du ministère des affaires sociales.

247/. Par ailleurs, le pouvoir d'appréciation du bien-fondé du placement pose également problème. Si l'hypothèse de la requête de placement social sous-entend une appréciation souveraine de la mesure par le JPE après bien sûr avoir entendu les moyens des parents, l'on se demande s'il détient ce même pouvoir en cas d'une demande d'homologation. Car la LPE attribue explicitement, dans ce dernier cas, le pouvoir de décision à l'assistant social. Sinon, à quoi sert ici le juge ? Pourquoi le Législateur a-t-il tenu à le faire intervenir dans la prise en charge de la déviance pourtant déjudiciarisée ? L'homologation ne vaut-elle pas ré-judiciarisation ? Que vaut-elle face au pouvoir de décision de l'assistant social ? Qu'arriverait-il si le JPE refuse d'homologuer ou trouve inopportun le placement ? Qu'arriverait-il si les parents décident d'intervenir dans la procédure ? Il se pose aussi en parallèle la problématique de la disjonction des poursuites lorsque les faits de maltraitance ou d'abandon du mineur sont constitutifs d'une infraction à charge des parents ou tuteurs. Toutes ces questions sont laissées sans réponses. On a l'impression que le législateur de 2009 ne savait pas trancher entre une criminalisation et une dépénalisation de la déviance ou encore entre une déjudiciarisation et une judiciarisation de la prise en charge de la délinquance, au sens large, des mineurs. Par ce qu'on se trouve au final devant une apparente contradiction ; d'une part, la dépénalisation de la déviance des mineurs (art. 62 pt.1-3) via une action spécifiquement sociale (administrative) sous la houlette de l'assistant social qui ne détient pourtant pas le dernier mot sur les mesures qu'il est appelé à prendre ; et, d'autre part, la déjudiciarisation des infractions commises par les mineurs de moins de quatorze ans mais avec à la clef l'application des mesures d'accompagnement décidés et appliqués par l'assistant social (art. 96).

248/. **Le mineur non-discernant : la relaxe⁵⁰⁰ et le référencement socio-psychologique.** Pour le mineur non-discernant, la LPE prévoit une décision de relaxe ainsi qu'un référencement psychosocial. En d'autres termes, l'intervention du JPE se limite ici à un simple constat de l'irresponsabilité pénale sur base de l'âge et un référencement du mineur qui n'appelle apparemment aucune appréciation de sa part du contenu et des modalités de mesures qui lui seront appliquées. La relaxe et le référencement psychosocial sont d'ordre public : ils doivent être toujours sous-entendus même si, pour une ou autre raison, le juge n'a pas prononcé l'un deux. Cette courte procédure a donc pour conséquence la relativisation du principe de l'incompétence des TPE à l'égard des mineurs de moins de quatorze ans que pourrait faire croire la lecture de l'article 99 LPE⁵⁰¹. C'est bel et bien le JPE qui, après avoir été régulièrement saisi, constate l'âge du mineur et, par conséquent, déclare sa relaxe : il examine préalablement la question de l'âge⁵⁰², pour tirer les conséquences juridiques y afférente, ainsi que celle du préjudice, si la victime s'est constituée partie civile. Il ne peut donc entamer l'examen du fond étant donné que le mineur est considéré comme irresponsable. La question de l'âge pourrait alors faire l'objet d'un débat à l'audience et même, d'une intervention expertale. Ce qui ne contredit pas la présomption de minorité consacrée à l'article 110 LPE étant donné qu'ici l'on ne conteste pas la minorité du prévenu mais plutôt un âge précis en fonction duquel l'on déterminera les règles spécifiques qui doivent lui être appliquées.

249/. **La relaxe, l'appel et la réparation du dommage.** La relaxe est, avec la condamnation, la médiation et l'acquittement, l'une des issues probables du procès pénal des mineurs en droit congolais: elle est, à ce titre, une décision de justice qui dessaisit la juridiction de jugement et ouvre les voies de recours. Malheureusement le Législateur n'apporte pas plus

⁵⁰⁰ La relaxe n'est pas un concept familier au droit processuel congolais qui consacre plutôt « l'acquittement » (art. 83 CPP RDC). Dans le système français où elle tire son origine, elle est un jugement de non-culpabilité rendu en matière correctionnelle ou contraventionnelle, c'est-à-dire, par toute juridiction répressive autre que la cour d'assises (art. 363 CPP fr.). A cet effet, elle se distingue sur le plan terminologique de l'acquittement qui concerne les affaires criminelles (Cour d'assises). La consécration de ce terme en droit congolais implique deux cas de figure qui consistent à considérer l'expression ; soit comme synonyme à l'acquittement étant donné que ce système juridique ne connaît pas la division tripartite de l'infraction, soit comme distincte de l'acquittement faisant exclusivement allusion, sur base de la spécificité du droit pénal des mineurs, au jugement de non-culpabilité du mineur non-discernant.

⁵⁰¹ **art. 99 LPE** : « Le tribunal pour enfants est seul compétent pour connaître des matières dans lesquelles se trouve impliqué l'enfant en conflit avec la loi. Il connaît également des matières se rapportant à l'identité, la capacité, la filiation, l'adoption et la paternité telles que prévues par la loi ». A notre avis, le premier alinéa attribue au TPE, à l'exclusion d'autres juridictions, la compétence en ce qui concerne les mineurs poursuivis des faits qualifiés d'infraction âgés d'au moins quatorze ans.

⁵⁰² Contrairement à la pratique (TPE/Kinshasa-GOMBE, RECL 3788, 1^{ère} Instance, 24/08/2016) où le juge commence par les débats sur les éléments constitutifs de l'infraction.

de précisions sur les modalités et les conséquences de cette relaxe. Peut-elle faire l'objet d'un appel ? En l'absence d'une règle spéciale, on suppose que le code de procédure pénale, qui constitue le droit commun en cette matière, est sensé s'appliquer. Si la question pourrait paraître incongrue lorsqu'il s'agit d'un impubère (âgé ou apparemment âgé de moins de dix ans), elle a tout son sens lorsque l'âge du mineur frôle la limite de quatorze ans : il pourra, à cet effet, faire objet d'une contestation qui ici est très importante parce qu'elle détermine le régime juridique applicable (« la protection sociale » ou « la protection judiciaire ») d'autant plus que le juge congolais, comme nous l'avons déjà évoqué, ne procède même pas à la recherche du discernement au-delà de quatorze ans. En droit commun ou en droit des mineurs, si le juge ne suit pas la prétention du prévenu selon laquelle il serait âgé de moins de quatorze ans, ce dernier pourra toujours saisir le juge d'appel. Alors, il sera injuste que la partie civile ou le ministère public n'aient pas cette possibilité au cas où le juge trancherait dans le sens du prévenu. Dans bien des cas et à l'absence d'un service de l'état civil organisé, la détermination de l'âge relèvera de l'appréciation souveraine des faits de la cause par le juge : ce qui ne pourra pas être remis en question même en appel sauf erreur manifeste. Voilà pourquoi la question de la détermination de l'âge est, à notre avis, éminemment préjudicielle. Il est préférable, en cas d'un mineur visiblement impubère, que le juge la tranche directement au lieu de la joindre au fond : ce qui peut complexifier la nature et la portée de son œuvre avec la question de la réparation dont le régime est aussi objet à débat.

250/. En effet, s'il n'y a aucun doute que la relaxe relève de la procédure pénale, la question reste ouverte pour la réparation de la victime dont le Législateur en a fait une des exigences majeures. Il est certes reconnu au JPE des compétences en matière civile (art. 99 al.2 LPE) mais la réparation de la victime, étant incidente à la saisine pénale, relève de la procédure pénale via la constitution de la partie civile. Ce qui signifie que la victime ne peut saisir uniquement le TPE pour une demande en réparation mais peut, par contre, solliciter une réparation contre le civilement responsable au près du juge civil s'il n'a aucun intérêt sur la sanction à appliquer au mineur. Ce dernier procédé est d'ailleurs le mieux indiqué pour la victime lorsque le mineur, auteur des faits, est visiblement âgé de moins de quatorze ans. L'on doit aussi s'interroger sur le sort de l'action en réparation, consécutive à une action pénale principale, d'une victime convaincue que le prévenu est âgé de moins de quatorze ans comme fut le cas dans une affaire⁵⁰³ où ce dernier n'avait que quatre ans. La victime peut aussi saisir

⁵⁰³ TPE/Kinshasa-GOMBE, RCL 3788.

la chambre d'appel du TPE lorsqu'elle conteste la somme, qui lui est allouée à titre de dommages et intérêts, portée par le jugement de relaxe et de référencement psychosocial. Sur cette même base, le civilement responsable le peut également lorsqu'il estime ladite somme est exorbitante. S'il avère que l'âge du mineur est confirmé, il sera orienté, peu importe l'issue de la demande en réparation, vers un accompagnement social.

§2. L'intervention sociale, entre valorisation et musèlement

251/. **La protection sociale des mineurs en droit congolais.** La protection sociale a pour principal soubassement l'amélioration des conditions sociales de l'enfant et de sa famille, particulièrement la lutte contre la précarité. Cette dernière met les personnes et les familles dans une situation d'incapacité pour assumer leurs responsabilités élémentaires et jouir de leurs droits fondamentaux : l'insécurité qui en résulte peut-être plus ou moins étendue et avoir des conséquences plus ou graves et définitives. La protection sociale, qui apparaît ici comme une approche essentiellement préventive, peut se recouper; d'une part, en une **protection ordinaire** accordée à tous les enfants sans exception ; et d'autre part, en une **protection orientée** (ou adaptée) accordée aux enfants dans des situations particulières, donnant généralement lieu à une vulnérabilité. Dans le premier aspect, il s'agit des mécanismes d'aide sociale, financière ou matérielle accordée à toutes les familles (par exemple, la gratuité de l'enseignement primaire, gratuité de la maternité, prestations sociales...) ou uniquement aux familles à modeste revenu. Non seulement que, ces mécanismes sont encore utopiques en droit congolais, le Législateur n'en fait quasiment pas mention dans le chapitre destiné à la protection ordinaire (art. 46 à 61), hormis les cas de la protection administrative (via l'inspecteur du travail) de l'enfant contre les pires formes de travail ainsi que les travaux, autres que légers et salubres, et de la protection de remplacement⁵⁰⁴ dont les mesures d'application sont encore en attente. Toutes les autres dispositions reprennent les droits reconnus à l'enfant déjà consacrés au premier titre dont la violation appelle, la protection sociale de second niveau ou type (c'est-à-dire, la protection spéciale destinée aux ESD), soit la protection pénale avec des incriminations spécifiques ou des circonstances aggravantes (Titre IV). Dans son second aspect, la protection sociale se rapporte aux ESD. Cette protection, qui nous intéresse particulièrement, occupe désormais une place principale dans la prise en charge des mineurs déviants (A), et, devons-nous ajouter malgré la confusion

⁵⁰⁴ Ce mécanisme est destiné aux parents incapables d'assurer la survie de leur enfant et à ceux emprisonnés (art. 69,70 LPE). Mais les dispositions qui le prévoient ne figurent pas dans le premier chapitre destiné à la protection ordinaire mais plutôt dans le second relatif à la protection spéciale.

entretenue par le Législateur, des mineurs non-discernant (B). Sous réserve des dispositions de l'article soixante-quatorze de la LPE, elle est principalement l'œuvre de l'assistant social, aidé notamment par les associations, les médecins, les psychologues et des particuliers.

A. L'intervention sociale au près du mineur-déviant

252/. **La protection sociale du mineur déviant : le placement social et les mécanismes divers de prise en charge.** D'après les articles 264 de la Constitution et 63 de la LPE, le mineur-déviant, en sa qualité d'ESD, est objet d'une protection spéciale. Faute de précision sur le déroulement des mécanismes de tutelle et de prise en charge appropriées de l'Etat, nous ne nous attellerons que sur les différentes formes de placement social. Ce dernier s'effectue, d'après les articles 64 LPE et 2¹ de l'arrêté ministériel n° 0248/GC/CAB.MIN/AFS.SAH.SN/09 du 19/11/2009 portant réglementation du placement social des enfants en rupture familiale ; soit dans une famille élargie, soit dans une famille d'accueil, soit au sein d'une institution publique ou privée agréée à caractère social ou encore en foyer autonome. Avant d'évoquer distinctement les conditions respectives de chaque forme de placement, il sied de relever également quelques incohérences juridiques. Premièrement, l'intitulé de l'arrêté considéré unanimement comme la mise en application de l'article 63 relatif au placement limite son empire aux cas des enfants en rupture familiale pendant que tous les ESD ne le sont forcément pas. Ce qui semble aussi ressortir du deuxième et troisième alinéa de ladite disposition qui détermine, avons-nous déjà déploré, le placement social selon la rupture familiale ou pas du mineur. Par ailleurs, il faut relever que la LPE ne fait nulle part allusion au suivi médical ou médico-psychologique pendant qu'elle a expressément inclus parmi les personnes, objets de cette protection spéciale (art. 62 LPE), notamment les enfants-mères ou porteuses de grossesse, les enfants abusés sexuellement ou habituellement maltraités et les enfants toxicomanes. C'est plutôt au niveau des mesures définitives prononcées à l'ECL qu'apparaît une seule mesure de cette nature (art 133-1- 4).

253/. **Deux principales formes de placement social : en famille et en institution.** Le caractère ultime de la séparation de l'enfant, pour la sauvegarde de son intérêt, avec sa famille et son environnement a déjà été consacré en droit international et conventionnel⁵⁰⁵. En droit congolais, le placement social s'effectue sous deux principales formes ; d'une part, le placement en famille, et d'autre part, le placement en institution (art. 64 à 67 LPE). Chaque

⁵⁰⁵ art. 9 CIDE, 25 CADBE ; Rés. (77)33, 03/11/1977 sur le placement des enfants, Com.Min., Cons. Europe ; CEDH : 16/09/1999, n° 29569/95, *Buscemi c/ Italie* ; 26/02/2002, n° 46544/99, *Kutzner c/ Allemagne*.

type de placement sous-entend deux modalités. Le placement familial, s'opère soit dans la famille élargie du mineur, soit dans une famille d'accueil ; tandis que le placement en institution, se réalise soit dans une structure privée agréée à caractère social ou un foyer autonome, soit dans une structure publique. Pour marquer la distinction entre les deux modalités de placement en institution, le Législateur préfère réserver l'expression « *placement en institution* » à la première forme et utiliser celle du « *placement en foyer* » pour la deuxième forme. Nous nous réservons d'adopter cette terminologie, car le foyer, n'est pas moins une institution qu'un EGEE. D'ailleurs, d'après l'article 66, « *est appelée foyer autonome, une structure composée et entretenue par un groupe d'enfants placées sous la supervision d'une institution publique ou agréée à caractère social* ». En définitive, la seule différence entre les deux modalités de placement en institution est que le premier sous-entend une certaine autonomie d'organisation reconnue aux enfants et peut se réaliser dans une structure privée ; tandis que le second est pris en dernier recours et sa durée maximale est de six mois. Par ailleurs, la différence majeure entre ces deux formes de placement social tient du fait que la première (placement familial) maintient encore l'exercice de l'autorité parentale dans ses modalités traditionnelles, c'est-à-dire, une relation directe entre la personne à qui est confiée la garde (l'oncle, le grand frère ou l'accueillant) et le mineur-déviant ; tandis que la seconde (placement en institution) apporte des modifications importantes dans la vie du mineur qui sera désormais remis à une organisation (ou structure) généralement composée des plusieurs personnes dont les rôles sont bien définis et fort hiérarchisés.

254/. Malheureusement tous ces mécanismes demeurent encore sur papier et toutes ces structures ne sont pas encore opérationnelles. En effet, « en dépit de la détermination de certaines familles à devenir des « familles d'accueil » au titre de la loi, le contexte social et économique précaire du pays impacte sur cette bonne volonté. Confrontées au quotidien à des difficultés de tout genre, les familles volontaires peinent à avoir un revenu décent. Ce sont généralement les organisations de la société civile qui leur viennent en aide avec des primes. A cela, il faut ajouter le problème de l'intégration de mineur-déviant dans la fratrie de la famille d'accueil. Quant aux foyers autonomes, ils ne sont non plus opérationnels, les rares qui le sont encore des initiatives de la société civile qui prend tout en charge⁵⁰⁶. Enfin, en ce

⁵⁰⁶ Lors d'une enquête en 2015, nous avons visité quelques structures d'hébergement des ESD, qualifiés aussi selon un jargon commun dans le milieu associatif de « mineurs vulnérables », qui appartiennent aux ONGs OSEPER (Œuvre de Suivi, d'Education et de Protection des Enfants de la Rue), STE FAMILLE, OSEPER ESENGO, HOPE (Humanitarian Organization for People Empowerment), MOJE (Mouvement des Jeunes pour l'Excellence), l'ONG Aide à l'Enfance Défavorisée/Bongwana, l'ONG BBS (Bomoyi Bwa Sika) et le Centre de Sauvegarde de Kinshasa (CSK).

qui concerne, les EGEE, sur une dizaine créés en 1954 et 1975, fruits de l'ordonnance n°13/140 du 23/04/1954 portant régime des EGEE du décret du 06/12/1250, seuls trois fonctionnent encore cahin-caha »⁵⁰⁷. La seule alternative qui est offerte aux assistants sociaux et aux JPE est le placement en famille élargie, sachant bien que rien n'empêchera le mineur à fuguer ou à revenir chez ses parents. Ainsi, en toute illégalité mais par soucis de protéger la société et le mineur en question, les juges procèdent carrément, au placement des mineurs-déviant dans les structures pénitentiaires pour adultes qui ne sont pas toutes dotées des quartiers spécifiques aux mineurs. Sur cet aspect, le régime de 2009 ne se distingue plus, sauf peut-être en ce qui concerne la durée de la mesure, du régime de 1950⁵⁰⁸ : le mineur-déviant qui n'arrive pas à se convenir avec le procureur sur l'amende transactionnelle atterrira entre les mains de l'assistant social, qui avec l'accord du juge, le placera dans une institution pénitentiaire surpeuplée, à défaut de lui trouver une famille d'accueil.

255/. Eu égard ce qui précède, nous pouvons donc affirmer que l'intervention sociale en matière de l'ESD apparaît comme une expertise sociale au service du JPE dont la mesure ici doit être considérée de nature purement civile. Car, que ça soit dans le cadre de l'homologation ou de la requête de placement, l'avis de l'assistant social est soumis à l'approbation du juge. De ce fait, la procédure apparaît comme une sorte de procédé de désencombrement du tribunal, une déviation partielle, ou une phase pré-juridictionnelle administrative ou dé-judicialisée, ou encore un procédé rapide de jugement sans débat. Elle reste toutefois judiciaire. Cet aspect constitue un obstacle terrible à l'émergence d'une véritable protection sociale telle que brandie fièrement par la LPE en la vidant même de sa principale substance. Législateur doit intervenir, dans la mesure où la jurisprudence congolaise attachée à la conception archaïque du romanisme juridique n'a jamais été audacieuse, pour préciser les choses en accordant notamment à l'assistant social une autonomie d'action et de décision en matière de la prise en charge des ESD et de ne faire intervenir le juge qu'en ultime recours comme en droit français et belge. Ce qui mutera aussi, *in fine*, l'action de ce professionnel du cadre judiciaire vers le cadre administratif. La problématique de la formation des assistants sociaux pourrait susciter certaines craintes mais il faut souligner que les effets de leur action

⁵⁰⁷ Rap. alternatif de BICE [2016] précité, pp.7, 10.

⁵⁰⁸ « Les juges formés à privilégier le placement de l'enfant en famille, non en détention », *Forum des As*, 10/06/2015, [en ligne] <http://www.forumdesas.org/spip.php?article4410>, consulté le 10/05/2016 ; « RDC : Les enfants en conflits avec la loi ne devraient pas être privés de liberté », *Radio okapi*, 11/06/2015, [en ligne] <http://www.radiookapi.net/actualite/2015/06/11/rdc-les-enfants-en-conflit-avec-la-loi-ne-devraient-pas-etre-prives-de-libertes> consulté le 10/05/2016.

restent limités dans la mesure où cette dernière requiert toujours l'assentiment du mineur concerné et/ou de ses parents (ou tuteurs).

B. L'intervention sociale au près du mineur non-discernant

256/. **La protection sociale du mineur non-discernant : le placement et l'accompagnement psychosocial.** L'intervention sociale au près du mineur non-discernant est encore plus complexe qu'il n'apparaît. Cette complexité se rencontre à deux niveaux : celui du mineur réputé avoir agi sans discernement, et celui du mineur estimé avoir agi sans discernement. Comme nous l'avons déjà précisé, la seconde catégorie des mineurs, étant complètement élaguée par le Législateur, aucun mot n'est dit sur leur prise en charge sociale ; mais la première aussi n'est objet à des règles claires et précises. L'on s'accorde à dire qu'ils bénéficient aussi d'une protection sociale identique aux ESD, particulièrement en ce qui concerne le placement. Mais le troisième alinéa de l'article 96 porte déjà deux traits distinctifs de leur placement qui ne peut pas se réaliser ; d'une part, dans une famille élargie ou dans un foyer autonome, et d'autre part, dans les autres structures accueillant déjà les ESD. A cet effet, deux modalités de prise en charge sociale des mineurs réputés non-discernant peuvent être retenues ; d'une part, le placement (en famille d'accueil et en institution à caractère social), et d'autre part, l'accompagnement psycho-social. Les dispositions de l'arr. min. n° 0248/GC/CAB.MIN/AFS.SAH.SN/09 peuvent subsidiairement leur être appliquées dès lors qu'ils sont en rupture familiale. L'on est persuadé de l'impossibilité de la mise en application de ce dispositif au vu de l'insuffisance, voire l'inexistence, flagrante des structures publiques et privées destinées à accueillir déjà les mineurs déviants. L'on ne comprendra pas aussi pourquoi le Législateur a refusé aux mineurs réputés non-discernant certaines modalités de placement prévues pour les autres ESD. Quels sont les éléments de ces structures (familles élargies et foyers) qui posent problème ou empêcheraient leur accompagnement psychologique ou leur réinsertion ? Au lieu de se référer à la forme des structures, il aurait mieux fallu se baser, peut-être sur les groupes d'âge. Parce qu'à notre avis, un mineur déviant de 10-13 ans ne diffère pas d'un mineur-délinquant du même âge. Cette différenciation nous pousse à nous interroger sur la réelle représentation sociale que se fait le Législateur de ces mineurs ; en d'autres termes, qui du mineur en situation difficile et du mineur non-discernant est considéré comme plus nocif à la société ? Le régime légèrement plus sévère du mineur non-discernant, lui imposant dans une certaine mesure qu'une solution de rupture avec son milieu familial, est plus éloquent.

257/. Au regard de ce dispositif, l'accompagnement social ou psychologique des mineurs de moins de quatorze ans relève plus d'une thérapie socio-éducative par le fait que ces derniers ont été en contact direct avec l'infraction. Il est semblable aux mesures prophylactiques prises les systèmes de justice tutélaire, notamment le D.1950, à la différence qu'il ne semble ici être soumis à aucun contrôle judiciaire et relève de l'appréciation souveraine de ceux qui sont chargés de le mettre en application. Ce qui soulève le problème de sa nature et son régime juridique. Si l'action de l'assistant social en matière des ESD est plus ou moins muselée par le quitus juridictionnel, elle est ici autonome. Dans le silence de la loi, l'assistant social et/ou le psychologue bénéficie(nt) des larges pouvoirs de décision en matière des mineurs non-discernant, sous réserve peut-être de leur responsabilité professionnelle. Bien plus, la LPE leur donne le pouvoir de prendre des mesures visant particulièrement la sauvegarde de l'ordre public et la sécurité de l'enfant : *l'on est donc, en droit congolais, en présence des assistants sociaux ou des psychologues, gardien de l'ordre public !* Contrairement aux régimes français de 1912 et belge qui mettent tous leurs mineurs réputés non discernant, c'est-à-dire âgés respectivement d'au plus quatorze ans et dix-huit ans, sous la compétence du JPE, le régime congolais de 2009 les confie au psychologue. S'il est évident que droit pénal congolais s'inscrit dans une optique de déjudiciarisation du traitement de la délinquance et de la déviance juvénile, cette dernière est parsemée de contradiction. A la fois, on limite l'action de l'assistant social dans une matière qui semble lui revenir (la déviance), et lui accorde une liberté totale dans une autre qui doit normalement faire l'objet d'une surveillance judiciaire indirecte, à défaut d'une relâche pure et simple. Or, l'attribution de cette compétence à l'assistant social porte de vieilles inconstitutionnelles dans la mesure où elle est susceptible d'attenter aux libertés individuelles sensées être protégées par le juge judiciaire (art. 150 al. 1 const.). Quelle possibilité a le mineur non-discernant ou sa famille pour contester une mesure prise dans le cadre de cet accompagnement ? Et, ce devant quel juge ? Quelle est la substance de ces mesures ? S'inscrivent-elles dans le cadre volontariste ou coercitif ? Etait-il nécessaire de vider le JPE de ses prérogatives pour lui en créer, de toute pièce, d'autres au détriment d'autres juges (le Président du TGI : art.12 al.2, le juge de paix : art. 99 al.2) ?

CHAPITRE 2. UNE DEJUDICIARISATION AVEC RESPONSABILISATION

258/. **Plan et Objet du chapitre.** A côté des procédés tendant à déjudiciariser les conflits nés des actes de déviance et de délinquance, lors que ces derniers sont commis par les mineurs non-discernant, les ECL peuvent encore, lorsqu'ils sont déjà traduits devant le juge pénal, faire objet d'une seconde déjudiciarisation. Cette fois-ci à travers de la procédure de **médiation**. Les deux concepts ne doivent pas être confondus : ils se distinguent tant en ce qui concerne le moment de leur intervention, leurs objectifs respectifs ainsi que de leur régime juridique. La déjudiciarisation ne poursuit toujours pas la réparation du dommage causé par la victime et l'implication des parties dans la solution du conflit qui constituent les traits caractéristiques de la médiation. Inversement, l'on peut attribuer à certaines structures sociales et administratives la gestion pénale des mineurs sans que ces dernières n'appliquent nécessairement la médiation entre le mineur-délinquant et sa victime. Si la médiation peut être utilisée comme un mécanisme de déjudiciarisation, celle-ci n'implique pas nécessairement celle-là. Cette précisons nous pousse, donc, à nous interroger sur la nature et les modalités d'application de la médiation.

259/. En effet, la médiation pénale est une innovation en droit pénal congolais. Ce mécanisme, qui fait partie des modes alternatifs de résolution des conflits (MARC) longtemps consacrés en droit privé ou économique⁵⁰⁹ congolais mais encore inconnus jusque-là en droit pénal, a attiré notre particulière attention. N'ayant pas aussi été intégrée par d'autres textes pénaux ultérieurs, elle constitue à juste titre un des traits caractéristiques du DPM congolais. Du latin « *mediato* » : entremise, la médiation signifie étymologiquement « être au milieu ». « Elle consiste, en cas d'infraction, à ne pas recourir à une juridiction pénale pour réprimer l'acte délictueux mais de faire appel à un tiers chargé de trouver un accord entre l'auteur et la victime de l'infraction »⁵¹⁰. En d'autres termes, elle est le procédé par lequel « la victime et le délinquant participent activement, avec l'aide d'un tiers indépendant (médiateur), à la résolution du conflit résultant du délit »⁵¹¹. A ce titre, elle est la version la plus simple, souple

⁵⁰⁹ Il existe en droit congolais plusieurs modes alternatifs de règlement de conflit qui restent essentiellement dans la sphère du droit civil (art. 159 à 174 CPC) et économique, à savoir: la **conciliation** [en matière de divorce (art 553-567 Code de la famille tel que modifié et complété à ce jour) ou des conflits individuels et collectifs du travail (298-302, 304-308 C.travail)], l'**arbitrage** (Ohada, art. 37 et 38 L. n° 004/2002 du 21/02/2002 portant Code des investissements, 318-320 L. n° 007/2002 du 11/07/2002 portant Code minier) et la **médiation** (conflit collectif du travail : 309 - 315 C. travail). Pour plus de détails, lire MATADI NENGA G., *Droit judiciaire privé*, Académia-Bruylant, Bruxelles, 2006, pp.663-670.

⁵¹⁰ LOPEZ G. & TZITZIS S.(dir), *Op. cit.*, p. 611.

⁵¹¹ Rec. n° R(99)19 du Comité de ministres du Conseil de l'Europe aux Etats membres sur la médiation en matière pénale, 15/09/1999. Voir aussi **art. 132 LPE** : « Aux termes de la présente loi, la médiation est un mécanisme qui vise à trouver un compromis entre l'enfant en conflit avec la loi ou son représentant légal, et la victime ou son représentant légal ou ses ayants droits, sous réserve de l'opinion de l'enfant intéressé dûment entendu ». **art.3ter CIC** : « La médiation est un processus permettant aux personnes en conflit de participer

et naturelle des MARC. Par ses qualités, elle constitue l'une des pratiques la plus fréquemment associée à la justice restaurative⁵¹². Cette dernière est définie, dans un sens large, comme étant les différentes situations, de fait ou de droit, où le conflit pénal fait l'objet d'un « commerce » au sens étymologique du terme (*negotiatio*), c'est-à-dire d'un débat entre les parties pour aboutir à un accord. Les acteurs de la scène pénale agissent formellement tout au moins, comme des partenaires dans ce que l'on pourrait qualifier de « rencontre des volontés »⁵¹³. Tandis que dans le sens plus restreint, la justice restaurative est un « processus dans lequel la victime, le délinquant et, lorsqu'il y a lieu, toute autre personne ou tout autre membre de la communauté subissant les conséquences d'une infraction, participent ensemble activement à la résolution des problèmes découlant de cette infraction, généralement avec l'aide d'un facilitateur »⁵¹⁴.

260/. Deux traits majeurs ressortent de ces définitions ; d'une part, la rencontre des volontés (Section 1) et, d'autre part, le compromis qui sous-entend la renonciation des certaines prérogatives de la part des parties ou des intervenants (Section 2). Ces principales caractéristiques nous permettrons de distinguer la médiation, en tant que mécanisme de justice restaurative, des autres procédures, qui lui sont proches ou qui s'inspirent d'elle, proposés par la justice imposée ou étatique⁵¹⁵. Cette tâche, comme on le constatera, ne sera pas aisée pour une double raison. D'une part, par le fait que « les modèles ne sont jamais purs en droit pénal [...]: le modèle du droit imposé qui fonctionne à la hiérarchie et au secret est plus contractuel que l'image que l'on en retient; inversement, les différentes formes de droit négocié cachent assurément des divers mécanismes de contrainte plus ou moins apparents »⁵¹⁶. Et, d'autre part, du fait que ce procédé est une innovation, dans un système juridique où le Législateur brille

activement, si elles y consentent librement, et en toute confidentialité, à la résolution des difficultés résultant d'une infraction, avec l'aide d'un tiers neutre s'appuyant sur une méthodologie déterminée. Elle a pour objectif de faciliter la communication et d'aider les parties à parvenir d'elles-mêmes à un accord concernant les modalités et les conditions permettant l'apaisement et la réparation ».

⁵¹² CHARBONNEAU S. et BELIVEAU D., « Un exemple de justice réparatrice au Québec : la médiation et les organismes de justice alternative », *Criminologie*, vol. 32, n° 1, 1999, pp.57-77, [en ligne] <http://id.erudit.org/iderudit/004711ar> .

⁵¹³ TULKENS F., « La justice négociée », *CRIDP*, n°37, 1995, p.3; JACOBS A., « Le droit belge dans le concert européen de la justice négociée », *RIDP*, 2012/1, Vol. 83, pp.43-88.

⁵¹⁴ CES, Commission pour la prévention du crime et la justice pénale, 11ème session, 16-25/04/2002, Rap. E/CN./2002/14, www.un.org/french/ecosoc.

⁵¹⁵ Nous utilisons cette expression pour distinguer la justice restaurative à la justice ordinaire appliquée par les cours et tribunaux. Cette dernière n'ignore pas tous les maux reprochés qui lui sont reprochés et qui militent pour l'émergence de cette nouvelle forme de justice. Au contraire, elle s'applique à adapter certains mécanismes de l'autre modèle pour devenir plus efficace, souple, rapide...

⁵¹⁶ TULKENS F.[1995], *Op.cit*, pp.4-5.

souvent par son laconisme⁵¹⁷. N'étant assurément pas objet d'une pratique confirmée ou d'une littérature juridique abondante en droit pénal congolais, nous serons constamment obligé à faire recours au droit comparé pour appréhender ses possibles déclinaisons.

Section 1. La Médiation pénale, une justice consensuelle

261/. **La justice des mineurs, terreau de la justice négociée.** La justice pénale connaît depuis deux ou trois décennies dans une phase de transition caractérisée par la confrontation, sinon la coexistence, de trois paradigmes : celui d'une justice d'abord fondée pendant des siècles sur la souveraineté, assortie d'une indexation de la peine sur la gravité des faits commis ; puis, mise à jour par Michel FOUCAULT, depuis la fin du XIX^{ème} siècle, d'une justice disciplinaire assortie d'un appareillage clinique ayant vocation à agir sur la personnalité du délinquant. Dès lors, il ne sera plus simplement question d'isoler et de punir, mais aussi de soigner et de réhabiliter. Et, la dernière étape est celle d'une justice que l'on peut qualifier « néolibérale », en charge maintenant d'anticiper les risques en optimisant ses ressources. Cette dernière approche, qui pouvait déjà, apparaître en filigrane, dans le concept de dangerosité de l'école de défense sociale, est basée sur le concept de management, entendu ici, comme un mode de gestion fondée sur une logique à dominance économique dans le cadre d'une société « libérale ». Elle fait référence aux économies de moyens, de temps et à la gestion des flux, perçus comme reliés à une logique entièrement fondée sur la rationalité économique et devenue l'alpha et l'oméga de la performance judiciaire.⁵¹⁸

262/. Ce changement de paradigme induit également des nouvelles modalités de régulation des conflits qui aspirent transcender les limites des procédés traditionnels établis par ses prédécesseurs. Ces modalités sont basées sur la participation des protagonistes dans la recherche de la solution au conflit et à l'atténuation des conséquences de ce dernier. Elles « prône un abandon maximal de la référence à la loi et du recours aux processus adjudicatoires au profit de processus volontaires et consensuels fondés sur l'élaboration de normes *ad hoc* et

⁵¹⁷ La matière est organisée par onze dispositions (art. 132 à 142) seulement de la LPE. Sa mise en œuvre est assurée par l'arr. interministériel n°490/CAB/JDH/2010 et n°011/CAB/MIN/GEFAE du 29/12/2010 portant composition, organisation et fonctionnement des Comités de médiation en matière de justice pour mineurs.

⁵¹⁸ BLANC A., « La justice pénale entre nouvelle démocratie judiciaire et nouveaux savoirs », *Droit et société*, 2013/1, n° 83, pp.203-212 ; LANGUIN N. et al., « Les représentations sociales de la justice pénale : une trilogie », *Déviance et Société*, 2004/2, Vol. 28, p.159-178, [en ligne] <http://www.cairn.info/revue-deviance-et-societe-2004-2-page-159.htm>.

la résolution dialogique des conflits »⁵¹⁹. Elles procèdent « d'une volonté de revenir à une prise de décisions locale et de renforcer la communauté : [...] un moyen d'encourager l'expression pacifique d'un conflit, de promouvoir la tolérance et l'intégration, de faire respecter la diversité et de favoriser des pratiques locales responsables »⁵²⁰. Elles mettent, surtout, en avant la négociation entre les principales parties en vue d'obtenir une plus grande implication de leur part dans l'exécution de la solution concertée, gage d'une harmonie sociale durable. A ce titre, elles semblent rencontrer encore de la résistance de la part du système pénal traditionnel, particulièrement en droit romaniste. Pendant qu'elles occupent une place centrale dans le système pénal anglosaxon⁵²¹ et sont de plus en plus encouragées en droit conventionnel⁵²², ces nouvelles modalités ont longtemps été sujets à controverse, voire de rejet, en droit pénal européen⁵²³ jusqu'à ce que le besoin de désengorgement judiciaire ait milité pour leur adoption. Et, plusieurs études empiriques confirment aujourd'hui leur acceptation, de plus en plus, à la fois par les fractions politiques conservatrices (qui insistent sur les intérêts de la victime) que par les courants abolitionnistes (qui soulignent l'intérêt de reprivatiser les conflits pénaux).

263/. Deux constats peuvent, néanmoins, être relevés de cette adoption forcée ; d'une part, une application minimaliste par le biais des mécanismes d'accélération ou de simplification de la procédure pénale, et d'autre part, une application ciblée dans certains

⁵¹⁹ MINCKE C., « La proximité dangereuse. Médiation pénale belge et proximité », *Droit et société*, 2006/2, n°63-64, pp.459-487, [en ligne] <http://www.cairn.info/revue-droit-et-societe-2006-2-page-459.htm>

⁵²⁰ « Manuel sur les programmes de justice réparatrice », Office des NU contre la drogue et le crime (ONUDC), United Nations publication, New-York, 2008, p.5, [en ligne], https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/Programme_justice_reparatrice.pdf, consulté le 10/12/2015.

⁵²¹ GARAPON A. et PAPADOPOULOS I., *Juger en Amérique et en France*, Odile Jacob, Paris, 2003, p.72 ; MASSET A. et FORTHOMME M., « La transaction pénale de droit commun. La culture judiciaire belge garde-t-elle son âme? », *Justine*, n°33, mai 2012, pp.9-14, spéc. p.10.

⁵²² *Déclaration de Vienne sur la criminalité et la justice: relever les défis du XXI^e siècle*, 10^{ème} Congrès des NU pour la prévention du crime et le traitement des délinquants, Vienne, 10-17/04/2000, A/CONF.184/4/Rev.3, §.29; *Programme de justice réparatrice en matière pénale*, CES/ONU, 2002; *Déclaration de Bangkok: Alliances stratégiques pour la prévention du crime et la justice pénale*, 11^{ème} Congrès des N.U pour la prévention du crime et le traitement des délinquants, Bangkok, 18-25/04/2005, §.32.3 ; Rec. n° R (99) 19 précité ; Déc.-cadre n° 2001/220/JAI du Conseil du 15/03/ 2001 relative au statut des victimes dans le cadre de procédures pénale (art.10) ; Directive 2012/29/UE du Parlement européen et du Conseil du 25/10/2012 établissant des normes minimales concernant les droits, le soutien et la protection des victimes de la criminalité et remplaçant la décision cadre 2001/220/JAI du conseil, art. 2§1.

⁵²³ A la suite de ce qui a été dit sur la droit congolais, les modes alternatifs de règlement de conflits sont consacrés en droit privé romaniste depuis longtemps mais ils semblent seulement offusqué l'idéal pénal de cette famille juridique. Raison pour laquelle leur extension en droit répressif qui, pour des raisons que nous allons développer, essuie une réticence. Toutefois, plusieurs pays l'ont finalement adopté moyennant certaines adaptations. Il s'agit notamment de l'Italie, de L'Allemagne, de la Suisse, la France ou la Belgique.

domaines juridiques notamment le droit pénal des affaires et le DPM⁵²⁴. En effet, le repli généralisé du système pénal, qui se manifeste par l'effondrement de la confiance absolue à la répression ainsi que par cet élan de déjudiciarisation, dépénalisation et décriminalisation⁵²⁵, a également permis à ce nouveau paradigme de justice pénale de s'ériger en maître dans ce champ pénal spécifique qui privilégie le préventif et l'éducatif au répressif, – principe de la primauté de l'éducatif–, et qui voudrait maintenir le mineur dans son milieu social malgré un processus sanctionnateur mis en mouvement en son contre. Sans avoir connu la même évolution que le droit européen, le droit pénal congolais s'inscrit dans ce schéma, c'est-à-dire, la justice restaurative n'est « légalement » admise que dans le cadre spécifique de la justice des mineurs, pendant que certains de ses éléments sont consacrés dans la poursuite des infractions à caractère économique (cas de la transaction). L'article 200⁵²⁶ de l'Avant-projet du code pénal congolais du 19/05/2009 suggère pourtant un régime plus général de la justice restaurative ; mais, curieusement jusqu'à ce jour, malgré l'inflation législative que connaît le pays, seule la Loi sur protection de l'enfant, pour une des raisons que nous avons sûrement évoquées, a intégré cette proposition en droit pénal.

264/. Ce nouveau paradigme de justice recouvre des modalités fort diversifiées que l'on le dénomme ou le qualifie dépendamment du caractère mis en exergue. Toutefois, son aspect volontariste, puis réparateur, restent les plus vantés : L'on entend souvent parlé de justice "consensuelle", "concertée", "contractuelle", "négociée", "relationnelle", et parfois, de justice "communautaire", "positive", "restaurative", "réparatrice", "restauratrice". Dès lors, la question de la rencontre des volontés est donc centrale dans la médiation pénale. Elle s'oppose à l'idée d'une justice "imposée", "couteuse" et "lourde" qui, d'ailleurs, n'atteint généralement pas ses objectifs : les deux protagonistes en sortent souvent insatisfaits quelle que soit l'issue du procès. La victime, à qui l'on exproprie l'action, reste avec pleines d'interrogations, et, de son côté, l'infracteur, plongé davantage dans le juridisme tendant à empêcher l'aboutissement de l'accusation, ne réalise pas la portée de son acte et n'est pas stoppé dans son élan

⁵²⁴DUNKEL F., "La justice réparatrice en Allemagne", *Criminologie*, vol. 32, n° 1, 1999, pp.107-132, [en ligne], <http://id.erudit.org/iderudit/004718ar>, consulté le 18/10/2013.

⁵²⁵ PRADEL J.[2016], *Op. cit.*, p.497.

⁵²⁶**art. 200 Avant-Projet CP:** « les programmes de justice pénale réparatrice applicables se conforment à l'un des modèles suivants : la Médiation victime-délinquant, la Conférence communautaire ou familiale, le cercle de détermination de la peine, le Programme spécifique pour mineurs en conflit avec la loi et enfin le Programme inspiré des pratiques coutumières constructives ».

récidiviste⁵²⁷. Ainsi, dans la présente section, il sera question d'analyser les contours de cette première caractéristique (la rencontre de volonté) dans la médiation (§1) afin de pouvoir la distinguer des autres mécanismes judiciaires qui ne la consacrent pas totalement (§2).

§1. La portée du consentement dans la médiation

265/. Pour saisir la portée réelle du consentement dans la médiation, nous analyserons succinctement, à ce stade, la nature juridique (A) et les acteurs (B) de la médiation.

A. La nature juridique de la médiation pénale en droit congolais

266/. **La médiation pénale, une rencontre des volontés librement consenties.** Si la première caractéristique de la médiation est la rencontre des volontés, celle-ci doit être librement consentie. L'accord des parties doit être explicite, parfaitement libre et éclairé. L'accord explicite de la victime est d'une importance capitale étant donné que c'est cette dernière qui renonce à un aspect son action (l'aspect vindicatif) en privilégiant l'aspect réparateur qui caractérise la médiation. Mais, la portée de cette « liberté » peut être objet à débats lorsque la médiation, soit est présentée à la victime comme une alternative à l'échec ou à l'absence des poursuites, soit constitue une mesure qui s'impose à la fois au juge et aux parties tel que le prescrit l'article 136 LPE. Mais, même dans cette dernière hypothèse, la victime dispose toujours d'une possibilité de faire revenir le dossier devant le juge en faisant échec à la médiation soit par une volonté expresse (interruption de la médiation : art.140 LPE), soit tacitement en jonglant avec le temps (dessaisissement du médiateur :art. 141 al.2 LPE). Quant à l'auteur, il doit aussi expressément consentir à ce procédé bien qu'il lui ait généralement avantageux. D'ailleurs, la LPE martèle sur la nécessité de recueillir l'opinion du mineur, auteur des faits (art. 132). Cette prérogative reconnue au mineur-délinquant doit susciter plusieurs interrogations ? Le même mineur dont le consentement pour l'acte sexuel (art 170 al. 3 CP, 171 LPE) ou pour les fiançailles et mariages (art. 48 LPE) est rendu nul à cause de son âge se voit ici reconnaître un certain pouvoir d'orientation de l'action publique mise en mouvement en son encontre ! Cette extension de la judiciaire n'est-elle pas là aussi une reconnaissance de sa capacité juridique, ou mieux, de sa capacité intellectuelle de discerner ce qui est bien pour lui ou selon, Antoine GARAPON⁵²⁸, à définir ses intérêts ? Nous y reviendrons dans la seconde partie de cette étude. L'on peut également s'interroger

⁵²⁷ Concernant l'impact sur la récidive, les recherches menées à ce sujet donnent des résultats contradictoires. Si les unes indiquent des taux de récidive moins élevés après une médiation, ou que les infractions commises par les réitérant sont moins graves, les autres concluent à une absence d'effets observables sur la récidive.

⁵²⁸ « La responsabilisation », *Droit et cultures*, 1996, 31/1, pp.119.

sur la portée de cette liberté lorsque la médiation est présentée au mineur-délinquant comme l'unique moyen d'éviter l'inscription dans le casier judiciaire de son forfait⁵²⁹, ou encore lorsque les parents (tuteurs), principaux redevables sur le plan civil, influencent le consentement de ce dernier. Soulignons que dans les deux dernières hypothèses précitées, si le sentiment est consécutif à une réflexion personnelle de la victime ou de l'infacteur, le principe d'autonomie du consentement n'est pas éterné.

267/. Par contre, la question reste ouverte lorsqu'il n'y a pas rencontre ou confrontation directe des protagonistes, c'est-à-dire, lorsque la loi permet au médiateur de faire des navettes entre les protagonistes ou encore lorsqu'elle permet aux parties, généralement la victime, de se faire représenter par leur conseil. La même réflexion s'applique aussi à la renonciation de la médiation. En vertu du principe de l'autonomie de la volonté, les parties ont, en effet, le droit de se retirer à tout moment. La loi se doit, alors, de préciser le moment de l'irrévocabilité de l'accord : ce dernier peut courir à partir soit de l'apposition des signatures sur l'accord par les parties, soit de l'homologation de l'accord par le juge. A défaut de cette précision, la médiation risque de se transformer en une perte de temps et d'entamer alors toute sa raison d'être. Les parties ont bien le droit de donner et de retirer leur accord mais elles doivent savoir à quel moment elles sont définitivement liées par leur engagement. Enfin, l'on suppose qu'en cas d'échec de la médiation, entraînant de ce fait une rejudiciarisation de l'affaire (art. 141 al.2 LPE et 20 de l'arrêté de mise en application), les mêmes parties ne peuvent plus solliciter une nouvelle médiation dans la même affaire. Tels sont les aspects que les arrêtés interministériels n° 490/CAB/MIN/JDH/2010 et n° 011/CAB/MIN.GEFAE du 29/11/2010 portant composition, organisation et fonctionnement du Comité de médiation en matière de justice pour mineurs se devraient aussi préciser.

268/. **Initiative de la médiation pénale.** La médiation peut, en principe, être possible à tous les stades de la procédure pénale et peut être appliquée à toutes les infractions. Mais étant considérée comme une voie subsidiaire à la voie pénale traditionnelle, les Etats, particulièrement romanistes, ont tendance à la limiter à une phase spécifique de la procédure pénale⁵³⁰ et de la conditionner à la gravité de l'infraction. Ces limites formelles et

⁵²⁹ MINCKE C., « Médiation pénale », in *Droit pénal et procédure pénale*, Bruxelles, Kluwer, Malines, 2005, p.15.

⁵³⁰ Souvent dans la phase pré-sentencielle (Italie, Belgique, France) qui équivaldrait à la phase pré-juridictionnelle en droit congolais. Mais les lignes continuent à bouger pour admettre la justice restaurative dans toutes les phases de la procédure pénale (**France** : art. 10-1 CPP introduit par la L. n°2014-896 du 15/08/2014 ; **Belgique** : L. 25/06/2005).

substantielles constituent, par ricochet, un élément déterminant de la nature juridique du procédé dans le système juridique considéré.

269/. Le droit congolais n'admet la médiation que dans la phase juridictionnelle (art. 139), mais tant que la décision définitive n'a pas encore été rendue, faudra-t-il ajouter⁵³¹. Elle ne peut donc émaner du parquet et de la police judiciaire. La LPE attribue expressément cette compétence au TPE qu'il dessaisit, d'ailleurs, dès que la décision d'orientation vers le comité de médiation est prise. La loi semble également réserver son initiative au président du TPE mais, nous estimons qu'il ne peut pas être dénié aux parties ou au ministère public le droit d'en solliciter auprès du juge de céans. Au regard de ce qui précède, nous pouvons donc affirmer que la médiation n'est pas, en droit congolais, une alternative aux poursuites (mesure essentiellement procédurale) que nous analyserons plus loin. Elle doit plutôt être considérée comme un MARC⁵³², – en ce qu'elle éteint l'action publique par une voie autre que la voie juridictionnelle traditionnelle –, et plus particulièrement **une alternative aux mesures spécifiques encourues par les mineurs**. L'article 8 LPE qui la qualifie même de « mécanisme de résolution à l'amiable des questions concernant l'enfant en conflit avec la loi », pêche en l'assimilant à l'accompagnement psychosocial⁵³³. Pour s'en convaincre, il sied de passer en revue ses modalités d'application en droit comparé.

270/. **La médiation pénale en droit français : initiative du parquet, alternative à la poursuite**. En droit français, par exemple, la médiation pénale, instituée par la loi n° 93-2 du 04/01/1993 et modifiée successivement en 1999 (par loi n° 99-515 du 23/06/1999), en 2004 et en 2010, est un mécanisme qui permet au Procureur de la République, préalablement à sa décision sur l'action publique, de faire, avec l'accord ou à la demande des parties, particulièrement de la victime, recours à un médiateur (ou un conciliateur de justice) à qui il délivrera un mandat en indiquant l'étendue de sa mission⁵³⁴. Elle relève du pouvoir d'appréciation de l'opportunité de poursuites reconnue au parquet : elle est, à cet effet, une

⁵³¹ Cette précision peut sembler aujourd'hui inopportune par le fait que le droit congolais de la sanction pénale, à l'exception de la détention préventive, n'est pas judiciarisée et relève du pouvoir réglementaire (Ministre de la justice et l'administration pénitentiaire). Elle pourrait avoir tout son sens en cas de réforme : la phase post-sentencielle (application des peines) ne sera pas moins une phase juridictionnelle. La disposition devra donc être revue si l'intention du Législateur était réellement de limiter le mécanisme à la phase du procès.

⁵³² WANE BAMEME B., Cours de Procédure pénale, inédit, Université Catholique du Congo, 2016-2017, p.7.

⁵³³ Si l'accompagnement psycho-social du mineur est toujours sous-entendu dans le droit pénal comparé des mineurs depuis ses origines, il reste, néanmoins, en droit positif congolais une mesure spécifique appliquée non pas aux enfants en conflit avec la loi, c'est-à-dire les mineurs-délinquants d'au moins quatorze ans, mais plutôt aux mineurs non-discernant (comparée avec l'art. 96 al.3).

⁵³⁴ GUINCHARD S. et DEBARD T. (dir.), *Op.cit.*, p.515/14 ; Voir aussi les articles art. R.15-33-30 et 41-1-5° CPP, 132-59 et 132-60 CP ; le circulaire 96-5/E5 du 19/03/1996 et D. n°96-305 du 10/04/1996.

troisième voie entre le classement sans suite et les poursuites, et se confond donc, sur cet aspect, aux alternatives, –voire même une alternative conditionnelle⁵³⁵–, aux poursuites. En droit des mineurs⁵³⁶, par contre, elle est admise à toutes les étapes de la procédure : son initiative est dévolue à tous les intervenants judiciaires (parquet, la juridiction d'instruction ou de jugement) ainsi qu'aux parties pendant que sa mise en œuvre (ou son suivi) revient à une institution spécialisée (la protection de la jeunesse). Dépendamment du moment de la procédure où elle intervient, la médiation-réparation (ou la réparation pénale) est, soit une alternative aux poursuites (Parquet), soit une mesure éducative ou une sanction éducative (JDE ou JI)⁵³⁷. Mais, en tant que mesure ou sanction, elle s'impose au mineur et ne requiert pas son accord : ce qui suscite aussi des interrogations sur sa nature consensuelle. En droit malien des mineurs, par contre, la médiation relève exclusivement de la compétence du Procureur de la République : elle est, à cet effet, une alternative aux poursuites à la différence qu'elle s'impose même à cette autorité judiciaire en cas de requête conjointe de l'auteur et de la victime (art.122 CPE malien).

271/. La médiation en droit belge : alternative à la poursuite et à la sanction pénales. Quant au droit belge, il consacre plusieurs mécanismes de justice restaurative appliqués aux faits de gravité différente (des plus banales aux plus graves), à des moments différents de la procédure (de la phase policière à la phase carcérale) et à des catégories différentes de délinquants (mineurs comme majeurs). Nous ne nous intéressons qu'à quelques-uns⁵³⁸, particulièrement ceux dotés d'un cadre législatif. En droit pénal commun, la « médiation pénale⁵³⁹ » relève de la compétence exclusive du procureur du Roi qui, seul est

⁵³⁵ CARIO R., « Justice restaurative » In LOPEZ G. & TZITSIS S.(dir.), *Op cit.*, pp. 571-573.

⁵³⁶ La loi parle exactement de « *mesure d'aide ou de réparation à l'égard de la victime ou dans l'intérêt de la collectivité* » : art. 12-1 Ord.1945, tel que modifié par la loi du 04/01/1993. Pour son cadre infra-légal d'avant 1993 : circ. du 15/10/1991, 06/08/1992, 02/10/1992.

⁵³⁷ BONFILS P. et GOUTTENOIRE A., *Op. cit.*, pp.880-882, 888.

⁵³⁸ Exclusion faite de la médiation entreprise au niveau local ou pénitentiaire ou encore parallèlement à l'instance judiciaire. Relevant du cadre normatif infra-légal, la première intervient au niveau local (quartier, commune...) en collaboration avec la police mais appelle toujours à un certain niveau l'intervention du parquet pour avaliser l'accord. La seconde intervient dans la phase pénitentiaire dans une visée communicationnelle, informative et sensibilisatrice. Enfin, la dernière, dénommée « médiation restaurative » et introduite par la loi du 25/06/2005, s'opère en aparté et en toute indépendance de l'action judiciaire, sauf que le juge peut en tenir compte dans sa décision. Voir : CHICHOYAN D., « Médiation pénale et médiation réparatrice », *Postal Memorialis. Lexique du droit pénal et des lois spéciales*, Kluwer, Waterloo, 2010, p. M.70/17 ; « Dossier Médiation pénale », *Justine*, n°36, avril 2013, pp.11-15 ; « *Inventaire des dispositifs et des procédures favorisant les rencontres entre les victimes et les auteurs dans le cadre de la mise en œuvre de la justice restaurative : Cas de la Belgique* », Ministère de la Justice/Service des affaires européennes et internationales, CNRS-JURISCOPE, Paris, 05/06/2008.

⁵³⁹ Son régime est fixé par l'art. 216 *ter* CIC, issu de la L. du 10/02/1994, et l'arr. roy. du 24/10/1994 (aspects procéduraux).

habileté à la proposer. Facultative et laissée à son appréciation de ce magistrat, elle est néanmoins conduite par une tierce partie neutre (un assistant de justice, assistant social de formation) à qui est également confié le suivi de l'application de l'accord. Elle n'est plus possible en cas de saisine de la juridiction de jugement ou d'instruction⁵⁴⁰. Elle se déroule sous deux modalités ; d'une part, une **médiation « stricto sensu »** qui consiste en une tentative de conclusion d'un accord entre l'auteur et une victime sur les conséquences de l'infraction, d'autre part, une **médiation « lato sensu »** qui vise à soumettre l'auteur à certaines mesures, lorsque celles-ci ont été proposées par le Procureur, notamment les mesures de formation, de travail d'intérêt général ou de suivi thérapeutique. En cas d'accord, le compromis écrit est remis au ministère public qui le constatera dans un procès-verbal, l'annexera au dossier judiciaire : le respect de l'ensemble des engagements entraîne l'extinction de l'action publique. En cas d'échec, le Procureur du Roi prend une nouvelle mesure d'orientation.

272/. Pour les mineurs ayant commis des faits qualifiés d'infraction, deux types de médiation⁵⁴¹ ont aussi été organisées depuis 2006; d'une part, la **médiation restreinte** proposée par le ministère public (art. 45^{quater}), par le juge de la jeunesse ou par le tribunal de la jeunesse (art 37bis, §2, al.1 L. 08/04/1965) réunissant, avec l'aide d'un médiateur, le mineur, les personnes qui en ont la garde et la victime, et d'autre part, la **médiation élargie** (ou « *concertation restauratrice en groupe* » : CRG) qui ajoute au précédent groupe l'entourage des protagonistes ainsi que toutes personnes utiles pour la résolution du conflit (art. 37bis, §3 L. 08/04/65). La CRG peut être proposée tant par le tribunal de la jeunesse que par le juge de la jeunesse. Contrairement au droit congolais, la médiation apparaît en droit belge comme un passage incontournable pour les mineurs-délinquants. Le parquet doit ; d'une part, examiner préalablement son admission avant d'envisager une autre mesure, et d'autre part, motiver sa décision en cas de refus d'y recourir⁵⁴². Quant au juge, il doit respecter une certaine hiérarchie dans les mesures visées à l'article 37bis, §1 et §2, et envisager par priorité la médiation sans toutefois exclure un éventuel cumul avec d'autres mesures⁵⁴³. Au final, la nature de ces médiations dépend donc de l'autorité qui la propose : celle appliquée aux délinquants majeurs

⁵⁴⁰ art. 216 *ter* §5 CIC.

⁵⁴¹ **Loi du 15/05/2006** modifiant la LPJ, le Code d'instruction criminelle, le Code pénal, le Code civil, la Nouvelle Loi communale et la L. 24/04/2003 ; **L. 13/06/2006** modifiant la législation relative à la protection de la jeunesse et à la prise en charge des mineurs ayant commis un fait qualifié infraction.

⁵⁴² Circ. min. n° 1/2007, pt 1.1, A3. Voir aussi Doc. Parl., sess. 2004-2005, n° 51 -1467/001, p.39.

⁵⁴³ Circ. min. n° 1/2006.

doit, à juste titre, être considérée comme « une mesure alternative aux poursuites pénales et, exceptionnellement, comme une alternative au classement sans suite »⁵⁴⁴.

B. Les acteurs de la médiation pénale en droit congolais

273/. L'on s'aperçoit donc que la médiation dépasse, des fois, le rapport binaire (victime/auteur ou leur représentant respectif) en faisant intervenir d'autres acteurs dont l'implication et, parfois, la volonté sont déterminantes dans la résolution du conflit. Hormis, le cas de l'autorité judiciaire que nous avons déjà effleuré, nous aborderons aussi le rôle du médiateur et de l'entourage des parties.

274/. **Le Président du TPE, acteur incontournable de la médiation pénale.** Bien qu'il n'apparaisse toujours pas dans la définition légale comme il en est le cas en droit congolais⁵⁴⁵, le rôle de l'autorité juridictionnelle dans la médiation n'est pas à négliger. Sa volonté interagit, selon les législations, soit en amont pour orienter l'affaire vers les mécanismes de justice négociée, soit son aval pour doter l'accord d'une force obligatoire. La médiation apparaît alors comme une rencontre préalable de deux volontés (victime/auteur) acquises à l'issue d'un processus de négociation et entérinée, dans tous les cas, par une autorité juridictionnelle, même administrative. Même si elle veut extra-juridictionnelle, la médiation ne peut se concevoir en dehors du cadre institutionnel : elle reste une « procédure sociétale sous contrôle judiciaire »⁵⁴⁶. Elle « suppose, bien naturellement, un partenariat de tous les services impliqués dans la gestion pénale du conflit »⁵⁴⁷ et « requiert toujours un espace institué, explicite et encadré par une procédure formelle : elle est, à vrai dire, une médiation déléguée »⁵⁴⁸.

275/. **Limites *ratione personae* et *ratione materiae* de la médiation pénale en droit congolais.** Ainsi, la décision de déferer le mineur à la médiation s'impose au président du TPE

⁵⁴⁴FRANCHIMONT M., JACOBS A. & MASSET A., *Manuel de procédure pénale*, Larcier, 4^{ème} éd., Bruxelles, 2012, p.103 ; MARY P.[1998], *Op.cit.*, pp.648-656.

⁵⁴⁵ Article 132 LPE.

⁵⁴⁶ Quelques auteurs congolais fustigent la judiciarisation de ce mécanisme et suggéreraient son maintien dans le clivage administratif. Mais, il semble oublier que même dans ce cas, le contrôle juge administratif peut toujours être institué. IDZUIMBUIR ASSOP J., « La loi n°09/011 du 10 janvier portant protection de l'enfant, sept ans après : bilan et perspectives », in *Si elles s'en mêlaient*, Inédit, p. 7 ; LAZERGES C. « Essai de classification des procédures de médiation », *APC*, 1994, N°17, p. 17 ; « typologie des procédures de médiation pénale », Mélanges A. Colomer, Litec, pp.217 ; NGOTO NGOIE N., *Op. cit.*, p.52.

⁵⁴⁷ CARIO R., In LOPEZ G. & TZITSIS S.(dir.), *précité*.

⁵⁴⁸SANCHEZ FERANADO C., « La justice réparatrice, la médiation pénale et leur implantation comme cas particuliers de transactions sociales », *Pensée plurielle*, 2009/1, n° 20, pp.51-62.

(**déferrement obligatoire** : art. 136 LPE) lorsque le mineur n'est pas récidiviste et que les faits pour lesquels il est poursuivi sont bénins. Elle relève, par contre, de son appréciation souveraine (**déferrement facultatif** : art. 137 LPE) lorsque les faits en cause sont punissables de moins de dix ans. En d'autres termes, la médiation est soumise à deux types de limites en droit congolais. D'ordre personnel, *la première limite se rapporte à l'âge du mineur et à son état de récidive*. En effet, le TPE est tenu ; d'une part, de relaxer tout mineur âgé de moins de quatorze ans, peu importe la nature et gravité des faits, et d'autre part, de juger tout mineur récidiviste âgé de plus de quatorze ans. D'ordre matériel, *la seconde limite est relative à la tarification pénale du manquement* pour lequel le mineur-délinquant est poursuivi. L'on s'interroge sur la raison pour laquelle le Législateur a exclu les mineurs-délinquants de moins de quatorze ans de la procédure de médiation pendant que les objectifs de ce mécanisme, tels que décrits à l'article 133, n'énervent pas le référencement psychosocial. Car, comme l'on peut aisément le constater, la réparation du dommage causé à la victime, la sauvegarde de l'ordre public ou le rétablissement de la paix sociale ainsi que la réinsertion de l'enfant sont des objectifs communs à ces deux procédés. La seule différence plausible entre les deux mécanismes pourrait émaner de l'idée de la responsabilisation du mineur sous-entendue dans la médiation. Cette dernière n'a pas seulement, comme nous avons déjà eu à le préciser, pour objectif de protéger le mineur-délinquant contre les effets pervers du procès pénal mais aussi de lui faire prendre conscience des conséquences de son acte afin qu'il les assume et les répare s'il y a lieu. Dans la médiation, le mineur-délinquant est impliqué lui-même dans le processus : il peut être appelé à réparer personnellement le dommage causé à la victime, lui présenter des excuses, l'assister ou à exécuter un travail d'intérêt général (TIG) au cas où la réparation directe à la victime n'est pas possible.

276/. D'autres observations méritent aussi d'être apportées à ce sujet. Premièrement, ni la loi, ni l'arrêté ne précise comment l'affaire quittera l'instance pour se retrouver entre les mains du président du TPE. Nous estimons, quant à nous, que c'est le juge de céans de clore l'instance pendante, dès lors qu'une demande de médiation lui est soumise par les parties ou dès que les conditions fixées par la loi sont réunies, pour contacter le président de sa juridiction. Deuxièmement, la loi consacre le concept vague et imprécis (« *faits bénins* ») pour fixer la limite matérielle de la médiation pendant que l'on est dans une matière qui exige, pour la sécurité juridique, la précision. D'ailleurs, cette discipline juridique utilise plusieurs autres critères pour classer les faits dont les plus récurrents sont la nature du droit protégé (vie, intégrité physique, bien...) et la tarification pénale. Qui plus est, l'appréciation de cette

« bénignité » relève d’un critère subjectif qui risque de diversifier les solutions dépendamment des juges. Nous estimons que le rédacteur voulait évoquer l’évaluation du préjudice sur la victime ou encore parler des infractions punissables uniquement de peine d’amende dont le caractère essentiellement pécuniaire de la sanction couplé à l’insolvabilité du mineur, – le transforme en une sanction supplémentaire visant plus le civilement responsable –, justifierait une telle mesure. A cet effet, la réparation via une procédure de médiation appar it plus indiquée que la voie juridictionnelle traditionnelle pour une responsabilisation du mineur. Troisièmement, le Législateur ne définit pas non plus, comme l’aborderons plus largement dans le titre suivant relatif à la nature de la responsabilité pénale de mineurs, le critère de r cidivit  pris en compte pour dénier au mineur la médiation. S’agit-il de la réitération de la même infraction ou d’une autre infraction de nature similaire ou pas ? Commise après un jugement définitif de condamnation, une mise en accusation (parquet), une médiation ultérieure ou un laps de temps déterminé ? Dans tous les cas, la récidive telle qu’organisée par l’article 14 CP s’applique difficilement aux ECL. Et, quatrièmement, en consacrant le caractère facultatif et obligatoire de la médiation en fonction de la peine de moins ou de plus de dix ans, le Législateur oublie carrément les infractions punissables de dix ans tel que le vol aggravé (art. 81 CP). D’ailleurs, il sied de s’interroger aussi sur ce critère de **dix années d’emprisonnement** qui nous semble plutôt familier à la répartition française, belge et malienne des infractions selon leur gravité. Dans les systèmes précités, ce seuil décennal constitue la ligne de démarcation entre le délit et le crime empêchant ainsi l’application de la médiation aux crimes⁵⁴⁹. Quelle est donc son incidence dans un droit qui ne connaît pourtant pas cette répartition tripartite de l’infraction en contravention, délit et crime ? Ce seuil pose également un problème de sécurité juridique dans la mesure où l’on ignore s’il inclut les minima et maxima pénaux qui sont à cheval sur dix ans notamment le cas des infractions des coups et blessures entraînant la mort, de vol à main armée ou de l’extorsion qui sont punissables de cinq à vingt ans de servitude pénale (art. 48, 82, 84 CP) ou encore de l’empoisonnement qui est punissable d’un à vingt ans (art. 50 CP). Sur ce, nous estimons qu’à l’absence d’une appréciation *in concreto* de la peine en droit congolais, la médiation ne peut s’appliquer qu’aux infractions dont le maximum de la peine prévue est inférieur à dix ans. Telle devrait être la formulation de cette disposition.

⁵⁴⁹ Article 122 al.3 CPE malien.

277/. **L'homologation de la médiation.** Par ailleurs, lorsque la médiation aboutit, l'accord doit nécessairement être revêtu de la formule exécutoire (141 LPE) par le président du TPE. De la même manière qu'il reste muet sur les modalités d'homologation de la décision de placement social (art. 63 LPE), le Législateur réitère son mutisme à l'égard de l'homologation de l'accord de médiation (art. 141)⁵⁵⁰. D'abord, il faut préciser que même si la loi parle plus précisément dans ce dernier cas du revêtement de la formule obligatoire, ce procédé n'est pas loin d'être une homologation. Ensuite, il y a lieu de se poser la question de savoir pourquoi le Législateur a cantonné ce mécanisme dans la phase juridictionnelle et exigé un acte juridictionnel pour sa validité, s'il voudrait réduire le JPE à un rôle passif? D'autant plus que les conditions du déferrement sont essentiellement déterminées par le taux de la peine et que le processus est dirigé par un organe indépendant, l'office du juge semble ne plus être indispensable. Fort de ce constat, nous estimons que le rôle du juge ne peut pas ici être uniquement passif. S'il ne peut modifier le contenu de l'accord, il peut néanmoins vérifier sa validité ; c'est-à-dire si les parties ont réellement donné leur consentement libre et éclairé, et surtout, si les clauses de l'accord respectent bien les conditions légales et l'ordre public. En principe, le comité de médiation, dans son autonomie et indépendance d'action, ne peut proposer une mesure qui n'est reprise dans la loi mêmes si la rédaction de l'article 134 LPE, particulièrement la présence de l'adverbe « notamment », semble offrir un panel illimité des mesures à cet organe.

278/. Quelques pistes de solutions peuvent être trouvées en droit comparé. En effet, après avoir étendu les procédés de la justice restaurative à quasiment toutes les phases de la procédure pénale, l'homologation du compromis par le juge reste requise lorsqu'elle la médiation intervient dans la phase sentencielle. Au cas contraire, l'aval de l'autorité judiciaire concerné suffit. L'accord du juge est aussi exceptionnellement exigé pour certaines alternatives aux poursuites lorsque les aspects de la liberté individuelle des individus sont en ballottage étant donné que seul le juge judiciaire en est le garant. C'est le cas notamment en France de la mesure de TIG proposée par un maire en transaction d'une infraction contre le bien appartenant à la commune. C'est aussi le cas du droit allemand où l'on remarque une grande implication du juge dans les procédés de justice restaurative. En effet, « le juge [allemand] est lié par l'accord sauf si des éléments importants ont été ignorés ou si l'accord

⁵⁵⁰ **Article 141 LPE** : « Lorsque la médiation aboutit, elle met fin à la procédure engagée devant le juge. Le compromis signé par les différentes parties, est revêtu, sans délai, de la formule exécutoire par le président du tribunal. En cas d'échec, la procédure reprend son cours ».

n'a pas été respecté. Tout accord négocié doit être entériné par lui, pour autant qu'il soit convaincu que ce dernier reflète la vérité substantielle, selon le paragraphe 257c StPO⁴⁸ ; il en fera mention dans son jugement»⁵⁵¹. L'on retrouve ici, poursuit l'auteure, toutes les caractéristiques de la justice négociée, avec toutefois la particularité que le juge y joue un rôle actif, – que l'on ne trouve sans doute dans aucun autre système –, au point d'être un véritable partenaire dans la négociation à part égale avec le procureur et la défense.

279/. **Suivi et exécution de la médiation, aspects flous du droit congolais.** Que l'homologation appelle ou pas le pouvoir d'appréciation du juge congolais, la question de l'exécution des clauses de la médiation reste aussi ouverte. Au regard de l'art. 141 de la LPE, « *lorsque la médiation aboutit, elle met fin à la procédure engagée devant le juge. Le compromis signé par les différentes parties, est revêtu, sans délai, de la formule exécutoire par le président du tribunal pour enfant* ». D'après l'interprétation littérale, voire chronologique, de cette disposition, c'est l'aboutissement de la médiation, c'est-à-dire la conclusion de l'accord et non son homologation, qui met fin à la procédure engagée devant le juge. Ce qui poserait un problème au niveau du formalisme du droit judiciaire, raison pour laquelle nous ne prenons pas en compte cette coquille du Législateur. Car, dans tous les cas, le juge devant qui l'affaire était pendante sera bel et bien dessaisi après homologation de l'accord : l'exécution de ce dernier ne doit plus normalement le concerner. Curieusement le vingt-deuxième article de l'arrêté interministériel confie au Président du TPE, avec le concours du greffier, le contrôle de l'exécution du compromis. Sommes-nous en présence d'une matière gracieuse ou d'une mesure d'administration de la juridiction ? La reconnaissance au chef de juridiction de jugement des compétences propres en matière pénale étant rares en droit congolais, il doit s'agir là, sinon d'une spécificité du droit congolais des mineurs, une grossière contradiction entre d'une part, l'arrêté et la LPE, et d'autre part, entre l'arrêté et le code de procédure pénale qui charge l'OMP de l'application des peines, y compris les mesures spécifiques appliquées aux mineurs. Une autre interrogation qui nous permet de mettre en évidence cette impasse processuelle est celle de savoir quelle est l'autorité compétente en cas de non-exécution des clauses de l'accord. Est-ce le Président du TPE, en tant que contrôleur de l'exécution de l'accord ? Est-ce le juge pénal d'appel étant donné que l'accord, revêtu de la formule obligatoire, a la valeur d'un jugement prononcée par ladite juridiction ? Est-ce le juge civil étant donné que la médiation porte sur une mesure

⁵⁵¹ JACOBS A., *précit.* [2011], spéc. p.54.

essentiellement réparatrice ? Nous estimons que le Législateur devrait préciser que c'est l'exécution de clauses de l'accord qui met réellement fin à l'action publique s'il avait l'intention de confier le contrôle de son exécution au président de la juridiction déférente. Au cas contraire et par le fait d'avoir reconnu au juge déférant le pouvoir de revêtir le compromis de la force exécutoire, toutes les contestations relatives à son exécution doivent être soumises au juge d'appel statuant au moins en matière civile étant donné que la médiation est de portée uniquement réparatrice. Nous émettons une réserve quant à l'application de la deuxième hypothèse en ce qui concerne la mesure de travaux d'intérêt général dont la nature, que nous aborderons plus loin, est aussi sujet à débat.

280/. **Le médiateur, arbitre de la médiation.** A côté de ce premier acteur doté des pouvoirs régaliens, il y a un autre dépourvu de tout pouvoir, le médiateur. En effet, le principal objectif de la médiation est d'éviter la lourdeur, procédurale surtout, de la machine pénale en faisant appel à un tiers-intervenant neutre. Ce dernier peut assurer ce rôle individuellement (médiateur-individu) ou collégialement⁵⁵²(médiateur-organe). Le droit congolais des mineurs a opté pour le second choix qui suppose des difficultés supplémentaires relatives à son organisation, à son fonctionnement, aux pouvoirs respectifs des membres qui le composent et surtout à leur nombre.

281/. **La neutralité, qualité essentielle du médiateur.** La formation et le pouvoir du médiateur influent certainement sur la qualité de la médiation qu'il n'est pas exclu qu'on exige au médiateur certaines compétences (juriste, personnel judiciaire, bonne moralité et expérience...) et qualités dont les plus importantes sont la neutralité et l'impartialité afin de maintenir une égalité entre les parties. Le médiateur doit être indépendant à la fois du juge et des parties. Par rapport au juge, le problème se pose généralement lorsque cette mission est (ou peut-être) confiée soit au juge lui-même, soit au procureur (de la République/du Roi), soit à un auxiliaire de justice. C'est le cas notamment des systèmes juridiques sous examen. En DPM français, cette tâche est confiée au Procureur de la République qui, poursuivant également la protection de la société et soutenant l'action de la victime, voit sa neutralité objective dans l'affaire être entamée. En droit belge, le médiateur, en sa qualité d'auxiliaire

⁵⁵² L'arrêté interministériel n° 490/CAB/MIN/JDH/2010 et n° 011/CAB/MIN/GEFAE du 29/11/2010 prévoit un médiateur-organe (Comité de médiation) composé de trois membres dont : un représentant du Conseil national de l'enfant (CNEN) qui en est le président, un assistant social qui en est le secrétaire rapporteur et un délégué des ONG du secteur de protection de l'enfant. D'après le rapport sur la situation de l'enfant en RDC présenté le 17/01/2017 par madame MUSHEBEKWA LIKULIA, ministre des droits humains, devant le Comité de droits de l'enfant, vingt et un comités de médiation ont été déjà installés dans le pays.

de justice, est soumis d'une manière ou d'une autre hiérarchiquement au juge. En droit congolais, il est permis au président du TPE de proposer, à sa guise, d'autres personnes remplissant les conditions reprises par la loi en cas d'impossibilité de composer le comité. En ce qui concerne son indépendance vis-à-vis des parties, l'arbitre doit rester désintéressé de l'objet du conflit, du début à la fin du processus. Pour ce faire, il doit éviter de s'immiscer dans la prise des solutions des parties ; car la médiation, bien que souvent confondue dans certains textes de loi, se distingue à plusieurs égards de la conciliation. Les deux mécanismes supposent un processus de négociation mais divergent aussi bien dans leur finalité que dans le rôle du tiers intervenant. « Si dans le second procédé, l'intervention du tiers tend à proposer, après avoir écouté les parties et raisonné leur point de vue, une solution pour régler leur différend ; dans la première, elle consiste à faire émerger les solutions par les parties. Le médiateur reste donc un accompagnateur ayant pour but d'éclairer sur l'origine du trouble et de responsabiliser les parties. Tandis que le conciliateur vise à rétablir la bonne entente entre des personnes, dont les opinions, ou les intérêts s'opposent en faisant appel au compromis. Il est donc appelé à fournir des avis fondés sur le bon sens, l'expertise ou l'équité. Les propositions de compromis émanent de lui; il ne reste pas neutre »⁵⁵³. Le médiateur peut aussi avoir des bonnes qualités de conciliateur mais il ne doit pas proposer, en tout cas de manière ostentatoire, aux parties des solutions de peur de biaiser leur intériorisation par les parties. Le médiateur doit repousser « les démons de pouvoir toujours prompts à ressurgir pour restaurer une communication centralisée »⁵⁵⁴, d'autant plus que « la contrainte est totalement exclue de la médiation pénale, par peur, de produire un effet contraire et d'accentuer la polarisation entre les parties en conflit »⁵⁵⁵.

282/. L'autonomie et la confidentialité, gages de la neutralité du médiateur. Par ailleurs, pour que la médiation soit réellement efficace, le médiateur (ou le service de médiation) doit bénéficier d'une autonomie et d'une indépendance suffisantes à tous les stades de la négociation, mais aussi d'une collaboration avec la juridiction. Raison pour laquelle l'article 140 LPE dispose que le comité de médiation statue en toute indépendance et fait rapport au président du TPE sur les conclusions de la médiation dans les trente jours à dater de la réception du dossier. Ces deux principes (indépendance/autodétermination) sont

⁵⁵³ Voir IBII OTTO, «Médiation et OHADA », in *Revue de l'ERSUMA*, Sept 2014, N°4, Doctrine, [en ligne] sur <http://revue.ersuma.org/no-4-septembre-2014/doctrine/article/mediation-et-ohada>.

⁵⁵⁴ FAGET J., *La Médiation. Essai de politique pénale*, Erès, 1997, p.138.

⁵⁵⁵ Doc. parl.[belge], Ch., 2004-2005, 51-1562/001, p.8.

généralement renforcés par celui de la confidentialité⁵⁵⁶ et non seulement du huis-clos, prévu par l'arrêté interministériel congolais, qui n'est qu'une restriction de la publicité. En effet, les parties ne peuvent librement et activement participer à la médiation que si elles sont garanties ; d'une part de la confidentialité de leurs discussions même après échec du procédé, et d'autre part, de l'obligation du secret professionnel à l'endroit de tous les professionnels ayant intervenus dans le processus. Tous les propos tenus lors des négociations ne peuvent être utilisées ultérieurement, sauf accord des parties, sinon le processus perd tout son sens⁵⁵⁷. Quant à la collaboration, il faut relever qu'il n'en existe pas réellement « entre les Comités de médiation et les tribunaux pour enfants, ces derniers estimant que les premiers vident l'essentiel de leurs attributions dans le cadre de leur médiation [..]. Cette mésintelligence entre Comités de médiation et TPE aboutit à la judiciarisation d'affaires bénignes avec le traumatisme inhérent préjudiciable à l'œuvre de réinsertion qui devrait être la finalité de tout système de justice juvénile selon la lettre et l'esprit de la Convention relative aux droits de l'enfant »⁵⁵⁸.

283/. Les autres intervenants probables : représentants de la loi, de la communauté ou des parties. Outre les protagonistes, peuvent se joindre à la médiation toutes les personnes ayant un intérêt à la régulation du conflit (membres de la famille, amis, référents de l'une ou l'autre personne, représentants d'institutions judiciaires et sociales, etc.). Cette médiation « ouvre un champ pour une véritable négociation entre tous les intervenants à la procédure pénale, – autorités policières et judiciaires, accusés, victimes –, partenaires à part entière de la rencontre des volontés, chacun faisant valoir son point de vue et ses intérêts sous forme de propositions et de contrepropositions jusqu'à aboutir à un accord »⁵⁵⁹. Elle se déroule au sein ou sous la houlette de l'institution juridictionnelle mais fonctionne sur le même principe que la médiation extra-juridictionnelle. Ce procédé peut être considéré comme le souci d'encadrer la médiation extra-juridictionnelle, de pallier ses faiblesses ou d'harmoniser ses solutions. Car, la présence des autorités judiciaires, particulièrement le juge favorise le consensus et

⁵⁵⁶ CADIET L., NORMAND J. et AMRANI MEKKI S., *Théorie générale du procès*, PUF, 2^{ème} éd., Paris, 2010, pp.230-232.

⁵⁵⁷ Voir art. 495-14 al. 2 CPP [fr] ; *Crim*[fr], 17/09/2008 et 30/11/2010 ; C.const., n°2010-77QPC, 10/12/2010, cons.7. *Contra* TGI/Kindu, RP 7044, 24/11/2006. Pendant qu'il ressort des décisions françaises une interdiction aux parties de faire état devant les juridictions des déclarations et documents utilisés durant un procédé de justice négociée (dans le cas d'espèce une procédure de comparution avec reconnaissance préalable de la culpabilité), un tribunal congolais, dans la décision susmentionnée, utilise une clause de règlement à l'amiable entre la victime et l'auteur d'un viol, quoi que le procédé soit en soi-même illégal pour la poursuite de cette infraction, comme preuve de l'aveu prévenu et le condamne sur cette seule base.

⁵⁵⁸ Rap. alternatif BICE [2016], précité, §§.26-27, p.8.

⁵⁵⁹ JACOBS A., *op. cit.*

circonscrit les négociations, les valeurs et les intérêts des parties dans la normativité. Le juge joue le rôle de tiers-intervenant et va essayer de conduire les parties vers une solution négociée et acceptée de tous en tenant compte de leurs aspirations respectives, et en leur laissant le choix de la solution appropriée. Il peut orienter les parties mais doit les laisser décider de la voie à suivre. Son intervention se concentre sur la justice négociée et donc sur l'équité plutôt que sur l'égalité selon la loi : il n'applique pas le droit car il n'est pas question de mettre les parties en situation d'équilibre légal, mais plutôt les laisser arriver à une solution par elles même. Et, dans ce cas d'espèce, le triangle de volonté est parfait et l'homologation est directe. D'après la juge québécoise Louise OTIS, le particularisme de cette médiation réside dans ce qu'elle est faite « au sein même de l'enceinte judiciaire et avec le concours du juge qui se dépossède de son pouvoir de dire le droit afin de laisser aux parties un espace normatif pour qu'elles déterminent leur propre décision »⁵⁶⁰.

284/. Ce type de médiation n'a pas été malheureusement retenu en droit congolais. Pourtant, il nous semble être le mieux indiqué pour les infractions de moyenne ou de grande gravité, et surtout qu'elle coïncide bien à la mentalité africaine. Elle a le mérite« d'éloigner les juges [ou les autres intervenants judiciaires] de la zone de confort à laquelle ils sont traditionnellement habitués. [Elle] les rapproche des parties dans un espace de proximité propice au dialogue utile »⁵⁶¹. Elle permet de ne pas limiter l'effet du procédé entre les parties mais de l'étendre aux autres membres du groupe en vue de renforcer leur droit de regard sur le mineur-délinquant et de prévenir la récidive. Car, le regard des autres a un plus grand impact sur les comportements des individus dans les sociétés africaines. L'instauration d'une telle médiation permet réellement de faire participer la communauté, de mettre à profit son droit de regard (sa pression socio-pénale), et surtout de résorber sa méfiance à l'égard d'une justice pénale étatique qualifiée de laxiste. Elle répond à cette conception de l'immédiateté et nécessité de l'action sociale (pénale) à l'égard du délinquant qui caractérise la mentalité africaine de la justice⁵⁶², laquelle se froisse devant les délais judiciaires. Même le Conseil de l'Europe estime que « la participation communautaire doit être utilisée afin de permettre aux

⁵⁶⁰ « La transformation de notre rapport avec le droit par la médiation judiciaire », 8^{ème} Conférence Albert-Mayrand, 2004, Montreal, 2005, [en ligne] <http://louiseotis.com/wp-content/uploads/2015/08/Conférence-Albert-Mayrand-11-11-2004.pdf>.

⁵⁶¹ OTIS L. & ROUSSEAU-SAINE, « Le médiateur et les dilemmes éthiques : proposition d'un cadre de réflexion », Kluwer Arbitration, 2005, [en ligne] <http://louiseotis.com/wp-content/uploads/2015/08/Article-Kluwer.pdf>

⁵⁶² Selon le Professeur FOFE DJOFIA M. [*Op. cit.*, pp. 77-80, spéc.76], cette mentalité, qui est contre toute idée de prescription est aussi secouée par les délais de procédure qui sépare la commission de l'infraction à la sanction.

délinquants de développer des liens réels avec la communauté, de les rendre conscients de l'intérêt que la communauté leur témoigne et d'élargir leurs possibilités de contact »⁵⁶³. Désignée dans l'avant-projet du code de procédure pénale congolais par l'expression « *la Conférence communautaire ou familiale* » ou dans le droit canadien par la « *conférence de règlement amiable* »⁵⁶⁴, la médiation élargie permet d'identifier les soutiens dont peuvent bénéficier les intéressés, notamment l'infracteur, en vue de l'aider à modifier à l'avenir son comportement et de réparer les torts causés à la victime ou à la communauté.

§2. Le consentement, critère exclusif de la transaction des mécanismes de justice restaurative

285/. Le négoce a du mal à s'appliquer en matière pénale dans la mesure où l'action en application des peines (ou action publique), appartenant à la société, est d'ordre public : ni les parties, ni les représentants de la loi chargés de l'exercer ne peuvent en disposer à leur gré. Mais, il reste toléré, dans certaines conditions, et particulièrement dans la mesure où il semble être plus bénéfique pour la société que l'action judiciaire traditionnelle. Les caractères de ce négoce nous permettra d'exclure de la médiation; d'une part, tous les mécanismes non triangulaires d'extinction de l'action publique quoi qu'appelant l'assentiment des personnes visées, et d'autre part, tous les mécanismes où les particuliers jouent un rôle décisif dans le déclenchement de la justice pénale notamment les cas des poursuites conditionnées par une plainte ou un requête préalable⁵⁶⁵ de la victime. Nous n'aborderons pas ici la dernière hypothèse qui, très loin de la justice restaurative, ne constitue à notre avis qu'un moyen de

⁵⁶³ Rec. n°R(92) 16, 19/10/1992, Comité des ministres, Conseil de l'Europe.

⁵⁶⁴ La conférence de règlement à l'amiable s'inspire des pratiques des maoris, aborigènes de Nouvelle Zélande, a été ré-officialisée dans ce pays dans les années 80. Elles ont été exportées également en Australie, aux Pays Bas, en Amérique du nord, en Belgique et au Royaume-Uni et concernent principalement le contentieux familial.

⁵⁶⁵ **En droit congolais**, nous pouvons citer : l'adultère (art. 468 C.F), la concurrence déloyale (art. 4 O.L. n°41/63 du 24/02/1950 relative à la répression de la concurrence déloyale), la contrefaçon en matière de propriété industrielle (art. 90 L. n°82/001 du 07/01/1982 sur la propriété industrielle), la grivèlerie (D. 03/08/1955), le harcèlement sexuel (art. 174d al.2 C.P), l'outrage envers le corps constitué et les dépositaires de l'autorité publique (art. 138 *ter* CP), les infractions fiscales (art. 103 L. n°004/2003 du 13/03/2003 portant réforme des procédures fiscales telle que modifiée et complétée à ce jour) et ou relatives aux droits d'auteurs (art. 102 O.L. n°86/033 du 05/04/1986 portant protection des droits d'auteurs et droits voisins). **En droit belge** (art. 2 CIC), il en est notamment de la calomnie, la diffamation, l'injures-délits et autres atteintes à l'honneur et à la considération des personnes (art. 450 CP), du harcèlement (art. 442 *bis* CP), de la contrefaçon en matière de propriété industrielle (art.14 L.01/04/1879 concernant les marques de fabrique et de commerce), du refus injustifié de publier un droit de réponse (art.16 L.23/06/1961). **En droit français** (art. 2 al. 2 et 6 al.3 CPP), il y a notamment le cas de l'atteinte à la vie privée (art. 226-6 CP), de la chasse sur terrain d'autrui sans consentement du propriétaire (art. L. 228-41 C. rural), de la diffamation ou l'injure par voie de presse (art. 48 L. 29/07/1881), de la fraude fiscale (art. 228-229 L. sur la procédure fiscale).

préserver la vie privée de la victime lorsque le retentissement de l'action publique risque de lui être plus préjudiciable que l'inaction.

286/. Nous nous attarderons donc à la première hypothèse qui correspond à ce que l'on nomme par « transaction pénale »⁵⁶⁶. Cette dernière peut être définie comme un mécanisme d'extinction de l'action publique par l'effet des volontés particulières et, spécialement, moyennant le paiement d'une somme d'argent. Contrairement à la médiation ou à la conciliation, la transaction pénale n'est pas un processus (une dynamique) et n'implique pas une véritable négociation. Elle n'est pas non plus une peine dans la mesure où seules les juridictions de jugement peuvent, constitutionnellement, en prononcer. « Elle doit plutôt s'analyser en un moyen administratif bilatéral d'extinction des poursuites »⁵⁶⁷. Il s'agit essentiellement d'un simple quitus (consentement) du suspect à la proposition qui lui est faite par le représentant de la loi. Son enjeu se limite principalement entre ces deux parties dont l'une détient tous les pouvoirs, et l'autre, ne disposant que de deux alternatives (le refus ou l'acceptation)⁵⁶⁸: cet aspect la rapproche davantage de la notion civile du contrat d'adhésion. Elle ne prend pas en compte tout arrangement passé entre la victime et le délinquant sur l'action civile née de l'infraction et n'est pas construite sur l'idée de faire participer les protagonistes à la prise de la solution, permettant notamment la prise de conscience accrue de la situation de la victime. Elle représente, par contre, l'expression la moins répressive de la réponse pénale traditionnelle: « il s'agit ici [aussi] de faire prendre conscience à l'auteur de l'illégalité de son acte [...] [mais avant tout], de réparer le faible dommage issu d'une infraction peu grave »⁵⁶⁹ ou ayant causé uniquement un préjudice matériel ou financier. Raison pour laquelle, elle est souvent l'œuvre de l'autorité de poursuite et n'éteint toujours pas l'action publique. Elle ne tend pas à établir la culpabilité de l'auteur et s'exécute

⁵⁶⁶ La transaction (du latin, "*transactio*": accord) peut se définir comme un contrat permettant de mettre fin à une contestation née ou de prévenir une contestation à venir. Cette définition qui se rapporte bien à l'assertion civile du concept (art. 2044 CC français et belge) ne peut, non plus, s'appliquer en matière pénale dans la mesure où l'action en application des peines appartient à la société. Raison pour laquelle loi belge consacre plus exactement l'expression « extinction de l'action publique moyennant le paiement d'une somme d'argent » (E.A.P.S.). Malgré son incongruité, l'expression sera usitée par commodité de langage. Voir : FRANCHIMONT M., JACOBS A. et MASSET A., *Op. cit.*, pp.44, 65 ; Doc. parl.[be.], Sénat, session 1982-83, n° 381/1, pp.8-9

⁵⁶⁷ FRANCHIMONT M., JACOBS A. et MASSET A., *Op. cit.*, p.105.

⁵⁶⁸ PRADEL J. « le consensualisme en droit pénal comparé », *Bulletin de la Faculté de droit de Coimbra*, numéro spécial « estudo em Homenagem ao Prof. Doutor Edouardo Correla, 1988, pp.1-46, spéc. 6-7. L'auteur précise qu'il n'y a pas de justice négociée lorsque l'accord ne se fait qu'entre magistrats seuls ou lorsque la loi ne se borne qu'à offrir à une partie privée le choix entre deux possibilités, les magistrats ne pouvant que s'incliner devant tel parti.

⁵⁶⁹ HERZOG-EVANS M. et ROUSSEL G., *Procédure pénale*, Vuibert, 4ème éd., Paris, 2013, p.115. Les mots en italique sont ajoutés par nous.

nécessairement par le paiement d'une somme d'argent. Cette dernière caractéristique, qui suppose la capacité juridique dans le chef du présumé auteur ou de l'inculpé à qui est proposé la transaction, rend à notre avis le mécanisme inapplicable aux mineurs. Ainsi, chaque Législateur essaye de moduler ses différents aspects en fonction de sa conception de justice, de ses réalités sociétales ainsi que de ses orientations de politique pénale.

A. La transaction en droits pénaux français et belge

287/. **Le régime spécial de la transaction en droit pénal français.** En droit français, par exemple, la transaction est une mesure exceptionnelle, c'est-à-dire, qu'elle n'est possible que lorsque la loi en dispose expressément. Tous les autres mécanismes similaires, tels que organisés dans cet Etat, sont qualifiés d'alternatives aux poursuites quoi que leur distinction, sur le plan de fond, avec la transaction est parfois difficile. En effet, le législateur français, après avoir été contraint par le Conseil constitutionnel⁵⁷⁰ à renoncer à une procédure générale de transaction pénale, a procédé par la consécration des plusieurs autres mécanismes qui appellent un consentement du présumé auteur, dans les alternatives de poursuites reprises à l'article 41-1 CPP. Ces dernières sont entendues comme les différents actes que peuvent proposer ou faire proposer le parquet, par l'intermédiaire d'un OPJ ou d'un délégué, à l'auteur d'une infraction afin qu'il échappe aux poursuites. Elles sont classées, généralement par les auteurs, en alternatives simples (ou vocation réparatrice et préventive) et punitives (ou à vocation punitive). Dans la première catégorie, l'on place le rappel à la loi (ou avertissement), l'orientation vers une structure sanitaire, sociale ou professionnelle, et la réparation du dommage ; tandis que dans la seconde catégorie, l'on évoque la composition pénale que nous analyserons plus loin. Tous ces mécanismes, à l'exception de la composition pénale, n'ont aucun effet suspensif sur l'action publique (art. 41-1 dernier alinéa) : l'auteur peut toujours faire l'objet des poursuites ultérieures pour les mêmes faits à l'initiative du parquet ou même de la victime qui peut citer directement ce dernier devant le tribunal correctionnel.

288/. Cependant, il n'y a légalement parlant « transaction pénale » en droit français que lorsqu'il s'agit, aux termes de l'article 6 al.3 CPP, des infractions pour lesquelles la loi a prévu expressément l'extinction de l'action publique par le versement d'une somme convenue entre le délinquant et certaines administrations à qui elle a délégué l'exercice des poursuites. Contrairement à ce qui a été dit au sujet de l'impossibilité de disposer de l'action publique,

⁵⁷⁰Déc. n° 95-360 DC, 02/02/1995. Voir aussi, PRADEL J., « D'une loi avortée à un projet sur l'injonction pénale », D. 1995, chron. 23, p.171.

ces institutions administratives « sont, en quelque sorte, et comme en droit privée, propriétaires de leur action: elles ont toujours la possibilité de transiger avec la personne poursuivie »⁵⁷¹. C'est le cas notamment des certaines infractions relatives ; aux contributions indirectes⁵⁷² (art. L. 248 à 249 Livre de procédure fiscale), à la douane (art. 350 C.douanes), à la voirie routière (art L. 116-8 C.voirie routière), à l'environnement, eaux, pêches et forêts (art. L.153-2 et R.153-1 C. forestier, art. L. 216-14 et 437-14 C. environnement), ou encore à la discrimination qui relèvent spécialement de la compétence du défenseur des droits ou de la HALDE (art. 225-2 et 432-7 CP, art. L.1142-1 et svt. C. travail, art. 28 L. n° 2011-333 du 29/03/2011, art. 28 et D. 1-1 CPP, art. 11-1 à 11-3 L. 31/03/2004, D. n° 2006-641 du 01/06/2006). Peuvent aussi être ajoutées à cette liste, d'une part, les contraventions commises au préjudice de la commune, plus particulièrement de ses biens (art. 44-1 CPP, L. n° 2006-396 du 31/03/2006, art. L. 2212-5 C. collectivités territoriales), et d'autre part, les contraventions à la police des services publics de transports ferroviaires et des services de transport public des personnes (art. 529-3 et svt. CPP relatifs à l'amende forfaitaire) ou encore à la réglementation des parcs nationaux. En ce qui concerne la dernière catégorie des contraventions, Madame Michèle-Laure RASSAT⁵⁷³ estime que leur transaction relèverait de la compétence du ministère public qui délègue seulement la constatation des infractions et la perception des sommes fixées aux agents habilités par ces administrations. Qu'à cela ne tienne, dans la plupart des cas, l'accord entre les administrations (ou autorités) concernées et le délinquant est suffisant pour la validité de la transaction; mais dans autres certains cas, il doit être complété d'une homologation de l'autorité judiciaire, soit le parquet⁵⁷⁴, soit la juridiction de jugement⁵⁷⁵. Toutefois, estime Jean PRADEL⁵⁷⁶ à l'appui d'un arrêt de la cassation criminelle 20/02/1969, la transaction est de droit étroit et ne joue que pour les infractions pour lesquelles la loi les autorise: l'accord portant sur une infraction économique ne peut empêcher des poursuites, fondées sur les mêmes faits, pour une autre infraction.

⁵⁷¹RASSAT M.L., *Procédure pénale*, Ellipses, 2^{ème} éd., Paris, 2013, p.191.

⁵⁷²CABON M.S., « La particularité du déclenchement des poursuites pénales : le maintien du “verrou de Bercy” », *Revue de droit fiscal*, n° 46, 13/11/2014, 620, [en ligne] http://djce-bordeaux.fr/wp-content/uploads/2014/11/Le_particularisme_du_d%C3%A9clenchement_des_pours.pdf, consulté le 21/01/2016.

⁵⁷³*Op.cit.* [2013], pp. 422-424.

⁵⁷⁴La réparation du préjudice proposée par un maire suite à la destruction ou dégradation d'un bien appartenant à la commune, transaction proposée par le défenseur des droits.

⁵⁷⁵Lors que le maire propose un travail d'intérêt général au délinquant suite à la destruction ou dégradation d'un bien appartenant à la commune ; la transaction en matière d'infractions de voirie routière.

⁵⁷⁶*Op.cit.* [2015], pp.225.

289/. **Le régime général de la transaction en droit pénal belge: taux de la peine, nature de l'infraction et du dommage causé.** Le régime de la transaction est plus général en Belgique qu'en France. La loi belge permet, en effet, au ministère public de proposer à l'auteur présumé d'une infraction, le paiement d'une certaine somme d'argent au profit de l'État en contrepartie de l'extinction des poursuites pénales engagées à son encontre⁵⁷⁷. Contrairement au droit français, il ne faut donc pas une autorisation expresse de la loi ; mais la proposition de transaction doit, dans tous les cas, émaner du ministère public. Il n'est, bien entendu, pas interdit à l'agent infracteur de faire connaître son souhait de l'obtenir. En vertu du principe de l'opportunité des poursuites, le procureur du Roi n'est pas aussi tenu de justifier son éventuel choix de faire ou pas recours à la transaction. Toutefois, il reste soumis au respect des certaines conditions matérielles et procédurales.

290/. La première condition, relative au taux de la peine, ne permet la transaction pénale que pour les « *faits ne paraissant pas de nature à devoir être punis d'un emprisonnement correctionnel principal de plus de deux ans ou d'une peine plus lourde* »⁵⁷⁸. Il sied de préciser qu'il s'agit ici d'une appréciation *in concreto* et non *in abstracto* de la peine comme il a été le cas avant l'adoption des lois des 14 avril et 11 juillet 2011. Le législateur belge n'a pas fait ici allusion au tarif pénal de l'infraction pour lequel l'auteur est poursuivi, mais plutôt à la peine que l'organe de la loi requerrait en fonction des circonstances de la commission de cette infraction⁵⁷⁹. Cette nuance a permis d'étendre considérablement en droit belge, – contrairement à ses homologues français et congolais –, le champ d'application de la transaction pénale qui est dorénavant applicable à la fois aux contraventions, aux délits et, en vertu de l'article 80 *in fine* du code pénal belges, aux crimes correctionnalisables punis d'un maximum de vingt ans de réclusion.

291/. Deux autres conditions matérielles excluent l'application de la transaction pénale en fonction, respectivement, de la nature de l'infraction et du dommage causé à la victime. En effet, le ministère public ne peut transiger lorsqu'il s'agit d'une atteinte grave à l'intégrité physique ou d'une infraction en matière de douanes et accises. Si le second critère est objet

⁵⁷⁷art. 216bis CIC et 65 L.16/03/1968 sur la coordination des lois relatives à la police de la circulation routière.

⁵⁷⁸art. 216bis CIC.

⁵⁷⁹BEERNAERT M-A., BOSLY H. et VANDERMEERSCH D., *Droit de la procédure pénale*, La charte, 7ème éd., T.1, Bruges, 2014, pp.235 et svt.; LAMMENS K., « La transaction élargie de l'article 216 bis du Code d'instruction criminelle en matière de fiscalité pénale - Théorie et pratique », *R.W.*, 2012-2013/32, pp.1242-1253; TULKENS F., VAN DE KERKCHOVE M., et al., *Introduction au droit pénal. Aspects juridiques et criminologiques*, Kluwer, 9ème éd., Bruxelles, 2010, pp.640-642.

d'un régime spécial⁵⁸⁰, le premier, non défini par le Législateur, conduit à la casuistique, et, indubitablement aux controverses⁵⁸¹. Néanmoins, dans la pratique, la matière correctionnelle, particulièrement les affaires financières, reste le domaine de prédilection de la transaction pénale. « Ceci s'explique, sans doute, par la complexité de ces dernières, qui requièrent bien souvent de longues années d'enquêtes, rendant malaisée le traitement des affaires devant les tribunaux dans un délai raisonnable, voire avant l'expiration du délai de prescription. Dans ces circonstances, et dans ces affaires où de gros capitaux sont régulièrement en jeu, le ministère public peut préférer garantir le paiement d'une somme conséquente au profit de l'État, qui réparera ainsi le préjudice subi par la société, plutôt que de prendre le risque de voir le délit demeurer impuni faute de temps pour le juger »⁵⁸². On propose souvent aussi une transaction en cas d'infraction au code de la route.⁵⁸³

292/. La loi fixe aussi un plafond pour la somme visée dans la proposition de transaction : elle ne peut être supérieure au maximum de l'amende prévue par la loi, majorée des décimes additionnels et doit être proportionnelle à la gravité de l'infraction⁵⁸⁴. Par ailleurs, le paragraphe 4 de l'article 216 bis fait aussi de la réparation du dommage causé à la victime, ou du moins la reconnaissance écrite de sa responsabilité civile pour le fait générateur du dommage et la production d'une preuve d'indemnisation de la fraction non contestée du dommage et des modalités de règlements de celui-ci, un préalable à la transaction. Cette

⁵⁸⁰ Article 216 bis §.6 CIC, 263 Arr. roy. du 18/07/1977.

⁵⁸¹ Voir C.Const.[be], n° 20/2103, 28/02/2013, §§. B.8-B.12. Il faut aussi souligner qu'au-delà des réponses apportées par la Cour au moyen relatif à la violation du principe de la légalité soulevé par les requérants, lequel fait également écho à un avis du C.E (n° 49.792/2, 07/06/2011) ; les conditions de la transaction pénale ont bien évolué à travers le temps et sont objet d'une longue pratique judiciaire. L'arrêté royal du 10/01/1935) qui introduit la transaction pénale en droit belge avait établi l'existence du dommage comme obstacle à ce procédé applicable, à l'origine, qu'aux contraventions. Le régime fut étendu par la loi du 30/06/1939 aux délits punissables de trois mois maximum d'emprisonnement et en 1957 aux coups et blessures involontaires, particulièrement dus aux accidents de roulage, pendant que la loi du 07/06/1949 avait levé l'obstacle du dommage dès le moment où il était réparé. Après que la loi du 28/06/1984 et du 10/02/1994 ait respectivement étendu la transaction à tous les délits et nuancé le principe de la réparation intégrale, il fallait au nom de l'équité renfoncer la protection des victimes d'où l'apparition de cette condition liée à l'atteinte grave à l'intégrité physique. Pour un aperçu historique de la transaction pénale en droit belge, lire; DEFORMANOIR E., « L'extension de la transaction pénale par les lois des 14 avril et 11 juillet 2011 », *RDP*, 2012/3, pp. 245-276; Circ. commune n° 6/2012 (du 30 mai 2012) du ministre de la Justice et du collège des procureurs généraux près les cours d'appel relative à l'application de l'article 216bis du Code d'instruction criminelle; FERNANDEZ-BERTIER M. et LECOQ A., « L'extension de la transaction pénale en droit belge: une évolution en demi-teinte », *RDPE*, 2011/3, pp.219-238 ; LUGENTZ F., « Actualités législatives - Transaction pénale : la circulaire commune n° 6/2012 (du 30 mai 2012) du ministre de la Justice et du collège des procureurs généraux près des cours d'appel relative à l'application de l'article 216bis du Code d'instruction criminelle », *RDPE*, 2012/3, pp.211-217.

⁵⁸² FRANCHIMONT M., JACOBS A. et MASSET A., *Op. cit.*, p. 223; Doc. parl., Chambre, session 2010-2011, n° 53-1208/007, p. 35; Doc. parl., Sénat, session 2010-2011, n° 5-869/4, pp. 3, 8.

⁵⁸³ Art. 65 L.16/03/1968 relative à la police de la circulation routière ; Cass., 2^{ème} ch., 20/06/2012, P.12.0251.

⁵⁸⁴ Article 216bis, §.1er, al. 4 CIC.

réparation ne doit pas être confondue avec l'accord de la victime⁵⁸⁵ sur l'intention du procureur du roi de procéder à la transaction. Seules les administrations fiscales et sociales, lorsqu'elles sont victimes, disposent d'un droit de veto en la matière⁵⁸⁶ : Même si l'impôt ou les cotisations éludés ont été intégralement remboursés avec les intérêts, ce qui constitue par ailleurs un préalable obligatoire à la mise en place de la transaction pénale, ces administrations doivent expressément marquer leur accord à la procédure. La transaction éteint l'action publique si l'auteur de l'infraction s'acquitte de tous les paiements qui lui ont été imposés ; et ce, dans le délai imparti. Mais les poursuites pénales peuvent par contre être menées contre les coauteurs de l'infraction s'ils n'ont pas eux-mêmes conclu une transaction. « En cas de rejet de la proposition et à défaut de paiement volontaire et dans le respect des conditions fixées, le parquet peut à nouveau poursuivre le prévenu devant les juridictions »⁵⁸⁷.

293/. Le législateur belge montre un tel intérêt pour cette mesure qu'il permet au parquet d'émettre encore une proposition lorsque l'affaire est déjà devant le juge d'instruction ou la juridiction du fond, y compris en appel, si l'inculpé ou le prévenu manifeste sa volonté de réparer le dommage causé à autrui et pour autant qu'aucun jugement ou arrêt ne soit intervenu et ait acquis force de chose jugée⁵⁸⁸. Le fait d'attribuer au ministère public ce pouvoir de dessaisir un juge d'instruction ou de fond bouscule tous les équilibres du procès pénal au point que certains y voient une atteinte à l'équilibre et à la séparation des pouvoirs, voire des fonctions⁵⁸⁹. L'on se serait dès lors attendu à un contrôle juridictionnel important mais il est pourtant relativement réduit : la proposition de transaction soumise à ce stade requiert un avis, non contraignant, du juge d'instruction ou de fond et ce contrôle ne porte que sur le respect des conditions de fond et non sur l'opportunité de la mesure, ni sur ses modalités. La transaction est non appelable et non inscrite dans le casier judiciaire.

⁵⁸⁵ Article 216bis, §.4 CIC; FERNANDEZ-BERTIER M. et LECOQ A., *art. précité*, spec. pp. 233-234.

⁵⁸⁶ Article 216bis, § 6, al. 2. CIC; C.Const., n° 06/2013, 14/02/2013, §§.B.28-B.29; Par ailleurs, la loi belge confie même l'exercice de l'action publique à certains organismes ou agents administratifs comme l'administration des douanes et accises (art. 281 des lois coordonnées le 26/09/1977; C. Const., n°10/2011, 27/01/2011).

⁵⁸⁷ VANDERMEERSCH D., « L'extension du champ de la transaction pénale : une réforme qui suscite des questions », *JT.*, 2011/32, n° 6450, pp.669-672.

⁵⁸⁸ Article 216bis précité.

⁵⁸⁹ FERNANDEZ-BERTIER M., « Analyse critique du régime de la transaction pénale en droit belge », *Actualités de droit pénal*, C.U.P., vol. 168, Anthemis, Louvain-la-Neuve, 2011, pp.203 et svt.; MASSET A. et FORTHOMME M., *art. préc.*, spec. p.10.

B. La transaction en droit pénal congolais

294/. Le droit congolais consacre également la transaction en matière pénale. Elle est objet, comme en Belgique, d'une part, d'un régime général de droit commun, et d'autre part, d'un régime particulier, spécifique à certaines infractions pour lesquelles certaines autorités ou institutions administratives interviennent dans la chaîne de la répression. Dans les deux cas, elle reste essentiellement pécuniaire.

295/. **Le régime général congolais de la transaction pénale : le taux de la peine comme unique condition de fond.** En droit commun, le mécanisme de transaction permet à l'officier de police judiciaire (OPJ) ou du ministère public (OMP) congolais d'inviter l'auteur d'une infraction à payer au trésor public une somme déterminée lorsqu'il estime qu'en raison des circonstances de la commission de l'infraction la juridiction de jugement se bornerait à prononcer une amende et éventuellement la confiscation⁵⁹⁰. Ce n'est pas anodin que cette prestation soit même qualifiée d'« amende transactionnelle », c'est-à-dire, une somme d'argent à l'aide de laquelle l'on transige. Malgré son laconisme, il ressort de la disposition légale qui la prévoit que seul le représentant de la loi peut prendre l'initiative d'en proposer au délinquant. Ce dernier a, en principe, le droit de la rejeter. L'avis de la victime est inopérant mais son droit à réparation, en vertu duquel elle peut toujours citer directement l'auteur devant la juridiction de fond et se constituer partie civile, est garanti. Bien plus, précise la loi, le paiement de cette amende n'implique pas la reconnaissance de culpabilité et n'éteint pas forcément l'action publique.

296/. **Complexification des limites matérielles de l'amende transactionnelle en droit congolais.** L'amende transactionnelle est interdite en matière d'infractions de violences sexuelles et des crimes internationaux par les dispositions de l'article 9 (bis) du code de procédure pénale introduite respectivement par les lois n° 06/019 du 20/07/2006 et n° 15/024 du 31/12/2015. La portée réelle de ces interdictions suscite des interrogations étant donné que les infractions prévues par ces deux textes n'entrent pas, de par leur taux de peine⁵⁹¹, dans les

⁵⁹⁰ Article 9 D.06/09/1959, tel que modifié à ce jour, portant le CPP.

⁵⁹¹ Les crimes internationaux sont punis de mort. Et, la peine la plus faible pour les infractions de violences sexuelles est une servitude pénale (emprisonnement) de trois mois à cinq ans plus 50. 000 francs congolais d'amende prévues précisément pour l'excitation des mineurs à la débauche (art. 172 à 174 CP) et le proxénétisme (art. 174b al.2 CP). Pour plus détails sur les infractions de violence sexuelle, lire : KASONGO LUKOJI G., « La loi sur les violences sexuelles, 3 ans après : un géant aux pieds d'argile » in *Rapport annuel de l'ONG/AHD*, Kinshasa, 2009, pp.8-20 ; « De la répression des violences sexuelles en droit pénaux français et congolais », *Rapport de recherche de M1*, 2012, VIRIOT-BARRIAL D. (dir), p. 27; WANE BAMEME B., [2016], précité, pp.156-158.

conditions de fond de l'article 9. Doit-on en déduire une appréciation *in concreto* de la peine comme en droit belge ou une extension de l'amende transactionnelle à toutes les infractions, sauf précision expresse du Législateur⁵⁹²? Quoi que fervent défenseur des MARC même en matière pénale, ces deux hypothèses n'emportent aucunement notre adhésion. Si la première ne peut aujourd'hui être retenue par le fait qu'elle outrepasserait l'intention de rédacteur du code de procédure congolais et qu'aucun praticien, ni doctrinaire, congolais ne semble encore, à notre connaissance, l'avoir évoqué ; la seconde est dangereuse pour la simple raison que le Législateur est tenu par une obligation de clarté et de précision dans ce domaine éminemment pénal et dont l'application est, qui plus est, polluée par des pratiques liberticides et nauséabondes que nous allons relever. Ainsi, ces détails surabondants du Législateur semblent, contrairement à son objectif premier, fragiliser davantage le régime de la transaction pénale.

297/. En effet, la pratique judiciaire congolaise contredit l'esprit et la lettre des dispositions fixant le régime juridique de l'amende transactionnelle. Les OPJ et OMP congolais font systématiquement recours à cette transaction⁵⁹³. Et ce, même s'ils sont convaincus que les faits ne sont pas établis ou que les conditions légales ne sont pas réunies. Ils la présentent souvent au présumé auteur (ou à l'inculpé) comme la seule alternative pour ne pas être transféré soit au parquet, soit à la juridiction de jugement. Cette pratique est, à la limite, tolérable lorsqu'elle est opérée dans le but de rétablir vite la paix sociale troublée par une infraction de très moindre gravité ou à celles n'ayant causé que des dommages matériels minimes; mais devient inadmissible lorsqu'elle est motivée par le désir d'assurer l'impunité des délinquants nantis⁵⁹⁴, de surcroît, auteurs des faits graves ou, pire encore, lorsqu'elle est étendue aux faits purement civils. Dans la dernière hypothèse, l'intervenant judiciaire contourne généralement la loi en instruisant sous le chef d'une incrimination dont l'élément matériel engloberait les faits de l'espèce. Par exemple, pour une dette ou un loyer impayé(e), ou encore, pour l'infidélité d'une compagne, il mettra respectivement l'action publique en

⁵⁹² LUZOLO BAMBI LESA E.J., et BAYONA-ba-MEYA N. A., *Op. cit.*, p.117.

⁵⁹³ Lire KIENGE KIENGE I.[2011], *Op. cit.*, pp. 450-460 ; « Le droit pénal particulier entre nécessité de sécurité juridique et renforcement de l'autorité de l'Etat », In AKELE A., *Op. cit.*, pp.321-332. Le qualifiant de « *capitalisation du pouvoir de l'Etat* » ou de « *manducation policière de l'argent des dossiers* », l'auteur fustige le fait pour les OPJ de faire usage à chaque instant de ce pouvoir que leur donne la loi pour remplir leurs poches. Ses pertinentes remarques s'appliquent aussi aux OMP.

⁵⁹⁴ Dans les systèmes juridiques qui la consacrent la transaction pénale a toujours suscité la peur d'être transformée en un outil d'impunité des classes. C'est une des raisons pour laquelle, elle est souvent cantonnée aux infractions financières ou l'Etat paraît être l'unique victime. Mais lorsqu'elle est étendue aux infractions de droit commun, comme en Belgique, elle est sujette à un rigoureux encadrement réglementaire et légal. Chose qui n'est pas le cas en RDC où le trafic d'influence et la corruption sont monnaie courante.

mouvement pour escroquerie, abus de confiance et d'outrage public à la pudeur⁵⁹⁵. Certains OMP tentent même de dissuader les victimes en leur brandissant les répercussions financières et, surtout le débouchement incertain, d'une poursuite devant la juridiction allant jusqu'à insinuer la corruptibilité des membres du siège. Ils n'hésitent pas aussi à disqualifier, aux yeux des justiciables, les avocats en traitant d'« agents perturbateurs » et en les accusant d'avoir intérêt dans une longue procédure pour gonfler leurs honoraires. Les justiciables-protagonistes sont ainsi conditionnés psychologiquement, non pas pour négocier mais, pour chercher à clore au plus vite l'affaire dans cette phase où leur interlocuteur direct est celui qui détient le pouvoir d'orientation de l'action publique plutôt que de continuer jusqu'à une phase où ce pouvoir dépendra, désormais, d'une composition dont la « motivation »⁵⁹⁶ appellera une facture salée. De ce fait, l'OMP reste le seul bénéficiaire potentiel de cette manne judiciaire étant donné que les sommes perçues à titre d'amende transactionnelle ne sont généralement pas reversées au trésor public mais distribuées entre le magistrat concerné et son chef de juridiction.

298/. Mais il faut reconnaître que ces pratiques *contra-legem* s'appuient sur la mentalité africaine en général, et congolaise en particulier, qui est caractérisée par une vision monolithique du droit⁵⁹⁷ privilégiant le « palabre » ou le conciliabule au procès. Soutenue alors

⁵⁹⁵ Nous avons une fois été appelé nuitamment par un client gardé à vue, sur base d'une procédure de flagrance pour outrage public à la pudeur et complicité d'adultère, dans un commissariat de police située dans une des communes de la ville de Kinshasa. Notre client a, en effet, été surpris dans un débit d'alcool en compagnie d'une dame qui serait mariée et mère de deux enfants. Le « prétendu » compagnon de la dame, s'estimant trompé, s'est pris verbalement à notre client et physiquement à la dame occasionnant, par ailleurs, des dégâts matériels dans la terrasse. Craignant la réaction de la foule acquise à la cause du compagnon cocufié, le maître des lieux a appelé les forces de l'ordre qui conduisirent les protagonistes au commissariat de police le plus proche. Après avoir pris connaissance des faits, nous avons exigé la libération immédiate de notre client, sous menace d'intenter une action contre ces intervenants judiciaires pour détention arbitraire et d'en informer leurs supérieurs hiérarchiques. Mais ce qui nous a plus marqué dans cette affaire était l'étonnement de l'amant cocufié, de sa famille, et surtout, de l'OPJ, quand nous avons soutenu qu'aucun chef d'accusation, quel que soit le caractère immoral avéré ou supposé de la relation de notre client avec la dame, n'était caractérisé ; et que, c'est contre le plaignant que devrait s'orienter l'action publique pour coups et blessures, injures et destruction méchante. Mais au nom du principe de la liberté de qualification et du pouvoir de restriction de la liberté de mouvement des individus qui lui sont reconnus par la loi, l'OPJ pouvait faire le sourd d'oreille pendant le temps qui lui est imparti (48 heures, si encore il respectait ce délai). Caprice contre laquelle l'on ne pouvait rien, sauf par voies extra-judiciaires que l'on se refusait d'user. Il était aussi hors de question pour notre client, chef d'entreprise de surcroît, de passer la nuit dans cet endroit insalubre, surtout pour une telle histoire qui nuirait à sa réputation et à sa vie de famille : Il a été obligé, au bout de compte, de payer pour sa libération une somme que nous ne saurions qualifié d'« amende transactionnelle ». A notre sortie du commissariat, la population a crié au scandale et à la corruption par le fait de voir le « coupable » partir et l'« innocent » ou la « victime » être retenus.

⁵⁹⁶ Ce substantif est utilisé pour maquiller la corruption (passive ou active) des fonctionnaires publics, notamment les juges, qui s'estiment devoir être encouragés financièrement par le requérant d'un service public, ou dans ce cas d'espèce par les parties, étant donné qu'ils ne seraient pas ou suffisamment pas rémunérés par l'Etat.

⁵⁹⁷ FOFE DJOFIA M., *Op. cit.* pp.87-92.

par cette donne sociologique, l'amende transactionnelle va au-delà des attentes légales et se rapproche de la justice restaurative (médiation): il n'est pas rare de voir des OMP renvoyaient les parties négocier sur les modalités de la réparation ou de faire réellement lui-même office de négociateur entre les parties avant de fixer l'amende transactionnelle. A ce titre, la transaction pénale, malgré les abus et les critiques, a encore des beaux jours devant elle en droit congolais. Le Législateur se doit de réévaluer et d'encadrer ce mécanisme pour le mettre réellement au profit des justiciables et de la paix sociale au lieu de les laisser à la merci des magistrats véreux, sans scrupule et égoïstes qui n'hésitent pas à s'en servir pour dépouiller les pauvres citoyens ou entretenir l'impunité des plus offrants. Il devrait, soit instituer la médiation à la phase pré-juridictionnelle comme en Belgique, soit étendre le régime de la transaction ou des alternatives aux poursuites comme en France, soit encore reconnaître au parquet un pouvoir de réception et d'orientation des litiges de toute nature comme l'avait recommandé la commission de réforme du droit congolais⁵⁹⁸. Relevons aussi qu'une œuvre législative ne peut à elle seule endiguer, sinon résorber, cette propension au gain des OPJ et OMP : elle doit s'apparier d'une revalorisation de ces professions mais aussi d'une vraie politique de sanction. Un magistrat ou OPJ mal payé sera toujours tenté à se faire corrompre, surtout lorsque s'il sait pertinemment ne courir aucun risque d'être sanctionné.

299/. Le régime particulier congolais de la transaction pénale : la nature de l'infraction comme élément déterminant. A côté de ce mécanisme de droit commun, la loi admet la transaction pénale pour certaines infractions spécifiques. Il est reconnu, en effet, à certaines institutions publiques à caractère financier et économique (la Banque centrale⁵⁹⁹, la Direction générale des impôts⁶⁰⁰, la Direction générale des douanes et assises⁶⁰¹ et l'Autorité de régulation de la Poste et des télécommunications⁶⁰²) le pouvoir de transiger avec le délinquant dans les matières qui relèvent de leurs compétences respectives. Rappelons, seulement à ce sujet, qu'en droit pénal français la transaction est, de droit, un régime spécifique qui n'est reconnu uniquement qu'à certaines autorités et institutions

⁵⁹⁸*Idem*, p.89. Voir aussi, les travaux de la Commission permanente de réforme du droit zaïrois, Doc. N°5/CMS/0015/77, p.3.

⁵⁹⁹Article 82-84 L. n°003/2002 du 02/02/2002 relative à l'activité et au contrôle des établissements de crédit ; 4 al.1 et 6 de L. n°005/2002 du 07/05/2002 relative à la création, à l'organisation et au fonctionnement de la Banque centre du Congo.

⁶⁰⁰Article 1 et 2 D. n°017/2003 du 02/03/2002 portant création de la Direction Générale des impôts tel que modifié par le D. n°011/43 du 22/11/11.

⁶⁰¹Article 365 al.1, 368 O.L n° 10/002 du 20/09/2010 portant Code des douanes.

⁶⁰²Article : 68 L.-cadre n° 013/2002 du 16/10/2002 sur les télécommunications en RDC ; 1 et 3a L. n° 014-2002 du 16/10/2002 portant création de l'autorité de régulation de la poste et des télécommunications.

administrations dont deux (fisc et douane) reviennent régulièrement. Tandis qu'en droit pénal belge, elle est objet d'un régime général qui admet, néanmoins, quelques spécificités. La première tend à accorder à l'administration douanière un pouvoir de transaction autonome qui extirpe les infractions relevant de sa compétence du droit commun de la transaction ; et, la deuxième attribue aux administrations fiscales et sociales un droit de veto l'application de la transaction de droit commun.

300/. **Deux mécanismes distincts de saisine des administrations congolaises concernées : la plainte et l'information.** Il s'avère aussi, en droit comparé, que ces administrations bénéficient souvent du régime de l'action publique conditionnée par la plainte préalable, – étant donné que celui-ci renforce la portée de la transaction –, et parfois même, selon les cas, du monopole d'exercice de l'action publique. Mais ces différents régimes juridiques ne doivent être confondus; la consécration de l'un ne présume pas pour autant celle de l'(des) autre (s). En droit congolais, par exemple, si la requête préalable de la victime est toujours admise en matière d'infractions fiscales, elle ne l'est plus en matières douanière et bancaire. Pour ces dernières, le Législateur a plutôt établi un *régime d'information*⁶⁰³. Celui-ci met à charge de toute autorité judiciaire saisie pour une violation de ces législations l'obligation d'informer l'administration chargée de ces matières pour toute ouverture d'enquête. Cette obligation incombe même aux juridictions civiles et commerciales lorsqu'elles connaissent un litige dont les faits peuvent présumer une infraction douanière. Les deux régimes (plainte préalable/information) constituent certainement tous un obstacle à la poursuite mais n'ont pas la même portée. L'absence d'une plainte, dans le premier cas, empêche la mise en mouvement de l'action publique même si les faits sont connus ou sont portés à la connaissance du représentant de la loi ou encore après l'échec ou le non-respect des termes de la transaction. Tandis que l'oubli ou le refus d'informer ne paralyse pas, à notre avis, l'action publique : la poursuite sera validée mais n'aura pas beaucoup de chance d'aboutir ou de suivre normalement son cours du fait que, d'une manière ou d'une autre, l'administration concernée, qui peut toujours faire valoir son pouvoir de transiger, sera toujours amenée à intervenir dans la procédure. La procédure d'information permet seulement de faire une économie de temps et de moyen étant donné que dans ces matières, le plus

⁶⁰³Article 82 L.n° 003/2002: "Toute information relative à une infraction à la présente loi doit être portée à la connaissance de la Banque Centrale par l'autorité judiciaire ou administrative qui en est saisie".

Art.364 Code de douanes : "Qu'il s'agisse d'une instance civile ou commerciale ou d'une ouverture d'instruction, même terminée par classement sans suite, l'autorité judiciaire est tenue d'informer la douane de tout renseignement de nature à présumer une infraction douanière ou une manœuvre quelconque ayant eu pour but ou effet d'enfreindre la législation douanière".

important pour l'Etat est l'entrée des fonds. Ainsi, la transaction paraît la voie idéale. Elle revêt plus ici un caractère indemnitaire⁶⁰⁴ étant donné aussi qu'il n'y a pas de victime privée, hormis l'Etat lui-même. Il appartient donc à ce dernier de décider librement des modalités de réparation qui lui conviennent.

301/. **Le monopole de l'exercice de l'action publique par l'OMP en ballottage.** Quant au monopole de l'exercice de l'action publique, il faut déplorer là encore le mimétisme congolais. En droit congolais, le monopole de l'exercice de l'action publique est dévolu au ministère public qui est aidé dans la recherche des infractions et dans la constatation des faits par des OPJ à compétence générale ou restreinte⁶⁰⁵. La seconde catégorie des OPJ relève souvent des administrations spécifiques (le fisc⁶⁰⁶, la douane⁶⁰⁷, ministères de l'intérieur, de commerce, de l'environnement⁶⁰⁸ ou de l'industrie, l'Agence nationale de renseignement...). La doctrine congolaise estime que même s'il est reconnu aux parties la possibilité de saisir l'OMP ou directement le juge pour la mise en mouvement de l'action publique, ou même quand le juge se saisit d'office des infractions commises à l'audience, c'est bel et bien au ministère public que revient le monopole de l'exercice de l'action publique dans toute sa plénitude⁶⁰⁹: on dit alors que les actions de ces sujets actifs du procès pénal sont jointes à celle du ministère public, partie principale du procès pénal. Mais le Code des douanes a, sournoisement, apporté une innovation majeure, contredisant le principe précité en attribuant à l'administration douanière l'exercice de l'action publique consécutive aux infractions à la législation douanière punissables d'amende ou de confiscation (art. 363 al.2). S'il existe des dispositions similaires en droit belge (art. 281 des lois coordonnées le 26/09/1977, art.120C. forestier, 281 §§.2-3 LGDA), c'est justement parce que l'article 1er du Titre préliminaire du Code de procédure pénale de ce pays, dont la conformité à la Constitution n'a jamais été contestée⁶¹⁰, précise que « *l'action pour l'application des peines ne peut être exercée que par les fonctionnaires auxquels elle est confiée par la loi* »; alors qu'au Congo, la loi n'a jamais utilisé le terme générique de « fonctionnaire » mais fait plutôt exclusivement mention du

⁶⁰⁴ LUZOLO BAMBI LESA E.J. et BAYONA-ba-MEYA N.A., *Op. cit.*, p.172.

⁶⁰⁵ *Idem*, pp.194-195 ; RASSAT M.L.[2013], *Op.cit.*, pp.172-174.

⁶⁰⁶ Article 56 *quarto* B, 103 L. n°004/2003 du 13/03/2003 portant réforme des procédures fiscales telle que modifiée et complétée à ce jour.

⁶⁰⁷ Article 27 C. douanes.

⁶⁰⁸ art.: 127 L. n°011/2002 du 29/08/2002 portant Code forestier en RD Congo, 71 L. n°11/009 du 09/07/2011 portant principes fondamentaux relatifs à la protection de l'environnement, 70 L. n°14/003 du 11/02/2014 relative à la conservation de la Nature.

⁶⁰⁹ LIKULIA BOLONGO N., *Droit pénal militaire zaïrois*, LGDJ, Paris, 1977, pp.65-66 ; LUZOLO BAMBI LESA E.J. et BAYONA-ba-MEYA N.A., *Op. cit.*, p. 172 ; art. 77 LO OCJ.

⁶¹⁰ C. const., n°10/2011, 27/01/2011 ; Cass.: 11/02/1997, Pas., 1997, n°97 ; 26/05/1999, Pas., 1999, n°309.

« **ministère public** ». Pire encore, elle n'a jamais octroyé des telles prérogatives à d'autres organes, autres que le parquet. Ainsi, une modification de notre code de procédure pénale s'impose: il faudrait soit adopter le terme générique de « fonctionnaire », soit le cumuler avec celui du « magistrat » comme l'a fait le code de procédure pénale français ou d'instruction criminelle luxembourgeois dont premier article dispose que : « *l'action publique pour l'application des peines est mise en mouvement et exercée par les **magistrats** ou par les **fonctionnaires** auxquels elle est confiée par la loi* »⁶¹¹.

302/. Sauf erreur de notre part, nous voyons très mal un agent de douane requérir devant un tribunal congolais, à moins qu'il s'agisse d'une affaire politisée ou qui regorge des gros intérêts. Il est plutôt facile d'appliquer l'article 366 de la même ordonnance-loi, qui semble d'ailleurs contredire, sinon rendre sans objet, la disposition précitée. Car, d'après cet article le représentant de la douane est invité à exposer et déposer ses conclusions. Qui plus est, pourquoi cette administration mènera-t-elle une affaire à un stade où la décision ne dépend plus d'elle pendant qu'elle dispose du pouvoir de transiger.

303/. **L'inapplicabilité de l'amende transactionnelle en DPM.** En conclusion, malgré le silence de la loi, la transaction pénale ne peut être appliquée aux mineurs-délinquants pour trois raisons. Premièrement, la sanction encourue par ces derniers n'entre aucunement dans les conditions de fond de ce mécanisme. Rappelons que, quel que soit le régime spécifique en vigueur en RDC (1950 ou 2009), les mineurs ont toujours encouru sur le plan pénal des mesures spécifiques bien déterminées que nous analyserons plus tard. Deuxièmement, étendre cette amende aux mineurs-délinquants viderait de substance la médiation obligatoire (art. 136 LPE) prévue pour les infractions « bénignes ». Enfin, les autorités habilitées à prendre cette mesure sont dépourvues de leurs prérogatives ordinaires en droit pénal des mineurs (art. 102 LPE). Quant à la transaction spéciale, elle paraît aussi invraisemblable au regard de la technicité, de ce fait des conditions préalables, des infractions auxquelles elle s'applique. Par ailleurs, l'on comprend aussi que la transaction, quelles que soient ses modulations et ses dérivés, n'est pas réellement une justice consensuelle caractérisée par un accord de volonté triangulaire (Victime-Infracteur-Autorité judiciaire). Elle apparaît plus comme un mécanisme bilatéral et vertical qui concentre tous les pouvoirs vers un seul pôle. Pendant que la justice

⁶¹¹ Voir Crim.[fr] 12/03/2002, B.C n°61 ; BONFILS P., *Droit pénal des affaires*, Montchrestien, Paris, 2009, pp.61-62 ; BOULOC B., *Procédure pénale*, Dalloz, 23^{ème} éd., 2013, Paris, pp.160-163 ; SOYER J.C., *Droit pénal général et procédure pénale*, LDGJ, 21^{ème} éd., Paris, 2012, pp.292-293.

restaurative suppose une certaine horizontalité⁶¹² qui appelle non seulement à l'égalité entre les intervenants mais aussi au compromis. Ainsi, il nous convient d'analyser cette seconde caractéristique principale de la médiation qui est le compromis.

Section 2. La médiation pénale, une justice compromissaire

304/. **Les concessions des parties dans leurs prétentions.** La justice restaurative entend redistribuer les rôles entre l'Etat responsable du maintien de l'ordre public et la communauté civile. Elle coexiste avec la justice étatique ; mais à la différence d'elle, elle ne vise pas uniquement la sanction de l'acte transgressif mais la restauration la plus complète possible de tous ceux qui ont été touchés par l'infraction ainsi que la prise de conscience, par son auteur, de l'état de ses victimes. Des tels objectifs appellent non seulement un cadre de négociation, mais aussi de confidentialité, de confiance et, surtout, de compromis. Etant défini dans le sens usuel comme étant « un accord obtenu par les concessions mutuelles des parties en présence »⁶¹³, le compromis induit deux grandes idées en matière pénale ; d'une part la reconnaissance de la culpabilité de la part de l'auteur (§1), et d'autre part, l'abandon du volet vindicatif de l'action de la victime (§2). L'organe de la loi peut aussi être appelé à faire des concessions notamment en requérant une peine plus clémentine ou à abandonner certaines de ses prérogatives régaliennes. Mais, cet opérateur judiciaire ne fera pas partie de notre analyse étant donné qu'il n'intervient pas dans la procédure de médiation telle qu'organisée en droit congolais des mineurs.

§1. La reconnaissance de la culpabilité de l'auteur

305/. **L'aveu, point de départ de la justice restaurative.** « Une solution amiable ne sera notamment pas possible lorsque le mis en cause sera dans le déni quant aux faits, quant à la souffrance ou au tort causés à la victime, ou encore s'il reste dans une attitude agressive ou vindicative »⁶¹⁴. Plusieurs mécanismes de justice négociée ont été, certes, conçues pour désencombrer des juridictions « mais aussi pour répondre aux attentes des victimes, dont la situation même sans gravité objective est mal vécue dans les cas où l'auteur n'est pas poursuivi ou encore, refuse de reconnaître sa responsabilité. La sanction de l'auteur après l'aveu de celui-ci va être un instrument utile dans cette recherche de l'apaisement du ressentiment de la

⁶¹² FAGET J.[1997], *Op. cit.*, p.56.

⁶¹³ Dictionnaire en ligne, <http://www.cnrtl.fr/definition/compromis>

⁶¹⁴ HERZOG-EVANS M. et ROUSSEL G., *Op. cit.*, p.118.

victime »⁶¹⁵. A cet effet, la reconnaissance préalable de la culpabilité, ou du moins des faits, est le point de départ ou le socle de la justice restaurative⁶¹⁶ : même si elle n'est pas formulée expressément par le Législateur, elle reste néanmoins présumée⁶¹⁷. Cette reconnaissance de la culpabilité ou des faits est une forme d'aveu. Ayant perdu sa prééminence⁶¹⁸ et considéré dorénavant comme une preuve pénale ordinaire soumise à l'appréciation souveraine du juge⁶¹⁹, voire une preuve indirecte ou subsidiaire devant être renforcée par une preuve matérielle ou scientifique, l'aveu revient alors en puissance grâce au mécanisme de justice restaurative. En faisant un aveu, la défense renonce généralement, à son droit à un procès ordinaire au cours duquel elle peut faire valoir ses moyens de défense et de preuve au profit d'une procédure simplifiée et rapide et d'une peine prévisible : il court-circuite le principe de la présomption d'innocence, voir même son corolaire le principe de la non-incrimination, dans la mesure où il lui sera appliquée une sanction, de nature pénale, sans qu'un juge n'ait réellement établi sa culpabilité à l'issue d'un débat public et contradictoire. Pendant que le droit du procès équitable est de plus en plus reconnu en droit comparé, plusieurs procédures prennent particulièrement aujourd'hui en compte l'aveu, tant dans le cadre des MARC, particulièrement de la médiation (B) que des procédures autonomes, sommaires ou rapides (A). Malheureusement, la prise en compte de l'aveu n'apparaît pas dans les textes congolais relatifs à la médiation, elle ne fait non plus objet d'une procédure spécifique. Mais, son analyse en droit comparé demeure utile pour saisir le contour juridique du consensus et du compromis auquel ils appellent.

⁶¹⁵TADROUS S., *La place de la victime dans le procès pénal*, Thèse, Montpellier 1, 2014, pp.284-285.

⁶¹⁶CHALUS D., « La dialectique aveu – droit au silence dans la manifestation de la vérité judiciaire en droit pénal comparé », *RJT*, 321, (2009)43, pp. 322-362, spéc. p.349. L'auteure précise que la reconnaissance des faits ou de la culpabilité reste, si pas un aveu, une forme d'aveu. Pendant que certaines doctrines (espagnoles ou italiennes) estiment prétendent qu'en dépit de fortes similitudes dans leur régime juridique, particulièrement de leur admission comme preuve par le juge, le plaider-coupable et les aveux ne sont pas identiques. Voir aussi ARCAUTE-DESCAZEUX M.J., *L'aveu. Essai d'une contribution à la justice négociée*, Thèse, Toulouse I, 1998, pp. 66-108 ; PANDELON G., *La question de l'aveu en matière pénale*, Thèse, Aix-Marseille, 2012, p.249 ; TIEDEMANN K., « Rapport général », *RIDP*, (1993)64, n° 833, note 80, p.840.

⁶¹⁷PRADEL J., « Le plaider coupable. Confrontation des droits américain, italien et français », *RIDC*, 2005, pp.476-477.

⁶¹⁸L'aveu fut longtemps considéré comme la reine des preuves (*probatio probatissima*). LAINGUI A. & LEBIGRE A., *Histoire du droit pénal*, T.2 : La procédure criminelle, Cujas, 1979, pp. 24, 64, 112 et svt. ; MERLE R. & VITU A., *Traité de droit criminel*, T.2 : Procédure pénale, Cujas, 5^{ème}éd., Paris, 2001, p.234.

⁶¹⁹Article 428 CPP, art. 32 Titre préliminaire et 47bis, §§ 2 et 3 CIC.

A. Reconnaissance de la culpabilité, mécanisme autonome

306/. En tant que mécanisme autonome, la prise en compte de l'aveu se fait plutôt sous formes des modalités particulières de l'exercice de l'action publique et ne constituent, naturellement pas, des procédés de justice restaurative. Le paradigme de ce mécanisme est le « *plea bargaining* » américain et anglais, le « *patiggamento* » italien (art. 444 al 1 CPP) ou encore la « *comparution avec reconnaissance préalable de la culpabilité* » française (art. 495-7 à 495-16 CPP). Ces mécanismes tels qu'organisés dans leurs pays respectifs ont bien souvent soulevé la problématique de leur conformité à certains principes pénaux, voire constitutionnels, précités que leur validité tient sur un jeu d'équilibre parfois monté de toute pièce. L'on retrouve aussi cette réserve dans la recommandation du Comité des ministres du Conseil de l'Europe qui encourage les Etats-parties à instituer, chaque fois que les traditions constitutionnelles et juridiques le permettaient, la procédure des *guilty pleas*⁶²⁰. Mais, leur soutien majeur provient de la CEDH dont la jurisprudence constante⁶²¹ rappelle que ces procédés s'intègrent parfaitement dans le respect de la Convention et qu'ils emportent, en contrepartie des avantages offerts par eux, sur la renonciation à certaines garanties du procès équitable. D'autres soutiens internes sont aussi à relever. En France par exemple, la Commission Justice pénale et droits de l'Homme (en 1989) et certains rapports parlementaires⁶²² préconisent de traiter différemment les affaires pénales selon que l'accusé reconnaisse ou non les faits qui lui sont reprochés et estime qu'en cas de plaider de culpabilité, la mise en œuvre d'une procédure allégée paraît appropriée. En Angleterre, des Commissions royales⁶²³, réunies pourtant à la suite de révélation des graves erreurs judiciaires commises par l'institution policière, ne remettent pas en cause, dans son principe, la possibilité offerte à l'accusé de reconnaître sa culpabilité.

307/. Ayant inspiré tout le système romaniste et faisant, de ce fait, l'objet d'une littérature juridique abondante que variée, le « *plea bargaining* » anglais ne sera pas ici analysé. Bien plus, la conception de la justice et l'administration de la preuve ne sont pas identique dans le système romaniste qu'anglo-saxon qu'une telle analyse ne nous sera pas

⁶²⁰ Rec. n°R (87)18 du 17/09/1987, Com. Min. concernant la simplification de la justice pénale, §III. a.7-a.8.

⁶²¹ CEDH : 27/02/1980, n° 6903/75, *Deweert c/ Belgique*, §49-53 ; 20/06/2002, n° 54767/00, *Borghi c/Italie*.

⁶²² La documentation française : Rapport de la Commission Justice pénale et droits de l'homme, « La mise en état des affaires pénales », 1991, pp. 21-21, 111-112 ; Rapport GUINCHARD, « L'ambition raisonnée d'une justice apaisée », juil.2008, pp.131, 143-144, Rapport LEGER, « Comité de réflexion sur la justice pénale », 01/09/2009, pp.42-45 ; Avant-projet du futur Code de procédure pénale, version 01/03/2010.

⁶²³ « Commission Philips » : Royal Commission on Criminal Procedure, Report Cmnd 8092, London, HMSO, 1981 ; « Commission Runciman » : Royal Commission on Criminal Justice (RCCJ), Report Cm 2263, London, HMSO, 1993, p.110-114.

d'une grande utilité. Nous ne nous attarderons ici que sur les systèmes français et italien. Le choix de ce second système juridique, qui ne fait pourtant pas partie de notre cadre de référence, est motivé par le souci d'étendre notre panel de référence à d'autres systèmes romanistes dans la mesure où ces procédés autonomes de reconnaissance de la culpabilité ne sont pas consacrés en droit pénal belge. Ce qui nous permet aussi de démontrer que le droit français n'est pas le seul système romaniste à adopter ce mécanisme.

308/. La reconnaissance préalable des faits en droit français : La composition pénale et le CRPC. Deux procédures consacrées en droit français utilisent cet aspect de la justice restaurative, à savoir; la composition pénale et comparution avec reconnaissance préalable de la culpabilité (CRPC). L'on pourrait aussi ajouter un troisième procédé (l'ordonnance pénale⁶²⁴). Mais cette dernière n'est pas à notre avis une reconnaissance préalable de la culpabilité de l'auteur : il s'agit plutôt d'un jugement écrit, sans audience et débat contradictoire, à la suite d'une procédure rapide et abrégée portant sur des faits simples et établis. Bien plus, contrairement aux deux autres, le consentement de l'auteur intervient ultérieurement dans l'ordonnance pénale, avec l'absence de réclamation ou d'opposition. Enfin, cette procédure s'applique généralement aux contraventions qui n'exigent pas l'élément intentionnel pour être établies et, depuis la loi Perben 1, à certains délits bien déterminés.

309/. La composition pénale. Le premier procédé français de reconnaissance de culpabilité est une alternative aux poursuites prévue par les articles 41-2 et 41-3 CPP (modifié par la loi n°2011-267 du 14/03/2011) mais à la différence de toutes les autres alternatives, elle implique la reconnaissance de la culpabilité et constitue une sanction pénale étant donné qu'elle est inscrite au bulletin n°1 du casier judiciaire (art. 41-2, 18° al.9 CPP). Elle est applicable aux infractions punissables de peine d'amende ou d'emprisonnement qui n'excède pas cinq ans, dont les auteurs, y compris les mineurs âgés d'au moins treize ans⁶²⁵, ont reconnus les faits, et pour lesquels l'action publique n'a pas encore été mise en mouvement. Elle est, par contre, exclue en cas de délits de presse, des délits politiques et des homicides involontaires (art. 41-2 CPP). « Dans la pratique, son domaine d'application regroupe essentiellement les infractions de masse, comme la conduite sous l'empire d'un état

⁶²⁴ Article 495-1 CPP et svt., art. 524 à 528-2 CPP.

⁶²⁵ L. 05/03/2007 relative à la prévention de la délinquance.

alcoolique; ce sont souvent des primo-délinquants qui en bénéficient »⁶²⁶. Le Procureur propose au délinquant, hormis celles qui sont propres aux mineurs et prévues par la loi de 2007 précitée, une ou plusieurs des dix-sept mesures ou obligations énumérées dans la loi. Il saisit ensuite le président du tribunal pour valider la composition après que le délinquant, et ses représentants légaux⁶²⁷ lorsqu'il s'agit d'un mineur, ait donné son [leur] accord sur la proposition. Le président du tribunal peut demander à entendre l'auteur des faits et la victime, assistés, le cas échéant de leur conseil ; et sa décision sur la demande d'homologation, quelle qu'elle soit, n'est pas susceptible de recours. En cas de validation, les mesures décidées sont mises à exécution ; et, lorsqu'elles sont réellement et entièrement exécutées, elles éteignent l'action publique (art. 41-2, 17° al. 9 CPP). Ce qui n'empêche pas, pour autant, la partie civile de citer directement l'auteur devant le tribunal correctionnel qui statuera alors « à juge unique », sur les intérêts civils ou la réparation⁶²⁸.

310/. **La comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité (CRPC).** Tandis que le second, instaurée par la loi Perben 2(art.495-7 à 495-16 CPP), est aujourd'hui considérée, à juste titre, comme une variante⁶²⁹ de la composition pénale: celle-ci étant le pendant, avant la poursuite, de celle-là. Le schéma est le même: accord du parquet poursuivant et de la personne poursuivie, qui reconnaît les faits ou sa culpabilité, sur la peine à subir et homologation de l'accord par le président du TGI ou son délégué. L'initiative de la CRPC peut émaner soit du procureur devant qui est déférée une personne à l'issue d'une enquête, soit de la personne concernée elle-même, au moment de déferrement ou par lettre recommandée avec accusé de réception lorsqu'elle reçoit une citation directe ou une convocation de justice. En vertu de l'article 495-8, le procureur choisira une ou plusieurs des peines principales ou complémentaires encourues pour l'infraction concernée mais qui ne peuvent excéder un certain plafond⁶³⁰. Ce qui traduit, « d'une certaine manière, la récompense

⁶²⁶ HERZOG-EVANS M. et ROUSSEL G., *Op. cit.*, p.119.

⁶²⁷ Voir les articles 41-2 CPP et 7-2 Ord.1945. Rappelons, par ailleurs, que pour les mineurs, la présence de l'avocat est obligatoire et que c'est le juge des enfants qui valide la composition.

⁶²⁸ Voir : Crim., 24/06/2008, BC, n°162 ; SOYER J.C., *Op. cit.*, p.303; PRADEL J.[2015], *Op. cit.*, p. 590, note 4. A ce sujet, le dernier auteur martèle là un cas le juge pénal, non civil, est saisi pour statuer uniquement sur l'action civile.

⁶²⁹ Le professeur Jean PRADEL J. [(2015), *Op.cit.*, p.588], s'interroge, d'ailleurs, sur la survie de la composition pénale après adoption de la CRPC.

⁶³⁰ En cas d'emprisonnement, la peine proposée ne peut excéder un an, ni la moitié de celui qui est encouru. Et, ce malgré l'extension par la L. n°2001-1862 du 13/12/2011 relative à la répartition des contentieux et à l'allègement de certaines procédures juridictionnelles de la procédure à tous les délits. L'accord prévoit également les modalités d'application (art. 172.6 CPP : peine ferme ou aménagée, sursis). Et, en cas d'amende, elle ne peut dépasser le maximum de l'amende encourue.

de l'aveu de l'intéressé qui permet ainsi à l'administration judiciaire de gagner du temps »⁶³¹. L'auteur dispose, pour donner son accord, d'un délai de dix jours durant lequel il peut soit être laissé en liberté, soit être mis sous contrôle judiciaire ou sous surveillance électronique par le JLD, soit être placé en détention provisoire si le Procureur avait proposé une peine d'emprisonnement ferme d'au moins deux mois à mettre immédiatement en application. Si l'offre est acceptée, elle est soumise au TGI où la victime sera invitée à comparaître pour solliciter la réparation de son préjudice (art 495-13 CPP). Lors de l'audience publique d'homologation, à laquelle n'est pas tenu d'assister le ministère public (art. 495-9 CPP)⁶³², le juge vérifie que la peine proposée se trouve justifiée en raison des circonstances de l'infraction et de la personnalité de son auteur : « il n'est pas tenu par l'aveu de la personne concernée ainsi que la régularité de la qualification juridique »⁶³³. L'ordonnance d'homologation produit les mêmes effets qu'un jugement. Le ministère public ne dispose que d'un appel incident à la suite d'un appel principal de la personne condamnée. En cas de refus de la proposition (par l'auteur) ou du rejet d'homologation (par le juge), le Procureur exerce l'action publique par les autres modes possibles. Rappelons, toutefois, que contrairement à la composition pénale « la CRPC n'est pas une alternative à la poursuite mais une forme de poursuite et de jugement rapide des délits. Elle s'apparente également à l'ordonnance pénale dans la mesure où le juge statue sans débat contradictoire préalable portant sur la culpabilité du prévenu et à partir des seuls éléments du dossier que lui a préalablement communiqués le ministère public. Dans les trois cas [ordonnance pénale, composition pénale et CRPC], étant rapidement fixés sur leur sort, les mis en cause peuvent exécuter la sanction au plus tôt et selon des modalités convenues, afin d'éviter des frais et échapper à l'incertitude d'une audience qu'ils redoutent »⁶³⁴.

311/. La reconnaissance préalable des faits en droit italien : le « patteggiamento » (art. 444 al 1 CPP). Le choix de plaider coupable supprime généralement tout débat sur la culpabilité. Le juge n'a plus qu'à se prononcer alors sur le montant de la peine. Mais le procédé

⁶³¹ HERZOG-EVANS M. et ROUSSEL G., *Op. cit.*, p.136.

⁶³² Les réserves d'interprétation : C.Const. n° 2004-492DC, 02/03/2004 ; Le procédé de la double convocation : art. 129 L. n° 2009-526 du 19/05/2009 de simplification et de clarification du droit et d'allègement des procédures, C. Const. n°2010-77 QPC, 10/12/2010. Voir aussi L.n° 2005-847 du 26/07/2005 précisant le déroulement de l'audience d'homologation de la CRPC ; C.const., n° 2005-520 DC, 22/07/2005 ; *contra* Cass. Avis n° 005 004P, 18/04/2005, B.C (Avis), n°1 ; C.E, 11/05/2005 D.2005,IR, 1379.

⁶³³ RASSAT M.L [2013], *Op. cit.*, p.402.

⁶³⁴ TALEB A., « Les procédures de *guilty plea* : plaidoyer pour le développement des formes de justice "négociée" au sein des procédures pénales modernes. Étude de droit comparé des systèmes pénaux français et anglais », *RIDP*, 2012/1, vol. 83, pp. 89-108. Lire aussi art. 495 CPP.

adopté par le droit italien va plus loin que cette approche, il s'étend même à la négociation de la peine à appliquer qui n'est pas une latitude laissée au Procureur comme c'est le cas en droit français. En effet, dans ce système juridique, il est prévu une procédure de négociation de peine sur requête des parties, communément appelée « *patteggiamento* », qui intervient au stade précoce de l'enquête étant donné qu'elle vise le prononcé d'un jugement, sur la base d'un accord sur la peine, sans un procès ordinaire. Il s'applique aux infractions punissables d'une peine de cinq ans d'emprisonnement au maximum (avec ou sans amende) mais aussi dans certains cas, des infractions punies de sept ans et demi d'emprisonnement, au plus⁶³⁵. Il ne concerne (ou ne vise) pas la culpabilité du prévenu, même si celle-ci est présumée. Son initiative appartient au procureur et à la partie poursuivie. Cette dernière renonce simplement à se défendre, notamment en produisant pas les témoins, lors d'un procès ordinaire : il ne s'agit pas ici d'un aveu spontané mais d'un aveu négocié. Si la proposition de peine du ministère public n'est pas acceptée par la défense, on en revient à la procédure ordinaire ; lorsque le ministère public rejette la proposition formulée à l'audience préliminaire par la défense, celle-ci peut toujours la renouveler in *limine litis* devant le juge du *dibattimento* qui peut l'accepter. L'accord est soumis, sous forme de requête, au juge qui prononce, par jugement motivé et en audience publique, la peine convenue s'il estime que les conditions du *patteggiamento* sont respectées et après avoir vérifié la qualification juridique des faits et son application aux circonstances exposées par les parties. Toutefois, selon la Cour constitutionnelle, le contrôle du juge peut s'étendre au choix de la peine négociée sous l'angle de sa conformité aux exigences de la réhabilitation. La décision du juge prend la forme d'une décision équivalente à un prononcé de condamnation, mais de manière à favoriser le mécanisme et à accélérer la procédure. Le Législateur a prévu qu'il n'y ait pas de condamnation aux frais de justice, ni peines accessoires ou mesures de sûreté, sauf les confiscations. Le juge ne statue pas sur les intérêts civils, obligeant la victime à saisir le juge civil. La décision n'est pas susceptible d'appel, sauf par le ministère public en cas de désaccord sur la requête d'application de peine du prévenu. Si le juge refuse d'avaliser l'accord, la procédure ordinaire reprend son cours⁶³⁶.

312/. La non-consécration des mécanismes de reconnaissance de culpabilité en droits belge et congolais. La manifestation de la vérité étant l'objectif capital du procès pénal, elle est recherchée par tout moyen. Contrairement à la loi civile qui détermine les modes de

⁶³⁵ JACOBS A.[2011], *précit.*

⁶³⁶ *Idem.*

preuves, leur admissibilité ainsi que leur valeur probante (hiérarchie), le droit pénal admet tous les modes de preuve, pourvu qu'ils soient recueillis *légalement et régulièrement* et qu'elles puissent être librement et contradictoirement *débattus*⁶³⁷. Hormis, la loyauté, la légalité et l'appréciation souveraine du juge (l'intime conviction), cette liberté de preuve est aussi limitée par le formalisme dont requiert la loi pour l'accomplissement de certains actes de procédures. Ces derniers, dans ce cas, se voient généralement reconnaître une valeur probante qui lie le juge jusqu'à preuve contraire⁶³⁸. Ainsi, l'aveu ne jouit, en principe, d'aucun régime particulier en droits pénaux belge et congolais : il ne vaut que comme présomption de culpabilité dépendamment des circonstances dans lesquelles il a été obtenu⁶³⁹. Mais la réalité démontre parfois, le contraire : malgré ces restrictions, la place de l'aveu est parfois complexe en droit moderne, en occurrence belge et français. Premièrement, il faut souligner que peu importe le système juridique, l'aveu constitue, d'une part, la preuve irréfutable dans les représentations collectives, et d'autre part, un rempart contre l'erreur judiciaire et souvent une tentation⁶⁴⁰ pour l'intervenant judiciaire, comme il peut être une stratégie pour la défense. Une fois obtenu, il pousse naturellement à l'économie des moyens et du temps par une mise en état sommaire de l'affaire. Deuxièmement, même s'il n'est pas permis aux intervenants judiciaires, de marchander, même dans l'intérêt des parties ou de la société, un aveu, contre la promesse d'une clémence, – lequel principe a conduit la Cour constitutionnelle belge à invalider la disposition législative conditionnant la médiation à la reconnaissance de la culpabilité –, ce paramètre n'est pourtant pas totalement exclu de la pratique de la médiation et de la transaction pénale. Enfin, endroit congolais où la police judiciaire et le parquet manquent considérablement des moyens matériels et scientifiques pour récolter les preuves afin de rétablir la vérité et de démontrer la culpabilité de l'auteur, l'aveu constitue la preuve principale. Récolté parfois par des moyens illégaux, tels que la torture, l'intimidation, l'épuisement consécutif à une très longue détention, des fausses promesses de l'intervenant judiciaire ou même par peur de courir le risque d'une procédure pénale humiliante, longue et

⁶³⁷ *Crim.*, [be.], 04/12/2007.

⁶³⁸ DU JARDIN J., « Belgique, les principes de procédure pénale et leur application dans les procédures disciplinaires », *RIDP*, 3/2003, vol. 74, pp.801-820, [en ligne] <http://www.cairn.info/revue-internationale-de-droit-penal-2003-3-page-801.htm>; FRANCHIMONT M, MASSET A. & JACOBS A., *Op. cit.*, pp.1175 et svt.; RUBBENS A., *L'instruction criminelle et la procédure pénale*, T.III, PUC, Kinshasa, 1954, pp.131-136.

⁶³⁹ DE SMET B. « La valeur de l'aveu en matière pénale », *RDPC*, 1994, p.631 ; MUKADI BONYI, « De la valeur probante de l'aveu dans le procès pénal », *RJZ*, n°1 et 3, 1977, pp.50-65.

⁶⁴⁰ CHALUS D., *art. précit.*, Spéc. pp.346.

coûteuse, cet aveu dès qu'il est coulé dans un acte de procédure (PV d'audition), lie curieusement, au moins sur le plan psychologique, même le juge⁶⁴¹.

313/. L'apparente reconnaissance du « plaider-coupable » en DPM congolais par son assimilation à l'aveu. La situation, voire la nature juridique, du plaider-coupable est complexe en droit congolais. Cette procédure est totalement inconnue dans ce système juridique jusqu'à ce que la LPE l'évoque. En effet, la LPE pose un principe fondamental, sous peine de nullité de procédure, interdisant de contraindre le mineur à plaider coupable (art. 109 pt.9 LPE). Ce qui sous-entend, à *contrario*, la consécration et la validité implicites cette procédure lorsque ; d'une part, elle concerne uniquement un ECL (puisque comme nous venons de le dire, le mécanisme est inconnu en droit pénal commun), et d'autre part, elle se déroule sans contrainte ou un autre moyen de pression. Malheureusement, l'on ne peut se prononcer davantage : il n'est nullement fait allusion à cette procédure dans les autres dispositions de la LPE ainsi que de ses mesures d'application au point que ladite institution constitue un objet juridique non identifié, fruit d'une copie aveugle des normes d'origine étrangère. Bien plus, la doctrine congolaise a parfois tendance à assimiler le « plaider-coupable » à l'aveu. C'est dans ce sens qu'un auteur congolais a estimé qu'en utilisant cette expression [plaider-coupable], la Législateur « a fait plutôt allusion aux aveux extorqués au mineur par la contrainte physique ou morale. Il va sans dire que la procédure pénale congolaise ne retient pas comme moyen de preuve les aveux obtenus dans pareilles circonstances, ni ceux obtenus par ruse »⁶⁴². Une telle analyse n'a lieu. D'une part, elle sous-tend une idée erronée d'après laquelle le plaider-coupable n'a rien d'une procédure autonome comme nous l'avons décrit en droit comparé : il n'est rien d'autre que l'aveu. D'autre part, elle tend à trouver une excuse au Législateur qui n'aurait pas hésité à utiliser le terme « *aveu* » en lieu et place du « *plaider-coupable* ».

⁶⁴¹ Voir note de plaidoirie de Me. NGOY Théodore dans l'Aff. Assassinat Professeur MBOMA MUYOLO : Auditeur Général des Forces Armées de la RDC c/ Dame Sinzidi L. Caroline, RMP n° 232/BBM/04, 01/09/2004, TMG/Kinshasa-Ngaliema [en ligne] <http://www.theodorengoyavocat.org/upload/Barreau%20La%20question%20de%20la%20preuve,%20assassinat%20du%20professeur%20Mboma,%20Notes%20de%20plaidoirie.doc> ; TGI/Uvira, RP 1670, 27/06/2006 et RP 1465, 29/09/2008, In « Etude de jurisprudence en matière des violences sexuelles en droit [congolais] commun », ASF, 05/2012, pp.8, 37 http://www.asf.be/wp-content/uploads/2015/10/ASF_RDC_BanalisationViol_EtudeJurisprudence_2012.pdf ; TGI/Kinshasa-kalamu, RP 11.154/11.555/11.156, 17/12/2001, Affaires dites des Kimbanguistes.

⁶⁴² KASHAMA NGOIE S., « Procédure devant le tribunal pour enfants », *Séminaire de formation organisée par l'UNICEF/BICE*, Kinshasa, juin 2016, [en ligne] <http://www.ajpmonde.org/wp-content/uploads/2015/01/La-proc%C3%83%C2%A9dure-devant-le-tribunal-pour-enfants.pdf>, consulté 04/02/2016.

314/. **L'encadrement du cadre de formulation de l'aveu en droit comparé.** En définitive, il existe un encadrement similaire des procédés de « plaider coupable » en droit comparé. En effet, l'effectivité de toute justice pénale dans un Etat de droit est conditionnée aujourd'hui par son caractère légitime, particulièrement en ce qui concerne le respect des droits de l'accusé. Le problème posé par les procédures sus-évoquées est qu'elles se fondent sur un aveu formulé dans un cadre judiciaire et ayant pour conséquence l'orientation de la réponse pénale pendant qu'il est de principe que le juge pénal n'est lié par ce moyen de preuve qui ne correspond toujours pas à la réalité. Ces mécanismes doivent alors, pour leur validité, offrir certaines garanties juridiques particulièrement celles entourant les circonstances dans lesquelles ils sont formulés. Ces garanties se résument simplement en une obligation : le caractère éminemment volontariste du procédé et des révélations (aveux) qui en découlent. D'une part, la personne poursuivie doit donner son accord à la fois pour le référencement au mécanisme (en amont) et pour la sanction qui lui sera proposée (en aval). D'autre part, l'aveu doit être formulé librement, en dehors de toute contrainte ou ruse injustifiée et en connaissance de cause⁶⁴³. Cet aveu peut-être spontané (comme en droit français) ou négociée (comme en droit italien ou anglais) mais lie, dans tous les cas, les parties. Pour maintenir aussi une certaine égalité des armes entre l'accusé et la partie poursuivante (Ministère public), celle-ci engage sa responsabilité dès qu'elle ne se conforme pas à l'accord initial ou aux promesses données ou ne fait assister l'accusé par un conseil avant la signature de l'accord. La présence obligatoire de l'avocat constitue aussi une garantie supplémentaire pour le droit d'accès au juge et la présomption d'innocence. L'avocat doit faire comprendre à son client les conséquences de sa décision et surtout qu'il n'est pas tenu de plaider coupable lorsqu'il n'a pas commis les faits. Enfin, quoi que lié aussi par l'accord, intervenu entre la partie poursuivante et l'auteur des faits, lorsqu'il a été formulé avant la phase sentencielle, l'intervention du juge, garant des libertés individuelles, est toujours requise.

B. Reconnaissance de culpabilité, condition de fond de la médiation

315/. **La consécration du principe en droit comparé.** La reconnaissance de la culpabilité se retrouve également dans la médiation telle qu'organisée en droit français et belge. En effet, sur le plan du fond, la médiation n'est possible en droit français qu'à la réunion

⁶⁴³ En France, ces exigences sont consacrées par la loi et confirmée par la jurisprudence. (*Crim.* 02/03/1971, 17/10/1991 ; C.Const. : n°2004-492DC, cons.111 et n° 2010-77QPC, 10/12/2010, §5-7). En Angleterre, ces exigences sont consacrées par la *Turner Rules* et la *Goodyear trial*. Voir aussi TULKENS F., « Negotiated justice » in SPENCER J.R et DELMAS-MARTY M. (éd), *European criminal procedures*, Cambridge University Press, 2002, pp. 664-668.

de deux catégories de conditions; d'une part, les conditions alternatives énumérées par les dispositions du premier alinéa de l'article 41-1 CPP (le dédommagement de la victime, la cessation du trouble né de l'infraction et le reclassement de l'auteur), d'autre part, les conditions incidentes et indispensables (l'identification de l'auteur et de la victime, *la reconnaissance des faits par l'auteur* et surtout, l'appréciabilité du montant du dommage ainsi que la renonciation de poursuite par le ministère public)⁶⁴⁴. Même la médiation-réparation consacrée en droit des mineurs se déroule sur base de ces mêmes principes. Quant au droit belge, la médiation et la CRG peuvent être proposées par le procureur du Roi et par le juge ou le tribunal de la jeunesse lorsque conditions suivantes sont réunies (art. 37bis, §1er et 45quater, §1^{er} LPE) : l'existence des indices sérieux de culpabilité, la reconnaissance des faits par l'intéressé et l'identification de la victime. Mais, près d'une année après l'entrée en vigueur des dispositions relatives à la médiation et à la CRG, la C.Const. belge, dans son arrêt n° 50/2008 du 13/03/2008, a invalidé les dispositions relatives aux deux premières conditions en affirmant que « le choix du législateur présente (...) un défaut majeur en ce qui concerne l'impartialité du juge, le respect de la présomption d'innocence et le droit au silence » (§.B.15.13). Néanmoins, elle reconnaît que dans la pratique, la reconnaissance des faits par le jeune apparaît assurément liée au travail de prise de conscience de ses actes et se révèle être un élément important dans le *processus de responsabilisation* du jeune (§.B15.17).

316/. **La non-consécration du principe en droit congolais.** Mais le législateur congolais est resté silencieux à ce sujet. Il évoque, comme nous l'avons déjà souligné, l'hypothèse d'une procédure de « *plaider-coupable* » (art. 104 pt.9 LPE) sans en instaurer et définir les modalités. L'on ignore totalement les conséquences de cette procédure à la fois sur l'instance devant le JPE que sur celle déferée en médiation. Eu égard à ce qui vient d'être développé, l'on ne peut réfuter les enjeux de l'aveu, quelle que soit sa forme ou la dénomination donnée dans la médiation. L'on s'interroge, donc, sur le déroulement des procédés de justice restaurative s'ils ne sont pas soumis à une reconnaissance préalable des faits par leur auteur. Quel intérêt aurait l'ECL à présenter à la victime des excuses verbales ou écrites ou de réparer les conséquences d'un acte qu'il n'aura pas commis ? Quel intérêt auront les parents à consentir à la médiation s'ils sont convaincus que leur enfant ne serait pas l'auteur des faits qui lui sont reprochés ? Comment demander à la victime de renoncer, comme nous le démontrerons au paragraphe suivant, à certains aspects de son action si au retour l'auteur des

⁶⁴⁴Lire avec intérêt MBANZOULOU P., *La médiation pénale*, L'harmattan, 2^{ème} éd., Paris, 2004.

faits n'a aucune concession à faire ? D'ailleurs, certaines études ont démontré les efforts considérables des victimes, de plus en plus critiqués par les associations de défense de leurs droits, qui n'étaient toujours pas compensés ou reconnus à juste titre. Comment réellement atteindre les objectifs⁶⁴⁵ que la loi a assignés à ce mécanisme, principalement la cessation du trouble résultant du fait qualifié de l'infraction et la réinsertion de l'ECL, s'il n'y a pas de vérité sur le déroulement des faits. A moins que l'on nous confirme que le seul objectif de ce procédé serait la réparation du préjudice causé à la victime, lequel est amplement réalisable par une action en réparation devant le juge civil. De ce fait, les visées préventive, insertionnel et pédagogique de la médiation incluent impérativement la reconnaissance des faits : le mineur-délinquant ne pourra pas renoncer à ses actes s'il ne lui est pas permis de comprendre les conséquences de ces derniers sur sa propre vie et celle des autres (la victime et sa famille, ses parents, la société). La reconnaissance des faits lui permet, non seulement d'obtenir le pardon de la victime et de la société, de ce fait, de reconquérir sa place au sein de celle-ci, mais aussi de l'inscrire dans le processus de la responsabilisation qui est aussi renforcée par le veto reconnu au mineur, via son consentement exprès, pour la médiation. La jurisprudence du TPE confirme cette hypothèse : la quasi-totalité des affaires déferées à la médiation, à l'issue d'une appréciation souveraine du juge, ont fait objet d'une reconnaissance des faits par l'auteur. Si l'on ne met pas en exergue cet aspect majeur du mécanisme, la médiation risque de se muer, au vu de la mentalité congolaise et de sa gratuité, en une voie d'évitement des tracasseries et dépenses liées à la procédure judiciaire pour les parents du mineur et la victime : point de portée réhabilitatrice ou responsabilisatrice, ni d'implication réelle du mineur. La reconnaissance des faits a conduit le juge constitutionnel belge à rejeter ce mécanisme pour motif de discrimination entre les adultes et les mineurs ; mais cet argument n'est transposable en droit congolais qui ne l'applique qu'aux mineurs.

§2. L'action exclusivement réparatrice de la victime

317/. Le terme « victime » a pris beaucoup d'importance dans la société moderne au point d'influencer sa conception sociale même sa portée juridique. L'on a toujours reproché à la justice imposée, particulièrement en matière pénale, de ne pas se concentrer plus directement sur la victime ou de la reléguer au second plan. A contrario, l'on reconnaît à la justice négociée le mérite d'avoir accordée la parole à la victime. Alors, il sied d'analyser

⁶⁴⁵ **Article 133 LPE** : « La médiation a pour objectif d'épargner l'enfant des inconvénients d'une procédure judiciaire, d'assurer la réparation du dommage causé à la victime, de mettre fin au trouble résultant du fait qualifié d'infraction à la loi pénale, et de contribuer ainsi à la réinsertion de l'enfant en conflit avec la loi ».

succinctement la place que le droit moderne et dans la justice négociée, particulièrement la médiation telle qu'organisée par la LPE, accorde à la victime (A). Et dans ce cas, comment se conjugue son action ? (B).

A. La place de la victime dans la médiation

318/. **Place de la victime dans la société moderne.** Des objectifs de la médiation pénale en droit congolais, deux sont orientés vers le mineur-délinquant et les deux autres, vers la victime. De chacun de ces deux catégories d'objectifs; un concerne directement et exclusivement les deux protagonistes (les inconvénients d'une procédure judiciaire pour le mineur-délinquant et la réparation pour la victime), un autre ne les concerne qu'indirectement et inclue aussi la société (réinsertion et cessation du trouble résultant du fait qualifié d'infraction). De par ces objectifs, l'on peut déjà déduire la place équivoque que la médiation voudrait attribuer à chaque protagoniste, en associant indirectement la société dans ce rapport à travers un soutien impartial. Cette place pourrait paraître aujourd'hui acquise mais elle est le fruit d'une longue évolution, et relève encore, de l'héroïsme ; car, comme nous le verrons, parfois, la victime a plus à perdre qu'à gagner dans la voie de la justice négociée. Alors ériger les souffrances de la victime comme seul paradigme de la justice restaurative constitue une grave erreur : son ambition est plus prometteuse autant pour la société que l'infacteur et impose à la victime, au-delà des quelques aspects bénéfiques (assurance et rapidité de la réparation), des concessions juridiques, même psychologiques, qu'il sied de relever, auxquelles elle ne serait, peut-être, pas soumise si elle optait pour la voie juridictionnelle. De prime abord, rappelons que si la notion de la « victime » est vieille comme le monde, l'intérêt qui lui a été porté en tant qu'objet social est plus récent. Après les balbutiements victimaires de fin du 19^{ème} siècle des psychanalystes (Sigmund Freud, Pierre Janet, Sandor Ferenczi et Otto Fénichel) mettant en lumière les réactions traumatiques, la victime commença véritablement à intéresser la recherche criminologique et pénale, voire, à constituer un enjeu socio-politique, qu'après la seconde guerre. Elle est aujourd'hui objet d'une étude scientifique, devenue l'un des plus en vue des sciences criminelles⁶⁴⁶. De la sphère

⁶⁴⁶ Cette discipline, dont la paternité se revendique entre Hans Von Henting (pour les anglais) et Benjamin Mendelsohn (pour les continentaux) bien que l'on s'accorde à attribuer au second la paternité du vocable qui le désigne, s'appelle « victimologie ». Sur le plan conceptuel s'opposent deux grandes écoles ; d'une part, l'école nord-américaine qui adopte une vision restrictive et pénaliste de la victime faisant de la discipline une branche des sciences criminelles, particulièrement de la criminologie (victimologie empirique ou scientifique), et d'autre part, l'école européenne qui, axée sur l'humanisme (victimologie générale) et attachée au concept extensif de « victimité », englobe aussi bien la victimisation d'origine criminelle que naturelle, politique, économique et sociale. Chaque courant de pensée a considérablement contribué à l'édification de cette discipline mais aucune d'elles n'est totalement à l'abri des critiques. Si l'on reproche à

religieuse où il tire son origine, le terme s'est d'abord doté d'une connotation morale avant de devenir une réalité sociale et un concept juridique : comme l'enfance, la victime a quitté aussi, à son tour, la sphère privée, cachée et occultée pour la sphère publique.

319/. Ce mouvement d'extériorisation et de reconnaissance de la victime dans tous les domaines de la société conduit à envisager la place que lui réserve aujourd'hui le droit. Dans le domaine juridique, cette place fait également l'objet d'une évolution qui lui est favorable. Les besoins et intérêts des victimes, qui s'expriment en termes d'assistance, d'information, d'expression, d'écoute, de participation au processus de résolution, d'empathie, de contrôle, de sécurité, et surtout, de réparation, seront l'objet d'une attention particulière. Le processus de médiation, à travers son cadre non formalisé, paraît alors idéal pour répondre à nombre de ces importants besoins. Bien que le caractère consensuel de la justice ne consacre pas, *de jure*, un aspect réparateur (et vice versa)⁶⁴⁷, il faut déjà souligner le lien latent entre l'extension des droits de victimes et les MARC. En participant à la prise de décision, les victimes se sentent traiter avec respect, dignité et équité : ce qui serait, non seulement, une issue acceptable et apaisant, mais aussi une voie excellente pour faire entendre leur histoire et leur ressenti, gages de l'évaluation de sa réparation⁶⁴⁸. Ce qui poussa l'ONU à adopter une Déclaration des principes fondamentaux de justice relatifs aux victimes de la criminalité et aux victimes d'abus de pouvoir qui énonçait que « les moyens non judiciaires de règlement des différends, y compris la médiation, l'arbitrage et les pratiques de droit coutumier ou les pratiques

la première le blâme de la victime ; à la seconde, l'inflation victimaire. Quant à l'aspect méthodologique, la victimologie de l'acte, centrée sur le rôle et les prédispositions victimogènes de la personne lésée, a laissé place au fil du temps à la victimologie de l'action (ou victimologie appliquée) qui, soucieuse de l'amélioration du sort de la victime, promouvait une prise en charge médico-psycho-sociale et l'accompagnement au long du douloureux processus de réparation. Pour plus de détails Lire : CARIO R., « La victime : définition(s) et enjeux », « La victime : définition(s) et enjeux », In *Œuvre de justice et victimes*, L'Harmattan, vol.1, Paris, 2001, pp. 11-26; *Victimologie : De l'effraction du lien intersubjectif à la restauration sociale*, L'Harmattan, 4^{ème} éd., Paris, 2012, pp.14 et sv; FATTAH E.A , « La victimologie : entre les critiques épistémologiques et les attaques idéologiques », *Déviance et société*, vol. 5, n°1, 1981, pp.71-92, [en ligne] http://www.persee.fr/web/revues/home/prescript/article/ds_0378-7931_1981_num_5_1_1761; FILLIZOLA G. & LOPEZ G., *Victimes et victimologie*, PUF, col. Que sais-je?, Paris, 1995 ; HARRATI S. (dir), *Et si la victime n'existait pas*, L'Harmattan, Paris, 2013 ; JOSSE E., « Victimes, une épopée conceptuelle. Première partie : Définitions », 2006 en ligne sur <http://victimology.be>, Zone professionnelle, articles ; LE ROY J.[2013], *Op.cit.*, pp.17-32 ; LOPEZ G., *La victimologie*, Dalloz, Paris, 2010 ; MENDELSON B., « La victimologie et les besoins de la société actuelle », *RICPT*, 1973, pp.267-276 ; PIN X., « La privatisation du procès pénal », *RSC*, 2002, 245. Voir aussi, SALAS D., *La volonté de punir : Essai sur le populisme pénal*, Hachette, 2005.

⁶⁴⁷ FERNANDEZ-BERTIER M. et LECOQ A., *op. cit.*, spéc. p.220, note 16.

⁶⁴⁸ La réparation sollicitée par la victime n'est pas forcément de nature pécuniaire, elle peut revêtir plusieurs modalités tels que les excuses (orales ou écrites), la restitution, la réparation en nature ou encore des moyens de nature à éviter la réitération de la situation à l'origine de l'infraction.

autochtones de justice, doivent être utilisés, s'il y a lieu, pour faciliter la conciliation et obtenir réparation pour les victimes »⁶⁴⁹ et obtenir réparation.

320/. **La place de la victime dans le procès pénal.** Sur le plan supranational⁶⁵⁰ que national⁶⁵¹, plusieurs textes, ayant pour but reconnaître un statut particulier de la victime et lui accorder plus de place dans le procès pénal, ont ainsi été adoptés, quoi que le fossé soit encore grand entre la lettre et la pratique, entre la victime « singulière », accompagnée au quotidien par les professionnels de terrain, et la victime « virtuelle » ou « invoquée »⁶⁵². Dans certains systèmes juridiques, comme la France et la Belgique (art. 5bis Titre préliminaire CPP), on reconnaît la qualité de victime même en dehors du procès pénal (constitution de la partie civile) ou encore à ceux qui n'auront pas subi directement le préjudice causé par l'infraction. Cette évolution des mentalités a tiré également profit du sentiment général d'insécurité et du contexte socio-politique mondial. Ce sentiment influence les politiques pénales des Etats modernes au point de se préoccuper davantage à la prévention de la victimisation et de la restauration de la victime qu'à la réinsertion de l'auteur. La misère, toujours grandissante en Afrique causée par la mauvaise gouvernance et des tensions politiques récurrentes, couplée à la crise économique aux effets multilatéraux frappant les grandes économies occidentales et au néo-libéralisme, ne laissent plus beaucoup de place au misérabilisme ou à l'humanisme. Le « chacun pour soi » s'érige aujourd'hui en principe social étant donné que tous sont soumis aux mêmes difficultés. L'on n'est de plus en plus moins tolérant à l'égard de la délinquance, surtout lorsqu'elle provient des mêmes personnes, mais l'on porte plus de sympathie à l'égard de la victime. « Le centre de gravité se déplace du délinquant vers la victime, installant le traumatisme et la réponse que la justice est capable d'y apporter en arrière-plan de notre système politique et judiciaire »⁶⁵³. La société porte aujourd'hui plus son regard sur la victime plutôt que la réinsertion de l'infacteur, mineur soit-il. Devenant une réalité sociale irréfutable, cette sympathie (ou aspiration) victimaire doit, sans doute, être canalisée de peur qu'elle suscite un sentiment d'injustice ou de laxisme ou provoque un rejet de l'institution judiciaire, dangereux pour l'ordre social.

⁶⁴⁹ Rés. 40/34 du 29/11/1985, ONU/AG, §.7.

⁶⁵⁰ Conseil de l'Europe : Rés. 77/27, 28/09/1977 et Rec. (2000)19, 06/10/2000 ; U.E : Règl. n° 44/2001, 22/12/2000 ; Déc.-cadre, 2001/220/JAI, 15/03/2001 ; CPI : art. 68-3 Statut, règles 85-86 RPP.

⁶⁵¹ **France** : L. 15/06/2000, 09/09/2002 et 09/03/2004 ; **Belgique** : L. 12/03/1998, 13/04/2004, 17/05/2006.

⁶⁵² CARIO R., « La justice restaurative : vers un nouveau modèle de justice pénale ? », AJ pénal, 2007-9, pp.372-375.

⁶⁵³ VAN DEN BOGAARD C., « Victimes, Introduction », in *Passes murailles, Victimes*, Publication GENEPI, mars/avril 2008, p.62.

321/. De ce fait, le droit d'action de la victime devant le juge pénal structure profondément les systèmes judiciaires. Au fil du temps, la victime a vacillé entre une exclusion et une reconnaissance considérable dans le procès pénal⁶⁵⁴. Sa place est, encore aujourd'hui, objet de trois principales déclinaisons en droit comparé⁶⁵⁵. La première vise à l'exclure totalement du procès pénal. Elle se caractérise par une séparation nette entre l'action civile en réparation du dommage qui est reconnue à la victime et exercée devant les juridictions civiles d'une part, et l'action publique exercée au nom de la société exclusivement devant les juridictions pénales. C'est le cas des législations anglo-saxonnes, spécialement le droit anglais, américain et canadien. Dans ces systèmes, la question de la réparation de la victime peut aussi et parfois faire l'objet d'une « incursion » extrêmement limitée devant les juridictions pénales : c'est le cas, par exemple, de la procédure anglaise de « *compensation order* » qui permet à la victime de se voir accorder par le juge pénal une somme plafonnée pour certaines infractions déterminées. La deuxième reconnaît à la victime une action devant le juge pénal. Cette action n'est pas autonome mais subsidiaire (en soutien) à celle du ministère public : elle est de nature purement pénale et se distingue de l'action en réparation toujours ouverte devant les juridictions civiles. C'est le cas notamment du droit allemand, néerlandais ou suisse. Ici aussi quelques aménagements peuvent être considérés notamment en droit allemand, par exemple, où la procédure (qualifiée d' « accusation privée ») permet aux victimes de prendre l'initiative de la poursuite à la place du ministère public lorsque ce dernier refuse de poursuivre (« *Privatklage* ») ou de se joindre à une poursuite déclenché par ce dernier en se déclarant « plaignant accessoire » (« *Nebenklage* »). Enfin, dans la troisième, l'action de la victime reste subsidiaire à celle du ministère public mais la victime dispose de certaines prérogatives pénales, telles la mise en mouvement et l'exercice de cette action devant les juridictions répressives ainsi que la participation à la recherche de la vérité. C'est le cas notamment du droit belge, congolais, français, espagnol ou italien.

⁶⁵⁴ Il faut souligner le lien qui existe entre le monopole de l'Etat dans la répression et la place de la victime dans le procès pénal. Plus le système est accusatoire (avant XIII^{ème} S), plus la victime occupe un rôle central et plus son action est vindicative. Et, plus le procès devient inquisitorial (après XIII^{ème} S), plus la victime perd ses prérogatives dans le procès pénal et son action est scindée de l'action pénale pour revêtir la nature civile. Enfin, depuis le renouveau victimaire (fin XX^{ème} S), les lignes bougent de nouveau. Voir SEGAUD J., *Essai sur l'action publique*, Thèse, Reims Champagne-Ardenne 2010, § 379 et svt ; TADROUS S., Thèse préc., pp.17-18.

⁶⁵⁵ LEMMASSON A.T., *La victime devant la justice pénale internationale : pour une action civile internationale*, PU Limoge, 2012, pp.18-23 ; MABANGA G., *La victime devant la CPI : partie ou participant ?*, L'Harmattan, Paris, 2009.

B. L'action de la victime dans la médiation

322/. **Double nature de l'action de la victime en droit pénal.** Le point commun entre tous les modèles sus-évoqués est la reconnaissance à la victime un droit [fondamental] à réparation du préjudice résultant de l'infraction. Mais la démarcation majeure réside sur les modalités juridictionnelles de protection de ce droit, en d'autres termes, les modalités d'exercice de cette action en justice. Si les deux premiers modèles ne l'admettent que devant le juge civil, le dernier, quant à lui, laisse l'option à la victime de l'exercer, soit devant les juridictions civiles, soit devant les juridictions pénales. Dans la dernière hypothèse son action se greffe à l'action pénale⁶⁵⁶ la dotant, dès alors, d'une nature mixte. L'on ne peut réduire une telle action à son unique aspect réparateur pendant qu'elle poursuit, aussi et souvent, la répression et est évaluée en fonction de la faute pénale commise. Cette approche, aujourd'hui confirmée par la doctrine⁶⁵⁷ et la jurisprudence⁶⁵⁸, s'explique aussi par l'option axiologique prise par ces législateurs. D'inspiration napoléonienne, les règles de procédure pénale françaises, belges et congolaises ont pour ligne de fond commune l'affirmation de la puissance de l'Etat et de son monopole dans le cheminement de l'action publique : le justiciable n'est pas naturellement acteur du procès, mais bien destinataire ou plus exactement objet du procès, c'est le procureur qui est qui est le véritable « maître de l'action publique »⁶⁵⁹. Et ce, malgré, les innombrables modifications ponctuelles connues par les deux premiers systèmes⁶⁶⁰, tendant à reconnaître une plus importante place à la victime.

323/. En effet, dans les trois systèmes juridiques de référence de notre étude, « l'action civile a souvent pour mobile principal la punition même de l'infraction, l'application de la peine qui, seule venge l'injure ou rassure la victime. Elle unit ses efforts à ceux de l'action publique et plaide en réalité pour la peine en sollicitant une réparation pécuniaire. C'est par l'effet de cet intérêt commun, qui au fond lie les deux actions, que la législation les ait

⁶⁵⁶ Articles : 2-3 al.2 CPP [fr.], 4 al.1-3 CIC [be.] et 69-70 CPP [cong.], 107-109 LO OCJ.

⁶⁵⁷ Lire avec intérêt BONFILS P., *L'action civile : essai sur la nature juridique d'une institution*, PUAM, 2000 ; BOULOC B., *Op.cit.*[2013b], n° 227 et svt ; GARE T. & GINESTET C., *Droit pénal, Procédure pénale*, Dalloz, 5^{ème} éd., Paris, 2008, n° 471 ; LE ROY J., *La Constitution de partie civile à fins vindicatives Défense et illustration de l'article 2 du CPP*, Thèse, Paris XII, 1990 ; PRADEL J. & VARINARD A., *Op. cit.*, p.635 et svt.

⁶⁵⁸ CEDH, *Tomasi c/ France*, 27/08/1992, Z c/ France, 27/06/1996, §78 ; Aït Mouhoub c/ France, 28/10/1998 ; Pérez c/ France, 12/02/2004 ; Cass. Ass. [fr.], n°06-85.751, 09/05/2006 ; Crim. n° 92-81.432, 09/11/1992 ; CPI, Déc.ICC-01/04-101, 17/01/2006.

⁶⁵⁹ GUINCHARD S. & BUISSON J., *Procédure pénale*, Litec, 2011, pp.706-708.

⁶⁶⁰ MAKAYA KIELA, *Le droit à réparation des victimes des crimes internationaux, condition de justice efficiente : L'exemple de la RD Congo*, Thèse, Aix-Marseille, 2014, pp.7-11. L'auteur dresse un état de lieu du système congolais de protection de la victime qu'il qualifie, à juste titre, de dépassé, suranné et inadapté calqué sur un droit colonial belge déjà caduc dans son pays d'origine.

longtemps confondues. Leur distinction récente n'a pu être si absolue que leurs limites ne soient restées incertaines, et que, mutuellement, elles n'empiètent sur le domaine l'une de l'autre [...] Il est un seul point qui les divise et les caractérise à la fois : l'action publique, lors même qu'elle provoque le succès de l'action civile, ne peut poursuivre, quand elle agit isolément, que dans l'intérêt général ; l'action civile, lors même qu'elle appelle le châtement, ne peut le requérir [...]. Lorsqu'elle est portée devant la juridiction répressive, l'action civile prend un caractère particulier, un caractère en quelque sorte, mixte [...] elle doit dans la forme emprunter sa procédure au code d'instruction criminelle et [...] dans le fond, son succès est rigoureusement subordonné à la constatation d'un fait comportant une qualification pénale [...] Son but, son objet même, ne sont pas absolument ceux de l'action civile proprement dite »⁶⁶¹. Cet aspect vindicatif se confirme, par ailleurs, lorsque la loi permet à la partie civile de saisir le juge pénal en vue uniquement d'une condamnation pénale de l'auteur de l'infraction, sans même un intérêt civil⁶⁶². Il devient ainsi inexact de prétendre à la nature uniquement civile de l'action de la victime. Car, en s'adressant au tribunal civil, la victime pourrait aussi obtenir, plus sûrement et plus facilement, la même réparation ; mais lorsqu'elle décide de saisir le juge pénal, le but poursuivi et, parfois non avoué, est aussi la répression du crime dont elle prétend avoir été victime.

324/. L'action de la victime est davantage vindicative d'autant plus que toutes ces nouvelles procédures tendant à l'immiscer davantage dans le déroulement du procès pénal lui permettent d'influencer dorénavant la réponse pénale. D'un côté, par les MARC, les alternatives aux poursuites et d'autres mécanismes, la victime modifie sensiblement le mode de détermination classique de la sanction pénale. S'il était vrai que l'exercice de l'action publique, principalement en ce qui concerne la sanction, lui échappe encore étant donné qu'elle ne pouvait ni proposer ni décider elle-même de la sanction qui devra être appliquée à l'auteur des faits, les législateurs modernes, notamment français et belge, font dorénavant de la victime un paramètre du paradigme punitif à tous les stades du procès. D'un autre côté, les victimes ont davantage de prérogatives lors de l'exécution des peines privatives de liberté⁶⁶³ : la loi permet parfois aux juridictions d'ajourner la prononciation de la peine ou de dispenser de la peine lorsque le reclassement de l'auteur est acquis, c'est-à-dire le dommage causé à la

⁶⁶¹ Rapport du conseiller-rapporteur TERRIER, Ar. n°567 précité, [en ligne] https://www.courdecassation.fr/jurisprudence2/assemblee_pleniere_22/terrier_conseiller_11593.html

⁶⁶² art. 380-6, 418 CPP [fr], L.641-9 al.2 C.Commerce; CEDH, 07/08/1996.

⁶⁶³ **France** : art. 132-59 à 132-60 CP ; art. 131-8-2, 1°, 132-63 à 132-65 CPP. **Belgique** : art. 195 CIC, L. 17/05/2006, L. 15/12/2013.

victime est réparé et que le trouble résultant de l'infraction a cessé ; ou encore d'entendre les victimes pour toute modification du régime de l'exécution de la peine. L'on peut, en outre, évoquer leur droit traditionnel de contester la décision rendue même dans son volet sanctionnel. On assiste à la fois à une « *pénalisation de l'action civile* » et à la « *privatisation de l'action pénale* »⁶⁶⁴. Et, les lignes se brouillent : le droit pénal, à l'origine répressif, est devenu un droit réparateur. La procédure répressive se retrouve travestie par l'intégration des intérêts de la victime et le choix de la réponse pénale apparaît dicté par la situation et par l'attitude de la victime.

325/. **La médiation, rempart contre le populisme pénal.** Si la consolidation de l'Etat moderne a conduit à limiter le recours à la vengeance privée, on assiste aujourd'hui à une inversion des paradigmes avec des institutions qui cessent de surplomber la vie sociale et de se tourner vers des sujets personnels, des personnes singulières. Ce n'est plus la collectivité qui est lésée à travers l'infraction mais la victime individuelle et souffrante qui passe au premier plan. C'est, à juste titre que Robert CARIO estime que « la justice restaurative ne se crispe pas sur le passé de la faute et ne se cristallise pas sur la seule responsabilité pénale de l'infracteur. Elle rééquilibre les priorités en réinvestissant, aux côtés de l'infracteur, la victime elle-même. Par l'introduction du tiers, elle permet de socialiser le désir de vengeance de la victime comme la culpabilité de l'infracteur, lesquels deviennent alors réparateurs »⁶⁶⁵. Mais il faut admettre que « les dangers de la reconnaissance d'un tel pouvoir à la victime sont réels. Une privatisation de l'action publique, et plus fondamentalement son dévoiement, inspirent des réticences légitimes. Le monopole de l'Etat dans l'exercice du droit de punir constitue bien évidemment un progrès qu'il ne saurait être question de remettre en cause par l'affirmation d'un droit de vengeance de victimes »⁶⁶⁶. Et, curieusement, c'est à travers la justice restaurative, une forme de reprivatisation du conflit pénal, que l'action de la victime renoue avec une visée uniquement réparatrice. Ce qui n'enlève pas pour autant, devons-nous préciser, la visée également « responsabilisatrice »⁶⁶⁷ du procédé à l'égard du délinquant qui

⁶⁶⁴ BONFILS P. [2000], *Op. cit.*, pp. 517 et svt. ; SEGAUD J., *Thèse préc.* pp.14-15 ; TADROUS S., *Thèse préc.*, pp.272 et svt.

⁶⁶⁵ In LOPEZ G. & TZITSIS S.(dir.), *précité*.

⁶⁶⁶ BONFILS P., « L'action pénale de la victime : une action en justice innommée au régime juridique clairement défini », *Institut pour la justice, études et analyses*, n°17, juillet 2012, [en ligne] docplayer.fr/22453801-L-action-penale-de-la-victime.html

⁶⁶⁷ CARIO R. [2007], art. précité ; MILBURN P., « La réparation pénale à l'égard des mineurs : éléments d'analyse sociologique d'une mesure de justice restaurative », *APC*, 2002/1, n° 24, pp. 147-160, [en ligne] <http://www.cairn.info/revue-archives-de-politique-criminelle-2002-1-page-147.htm>. Voir aussi VAILLANT M., *La réparation. De la délinquance à la découverte de la responsabilité*, Gallimard, Paris, 1999.

participe lui-même dans la réparation ; ce qui n'est pas les cas de la sanction pénale, sous forme des mesures spécifiques soit-elle, qui s'abat uniquement au délinquant sans solliciter son accord ou son implication personnelle. Sur ce, la circulaire du ministère de la justice française du 11/03/1993 est plus explicite : en parlant de la médiation-réparation, elle précise que la mesure est une réponse judiciaire spécifique [...] d'abord destinée à favoriser un processus de responsabilisation du mineur vis-à-vis de l'acte commis en lui faisant prendre conscience d'une loi pénale, de son contenu et des conséquences de sa violation pour lui-même, pour la victime et pour la société.

326/. **La sanction pénale, limite matérielle de la médiation.** En revanche, si le droit de la sanction pénale constitue aujourd'hui le nouveau terreau de la victime, la sanction pénale reste, quant à elle, une limite aux concessions faites par les législateurs à l'aspect réparateur de la justice restaurative. L'une de principales conditions de fond de la médiation, particulièrement celle qui fixe la nature des infractions susceptibles d'être soumises à ce mécanisme, est relative au taux de la peine. La médiation reste réservée en droit comparé aux infractions de moyenne et faible gravité. En droit italien, elle s'applique uniquement aux infractions punissables de maximum de cinq ans (art. 358 et svt CPP). En droit français, malgré que le texte relatif à cette mesure ne prévoit aucun critère de peine permettant de déterminer les infractions qui peuvent être réglées par cette procédure, la pratique confirme le recours à la médiation particulièrement dans la petite délinquance (le vol, les agressions, les insultes, les dégradations) et les situations où la victime et l'auteur des faits sont contraints à vivre ensemble tels que les conflits familiaux⁶⁶⁸ (non-représentation d'enfant, non-paiement de pension alimentaire) ou de voisinage (tapage nocturne, dégradations diverses). Elle a suscité des polémiques en ce qui concerne les violences conjugales au point que les pouvoirs publics ont davantage encadré son application en cette matière (art. : 515-9 CC, 41-1 6° CPP). En droit belge, elle s'applique aux infractions pour lequel le Procureur requerrait une peine d'emprisonnement de moins de deux ans (Belgique). Enfin en droit congolais, elle n'est possible que pour les infractions punissables de moins de dix ans. Il apparaît donc que tous ces législateurs réservent à la voie juridictionnelle, la répression des infractions moyennement et hautement graves, y compris celles commises par les mineurs. La médiation s'avère donc être recommandée aux infractions moins graves « pour lesquels non seulement une réponse est si indispensable mais surtout rapide afin d'une part, de rassurer la victime, d'autre part,

⁶⁶⁸ FAGET J.[1997], *Op. cit.*, p.157.

d'empêcher que le délinquant éprouve un sentiment d'impunité qui ne peut que l'encourager à persévérer dans ses activités, et enfin, de maintenir la cohésion sociale du groupe auquel appartient les protagonistes »⁶⁶⁹.

327/. Pour ces genres des faits, la réparation paraît le mécanisme le mieux indiqué. En effet, la réparation du préjudice subie par la victime occupe aussi une place importante dans la justice restaurative, d'où même le qualificatif de « réparateur » ou « restaurateur » affiliés à ce paradigme de justice. L'on peut retrouver cet aspect dans toutes les législations du monde qui consacrent ces procédés, particulièrement dans nos systèmes de référence. D'ailleurs, pour ces derniers, la réparation n'est pas seulement un objectif mais aussi une condition préalable à l'admission à la fois de tout mécanisme de justice négociée (médiation) et des alternatives de poursuites (transaction, composition pénale...). Comme l'a pertinemment fait remarquer le professeur Marie-Clet DESDEVISES, « la fin du trouble à l'ordre public et la contribution au reclassement de l'auteur apparaissent plutôt comme des résultantes du succès de la médiation mais la mise en œuvre de celle-ci est d'abord conditionnée par la possibilité d'indemniser la victime »⁶⁷⁰. Même en droit congolais, le contenu de prestations fixées par la LPE pour l'accomplissement de la médiation vise essentiellement la réparation directe de la victime. Dans les cas de la délinquance des mineurs, où les atteintes sont généralement contre les biens, et parfois, contre l'intégrité ou l'honneur des personnes mais de moindre gravité, la réparation paraît satisfaisante et constitue une voie judicieuse pour, à la fois, désencombrer les cours et tribunaux. Raison pour laquelle la médiation est vivement recommandée, sans compter ses aspects positifs, aux mineurs-délinquants dans la mesure où la réparation qu'elle propose implique directement ces derniers. Raison pour laquelle, le droit français a institué la mesure de médiation-réparation qui consiste en activité d'aide ou de réparation, soit directement à l'égard de la victime (dans ce cas, le consentement de cette dernière est recueilli), soit au profit de la collectivité⁶⁷¹. Cette médiation ne prévoit que la réparation, comme mesure ou prestation, compte tenu de la situation insolvable des mineurs. Ce type de mesure est celle que nous préconisons pour les mineurs-délinquants congolais. Elle coïncide avec la mentalité africaine, d'autant plus que cette dernière ne poursuit toujours pas la compensation intégrale du préjudice, admettant parfois les réparations symboliques ou en vertu des besoins de la victime, mais privilégie la réconciliation, le pardon et surtout la responsabilisation du

⁶⁶⁹ LOPEZ G. et TZITSIS S. (dir.), *Op. cit.*, p.611.

⁶⁷⁰ « Réparer ou punir : la médiation pénale », LPA, n°102, 1997, p. 3, cité par TADROUS S., *Thèse préc.*, p.253.

⁶⁷¹ Voir article 12-1 ord.1945, tel que modifié par la loi du 04/01/1993.

coupable. Ce qui corrobore les propos d'un auteur congolais⁶⁷² qui, après une analyse comparative du droit à la réparation des victimes des infractions endroits pénaux traditionnel et moderne, conclut à l'aspect inopérant de l'exécution cumulative de la peine et de la réparation. Il propose la consécration de la réparation comme peine autonome pour certaines infractions ou de la « réconciliation-médiation-réparation » du droit coutumier.

⁶⁷²KABENGELE MUNANGA H., *L'action en réparation en droit pénal Zaïrois*, Thèse, Paris II, 1996, cité par MAKAYA KIELA S., *Thèse préc.*, p.8.

Conclusion du Titre

328/. La justice des mineurs connaît une transformation de la théorie de la responsabilité induite par les mutations sociales et philosophiques que connaît le monde moderne. Ces mutations exigent des réponses non seulement réelles, efficaces et rapides mais aussi différentes à celles apportées aux adultes. La « déjudiciarisation », qui est l'une de ces réponses, apparaît comme la meilleure voie pour minimiser la stigmatisation de l'enfant et la bureaucratisation de la justice. Mais ce procédé, qui n'exclut pas l'idée d'une pédagogie de la responsabilisation du mineur-délinquant, peut conduire, lors qu'il n'est pas bien ficelé, à des contresens pénaux aboutissant au durcissement de la règle pénale à l'égard du mineur. Il appelle donc un changement plus idéologique que pratique. En effet, la théorie tutélaire de 1950 s'est basée sur le futur du mineur au point qu'elle ne mettait pas l'accent sur son passé, c'est-à-dire, les conditions et modalités de perpétration de son acte ainsi que le dommage causé. Ainsi, elle pouvait assimiler, sans difficulté, la déviance à la délinquance, l'une comme le signal de l'autre, et leur appliquer des sanctions (mesures) identiques. La LPE a rompu avec ce paradigme en distinguant les réponses à apporter à délinquance et à la déviance. Celle-ci sera désormais objet d'une prise en charge déjudiciarisée et, essentiellement sociale ; et, celle-là, d'une prise en charge mixte (judiciaire et déjudiciarisée). Malgré un champ d'action visiblement réduit, l'intervention judiciaire dans la prise en charge de la déviance occupe toujours une place importante dans le dispositif congolais. Elle musèle l'intervention sociale ainsi que tous les procédés de déjudiciarisation, les soumettant, de ce fait, au respect du principe de légalité et du procès équitable. Il s'avère aussi que la réparation de la victime, – l'un des points majeurs de la LPE –, et les mesures alternatives aux poursuites, dont la détermination se trouve en grande partie confiée en droit comparé au parquetier ou parfois aux structures privées, font aujourd'hui partie intégrante de la sanction pénale à moindre échelle. On se retrouve finalement en droit congolais face « à un mouvement de délégation de la fonction de juger »⁶⁷³ au bénéfice d'une part, de l'assistant social et du psychologue à qui est même confié la sauvegarde de l'ordre public, et d'autre part, du comité de médiation.

⁶⁷³ VIENNOT C., « Le procès pénal accéléré, étude des transformations du jugement pénal », n°50 et svt, cité par TADROUS S., *Thèse préc.*, p.280.

2^{ème} Partie :
**LE RENFORCEMENT DE LA PROTECTION PENALE DU MINEUR-
DELINQUANT**

« De quelque côté que nous tournions, le sort de l'enfant est en jeu : il nous faut définir le sens de nos efforts pour l'améliorer »⁶⁷⁴.

« Apporter des réponses à la délinquance des mineurs est un enjeu de démocratie, de lutte contre les exclusions »⁶⁷⁵.

⁶⁷⁴DEBRE R., cité par MANCIAUX M., GABEL M. et al., *Op.cit.*, p.145

⁶⁷⁵BALDUYCK JP., «7 Questions majeures sur la délinquance des mineurs », Forum français pour la sécurité urbaine, [en ligne]<http://docplayer.fr/1088202-7-questions-majeures-sur-la-delinquance-des-mineurs.html>, consulté le 27/01/2016.

329/. Dans l'optique foucaldienne, le pouvoir souverain (ou juridico-discursif) fonctionne comme un « droit de faire mourir ou de laisser vivre »⁶⁷⁶ en ce sens que le législateur procède par interdictions en dehors desquelles les individus sont détenteurs des droits. Ce partage entre le licite et l'illicite s'opère essentiellement, et de manière discontinue d'après les domaines, au moyen de la Loi. À côté de cette approche juridique et formelle, largement répandue, de l'exercice de pouvoir, il y a aussi une approche matérielle ou sociologique qui se conçoit sous deux principales formes d'action ; l'une agissant sur le corps des individus (pouvoir disciplinaire) et l'autre agissant sur la population (biopouvoir). Le pouvoir disciplinaire s'acharne à normaliser les individus, à dresser leurs corps, à majorer leurs aptitudes, à faire croître leur utilité et leur docilité, et par conséquent, à atteindre et transformer leurs âmes. Il utilise souvent les procédés de connaissance des sciences humaines (criminologie, psychologie, sociologie...). Tandis que le biopouvoir ne vise les individus qu'en tant que membres d'une population : il cherche à réguler la vie de la population en tant que phénomène biologique. Sa régulation s'opère par des mécanismes de sécurité et utilise des savoirs de type statistique, probabiliste, économique, démographique, etc. Si Foucault distingue théoriquement ces aspects du pouvoir souverain, il insiste toutefois sur l'importance de les penser en termes d'articulation, de résistance, de complicité, de stratification parfois très complexe⁶⁷⁷.

330/. Constituant depuis peu l'objet d'une attention particulière des législateurs contemporains, le mineur-délinquant est dorénavant soumis, comme l'adulte, à ce pouvoir normalisant, objet aujourd'hui des procédés variés que complexes. De la criminalisation primaire à la criminalisation secondaire de la déviance des mineurs, on assiste à ce que l'on pourrait qualifier de « surcodage » ou « dédoublement de la réalité ». D'un côté, il y a une responsabilité subjective qui peine à prendre le dessus sur une responsabilité de type objectif largement encrée dans la pratique (titre 1). D'autre côté, le juge paternel et superpuissant laisse place à un juge soumis davantage aux règles du procès équitable mais privilégiant *crescendo* l'approche clinique via l'expertise médico-psycho-sociale (titre 2). De telle sorte qu'hormis ce processus de durcissement (tacite ou implicite) de la règle pénale à l'égard du mineur-délinquant, il se dégage aussi un renforcement de sa protection pénale qui s'observe aussi bien sur le plan des règles de fond que de forme. En effet, en prenant désormais compte

⁶⁷⁶ FOUCAULT M., *Histoire de la sexualité I. La volonté de savoir*, Gallimard, Paris, 1976, pp. 178, 181.

⁶⁷⁷ Lire DI VITTORIO P., « De la psychiatrie à la biopolitique, ou la naissance de l'état bio-sécuritaire », in BEAULIEU A. (dir.), *Michel Foucault et le contrôle social*, Presses de l'Université Laval, Saint Nicolas, 2005, spéc. pp.118, 120.

l'intelligibilité, par le mineur, de ses actes pour l'évaluation et l'établissement de sa redevabilité sociale, et par ricochet, de la sanction, le législateur congolais de 2009 a consacré la nature subjective de la responsabilité pénale des mineurs. Ce changement ainsi que la particularité de sa finalité ont conduit à des modifications (structurelles et fonctionnelles) importantes des organes qui interviennent dans la mise en mouvement l'action publique. L'on assiste à une spécialisation des juridictions qui enduit une spécialisation d'animateurs. La transition juridique et juridictionnelle que connaît la RDC vient encore complexifier la donne et renforcer, de ce fait, le particularisme du droit pénal congolais des mineurs. La nouveauté de la LPE ainsi que celle de la structure juridictionnelle sont à la base d'un véritable imbroglio substantiel et formel. On aura régulièrement affaire dans la pratique ; d'une part, si pas à l'ignorance des textes, à leur mauvaise interprétation due au laconisme des dispositions légales, et d'autre part, à des juridictions, *normalement incompétentes mais exceptionnellement compétentes*, appliquant des règles nouvelles d'après l'esprit de l'ancienne loi déjà abolie. Enfin, il faut aussi préciser que dès qu'elle évoque la protection judiciaire du mineur, la LPE ne fait plus allusion à tout mineur-délinquant mais spécifiquement à l'ECL ; en d'autres termes, au mineur âgé d'au moins quatorze ans, auteur des faits infractionnels pour lesquels le juge a décidé de poursuivre au lieu de les référer à la médiation.

Titre 1^{er} : SUBJECTIVISATION PARTIELLE DE LA RESPONSABILITE PENALE DU MINEUR

Titre 2^{ème} : L'AUTONOMISATION RELATIVE DE L'ACTION PUBLIQUE EN L'ENCONTRE DU MINEUR

TITRE 1^{er} : LA SUBJECTIVISATION PARTIELLE DE RESPONSABILITE PENALE DES MINEURS

331/. **La nature de la responsabilité pénale des mineurs : le comportement, composante matérielle ou unique de la responsabilité pénale ?** La nature est définie comme « l'ensemble des qualités et des propriétés qui définissent et qui confèrent son identité à un être, un phénomène ou une *chose concrète* »⁶⁷⁸. Ramenée à la responsabilité juridique, elle nous mène à l'analyse du contenu de cette dernière. En effet, après avoir précisé les différentes sources de la responsabilité pénale des mineurs, et démontrer son existence, mieux sa pertinence, au-delà des considérations théoriques et idéologiques, il importe d'analyser son contenu afin de mettre en lumière les modifications axiologiques intervenues dans l'évolution de la notion, et par ricochet, le renforcement du volet protectionnel. La responsabilité pénale, comme nous l'avons déjà précisé, requiert, pour être établie, un *comportement transgressif* ainsi qu'une *attitude psychologique* particulière. De principe, ces deux composantes sont cumulatives ; mais parfois le droit pénal se contente de la première pour constituer l'infraction et retenir la responsabilité pénale de son auteur. Dans le premier cas, on parle d'une responsabilité subjective, et dans le second cas, d'une responsabilité objective. Cette dernière peut aussi admettre deux acceptions différentes. Dans la première, seul l'acte, rien que l'acte est pris en compte ; tandis que dans la seconde, on ajoute une nuance dans l'acte en évaluant ses conséquences (sa gravité) sur la victime pour fixer la sanction, de là, même l'individualiser⁶⁷⁹. En ce qui concerne la responsabilité pénale des mineurs en droit congolais, des nombreux éléments (discernement, seuil irréfragable d'irresponsabilité, la distinction/confusion entre la faute civile et pénale...) portent à croire à la consécration d'une responsabilité de type subjectif par la LPE au regard de son alignement sur le système mixte de DPM (Chapitre 2). Mais curieusement dans la pratique, il est encore observé une tendance à pérenniser le type objectif, cher au modèle tutélaire, mis en place par le régime de 1950 (Chapitre 1).

⁶⁷⁸ Dictionnaire en ligne (www.cntrl.fr)

⁶⁷⁹ De « qui vole un œuf, vole un bœuf » à « Œil pour œil, dent pour dent ».

CHAPITRE 1. UNE RESPONSABILITE PENALE OBJECTIVE PREGNANTE

332/. **Plan et objet du chapitre.** Quelle que soit la portée de la composante psychologique, le comportement matériel⁶⁸⁰ constitue le socle de la responsabilité pénale. Il est la manifestation externe de la volonté nuisible ou coupable qui a caractérisé l'agent avant et pendant la consommation de son forfait. Il consiste en un fait positif (action) ou négatif (omission ou abstention) que le juge confrontera au référentiel préétabli d'interdictions (la loi). Car, « pour intéresser le droit pénal, la pensée coupable doit avoir quitté le for intérieur de l'agent et s'être manifestée dans les conditions permettant sa constatation de manière objective »⁶⁸¹. D'ailleurs, c'est en déchiffrant l'acte et les circonstances de sa commission que le juge déduit dans la pratique l'*animus mecandi*. C'est en quelque sorte, par l'acte (ou le fait matériel) que l'on chercherait à atteindre, voire même éteindre, l'intention coupable étant donné que cette dernière ne se manifeste toujours pas fidèlement ou intégralement : elle est parfois en deçà et au-delà de l'acte. Mais dans certains cas, cette dissociation n'est pas nécessaire : seul l'acte transgressif suffirait pour établir la responsabilité pénale de l'auteur. Cette dernière approche souvent placée, à tort ou à raison, dans le contingent historique de la pensée pénale est encore aujourd'hui adoptée en droit moderne notamment en ce qui concernent les infractions dites « non intentionnelles », voire même « formelles »⁶⁸², et bien particulièrement en matière d'enfance délinquante. L'approche objective de la délinquance des mineurs est l'œuvre d'un courant doctrinal qui se présente en totale rupture avec la doctrine classique et qui se veut plus protecteur des mineurs-délinquants. Ce modèle, tributaire de la défense sociale et qualifié de « protectionnel », réclame au nom d'une certaine évolution et efficacité, le dépassement du droit pénal classique par la suppression des certains de ses principes fondamentaux tels que la légalité criminelle, la responsabilité morale et la proportionnalité de l'acte à la gravité. Il « prétend mettre en place des modalités d'inculpation et de traitement des individus dont la responsabilité apparaît atténuée, voire inexistante »⁶⁸³. Contrairement à son prédécesseur qui « considérait les infracteurs responsables de leurs actes et les punissait pour les avoir commis, le nouveau régime voyait dans les mineurs-délinquants des victimes d'un milieu et des circonstances qui les avait mené vers une délinquance dont ils ne devaient pas être tenus responsables. Dès lors, les interventions devaient viser non pas à

⁶⁸⁰ Cass. [be], 02/11/1993, RG 6709 ; KUTY F.[2010], *Op. cit.*, p.73.

⁶⁸¹ DREYER E., *Op. cit.*, pp.487-489.

⁶⁸² Lire nos développements aux §§. 396-397.

⁶⁸³ ADAM C. et DIGNEFFE F., « Le développement de la criminologie clinique à l'Ecole de Louvain : une clinique interdisciplinaire de l'humain », *Criminologie*, vol. 37, n°1, 2004, pp.43-70.

les punir, mais à les protéger contre les circonstances diverses qui étaient à l'origine de leur comportement [...] pour prévenir leur récidive et ainsi protéger la société »⁶⁸⁴. Le passé, (c'est-à-dire, l'acte) sur lequel les classiques basaient la mesure de la sanction, n'avait plus d'intérêt sauf à contribuer à renseigner sur la « *témibilité* » du délinquant. Ce qui importe, c'est d'empêcher, par des moyens appropriés, à ces mineurs de nuire à l'avenir.

333/. Notons que la notion du « *déterministe* » n'est pas nouvelle en droit pénal : on en trouve les traces dans le droit pénal de l'Antiquité qui lui donnait, cependant, un fondement religieux ou mystique⁶⁸⁵. Sa nouvelle acception laïcisée de la notion explique uniquement le fondement philosophique de la responsabilité pénale (en réaction et contradiction au/avec le *volontarisme* des classiques) mais ne dégage aucunement des grandes différences sur le plan de l'opérationnalité ou de la mise en application des normes. Le point de départ de cette responsabilité reste un référentiel textuel, quoi que parfois plus générique, sur lequel le juge se fonde pour jauger l'illicéité ou l'asocialité des certains actes commis par le délinquant. Puis, cette responsabilité se déduit uniquement du comportement (fait). Que l'on fonde les supers pouvoirs du juge des enfants sur la dangerosité⁶⁸⁶, l'éducabilité ou l'intérêt du mineur, « la simple commission d'un acte matériel correspondant à une qualification pénale suffit pour que le fait puisse être imputé au mineur »⁶⁸⁷. En d'autres termes, c'est la nature de l'acte commis par le mineur, sans autre considération, qui ouvre la voie à l'action judiciaire. Aucune catégorie des mineurs n'est exclue, [parfois même] aucun référentiel légal n'est établi, encore moins des règles de mesure de sanction, si ce n'est le bon sens du juge censé être orienté par les exigences du traitement. Cette thérapie socio-judiciaire, qui s'effectue à l'aide des mesures de sûreté pouvant être prises avant et/ou après la commission de l'acte, ne pouvait être possible que dans la mesure où l'on admettait « que le fait qui permet de [la] déclencher soit d'une nature particulière »⁶⁸⁸. Le DPM devenait ainsi « l'ensemble des règles tendant à sanctionner les états dangereux des personnes n'ayant pas encore atteint la majorité pénale »⁶⁸⁹.

⁶⁸⁴ TREPANIER [2003], *art. précit.*

⁶⁸⁵ RASSAT M-L [2014], *Op.cit.*, §§.3, p.6.

⁶⁸⁶ GASSIN R., CIMAMONTI S. et BONFILS P., *Op. cit.*, pp.781-790 ; LOPEZ G. et TZITSIS S.(dir.), *Op. cit.*, pp.219-222.

⁶⁸⁷ PRADEL J. et VARINARD A., *Op. cit.*, p.668.

⁶⁸⁸ *Idem*

⁶⁸⁹ COUPEY G., *Cours d'introduction au droit pénal des mineurs*, DU/Psychiatrie criminelle et médicolégale, Université de Poitiers, 2003-2004, [en ligne] <http://senon.pagesperso-orange.fr/3cycle/diupcml.htm>

334/. Le D.1950 avait établi clairement un système de poursuite des mineurs basé sur l'imputation objective que l'application de la LPE semble aussi pérenniser malgré la contrariété de cette pratique avec l'esprit et la lettre dudit texte. Ce qui fait que l'approche congolaise de la délinquance des mineurs privilégie encore cette conception qui fait la part belle au profil criminologique et à la dangerosité du délinquant, pourtant difficiles à évaluer, au point que l'on ne recourt finalement dans la pratique qu'à la gravité et aux circonstances de l'acte pour déterminer la réponse pénale. Ainsi, le fait, dans son aspect purement matériel, continue à constituer le cœur du système congolais de prise en charge de la délinquance des mineurs. Or, la liste des comportements prohibés sous peine de sanction pénale ou des mesures spécifiques, autres que civiles, est variable dans le temps et dans l'espace. Elle est généralement reprise dans les textes pénaux. L'examen de la criminalité des mineurs sous l'angle uniquement textuel ; c'est-à-dire des faits incriminés, ne présente aucun intérêt théorique étant donné que, d'une part, il est amplement abordé dans les manuels de droit pénal spécial, et d'autre part, il n'y a pas d'infractions spécifiques aux mineurs, sauf hypothèse de déviance que nous avons déjà analysé et qui, sous la LPE, n'a plus lieu d'être considérée comme un domaine relevant du droit pénal. En plus aucun législateur n'a tenté de préciser, comme c'est le cas pour la personne morale en droit français, si une incrimination peut s'appliquer spécifiquement aux mineurs. Cependant, la matérialité de la criminalité infantile présente un intérêt scientifique lorsqu'elle permet de comprendre, dans un angle criminologique, la structure de cette délinquance (section 1) à travers laquelle l'on pourrait moduler une réponse pénale qui prendrait en compte toutes ces spécificités (section 2).

Section 1. L'élément matériel, critère de structuration de la délinquance des mineurs

335/. **Structure de la délinquance des mineurs : tentatives de catégorisation.** C'est lorsqu'on examine la structure de la délinquance des mineurs, mise en exergue par les statistiques judiciaires et policières ainsi que les enquêtes auto-reportées et de victimation⁶⁹⁰, que l'on peut s'apercevoir de sa particularité. Si certains s'indignent de la mobilisation

⁶⁹⁰ Nous référerons aux chiffres officiels et non officiels pour les droits français et belge tout en gardant en esprit la relativité de leur interprétation. Quant au droit congolais, nous nous fierons plus à l'observation en absence des statistiques officielles et sérieuses. GAVRAY C. & VETTENBURG N., « La délinquance juvénile auto-révélee : le cas de la Belgique », *Carrefours de l'éducation*, 2007/2 n° 24, pp.53-72 ; MUCCHIELLI L.[2004a], art. préc.; RAVIER I. «Les chiffres de la délinquances des mineurs en Belgique», *Justice et sécurité*, 2015, n°2, [en ligne] <https://nicc.fgov.be/upload/publicaties/jsjv02fr.pdf> ; PERETTI-WATEL P., « Théories de la déviance et délinquance auto-reportée en milieu scolaire », *Déviance et Société*, 2001/3, vol. 25, pp.235-256 ; PEYRE V., « Brèves considérations sur les chiffres de la délinquance juvénile », *RHEI*, n°3, 2000, [En ligne] <http://rhei.revues.org/72>, consulté le 11/10/2012; «Statistiques annuelles des parquets de la jeunesse », [en ligne] www.om-mp.be/stat/jeu/f/index.html

d'énergie et d'attention que suscite cette délinquance alors qu'elle ne représente, en réalité qu'une minorité d'actes délictueux⁶⁹¹, il sied de s'interroger sur ces caractéristiques à la base d'autant d'émoi et d'intérêt. C'est à cette interrogation que nous nous attèlerons à répondre. Ce faisant, nous prendrons comme critère d'analyse la nature des actes commis au regard de laquelle la délinquance juvénile s'avère être essentiellement *expropriatrice et dégradante*, relativement *violente* et exceptionnellement, *sexuelle*. Les critères personnels (âge, sexe) n'ont pas été particulièrement pris en compte étant donné qu'il relève aujourd'hui d'une évidence que la délinquance des mineurs se *féminise*⁶⁹² et se *rajeunit*, quoi que la tranche la plus active reste celle de douze/seize ans et la plus violente est celle de seize/dix-huit ans.

336/. **Approche psychopathologique de la délinquance des mineurs.** A la suite de tous les criminologues qui considèrent l'âge comme un facteur déterminant de la délinquance, il est généralement admis que la minorité est, en soit, l'une des causes de la délinquance juvénile. Bien que tous les mineurs ne soient pas des délinquants, ou tout au moins ne se fassent attrapés et traduits en justice, l'adolescence *via* la puberté, conduit à la délinquance de par les modifications de la personnalité qu'elle occasionne subitement dans la vie du mineur. Ces mutations psychologiques facilitent ou entraînent, souvent lorsqu'elles

⁶⁹¹ SPAEY P., *Op. cit.*, p.11.

⁶⁹² La criminalité féminine a longtemps été décrite comme *prostitutionnelle* et *kleptomanique* ; les crimes passionnels et l'infanticide occupant une place marginale sauf dans les faits divers. Mais la seconde moitié du XX^{ème} siècle a contredit ce postulat. En effet, pendant que la criminalité masculine mute des infractions violentes vers les infractions sexuelles, il s'avère que la criminalité féminine fait le schéma inverse. Cette mutation se confirme davantage dans la criminalité des mineurs. **En France**, par exemple, la mise en cause des mineures dans les infractions de violence volontaire, selon les statistiques de l'Observatoire national de la délinquance et des réponses pénales, a augmenté de 97,5 % entre 2004-2009, une progression de 75,5% étant également observée sur la même période pour les violences sur personnes dépositaires de l'autorité publique. **Dans les grandes villes congolaises**, particulièrement à Kinshasa, l'on constate aussi une multiplication des bandes des jeunes filles extravagantes qui s'adonnent au commerce charnel (communément appelées « MABATA YA ROUGE », « TSHELES ») et qui n'hésitent pas à dépouiller ou à agresser violemment leurs clients, les membres des bandes concurrentes et même des passants. Contrairement en Europe où ces bandes peuvent être autonomes, elles sont généralement affiliées aux bandes des jeunes garçons en RDC. En dépit de toutes ces mutations, la part féminine dans la criminalité infantile stagne aujourd'hui aux alentours de 20% avec une constance des atteintes contre les biens. Voir : « Délinquance juvénile à Bruxelles : des chiffres et un constat », *RTBF*, 03/07/2015, https://www.rtb.be/info/societe/detail_delinquance-juvenile-a-bruxelles-des-chiffres-et-un-constat?id=9023190; CARIO R., « Contribution à la connaissance et à l'explication de la criminalité des femmes », *RIC*, 1987/3, pp.306-330 ; « La résistance des femmes au crime. Aspects criminologiques », In *AJ pénal*, 2010-1, pp.13-16 ; CERNOVICH S.A. et al., « Les types de délinquantes : une étude longitudinale des causes et des conséquences », *Criminologie*, vol. 38, n° 1, 2005, pp.103-138 ; COLLETTE-CARRIERE R. et LANGELIER-BIRON L., « Du côté des filles et des femmes, leur délinquance, leur criminalité », *Criminologie*, vol. 16, n° 2, 1983, pp.27-45, URI: <http://id.erudit.org/iderudit/017179ar>, consulté le 18/11/2013 ; GAVRAY C. « Délinquance juvénile et enjeux de genre », *Revue pluridisciplinaire en sciences de l'homme et de la société*, n°8 : Formes, figures et représentations des faits de déviance féminins, 06/2009, [en ligne] <http://www.revue-interrogations.org> ; LANCOT N. et LE BLANC M., « Les trajectoires marginales chez les adolescentes judiciairisées: continuité et chargement », *RICPT*, n°53, 2002, pp.46-68 ; « Statistiques annuelles des parquets de la jeunesse (2010-2105) », [en ligne] www.ommp.be/stat/jeu/f/index.html.

sont mal gérées ou mal encadrées, à des conduites de transgression sociale. Essayant de dresser la liste des besoins fondamentaux ou indispensables au bien-être psychique et social de l'enfant, E. SAND⁶⁹³ met en exergue quelques-uns notamment ; les besoins physiologiques et esthétiques, l'amour et la stabilité, l'encouragement et l'approbation, le savoir et la compréhension (les nouvelles expériences ou la découverte), la responsabilisation, l'estime et la réalisation de soi, la sécurité et l'appartenance ainsi que l'identité. L'auteur insiste sur le caractère transversal des certains d'entre eux notamment le *besoin d'identité* compte tenu de son impact sur la personnalité de l'enfant ainsi que le *besoin de sécurité* pour son importance particulière pendant les premières années de la vie. C'est en réalité, le manque de satisfaction de ces deux besoins qui pousse le mineur à la délinquance. D'une part, pour se sentir en sécurité au cas où les parents ne peuvent le lui offrir, le mineur se réfugiera dans les groupes qui pourront être pour lui une école de la délinquance dans la mesure où il doit adopter les codes dudit groupe, notamment les actes de délinquance, pour s'y intégrer et s'en identifier. D'autre part, pour affirmer son identité, se faire remarquer, attirer l'attention sur soi ou se sentir exister, le mineur peut aussi être poussé à commettre des actes transgressifs (« crise d'identité juvénile »). C'est ainsi que le professeur Marc LEBLANC, cité par Christine BLATIER, parle même d'« un véritable syndrome de la personnalité délinquante qui se développe peu à peu au cours de l'adolescence et se caractérise par une importante activité délictueuse (enracinement criminel), un désengagement par rapport aux institutions et symboles sociaux (la dyssocialité) et un égocentrisme »⁶⁹⁴.

337/. **La Minorité, facteur et obstacle à la délinquance.** Néanmoins, les mêmes causes qui prédisposent les mineurs à la délinquance, constituent un obstacle à une certaine délinquance. Sur le plan factuel, certaines infractions, vu leur technicité et/ou leurs conditions de matérialisation⁶⁹⁵, sont difficilement réalisables par les mineurs. La délinquance des mineurs reste, en général, moins développée et moins sophistiquée que celle des adultes : elle est, à cet effet, une délinquance musculaire, de violence plutôt qu'une délinquance d'astuce, rusée, d'affaires. Un mineur commettra du jour au lendemain une série d'infractions diversifiées pendant que le majeur aura tendance à se perfectionner dans une infraction ou une

⁶⁹³ SAND E.A, « Développement des relations sociales de l'enfant » in MANCIAUX M., LEBOVICI S. et al., *L'enfant et sa santé*, Doin, Paris, 1987, pp.297-316.

⁶⁹⁴ BLATIER C. [2014a], *Op cit.*, pp.118-120 ; *Les personnalités criminelles : évaluation et prévention*, DUNOD, Paris, 2014, pp.8-9.

⁶⁹⁵ Pour la technicité, l'on peut citer l'exemple notamment des infractions financières (blanchiment, évasion fiscale ...) et complexes (le génocide par exemple). Quant à la matérialisation, il peut s'agir des infractions dont les conditions préalables sont incompatibles avec la minorité.

catégorie spécifique d'infractions. La délinquance des mineurs est essentiellement une délinquance de proximité, de voisinage, et de quotidienneté ; raison pour laquelle elle est moins tolérée et suscite plus de répugnance. Tandis que la délinquance des adultes est dissimulée et économiquement plus nocive. Au-delà des obstacles précités, il existe aussi des nombreuses questions laissées sous silence à la fois par la doctrine et les législateurs qui pourtant mériteraient une attention particulière. Devrait-on retenir la responsabilité pénale du mineur en cas d'infractions d'omission telles que la non-déclaration du nouveau-né ? Quid du cas d'usurpation de qualité, particulièrement, pour une infraction incompatible avec la qualité du mineur ?

338/. **Approche psychosociologique de la délinquance des mineurs.** D'autres auteurs, toutefois, associent ce profil psychologique⁶⁹⁶ aux conditions socio-économiques. Ils en identifient généralement trois principales formes, non étanches. Selon la juge LEYDIER et le rapport LAZERGES⁶⁹⁷, la délinquance des mineurs est *initiatique* (celle des transgressions qui ont toujours été observées lors du passage de l'adolescence à l'âge adulte), *pathologique* (qui tient à des troubles psychologiques fortement individualisés) et d'*exclusion* (qui est liée au chômage et à l'aggravation des problèmes sociaux). Selon le professeur BONFILS⁶⁹⁸, elle

⁶⁹⁶ L'approche étiologique du phénomène criminel se recoupe généralement en deux grands pôles théoriques : d'une part, les théories biomédicales, et d'autre part, les théories sociologiques. D'après les premières, la source du crime se retrouve dans les prédispositions biologiques (innées ou héréditaires) de l'individu ; lesquelles résultent, soit des anomalies anatomo-physiques (théories anthropologiques) ou psychologiques (théories aliénistes), soit d'une déchéance ou dégénérescence morale (absence de pitié et de la probité). Les secondes se présentent sous trois perceptives d'après lesquelles la délinquance résulterait soit de l'impossibilité de réaliser les buts culturels à l'aide des moyens institutionnalisés (théorie de tension), soit d'une socialisation inachevée ou déficiente qui n'est pas parvenue à contenir et à régler les passions humaines (théorie du contrôle sociale), soit d'une adhésion volontaire dans un sous-groupe social dont les normes de conduite ne sont pas uniformes à celles de la société qui les englobe (théorie des sous-cultures déviantes). En d'autres termes, la tension entre buts visés et moyens disponibles crée la motivation déviante, la socialisation déficiente favorise le passage à l'acte, enfin, l'éventuelle pérennisation des comportements déviants implique l'adhésion à une sous-culture qui les valorise. Toutes ces théories, considérées comme concurrentes, sont souvent complémentaires : les premières s'appliquent généralement aux causes individuelles et les secondes aux causes collectives. Mais en ce qui concerne les mineurs, nous estimons que les facteurs psychologiques, sans pour autant négliger les autres, restent les plus opérants par le fait qu'ils agissent comme un catalyseur pour les autres facteurs. GASSIN R., CIMAMONTI S. et BONFILS P., *Op. cit.*, pp.197-263 ; HAGAN J. et MCCARTY B., « La théorie du capital et le renouveau du paradigme des tensions et des opportunités en criminologie sociologique », *Sociologie et sociétés*, vol. 30, n° 1, 1998, pp.145-158 ; MUCCHIELLI L., « L'impossible constitution d'une discipline criminologique en France : cadres institutionnels, enjeux normatifs et développements de la recherche des années 1880 à nos jours », *Criminologie*, vol.37, n°1, 2004, pp.13-42, URL : <http://id.erudit.org/iderudit/008716ar>, consulté le 04/04/2014 ; *Sociologie de la délinquance*, Armand Collin, Paris, 2014, pp.11, 25-28 ; PERETTI-WATEL P., art. préc.; ROBERT P., *La sociologie du crime*, La découverte, Paris, 2005, pp.57-89.

⁶⁹⁷ LEYDIER A., Cours de Droit pénal des mineurs, DU/ISPEC, AMU, 2012-2013 ; « De la justice des mineurs. Redonner sa spécificité à la justice des mineurs », Clubs Droit, Justice et Sécurité, 10/05/2011 ; « Rapport LAZERGES », Mission interministérielle sur la prévention et le traitement de la délinquance des mineurs : Réponses à la délinquance des mineurs, 1998, p.5 (introduction], ww.ladocumentationfrancaise.fr

⁶⁹⁸ Cours de Droit pénal des mineurs, Master 1/Droit pénal et sciences criminelles, AMU, 2012-2013.

est ; soit *passagère* (relative à la construction de la personnalité du mineur), *symptomatique* (révélatrice des crises familiales, scolaires et psychologiques) et *d'inadaptation* (consécutive à un mal être du mineur suite à un grand décalage entre son vécu et ses aspirations). Pour Alain BRUEL⁶⁹⁹ ; elle est *occasionnelle*, de *transition* ou de *condition*. Quant à Hugues LAGRANGE⁷⁰⁰, qui en propose carrément deux types, elle est *transgressive et initiatique*. La première correspond à une rupture, le plus souvent temporaire et consécutive à des difficultés diverses, avec l'environnement social et le milieu familial. La seconde constituerait une transgression socialisante, un acte initiatique donc conformiste, qui permet aux jeunes de mieux s'intégrer dans la sous-culture déviante locale, et d'y entamer une véritable carrière déviante. Des actes réputés « transitoires » ou « passagers », l'on passe à des transgressions persistantes révélant un profond déséquilibre dans la construction de la personnalité (problème affectif ou communicationnel, un mal-être ou une souffrance) du mineur et de sa socialisation.

339/. Prenant en compte de toutes ces approches, nous estimons, quant à nous, que délinquance des mineurs est soit *contextuelle*, soit *originelle* quoi que les deux modalités peuvent toujours s'imbriquer entre elles. Le second type regrouperait les actes qui ont en commun d'être indépendants du contexte socio-économique mais liés aux facteurs personnels (notamment l'âge) et qui peuvent se manifester à travers les époques, les cultures et d'individus. D'une manière assez semblable, le premier type regrouperait les formes de délinquance générées par le contexte social que connaît un pays. Cette classification a le mérite de dépasser le débat sur la nouveauté ou non de la délinquance des jeunes étant donné qu'il y a à la fois une nouveauté et une continuité.

340/. **Approche juridique de la délinquance des mineurs.** C'est aussi une des raisons pour laquelle la délinquance des mineurs présente, sur le plan juridique, une nature peu variée et plusieurs caractéristiques communes eu égard justement au profil psychologique ou comportemental commun des adolescents. En réalité, les actes de transgression des mineurs s'accomplissent de manière multiple allant des simples contestations de l'autorité (sous forme d'impolitesse, d'injures, de figue ou d'absentéisme) à des actes plus graves (bagarres, violences en groupe), en passant par des actes de mésappropriation mais dégagent certaines

⁶⁹⁹ *Op.cit.*,

⁷⁰⁰ « Synthèse des travaux du Cycle de réunions sur la délinquance des mineurs sous la présidence du garde des Sceaux », consultable sur le site internet du ministère français de la Justice, 2000 ; « La délinquance des mineurs et les violences », In « Jeunesse, violences et société », *Regards sur l'actualité*, n°243, La Documentation française, juillet-août 1998.

constances indifféremment des époques et des pays. Ainsi, la délinquance des mineurs consiste ; d'une part en une petite délinquance qui reste essentiellement acquisitive⁷⁰¹ et dégradante⁷⁰²(§1), et d'autre part, une délinquance violente (§2) qui s'enracine dans les handicaps socio-économiques et flirte avec le crime organisé.

§1. Les infractions contre les biens : les mésappropriations

341/. Dans tous les pays confondus, les principales infractions, sens pénal du terme⁷⁰³, pour lesquelles les mineurs sont poursuivis en justice sont des infractions contre les biens ou contre la propriété parmi lesquelles le vol, la dégradation et la destruction méchante occupent une place de choix. Le vol (A) qui vient en tête de ce trio, nous intéressera particulièrement à cause de ses caractéristiques qui permettent de typifier et de théoriser le parcours criminel⁷⁰⁴ des mineurs. En effet, les circonstances et les motivations du vol sont souvent évolutives dans le chef des mineurs. Cet acte, qui au départ est généralement plaisantin, anodin et parfois sans motif particulier, peut muter facilement en acte habituel et intéressé en d'absence de toute réprobation et répression. Mais, dès qu'elle atteint ce stade, cette infraction implique généralement, voire nécessairement, des adultes (B). Derrière une délinquance acquisitive habituelle des mineurs, il y a toujours des adultes qui tirent profit des retombées financières et qui aident les concernés à systématiser leur comportement. Ce palier étant le plus dangereux et plus nocif, *la délinquance des mineurs apparaît comme une sous-délinquance des adultes.*

A. Du vol identitaire au vol utilitaire

342/. **La délinquance des mineurs, une délinquance acquisitive.** En tant qu'infraction la plus fréquente chez les mineurs, le vol fait des victimes tant parmi les personnes connues par l'auteur (famille, école, voisinage) que les personnes anonymes et anonymisées (magasins, grande surfaces, lieux publics...). Il est souvent commis sans violence en utilisant la ruse (vol simple) ou en profitant de l'inattention de la victime (vol à l'étalage, vol à l'arraché) ou encore de sa naïveté et sa bonne foi (hypothèse incluant l'abus de confiance et

⁷⁰¹ On parle aussi de délinquance « expropriatrice », « d'appropriation » ou encore « de mésappropriation ».

⁷⁰² D'après les statistiques policières belges et françaises, les dégradations et les destructions méchantes constituent, après les mésappropriations, les infractions les plus courantes chez les mineurs. Elles sont tournées principalement vers les biens publics (bus, métro, trains, gares, parcs publics ou espaces verts) mais peuvent aussi concerner les biens privés. L'Etat congolais ne disposant pas d'un important charroi et réseau de transport en commun ou des parcs publics, cette forme de délinquance se réduit à des occupations illégales, accompagnée souvent de la défécation ou des tags (graffitis), des places publiques ou des immeubles publics abandonnés.

⁷⁰³ Exclusion faite des déviances et du délit de vagabondage déjà abordés.

⁷⁰⁴ Le schéma graduel, à trois étapes, par lequel nous avons systématisé le parcours criminel des mineurs en matière du vol peut être appliqué à tout type de délinquance des mineurs.

l'escroquerie)⁷⁰⁵. Les procédés utilisés en vue de la commission de ces infractions traduisent la connaissance par les mineurs de leur infériorité physique, excepté peut-être pour la tranche d'âge de seize/dix-huit ans, qui ne les permet pas d'affronter directement leurs victimes en vue de dérober leurs biens. C'est pourquoi leurs congénères (mineurs) constituent aussi les premières, sinon les principales, victimes de leur délinquance, non pas seulement à cause de la promiscuité spatiale mais aussi par l'idée de maximiser le taux de réussite de leur forfait, surtout, en cas d'opposition. Mais, les mineurs peuvent aussi recourir à la violence pour accomplir le vol. De Paris à Kinshasa, en passant par Bruxelles, le mode opératoire est souvent le même : l'utilisation de la violence s'érige en ultime recours face à la résistance inattendue de la victime ou en vue de compenser le manque de dextérité (habileté) ou le déséquilibre physique (souvent lorsqu'on est en face d'une adulte représentant une menace). L'arme blanche ou à feu brandie, si c'est le cas, n'est souvent que dissuasive. Un jeune guetteur marseillais⁷⁰⁶ nous affirmait ce qui suit : *« On ne tire pas sur n'importe qui, même pas sur les « mongoliens » de vigile qui veulent faire le « Rambo » [...]. Ce sont nos cousins. On utilise les « matos » pour les gros deals. Souvent une seule seulement est chargée, les autres sont même parfois factices. On tire sur les cons qui s'aventure chez nous et dans nos business ... »*. Pendant qu'un autre jeune voyou de Kinshasa⁷⁰⁷ nous apprenait que son corps était son instrument de travail principal ; que ses cicatrices, son air arrogant lui permettait de dissuader toutes tentatives de résistance ou de dénonciation de la part de la victime et des témoins ; et enfin, qu'il n'hésiterait pas à recourir à l'« instrument » pour neutraliser la résistance.

343/. Ces infractions n'ont pas seulement un but lucratif (c'est-à-dire, l'acquisition d'un bien que l'on ne peut s'offrir, que les parents ne peuvent offrir, que l'on envisage de revendre

⁷⁰⁵ Selon un rapport établi en 2013 par le BICE, il se dégage également en RDC un profil type des ECL au regard de la nature des infractions commises. L'âge moyen de la délinquance est situé entre 10 et 15 ans. 39 % des ECL sont analphabètes, 37 % ont commencé l'école primaire, 70% sont orphelins ou ont des parents divorcés, 80% appartiennent à des familles nombreuses où les parents sont chômeurs et/ou sans activités génératrices des revenus. Les quatre principales infractions retenues contre eux sont : Le vol simple, le vol commis avec des circonstances aggravantes, les coups et blessures (généralement des bagarres), le viol. Voir <http://bice.org/fr/rd-congo-justice-des-mineurs/>

⁷⁰⁶ Entretien avec un mineur d'un quartier de Marseille (13^{ème} arrondissement, Saint-Joseph Le Castellat) prénommé « Younes » : Dans le vocabulaire des quartiers : « mongol » ou « mongolien » signifient « idiot » ; et « barbo », « mac » ou « rambo » signifient selon les cas « jouer le héros » ou « faire l'homme » ; « matos » : dérivé du matériel renvoie aux armes.

⁷⁰⁷ Entretien avec un jeune, apparemment âgé de moins de 18 ans, surnommé « Cable noir » opérant dans la commune de Kinshasa et le marché central. Le mot « instrument » par lui utilisé désigne simplement une arme blanche. Voir aussi : « Kuluna : les gangs de Kinshasa et la peur de la prison », Reportage TV5 [en ligne] <http://media4.tv5mondeplus.com/video, 11/10/2012, consulté le 03/05/2016> ; KIBANGULA T., « RDC : gangs of Kinshasa, la loi des kuluna », *Jeune Afrique*, 29/11/2013, [en ligne] www.jeuneafrique.com/138310/societe/rdc-gangs-of-kinshasa/, consulté le 03/05/2016.

pour se procurer de l'argent) mais aussi ludique (faire une vilaine blague, embêter, prouver à ses amis que l'on peut aussi braver les interdits) ou utilitaire (l'usage d'un soir). Malheureusement, ces motivations se succèdent généralement dans le temps : au début le mineur veut confirmer son identité en outrepassant les limites par la transgression ; mais, par habitude ou par besoin, il ne sait plus se débarrasser de ce vice qui s'installe et le prend dans une spirale. A ce stade, la frontière entre délits occasionnels et habituels s'amenuise : le gain procuré et, parfois, le plaisir du danger encouru, le poussent à réitérer ses actes et à adopter, sans le savoir, ce mode de vie. Cette dégénérescence trouve essentiellement ses racines dans les conditions socioéconomiques. Après un boom économique dans les années 60/70 ou des trente glorieuses, le niveau social moyen occidental est en chute libre depuis les années 1990. « La récession et l'austérité budgétaire que connaissent les pays industrialisés [...] sont à leur paroxysme. Les statistiques révèlent un accroissement du nombre de familles monoparentales, une concentration des personnes âgées et des célibataires dans les centres urbains et une préférence pour la périphérie des centres chez les familles avec enfants »⁷⁰⁸. Et, du côté congolais particulièrement, les bouleversements politiques (changements de régime, coups d'état, soulèvements populaires ou insurrectionnels, rebellions) récurrents ont davantage paupérisé la population. Le chômage, dont le taux ne cesse de monter, frappe particulièrement les jeunes. Alors que la société de consommation s'avance à grand pas et son industrie ne cesse de multiplier des techniques incitatives dont les jeunes, vu leur immaturité, constituent la cible privilégiée. Si le délit d'appropriation est l'apanage du sujet pauvre, à plus forte raison le sera-t-il pour le mineur qui est généralement en scolarité et sans ressources autonomes ou stables⁷⁰⁹.

B. Du vol utilitaire à l'instrumentalisation du jeune voleur

344/. Une délinquance acquisitive encouragée par des réseaux sous-jacents de recel.

La recrudescence de cette délinquance acquisitive a parfois, pour cause, par la persistance d'un réseau sous-jacent ou parallèle de recel. Ayant souvent besoin de liquidité, les mineurs-délinquants doivent écouler la part du butin qu'ils ne peuvent pas ou n'arrivent pas à vendre

⁷⁰⁸ LONGTIN S., « Déjudiciarisation ou non-judiciarisation : variation des tendances entre auteurs présumés accusés ou traités hors cour », *Criminologie*, vol. 35, n° 1, 2002, p. 133-159.

⁷⁰⁹ En France, la pauvreté touche en premier lieu les enfants, les adolescents et les jeunes adultes (20-29 ans) dont plus d'un sur dix. Observatoire des inégalités, « Qui sont les pauvres en France », 18/12/2015, <http://www.inegalites.fr/spip.php?article1372>; « Connaître les pauvres en France : typologies », *La gazette*, 28/01/2014 ; GALLAND O., « Jeunes, pauvreté et exclusion en France », Cahier 4, pp. 319 - 366, Travaux de l'Observatoire nationale de la pauvreté et de l'exclusion sociale, [en ligne] http://www.onpes.gouv.fr/IMG/pdf/Travaux2000_4-jeunes_pauvrete-Galland.pdf; « Les enfants qui grandissent dans la pauvreté en Belgique », [en ligne] <https://www.unicef.be/fr/a-propos-unicef/unicef-en-belgique/defense-des-droits-de-lenfant/les-enfants-qui-grandissent-dans-la-pauvrete-en-belgique/>

directement eux-mêmes, généralement auprès de leurs congénères. Alors, ils se tournent vers les réseaux d'acheteurs composés essentiellement d'adultes et, bien pire, des professionnels (commerçants, bijoutiers...). Motivés par la marge des bénéfices qu'ils peuvent tirer de ces biens achetés à vil prix, ces commerçants ferment les yeux sur leur origine. A force des choses, consciemment ou inconsciemment, ils alimentent ce réseau, poussant les jeunes à répéter leurs forfaits. L'on a dénombré à Marseille plusieurs bijoutiers qui se ravitaillent du vol à l'arraché des chainettes en or au Vieux-Port⁷¹⁰. Plusieurs médias rapportent également la recrudescence des vols à l'arraché des bijoux, essentiellement commis par les mineurs, dans les autres grandes villes et places urbaines françaises et belges due à la flambée de la côte de l'or. La multiplication des commerces spécialisés dans le déblocage et la revente des téléphones peut aussi être interpellatrice. A côté de ces recels, l'on peut aussi pointer l'utilisation ou l'incitation des mineurs à la mendicité. Cette pratique, souvent l'œuvre des réseaux venus de l'Est de l'Europe (roms, roumains et bulgares) mais parfois des jeunes issus de l'immigration (comme c'est le cas principalement à Marseille), se répand dans les grandes villes de l'Europe occidentale. Elle est aussi observable au Congo, particulièrement à Kinshasa, à la différence qu'elle ne résulte pas d'un quelconque réseau mais des parents des mineurs qui peuvent être ou pas démunis.

345/. Une délinquance acquisitive encouragée par une pression pénale à géométrie variable. Contrairement aux sociétés européennes sous examen où cette délinquance est l'œuvre des mineurs de rang social confondu ; au Congo, les actes d'appropriation émanent principalement des jeunes déscolarisés et vivant dans la rue⁷¹¹, exclusion faite des petits cas de vol en classe, en colonies de vacances, en famille ou encore entre voisins qui se traitent généralement à l'amiable ou à l'aide d'une réprimande. Ces jeunes, communément appelés « shegué »⁷¹², sont généralement abandonnés par leur parents, accusés de sorcellerie, orphelins

⁷¹⁰ Voir Emission : Envoyé Spécial du 05/09/2012 , «les vols à l'arraché à Marseille », [en ligne] <http://www.leblogtvnews.com/article-envoye-special-le-20-septembre-les-vols-a-l-arrache-a-marseille-109614824.html>, consulté le 03/05/2016.

⁷¹¹ On estime à près de 40 000, le nombre d'enfants vivant dans la rue en RDC dont la moitié dans la ville de Kinshasa. Voir : *Plan cadre des opérations pour la survie, la protection et le développement des enfants*, 1998, UNICEF-Gouvernement [congolais], janvier 1999 ; CDE, « Examen des rapports présentés par les Etats-parties en application de l'art. 44 de la CIDE : LA RDC », CRC/C/3/Add.57, 08/08/2000, p.12 ; « Les droits de l'enfant toujours mis à rude épreuve en RDC », Rap. alternatif présenté au CDE, Sept. 2008, p.41 ; « Social problems and poverty driving thousands of children away from their families », SOS Children's, 2012, [en ligne] <http://www.soschildrensvillages.org/where-we-help/africa/democratic-republic-congo/kinshasa>.

⁷¹² L'origine de ce néologisme, dont l'orthographe est aussi sujet à controverse (« shegué », « shegé », prenant parfois le « s » au pluriel), divise les auteurs. Pour les uns [KASONGO MALOBA T.P et KINABLE J, « Enfants de la rue, phénomène pluriel et complexe à Lubumbashi (RD Congo) », In Actes du Colloque international francophone « Complexité 2010 », La pensée complexe : défis et opportunités pour l'éducation,

du SIDA ou déplacés des guerres. Pour eux, « la rue devient ainsi un espace de socialisation à part entière, avec ses codes, ses rites et ses langages [...] où il est indispensable d'affirmer son ascendance sur les autres, de garantir sa réputation et son courage »⁷¹³, voire même sa sécurité, à travers l'activité délinquante. A côté de cette cohorte plus importante, existe un autre groupe souvent assimilé à elle qui est constitué des mineurs vivants encore sous toit parental (ou tuteur) mais passant leur journée dans la rue : ils sont issus des familles très pauvres dans lesquelles les parents, incapables de subvenir aux besoins vitaux de leur enfants, ont perdu tout pouvoir sur ces derniers. Certains d'entre eux ont même accédé à la parentalité sans disposer d'une qualification pouvant leur permettre de trouver un travail afin de s'acquitter des charges financières liées à cette qualité. Ces deux groupes vivent en grande partie de la débrouillardise en s'adonnant au commerce à la sauvette (ou à la criée) et en offrant des petits services (port des bagages ou des marchandises, lavage et surveillance des véhicules, vente des places de parking) mais n'hésitent pas non plus, à la moindre occasion, de soustraire frauduleusement ou par violence les biens appartenant à autrui. Ils commettent souvent leurs forfaits dans les lieux de grande affluence (marchés en plein air, arrêts de bus, stades, concerts, etc.).

346/. Cette apparente exclusivité des shegués (réels et assimilés) dans la « professionnalisation » du vol au Congo est due à une pression pénale et sociale divergente sur le mineur-délinquant. Celle-ci est plus *forte* à l'égard des mineurs scolarisés habitant avec les parents mais *très faible*, voire *quasi inexistante*, à l'égard des « shegués ». En effet, toute réclamation, dénonciation ou poursuite consécutive à une infraction commise par un mineur *lambda* constitue, surtout dans une société africaine où le regard des autres a encore une grande influence sur les comportements individuels, une grande cause de déshonneur pour sa famille. Mais, le plus dissuasif d'ailleurs pour un tel mineur est le fait que, toute vindicte populaire à son encontre est souvent plus sévère. Car, la population ayant jeté un discrédit sur les autorités judiciaires (particulièrement les forces de l'ordre), accusées d'être corrompues et

la recherche et les organisations, Lille (France), 31/03 -01/04/2010; KIENGE KIENGE I.R, *Op.cit*, p.15], il dérive de « *Schengen* », cet espace européen de liberté de circulation des biens et des personnes, symbole dans l'imaginaire urbain congolais de la liberté, de la prospérité, du gain facile, de l'égalité des chances et d'opportunités. Pour les autres, il dérive plutôt de « *Che gué vara* », le grand révolutionnaire cubain qui a aussi séjourné au Congo et qui incarne l'image de la rébellion et de l'anticonformisme. Les deux explications mettent en exergue le mode de vie libertin et débrouillardise de ces mineurs conduisant souvent au vagabondage, à la dépravation morale ou sexuelle, au vol et, parfois aussi, à la violence. Mais celle-ci ne doit pas être confondue, pour plusieurs raisons que nous épingleons, à une nouvelle forme de criminalité violente que connaissent ces dix dernières années les grandes villes congolaises, particulièrement Kinshasa, qualifiée de « kuluna » ou « pomba ».

⁷¹³ MOIGNARD B., *L'école et la rue : fabriques de la délinquance*, PUF, Paris, 2008, pp.41, 47.

d'agir en complicité avec les jeunes-délinquants, préfère se rendre justice, principalement en cas de flagrance, en tabassant parfois jusqu'à l'agonie les auteurs des vols avant l'arrivée de la police. Et, l'intervention de cette dernière est plus motivée par le désir d'escorter ou de mettre à l'abri de la vindicative populaire un éventuel partenaire d'affaires, qui en contrepartie de cette protection partagera son butin, que le souci de sauvegarder la vie ou l'intégrité physique du jeune-délinquant. Or, lorsqu'il s'agit d'un mineur qui ne fait pas partie de la cohorte précitée ou qui n'est pas connu des services de police, il n'y a donc pas intérêt à intervenir urgemment. Ce qui peut s'avérer fatidique pour ce mineur.

347/. De leur côté, les agents de police, sans reconnaître ouvertement ce dont ils sont accusés, dénoncent le laxisme⁷¹⁴ du parquet à l'égard des mineurs : ils s'estiment découragés par le fait de retrouver en liberté les jeunes-délinquants qu'ils auraient, au péril de leur vie ou de leur intégrité physique, appréhendés et transférés aux autorités judiciaires quelques jours plus tôt ; et, que ces mêmes individus viennent les narguer en les provoquant ou en leur rappelant l'inutilité de leur action. Quant au parquet⁷¹⁵, il se défend de n'appliquer que la loi et surtout d'être handicapé dans le cheminement de la poursuite par les vices de procédure attribués aux OPJ. Mais au-delà de ces accusations mutuelles, il faut reconnaître que pour un agent de police nationale congolaise dont le salaire mensuel, du reste irrégulier, peut représenter le chiffre d'affaires journalier du jeune voleur, la tentation reste grande surtout lors que l'on sait pertinemment bien que ; d'une part, le délinquant sera relâché au parquet ou court une « pseudo-sanction » (la réprimande et le placement dans une famille d'accueil ou dans une institution caritative) devant son juge naturel, et d'autre part, l'offre qu'on refuserait sera acceptée, sous une quelconque forme, par un autre intervenant judiciaire. Cependant, toujours dans la même optique, une fois l'affaire judiciairisée, le mineur-scolarisé représente plus d'enjeux financiers pour l'intervenant judiciaire que le « shegué » pour qui personne ne se soucie. Les parents de celui-là, ayant tout intérêt de le voir en liberté, sont ainsi à la merci des intervenants judiciaires qui, sans remord et intérêt particulier pour le devenir du mineur, feront augmenter les enchères. Ce qui nous permet aussi de relever ici un contre-exemple (ou une limite) au principe évoqué plus haut (cfr. §337) d'après lequel la minorité constituait un obstacle pour les infractions à caractère financier notamment la corruption (active ou passive) :

⁷¹⁴ On retrouve aussi ce sentiment d'exaspération chez les agents de l'ordre français et belges à l'égard des juges des enfants. Sauf que dans leur cas, ils ne vont pas jusqu'à se faire corrompre par les mineurs.

⁷¹⁵ Le régime de détention préventive en droit processuel congolais se repartie entre la garde à vue de l'OPJ et le mandat d'arrêt provisoire (MAP) décerné par l'OMP. Voir : art. 4, 27 et svt CPP et 18 Const. Nous y reviendrons largement dans le titre suivant.

car dans un pays comme la RDC où cette pratique est banalisée, sinon institutionnalisée, il n'est pas rare qu'un mineur soit obligé ou appelé à monnayer des services auprès de son enseignant, d'un fonctionnaire quelconque ou d'un intervenant judiciaire. Mais il est certain que la commission de ses actes conduit rarement à des poursuites judiciaires.

§2. Les infractions contre les personnes : les violences

348/. **La délinquance des mineurs, une délinquance violente.** Venant du mot latin « vis », la violence désigne, dans un sens large, une utilisation intentionnelle à l'endroit des autres, voire même de soi-même, de la force physique et des menaces qui peuvent entraîner un traumatisme, des dommages psychologiques, des problèmes de développement voir un décès. A ce titre, elle peut revêtir plusieurs formes : verbale, physique, morale, même sonore et visuelle. Mais dans un sens plus étroit, la violence désigne l'emploi de la force sans égard à la légitimité de son usage, renvoyant alors, dans le code pénal, à « l'ensemble des infractions constituant une atteinte à l'intégrité physique des personnes »⁷¹⁶. Après cette première catégorie d'infractions analysées, les mineurs sont aussi massivement poursuivis en justice pour les agressions. Ainsi, depuis quelques années la question de la violence des jeunes est, dans tout pays qui se respecte, une préoccupation centrale des décideurs politiques et des acteurs éducatifs. Pourtant, même dans les pays où les statistiques sont régulières, actualisées et disponibles, il n'est toujours pas facile d'apprécier réellement si cette situation est due, soit à un développement effectif des actes de violences, soit à une augmentation des signalements de ces faits, soit à une intolérance sociale de la criminalité des jeunes, soit à une surmédiation ou enfin, à une grande efficacité de l'action policière ou judiciaire. Au bout du compte, la place de la violence des jeunes dans la criminalité infantile dépend énormément du sens selon lequel l'on considère le terme. Si l'on privilégie le sens large, il se dégage bien une recrudescence et une surreprésentation des mineurs dans les infractions violentes (A) ; mais lorsque l'on analyse dans un sens restreint, il apparaît une marginalisation au regard de leur fréquence et du nombre des jeunes qu'elle touche (B).

A. La recrudescence de la violence chez les mineurs-délinquants

349/. **La violence, suppôt du vol ?** Comme nous l'avons déjà évoqué, la violence est souvent utilisée comme un moyen de dissuasion pour perpétrer les infractions acquiescentes. Elle peut donc, à ce titre, concerner tout mineur et a souvent, ici, une nature physique (voies de fait, agressions, atteintes physiques). Une autre violence qui est aussi généralement liée

⁷¹⁶ GUINCHARD S. et DEBARD T. (dir.), *Op. cit.*, voir « violences ».

aux mineurs est d'ordre verbal ou moral : elle consiste, hormis les injures, menaces ou crises clastiques, à des actes d'incivilités, de provocation, des attitudes hostiles ou opposantes, des gestes blessantes, ...). C'est cette forme de violence qui, relevant plus que l'autre du quotidien des citoyens, produit l'exaspération et le sentiment d'insécurité. La déliquescence de l'appareil étatique congolais, le délabrement du tissu économique ainsi que la dégradation du cadre socio-économique peuvent faire croire que la recrudescence de la délinquance violente chez les mineurs est une exception congolaise. L'on pourrait même prétendre que le sentiment d'insécurité est plus poussé en RDC par manque d'une prise en charge effective du phénomène par les autorités publiques. Mais, faut-il préciser, ce sentiment n'est pas exclusif aux citoyens congolais ; car même dans les pays européens mieux organisés et structurés, l'on ressent aussi la même chose. Selon une statistique française⁷¹⁷, les mineurs sont impliqués dans 50% des affaires de vol avec violence, 17% dans les vols à main armées et 30% des affaires de harcèlement et autres violences. En Belgique⁷¹⁸, l'on estime à 35% la part des mineurs dans les infractions de violence et d'atteintes à l'intégrité physique. Bref, tout observateur relève aujourd'hui le caractère de plus en plus agressif, violent et sans scrupule de la délinquance des mineurs. Alors, la question qu'il sied de se poser est celle de savoir pourquoi certaines violences, censées être exceptionnelles à la délinquance des mineurs, deviennent-elles aussi banales ?

350/. Causes lointaines et particulières de la violence chez les jeunes. La première cause de cette surreprésentation des mineurs dans cette catégorie d'infraction doit revenir à l'évolution générale de nos sociétés contemporaines qui sont profondément imprégnées aujourd'hui de violence⁷¹⁹. Bien que certains auteurs estiment qu'un raisonnement en termes relatifs doit être admis, dans la mesure où cette violence est, de manière générale, en nette augmentation dans la société postindustrielle⁷²⁰, il est irréfutable que les mineurs sont aujourd'hui, plus qu'à toute autre époque, quotidiennement en contact des scènes et images violentes (à l'école, dans la rue, dans la musique, via les médias et les jeux-vidéo) pendant que l'agressivité est une caractéristique importante de leur personnalité à cette période de vie. En effet, il s'avère que, durant l'adolescence, le mineur développe des comportements

⁷¹⁷ « L'inquiétante impunité des mineurs récidivistes », *Le point*, publié le 04/04/2014, [en ligne] http://www.lepoint.fr/societe/l-inquietante-impunite-des-mineurs-recidivistes-04-04-2014-1808983_23.php consulté le 10/03/2015.

⁷¹⁸ « Statistiques annuelles des parquets de la jeunesse (2010-2105) », précitées.

⁷¹⁹ BLATIER C.[2014b], *Op. cit.*, 2014, p.3.

⁷²⁰ SPRAY, *Op. cit.*, pp. 24 et sv.

impulsifs⁷²¹, provocants et contestataires pouvant prendre une allure antisociale, sans prendre forcément la marque d'un trouble permanent de la personnalité et de ses conduites⁷²². Cette agressivité a pour cause le besoin de satisfaction immédiate, l'intolérance aux frustrations et les crises excitomotrices⁷²³. Elle peut-être aussi déclenchée par une sorte de phobie sociale, qui consiste en la crainte d'être exposé à l'observation attentive d'autrui, ou d'anxiété (particulièrement chez un mineur issu de l'immigration ou de milieu social modeste) qui est sous-tendue soit par la peur d'être soumis à un jugement subjectif d'autrui, soit par un sentiment de discrimination (délit de faciès). Dès lors, elle est utilisée par le mineur comme un moyen de provocation et un mode d'action pour se procurer ce qu'il ne pourrait pas obtenir autrement. Cette violence n'est pas uniquement tournée vers autrui mais aussi vers soi-même conduisant parfois au suicide⁷²⁴ ou aux automutilations.

351/. Par ailleurs, la délinquance est intrinsèquement adversariale⁷²⁵. La nature conflictuelle (latente ou immédiate) est sa caractéristique première. Elle oppose une [ou une poignée de] volonté (s) à une autre. De ce point de vue, le délit antérieur pourrait fort bien être la cause prochaine et distincte de la violence contre le délinquant lui-même. Ce dernier pourrait bien être la cible choisie, et nullement accidentelle, d'attaques préventives, rétributives ou dissuasives d'une variété d'acteurs dans les circonstances notamment ; d'un règlement de compte (lorsque le délit initial est à l'origine d'une dispute qui opposera de manière violente les délinquants entre eux), d'un revirement de situation (le délinquant est blessé, et parfois tué, par la victime qu'il souhaitait déjouer ou dominer ou par un témoin hostile qui se trouve sur la scène du délit) ou encore d'un refus d'obtempérer [le délinquant est blessé ou tué par une tierce partie (policier ou agent de sécurité) dans le contexte d'une résistance ou d'une poursuite].

⁷²¹ L'impulsivité est consécutive à l'immaturité, au fait que l'instance de jugement ne soit encore aguerrie. Elle peut constituer un obstacle majeur à toute socialisation du mineur lorsque ce dernier qui n'arrive à intégrer aucun groupe, fut-il « dyssocial ». La déloyauté et le manque de maîtrise de soi qu'elle génère sont incompatibles au milieu du crime organisé ou des bandes criminelles. Ainsi, le mineur délinquant hyper-impulsif agit toujours en solo : il est souvent multirécidiviste et sujet des représailles.

⁷²² Dans la classification des troubles mentaux du DSM-IV, le trouble de conduite et le trouble de la personnalité antisociale correspondent respectivement aux versions juvénile et adulte de la personnalité délinquante. Par ailleurs, le diagnostic de trouble de la personnalité antisociale inclut nécessairement la présence d'un trouble de conduite ayant débuté avant l'âge de quinze ans.

⁷²³ LEMPERIERE T. et al., *Psychiatrie de l'adulte*, Masson, 2^{ème} éd., Paris, pp.145, 201.

⁷²⁴ BESSOLES P., « Le crime adolescent : Criminogénèse et processus », *Adolescence*, 2005/4, n°54, pp.1021-1040, [en ligne] <http://www.cairn.info/revue-adolescence-2005-4-page-1021.htm> ; CHAGNON F., RENAUD J. & FARAND L., « Suicide et délinquance juvénile : phénomènes distincts ou manifestations d'une même problématique ? », *Criminologie*, vol. 34, n°2, 2001, pp.85-102.

⁷²⁵ TREMBLAY P. et PARE P.P., « La "vida loca" : délinquance et destinée », *Criminologie*, vol. 35, n° 1, 2002, pp. 25-52, spéc. p.34.

352/. **Une violence facilitée par l'usage des drogues.** Il faut aussi relever le lien qui existe entre les drogues et la délinquance violente, particulièrement des mineurs. L'adolescence, étant la période privilégiée de quête et d'expérimentations nouvelles propices à l'adoption de comportements à risque, est le lieu de prédilection de la consommation des drogues. On appelle par drogue ou produit psychotrope, toute substance dont la consommation a un effet sur le système nerveux central dans le sens où elle modifie le psychisme⁷²⁶ et le comportement, puis crée une dépendance et une accoutumance. Selon les composantes de chaque drogue, selon les modes ou la quantité de consommation et selon l'organisme, les effets ne sont toujours pas les mêmes. Etant « avant tout le reflet d'une société, de ses rituels ou de ses maux, les comportements en matière de toxicomanie ne cessent d'évoluer »⁷²⁷ et de se diversifier dans le temps et dans l'espace. De ce fait, les types de drogues consommées ainsi que leurs modalités de consommation dépendent énormément aussi du niveau social, des mœurs, des pesanteurs sociologiques, mais aussi de l'âge. Le cannabis et l'alcool sont les produits préférés des mineurs en vertu de leur facilité (économique et usuelle) d'accès. « En France, plus de 90% des mineurs de 17 ans (dont 46% des filles et 54% des garçons, ont déjà expérimenté une boisson alcoolisée) et 59% rapportent avoir déjà été ivres au cours de leur vie ; 48% des jeunes de 17 ans (20% des filles et 28% des garçons) consomment le cannabis dont 9% de manière régulière »⁷²⁸. « Une enquête réalisée en 2014 révèle que 26 % des belges de 15 à 24 ans interrogés ont déclaré avoir consommé au moins une fois du cannabis au cours de leur vie, tandis que l'usage récent (12 derniers mois) s'élève à 13 %, et l'usage actuel (30

⁷²⁶Les psychotropes sont classés, d'après leurs effets, en trois catégories ; les stimulants (psychoanaleptiques), les hallucinogènes (psychodysléptiques ou perturbateurs) et les dépresseurs (psycholeptiques ou sédatifs). Les premiers favorisent un état d'éveil (d'excitation), réduisent la fatigue et induisent un sentiment fallacieux d'assurance et de contrôle de soi. Ces effets sont généralement suivis d'un état d'épuisement, de dépression, de paranoïa. Ils sont subdivisés en *stimulants mineurs* (café, tabac) et *majeurs* (amphétamines, cocaïne, crack, ecstasy). Les seconds provoquent une perturbation de la perception de l'environnement, de la réalité (temps et de l'espace) et de la sensibilité (couleurs et sons). A long terme, ils modifient durablement la personnalité du consommateur qui ne saura plus composer avec les éléments de la réalité. Ex Cannabis, les solvants, les anesthésiques volatils, le LSD, la kétamine, etc. Les derniers ralentissent le fonctionnement du système nerveux en produisant une sensation de détente et une perte d'inhibition. Ils causent, à forte dose, des conséquences sanitaires graves telles que l'arrêt cardiaque ou les troubles respiratoires. Ex : alcool, médicaments tranquillisants et somnifères, opiacés (l'héroïne, la méthadone la codéine et la morphine). Pour approfondir la question, voir, ces ouvrages de référence ; BOUNIAS M., *Traité de toxicologie générale*, Springer, Paris, 1999 ; GALTIER C.P., *Traité de toxicologie médicale, chimique et légale*, vol.1, (Réed)2010 ; KINTZ P., *Traité de toxicologie médico-judiciaire*, Masson, 2^{ème} éd., Paris, 2012.

⁷²⁷*Drogues et dépendance*, Livre d'informations, Institut national de prévention et d'éducation pour la santé, 2006, p.7

⁷²⁸*Drogues, chiffres clés*, Observatoire français des drogues et des toxicomanies, 6^{ème} éd., 2015, [en ligne] <http://www.ofdt.fr/BDD/publications/docs/dcc2015.pdf>.

derniers jours) à 5% »⁷²⁹. Aujourd'hui plus de la moitié des lycéens européens consomment de la drogue douce sur la cour de récréation ou pendant la préparation des épreuves. En RDC, en dépit d'une consommation généralisée de la bière, les mineurs sont aussi particulièrement attirés par le cannabis, et depuis quelques temps, par les liqueurs fortes, communément appelées « *supu na tolo* ». Ces boissons, essentiellement de fabrication chinoise, sont prisées par les jeunes du fait de leur faible coût et, surtout, de leur taux élevé de pourcentage d'alcool qui produit plus rapidement l'état d'ivresse⁷³⁰. Par contre la consommation du cannabis reste circonscrite à une catégorie particulière des mineurs en RD Congo.

353/. Les drogues et la loi : absence de définition légale commune et diversité de solution. Au-delà des aspects sanitaires et criminogènes, la drogue reste aussi un problème juridique, de surcroît transnational⁷³¹. Malheureusement, jusqu'à ce jour, le droit international n'arrive ; d'une part, à lui donner une définition commune, et d'autre part, à proposer une solution juridique unique et unanime. On recourt généralement à des termes génériques (qui n'ont pourtant pas toujours la même signification selon les conventions et les Etats) et à l'énumération des substances interdites (qui est propre à chaque convention et à chaque Etat et qui appelle une perpétuelle actualisation). Il existe donc à la fois, un répertoire international⁷³² et des répertoires nationaux des stupéfiants. Déjà, il a fallu une succession de conventions internationales pour dégager un corpus des règles juridiques relatif à la drogue et pour poser le principe de la prohibition de son commerce, sauf à des fins médicales ou scientifiques. A ce jour, le cadre juridique international des drogues est essentiellement constitué par trois conventions internationales; la *Convention unique sur les stupéfiants de*

⁷²⁹ « Le cannabis : cause ou conséquence d'une démotivation scolaire ? », Union francophone des associations de parents de l'enseignement catholique, Septembre 2016, p.12, [en ligne] <http://www.ufapec.be/files/files/analyses/2016/1716-Cannabis.pdf> , consulté le 10/02/2017.

⁷³⁰ « Kinshasa : "Supu na tolo", une liqueur locale qui fait rage dans la capitale », Radio okapi, 07/08/2015 <http://www.radiookapi.net/sans-categorie/2009/01/27/kinshasa-supu-na-tolo-une-liqueur-locale-qui-fait-rage-dans-la-capitale> consulté le 06/05/2016; LAMBE L., « Soupou na tolo, l'alcool qui rend les jeunes violents », *Journal Mongongo*, n°25, 15/09/2010, p.1 [en ligne] http://www.stanleyville.be/documents/Journal_Ecole_Mongongo_25.pdf; MUYAR & BUBAYA J.C., «Le Supu na tolo de Goma fait rage dans le Nord-Kivu, *Journal Objectif*, 06/06/2015,[en ligne] ; <http://lobjectif.net/le-supu-na-tolo-de-goma-fait-rage-dans-le-nord-kivu/>

⁷³¹ L'accès à la drogue est facilité et stimulé par la démultiplication des routes. La cocaïne provient d'Amérique du sud via l'Afrique de l'ouest ; la résine de cannabis, de la vallée du Rief marocain via l'Espagne ; l'héroïne, de l'Afghanistan via les Balkans et la Turquie ; enfin, les drogues synthétiques, des Pays-Bas et de l'Europe de l'est via le Maghreb et le Nigeria, considérés comme les plaques tournantes du trafic en Afrique.

⁷³² L'OMS entreprend des évaluations médicales et scientifiques des propriétés endogènes des nouvelles substances et molécules ; et fournit des avis et orientations à l'ONU en vue d'actualisation de ces listes. Elle est aidée dans ce rôle par l'Organe international de contrôle des stupéfiants (OICS) qui est une structure indépendante et quasi-judiciaire composée d'experts de renommée internationale élus par le Conseil économique et social.

1961 (modifiée par un protocole en 1972) qui reprend quasiment la liste des substances stupéfiants énumérées par la convention de 1925, la *Convention de 1971 sur les substances psychotropes* qui se déploie sur les drogues synthétiques (l'ecstasy, la LSD, l'amphétamines, la benzodiazépines) non connues en 1961 et la *Convention de 1988 contre le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes* qui renforce la coopération internationale en matière de lutte le trafic illicite des stupéfiants sous toutes ses formes. Mais toutes ces conventions ne posent pas spécifiquement l'interdiction de la vente ou de la consommation de ces substances par les mineurs. C'est donc aux législations nationales qu'est revenue cette tâche. Celles-ci n'opèrent pas aussi toutes de la même manière.

354/. **Légalisation ou autorisation tacite du cannabis ?** Au regard de leur dangerosité, les psychotropes sont, de manière générale, objet d'une réglementation particulière qui restreigne (par exemple, à la majorité pour l'alcool et le tabac ; ou à la prescription médicale pour les médicaments anxiolytiques, stimulants ou tranquillisant) et interdit (cocaines, cannabis, marijuana...) leur accès (possession, consommation et commercialisation). Mais cette ligne de démarcation entre l'interdiction et la restriction est parfois floue et varie selon les époques, les Etats et les intérêts économiques (lobbying, retombés pour l'Etat). En effet, il se dégage aujourd'hui en droit comparé un régime juridique similaire pour le tabac, l'alcool et le cannabis qui se fonde essentiellement sur la restriction de leur consommation et de leur commercialisation aux mineurs. Si pour les deux premiers produits, ce régime, consécutif à puissant lobbying industriel international, n'est pas nouveau ; il l'est pour le dernier et ressemble plus à un aveu d'impuissance face à une consommation qui se banalise sur tous les coins de la planète grâce au cinéma, à la musique et à la mondialisation. Cette autorisation du cannabis induit aussi un régime plus souple à l'égard des mineurs, surtout lorsqu'ils ne sont que des consommateurs occasionnels.

355/. **Encadrement de la drogue en droit comparé.** En Belgique, par exemple, la répression de l'usage des stupéfiants est organisée par la loi du 24/02/1921 qui fut modifiée en 2003 par l'intégration de la dépénalisation de l'usage du cannabis par les majeurs ; c'est-à-dire, la détention de maximum trois grammes ou d'une plante pour une consommation personnelle. La Cour d'arbitrage (20/10/2004) a invalidé cette disposition pour manque de précision mais la directive du 25/01/2005 a détourné cette interdiction et a maintenu cette dépénalisation partielle par une procédure de constat d'infraction spécifique. En France, c'est la loi du 31/12/1970 qui constitue le cadre légal de lutte contre les drogues. Elle interdit, sous

toutes ses formes et sous peine de sanctions pénales, l'usage, le trafic et l'apologie des stupéfiants. Mais dans la pratique, elle reste plus tendre à l'égard des consommateurs que des trafiquants. Bien que la loi n'ait prévu aucune distinction entre les stupéfiants et en interdit tout usage illicite (privé que public), les juges et les procureurs de la République ont toujours privilégié une réponse pénale graduée en fonction de la quantité et la dangerosité du produit ainsi que de la dépendance de l'auteur ; étant donné qu'il leur est reconnu la possibilité de choisir entre une panoplie des mesures alternatives⁷³³ et la sanction, ou même, la composition pénale. De ce fait, le consommateur ordinaire relèvera du Code de la santé publique (art. 3241-1) pendant que le dealer sera confronté au code pénal (art. 222-34 et svt, 414-415 Code des douanes, 62-2 et svt CPP)⁷³⁴. Même en cas de trafic, l'on sanctionne moins lourdement la vente ou la cession dite « pour usage personnel », souvent opérée par des petits dealers, que le trafic à grande échelle. Cette posture a eu malheureusement pour revers la banalisation de la consommation des drogues douces, principalement par les jeunes contre qui la loi ne prévoyait qu'un classement sans suite avec rappel à la loi. Depuis le début des années 2000⁷³⁵, la volonté des autorités publiques est de renforcer la répression de la consommation des drogues. Par une circulaire de 2005⁷³⁶, le ministre de la Justice a recommandé aux cours et tribunaux une politique de tolérance zéro à l'égard des consommateurs des stupéfiants tout en privilégiant les réponses sanitaires. Cette circulaire préconise un classement avec une orientation sanitaire ou sociale pour les mineurs et autres consommateurs tant occasionnels que réguliers de cannabis. Cette orientation qui, constitue un message suffisant pour prévenir toute récidive, peut être renforcée par la saisine du JPE au cas où la consommation paraît révéler une problématique plus complexe ou une dangerosité particulière. « La réponse pénale à l'usage des stupéfiants apparaît de plus en plus systématique et de plus en plus sanitaire : si les alternatives aux poursuites se sont développées ces dix dernières années (représentant environ 70%), la part des peines d'emprisonnement ferme est restée stable, (soit 12431 en 2012)»⁷³⁷.

356/. Répression de la drogue en droit congolais. En RDC, il est difficile de dégager une politique pénale claire de lutte contre l'usage et le trafic de drogue pour les adultes en

⁷³³ Le rappel à la loi, l'obligation de suivre un stage de sensibilisation aux dangers de l'usage des stupéfiants, l'orientation vers une structure sanitaire ou sociale, l'injonction thérapeutique.

⁷³⁴ « La réponse pénale à l'usage des stupéfiants », Tendance n°72, *Observatoire français des Drogues et des toxicomanies*, Nov. 2010.

⁷³⁵ Loi sur la prévention de la délinquance (05/03/2007) et son décret d'application 2007/1388 du 26/09/2007

⁷³⁶ Circulaire relative à la lutte contre les toxicomanies et les dépendances du 08/04/2005.

⁷³⁷ « La réponse pénale à l'usage des stupéfiants », précité.

général, et les mineurs en particulier. Le cadre juridique est composé de quelques textes éparses⁷³⁸ qui, de manière générale, interdisent sous peine de sanction pénale, allant jusqu'à la peine de mort⁷³⁹, la détention, la commercialisation et la consommation des stupéfiants. A ce titre, la transgression de ces normes constitue une infraction même lorsqu'elle émane d'un mineur d'âge. Elle peut aussi être considérée, de fait comme de droit, comme une déviance d'après le décret de 1950 et la LPE ; à la seule différence que pour le dernier texte, elle doit en outre constituer une dépendance (toxicomanie). Quoiqu'il en soit, tous ces textes ne sont nullement appliqués et respectés : il n'y a généralement aucune réaction sociale, de quelle nature que ce soit (pénale ou sanitaire), à l'égard des consommateurs, majeurs comme mineurs, des drogues en RDC. L'on peut même conclure à une autorisation tacite de la consommation de ces substances, particulièrement le cannabis, en RDC. « Les associations et groupes d'experts de lutte contre la drogue et la toxicomanie renseignent que plus de 2.360 sites et réseaux de consommation et trafic des diverses drogues sont localisés [uniquement] à Kinshasa ; pendant que selon la 66^{ème} session de l'Assemblée générale des NU, la RDC, dont la prévalence de la toxicomanie est de 2,95 à 3% chez les jeunes de 10 à 19 ans, avait été classée dans la catégorie des pays très vulnérables »⁷⁴⁰. Les débits de cannabis pullulent dans les quartiers et communes populaires à la vue et à la sue de tous et sans la moindre réaction des autorités publiques. Les mineurs y rencontrent les adultes, parfois de toute horizon, et souvent les agents de l'ordre. De temps en temps, ces tribunes de la délinquance sont démantelées par les opérations policières circonstancielles, souvent surmédiatisées, et malheureusement sans réels suivis. Mais, les tenanciers de ces commerces, remis quelque temps après en liberté certainement après avoir monnayés leurs détentions préventives, rentrent triomphalement dans leurs quartiers et reprennent leurs activités au bout d'une brève période d'accalmie.

⁷³⁸ Arr. min. n°1250/CAB/MIN/SPF/014/1997 et n°084/CAB/MIN/FINANCES/2003 du 22/10/2003 (tabac) ; O-L n° 68/010 du 06/01/1968 relative au droit de consommation de boissons alcooliques quelconques qui stipule en son article 36 que : « *le débit ou la cession des boissons alcooliques quelconques à des personnes en état apparent d'ivresse ou à des personnes moins âgées de 18 ans, non accompagnées de leurs parents est interdite. Aucune boisson alcoolique titrant plus de 45 ° ne peut être débitée ou consommée en RDC* » ; Ord. n°57/AP.AJ du 30/06/1939 sur l'ivresse publique stipule ; Ord. 18/11/1913 portant fabrication et commerce de bière dont l'une des dispositions interdit la mise en consommation de bière contenant des substances toxiques ; Arr. min. n°04/MCP/009/2002 du 15/10/2002 modifiant et complétant l'arr. min. n°04/DIP/005/90 du 21/04/1990 fixant les critères d'appréciation de la publicité sur le tabac et sur les boissons alcoolisées.

⁷³⁹ art.195 CPM.

⁷⁴⁰ « Trafic de stupéfiants : La RDC intensifie sa lutte contre la détention de la cocaïne », *KongoTimes*, le 04/02/2013, [en ligne] <http://afrique.kongotimes.info/sante/5474-traffic-stupefiants-congo-intensifie-lutte-contre-detention-cocaine.html>, consulté le 13/07/2015.

357/. Par ailleurs, le type de drogue et la modalité de consommation prédéterminent aussi le niveau social du consommateur en RDC, et incidemment, devons-nous déplorer, la réaction sociale. En effet, les drogues de synthèse (cocaïne, ecstasy ...) ou dites « propres », ne sont pas à la portée du délinquant congolais moyen, particulièrement du mineur. Commercialisées par des réseaux solidement installés à travers une clientèle ciblée et parrainée, elles sont souvent consommées dans les milieux huppés. D'où un certain intérêt des autorités pour la manne qu'elles représentent. C'est ainsi que la consommation des drogues douces, particulièrement le cannabis, répandue dans la tranche modeste de la population n'intéresse pas les autorités publiques. A la suite de cette passivité judiciaire, il y a lieu de relever aussi une certaine permissivité sociale en ce sens que la consommation du cannabis a toujours été mal-perçue socialement et est objet d'une certaine stigmatisation⁷⁴¹ au point que les consommateurs doivent se cacher pour satisfaire leur besoin. Mais dès qu'ils sont identifiés comme tels, le contrôle social perd son efficacité ; et, ces derniers n'ont plus peur ou honte de s'afficher. Dans des telles conditions, nous ne pouvons que déplorer cette passivité (sociale que légale) et suggérer une meilleure prise en charge pénale et sanitaire des consommateurs des drogues, particulièrement les mineurs. Cette prise en charge passe nécessairement par la réforme du droit en vigueur. Le contexte sociologique congolais ne permet donc pas une légalisation du cannabis par son lien avéré avec la criminalité violente. Car, la majorité des jeunes qui consomment ce produit sont impliqués dans une forme de criminalité particulière que nous allons analyser au point suivant.

B. La marginalité des mineurs-délinquants typiquement violents

358/. **La délinquance violente des mineurs, une délinquance croissante et minoritaire.** A côté de ces violences verbales et sonores, ou encore physiques, moyens pour perpétrer des délits d'expropriation, il y a également une recrudescence des violences autonomisées ; c'est-à-dire, celles qui sont commises dans l'objectif de porter exclusivement et directement atteinte à l'intégrité physique ou à la vie de la victime (infraction-finalité). S'il s'avère que ces types d'infractions sont d'une cruauté manifestement grandissante, il faut aussi admettre qu'ils sont exclusivement l'œuvre d'un groupe restreint des mineurs qui, malheureusement, est le plus actif dans la criminalité générale des mineurs. Ce groupe est non seulement marginale (entendu comme minoritaire) mais aussi marginalisé (vivant en sous-

⁷⁴¹ « *Momeli diamba* » ou « *diambeur* » (néologisme lingala-français), signifiant consommateur de chanvre, est une injure très caricaturale qui relie la turbulence, l'impétuosité ou la fougue à la consommation de ce psychotrope.

société et étiqueté par le reste de la société comme tel). Cette hypothèse se vérifie également en RDC, à travers les phénomènes « *pomba* » et « *kuluna* ».

359/. **Le phénomène « *kuluna* » et la criminalité violente à Kinshasa.** En effet, il ne se passe pas un jour sans que les faits divers rapportent des cas d'agressions commises par les jeunes délinquants, communément appelés, « *kuluna* »⁷⁴². Ces jeunes gens, qui ne sont pas forcément des mineurs d'âge, sèment la terreur et la désolation depuis un certain temps dans la ville-province de Kinshasa ; et le phénomène se répercute timidement dans les autres grandes villes de la République, même dans la capitale voisine, au point d'attirer l'attention particulière des autorités de deux pays⁷⁴³. L'on peut situer l'origine de cette forme particulière de délinquance juvénile ou du moins trouver des liens solides avec un autre phénomène qui sévit dans la capitale à la fin des années 1990, dénommé « *pomba* » (« hommes forts », en lingala). Ce néologisme désignait les bandes criminelles composées des jeunes sportifs (judokas et boxeurs principalement) qui se donnaient souvent rendez-vous en marge des compétitions sportives de leur discipline respective et organisaient des expéditions punitives contre quiconque s'attaquait à l'un de leurs. Ce phénomène aurait aussi un lien avec l'insécurité qui caractérisait le pays à l'aube de la rébellion qui emmena le régime Kabila au pouvoir (mai 1997) : sous cet aspect, on peut y voir un instinct d'autoprotection. Mais, quelques années plus tard, le phénomène s'est délocalisé du groupe d'amis évoluant dans un même club ou dojo vers les groupes des jeunes habitant le même quartier et prit le nom de « *kuluna* ». Delà, il s'est amplifié, sensiblement infantilisé (rajeunit) et généralisé dans toute la ville de Kinshasa en commençant par ses communes périphériques.

360/. Numériquement, cette criminalité violente, quelle que soit sa forme (« *pomba* », « *kuluna* »), n'atteint même pas 20% de la population infantile de la République, ou mieux de la ville de Kinshasa qui est particulièrement touchée. Plusieurs raisons expliquent cette proportion. D'abord, il faut soulever que ces groupes ne sont pas exclusivement composés des

⁷⁴² L'origine de ce mot n'est pas connue. Elle semblerait provenir, d'après nos recherches, d'un argot lingala « *ko koluner* » qui veut dire « dépouiller ». Mais l'on ignore réellement si ce néologisme précède ou succède l'expansion de ce phénomène.

⁷⁴³ « Opération LIKOFI : meurtres et disparitions forcées aux mains de la police à Kinshasa, RDC », Human Rights Watch, 01/11/2014, pp.13-14 [en ligne] http://www.hrw.org/sites/default/files/reports/drc1114fr_ForUpload_1_2.pdf, consulté le 06/05/2016. Voir également « Opération MBATA YA BAKOLO » menée à Brazzaville : Rapport d' Amnesty International 2015, en (ligne) <https://www.amnesty.org/download/Documents/AFR2219512015FRENCH.pdf> ou encore les articles de presse notamment Wikipédia [https://fr.wikipedia.org/wiki/Op%C3%A9ration_Mbata_ya_bakolo] ou le jeune-Afrique [<http://www.jeuneafrique.com/163994/politique/congo-rdc-comprendre-l-op-ration-mbata-ya-bakolo-brazzaville-en-10-questions/>]

mineurs. Ensuite, à la notion de « la pression pénale à géométrie variable » que nous avons déjà eu à expliquer au sujet de la délinquance acquisitive des mineurs, il faut ajouter celle de la pression sociale. Le phénomène « kuluna » ne constitue pas l'unique forme de délinquance des mineurs en RDC mais reste la plus choquante, visible et spectaculaire. Pendant que les autres formes de délinquance, surtout celle des mineurs habitants sous toit parental, peuvent trouver une issue à l'amiable, le « kuluna » est considéré comme un marginal. Toute transgression dont il est auteur est dramatisée et généralement portée à la connaissance des autorités publiques. Cette réaction est essentiellement dû à l'image que renvoie ce groupe de jeunes à la société. En effet, ces groupes utilisent la violence comme une stratégie de contrôle de l'espace public, d'intimidation, de fidélisation des membres du groupe et de défense de certains trafics (contre les forces de l'ordre et les bandes adverses). Ils opèrent avec des armes blanches telles que des machettes, des couteux dont l'utilisation est mutualisée : à défaut d'être camouflables dans les habits, ces armes sont, en quelque sorte, mises en libre-service pour les membres de la bande qui connaissent leur localisation et leur disponibilité.

361/. Ainsi, à la différence des « *shegués* », les « *kulunas* » ont un toit et souvent une famille, puis s'organisent en territoire autour d'un chef. Et, à la différence des « *pombas* », ils contrôlent leurs quartiers et ne s'en prennent qu'aux personnes extérieures à leur périmètre⁷⁴⁴ : raison pour laquelle beaucoup de bandes se sont constituées en réaction à l'existence des gangs violents dans le voisinage. Toutefois, les frontières entre les trois formes dominantes de délinquance juvénile au Congo ne sont pas si étanches. Si jadis, ils s'adonnaient principalement au vol (simple et aggravé), opéraient individuellement ou exceptionnellement en groupuscule de circonstance non hiérarchisé, et étaient rarement violents ; les « *shegués* » se regroupent de plus en plus et se munissent aussi d'armes blanches par précaution de toute attaque des « *kulunas* » et des mauvais traitements dont ils sont souvent objet de la part des agents de l'ordre. Par ailleurs, certains « *kuluna* » sont des pratiquants d'arts martiaux et d'anciens enfants de la rue.

⁷⁴⁴ KIBANGULA T., *art. préc.* ; « RDC : les kuluna, gangs de jeunes qui sévissent à Kinshasa », RFI Afrique, 28/11/2013, [en ligne sur] www.rfi.fr/fr/afrique/20131128-rdc-kuluna-gangs-jeunes-sevissent-kinshasa , consulté le 03/05/2016.

Section 2. L'élément matériel, critère de modulation de la réponse à la délinquance des mineurs

362/. **La perversité, paramètre moral ou matériel ?** L'analyse de l'élément matériel en tant que fait incriminé n'a pas d'intérêt théorique et particulier, sauf lorsqu'elle nous renseigne, comme nous l'avons évoqué, sur la structure de la criminalité infantile. Elle permet néanmoins dans la suite du courant protectionnel à déceler la *personnalité du mineur* en vue de moduler la réponse pénale à apporter. Cette approche se réalise à travers un concept dont le contour est plus ou moins flou, à savoir la perversité (art. 10 D.1950, 117 LPE). Que peut-il réellement signifier en droit congolais et comment s'apprécie-t-elle ? Du latin « *perversitas* » ou « *perversus* » traduit par « renversement, corruption des mœurs », ce terme peut revêtir en français plusieurs sens. Consécutivement à son sens étymologique et commun, il désigne une action, pratique immorale ou contre-nature d'une personne. Mais dans un sens large, il peut être défini comme le caractère d'une personne encline au mal, qui fait ou aime faire le mal. Enfin, sur le plan psychopathologique, il désigne une anormalité de la conduite générale et spécialement des comportements à l'égard d'autrui et de la Société conduisant à des actes asociaux et inhumains accomplis avec indifférence affective à l'égard de la souffrance d'autrui, ou encore l'absence complète de culpabilité et satisfaction personnelle. Il sous-entend, à cet effet, une indifférence morale rebelle prolongée. Sur le plan juridique, la perversité, associée à la dangerosité⁷⁴⁵, est à cheval entre une responsabilité de type objectif et subjectif. Elle renvoie d'une part, aux habitudes, au tempérament, au milieu, aux fréquentations, au mode de vie du délinquant, et d'autre part, aux circonstances de la commission de l'acte. L'ambiguïté de ce concept en DPM congolais est due au fait que tous les aspects de la personnalité du mineur-délinquant, censés faire partie de l'enquête sociale, connaît ici une consécration autonome qui malheureusement n'est liée qu'à la gravité des faits. La perversité n'est évoquée et n'a d'incidence sur la sanction que lorsqu'il s'agit d'une infraction, exclusion faite de la déviance, punissable de plus d'un an⁷⁴⁶ de servitude pénale. Ce faisant, elle prive à l'ECL la possibilité d'être référencé à la médiation (art 136 LPE) et est même assimilée à la récidive⁷⁴⁷. Sauf le raisonnement impénétrable de l'article 130 LPE, la perversité du mineur en droit pénal congolais est ainsi liée aux conditions de la réalisation de

⁷⁴⁵ Laquelle notion est également difficile à définir. Lire : GASSIN R., CIMAMONTI S. & BONFILS P., *Op. cit.*, n°889, p.784 et svt. ; PRADEL J.[2016], *Op. cit.*, pp.623-624.

⁷⁴⁶ Ce taux était encore plus bas sous le D.1950 (deux mois).

⁷⁴⁷ Si les dispositions de l'article 10 D.1950 ne parlait que de la perversité « morale » caractérisée ; celles de l'article 117 LPE ajoutent à cette dernière la récidive.

l'infraction et implique généralement trois éléments déterminants, à savoir ; le taux de la peine (incidemment, la gravité du dommage), la récidive, mais aussi, la participation criminelle. Le premier facteur, qui sera analysé dans le dernier chapitre de la présente étude, est fixé directement par la loi lorsqu'elle distingue les sanctions appliquées aux mineurs délinquants. Nous ne nous intéresserons alors à ce stade qu'aux deux derniers facteurs qui sont judiciaires : car, il appartient au JPE de les découvrir et les apprécier.

363/. A ce sujet, la question qui nous revient à l'esprit est non seulement celle de savoir comment et avec quel moyen le juge apprécierait-il ces éléments pour l'adaptation et l'individualisation de la sanction mais aussi comment le Législateur a-t-il institué la prise en compte de ces deux éléments pendant que ces derniers constituent les caractéristiques inhérentes et intrinsèques à la délinquance des mineurs. Toute approche juridique en cette matière risque de paraître, à cet effet, absurde voir inefficace. Car, quel que soit l'angle d'analyse, la délinquance des mineurs apparaît au regard, d'une part de la fréquence de commission comme une délinquance répétitive (§1), d'autre part, de la modalité de commission comme une délinquance plurielle (§2).

§1. Les infractions répétitives : la récidive

364/. **La délinquance des mineurs, une délinquance répétitive.** La réponse institutionnelle à la délinquance des mineurs rencontre d'énormes difficultés face à la fréquence de commission des infractions par ces derniers. D'un côté, plusieurs auteurs et observateurs mettent en évidence le lien qui existe entre la minorité et la commission répétée des infractions instantanées au cours d'une période relativement courte que nous avons nommé la « *réitération criminelle* ». Cette affirmation semble ne plus relever du domaine de la présomption mais de la certitude. En effet, dans plusieurs pays, les médias⁷⁴⁸, les enquêtes et études⁷⁴⁹ la relayent et la confirment. En France, les études concluent que les mineurs sont davantage récidivistes avec un taux cumulé de 63%. Plus le condamné est jeune au moment des faits et plus son risque de récidive dans les huit ans qui suivent sa condamnation est élevé

⁷⁴⁸« Les mineurs récidivistes », *Le figaro*, 15/11/2013 ; [en ligne] <http://www.lefigaro.fr/actualite-france/2013/11/15/01016-20131115ARTFIG00578-delinquance-les-mineurs-recidivent-plus-que-les-majeurs.php>, consulté le 10/03/2015

⁷⁴⁹ ROBERT L. & MINE B. (dir.), *Rapport national sur la récidive en Belgique*, Institut National de criminalistique et de criminologie (INCC), Bruxelles, 10/06/2015 (Une étude basée sur les données statistiques du Casier judiciaire central entre 1995 et 2013) ; « Mesurer la récidive : Contribution à la conférence de consensus de prévention de la récidive », Ministère de la Justice, Secrétariat général, Service support et moyens, Sous-direction de la Statistique et des Études, 2013 ; Portrait social, INSEE, 14/11/13 (étude basée sur les statistiques du Ministère de la Justice entre 2004 à 2011).

[...]. Un condamné mineur a 1,6 fois plus de risque de récidiver qu'un condamné âgé de 18 à 25 ans et 2,3 fois plus qu'un condamné ayant entre 30 et 39 ans. D'après une autre étude menée dans le centre correctionnel juvénile de Hunnerberg (Pays-Bas) en 2005⁷⁵⁰, le taux de récidive officielle des mineurs s'élevait à 64% et celui de récidive auto-proclamée à 74%. Tous ces chiffres peuvent être revus à la hausse, si l'on considérait le fait qu'il faut avoir été présenté devant les tribunaux plusieurs fois pour être condamné et être considérés comme un récidiviste au sens légal. Or, il n'est pas rare de voir des mineurs interpellés dix à vingt fois, sans subir la moindre sanction, *lato sensu*. Et, ce n'est pas l'observateur congolais qui va contredire un tel constat. De ce qui précède, l'on ne peut donc réfuter que la jeunesse en général, ou la minorité en particularité, constitue un facteur de la réitération criminelle : dès qu'un mineur entre dans le processus criminel, il y a des fortes chances qu'il s'inscrive dans un parcours multi-réitérant, c'est-à-dire, dans la commission de plusieurs délits différents (« polyvalence ») durant une période relativement courte (4 à 5 ans de moyenne). Cette courbe connaît son apothéose vers le 14/16 ans et décroît sensiblement à la sortie de la minorité (17/18 ans) ou durant les premiers âges adultes (18/25 ans) pour des raisons à la fois sociales que biologiques⁷⁵¹.

365/. De l'autre côté, le droit pénal moderne prend particulièrement en compte la réitération des faits infractionnels par un même individu ; laquelle traduit l'échec du système pénal à l'endroit du prévenu ou du condamné aussi bien dans sa fonction dissuasive que socialisante. Il se saisit de ce phénomène principalement à travers les notions de « *concours ou cumul d'infractions* »⁷⁵² et de la « *récidive* »⁷⁵³ qui présupposent l'aggravation de la sanction. Le concours d'infractions est réalisé lorsque le prévenu doit répondre des plusieurs infractions à la fois dont aucune n'a encore fait l'objet d'un jugement définitif, tandis que la récidive suppose l'existence d'un premier jugement définitif entre le(s) infraction(s) précédente(s) et actuelle(s). Le concours d'infractions regroupe en droit congolais deux

⁷⁵⁰ VANDAM C., *Juvenile Criminal Recidivism, Relations with personality and post release environmental risk and protective factors*, Nijmegen, 2005, p. 94 ; cité dans « Jeunes délinquants : mesures sociales, éducation et réadaptation », Rapport de la Commission des questions sociales, de la santé et de la famille, Parlement européen, Doc. 12523, 18/02/2011.

⁷⁵¹ L'accès à la parentalité, à l'emploi ou aux autres charges sociales constituent une des raisons de la sortie des mineurs de la délinquance. Toutefois, le changement de statut pénal, avec une plus grande pression pénale dès à l'accès à la majorité, ne doit pas aussi être négligé.

⁷⁵² PRADEL J.[2016a], *Op. cit.*, pp.624 et svt; TULKENS F., VAN DE KERCHOVE M. &al., *Op. cit.*, p.376 et svt; VANDERMEERSCH D., *Op.cit.*, 72-75 ; KUTY F.[2010], *Op.cit.*, p.184.

⁷⁵³ ALLINNE J.P. et SOULA M. (dir.), *Les Récidivistes : Représentations et traitements de la récidive XIXe-XXIe siècle*, PU Rennes, Rennes, 2011, 288 p. ; SCHNAPPER B., « La récidive, une obsession créatrice au XIX^{ème} siècle », XXI^{ème} Congrès de l'Association française de criminologie : le récidivisme, Paris, PUF, 1983, pp. 25-64 ; *Voies nouvelles en Histoire du droit*, Paris, PUF, 1991, pp. 313-351.

hypothèses ; un concours idéal⁷⁵⁴ (art. 20 al.1 CP) et un concours matériel (art 20 al.2 CP)⁷⁵⁵. Le premier suppose une unicité intentionnelle ou causale entre les différents faits susceptibles, de qualifications différentes ou non, et est sanctionné par la peine la plus forte c'est-à-dire, celle de la plus haute qualification pénale. Pour le second, qui n'implique aucun lien intentionnel et causal, le juge qualifiera chaque fait et lui appliquera une peine mais cumulera les peines prononcées d'après les modalités fixées par la loi. Nous n'aborderons dans cette étude que l'hypothèse de la récidive qui sous-entend une plus grande gravité ainsi qu'une démarcation pure et nette des faits. A ce titre, nos réflexions pourront aussi s'appliquer, dans une certaine mesure, au concours matériel d'infractions.

366/. Comme nous venons de l'affirmer, la problématique de la réitération des faits infractionnels par les mineurs, particulièrement de la récidive, soulève des difficultés à la fois d'ordre social que sociologique, juridique que biologique. L'approche pénale, qui est la seule à pouvoir produire des effets juridiques, est généralement très restrictive et loin de la perception sociale. La multiplication dans un temps court de faits commis par un mineur ne répond pas nécessairement aux mêmes ressorts, finalité et motivations que celle d'un majeur. Dès lors, l'étroitesse de l'approche juridique est confrontée à la difficulté de la transposition de certaines de ses règles (A) et de ses finalités (B) dans la criminalité infantile.

A. Les limites de l'approche juridique de la récidive en DPM

367/. **La récidive, une notion plurale.** Le concept de la récidive renvoie à des réalités fort variées qui ne sont pas les mêmes pour le juriste, le criminologue, le sociologue et le citoyen moyen⁷⁵⁶. Ce que les citoyens ou les médias désignent par « récidive » n'est pas forcément ce que la loi définit comme tel. Les citoyens, singulièrement choqués lorsque l'auteur de l'infraction ait déjà été en contact avec la justice, évoquent généralement ce terme en cas des délits graves et crimes pendant que ces catégories de faits restent, d'après les statistiques, sous-représentées dans la récidive. Pour le sociologue, la récidive englobe généralement les hypothèses non prévues par loi : il utilise les références légales mais les dépassent généralement pour saisir la problématique dans sa globalité. Il n'est pas aussi rare

⁷⁵⁴ L'on y distingue aussi parfois, les infractions continuées (qui correspondent à une continuité de but assurée par une même personne) des infractions collectives (qui correspondent à une continuité de but partagé entre plusieurs auteurs). Voir MAYAUD Y., *Op.cit.*, pp.223 et svt.

⁷⁵⁵ ESIKA MAKOMBO, *Op. cit.*, pp. 240-246 ; NYABIRUNGU MWENE S.[1995], *Op.cit.*, pp.107-112. Voir aussi pour le droit belge (Cass., 06/01/2004, Pas.2004, p.2 ; 22/12/2004, Pas.2004, p.2040 ; 05/04/2005, Pas.2005, p.770).

⁷⁵⁶ GASSIN R., CIMAMONTI S. et BONFILS P., *Op. cit.*, pp.447-450.

d'entendre les autorités politiques, militaires, voire judiciaires, désigner par « récidivistes » des personnes qui ne le sont pas forcément aux yeux de la loi. D'ailleurs, l'on entend de plus en plus dans les services de police congolais un terme similaire, exporté de la pratique française, à savoir « personne connue des services de police ». En somme, le concept de « récidiviste » peut faire référence, soit au nombre des condamnés à un moment donné qui sont en état de récidive légale, soit au nombre de ces mêmes personnes qui ont des antécédents judiciaires ; soit à un groupe de personnes dans une situation donnée (les condamnés, les sortants de prison), suivies pendant une certaine durée et pour un événement spécifique qui leur arrive (ré-arrestation, la ré-condamnation ou le retour en prison), soit encore à la répétition du même délit pour lequel l'on déjà été condamné, parfois pour d'autres infractions. Par manque de référentiel unique, la question fait souvent l'objet d'un désintérêt important de la part de la communauté scientifique.

368/. **Approche juridique de la récidive, approche ultérieure et restrictive.** Le concept de « récidive » n'a pas constitué depuis longtemps « un objet de recherche privilégié. Les approches [proposées] relevaient le plus souvent du domaine de l'expertise criminologique ou psychologique, voire médicale »⁷⁵⁷. Si l'on peut retrouver des questionnements juridiques sur la répétition de l'acte délictuel par un condamné en droit canonique moyenâgeux à travers la notion de relapse, la réflexion ne s'est sécularisée qu'à la fin du XIX^{ème} siècle notamment avec la création du casier judiciaire et les effets pervers de l'industrialisation (exode rural, banditisme des grands chemins, vagabondage...). Elle fut toutefois occultée par d'autres problématiques plus préoccupantes de l'époque telles que la lutte contre l'arbitraire et la cruauté des peines. « Jusque-là, les philanthropes et juristes qui s'étaient intéressés à la récidive, n'avaient posé la question qu'en termes de problème pénitentiaire, problème qu'une réforme des prisons devait conjurer. Et, tout au long du siècle, l'institution carcérale va se trouver au centre des discussions »⁷⁵⁸. Les mendiants et les vagabonds, estimés lâches et paresseux, des volontés impuissantes, incapables de travailler et de lutter, incorrigibles et difficiles à réinsérer, étaient le modèle par excellence des récidivistes. Peu après, l'approche pénitentiaire et curative (le récidiviste étant considéré comme un aliéné) laisse place à l'approche légale et préventive. Selon Jean-Louis

⁷⁵⁷ SOULA M., « Introduction : Récidive et récidivistes depuis deux siècles », in ALLINNE J.P. & SOULA M. (dir.), *Op.cit.*, pp. 11-24, spéc. p.12.

⁷⁵⁸ KALUSZYNSKI M., « La récidive, une mise à l'épreuve de la République », in ALLINE JP & SOULA M., *Op.cit.*, pp.141-154.

HALPERIN⁷⁵⁹, la première idée qui a dominé dans la doctrine postulait pour un traitement non-différencié des récidivistes. A l'état de cette position, l'on évoquait le principe de « *non bis in idem* » qui, différemment d'aujourd'hui, était interprété comme l'interdiction de punir plus sévèrement l'auteur récidiviste que le délinquant primaire : agir de la sorte, signifierait punir le récidiviste une deuxième fois pour un premier délit pour lequel il aurait déjà payé la dette envers la société. Plusieurs théories pénalistes, criminologues et philosophiques se succéderont tentant chacune d'expliquer et de comprendre le concept, d'en déceler les causes et d'en proposer les solutions. La suprématie de l'approche juridique coïncidera avec une restriction et une révisitation du concept. Dès lors, l'on ne saurait, sur le plan juridique, être en état de récidive qu'après l'avertissement résultant d'une condamnation antérieure⁷⁶⁰. Ce qui justifierait le traitement différentiel du récidiviste réputé plus dangereux que les autres. Cette solution induit non seulement tout le droit de la peine qui considère la récidive comme une circonstance aggravante⁷⁶¹ mais aussi toute la pratique judiciaire qui, sans que la loi ne fasse expressément allusion à la récidive, le fait à travers la notion d'antécédent judiciaire ou d'autres concepts tels que la personnalité du délinquant, la garantie de représentation, *etc.* Néanmoins en ce qui concerne la récidive légale, quatre questions doivent impérativement être résolues par la loi : la nature de la première infraction ayant fait l'objet de la condamnation définitive (premier terme), la nature de la seconde infraction (second terme), la durée du délai dans lequel la seconde infraction doit être commise pour entraîner l'aggravation de la répression et le point de départ de ce délai (critère temporaire), enfin, la portée de l'aggravation de la sanction si toutes les conditions de la récidive sont réunies.

369/. **La récidive en droit pénal congolais**⁷⁶². La récidive n'est pas définie par le législateur congolais mais comme l'on peut l'imaginer, et d'après la jurisprudence, il s'agit d'une rechute dans l'infraction selon les conditions légalement déterminées après une ou plusieurs condamnations coulées en force de la chose jugée. Les deux dispositions du code pénal ordinaire congolais (art.14b et 14d), qui la prévoient et la règlementent, se rapportent chacune à une hypothèse matérielle différente tout en ayant en commun le critère

⁷⁵⁹ « La doctrine pénaliste et la récidive au XIX^e siècle », ALLINNE J.P. & SOULA M. (dir.), *Op. cit.*, pp.87-96.

⁷⁶⁰ PRADEL J. & VARINARD A., *Op. cit.*, p.42.

⁷⁶¹ « *Traitement de la récidive et peines minimales [en droit comparé]* », Ministère de la justice française, publié le 10/07/2007, [en ligne] <http://www.justice.gouv.fr/europe-et-international-10045/etudes-de-droit-compare-10285/traitement-de-la-recidive-et-peines-minimales-12988.html>, consulté le 15/08/2015.

⁷⁶² NYABIRUNGU MWENE S.[1995], *Op. cit.*, p.303 et ss.

temporaire⁷⁶³. La première prévoit la commission, dans une période d'au plus dix ans, de deux infractions ayant entraîné chacune une servitude pénale d'au moins six mois. Quant à la seconde, elle se déploie sur la commission de trois infractions ayant entraîné chacune six mois de servitude pénale endéans dix ans. En d'autres termes, il faut qu'au moment du jugement de condamnation, le tribunal constate qu'entre l'instance pendante et le premier jugement il y a un laps de temps de, tout au plus, dix ans et que durant la même période apparaisse déjà, selon le cas, plus de deux ou trois condamnations d'au moins six mois de servitude pénale dans le casier judiciaire du prévenu. Bien qu'il ne soit pas précisé par la loi, il semble que ce délai court à partir du jour où le jugement est coulé en force de la chose jugée. Par ailleurs, la dernière disposition, à la différence de la première, ajoute une condition supplémentaire hormis le changement du nombre d'infractions commises, à savoir, la persistance à la délinquance. Dans les deux cas, les sanctions prévues sont des peines complémentaires facultatives dont la fixation est laissée à la libre appréciation du juge.

370/. Difficulté d'application des règles générales de la récidive au DPM : le premier terme et le critère temporaire. De manière générale, l'évaluation de la récidive des mineurs soulève, plus que celle des adultes, d'autres difficultés méthodologiques et empiriques particulières que la LPE semble ne pas avoir pris en considération. En faisant référence à la récidive sans la définir. Le Législateur est sensé soumettre cette notion aux règles de droit commun contenues dans le code pénal. Ces dernières sont, hélas, difficilement transposables dans le domaine de l'enfance délinquante telle qu'organisée par la LPE. Comme nous venons de l'évoquer, le code pénal pose quelques conditions (relatives à la fréquence des actes, à leur nombre, à leur sanction, voire même, à la personnalité du délinquant pour l'article 14d) afin que la réitération des actes infractionnels produise des effets juridiques. Nous nous attarderons particulièrement dans les lignes qui suivent sur la condition relative à la sanction

⁷⁶³ Différemment du droit congolais ou belge qui cumulent les critères matériel et temporaire, le droit français distingue dorénavant la récidive de la réitération. La première comprend deux modalités ; la récidive criminelle et la récidive délictuelle. En matière délictuelle, le premier terme de la récidive doit être un délit, et le deuxième terme le même délit, ou un délit assimilé par la loi, commis dans le délai de cinq ans à compter de l'expiration ou de la prescription de la précédente peine (art. 132-10 CP). En matière criminelle, le premier terme de la récidive doit être un crime ou un délit puni de 10 ans d'emprisonnement, et le deuxième terme doit être un crime (art. 132-8 CP). Les deux modalités ont en commun la condition matérielle (identité réelle ou assimilée de l'infraction) et les effets juridiques (aggravation de la peine au double prévue ou à la perpétuité pour un crime puni de vingt ou trente ans de réclusion) ; mais se distinguent par la condition temporelle (5 ans) qui est inopérante dans la récidive délictuelle. La réitération désigne le fait qu'une personne, déjà condamnée définitivement pour un crime ou un délit, commette une nouvelle infraction qui ne répond pas aux conditions de la récidive légale (art 132-16-7 al.1). Elle n'est pas soumise à la condition temporelle et n'a pas de conséquences particulières sur la peine prononcée. Elle peut toutefois être prise en compte par le juge pour l'individualisation de la peine et dans les autres actes de procédure.

qui constitue l'obstacle axiologique majeur. Jetons néanmoins un coup d'œil sur la condition relative au délai. En effet, le code pénal fixe circonscrit l'opérationnalité de la récidive dans un terme de dix ans. Sachant que le mineur-délinquant ne peut être traduit en justice avant l'âge de quatorze ans, l'on se demande si les infractions qu'il commettrait dix ans après (soit à vingt-quatre ans) relèveront toujours de la compétence du TPE. Bien plus, lorsqu'un jeune-majeur est traduit devant les juridictions de droit commun, il ne peut lui être opposé les antécédents judiciaires de sa minorité (art. 105 LPE)⁷⁶⁴. En d'autres termes, l'application de la récidive de droit commun aux ECL équivaldrait à réduire la condition temporaire à quatre ans, soit de quatorze ans à la majorité (dix-huit ans). L'admission d'un tel délai (quatre ans) rendrait la norme plus sévère à l'égard de l'ECL : ce qui n'a pas été surement l'intention du législateur de 2009.

371/. **L'inapplicabilité de la récidive aux ECL par rapport au critère de la sanction.**

Quant aux critères relatifs à la sanction, nous avons épinglé deux obstacles. Le premier se rapporte à la nature de l'infraction, objet du premier terme. Cette difficulté provient du fait que pour produire des effets juridiques la récidive sous-entend la commission d'au moins deux (pour l'hypothèse de la récidive de l'art.14b CP) ou trois (pour l'hypothèse de l'art. 14d CP) infractions ayant conduit chacune à une condamnation d'au moins six mois de servitude pénale. Or, l'on sait bien que les ECL n'encourent pas légalement les peines de droit commun, particulièrement la servitude pénale. Ayant saisi, l'insuffisance juridique de cette norme, le Professeur WANE BAMEME⁷⁶⁵ estime que la sanction, constituant le premier terme, pourrait aussi être disciplinaire : tel est le cas des MGEP, de la MDG, ainsi que toute autre mesure de sûreté. Nous estimons que ce noble avis dépasse les prévisions légales. A défaut d'avoir posé le principe de *la peine théorique* prévue pour l'infraction comme critère de référence spécifiquement pour les ECL, le régime de la récidive, tel qu'organisé jusqu'à ce jour en droit congolais, reste inapplicable à ces derniers. Le législateur 2009 ne le savait-il pas ou avait-il

⁷⁶⁴ Comme en droit français (art. 769-2, 770 CP), il y a lieu de relever l'effacement, à partir de la majorité, du casier judiciaire des sanctions prononcées à l'encontre du mineur. L'art. 201 L. n° 2004-204 du 09/03/2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité (« Loi Perben II ») a toutefois admis une atténuation à cette règle en permettant, sous certaines conditions, la visibilité des sanctions jusqu'à trois ans au-delà de la majorité. En droit belge, les condamnations peuvent aussi être effacées du casier judiciaire après un certain délai : soit 3 ans pour les condamnations de police, soit 3 ans (ou 6 ans en cas de récidive) pour les peines de moins de 5 ans d'emprisonnement, soit 5 ans (ou 10 ans en cas de récidive) pour les peines de plus de 5 ans d'emprisonnement (Voir circ. min. n°204 du 10/06/2013). Pour le premier cas, l'effacement est automatique mais pour les deux autres cas, il est consécutif à une requête au près du TAP. Les mêmes règles s'appliquent aux mineurs : les mesures éducatives sont effacées automatiquement dans les 3 ans s'ils ne sont pas objet d'une nouvelle sanction.

⁷⁶⁵ préc. [2016], p.175.

l'intention d'instaurer un régime spécifique de récidive pour les ECL ? Cette question restera malheureusement sans réponse.

372/. Quant à la deuxième difficulté relative à la sanction, elle se rapporte à l'infraction butoir ou constitutive de la récidive (le deuxième terme). D'après la formulation de l'article 117 de LPE, l'on ne sait exactement dire si le constat de la récidive ou de la perversité est séparé de la commission de l'infraction punissable de plus d'un an de servitude pénale pour produire des effets sur la sanction encourue par l'ECL. En d'autres termes, est-ce que la commission du manquement qualifié d'infraction punissable de plus d'un an de servitude pénale constitue-t-il le deuxième terme de la récidive ? Si la commission du manquement par le mineur est distincte de la constitution de la récidive, hypothèse qui nous laisse très sceptique, nous retombons dans les difficultés évoquées précédemment. Si c'est le cas contraire, le DPM modifie alors le régime de droit commun de la récidive en ajoutant un autre critère matériel. Comme le précise le professeur NYABIRUNGU MWENE SONGA⁷⁶⁶, le système zaïrois de la récidive est général en ce sens que la nature ou les caractéristiques de la nouvelle infraction importent peu. Or, l'infraction prévue par l'article 117 doit nécessairement être punissable de plus d'un an de servitude pénale. Et, même dans ce cas, il n'y a pas encore récidive aussi longtemps que le juge ne l'ait constaté. Curieusement, l'article 117 évoque la « récidive » comme déjà établie (ou préexistante) et comme une condition cumulative à la réalisation du manquement pour le placement de l'ECL dans un ERE. Nous estimons que le Législateur aurait dû simplement et carrément utiliser un autre concept juridique non assorti des effets spécifiques ou potentiellement compatibles au DPM. Nous pensons donc au concept de « réitérant » utilisé en droit français pour saisir « tout retour devant la justice » non assorti des effets spécifiques comme la récidive légale.

373/. Incidemment à ces obstacles théoriques et conceptuels, il y en a d'autres qui sont plus pratiques et techniques notamment les moyens de détermination du passé judiciaire d'un prévenu, et particulièrement un ECL ou la problématique du casier judiciaire en droit congolais, puis l'imbrication entre la sanction découlant de la récidive et les sanctions appliquées aux mineurs.

⁷⁶⁶Op.cit [1995], p.305. Voir aussi RENOUT H., *Droit pénal général*, Paradigme, Paris, 2011, pp.297-298.

B. Les limites techniques de la récidive en DPM

374/. **La non-pertinence des effets juridiques de la récidive sur la délinquance en général.** La question de la récidive a pris ces deux dernières décennies une place importante dans les débats politiques et juridiques au point de constituer dans les sociétés modernes le baromètre de l'efficacité d'un système pénal. Il est normal que les citoyens s'interrogent sur les effets resocialisant de la peine un condamné, particulièrement à une peine privative de liberté, n'a pas été stoppé dans sa propension vers le crime. Malheureusement ce constat n'est pas une nouveauté dans l'histoire sociale et pénale. Raison pour laquelle, MILTON BARRON L. estime que « la sanction est particulièrement susceptible d'être suivie par la récidive, peut-être parce que la punition ne réforme pas et parce qu'il en résulte un ostracisme social de la personne punie. Plus l'enfant est jeune au moment de son premier arbitrage comme délinquant, plus grande est la probabilité de récidive »⁷⁶⁷. Pour d'autres penseurs encore, le germe de la récidive ne se retrouve pas seulement dans la sanction ou la machine pénale elle-même mais aussi dans la personnalité du délinquant (âge, maladie mentale ...). Ainsi, la pensée dominante reste convaincue jusqu'aujourd'hui qu'il faudrait punir davantage et plus sévèrement le récidiviste. Et, au cas où il s'avérerait un problème pathologique ou surtout en cas d'un nouvel échec, il sied de privilégier une autre thérapie.

375/. Le système de récidive générale choisi par le législateur congolais traduit une intransigeance de ce dernier sur la question. Mais la pratique dément cette position. Rappelons qu'en droit congolais, le récidiviste n'encourt que des peines complémentaires facultatives dont le prononcé est laissé à la libre appréciation du juge. Ces mesures sont ; l'obligation de s'éloigner des certains lieux ou d'une certaine réunion, ou celle de résider dans un lieu déterminé pendant une durée maximale d'un an et, spécialement pour le cas de l'article 14d, la MDG pour un terme de cinq à dix ans après l'expiration de la peine de servitude pénale. Ce qui signifie que le législateur congolais ; d'une part, ne fait pas de la récidive une de ses préoccupations primordiales (sanction judiciaire facultative), et d'autre part, ne tranche ni pour la solution de sévérité ou de traitement mais plutôt de sureté teintée d'un dualisme net. En effet, les mesures de sureté consécutives à la récidive ne sont appliquées en droit congolais qu'après l'exécution de la peine principale. Pendant que l'on sait pertinemment bien que ces mesures ne sont généralement pas appliquées en RDC faute de suivi et des moyens conséquents. Lorsqu'elles ont le privilège d'être exécutées, elles se transforment en servitude

⁷⁶⁷The Juvenile in Delinquent Society, Knopf, New York, 1954, p. 19 [traduction personnelle]

pénale⁷⁶⁸. Ainsi, il sied de préconiser, à côté de la réponse essentiellement juridique, des réponses cliniques et actuarielles non seulement pour lutter mais aussi pour prévenir la récidive⁷⁶⁹. Les premières consistent à désigner un spécialiste (psychologue, psychiatre, criminologue-clinicien, personnel d'insertion et de réprobation) dont le rôle est d'émettre un diagnostic sur le risque de récidive des personnes. Ces techniques utilisent, selon les spécialités, les États et les époques des notions très proches comme la dangerosité, la désistance, le risque de récidive ou de violence, la chance de réinsertion. Les secondes consistent à prédire, à l'aide des données statistiques ou des formulaires⁷⁷⁰ préconçus, la probabilité pour un détenu de réussir sa réinsertion. Ces techniques peuvent aider à déceler le germe de la récidive chez les délinquants primaires, y compris les chez les récidivistes et délinquants d'habitude, afin de pouvoir leur apporter une aide adéquate.

376/. Difficultés de transposition des conséquences (sanctions) de la récidive aux ECL. Faisons abstraction de tous obstacles sus-évoqués, et supposons la réunion de toutes les conditions substantielles de la récidive sanctionnée par l'office du JPE. Quel sera donc l'effet de la récidive sur le mineur ? A cette question, nous risquons malheureusement de ne trouver la réponse ni dans les textes de loi, encore moins dans la jurisprudence. L'état de récidive implique, comme nous l'avons mentionné, deux conséquences juridiques au regard des dispositions pertinentes de la LPE (art. 136 et 117) ; la première est d'ordre procédural (exclusion de la médiation), la seconde semble être d'ordre substantiel, particulièrement sanctionnel (placement dans un ERE). En ce qui concerne la dernière hypothèse, la récidive apparaît comme *une circonstance aggravante d'une circonstance aggravante*. L'on ignore dans ce cas laquelle prime sur l'autre : le placement dans un ERE ou l'application de l'une des sanctions relatives à la récidive après l'exécution de la première sanction ? Bien plus, toutes les peines prévues pour la récidive de droit commun ne s'appliquent non plus aux ECL : MDG qui était jadis la peine commune entre le droit pénal commun et le DPM a été abrogée par la LPE. Si le Législateur avait réellement pensé à un régime spécifique de la récidive légale des ECL, il aurait dû déterminer les mesures de substitution aux peines de droit commun

⁷⁶⁸ Voir le deuxième chapitre du dernier titre de l'étude.

⁷⁶⁹ GASSIN R., CIMAMONTI S. et BONFILS P., *Op. cit.*, pp.798 et svt.

⁷⁷⁰ « *Hare psychopathy checklist revised* » (PCL-R), « *Hare psychopathy checklist, Youth version* » (PCL-YV) ; « *Historical clinical Risk management-20* » (HCR-20) ou évaluation du risque de violence, « *Guideliness for assessing risk of sexual violence* » (SVR 20) ou guide d'évaluation du risque de violence sexuelle, « *Rapid Risk assessment of sexual offense recidivism* » (RRASOR) ou le test rapide de la récidive sexuelle chez les délinquants judiciaisés, « *Violence Risk appraisal Guid* » (VRAG) ou le Guide de prédiction du risque de violence et de récidive violente chez les populations judiciaisées.

consécutives à cette notion. Qu'à cela ne tienne, nous continuons à croire que la réponse pénale à la récidive des mineurs a un effet très limité⁷⁷¹ surtout si ce dernier est encore à l'âge de l'hyperactivité criminelle. La meilleure réponse peut consister en une prise en charge psychologique spécifique, complétée peut-être, d'une prise en charge pénale, laissée à l'appréciation du JPE, des mineurs proches de la majorité (seize/dix-huit ans) et auteurs des infractions graves punissables de plus de dix ans ou ayant porté atteinte à l'intégrité physique ou à la vie de la victime.

377/. **Le casier judiciaire, élément déterminant de la récidive.** Une autre difficulté provient de la tenue du casier judiciaire, document indispensable pour l'établissement de l'état de récidive. Historiquement, le besoin d'identification des malfaiteurs et des repris de justice, face l'interdiction du marquage et à l'inexistence de l'état civil, a milité pour la mise en place des nouvelles techniques pouvant remédier au changement volontaire d'identités et de physionomies d'individu. La photographie signalétique et le bertillonnage⁷⁷² viendront à la rescousse des services judiciaires, puis, seront à la base de la création du casier judiciaire. L'exploitation des statistiques fournies par le casier judiciaire débouchera sur la question de l'efficacité du système pénal, particulièrement dans la prévention de la récidive. Le casier judiciaire a acquis dans la pratique judiciaire et administrative une place importante qui dépasse généralement les références explicites de la récidive dans la loi.

378/. En droit congolais, il existe un problème d'harmonisation ou des coordinations des bases de données des différents greffes pénaux de la République et des archives des empreintes digitales de la direction du casier judiciaire pendant que ces deux services, - le dernier est rattaché au Ministère de la justice par le biais du Parquet général de la République -, sont administrativement très proches. D'ailleurs il n'existe même pas des bases données fiables, ni au sein d'une même juridiction, encore moins au sein des services du casier judiciaire. A l'heure numérique, les jugements congolais sont rédigés à la main et conservés dans les conditions déplorables sous formats papiers à la merci de la moisissure, des incendies, des pillages, de vol et parfois des intempéries. Il est donc difficile de constituer une base de

⁷⁷¹ L'institution de la peine plancher (L.n°2005-1549 du 12/12/2005 relative à la récidive des infractions pénales), applicable même aux mineurs (L Dati du 10/08/2007 ajoutant un article 20.2 à l'Ord.1945), en droit français n'a pas porté des incidences majeurs sur la délinquance des mineurs. Ce système de l'automatisme de peine

⁷⁷² Technique inventée par le français Alphonse BERTILLON qui associait la photographie à des mensurations corporelles. Elle est au carrefour des théories anthropologiques de LOMBROSO et statisticiennes de QUETELET. Elle a contribué à l'organisation judiciaire des descriptions et d'identification des personnes et à la documentation de la scène de crime par la photographie métrique.

données actualisée. De l'autre côté, l'acquisition des empreintes digitales s'effectue encore par la vieille méthode proposée par le médecin écossais de FAULDS en 1880 qui consiste à poser sur un papier blanc les bouts des doigts imbibés d'encre noir. Et, ce relevé dactyloscopique (d'empreintes des dix doigts) ne sont jamais conservés dès qu'ils sont transmis au concerné ; il suffit de repasser quelques mois plus tard pour être obligé de reprendre l'acquisition. D'ailleurs, à notre connaissance, tout casier judiciaire produit par ce service est généralement vierge, même pour les criminels notoires. Dans ces conditions, comment baser la mesure de la réponse pénale sur cette notion de récidivité.

§2. Les infractions en bande : la participation criminelle

379/. **Nul n'est pénalement responsable que de son propre fait**⁷⁷³. L'un des principes généraux de droit énonce que la responsabilité pénale est personnelle. Ce principe exige la preuve, lorsque l'infraction a été réalisée avec l'implication de plusieurs agents, que tout individu poursuivi a personnellement et effectivement participé aux faits incriminés. Malheureusement, dans la réalité l'infraction, perçue théoriquement comme un acte ponctuel, isolé dans le temps et accompli par un seul individu, est bien souvent une situation [de fait ou de droit] bien plus complexe : il n'est pas toujours facile d'une part, d'isoler les actes dans le temps, et d'autre part, de déterminer la part de chaque agent lorsqu'il s'agit des faits de groupe. Cette problématique se pose avec acuité particulièrement pour la délinquance des mineurs. Car, à côté de l'étalement dans le temps de leur activité criminelle des mineurs, il y a lieu d'évoquer leur participation, généralement, multiple à la réalisation de cette dernière (A) : c'est la notion de la « *participation criminelle* ». Le droit pénal ne réprime pas toute participation étant donné que les liens entre la réalisation d'un fait et un ou plusieurs auteurs peuvent toujours être établis à l'infini : il ne prend en compte qu'une participation plus ou moins directe. Mais les solutions proposées en droit pénal commun peuvent, de fois, paraître incohérentes lors qu'il d'agit des mineurs (B).

A. Les bandes des mineurs : causes et structures

380/. **Causes de la criminalité en bande (ou en groupe) des mineurs : le recul vis-à-vis du symbole d'autorité et l'identification aux pairs.** « Alors que la famille joue un rôle de premier ordre dans la socialisation du jeune enfant et donc dans sa future adaptation à la société, le groupe de pairs constitue également un agent de socialisation [non moins

⁷⁷³ Article 3 CPM, 112-1 CP[fr.]

important], surtout à partir de la préadolescence »⁷⁷⁴. Etant un être sociable, l'Homme, même dans la société occidentale ou moderne, passe la plus grande partie de sa vie en groupe (travail, amis, sport, divertissement...). Mais différemment des adultes qui rentabilisent l'essentiel de leur temps par les activités professionnelles, les mineurs le passent soit à l'école, soit dans le divertissement : ce qui fait ces lieux deviennent (école ou/et rue : halls d'immeuble, quartiers, aires de jeu...) deviennent impérativement pour eux le second cadre de socialisation après la famille. Leur fréquentation peut constituer un symptôme ou un facteur de la délinquance. En effet, l'absence du père et la fragilité du modèle familial incitent les adolescents à chercher dans la bande les repères, la reconnaissance et la protection qu'ils ont le sentiment de ne plus trouver à la maison. Ce facteur ne doit pas être considéré comme l'unique et le plus déterminant : poussé par les pulsions contestataires et la puissance symbolique de l'interdit, l'adolescent s'oppose à tout symbole d'autorité. De sorte que le recul vis-à-vis des parents et des éducateurs s'installe et conduise, généralement après des échecs et renvois successifs, à l'arrêt des études ou de l'apprentissage et à la fréquentation des groupes marginaux avec qui il s'identifie et il se sent bien. Le groupe constitue un facteur de contagion du comportement délinquant, particulièrement, violent chez les adolescents : le fait de mettre ensemble des adolescents déviants crée une culture de la déviance, qui accroît la probabilité de comportements déviants permanents. Il a pour conséquence d'inhiber la volonté individuelle au profit de la volonté collective qui souvent n'est souvent que la volonté indirecte du plus dominant ou du chef de la bande. C'est ainsi que l'un des liens communs entre toutes les infractions des jeunes demeurent leur mode de matérialisation, une délinquance en bande⁷⁷⁵. Certains auteurs ont même établi le lien entre violence-école-bande ; « d'autant [plus] que la ségrégation des mauvais éléments et leur regroupement dans les mêmes classes contribuent à la création de noyaux durs de perturbateurs, et par ricochet, participent bel et bien à la construction des bandes des élèves s'identifiant progressivement [à l'école, et parfois,] contre l'école »⁷⁷⁶. Le rapport précité souligne que 95% des phénomènes de violences sont internes aux établissements et sont commis entre pairs, les intrusions extérieures ne recouvrant que 5 % des faits recensés.

⁷⁷⁴ MUCCHIELLI L., [2004a], *Op. cit.*

⁷⁷⁵ Selon une étude menée par les sociologues américains SHAW et MCKAY au près d'un tribunal pour enfants, 80% des délinquants poursuivis ont agi en groupe [MUCCHIELLI L., *Sociologie de la délinquance*, Armand Collin, Paris, 2014, p.27].

⁷⁷⁶ BOCKEL R., *op. cit.*, p.44.

381/. **Structures des bandes des mineurs.** Ce phénomène, qui a toujours été anxiogène, s'est aussi modifié et amplifié par l'urbanisation. Aujourd'hui, les pouvoirs publics font face, en zones urbaines, à des violences commises contre les biens publics, les forces de l'ordre et les services de l'Etat, voire à des affrontements entre bandes rivales. Ces bandes sont souvent catégorisées en deux types ; d'une part, les bandes de circonstance (non structurées) qui se constituent de manière spontanée, éphémère et souvent selon des critères d'opportunité, et d'autre part, les bandes organisées qui sont dotées d'une structuration plus ou moins stables et formalisées en fonction d'une hiérarchie propre. Les premières agissent généralement dans l'anonymat et sous l'effet du nombre et des psychotropes ; mais les secondes se rassemblent pour un objectif bien spécifique et peuvent bien varier du crime organisé aux simples bandes organisées. Il est difficile, mais pas impossible, de prétendre à la mainmise des mineurs dans la criminalité organisée où ils ne jouent souvent qu'un rôle dérisoire. Ils peuvent néanmoins aussi y évoluer dans les responsabilités s'ils font preuve d'une certaine cruauté, loyauté et continuité (constance) : l'aboutissement d'un tel parcours coïncident généralement avec l'accès de ces derniers à la majorité. *A contrario*, il est très probable de retrouver les mineurs d'âge composés exclusivement des petites bandes des délinquants. Ces bandes évoluent dans un contexte de violence banalisée (Internet, jeux-vidéos, médias ...), conjuguée à l'utilisation de plus en plus fréquente d'armes à feu, et des affrontements ayant pour origine des facteurs bien identifiés (défense du territoire, opposition entre quartiers plus ou moins proches, rivalité amoureuse, défense de l'économie souterraine et des trafics). Qu'il s'agisse des bandes informelles (circonstanciennes) ou structurées, elles présentent toutes quelques traits communs de par leur autonomie. L'organisation du pouvoir y est toujours répartie entre deux pôles ; d'une part, un pôle émetteur (c'est-à-dire, la tête de fil, le chef du gang leader) et un pôle récepteur (le suiveur, l'exécutant). Mais lorsqu'on arrive dans les bandes plus structurées, apparaissent des pôles intermédiaires et des stratifications plus élaborées qui, après notre analyse restent quasiment le même que l'on soit au Congo, en France ou en Belgique. Pour ce faire, nous allons comparer, la structure d'une bande des « kulunas », à un réseau de trafic de drogue dans des cités françaises.

382/. **Anatomie des bandes criminelles trafiquant dans une cité française**⁷⁷⁷. Les bandes criminelles des cités françaises se structurent essentiellement en quatre principaux pôles de commande, à savoir ; l' « importateur », les « caïds » ou « têtes de réseau », le

⁷⁷⁷ Source : Préfecture de Police (BOCKEL R., *op. cit.*, pp.64-67).

« lieutenant ou bras droit », la « nourrice », les « dealers » et le « guetteur ». Résident de la cité, le premier acteur est en contact avec les exportateurs à l'étranger, auprès desquels il se déplace pour aller récupérer la drogue et l'acheminer en véhicule, bateau ou avion. Les seconds sont en contact avec l'importateur, parfois en association avec des caïds d'autres cités, ils font venir d'importants stocks de drogue de l'étranger pour alimenter le trafic de la cité. Les caïds assurent la sécurité des trafics en veillant sur leur territoire d'implantation. Ils emploient souvent des « hommes de main » chargés de veiller à ce que des rivaux ne viennent concurrencer le trafic. Pour autant, chaque jour, des dealers essayent d'empiéter sur le territoire des autres, créant des règlements de compte qui peuvent impliquer des dizaines d'individus. Pour dissuader toute « concurrence déloyale », le caïd doit procéder régulièrement à des démonstrations de force. Les troisièmes servent d'intermédiaire entre les caïds auprès desquels ils s'approvisionnent et les dealers à qui ils procurent les stupéfiants demandés. Entre ce troisième acteur et le dernier, il y a la nourrice. Il s'agit d'une personne de la cité isolée et en difficulté financière. En échange du paiement de son loyer par les trafiquants, elle prête une pièce de son appartement pour le stockage de la drogue. Ensuite, il y a les dealers qui eux, travaillent sur le terrain et reçoivent le consommateur au pied des immeubles ou dans les halls, prenant leur argent liquide avant de leur livrer le produit, qu'ils vont chercher dans les gaines d'aération ou les parties communes. Parfois, ils obtiennent le produit stupéfiant auprès d'un deuxième, voire d'un troisième dealer, soigneusement cagoulé, situé dans les étages. Ce système d'intermédiaires permet au dealer de hall de ne pas être en possession de drogue en cas d'interpellation. Le chiffre d'affaires d'un dealer intermédiaire peut atteindre huit mille euros par jour, un petit dealer de hall peut espérer gagner entre cent et deux cents euros par jour. Enfin, au dernier pallier, il y a les guetteurs qui sont chargés d'alerter les dealers en cas d'arrivée de la police ou d'un individu suspect dans le quartier, ces jeunes sont rétribués jusqu'à cent euros par jour et sont la plupart du temps déscolarisés. C'est dans ce dernier palier que l'on retrouve souvent les mineurs d'âge.

383/. **Anatomie d'un groupe « kuluna »**⁷⁷⁸. La structure des groupes « kuluna » peut se décliner en quatre strates ; la tête de fil (le meneur ou le leader), les « lieutenants », « informateurs » et les « suiveurs ». Le chef du gang est souvent nommé « général » et considéré comme le plus fort, le plus audacieux, l'invincible et parfois investi des pouvoirs « mystérieux ». Dans la plupart des cas, ces chefs ont commis des crimes graves ou marquant,

⁷⁷⁸ Human Rights Watch, « Opération LIKOFI », *op. cit.*, p.14.

ont été arrêtés à des multiples reprises mais ont échappé à la prison, ou bien ont un lien étroit avec un acteur politique ou un policier influent. Ils sont souvent entourés par une « ceinture » de gardes du corps de confiance (« les lieutenants ») qui assurent la « coordination générale » du groupe et sont, surtout, chargés de maintenir de bonnes relations avec les autorités administratives influentes, les policiers, les politiciens et les entrepreneurs dans leur zone d'opération, et de faire sortir de prison les membres du gang en collectant de l'argent ou en faisant intervenir leurs alliés politiques. Les mineurs, et parfois les femmes, assurent souvent des multiples rôles : éclaireurs (informateurs), « garçons de course », « pourvoyeurs » et parfois « déclencheurs » : insoupçonnables, ils sont chargés de recueillir des renseignements sur des victimes potentielles. Ils s'occupent des tâches quotidiennes (achats des produits alimentaires, le repas ...). A ce titre, ils font office de pourvoyeurs du groupe : ils sont envoyés pour voler ou dérober les produits alimentaires ou de première nécessité lorsque le chef et ses lieutenants en ont besoin. Ce sont eux aussi qui déclenchent ou occasionnent des bagarres générales ou des extorsions lorsqu'ils sont attrapés en flagrant-délit ou lorsqu'ils sont envoyés pour provoquer expressément les « futures » victimes. Les suiveurs sont les autres membres du gang : ils exécutent les ordres du général et des lieutenants.

B. La problématique de la participation criminelle des mineurs

384/. **Participation criminelle : notion et formes.** La participation criminelle peut être définie comme la contribution, en prenant une part plus ou moins active, de plusieurs personnes à la réalisation d'une infraction. Les réponses légales et pénales de la participation criminelle sont multiples dépendamment de la catégorisation opérée par le législateur. Ainsi, la participation criminelle peut revêtir plusieurs formes, objet de classifications diverses. D'après le critère de concertation, elle peut être classifiée en deux groupes ; d'une part, la participation sans entente préalable (ou par « juxtaposition » ou encore « crime de foule ») et, d'autre part, la participation concertée. Cette dernière pouvant aussi être subdivisée en concertation indispensable (infraction plurale : adultère, corruption, association des malfaiteurs), simple (complicité, coactivité) ou renforcée (organisation criminelle). D'après le degré d'implication des participants, l'on peut distinguer la coactivité (qui suppose l'accomplissement de tous les éléments constitutifs par chaque participant), de la complicité (qui suppose la commission d'un acte spécifique prévu par la loi permettant l'emprunt de la criminalité de l'auteur principal) ou même encore de la responsabilité pénale du chef d'entreprises (qui suppose, spécialement en droit français, un lien de subordination ou d'autorité et une faute personnelle emportant l'emprunt de la criminalité du salarié). La

doctrine congolaise⁷⁷⁹ n'évoque quasiment que deux formes ou hypothèses de participation criminelle ; la corréité ou la coactivité et la complicité (art 21, 21 *bis* à 21 *quater*, 22, 23 CP). Pour être retenus, ces deux modes appellent la réunion des conditions communes (l'existence d'une infraction principale, l'acte de participation selon l'un des modes légaux et l'élément moral) et des conditions spécifiques à chacun d'eux (exécution matérielle et la coopération directe, l'aide ou l'assistance indispensables et la provocation pour le premier ; les instructions, la fourniture des moyens, l'aide accessoire et le recel des malfaiteurs pour le second).

385/. **Responsabilité pénale des participants en droit congolais.** Une action en groupe a souvent plus de chance de réussite et est souvent plus néfaste pour la victime qu'une action individuelle. Alors, la participation criminelle, quelle que soit sa forme, constitue généralement un motif d'aggravation de la sanction appliquée aux agents (circonstance aggravante de l'infraction) allant même jusqu'à des incriminations spécifiques. En ce qui concerne la participation par juxtaposition, lorsqu'il est impossible de déterminer la part individuellement prise par chacun des prévenus dans une scène unique de violence et la nature des coups portés par chacun, l'infraction est appréciée dans son ensemble ; puis le préjudice s'étend à tous les participants⁷⁸⁰. On parle alors de la théorie de la faute commune ou de la « *complicité corespective* » : chaque auteur est le complice des autres en sorte que chaque participant est le complice de celui qui a porté les coups les plus graves. Cette sévère solution jurisprudentielle, poursuit l'auteur précité, s'applique aussi désormais aux infractions d'imprudence.

386/. Quant à la participation concertée, particulièrement lorsqu'elle est renforcée, l'on constate une plus grande sévérité, même en droit comparée. Au Congo, comme en France et en Belgique, les bandes (gangs) ont pris tellement d'ampleur que nombreux observateurs⁷⁸¹ condamnent leur création, leur effet social négatif (la ghettoïsation de milieu où ils s'installent), et appellent à une plus grande sévérité de la réaction sociale à leur égard. Le Parlement français a adopté en 2010 des mesures pour lutter contre ce phénomène. La

⁷⁷⁹ NYABIRUNGU MWENE S. [1995], *Op.cit.*, p.189 et svt. ; BAMEME WANE [2016], *op. cit.*, pp.164 et svt.

⁷⁸⁰ Crim.[fr] : 23/03/1953, BC, n°103 ; 22/03/1966, JCP, 1967.II.14970 ; 07/03/1968, BC, n°81, RSC, 1968.628 ; 23/03/1994, BC, n°112 ; SALVAGE P., « les infractions commises au sein d'un groupe informel : l'établissement des responsabilités et la méthode du droit », Dr. pénal., 05/2005 ; PRADEL J. [2016], *Op.cit.*, pp.386 et svt.

⁷⁸¹ ROBERT J.H., « Les quatre cents coups des mineurs leur seront rendus au centuple », *JCP G*, n°13, 03/2012, p.582.

L.n°2010-201 du 02/03/2010 renforçant la lutte contre les violences de groupe et la protection des personnes chargées d'une mission de service public a créé une nouvelle infraction qui punit d'une peine d'emprisonnement et d'amende le seul fait d'appartenir aux groupements qui poursuivent le but de commettre des violences volontaires contre des personnes, des destructions ou dégradations de biens. Des modifications ont aussi été apportées en matière des règles d'enquête relatives à la délinquance et à la criminalité organisée. De très nombreux parlementaires avaient saisi le Conseil constitutionnel suite à l'adoption de la loi Perben II en faisant valoir que la notion de délinquance organisée était une notion floue ne se référant à aucun texte et que le législateur français n'avait pas précisé la composition d'une bande organisée. Mais les sages ont validé le texte en faisant observer que depuis 1810 le Code pénal définit la bande organisée qui, en vertu des conventions internationales ratifiées par la France, doit être composée de trois personnes au moins. Par ailleurs, pour répondre à l'exigence de recourir à l'élaboration d'une liste précise d'infractions lorsqu'est instituée une procédure dérogatoire, l'article 706-73 CPP énumère dix-huit cas comprenant des infractions très diverses allant du crime de meurtre aux crimes de torture et actes de barbarie et des crimes (ou délits) constituant des actes de terrorisme, en passant par des infractions moins graves comme le délit d'aide à l'entrée et au séjour irrégulier d'un étranger en France. Mais ce qu'il faut souligner est qu'il convient de ne pas mettre dans le même sac toutes les hypothèses de participation criminelle des jeunes.

387/. Au Congo, une réaction aussi sévère pourrait être envisagée à l'endroit des « *kulunas* », qui constituent une forme de criminalité organisée à petite échelle et qui ont manifestement pour objectif l'extorsion, les destructions, mais pas contre tous les regroupements circonstanciels des mineurs. En droit congolais, l'incrimination de l'association des malfaiteurs (art. 156 à 158 CP) est largement suffisant, à plusieurs égards, pour se déployer sur ce type d'actes. Il y a lieu de préciser d'abord que cette infraction, comme les nouvelles incriminations similaires créées en droit français, est une infraction dite « plurale ». C'est-à-dire, celle qui exige, par nature, la présence de deux ou plusieurs personnes pour leur réalisation. Ces infractions ne peuvent en aucun cas être réalisées par un seul individu. Chaque agent, étant donc acteur et auteur à part entière, n'est impliqué à l'infraction de l'autre. A ce titre, les infractions plures peuvent être considérées comme une forme spécifique de la participation criminelle mais ne peuvent pas être confondue à elle. Car une tierce personne peut toujours et régulièrement aider l'un de ces acteurs à réaliser l'infraction. Et, ce dernier pourra être poursuivi au titre de la participation criminelle. En droit congolais,

nous pouvons citer, à titre indicatif, l'adultère (art. 467 CF)⁷⁸², la corruption (art. 147 et svt.), le complot (art. 194, 196 CP, 62 CPM; CSJ, 11/02/1972, bull., 1973, 18; R.J.Z., 129), révolte militaire (art 89 CPM).

388/. Ensuite, comme nous l'avons déjà évoqué, la participation criminelle est une notion subjective par le fait qu'elle exige un élément moral. Lorsqu'il accomplit son acte, le participant doit être animé d'une intention criminelle. Autrement dit, il doit savoir qu'en accomplissant son acte, il participe à la réalisation d'une infraction ; mais qu'il a décidé de poser délibérément et sciemment cet acte. C'est cet élément qui produit le concours des volontés entre l'auteur principal et de l'auteur participant. Cette exigence résulte même des termes légaux (« *pour le commettre* », « *sachant qu'ils devaient y servir* », « *avec connaissance* », « *en apportant son concours, son aide ou son assistance* ».). Appliquée à la délinquance des mineurs, telle que perçue par la doctrine tutélaire, la notion de participation criminelle apparaît même contre-nature. Elle signifie en quelque sorte, l'intégration d'une *notion subjective* (participation criminelle) dans une *notion voulue objective* (la délinquance des mineurs). Il est très difficile de démontrer juridiquement la connaissance, par le « participant » mineur, même si c'était effectivement le cas, de la nature criminelle des actions de l'auteur principal, ainsi que de ses propres actes, d'autant plus qu'il est réputé dépourvu d'intelligence. Et, même en cas d'approche repressionnelle, il est aussi très compliqué de jauger le degré de responsabilité de chaque mineur dans une action criminelle en groupe par le simple fait de l'inhibition de la volonté individuelle par celui du groupe, influencée directement par le dictat du leader. La seule possibilité qui reste au droit congolais pour poursuivre la participation criminelle des mineurs serait à travers les infractions plurales qui, à titre d'incrimination autonomisée, peuvent être imputées individuellement, et de ce fait objectivement, à chaque acteur.

⁷⁸² Le mariage, condition préalable de cette infraction, n'étant plus possible en droit congolais pour les personnes âgés de moins de dix-huit ans, cette infraction ne peut être imputé à ces dernières.

CHAPITRE 2. UNE RESPONSABILITE PENALE SUBJECTIVE EMERGENTE

389/. **Plan et Objet du chapitre.** L'on déjà vu à quel point, le législateur intégrait certains aspects de la personnalité du mineur-délinquant pour moduler et individualiser la sanction pénale mais aussi pour déterminer le procédé du traitement du contentieux (la médiation). Dans ce chapitre, il sera essentiellement question d'analyser à quel point ces mêmes paramètres sont désormais pris en compte pour l'établissement de la responsabilité pénale, ou une responsabilisation [à minima] du mineur. Pour rappel, la responsabilité pénale est l'obligation pour un individu à répondre de ses actes et en assumer les conséquences. Elle suppose qu'un comportement interdit par la loi ait été adopté mais aussi que celui-ci soit reprochable et imputable à son auteur. En droit pénal commun, la seule réalisation du fait incriminé ne suffit généralement pas à rendre son auteur punissable par le juge : il faut aussi une attitude intellectuelle qualifiée communément d'« élément moral »⁷⁸³ et déclinée en deux paramètres : l'imputabilité (ou l'intelligence) et la culpabilité (la volonté). Mais curieusement, en DPM, l'on évite ces concepts pour mettre en avant celui de « *discernement* ». Pourquoi et que cache ce détour des législateurs et des auteurs ? Que signifie donc ce concept de « *discernement* », quelles sont ses manifestations, ses conséquences juridiques et ses liaisons avec d'autres paramètres psychologiques de l'infraction ? Ou encore, sur lequel de ces paramètres agirait-il ? Telles sont les questions qui seront analysées dans ce chapitre reparti en deux sections dont la première, axée sur l'approche théorique de la notion du discernement, tentera de déceler ses caractéristiques à travers la doctrine et la jurisprudence ; tandis que la seconde, l'analysera à travers ses applications juridiques les plus importantes en droit congolais⁷⁸⁴.

Section 1 : Le discernement à travers la question de l'imputabilité

390/. En droit congolais, comme en droits français et belge, le discernement est un concept ambigu. Il est utilisé par les législateurs sans jamais être réellement défini et divise la doctrine. Le Législateur congolais n'a pas dérogé à cette pratique en le consacrant dans quelques dispositions de la LPE⁷⁸⁵, particulièrement le quatre-vingt-seizième article. Mais contrairement à la doctrine des pays précités, le concept n'est pas objet d'une abondante littérature qu'il est difficile d'appréhender sa portée réelle. Pour ce faire, nous l'analyserons

⁷⁸³ On le désigne aussi par élément psychologique, intellectuel ou subjectif.

⁷⁸⁴BERNARDINI R., *Op. cit.*, p.42

⁷⁸⁵ Art. 7, 32, 33 et 96 LPE. Voir aussi nos développements aux §§.176-178, 229 et svf.

essentiellement en droit français qui, de nos systèmes juridiques de référence, en fait plus application.

391/. **Le discernement, notion complexe à statut juridique délicat.** En effet, le discernement est à la fois une notion vieille et récente, mais aussi floue et changeante. Le droit pénal moderne en fait appel par intermittence, et parfois, en le dotant d'une portée différente à chaque fois. D'origine romaine, il ne fut intégré en droit français que par le Code pénal de 1791 et repris quasi à l'identique dans le Code pénal de 1810⁷⁸⁶ ainsi que dans le Code pénal belge de 1867 (art.72). Il disparut plus tard dans les textes spécifiques régulant la délinquance des mineurs en France et en Belgique : s'il pouvait toujours être sous-entendu dans la loi française du 29/07/1912 à travers la notion de présomption irréfragable d'irresponsabilité des mineurs de moins de treize ans, il fut complètement effacé dans l'ordonnance de 1945⁷⁸⁷. Il réapparaîtra, quelques années plus tard dans l'arrêt *Laboube* avant d'être réintroduit dans le code pénal en 2002, particulièrement, dans les dispositions des articles 122-1 alinéa 1 et 122-8. Aux termes de la première disposition, qui ouvre le chapitre relatif aux causes d'irresponsabilité, « *n'est pas pénalement responsables, la personne qui était atteinte, au moment des faits, d'un trouble psychique ou neuropsychique ayant aboli son discernement ou le contrôle de ses actes* ». Cet article remplace l'ancien article 64 du Code pénal de 1810 où le terme « discernement » n'apparaissait pas et qui disposait simplement qu'« *il n'y a ni crime, ni délit lorsque le prévenu était en état de démence au temps de l'action, ou lorsqu'il était contraint par une force à laquelle il n'a pu résister* ». Le second article, qui clos ledit chapitre, dispose que : « *les mineurs capables de discernement sont pénalement responsables des crimes, délits ou contraventions dont ils ont été reconnus coupables, dans des conditions fixées par une loi particulière qui détermine les mesures de protection, d'assistance, de surveillance et d'éducation dont ils peuvent faire l'objet* »⁷⁸⁸. De toutes ces dispositions

⁷⁸⁶ **Art. 2 Titre V CP 1791** : « Si les jurés décident que le coupable a commis le crime sans discernement, il sera acquitté du crime ; mais le tribunal criminel pourra suivant les circonstances, ordonner que le coupable sera rendu à ses parents, ou qu'il sera conduit dans une maison de correction pour y être élevé et détenu pendant tel nombre d'années que le jugement déterminera, et qui toutefois ne pourra excéder l'époque à laquelle il aura atteint l'âge de 20 ans ». **Art. 66 CP 1810** : « Lorsque l'accusé aura moins de seize ans, s'il est décidé qu'il a agi sans discernement, il sera acquitté ; mais il sera, selon les circonstances, remis à ses parents, ou conduit dans une maison de correction pour y être élevé et détenu pendant tel nombre d'années que le jugement déterminera, et qui toutefois ne pourra excéder l'époque à laquelle il aura accompli sa vingtième année ». **Art. 67 CP 1810** : « Lorsque un accusé, déclaré coupable par le jury auras commis le crime pour lequel il est poursuivi, avant l'âge de seize ans accompli, les jurés décideront, dans les formes ordinaires de leur délibération, la question suivante ; le coupable a-t-il commis le crime avec ou sans discernement ».

⁷⁸⁷ Voir §§.72-73, spéc. note n°181.

⁷⁸⁸ Il sied de souligner que le législateur français a curieusement préféré opérer cette réintégration dans le code pénal plutôt que dans l'ord.1945 qui est le texte spécial en matière de l'enfance délinquante.

ressortent deux acceptions principales que l'on retrouvera toujours dans l'approche de la notion, à savoir, la référence aux troubles psychologiques (ou la démence) et à la minorité qu'il apparaît opportun de préciser.

392/. De *discenere*, le discernement peut étymologiquement être défini comme l'action de « tamiser », de séparer ou de distinguer le vrai du faux. Il s'agirait d'une aptitude à distinguer le licite de l'illicite, le moral de l'immoral, à démêler le bien du mal, à comprendre la portée de ses actes ou à les interpréter dans la réalité, ou encore la faculté de bien apprécier les choses⁷⁸⁹. En droit pénal, le discernement est « la pleine intelligence de la criminalité de l'acte »⁷⁹⁰ ou encore, « la capacité d'apprécier et de distinguer le bien et le mal qui, apparaissant chez le mineur à l'âge de la raison, le rend capable de s'obliger délictuellement »⁷⁹¹. Exprimant apparemment, la même chose ou réalité, toutes ces définitions n'ont pourtant pas une portée, tant juridique qu'idéologique ou philosophique, identique. Les unes s'inscrivent dans la conception extensive de la notion la confondant avec celle du libre arbitre (imputabilité) : son absence équivaldrait à une cause générale d'irresponsabilité pénale. Dans le même sens, Frédérick PETIPERMON⁷⁹² estime que, conformément aux travaux parlementaires et à la doctrine, la notion de démence correspondait substantiellement à une absence de conscience morale et englobait tous les types d'insuffisance et d'incapacité mentale. Toutefois, les autres définitions, particulièrement la dernière, relève à la fois une vision restrictive de la notion appliquée spécifiquement aux mineurs, et des nombreuses problématiques juridiques qu'elle entraîne. C'est ainsi que certains auteurs estiment que l'approche du droit pénal commun est trop large et devrait se munir des aspects plus concrets pour s'appliquer aux mineurs-délinquants. Le discernement ne devrait pas seulement impliquer la connaissance des normes et les différentes peines prévues contre tel ou tel autre comportement délictueux mais aussi « la capacité de connaître les circonstances concrètes qui caractérisent le comportement délictueux »⁷⁹³. En d'autres termes, « l'auteur doit percevoir l'illégalité de l'acte selon la loi positive et comprendre qu'il s'expose à une peine en le commettant »⁷⁹⁴. D'après cette conception, le discernement ne s'identifie pas au libre arbitre mais s'ajoute ou même se substitue à celui-ci : ce qui pousse ses partisans, manifestement

⁷⁸⁹ DESPORTES F. & LEGUNEHEC F., *Op. cit.*, n°350 ; JEANDIDIER W., *Droit pénal général*, Montchrestien, Paris, 1998, n°281 ; MAYAUD Y., *Op.cit*, n°435 ; PRADEL J.[2016a], *Op. cit.*, n°511 et svt, p.429 et svt..

⁷⁹⁰ Cass.[be], 10/03/1913, Pas.1913, I, 40.

⁷⁹¹ CORNU G., *Op. cit.*, p.352.

⁷⁹² PETIPERMON F., *Le discernement en droit pénal*, Thèse Paris II, LGDJ, Paris, 2017.

⁷⁹³ Cass Fédérale Allemagne, BGHSt 22, p.77

⁷⁹⁴ TULKENS F. et MOREAU T., *Op.cit.*, .102 ; MOREAU T.[2004], *op. cit.*

dans la doctrine belge, à distinguer le « *discernement ordinaire ou philosophique* » auquel fait appel le droit pénal commun du « *discernement pénal* », privilégié par le DPM. Cette précision étant apportée, deux constantes peuvent être révélées de la notion moderne du discernement ; d'une part, une implicite dénotation morale du discernement qui est une qualité indispensable pour l'imputation d'une infraction et d'une sanction pénales (§1), et d'autre part, la circonscription de ses effets dans un champ bien déterminé particulièrement celui des mineurs (§2).

§1. Le discernement en droit pénal commun

393/. Le discernement, dans son sens général, renvoie à la conscience. Il est l'instrument de perception et de jugement. A cet effet, l'on ne saurait reprocher à un individu un acte qu'il n'a pas pu percevoir ou ressentir comme un interdit faute de conscience et connaissance suffisantes (A). Incidemment, l'on ne saurait aussi appliquer à une personne dont la culpabilité a été établie, une sanction dont le poids et le sens ne seront pas compris par elle (B).

A. Le discernement pour la compréhension de l'acte

394/. **Schémes de la responsabilité pénale classique : pour une ré-visitation ou ré-invention.** La compréhension de l'acte implique la problématique de l'intelligence et de la volonté libre de l'agent, bref de la conscience. C'est le point cardinal de la question de l'élément moral de l'infraction. Il n'y a pas une notion plus difficile à analyser en droit pénal que cet élément à cause justement de ses aspects psychologiques qui sont objets des diverses théories, parfois, contradictoires. Le concept a connu de nombreuses évolutions significatives, mais les approches ne cessent de se renouveler, se multiplier et se diversifier. Les unes l'assimilent carrément à la notion de responsabilité pénale (Élément moral = responsabilité pénale = culpabilité + imputabilité) pendant que les autres en font une des composantes de cette dernière (responsabilité pénale = élément matériel + élément intellectuel + les causes subjectives et objectives d'irresponsabilité). Certaines encore la font correspondre aux étapes logiques du raisonnement permettant à déterminer la personne pénalement sanctionnable. Cette diversité d'approches, qui permet toutefois de briser les stéréotypes et d'admettre la relativité classificationnelle, se répercute sur la désignation de cette composante de l'infraction. Il est reproché à l'expression « *élément moral* » son ambiguïté qui traduit « une confusion entre les caractéristiques subjectives de la culpabilité objectives (intention, faute pénale) constitutive de l'infraction et décrites dans le texte pénal et le contenu de l'imputabilité et de la culpabilité subjectives indispensables au jugement de la responsabilité pénale de

l'agent infractionnel ». Quant à l'« *élément intentionnel* », l'on estime qu'il suppose l'application d'une volonté tournée vers un résultat pendant que cette dernière n'est pas commune à toutes les infractions⁷⁹⁵. Raison pour laquelle, nous avons préféré utiliser le concept d'« *élément psychologique* » du fait que l'appréciation de la subjectivité du délinquant reste le point commun de toutes ces approches.

395/. **Culpabilité, imputabilité, responsabilité.** La part de la subjectivité dans la commission d'un acte criminel peut se mesurer, d'après une approche réaliste⁷⁹⁶, à trois étapes différentes, à tort ou à raison, confondues. En effet, si la transgression est considérée comme l'*acte générateur de la responsabilité pénale*, elle doit nécessairement être accompagnée d'une certaine dose de volonté pour que la responsabilité pénale soit réellement établie⁷⁹⁷. Car, « transgresser un interdit ne constitue pas nécessairement une action volontaire d'une personne, encore moins une action volontairement dédaigneuse de l'interdit ni de la norme morale qui le sous-tend. Cela peut également résulter d'autres facteurs tels que l'ignorance d'une règle, l'habitude collective de procéder de telle façon, l'existence d'une règle sociale jugée supérieure à la règle juridique, l'absence de toute règle sociale au fait de frauder, *etc.* »⁷⁹⁸. Confondue, associée ou dissociée à la culpabilité et à l'imputabilité, la responsabilité pénale arbore fièrement aujourd'hui son caractère subjectif, sans pour autant se départir aussi de ses origines objectives. Etant le devoir moral de répondre de ses actes, elle doit donc être analysée comme une étape lointaine de la commission de l'infraction : elle est liée à la « *réparationalité*⁷⁹⁹ » de l'acte fautif à la suite d'un jugement d'imputation dudit acte à un agent. Elle consiste, *allis verbis*, à déterminer la personne à qui incombe l'obligation de répondre de l'acte fautif du fait que cette personne n'est pas toujours l'auteur du fait fautif. Ce liminaire dissèque dans le temps les éléments intrinsèques de l'infraction (l'acte incriminé et l'attitude psychologique requise), qui se figent dans le temps au moment de la commission

⁷⁹⁵BERNARDINI R., *Op. cit.*, p.42

⁷⁹⁶ L'approche que nous proposons s'inspirent des développements de messieurs Roger BERNARDINI, [*Op.cit.*, pp.124-137, 202-210], Frédéric DESPORTES et Francis LE GUNEHEC F. [*Op. cit.*, pp. 339-340].

⁷⁹⁷ Cette présentation est plus conforme, estimons-nous, à la réalité. Elle est suivie aussi par le droit anglosaxon qui analyse de la responsabilité pénale en deux composantes : l'« *actus reus* » et la « *mens rea* ». La première est la perpétration par l'agent du comportement prohibé : elle inclut à la fois la norme et le comportement. La seconde composante, c'est l'attitude psychologique. Dans ce cas, il est donc mal aisé de considérer la norme pénale comme un élément ou une composante de l'infraction, même de la responsabilité pénale. Il s'agit, par contre, d'un référent (typicité ou « *fattispecie* » italienne).

⁷⁹⁸ MUCCHIELLI L., *Op.cit.*, p.13.

⁷⁹⁹ Envers la victime (le dédommagement) et envers la société (la peine).

de l'acte, aux éléments extrinsèques⁸⁰⁰ (l'auteur et sa personnalité, la victime, la responsabilité et la peine) qui peuvent faire intervenir d'autres paramètres étrangers à la commission de l'acte. Ce découplage temporel permet, non seulement de distinguer la responsabilité pénale de deux autres concepts de droit pénal lui sont liés (la culpabilité et l'imputabilité), mais aussi d'assurer le dédommagement des victimes des délits non-intentionnels.

396/. Ce même souci de réparation est à la base de la notion d'« *infraction formelle* » (« infraction de moyen ») qui s'oppose à celle d'« *infraction matérielle* » (ou « de résultat »). Celle-ci suppose la réalisation ou la survenance du résultat prohibé par la loi pour être caractérisée ; mais celle-là sanctionne le comportement risquant de porter atteinte à un intérêt juridique protégé ou de le mettre en danger. L'« *infraction formelle* » (et/ou « infraction-obstacle »⁸⁰¹) est réputée consommée par le seul accomplissement du procédé ou de l'acte incriminé indépendamment du résultat : contrairement à l'« *infraction matérielle* », elle n'admet donc pas de « *tentative* ». Mais, il sied d'admettre que par la notion d'« *infraction formelle* », l'on sanctionne des faits incriminés indépendamment non seulement de leur résultat, mais aussi et surtout, de la volonté du résultat. Ce qui explique le fait que les « *infractions formelles* » sont souvent des « *délits non-intentionnels* ». On distingue les « *infractions intentionnelles* » aux « *infractions non-intentionnelles* » par le fait que celles-là exigent la présence d'une faute volontaire tandis que celles-ci, d'une faute non-volontaire directe (imprudence, négligence, maladresse) ou encore indirecte (manquement à une obligation de sécurité ou de prudence imposée par la loi ou les règlements ayant porté atteinte à l'intégrité corporelle et aux biens d'autrui ou ayant mis en danger la vie d'autrui). Si en droit congolais, la notion d'« *infraction formelle* » peut renvoyer aux incriminations des diverses gravités dont la seule constatation de la violation du prescrit légale suffit pour établir la responsabilité, de plein droit, de l'agent⁸⁰²; en droits français et belge, elle prédéfinit généralement la division tripartite des infractions étant donné que ces systèmes requièrent l'intention pour l'imputation des crimes et les délits⁸⁰³.

⁸⁰⁰ MESSINNE, *Droit pénal*, Bruxelles, PUB, 8^{ème} éd., 2005, p.8 cité par WEYEMBERGH A., KENNES L., *Op. cit.*, p.5 ; BERNARDINI R., *Op. cit.*, pp. 37-45, spéc.37

⁸⁰¹ Certains auteurs (MAYAUD Y., *Op.cit.*, pp.226 et ss. ; PRADEL J.[2016a], *Op. cit.*, pp.369-372) distinguent les infractions formelles (qui supposent un résultat redouté, précis et qualifié) des infractions-obstacle (qui supposent la non-identification stricte du résultat redouté quoi qu'inopérant pour la qualification de l'infraction).

⁸⁰² Article 50, 103-104, 147 CP, 355 O.L n° 10/002 du 20/09/2010 portant Code des douanes

⁸⁰³ **France** : art. 121-1 al.1, 121-3, 221-6, 222-9, 223-1, 322-5 CP et 339 loi d'adaptation du 16/12/1992, loi n°200-647 du 10/07/2000 (...). **Belgique** : art. 106-109, 123quater-125, 235, 245, 319, 320, 418, 448 CP, loi du 13/05/1996 relative à l'imprudence ou la négligence, la loi Fauchon du 10/07/2000 (...).

397/. Même si la notion d'infraction de mise en danger n'est pas exactement la même en droit belge et français⁸⁰⁴, il y a lieu de relever ici l'effrèment des frontières entre la faute pénale et la faute civile. La responsabilité pénale s'apparente ici à la responsabilité civile qui sanctionne tout acte causant préjudice à autrui peu importe l'intention. Seul le fondement diverge ici avec la responsabilité civile ; en ce sens que cette responsabilité pénale particulière est sensée s'appuyer sur une présomption de faute tendant à assurer une sorte de mobilisation générale de toute la population contre la délinquance et mettant à la charge de chacun une véritable obligation de vigilance contre l'infraction. Néanmoins, le malaise persiste lorsque l'on voudrait regrouper sous une même catégorie juridique la faute d'imprudence ou de négligence (relativement matérielle) à la faute contraventionnelle (purement matérielle). Raison pour laquelle certains auteurs⁸⁰⁵, notamment belges, parlent depuis peu d' « *élément fautif* ». Cette nouvelle approche terminologique propose un concept qui se veut englober toutes les déclinaisons de la composante psychologique. Ainsi, l'élément fautif peut alors être ; soit *infractionnel* (contraventions et délits matériels), *antérieur* (consécutif à la négligence ou l'imprudence) et *intentionnel* (requis par le législateur sous le dol spécial ou le dol général). Si en apparence, cette approche ne diffère pas énormément de la doctrine classique qui scinde la composante psychologique de l'infraction en *faute intentionnelle* (dol général et dol spécial) et en *faute non intentionnelle*⁸⁰⁶ (d'imprudence ou de négligence pour infractions non intentionnelles et les contraventions), elle marque un tournant essentiel dans l'appréciation de la donnée psychologique en droit pénal : on a l'impression que la faute conventionnelle naguère considérée comme exceptionnelle devient la règle de droit commun, ou le plus petit dénominateur commun. Ce qui nous mène à distinguer la culpabilité et de l'imputabilité.

398/. La **culpabilité** est le fait d'avoir voulu l'acte indépendamment de son caractère illicite : « il faut toujours que l'agent ait voulu et compris l'acte » conclue l'arrêt *Laboube*. La culpabilité constitue le plus petit degré de la composante psychologique et se retrouve dans toute matérialisation de l'infraction, sauf pour les cas d'imprudence ou de négligence qui sont considérés comme une volonté indirecte (défaut de prévoyance) à la commission de l'acte.

⁸⁰⁴ KUTY F.[2010], *Op.cit.*, pp.76 et svt, 99.

⁸⁰⁵ LEGROS R., *L'élément moral dans les infractions*, Thèse d'agrégation, Desoer-Sirey, Liège-Paris, 1952 ; pp.235 et svt. ; KUTY F.[2010], *Op.cit.*, pp. 235 et svt. ; WEYEMBERGH A., KENNES L., *Op. cit.*, pp.13-19.

⁸⁰⁶ Ou « *faute casuelle* » selon HENNAU C. et VERHAEGEN J., [*Droit pénal général*, Bruylant, 3^{ème} éd., Bruxelles, 2003, p.22] ; « *faute pénale ordinaire* » d'après BERNARDINI R., [*Op. cit.*, p.124] ; « *faute contraventionnelle* » d'après PRADEL J. et VARINARD A., [*Op. cit.*, p.646].

Elle peut être le fruit d'une hostilité manifeste à l'ordre social (faute volontaire), comme un indice d'une simple indifférence à cet ordre (faute involontaire). Elle est, à cet effet, le « rapport entre le sujet et sa conduite ; tandis que l'imputabilité est un état, une qualification du sujet lui-même »⁸⁰⁷. Dans le même sens, les professeurs Raymond GASSIN et al⁸⁰⁸ mettent en exergue le caractère éminemment volontaire de l'action criminelle en estimant que cette dernière s'étage en plusieurs types allant de l'attitude passive devant les événements que l'on subit jusqu'à l'action délibérée et mûrement réfléchie en passant par certains automatismes comportementaux et des faits d'habitudes. La culpabilité, même l'imputabilité que nous verrons, peut être *objective*, liée à la condition psychologique exigée par le législateur pour la constitution de l'infraction, ou *subjective*, liée l'état psychologique du délinquant durant la commission de l'infraction. **L'imputabilité** est alors un jugement de liaison, entre un acte [fautif] précis et un agent déterminé, qui est fait, soit de manière objective, soit de manière subjective. Dans le premier cas, il s'agit d'une attribution mécanique de l'acte à l'agent en remontant la chaîne de causalité ; mais dans le second, l'on cherche à déterminer, après l'identification mécanique, l'état d'esprit de l'agent ou les raisons qui l'ont poussé à accomplir l'acte. A ce titre, l'agent devient lui-même l'élément central du jugement d'imputation. Contrairement à l'imputation objective, l'imputation subjective écarte les agents sans libre-arbitre (animaux, objets...), ceux dont le développement rationnel n'est pas encore suffisant (les enfants), ainsi que ceux qui, de manière provisoire ou définitive, ne sont pas en mesure de se déterminer en dehors de toute *contrainte* et en toute *connaissance de cause* (les personnes souffrantes d'un déficit mental, les personnes momentanément inaptes...) »⁸⁰⁹. Le choix du législateur pour l'un de ces modes d'imputation dépend souvent de sa politique pénale. On adopte une imputation objective, lorsqu'on cherche ; soit à prioriser la réparation du préjudice (comme ce peut être le cas dans le droit civil), soit à mettre à la charge des citoyens une obligation de prévoyance surtout lorsque ce défaut de précaution peut conduire à des dommages graves que l'on ne peut laisser impunis. Et, l'on opte pour l'imputation subjective, lorsque qu'on cherche à prendre en compte la moralité de l'agent en isolant sa *volonté nuisible* et, surtout s'il encoure une sanction grave (privative de liberté). La proximité de la notion d'imputabilité, particulièrement dans son volet subjectif, à celle de responsabilité apparaît ici clairement étant donné que l'on a tendance à considérer que le fait d'estimer qu'un

⁸⁰⁷ BOULOC B.[2013a], *Op.cit.*, n°393.

⁸⁰⁸ *Op.cit.*, n°53, p. 54 et svt.

⁸⁰⁹ WURTZ K., *L'apport des théories morales de la responsabilité pour penser l'imputabilité des crimes de guerre*, Thèse, Montréal/Paris 1, Faculté de Philosophie, 2010, pp.4-12.

acte soit imputable à une personne revient à affirmer la responsabilité de cette dernière. Or, comme, comme nous l'avons déjà eu à le préciser, la personne juridiquement désignée comme responsable n'est pas forcément celle à qui est imputé l'acte.

399/. **De quelle composante psychologique de l'infraction relève le discernement.** Après toutes ces précisions, il sied alors de répondre à une autre question fondamentale qui consiste à savoir où peut-on classer le « discernement » dans ce schème psychologique. En effet, l'intelligence constitue le substrat qui rend toute volonté punissable. Si sa nécessité fait un large consensus parmi les auteurs, ses imbrications, particulièrement le moment de son existence et son intensité divisent les auteurs. La saisine du concept du discernement dépend généralement de la résolution de cette énigme qui permettra, par ailleurs de savoir à qui de l'imputabilité ou de la culpabilité est-il lié. Etant un aspect de la conscience morale ainsi que de la conscience matérielle par le fait qu'il permet à l'individu de faire la différence entre le permis et l'interdit, préalable à tout reproche à l'individu de son acte, le discernement doit être attaché, d'après la doctrine dominante, à l'imputabilité. Car, il agit comme la démence et n'empêche pas de reconnaître la responsabilité pénale du complice⁸¹⁰. A ce titre, il n'y a responsabilité pénale que dès lors l'agent aurait agi avec discernement, volonté et en violation des textes légaux.

400/. Or, cette approche n'est pas totalement satisfaisante. Si le discernement est la connaissance du permis et de l'interdit, *in fine*, du légal et de l'illégal ; l'absence du discernement ne peut en aucun cas être considéré « comme l'ignorance d'un état de fait, ni peut résulter d'une erreur d'interprétation du contenu de la loi. L'ignorance des suites de l'acte constitue justement le critère de la culpabilité pénale. Celui qui sait que le droit répressif prohibe des comportements dommageables mais qui ne met pas tout en œuvre pour éviter de les reproduire est punissable : il commet une infraction dès qu'il prend le risque de causer un dommage. Il commet également une infraction quand après délibération interne, il manifeste son indifférence au respect de cette loi »⁸¹¹. En effet, un homme prévoyant, s'il n'est pas convaincu de la conformité à la loi de l'acte qu'il commet mais l'accomplit néanmoins, il s'expose à la commission de l'infraction ; Car la loi pénale l'astreint à un devoir impératif de vigilance. Sous toutes réserves, le discernement occuperait alors, en ce qui concerne les majeurs, une place analogue à celle de dol général, avec les difficultés de contenu et de preuve

⁸¹⁰ *Crim.[fr]*, 13/03/1991.

⁸¹¹ PETIPERMON F., *Thèse précitée*, p.133.

que cette matière suscite. En définitive, selon l'application dont l'on a fait appel, le discernement est à la fois un aspect de l'imputabilité et de la culpabilité. C'est à ce titre d'ailleurs, qu'il n'agit non seulement sur la compréhension de l'acte mais aussi sur celle de la sanction ou la capacité pénale.

B. Le discernement pour la compréhension de la sanction

401/. Depuis un temps émerge en droit pénal la question de l'aptitude des individus à comprendre la signification de la peine qui leur est appliquée. Désignée en doctrine par la « *capacité pénale* », cette notion est une extension à la sanction pénale du mouvement de subjectivisation (de l'infraction et de la responsabilité) du droit pénal. En effet, « longtemps considérée comme le corollaire de l'engagement de la responsabilité pénale d'un individu, la peine apparaissait comme une réponse presque automatique dont l'existence et le quantum étaient en grande partie déterminés par des considérations objectives tenant à l'infraction. Elle apparaissait ainsi comme une mesure tournée vers le passé, destinée sinon à effacer, du moins à compenser le trouble social provoqué par le crime. Conscients des limites de ce modèle et influencés en cela par les réflexions des philosophes utilitaristes, des auteurs ont proposé une nouvelle approche de la peine qui prend en compte l'influence de celle-ci sur le délinquant. Selon ces auteurs, la peine n'est utile que si elle permet de dissuader les individus de commettre une nouvelle infraction. La peine n'apparaît alors plus comme une nécessité morale absolue, mais comme un instrument fonctionnel visant à dissuader les délinquants de commettre une nouvelle infraction »⁸¹². Hormis ce passage d'une approche objective mécanique à une approche utilitaire, la notion, sous l'influence de la criminologie moderne se dotera enfin d'une portée subjective. La capacité pénale d'un délinquant sera désormais son aptitude psychologique à comprendre le sens de la sanction ou à en tirer réellement profit⁸¹³. Cette nouvelle conception conduira les auteurs à s'interroger sur l'incapacité de certains délinquants, particulièrement les personnes atteintes de troubles mentaux, les enfants et les multirécidivistes, à percevoir la signification de la peine.

402/. Dotée d'un caractère subjectif, la capacité pénale est devenue une notion floue, discutée et en quête de « systématisation ». Toutefois, deux courants principaux peuvent être identifiés. Un premier courant extensif qui a tendance à confondre ou à remplacer carrément cette notion à celle de la responsabilité pénale. Tandis qu'un autre courant, plus restrictif, fait

⁸¹² MARGAINE C., *La capacité pénale*, Thèse, Bordeaux IV, 2011, p.20 ; 271 et svt.

⁸¹³ MERLE R. & VITU A. [1997], *Op. cit.*, pp.776.

de la capacité pénale un outil pertinent destiné à compléter la responsabilité pénale. Nous ne nous attarderons pas sur ce débat d'écoles sauf pour préciser notre attachement au second courant. Car, la notion de la capacité pénale doit s'inscrire dans la recherche de l'efficacité de la pédagogie pénologique : elle permet au délinquant de se faire une représentation exacte de son implication dans l'acte criminel, préalable à une plus effective resocialisation, et par ricochet, de légitimer la sanction pénale.

403/. De ce fait, la capacité pénale est également attachée au discernement, et s'applique aussi bien aux majeurs qu'aux mineurs-délinquants. Corroborant à cette pensée, Xavier PIN estime que « les mineurs capables de discernement peuvent se voir imputer les infractions qu'ils commettent et que seule leur capacité à subir une peine et en à profiter est réduite »⁸¹⁴. Dans le même sens, Madame Christine LAZERGES⁸¹⁵ conclut que la recherche d'une pédagogie dans la responsabilité pénale ne suppose pas de priver le mineur de toute responsabilité, mais de lui faire assumer une responsabilité atténuée pour développer chez lui le sens de la responsabilité morale et sociale. Ce qui revient à justifier l'application des mesures spécifiques (« mesures de sûreté ») aux mineurs-délinquants afin de lutter contre la dangerosité pour lesquels la répression classique se révèle inefficace⁸¹⁶.

§2. Le discernement en droit pénal des mineurs

404/. **Le discernement du mineur en droit pénal comparé : critère et mesure de la responsabilité pénale.** Avant d'aborder la question du discernement en DPM, il sied de souligner que la théorisation de la responsabilité pénale des mineurs a fait un schéma inverse de celle des majeurs. Pendant que la responsabilité pénale des majeurs est le fruit de la construction intellectuelle due au développement du droit pénal spécial, celle des mineurs a été, dès ses origines, objet d'une construction abstraite. Les premières traces de son apparition la placent déjà sous l'égide d'une gradualité, à deux ou trois niveaux, toujours en application à ce jour. Ensuite, contrairement au principe général de la responsabilité pénale qui cumule les deux modes d'imputabilité, le droit de la responsabilité pénale des mineurs les alterne : un système tutélaire se focalisera sur un type objectif tandis qu'un système pénal sur le type subjectif.

⁸¹⁴ PINX. *Droit pénal général*, Dalloz, 5^{ème} éd., Paris, 2012, p.211-212.

⁸¹⁵ « Seuils d'âge et responsabilité pénale en Europe », RSC, 1991, p.414.

⁸¹⁶ Lire aussi LAZAARS., *La responsabilité des mineurs délinquants : une étude de droit pénal comparé France-Maroc*, pp.163-164.

405/. Ce faisant, l'évolution de la responsabilité pénale vers un système plus subjectif a permis de renforcer la liberté reconnue aux citoyens mais aussi d'enfermer la répression dans les aspects invisibles (la psychologie, l'intelligence...). Le droit pénal se devait désormais résoudre préalablement la question de savoir à partir de quel moment un individu est censé se doter d'intelligence suffisante pour pouvoir distinguer le bien du mal avant de déterminer s'il en avait la pleine jouissance au moment de la commission de l'acte⁸¹⁷. La première phase de cette réponse renvoie à la problématique du discernement qui se présentera différemment selon que l'on est en présence d'un agent mineur ou majeur. Pour l'un, il y a une *présomption positive*, tandis que pour l'autre, il y aura une *présomption négative*. Le majeur sera toujours présumé être doté du discernement jusqu'à preuve du contraire pendant que cette même capacité sera recherchée chez le mineur. L'on admettra que la faculté que possède une personne de savoir si un acte accompli par elle est bon ou mauvais, susceptible ou non de punition, et de même que pour l'intelligence ou la volonté, se développe progressivement et qu'il est des périodes où elle existe très peu ou pas du tout. Ce qui transforme non seulement la charge de la preuve pour ces deux catégories d'acteurs mais lie aussi ***incidemment et inéluctablement cette problématique à la question de l'âge.***

406/. Toute infraction induisant la donne psychologique, le discernement suppose un moindre degré d'intelligence et de volonté que l'on doit rechercher pour pouvoir justifier la sanction. C'est à ce titre qu'il constitue un critère déterminant de la responsabilité pénale des personnes ayant un trouble ou une insuffisance psychologique : ces états mentaux pouvant être le fruit d'une pathologie (démence) ou de l'évolution normale de la vie (âge : minorité). La question du discernement est ainsi devenue un problème central, voire une exigence propre, du DPM. Elle semble se substituer à une notion plus ancienne de type moral, la malignité, pour se référer plus à un critère de type rationnel qui s'apparente à la responsabilité. D'ailleurs, les débats parlementaires consécutifs à l'adoption de la loi Perben 1 ont aussi permis de révéler la nécessité du discernement chez le mineur pour établir sa culpabilité⁸¹⁸ : à la suite de l'école de pensée de l'historien du droit et psychanalyste Pierre Legendre⁸¹⁹ au sujet des aliénés mentaux, irresponsabiliser les mineurs-discernant paraîtrait alors comme un déni de leur

⁸¹⁷BONFILS P., « Le discernement en droit pénal », Mélanges René GASSIN, PUAM, 2007, p.97 et svt. ; ON M., *Essai sur la notion du discernement en droit pénal. Contribution à l'étude de l'élément moral de la responsabilité pénale*, Thèse, Montpellier 1, 2009, pp.7-9 ; PETEREAU-MIAHRACH V., *Le discernement du mineur. Etude de droit civil et de droit pénal*, Thèse, Poitiers, 2004, pp. 232-234.

⁸¹⁸Assemblée nationale française, Discussion en séance publique du 31 juillet et 01 août 2002.

⁸¹⁹*Le crime du caporal Lort*, Fayard, Paris, 1989, 186p.

l'humanité. La problématique se pose particulièrement pour tous les systèmes juridiques qui consacrent la responsabilité pénale du mineur ; et, dans une certaine mesure, pour ceux qui ne la consacrent pas mais établissent des mesures éducatives qui devraient, espèrent-ils, rétablir son « *bon sens* » ou aiguïser sa désistance. Ce dernier objectif signifie, en d'autres termes, stimuler sa capacité à abandonner le mal et à choisir le bien [*in fine*, consolider son discernement]. Ainsi, l'absence du discernement aura pour conséquence la reconnaissance de l'irresponsabilité pénale du sujet et, rend surtout injuste la sanction. Cependant sa reconnaissance entraînera la déclaration de la responsabilité pénale, quoi qu'atténuée, du sujet.

407/. Il sied alors de s'interroger comment les systèmes juridiques apprécient-ils le discernement ? (A). Et, à l'aide de quels instruments le juge, juriste de formation et non scientifique de l'esprit, arrive-t-il à mesurer le niveau du discernement dans le chef d'un mineur-délinquant ? (B).

A. Le discernement, d'un objet factuel à un objet psychologique

408/. « *La distinction entre les mineurs de treize ans et les mineurs de dix-huit ans disparaît comme aussi la notion de discernement, qui ne correspond plus à une réalité véritable* ». Cette affirmation, qui constitue l'une des phrases phares de l'ord.1945, nous permet de déceler non seulement le critère majeur d'appréciation du discernement (que nous analyserons au paragraphe précédent) dans lequel a renfermé le législateur français mais aussi son incidence sur la responsabilité pénale des mineurs. En effet, l'abandon du discernement était censé interrompre une certaine discrimination entre les mineurs et marquer le passage, en droit français, du modèle repressif des codes pénaux (1789 et 1810) au modèle tutélaire de l'Ord.1945. La réintégration de ce concept dans le même système juridique permet, donc, de déduire l'inverse. Ce raisonnement peut aussi être appliqué au droit congolais qui, au travers des articles 95 et 96 LPE, consacre le discernement en lui faisant produire des effets juridiques sur la responsabilité pénale des mineurs, contrairement au D.1950 qui n'en faisait pas référence.

409/. Comme l'atteste les archives des débats parlementaires⁸²⁰, les députés de la Constituante n'ont pas retenu l'idée d'une irresponsabilité absolue du mineur quel que soit son âge, mais celle d'une irresponsabilité au cas par cas fondée sur le critère du discernement.

⁸²⁰ YVOREL J.J., « Le discernement : construction et usage d'une catégorie juridique en droit pénal des mineurs. Etude historique », *Recherches familiales*, 2012/1, n° 9, pp.153-162.

Mais force est de constater que peu nombreux ont été les opinants qui ont lié cette notion à l'âme. Ceux qui ont eu la clairvoyance de déceler son aspect abstrait ont proposé, pour atténuer ce dernier, **une enquête préalable sur la vie et les mœurs du jeune accusé**. Rejetant en bloc cette approche, l'opinion majoritaire a estimé que la notion devrait être appréciée dans les circonstances de fait : elle correspondait plus à un jugement moral fondé sur l'acte transgressif plutôt qu'à un degré de maturité psychologique. L'on retrouve encore cette hésitation dans la doctrine qui pour définir le discernement tergiversait entre une simple conscience d'accomplir un acte illicite perceptible dans les modalités d'accomplissement de la transgression (le plus souvent c'est la préméditation qui est la marque du discernement) et une conception plus large mi-psychologique (développement suffisant des facultés mentales), mi-sociologique (condition d'éducation). Il faut aussi souligner que la notion même de psychologie n'avait pas le même sens au XVIII^{ème} qu'au XX^{ème} siècle. C'est ainsi que tous les observateurs, postérieurs à la période d'adoption de ce texte devons-nous préciser, ont conclu à une utilisation *contra-legem* de la notion par le juge. La pratique démontrait qu'en fait la juridiction de jugement tranchait la question du discernement dans le sens qui lui permettait d'appliquer la mesure lui paraissant la plus propre à favoriser la réadaptation sociale du mineur. Dans l'exposé des motifs de la Loi n° 683 du 27/07/1912 relative à l'enfance délinquante, le législateur français avoue que : « les magistrats ont dû corriger les effets de la loi de 1912 par une application extensive, un usage prétorien, de la notion de discernement : pour appliquer au plus grand nombre de mineurs délinquants des mesures éducatives, ils les ont déclarés irresponsables. C'est ainsi que, pendant la période de 1930 à 1935, 70% d'entre eux ont été acquittés comme ayant agi sans discernement ». C'était donc un souci de traitement qui inspirait le juge français, et non une analyse psychologique ou factuelle. Cette instrumentalisation de la notion du discernement a été aussi relevée dans le système belge de 1912⁸²¹ : le juge prenait une décision non pas parce qu'il avait reconnu ou pas le discernement, mais reconnaissait ou non le discernement afin de pouvoir prendre telle ou telle autre décision. Ainsi, l'Ord.1945, comme la Loi belge de 1965, a voulu mettre fin à ce détour en écartant la question du discernement et en mettant directement à disposition du juge une panoplie des mesures, pouvant exceptionnellement être une peine, qu'il devra appliquer.

410/. L'on peut également apercevoir cette difficulté d'approche de la notion, à travers le concept que le système tutélaire avait établi pour la remplacer. En effet, les lois issues de

⁸²¹ TULKENS F. et MOREAU T., *Op.cit.*, pp.102-104.

ces systèmes relèvent de cette nouvelle rationalité pénale qui, conjuguée aux politiques sociales en plein essor d'une part et aux progrès des sciences de l'enfant d'autre part, pose des principes d'intervention nouveaux. Elles remplacent carrément la notion de discernement (corollaire de la responsabilité pénale) par celle d'éducabilité, en instaurant l'irresponsabilité pénale des jeunes délinquants. Elles imposent, de ce fait, l'étude préalable du milieu et de la personnalité du mineur, à l'aide de l'enquête sociale et de l'examen médico-psychologique, de manière à établir un diagnostic et proposer une thérapie. « Cette nouvelle science du crime pose sur l'incorrigible juvénile un regard perçant, outillé d'instruments scientifiques dont la prétention paradoxale est de dévoiler la nature objective des êtres au-delà de la subjectivité judiciaire, tout en faisant de la prospective, du calcul probabilitaire, de l'incorporation de l'incertitude, sa raison d'être et son autorité politique »⁸²². Il se pose alors la question de l'influence des sciences du psychisme, outils de la prédiction pénale et de la réhabilitation des jeunes délinquants, sur le fonctionnement de la justice des mineurs au XXI^{ème} siècle.

411/. Il paraît aujourd'hui attirant de fonder la réponse à la question du discernement sur les données de la science [psychique]. Cette approche reste, néanmoins, dangereuse et complexe. Bien qu'ils ne soient pas tous unanimes sur le concept, les spécialistes des sciences concernées constatent néanmoins que l'approche de leur discipline respective ne permet aucunement de résoudre la question. Car, si elle peut dire quelque chose du développement comportemental ou de la psychologie, elle ne peut rien dire du seuil à partir duquel ces données doivent recevoir une traduction pénale. C'est au politique (au sens large) qu'il appartient de faire ce choix en prenant en considération des données qui dépassent de beaucoup le champ de la science. Le point de vue scientifique, particulièrement psychologique, pourrait, en revanche, être utile pour moduler le contenu et le détail des réponses qui sont apportées aux actes délinquants des mineurs⁸²³. Dans ce contexte de clarification, la notion de discernement ainsi que sa détermination sont devenues l'enjeu d'un débat idéologique que certains aimeraient bien voir, mais en vain, trancher par la science (psychologie du développement notamment). Or, appuyer la responsabilité pénale sur une responsabilité psychologique ajoute un autre degré de complexité à la problématique au lieu d'en résoudre : la responsabilité psychologique correspond à un processus continu qui commence dès le plus jeune âge et se poursuit au-delà de la majorité. Sa définition est loin

⁸²² NIGET D., art. préc..

⁸²³ BOTBOL M. & CHOQUET L.H., « Une lecture renouvelée du droit pénal des mineurs » La prise en compte de la contrainte dans l'action éducative à l'égard des mineurs délinquants, *Cahiers philosophiques*, 2008/4 N° 116, pp.9-24.

d'être univoque puisque l'on peut y inclure plusieurs processus tant subjectifs que cognitifs. Ainsi, l'appréciation juridique, voir judiciaire, cumule plusieurs critères au-delà, même en aparté, de l'appréhension purement psychologique.

B. Les modalités juridiques d'appréciation du discernement

412/. La notion judiciaire du discernement n'est pas qu'un concept psychologique. Elle peut comporter de nombreux critères qui se rattachent à différentes étapes, comme la maturité, l'évolution corporelle ou la conscience de l'enfant, même ses conditions de vie. Pour définir l'*infans*, les biologistes s'attachent à des critères d'évolution corporelle, les psychologues mettent en avant certains critères relatifs à la maturité et au développement psychologique, enfin, les philosophes, quant à eux, vont se référer aux notions de conscience et de liberté du consentement. Face à cette diversité d'approche, les législateurs fixent discrétionnairement le seuil à partir duquel un individu est réputé avoir atteint la raison minimale pour distinguer le bien du mal ; en d'autres termes, le seuil du passage d'un état de non-discernant (incapable à vouloir nuire), à celui du discernant (capable à vouloir nuire). Cette mutation statutaire peut différer selon l'approche prônée par chaque système juridique dépendamment de ses caractéristiques et réalités sociologiques. Néanmoins, l'on peut dégager une constance dans les critères de référence d'appréciation du discernement qui est le « *temps* ». En effet, pour fixer le seuil de discernement, les législateurs se réfèrent principalement à l'âge (1) mais apportent également à la rigidité de ce critère certains correctifs (2).

1. L'appréciation *in abstracto* du discernement : l'âge

413/. **L'âge et le droit : au-delà de la notion de minorité.** « Il n'est pas possible de dissocier l'Homme de son âge, symbole du temps qui passe, de l'homme dans son innocence, dans sa maturité, dans sa sagesse, mais aussi, l'homme dans les limites que lui impose la durée de son existence »⁸²⁴. L'âge est la mesure du temps dans la vie d'un être vivant depuis la naissance biologique : il est l'instrument de mesure qui permet de situer l'Homme dans son cycle de vie. Autant l'on ne peut concevoir le « Droit » sans l' « Homme », autant l'âge est fruit des applications multiples en droit. En effet, le droit moderne s'intéresse à l'âge comme un critère d'identification de l'état des personnes, de l'existence juridique et, même, de l'acquisition de la personnalité ou de la capacité juridique : Plusieurs notions juridiques, même sociologiques, sont circonscrites dans des âges précis ou représentent des périodes de la vie délimitées, en fonction du registre sur lequel on se situe (pénal, civil ou administratif), par des

⁸²⁴ M'BEDIOBET MABALA P.M, L'âge en droit privé, Thèse, Aix-Marseille, 2016, pp.10-15.

âges précis. Pour ainsi éviter toute équivoque sur leur détermination, le Droit, contrairement au langage courant, affine généralement à l'âge l'adjectif « révolu » ou « accompli »⁸²⁵. L'âge [courant] est le nombre d'années de vie atteint en cours d'une année civile correspondant à la différence entre l'année de l'événement (le moment du calcul) et l'année de naissance. L'on atteint, en principe, un âge quand l'on vient de terminer trois cent soixante-cinq jours : c'est ainsi qu'un individu aura un an d'âge le jour où il viendrait de terminer de vivre sa première année sur terre. Pendant que l'« âge révolu » est l'âge au dernier anniversaire⁸²⁶. En droit, l'âge constitue en droit un élément discriminatoire. Il reste le critère essentiel pour distinguer les mineurs des majeurs et pour déterminer leur régime juridique respectif. Il peut être aussi utilisé lorsque l'on veut faire courir des effets juridiques spécifiques à un groupe des personnes contenues chacune de ces deux catégories juridiques (mineur/majeur). C'est ainsi que l'on peut avoir une capacité contractuelle (quatorze, quinze, dix-huit ans), un droit d'éligibilité (dix-huit, trente-cinq ans...) ou de participation à la gestion de la chose publique à un âge déterminé. Si la discrimination juridique au sein des adultes est rare, elle est fréquente au sein de la minorité. Or, cette tâche est loin d'être aisée dans la mesure où ; d'une part, cette catégorie juridique englobe des enfants de bas âge et les pré-adultes en passant par les adolescents et d'autre part, ne vise pas les mêmes personnes selon les systèmes juridiques. Les moins de dix-huit ans représentent un public diversifié et les préoccupations ne sauraient à l'évidence être les mêmes pour de jeunes enfants (moins de huit ou dix ans), de jeunes (dix à seize ans) et de moins jeunes (seize à dix-huit ans) ou adolescents.

414/. L'âge en droit civil congolais. En droit civil congolais, l'âge est également le critère principal de détermination de la capacité juridique [d'exercice]. Cette dernière était, parfois, différente selon le sexe. C'est ainsi que jusqu'à une époque récente, il y avait une différence entre les hommes et les femmes en ce qui concerne l'âge (seuil) nuptial qui était fixé à quinze ans pour les femmes et à dix-huit ans pour les hommes (ancien art. 352 CF). Cette différence seraient justifiées par des spécificités biologiques et, surtout, sociologiques propre à chaque sexe. Mais après un débat, notamment sur les mariages forcés, le Législateur

⁸²⁵ Malgré les différences qui peuvent être mis en évidence par certains linguistes et auteurs, ces termes, employés souvent au pluriel, sont utilisés synonymiquement par les législateurs contemporains. Toutefois, par clarté et homogénéité conceptuelles, il serait souhaitable que ce dernier utilise, au moins dans un même texte de loi, un terme unique. Contrairement à ce qui fait dans le Code congolais de la famille (voir. art. 219 et 352) d'autant plus que la dernière disposition qui est issue de la modification opérée en 2016 devrait se conformer à l'ancienne terminologie.

⁸²⁶ Par exemple, une personne née le 10/10/1925 et décédée le 18/04/1999 aura, dans le langage courant 74 ans d'âge (1999-1925) mais seulement 73 ans révolus (car il aura eu ses 74 ans qu'après le 10/10/1999) ; tandis que son âge exact, sera 73 ans, 6 mois et 8 jours.

a choisi de concilier ces seuils en le fixant à dix-huit ans aussi bien pour le mariage et que fiançailles (nouvel art. 352 CF et art. 48 LPE) des personnes de deux sexes. Il n'existe plus aujourd'hui en droit civil congolais un statut juridique différent entre mineurs : ils sont tous désormais soumis au régime juridique d'incapacité sur lequel nous reviendrons plus tard. Ce principe porte néanmoins deux dérogations en ce qui concerne respectivement l'émancipation et la capacité contractuelle en matière du travail. D'après la première dérogation, les mineurs peuvent dorénavant être émancipés lorsque leur intérêt supérieur l'exige. La notion d'émancipation des mineurs n'est pas nouvelle en droit congolais mais l'ancien article 216 du Code de la famille ne l'admettait qu'en cas de mariage. Basée aujourd'hui sur le concept hétéroclite de l'ISE, cette émancipation « judiciaire » (art. 289 CF) risque de déboucher à plusieurs cas non prévus par le Législateur, s'il n'est pas soumis à un contrôle rigoureux. Elle pourrait même constituer une excuse légale à l'égard de la poursuite des certaines infractions : hypothèse des mineurs-parents dont l'un et l'autre peuvent être poursuivis pour viol réputé à l'aide de violences sur mineur (art.170 al.3 CP) par le simple fait de leurs relations sexuelles. D'après la seconde dérogation, il est reconnu spécialement au mineur de moins de quatorze et quinze ans un statut spécial des travailleurs (art. 6 L. n°015/2002 du 16/10/2002, 49 et 50 LPE).

415/. L'âge en droit pénal congolais : Dualisme minorité/majorité, circonstances aggravantes, individualisation de la sanction et critère de responsabilisation. En droit pénal comparé en général, et en droit pénal congolais en particulier, l'âge, aussi bien de la victime que de l'auteur de l'infraction, module également la règle juridique : sinon toute cette étude n'aurait pas lieu d'être. En ce qui concerne la victime, il constitue généralement une circonstance aggravante⁸²⁷ de l'infraction, et subsidiairement un élément constitutif des infractions autonomes. En ce qui concerne l'auteur, il n'a pas une grande incidence sauf à déterminer lorsque l'on est en particulièrement en présence d'une personne âgée de moins de dix-huit ans le droit applicable. En effet, il n'y pas une distinction entre un délinquant trentenaire et quinquagénaire, voire septuagénaire, quoi que le juge puisse considérer l'âge avancé du délinquant comme une circonstance atténuante. C'est seulement lorsqu'il s'agit d'un mineur que l'âge va induire des modalités particulières d'établissement de la

⁸²⁷ Rappelons que le taux de la peine étant l'un des critères déterminants de la répartition de la compétence matérielle des juridictions pénales congolaises, l'âge de la victime, circonstance aggravante de l'infraction, peut ainsi constituer indirectement, un élément d'attribution de la compétence. Telle est notamment son incidence en droit pénal de forme.

responsabilité pénale et de détermination de la sanction à appliquer⁸²⁸. *En continuum*, Il permet également de déterminer l'état de discernant ou de non-discernant du mineur au moment de la commission de l'infraction. De ce fait, le statut pénal du mineur-délinquant est reparti, en droit congolais, en deux catégories en fonction de l'âge ; d'une part, les mineurs de moins de quatorze ans réputés non-discernant et pénalement irresponsables, et d'autre part, ceux âgés d'au moins quatorze ans, que nous estimons par voie de conséquence, pénalement responsables malgré le silence de la loi. L'on pourrait donc conclure que le DPM congolais reconnaît implicitement, à la suite du droit canadien, l'adolescence et la dote d'un statut juridique, faisant d'elle le seuil du discernement et de la responsabilité pénale des mineurs.

416/. Différentes modalités de l'usage de l'âge pour déterminer le discernement.

Ainsi, l'utilisation de l'âge pour déterminer le discernement peut se réaliser de différentes manières. Comme nous l'avons déjà vu, dans les codes pénaux français (1791 et 1810) et belge (1867), la question du discernement se posait pour les délinquants âgés de moins de seize ans, non pas dans son volet négatif mais comme une question positive supplémentaire pour établir la culpabilité du mineur. Ensuite apparut son volet négatif à travers la notion de la présomption d'irresponsabilité portée par la loi du 29/09/1912. A partir de ce stade, la question relative au discernement non seulement se posait exclusivement pour les mineurs de plus de treize ans, mais induisait aussi un renversement de la charge de preuve. Les législateurs peuvent aussi, par ailleurs, fixer un seuil (âge) à partir duquel le discernement est, soit réputé suffisant (Angleterre : dix ans), soit appréciable (droit allemand : quatorze ans⁸²⁹, droit sénégalais : treize ans). Du côté belge, la loi du 15/05/1912 sur la protection de l'enfance prend carrément une autre direction : se déployant sur des faits pénaux que non pénaux, elle fait confondre le seuil de discernement avec le seuil de la majorité (dix-huit ans) tout en consacrant une présomption d'irresponsabilité, semble-t-il irréfragable, pour tous les mineurs. Mais, le point commun entre tous ces procédés est qu'en déca de ce seuil, la problématique du discernement ne pose pas et l'irresponsabilité pénale est réputée ; et au-delà du seuil, la responsabilité de droit commun prend effet. Le particularisme juridique dont bénéficient les mineurs agira uniquement sur la sanction. En d'autres termes, quand bien même qu'ils ne sont pas toujours reconnus pénalement responsables (dépourvus totalement ou partiellement du discernement), les mineurs sont qu'en même soumis à certaines mesures qui ont généralement

⁸²⁸ Voir aussi §§.461, 512.

⁸²⁹ §3 et 38 de la loi sur les tribunaux des mineurs (JGG) ; Cour de cassation fédérale (Bundesgerichtshof), BGHSt 22, p77

en commun, indépendamment des systèmes juridiques considérés, l'absence totale de caractère retributif (pénal)⁸³⁰. La LPE s'est inscrite dans cette logique en fixant un seuil de discernement en deçà du seuil de la majorité et en prévoyant des mesures spécifiques contre certains mineurs auteurs des faits pénaux.

2. L'appréciation *in concreto* du discernement : le faisceau d'indices

417/. **Le faisceau d'indices.** Si, de manière générale, le discernement est fixé en fonction du critère d'âge qui a l'avantage d'offrir une certaine certitude et sécurité juridique. L'on reproche néanmoins à ce procédé à la fois sa rigidité et sa perméabilité. D'une part, la question est de savoir comment établir le seuil de discernement sans tomber dans l'arbitraire de catégorisation abstraite liée à l'âge ? En d'autres termes, que faire des mineurs-délinquants non doués de discernement mais néanmoins considérés dangereux pour la société ? En effet, « il n'y a pas nécessairement corrélation entre la majorité légale (seuils légaux) et la maturation réelle. Les enfants n'atteignent pas tous en même temps l'âge de la raison. Il existe des hommes qui, sous certains aspects, parviennent tard ou ne parviennent jamais à l'âge adulte. [Autant tous les mineurs n'acquièrent pas le discernement à l'âge fixé par le législateur]. La maturité est un équilibre auquel préparent des successifs progrès biologiques et psychologiques et que réalise un processus d'adaptation sociale. Des angoisses de la puberté aux aléas de l'apprentissage, des conflits familiaux aux expériences personnelles et amoureuses, cet équilibre est, avec plus ou moins d'anxiété, recherché par chaque individu, au travers une histoire dont les données immuables ne comportent jamais les mêmes solutions »⁸³¹. Dès lors, le critère de l'âge pourrait aboutir à la responsabilité pénale d'un mineur qui en réalité n'est vraiment pas doté d'intelligence suffisante pour comprendre son acte malgré la fixation d'un seuil légal. Il pourrait aussi, consécutivement à la première critique, conduire à l'impunité en mettant à l'écart de la réaction sociale des individus socialement nuisibles : c'est-à-dire, des mineurs plus intelligents et discernant avant le seuil légalement fixé ou ceux qui peuvent, avec l'aide des parents ou de leurs avocats se procurer de preuve d'un âge qui leur sera pénalement favorable. Ce qui est particulièrement vérifiable en RDC où les services d'état civil ne fonctionnent pas normalement : toute personne désirant

⁸³⁰ Ce régime peut même s'appliquer sous certaines conditions aux jeunes-majeurs (18-21 ans). Il s'agit dans la plupart des cas des infractions de faible gravité dont les circonstances de commission témoignent l'état psychologique ou la personnalité du concerné. C'est notamment le cas du droit allemand (§5 al.1, 105 al.1 JGG), belge, espagnol (art. 69 CP) ou portugais (art. 6 D. n°401/82, 23/09/1982).

⁸³¹ BESSON A., « Préface », In BESSON et al. (dir.), *Seuils d'âge et législation pénale : contribution à l'étude du problème des jeunes adultes délinquants*, CUJAS, 1961.

échapper à la rigueur de la loi pourrait se procurer à son gré un acte d'état civil, l'occurrence un acte de naissance, ou un document officiel⁸³² mentionnant un âge en sa faveur.

418/. Pour pallier les insuffisances du premier procédé, certains législateurs permettent au juge de prendre en compte la personnalité et les conditions de vie du délinquant pour apprécier souverainement son état de discernant ou de non-discernant. A notre connaissance, il n'existe pas réellement un système juridique qui se base uniquement sur ce système d'appréciation casuistique par faisceau d'indices. Le seul contre-exemple serait le droit français qui n'a pas fixé un seuil inférieur de la responsabilité pénale des mineurs, laissant au juge la liberté d'apprécier le discernement dans le chef de tout mineur déféré devant lui ; bien que, comme nous avons déjà eu à le préciser, la pratique dégage un seuil autour de six et huit ans. Mais de manière générale, cette prérogative, lorsqu'il reconnue au JPE, est circonscrite dans un intervalle d'âges : c'est-à-dire, que le système qui choisit ce procédé prend le soin de le cumuler avec le précédent. Le JPE n'apprécie le discernement que pour une catégorie des mineurs, généralement située au-delà d'un seuil inférieur de responsabilité préalablement fixé par le législateur. Sur ce, Dans tous les cas, il s'agit bien là aussi d'une appréciation *in concreto* du discernement.

419/. Ce procédé dualiste nous paraît le plus logique et le plus équitable par le fait qu'il cumule les avantages d'un procédé rigide (l'âge) et d'un procédé souple (faisceau d'indices) de détermination du discernement. D'ailleurs, dans un arrêt récent⁸³³, la Cour de cassation française a estimé que l'appréciation du discernement uniquement à travers l'âge de l'enfant, sans autre motivation, est insuffisante. Il convient de relever que la corrélation variable et fragile entre l'âge et le discernement : la prépondérance de la subjectivité dans l'appréciation du discernement d'un enfant trouve ses limites étant donné que la notion de discernement ne

⁸³² Dans la pratique, pour déterminer l'âge du mineur, l'on se réfère également, au nom d'un certain principe de la liberté de la preuve en droit pénal, à son niveau scolaire ou à d'autres documents (carte d'élève, bulletins scolaires...). Nous émettons des réserves sur la légalité et la régularité de ces pratiques, d'autant plus que la question de l'âge, consécutive à l'état civil (statut des personnes) n'est valablement tranchée que par un acte d'état civil ou par un jugement supplétif (art. 82 CF). Ayant aussi cette casquette civile, le JPE peut analyser, en cas de doute, cette question mais en se référant aux règles de forme prosrites pour ce contentieux. Par contre, le JPE pourrait utiliser tous ces éléments pour déterminer le discernement, après s'être convaincu que le mineur ne soit pas âgé de moins de 14 ans.

⁸³³ 1^{ère} civ., 18/03/2015. En espèce, une décision du JAF attribua la résidence d'un enfant âgé de 9 ans à sa mère en reconnaissant un droit de visite et d'hébergement au profit du père. L'enfant avait demandé à être entendu, pendant la procédure d'appel ; mais le juge le lui refusa au motif qu'il n'aurait, au vu de son trop jeune âge, de discernement suffisant et qu'une telle audition serait contraire à son intérêt. La Haute juridiction a censuré cette décision en reprochant au juge d'appel de n'avoir pas suffisamment motivé sa décision mais de s'être simplement limité à la seule référence de l'âge de l'enfant pour déduire l'absence du discernement et refuser de l'entendre. Précisons que cette censure ne porte pas sur le refus d'audition du mineur mais les moyens employés par les juges d'appel pour arriver à une telle décision.

saurait se réduire à l'âge de l'enfant. Comme l'on peut rencontrer des enfants au développement intellectuel retardé, autant l'on peut relever la maturité précoce des certains enfants, qui acquièrent, dès leur jeune âge (dix et treize ans) des comportements et des conduites délinquantes inadaptées à leur état psychologique. Cet élément mérite d'être pris en considération afin d'établir une responsabilité pénale du mineur mieux pondérée à travers l'examen de personnalité, d'une part, et d'éviter une irresponsabilité, perçue comme une impunité, que réprouve l'opinion populaire excédée par l'aggravation de la délinquance des jeunes. Il sera alors question de déterminer la maturité réelle du sujet dans la conscience de l'illégalité de l'acte commis. Ces faisceaux d'indices sont trouvés dans une large mesure des plusieurs autres paramètres que l'on peut puiser dans l'histoire et conditions de vie du mineur, ainsi que dans les circonstances de son acte. Ici se rejoignent la notion tutélaire de la personnalité du mineur, lorsqu'elle est effectivement mise en application, et celle l'appréciation *in concreto* du discernement ainsi que l'approche scientifique de la notion. Par elles, le mineur-délinquant peut davantage bénéficier des sanctions pénales atténuées et appropriées à sa personnalité.

420/. Néanmoins, il sied de préciser que l'appréciation de la personnalité du mineur et des circonstances de l'infraction constitue les deux critères fondamentaux de la capacité pénale du mineur-délinquant et du degré de sa responsabilité pénale. Elle nécessite pour sa mise en œuvre des moyens matériels et humains très importants qui, lorsqu'ils font défaut laissent place à une application quasi automatique de la responsabilité pénale de type objectif. Elle désarme le JPE et fait appel à une expertise scientifique : le JPE n'étant pas un spécialiste en sciences de l'esprit, il recourt lorsque l'intéressé est malade ou est mineur, à l'expertise médico-psychiatrique ou psychologique pour déterminer le degré de discernement du délinquant. En d'autres termes, le juge demeure officiellement compétent pour se prononcer sur l'irresponsabilité pénale mais il n'en reste pas moins substantiellement incompétent pour justifier sa sentence. Les experts ne se substituent, toutefois, pas à lui mais lui sont d'un apport essentiel, au travers d'une expertise comparable à celle qui est proposée pour les adultes, afin de déterminer l'abolition ou l'atténuation psychiatrique de la responsabilité pénale d'un sujet particulier, quel que soit l'âge auquel sera fixé le seuil de la responsabilité pénale de principe.

421/. L'absence de l'appréciation *in concreto* de la responsabilité pénale en DPM congolais. Malheureusement, le procédé choisi par le législateur congolais n'obéit au schéma précité. Le législateur a fait appel à l'âge en fixant un seuil de discernement laissant croire à

une appréciation *in concreto* pour la tranche située au-dessus de ce seuil. Sauf qu'il est resté silencieux pour cette catégorie des mineurs. Cette attitude compréhensive sous le régime de 1950 est aujourd'hui inexplicable pour le régime de 2002. En effet, en établissant le principe de présomption absolue ou irréfragable d'irresponsabilité pour les mineurs de moins de quatorze ans (art.99) avec un référencement de ces derniers à l'assistanat social ou/et psychologue, la loi devrait se prononcer expressément sur le statut pénal des mineurs de plus de quatorze ans à qui elle consacre plus de la moitié des dispositions. Le Législateur n'évoque, ni une irresponsabilité renversable, ni une responsabilité pleine ou atténuée rendant incompréhensible le système mis en place. Comme nous l'avons argué et démontré tout au long de cette étude, nous estimons qu'il s'agit d'une responsabilité pénale, atténuée par l'excuse de la minorité qui induit un régime sanctionnel spécifique pour la tranche d'âge située au-delà du seuil : l'objet de tous les aspects pénaux de cette loi. Au regard des modèles qui lui sont similaires, le système congolais de détermination du discernement est un système mixte, basé à la fois sur un critère fixe ou mécanique (l'âge : quatorze ans) et un critère recherché (le faisceau d'indices : entre quatorze et dix-huit ans). Au cas contraire, tout le système paraîtrait absurde et produirait un effet contraire à celui escompté ; d'autant plus qu'il n'était plus utile pour le législateur congolais de faire mention du « discernement » étant donné qu'il avait déjà posé une présomption d'irresponsabilité à l'article 95 LPE.

Section 2. Le discernement au-delà de la question d'imputabilité

422/. Hormis les applications relatives à l'âge, à travers lesquelles il apparaît principalement comme la mesure du paramètre psychologique de l'infraction commise notamment par le mineur, le discernement portent aussi d'autres effets. Nous analyserons à ce stade ses articulations, d'une part, avec les autres causes d'irresponsabilité (§1), et d'autre part, avec le droit à réparation de la victime (§2).

§1. Le discernement et les causes d'irresponsabilité pénale

423/. **L'absence du discernement et les éléments constitutifs de l'infraction.** Eu égard à ce qui a été démontré jusque-là dans cette étude, nous comprenons que la minorité n'est pas une cause absolue d'irresponsabilité ; c'est plutôt le discernement, déduit de l'âge ou des faisceaux d'indices, qui en constitue le seuil. Alors, l'examen des autres causes d'irresponsabilité, particulièrement les faits justificatifs s'imposent au JPE. Il nous est difficile d'aborder cette question spécifique en droit congolais à cause de l'absence à la fois de la

jurisprudence et des points de vue doctrinaux sur ce sujet. La conception objective de la responsabilité, érigée en principe incontournable depuis longtemps dans ce système juridique, a empêché le juge d'aller au-delà de l'analyse de faits pour aborder les autres aspects juridiques de l'établissement de la responsabilité pénale des individus. Cette attitude peut se justifier aussi par l'inopportunité d'une telle analyse étant donné que le fait infractionnel ne pouvait être imputé au mineur, considéré comme dépourvu de discernement. La mesure appliquée au mineur-délinquant avait donc un autre fondement que la culpabilité.

424/. **Les causes d'irresponsabilité pénale : notions et distinctions.** L'incongruité de cette approche ayant été largement démontrée, il sied de préciser les conséquences de ce changement conceptuel, particulièrement en ce qui concerne les causes d'irresponsabilité pénale. En effet, en vertu du principe de la légalité criminelle, le comportement interdit doit non seulement être incriminé par une disposition légale mais aussi non autorisé par la loi considérée dans son ensemble. Ainsi, il existe des circonstances, appelées « faits justificatifs », qui ont pour effet d'enlever à l'acte incriminé tout caractère illicite : « le comportement litigieux est adopté par l'agent conformément à la loi, non plus en violation de celle-ci »⁸³⁴. En d'autres termes, la loi organise elle-même des mécanismes qui retirent à l'infraction son caractère attentatoire aux intérêts de la société. Les faits justificatifs ne font pas obstacle à la constitution de l'infraction, mais viennent la justifier. Ils paralysent la répression de l'infraction : l'infraction reste pleinement constituée mais son auteur ne sera pas condamné. C'est ainsi qu'ils sont aussi qualifiés de « causes objectives d'irresponsabilité pénale ».

425/. A cet effet, ils doivent être distingués des autres causes d'irresponsabilité pénale qui paralysent aussi le déploiement de la répression, à savoir ; les causes subjectives de l'irresponsabilité (trouble mental, contrainte, erreur). Si les deux types de causes ont une même conséquence (la non-application de la sanction à l'auteur), ils ont une portée différente et agissent sur des éléments constitutifs [de l'infraction] différents. Pendant que les causes subjectives agissent sur l'élément moral (trouble mental et la contrainte sont liés à l'imputabilité, tandis que l'erreur est liée à la culpabilité) et ne bénéficient qu'à l'auteur de l'infraction, les causes objectives bénéficient également aux complices et aux coauteurs et peuvent même être rattachés au référentiel textuel. Par ailleurs, la légitime défense n'emporte pas la responsabilité civile pendant que l'état de nécessité laisse subsister la responsabilité

⁸³⁴ VANDERMEERSCH D.[2009], *Op. cit.*, p.91.

civile. En droit pénal congolais⁸³⁵, la jurisprudence et la doctrine reconnaissent généralement trois faits justificatifs ; l'état de nécessité, la légitime défense et enfin, l'ordre (l'autorisation) de la norme ou le commandement de l'autorité. Certains d'entre eux ont connu, sans être définis, une consécration légale depuis la réforme de 2015 (L. n° 15/022, 31/12/2015) qui les mettent toutefois sous une bannière commune avec toutes les causes d'exonération de la responsabilité pénale (maladie, déficience mentale, intoxication et contrainte : art. 23bis, quater et quinquies CP). Nous nous intéresserons particulièrement à l'état de nécessité qui contrairement aux deux autres causes justificatives a également une grande portée subjective.

426/. Bien qu'analysé souvent par la doctrine dans son aspect objectif⁸³⁶, l'état de nécessité a bien une portée subjective qui la rapproche d'ailleurs de la contrainte. L'on les distingue généralement par le fait que cette dernière annihile la volonté de l'agent pendant que l'autre laisse intacte la volonté mais implique un choix volontaire et raisonné entre deux intérêts contradictoires⁸³⁷. Mais l'on peut bien déduire que lorsque la contrariété d'intérêts est tellement grande ou manifeste, elle peut dans certains cas aussi annihiler la volonté : en d'autres termes, on n'a pas réellement d'alternative ou de choix. En effet, l'état de nécessité peut être défini comme « une situation de crise ou de danger grave et imminent dans laquelle se trouve une personne qui, eu égard à la valeur respective des devoirs en conflit ou en présence d'un mal grave et imminent pour autrui, estime qu'il ne lui est pas possible de sauvegarder autrement qu'en commettant les faits qui lui sont reprochés, un intérêt plus impérieux qu'elle avait le devoir ou qu'elle était en droit de sauvegarder avant les autres »⁸³⁸. Il suppose quatre conditions ; la sauvegarde d'un intérêt supérieur (principe de proportionnalité), l'impossibilité de sauvegarder autrement l'intérêt menacé (principe de subsidiarité), le caractère grave et imminent de la mise en péril de l'intérêt menacé et le caractère involontaire et imprévisible de la situation. Le jugement de valeur qu'il implique relève incontestablement de la subjectivité de l'agent, c'est-à-dire, il est lié à son histoire, à son âge, à la situation, à sa profession et même à son niveau d'instruction. Le juge l'apprécie

⁸³⁵ D'autres systèmes comme la Belgique admettent aussi le consentement de la victime, la résistance légitime aux abus de l'autorité (art. 70, 136 octies al.1, 152, 260, 416, 417, 417ter, 458 CP[be], 3§1 L.20/05/2002, 422 bis CIC. En France, la jurisprudence considère aussi le consentement de la victime comme une cause et l'exercice des droits de la défense comme des faits justificatifs.

⁸³⁶ L'on a toujours considéré les causes justificatives comme des circonstances objectives et indépendantes de la psychologie de l'agent ; raison pour laquelle ils agissent *in rem*, c'est-à-dire, sur l'auteur de l'infraction et tous les participants. NYABIRUNGU MWENE S.[1995], *Op. cit.*, p.116.

⁸³⁷ TULKENS F., VAN DE KERCHOVE M. et al., *Op.cit.*, p.349.

⁸³⁸ Cass. [be]: 13/05/1987, Pas., 1987, n°535; 24/05/2005, RG P.05.0125.N, Pas. n°292 ; 24/01/2007, J.T, 2007, p.353.

in concreto et in specis en cherchant à se projeter dans les circonstances du fait et de se mettre dans la peau de l'agent tout en ayant comme limite le bon sens. Cette appréciation souveraine du juge de fond peut-être aussi cornélienne : l'appréciation de la valeur des intérêts en présence n'est pas toujours aisée à opérer et peut se différencier d'un juge à un autre. En d'autres termes, l'état de nécessité conduit à un conflit de subjectivités (celle du juge et celle de l'agent).

427/. Rapportée en DPM, la question se résumera en ce sens : le mineur pourrait-il se prévaloir d'une cause de justification qu'un majeur pourrait invoquer devant le juge ? Son appréciation peut-elle être la même que pour celle d'un adulte ou d'un « Homme normal » ? Et, enfin, si c'est le cas, quels en seront les effets ? La question vaut son pesant d'or dans la mesure où la minorité, considérée comme une cause d'irresponsabilité, a pour effet la substitution des mesures de sûreté aux peines tandis que les autres causes de justification ont pour conséquence l'acquittement pur et simple. Le Législateur devrait se prononcer sur cette question s'il voudrait réellement la faire sortir des effets juridiques spécifiques en matière d'enfance délinquante. Son mutisme, qui doit normalement être interprété comme la reconnaissance de l'application des règles de droit commun en cette matière, pourrait malheureusement donner lieu à des solutions divergentes que contradictoires dépendamment de la cause de justification concernée⁸³⁹ ou même du juge saisi. A notre sens, le Législateur doit permettre au juge de recevoir et d'examiner un tel moyen, au regard de la personnalité du mineur et de la situation en présence, dès qu'il lui est invoqué. Car l'approche subjective de l'infraction et la responsabilité pénale, sous-entendue dans la notion du discernement, postule dans ce sens. En ce qui concerne, par exemple, l'état de nécessité et le jugement de valeur qu'il implique, il paraît contradictoire de dénier à l'ECL son invocation au procès ainsi que ses effets juridiques dès lors qu'on admet sa capacité à discerner. Ces nouvelles interactions, ignorées par le Législateur, ne se limitent pas, hélas, aux causes d'irresponsabilité ; elles se répercutent aussi sur les modalités de la réparation du dommage.

§2. Le discernement et la réparation du dommage né de l'infraction

⁸³⁹ Plusieurs auteurs belges ont critiqué ces solutions divergentes auxquelles donnait lieu l'appréciation des causes de justification en application de la loi de 1912. Voir TULKENS F. et MOREAU T., *Op. cit.*, pp.126-127.

428/. La réparation, littéralement « remettre en état », peut être définie comme l'indemnisation ou le dédommagement d'un préjudice par la personne qui en est responsable civilement ou mieux, comme le rétablissement de l'équilibre détruit par le dommage et consistant à replacer, si possible, la victime dans la situation où elle serait si le dommage ne s'était pas produit⁸⁴⁰. Elle relève donc de la responsabilité civile qui, dans certains cas⁸⁴¹, accompagne la responsabilité pénale. Si le rapport entre l'infraction et le dommage n'est plus à discuter, il pourrait cependant paraître superflu de prétendre tirer une application du discernement des mineurs à travers la notion de l'action en réparation des victimes. Mais une fois de plus nous relevons le pari de démontrer à notre lecteur le contraire : les notions de droit entretiennent généralement des liens étroits entre elles plus que l'on ne l'imagine. En effet, une autre évolution majeure apportée par la LPE est la reconnaissance explicite d'un droit à réparation de la victime quel que soit l'état discernant ou pas de l'ECL. Cette consécration légale d'un principe général de droit s'inscrit dans la lignée du renforcement des droits de la victime en droit congolais ; néanmoins, pose problème au niveau son application au regard du droit congolais commun de la réparation (A), à moins que le Législateur endosse les modifications importantes opérée par son œuvre en cette matière (B).

A. Les articulations entre l'action publique et l'action civile

429/. **Caractéristiques du préjudice dommageable.** De principe, l'infraction donne lieu à une action pour la répression, l'action publique, et à une action pour la réparation du dommage (dans la mesure où il existe), l'action civile. Cette dernière peut, à juste titre, être définie comme l'action en justice dont dispose une victime en vue d'obtenir la réparation du dommage que lui a causé l'infraction. Le droit à la réparation pour les victimes est un principe consacré en droit congolais⁸⁴² et fondé sur trois catégories d'actes, à savoir ; le fait personnel, le fait des personnes dont l'on doit répondre et le fait des choses que l'on a sous sa garde. Il est une conséquence logique du procès équitable. Car l'une des fonctions fondamentales de la justice est de répondre aux besoins de la victime et de sauvegarder ses intérêts.

⁸⁴⁰ ALLAND D. & RIALS S.(dir.), *Op. cit.*, pp.898-899.

⁸⁴¹ Il existe un bon nombre de délits pénaux qui, ne causant pas forcément de dommage à des victimes privées, n'entraînent pas de responsabilité civile (tentative, atteintes contre la sûreté de l'Etat).

⁸⁴² **Art. 258** : « Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer ». **Art. 259** : « Chacun est responsable du dommage qu'il a causé, non seulement par son fait, mais encore par sa négligence ou par son imprudence ». **Art. 260** : « On est responsable non seulement du dommage que l'on cause par son propre fait, mais encore de celui qui est causé par le fait des personnes dont on doit répondre, ou des choses que l'on a sous sa garde ».

430/. Le dommage est constitué par toute perte partielle ou totale d'un bien ou d'un avantage, d'un droit ou d'un intérêt (moral ou matériel) que l'on avait ou aurait pu obtenir. Au moment où elle exerce son action civile, la victime ne doit pas apporter d'élément supplémentaire, notamment quant à l'importance de son dommage ou au lien de causalité : il suffit qu'elle fasse valoir qu'elle a été lésée par l'infraction. Son dommage doit néanmoins revêtir certaines caractéristiques : il doit être direct et personnel, né et actuel, et, enfin, légitime. *Le dommage direct et personnel* est celui qui est uni à l'infraction par un lien de cause à effet, à la différence du simple intérêt à la répression, et est subi par la victime directement. A ce propos, il convient de noter qu'en droit congolais, en principe, c'est la victime elle-même qui doit généralement intenter l'action en réparation, même s'il est néanmoins admis, dans certaines conditions, que d'autres personnes⁸⁴³ puissent le faire à sa place et pour son compte étant donné que cette action est considérée comme un élément de son patrimoine. Ainsi, la doctrine en infère que l'action en responsabilité civile n'est pas toujours attachée à la personne⁸⁴⁴, notamment lorsqu'elle ne tend pas à obtenir la réparation d'un dommage moral ou corporel comme c'est le cas en matière de violences sexuelles. Cependant, il est très difficile, si pas impossible, en droit congolais aux victimes indirectes des infractions (parents, membres de famille, communauté de la victime etc.) de se prévaloir, à côté de la victime, d'un droit spécifique à la réparation pour un éventuel préjudice par eux subi du fait de la violence faite par un tiers à la victime. *Le dommage doit non seulement être actuel, mais aussi certain*, c'est-à-dire, qu'il doit déjà exister au moment de l'intentement de l'action ; toutefois, il peut, exceptionnellement se constituer en la perte d'une chance. D'ordre pécuniaire ou moral, il doit être lié à l'infraction de manière univoque (sans l'ombre d'un doute) par un lien de causalité afin qu'il puisse être objet d'une réparation. Enfin, le *dommage*

⁸⁴³ En dehors des cas du représentant légal (victime incapable), des héritiers (victime décédée) et des créanciers de la victime (action oblique), le Législateur la reconnaît, sans préciser sa mise en œuvre, à l'article 134 du Code forestier pour les infractions à l'administration forestière. Cette action est une variante de l'action collective (désignée aussi en doctrine par « action class » ou « action de groupe ») qui, dépendamment des législations qui la prévoient, subroge ou accompagne le recours individuel en réparation. Parfois même, s'y ajoute, dans l'une et l'autre cas, une condition de recevabilité tenant à l'autorisation de la victime. Le droit belge et français ont largement évolué en cette matière en reconnaissant le droit de se constituer partie civile ; aux tiers subrogés dans le cas d'accident (assureur, mutuelle, caisse de sécurité sociale...) pour réclamer, en lieu et place de la victime, les montants qu'ils ont décaissés en vertu de la loi ou du contrat, aux sociétés, associations ou organismes (ordres professionnels ou organisme ad hoc), pour la réparation d'un préjudice matériel ou moral qu'elles ont elles-mêmes subi ou d'une atteinte au but qu'elles poursuivent. art. : L.422-1 C. consommation[fr], 2-1 à 2-21 CPP[fr.], Cass.[be], 18/10/2000, JLMB, 2001, p.1381 ; 16/10/1991, Pas., 1992, p.129 ; 19/09/1996, RCJB, 1997, p.105, note DE SCHUTTER O ; CLOSSET-MARCHAL G., « Vers une reconnaissance jurisprudentielle de l'action d'intérêt collectif », JT, 1999, p.441 ; MARTENS T., « Vers quelle action d'intérêt collectif ? », JLMB, 2014, pp. 356-363.

⁸⁴⁴ KALONGO MBIKAYI, *Droit civil*, T.I : Les obligations, Centre de Recherche et de Diffusions Juridiques, Kinshasa, 2010, p.204.

doit être légitime, c'est-à-dire, qu'il ne doit pas émaner pas d'un préjudice né d'une situation immorale.

431/. La réparation doit, autant que possible, effacer toutes les conséquences de l'acte illicite et rétablir l'état qui aurait vraisemblablement existé si ledit acte n'avait pas été commis (« *restitutio in integrum* »). En d'autres mots, elle doit être adéquate et appropriée (c'est-à-dire proportionnelle à la souffrance endurée) et doit, dans la mesure du possible, permettre à la victime de retrouver sa vie passée et sa dignité. Ainsi, le dommage peut être réparé en nature : il s'agit, dans un sens large, de toute mesure ayant pour objet de rétablir l'état des choses antérieur à l'infraction et de faire cesser l'état délictueux. Il s'exécute principalement par la restitution. Mais lorsque cette modalité n'est pas possible, le juge peut ordonner une réparation par équivalence ou compensation, c'est-à-dire par l'octroi des dommages-intérêts. Il n'est pas aussi exclu que la restitution et les dommages-intérêts soient, dans certains cas, cumulés. Il n'est, non plus exclu que la réparation soit uniquement symbolique. Les Principes fondamentaux et directives concernant le droit à un recours et à réparation des victimes de violations flagrantes du DIDH et de violations graves du DIH des Nations unies⁸⁴⁵ prévoient aussi d'autres formes de réparation, hormis la restitution et l'indemnisation, à savoir ; la réadaptation et la satisfaction et les garanties de non-répétition.

432/. Comme nous avons déjà eu à le souligner dans la présente étude (voir §312), l'action en réparation de la victime peut être portée également devant le juge pénal (art. 107 LO OCJ). Mais, il faut souligner que cette action n'est pas autonome mais subsidiaire (en soutien) à celle du ministère public quoi que la victime dispose des certaines prérogatives pénales, telles que la mise en mouvement et l'exercice de cette action devant le juge répressif et la participation à la recherche de la vérité. L'imbrication ou l'articulation de ces deux actions distinctes, qui persiste jusqu'à la décision définitive, n'est pas sans conséquence sur chacune d'elle. L'on dénote généralement trois interférences majeures de l'action publique sur l'action civile⁸⁴⁶. Premièrement, le juge répressif ne peut connaître de l'action civile qu'accessoirement à l'action publique. Il s'ensuit que le juge pénal ne peut, d'une part, être saisi de l'action civile que s'il est régulièrement saisi de l'action publique, et d'autre part, statuer sur l'action civile dès lors que l'infraction est déclarée non-établie. Au cas contraire, il

⁸⁴⁵ Doc. NU Rés. AG 60/147, 16/12/2005.

⁸⁴⁶ BEERNAERT M-A., BOSLY H. et VANDERMEERSCH D., *Op. cit.*, pp.125, 252-260.

doit se déclarer incompétent pour connaître de l'action civile⁸⁴⁷. Deuxièmement, lorsque l'action en réparation est portée devant la juridiction civile, celle-ci est tenue en suspens dès lors qu'une autre action publique consécutive à l'infraction génératrice du dommage concerné est aussi mise en mouvement : c'est le principe « *le pénal tient le civil en état* ». Mais aussi, à l'inverse, lorsque l'exercice des poursuites pénales se heurte à une question étrangère au droit pénal et dont la solution détermine un des éléments constitutifs ou préalables de l'infraction, le juge pénal est appelé à surseoir à statuer dans l'attente de la décision du juge civil compétent ou exceptionnellement à analyser la question d'après les règles du privé relative à la question : c'est le principe « *le civil tient le pénal en état* »⁸⁴⁸. Enfin, la décision sur l'action publique s'impose au juge civil ultérieurement saisi de l'action civile : C'est le principe de « *l'autorité de la chose jugée au répressif sur le procès civil ultérieur* ». Ainsi, l'infraction et le dommage sont liés non seulement par une relation de fait (c'est-à-dire, que le dommage doit être la conséquence de l'infraction pour laquelle le prévenu est poursuivi), mais aussi de droit (c'est-à-dire, que le dommage suit le sort juridique de l'infraction).

433/. L'option des voies judiciaires de la partie civile et ses conséquences. Par ailleurs, si le juge pénal connaît nécessairement de l'action publique, l'action civile est par choix de son titulaire portée soit devant lui avec une incidence sur l'action publique, soit devant le juge civil. En effet, c'est à la partie lésée que revient, en quelque sorte, cette option : demander réparation devant une juridiction siégeant en matière civile, séparément de l'action publique ou soit se joindre à l'action publique devant le juge pénal. Mais, la voie pénale est souvent choisie en raison de divers avantages qu'elle offre, principalement ; la célérité de la procédure (du fait que les deux actions seront traitées par le même juge pendant que la juridiction saisie en civil est souvent obligée à surseoir de statuer en attente de la décision pénale) et une administration de la preuve supportée par l'accusation, admettant une certaine liberté et permettant à la victime de réduire le coût financier de la procédure. Ce choix est en principe irrévocable, en vertu du principe formulé sous le brocard latin de « *Electa una via, non datur recursus ad alteram* ». Il signifie que lorsque la partie a choisi de s'engager sur l'une des deux voies possibles, il n'est pas permis de revenir à l'autre. Littéralement, dès qu'une partie choisit de saisir la juridiction civile pour la réparation de son dommage, elle ne peut plus saisir le juge pénal pour les mêmes faits, et inversement. Mais en réalité, ce principe

⁸⁴⁷ Cass.[be.], 02/02/2000, JT, 2000, p.400.

⁸⁴⁸ PRADEL J.[2015], *Op. cit.*, pp.97-102 ; TASOKI MANZELE J.M., *Op. cit.*, pp.271-273; WANE BAMEME B., *op.cit.*, pp.77 et svt.

admet beaucoup de dérogations. Il semble être plus sévère lorsque la voie initiale a été le civil, mais moins rigoureux lorsqu'elle est le pénal. Car, une partie lésée qui a décidé d'emprunter d'abord la voie pénale, peut toujours revenir à la voie civile, surtout lorsque le juge pénal n'a pas encore commencé l'examen sur le fond. L'on suppose qu'aussi longtemps que l'action publique n'est pas effectivement exercée (entre la pré-saisine, les notifications et communication des pièces ou encore l'examen du fond) la partie civile garde encore toutes ses options et peut encore se retirer de cette action qu'il aura pourtant mis en mouvement par citation directe.

434/. En droit congolais, l'organe de la loi ou le juge peut aussi, le cas échéant, demander qu'il soit versé des dommages-intérêts d'office au bénéfice des victimes et sans que ses dernières ne les aient sollicités. Ce principe découle de l'article 108 LO OCJ, copie de l'ancien article 108 COCJ, qui dispose que « Sans préjudice du droit des parties de se réserver et d'assurer elles-mêmes la défense de leurs intérêts et de suivre la voie de leur choix, les Tribunaux répressifs saisis de l'action publique prononcent d'office les dommages-intérêts et réparations, qui peuvent être dus en vertu de la loi, de la coutume ou des usages locaux ».

B. La fin du dogme de l'unité des fautes pénale et civile à travers le discernement

435/. Eu égard à ce qui vient d'être dit, l'on a longtemps estimé que le droit pénal commun congolais consacre le principe de l'unicité des fautes pénale et civile. Les deux fautes sont examinées par le juge pénal en raison du fait générateur identique à la mise en œuvre de la responsabilité pénale et de la responsabilité civile. Le juge pénal statue sur l'action civile après la décision sur l'action publique. Si la culpabilité du prévenu est retenue, l'action civile en réparation du dommage subi sera fondée sur l'article 258 du code civil livre : la faute pénale identifiée impose de retenir la faute civile. C'est sur base de ce même principe que le juge civil, lorsqu'il est saisi séparément, est tenu par l'issue de l'action publique relative à l'infraction génitrice du préjudice lorsque celle-ci a été aussi mise en mouvement. Dès lors que la faute pénale n'est pas établie et que l'action publique n'a pas abouti à la reconnaissance de culpabilité, l'action civile perdra son fondement.

436/. **La dualité des fautes pénales et civile, une exception en droit pénal congolais commun.** Mais, il faut souligner que ce principe n'est pas absolu. Il porte quelques dérogations en droit commun. On constatera donc qu'il s'agit, dans ces hypothèses, de la fin du dogme de l'unité des fautes civile et pénale : l'action civile n'étant pas, dans ces cas précis,

subordonnée à l'aboutissement de l'action publique. En droit commun, par exemple, l'absence de faute pénale ne fait pas obstacle à l'exercice d'une action devant les juridictions civiles afin d'obtenir la réparation d'un dommage sur le fondement du même article 258 du code civil livre 3, si l'existence de la faute civile prévue par cet article est établie. C'est ainsi que si pour diverses raisons (inopportunité des poursuites, extinction de l'action publique, amnistie...) l'action publique n'était pas mise en mouvement, la partie lésée n'est pas empêchée d'exercer son action civile pour demander réparation de son dommage qui ne se confond pas avec l'existence d'un trouble à l'ordre public. Dès lors, l'action civile sera portée devant les juridictions civiles et sera indépendante de la faute pénale.

437/. La dualité des fautes pénale et civile, un principe en droit pénal congolais des mineurs. Ce renversement dogmatique se constate également en DPM, plus particulièrement en ce qui concerne la réparation des infractions commises par les mineurs de moins de quatorze ans, réputés sans discernement. Nous savons bien que ces mineurs sont objet d'une relaxe accompagnée d'un référencement psycho-social. En règle générale, la juridiction pénale qui prononce une relaxe ne peut, en même temps, prononcer une condamnation à des dommages-intérêts au profit de la victime, sauf si elle reconnaît spécifiquement la culpabilité du prévenu. Or, la nouvelle loi fait de la réparation du dommage un préalable peu importe l'issue du procès de l'ECL en précisant dans son article 96 al.1 que relaxe est prononcée sans préjudice de la réparation du dommage causé à la victime. Par cette nouvelle disposition, la loi consacre l'indépendance de l'action civile vis-à-vis de l'action pénale : l'existence d'une faute civile en rapport direct avec les faits objet de la poursuite suffit désormais pour allouer une réparation à la victime ; et ce même dans le cas où la victime ait choisi la voix pénale en sachant pertinemment bien que le mineur est âgé de moins de quatorze ans. Comme l'affirme le conseiller KASHAMA NGOIE, en cas de relaxe de l'enfant, « les condamnations civiles éventuelles seront prononcées, non pas à charge de l'enfant, mais à l'encontre des civilement responsables, sur base des dispositions appropriées du code civil livre III, en l'occurrence, l'article 260 »⁸⁴⁹. Cette conclusion paraît un peu paradoxale, surtout dans l'hypothèse que nous venons d'évoquée de l'enfant visiblement âgé de moins de quatorze ans. Car, la réparation dont l'on parle ici n'a pas le même fondement que celle de l'article 260 du code civil congolais. Cette dernière est de nature purement civile et incombe aux parents de l'enfant du fait duquel est survenu le dommage. Elle peut dans ce cas émaner de la juridiction civile.

⁸⁴⁹[2016], précité.

Mais lorsqu'elle émane de la juridiction pénale, elle doit nécessairement être liée à la reconnaissance préalable de la culpabilité de son auteur afin de toucher la responsabilité du civilement responsable. Sinon, pourquoi mobiliser toute la justice pénale avec tous les intervenants à qui elle fait appel lorsque l'on sait pertinemment que son action est sans objet ou n'a pas de chance d'aboutir à une condamnation de l'auteur à cause de son jeune âge ?

438/. L'on pourrait trouver un autre fondement à cette réparation automatique de la victime en invoquant peut-être une certaine cohérence entre les mesures prises en l'encontre du mineur, la gravité de fait et la responsabilité civile des parents (ou tuteur) ou encore, en dernier ressort, une spécificité « déclarée » du DPM. En dehors de ces cas, toute explication, particulièrement celle de l'article 260 du code civil, fait perdurer la conception objective de la responsabilité pénale des mineurs. Alors, dans la même optique, il conviendrait de prévoir aussi l'hypothèse de la réparation du préjudice par le mineur lui-même, s'il a un patrimoine conséquent et que la victime ne peut obtenir réparation de la part du répondant⁸⁵⁰. Car, curieusement le droit congolais, soucieux de la réparation de la victime, n'ouvre pas la voie de la médiation au mineur non-discernant, la seule hypothèse admise est donc la condamnation, par le JPE en tant que **juge pénal**, du répondant aux dommages et intérêts du répondant. L'on peut encore aller plus loin dans nos réflexions pour s'interroger du fondement, du principe ou de la prérogative sur base desquels le JPE, pourtant dessaisi de l'affaire dès qu'il déclare la relaxe du prévenu mineur, donne cette sorte d'injonction médicale ou sociale à la fois au prévenu, mineur soit-il, et à l'assistant social et/ou au psychologue ? L'on s'aperçoit également de l'imbrication constante entre le pénal, le civil et le social en matière de la prise en charge de la délinquance et déviance des mineurs que le rôle du juge est parfois floué.

439/. Dans tous les cas, seule la théorie de la dualité des fautes pourrait permettre à une victime d'obtenir la condamnation à des dommages et intérêts d'une personne qui a été relaxée par le juge pénal. Et ce, uniquement devant une juridiction civile. Mais ce principe est de plus en plus remis en question en droit comparé dans un objectif de renforcement des droits de la victime. Ce qui continue à réduire les frontières entre la responsabilité pénale et la responsabilité civile, à remettre en question le fondement moral et subjectif de la faute pénale, et surtout à contredire la théorie doctrinale qui lie le discernement à l'imputabilité étant donné que seule l'existence de la culpabilité peut expliquer la condamnation civile après la décision

⁸⁵⁰ Article 125 C. civ.[fr.]

de relaxe du prévenu. Qu'à cela ne tienne, l'on peut également, dans une certaine mesure, lire une telle approche dans le droit coutumier.

440/. **La dualité fictive des fautes pénale et civile en droit coutumier.** En droit coutumier, par exemple, l'on peut aussi constater une indépendance de la faute pénale à la faute civile. Cette conception est aussi un peu erronée d'autant plus que cette apparente indépendance est seulement due à l'absence de distinction dans le système juridique traditionnel entre le droit pénal et le droit privé dans le sens occidental du terme. En droit coutumier, la faute pénale, confondue à la faute civile, rend son auteur, ou sa famille, responsable de la réparation du dommage causé à la victime. La société traditionnelle, dont l'équilibre repose sur des croyances et des attitudes, n'admet pas, comme déjà précisé, les notions telles que la prescription, le hasard ou le cas fortuit, l'imprudence ou la négligence pouvant effacer ou atténuer la responsabilité de l'agent (v. §.284). Tout a une explication ou une cause, mystique ou matérielle, qui place l'Homme au centre de la réalisation des choses. Le sentiment de justice se dessine nécessairement derrière l'obligation de réparer sans conditions le dommage. Ainsi, peu-importe son origine, « le dommage est considéré comme un élément de trouble, de dysharmonie dans la société et ne peut demeurer sans être réparé, au risque de rompre l'équilibre social voire de provoquer, à terme, des troubles »⁸⁵¹.

441/. Le fondement de la responsabilité⁸⁵², par ricochet de la réparation, en droit coutumier est donc à rechercher dans la quête permanente de l'harmonie sociale, de l'équilibre social et de la solidarité clanique, et non dans une certaine notion de faute morale. Elle ne poursuit pas forcément la condamnation d'un comportement social dans le chef de l'auteur du dommage mais plutôt l'identification, à travers ce dernier, de la nature et du contenu du dédommagement, et surtout, de sa source, c'est-à-dire, du débiteur final de l'indemnisation due à la victime. A ce titre, la responsabilité en droit coutumier tend à remplir les fonctions indemnitaire et préventive. Ce qui justifie l'admission d'une responsabilité collective qui peut être bénéfique à tout le monde et s'analyser comme une assurance de responsabilité civile, mieux de réparation, et d'une pédagogie personnelle. Dans le sens qu'en répondant des faits de tout individu lui appartenant, le groupe social (famille ou clan) assure à la victime l'effectivité, voire, la célérité, de sa réparation d'une part, et témoigne son attachement à son

⁸⁵¹ KANGULUMBA MBAMBI V., *Indemnisation des victimes d'accident de la circulation et assurance de responsabilité civile automobile : étude de droit comparé belge et congolais*, Academia-Bruylant, Louvain-la-Neuve, 2002, pp.126 et svt.

⁸⁵² « La protection et la réparation en faveur des victimes des violences sexuelles et basées sur le genre en droit congolais : Etat de lieux et perceptives de réforme », Accord, juillet 2010, pp.10-12.

membre, délinquant soit-il, et évite qu'il supporte tout seul la charge de réparation qui peut s'avérer importante. Mais, de son côté, le groupe entend faire comprendre au délinquant les effets négatifs de son acte sur les patrimoines d'innocents personnes et imposer souvent à ce dernier un code de conduite très strict visant à prévenir ce genre de situation.

442/. Face à un fait aujourd'hui, constitutif d'infraction, tel que le meurtre par exemple, la société traditionnelle demandera aussi qui a tué qui, mais dans un sens tout différent. Cette question signifie plutôt « *quels sont les groupes en cause?* » et « *quelles étaient les places que le meurtrier et la victime occupaient dans ces groupes?* ». S'il s'agit du meurtre d'un étranger, on tendra facilement à considérer qu'il s'agirait d'un acte de guerre, la seule présence, sans autorisation ou sans justification pertinente, de quelqu'un sur un territoire qui n'était pas le sien pouvant revêtir une signification hostile. Par contre, un étranger ayant demandé et reçu l'hospitalité, se trouvera revêtu d'un caractère quasi sacré, etc. Mais, de toute manière, la question importante sera de savoir comment réparer la perte du groupe qui se trouve privé d'un membre : l'on se préoccupera moins de faire peur par un châtement exemplaire que de faire "payer le prix du sang". Ainsi, sera pris en compte non un caractère sacré abstrait, égal pour tous parce que théorique, de la vie humaine, mais l'individu concret qui a été tué. Cette approche conduit à tenir compte des différences individuelles (donc des inégalités) mais surtout la survie du groupe, plus importante que la vengeance et les satisfactions personnelles. Réparer est plus important que punir ; mais suppose évidemment que le coupable survive et même qu'il reste économiquement productif. C'est ainsi que celui qui aurait violé ou une fille est tenu non seulement au paiement des dommages-intérêts à sa famille mais aussi au versement de la dot à titre de mariage selon qu'il l'aurait défloré ou engrossé. A l'inverse, la notion morale de la faute issue de l'approche occidentale appréhendera le comportement du meurtrier ou du violeur dans le sens où il se serait arrogé, illégalement, le droit de vie ou de mort ou de l'atteinte à l'intimité d'autrui.

443/. Ce qui peut expliquer le fait que le Législateur, dans la LPE, ait posé le principe de la réparation peu importe la décision du JPE sur la culpabilité de l'enfant qui est déféré devant lui pour des faits infractionnels qu'il aurait commis. Même s'il ne s'en est pas rendu compte, la doctrine et la jurisprudence doivent néanmoins en tirer toutes les conséquences utiles. Car, une telle approche n'est plus étrangère au droit écrit de souche occidentale. Le droit français, particulièrement, fait aussi cohabiter en cette matière une conception dualiste entre les fautes pénales et civiles.

444/. **La dualité effective des fautes pénale et civile en droit français.** Le droit français, qui avait depuis le début du siècle passé abandonné le principe de la dualité⁸⁵³ pour celui d'unité ou d'identité⁸⁵⁴ des fautes pénale et civile dans le but d'éviter une divergence d'appréciation entre des fautes du même type ou encore des conséquences sur le plan juridique d'un même et unique fait, revient depuis peu sur ses pas⁸⁵⁵, particulièrement pour une catégorie d'infractions. Pour différentes qu'elles soient, les responsabilités civile et pénale font aujourd'hui l'objet d'un rapprochement dans le domaine des délits non-intentionnels : elles ont les mêmes éléments constitutifs (une faute d'imprudence ou de négligence) à partir desquels résulte le préjudice (généralement corporel ou physique⁸⁵⁶) et ont le même critère de mesure de la réparation (la gravité du dommage causé et non la faute en elle-même⁸⁵⁷). Le droit pénal va aussi plus loin pour réprimer certaines valeurs inconnues du droit civil⁸⁵⁸.

445/. En effet, l'arrêt de principe de 1912 précité recourait uniquement à l'article 1384 du Code Civil pour allouer une réparation à la victime des fautes [pénales] non-intentionnelles. Hormis les cas des accidents de circulation où elle était couplée à la loi du 05/07/1985 posant une présomption de faute, cette disposition a aussi montré ses limites. Dans certaines affaires, le juge était confronté à un dommage créé par un individu, en dehors de la commission d'une faute pénale. Pour pouvoir permettre une réparation, il se résolvait quand même à retenir une responsabilité pénale. Du coup, certaines personnes étaient déclarées responsables pénalement pour des peccadilles et la sanction pénale, leur infligée, était dérisoire puisque le seul but poursuivi était de permettre une réparation civile : ce qui n'est pas l'objectif premier de cette discipline⁸⁵⁹. Ainsi, par la loi du 08/07/1983, le législateur français permettait aux tribunaux correctionnels ou de police à accorder une réparation des dommages ayant permis une poursuite, dès lors que le tribunal avait été saisi par le Parquet ou le juge d'instruction, en cas

⁸⁵³ Civ., 09/11/1866, D.1866, I, p.339; 14/11/1898, S. 1902, I, p.27 ; Req., 31/10/1906, D. 1910, I, p. 151, S. 1907, I, p. 126.

⁸⁵⁴ Civ., 18/12/1912, DP 1915.I.17 ; S.1914.I.249 [Arrêt *Brochet et Deschamps*]. Voir aussi Civ., 12/06/1914, Rec. Sirey, 1915, I, p. 70 ; Civ., 23/03/ et 28/05/1916, Rec. Sirey, 1918, I, p. 36 ; 30/12/1929, D. 1930, I, p. 41, note R. Savatier, Gaz. Pal. 1930, I, p. 317.

⁸⁵⁵ L. n° 2000-647 du 10/07/2000 modifiant plusieurs dispositions des codes pénal et de procédure pénale français notamment les articles 4-1 et 470-1 CPP et 121-3 CP.

⁸⁵⁶ Néanmoins, le droit français incrimine la faute non intentionnelle ; d'une part, de façon autonome dès lors qu'il y a atteinte à l'intégrité d'autrui, même sans incapacité totale de travail (art. R625-3 CP), et d'autre part, exceptionnellement lorsqu'elle cause un préjudice matériel (art. 322-5 al.1).

⁸⁵⁷ Cfr. art. 222-19, R625-2 CP. Toutefois, la faute de mise en danger délibérée, plus grave dans la hiérarchie des fautes constitue une circonstance aggravante propre à alourdir la répression par rapport à l'auteur d'une « faute simple » (art. 221-6 al. 2, 222-19 al. 2, 222-20 CP).

⁸⁵⁸ Cfr. art. 413-10 al.3 CP (divulgarion d'un secret de la défense nationale), art. 432-16 CP (soustraction d'un bien confié à un dépositaire public résultant de la négligence).

⁸⁵⁹ MAYAUD Y., *Op. cit.*, p.203.

de relaxe. Mais la Cour de cassation avait pris nettement parti en faveur du maintien du principe d'unité [ou d'identité] de la faute pénale et de la faute civile d'imprudence. Depuis lors, la culpabilité non intentionnelle fait l'objet d'une attention particulière du législateur qui est intervenu à plusieurs reprises pour arrêter les polémiques doctrinales et jurisprudentielles : il suffirait, pour s'en convaincre, de retracer l'évolution tourmentée de l'article 121-3 CP français, définissant l'élément moral des infractions non intentionnelles. La loi du 10 juillet poursuit aussi cet objectif d'harmoniser le droit de la réparation. Ainsi, l'on peut affirmer que le droit français admet aujourd'hui une dualité des fautes pénale et civile mais uniquement de faute non-intentionnelle⁸⁶⁰ et de causalité directe. De ce fait, la juridiction correctionnelle ne peut pas relaxer le prévenu pour une cause d'irresponsabilité pénale, sans constater qu'il avait bien commis les faits reprochés (art. 470-2 CPP). Et s'il s'agit d'un trouble mental ayant aboli le discernement, le tribunal doit statuer conformément aux dispositions de l'art. 706-133 CPP, c'est-à-dire en se prononçant sur la responsabilité civile de l'auteur (en accordant une réparation à la victime) et éventuellement sur les mesures de sûreté des articles 706-135 et 706-136 CPP (internement ou mesures d'éloignement ou d'interdiction)⁸⁶¹. C'est ce qui ressort également des récentes décisions du Conseil constitutionnel⁸⁶² et la Cour de cassation français⁸⁶³. La Haute juridiction judiciaire française a estimé que « *le dommage dont la partie civile, seule appelante d'un jugement de relaxe, peut obtenir de la part de la personne relaxée résulte de la faute civile démontrée à partir et dans la limite des faits objet de la poursuite* ».

446/. Au-delà de la question du fondement de la réparation de la victime en cas de relaxe au regard des interactions entre les deux types de faute, il se pose également la problématique de l'autorité compétente à statuer, autant au premier degré qu'en cas de recours, sur ladite réparation ; et le cas échéant, quelles seront les parties à qui sera reconnu cette action. D'après une interprétation littérale de la LPE, particulièrement en article 96 et suivant, il semble que c'est le JPE ayant prononcé la relaxe qui évalue en même temps le préjudice et fixe le dommages-et-intérêts, s'il le faut. Ce qui signifie qu'en cas de recours, lors que les parties ne sont pas d'accord avec la hauteur de la somme allouée en dommages-intérêts par le juge, c'est la chambre d'appel qui sera saisie. Sauf hypothèse où la loi n'admet pas ce recours, puis qu'elle reste également muette à ce sujet, précisons à cet effet que la chambre d'appel du TPE sera

⁸⁶⁰ *Contra Crim.*, 06/07/1934, Arrêt Gouron.

⁸⁶¹ BOULOC B.[2013b], *Op. cit.*, p.253/06; BRACONNAY N., DELAMARRE M., KESSLER F., *Op.cit.*, p.268.

⁸⁶² Déc. n°2013-363 QPC, 31/01/2014. Voir commentaire de l'institut Portalis, [en ligne] <http://www.institutpourlajustice.org/wp-content/uploads/2014/05/Note-QPC-sur-le-droit-dappel-des-juegements-correctionnels-par-la-partie-civile.pdf> , consulté le 17/12/2016.

⁸⁶³ Arrêt du 05/02/2014, 12-80.154. Voir aussi, Crim., 18/01/2005, n° 04-85.078. Voir aussi art. 497 CPP.

saisie en tant que juridiction pénale plutôt que civile étant donné que cette matière ne fait pas partie des compétences dévolues spécialement à cette juridiction en matière de droit privé (art. 99 al. 2 et 100 LPE). Là encore, une exception du droit congolais ou encore une spécificité de son droit pénal des mineurs qui permet à un juge pénal d'être saisi exceptionnellement pour une matière civile.

447/. Dans ce cas, il faudrait aussi préciser les modalités et la portée de ce droit au recours. Il sied de déterminer qui du ministère public, de la partie civile et civilement responsable et de la victime a-t-il le droit de contester la décision fixant les dommages-intérêts et à quelles conditions ? S'il apparaît plus ou moins logique que le civilement responsable et la victime, qui sont directement concernés par le contenu de la réparation, soit titulaires de ce droit ; la question, en absence de toute précision du législateur congolais, reste ouverte pour le ministère public et le délinquant. Sur ce, nous préconisons de reconnaître aux deux premiers, ce droit et de le restreindre au mineur-délinquant lorsque les dommages-intérêts fixés ne touchent pas à son patrimoine propre ou ne lui exigent pas une prestation particulière.

Conclusion du Titre

448/. Depuis, les civilisations antiques, les conceptions subjectives de la responsabilité n'ont cessé gagner du terrain au point de devenir irréversibles. De la distinction entre les homicides volontaires et involontaires à la distinction entre la responsabilité pénale de droit commun et celle des déments ou des enfants en passant par la notion des villes de refuge, la sanction pénale est modulée par la volonté et l'intelligence. Cet assaut de l'invisible et de l'insaisissable par le droit a donné lieu à d'énormes controverses. « La succession des régimes politiques, celle des écoles philosophiques, celles des doctrines sur le fondement et la mise en œuvre de la responsabilité n'ont aucunement mis terme à [ces] controverse[s] sans cesse naissante[s] ; si certaines questions semblent à peu près résolues, les difficultés ne cessent de se multiplier à mesure que l'on cherche à avancer plus avant vers le cœur du problème. Le développement de sciences humaines ou sociales n'a pas apporté autant de lumière que l'on en attendait ; les acquisitions scientifiques de la criminologie ont cependant transformé certaines données du problème, mais c'est toujours, en définitive, le juriste, qu'il soit législateur ou, [surtout] juge, qui doit faire face à la question la plus redoutable : reconnaître et mesurer la responsabilité pénale d'un individu, à regard de la nécessité de l'ordre social »⁸⁶⁴. Esquivant la question sous l'ère tutélaire, le DPM a été rattrapé par sa pertinente réalité à travers les notions ; d'une part, de « *la personnalité du mineur* », modulant la sanction et impliquant celles de la récidive et de la participation criminelle ; et d'autre part, de « *discernement* » qui implique inéluctablement celle de l'élément psychologique de l'infraction. La prise en compte avérée ou dissimulée, de cette composante de l'infraction dans le chef du mineur-délinquant apparaît plus protecteur pour ce dernier : elle lui fait bénéficier des autres causes d'exonération de la responsabilité pénale, même si ce n'est pas encore le cas en droit congolais, et permet de lui appliquer une sanction réellement individualisée. A cet effet, le modèle porté par la LPE s'avère être, sur beaucoup d'aspects, moins sévère que le modèle tutélaire de 1950 dont le système d'imputation mécanique réduisait le mineur à un objet (destinateur) des droits, et non, un sujet de droit.

⁸⁶⁴ LEVASSEUR G, « Préface », In DASKALALAKIS E., *Réflexions sur la responsabilité pénale*, PUF, Paris, 1975. Les mots entre les crochets sont ajoutés par nous.

TITRE 2 : L'AUTONOMISATION LIMITEE DE L'ACTION PUBLIQUE A L'ENCONTRE DU MINEUR

449/. **Autonomie : Notions.** Selon le dictionnaire, l' « autonomisation » est « le fait de devenir autonome, soit de devenir indépendant en s'administrant soi-même, soit d'assumer et de vivre son particularisme, son individualité morale ou culturelle »⁸⁶⁵. La notion d'autonomisation fait ici référence à une forme d'usage d'une institution qui correspondrait à des attentes et des objectifs qui lui seraient propres. L'idée d'une autonomisation de l'action publique à l'encontre du mineur s'appuie sur l'hypothèse qu'ayant un fondement et une visée propres, la justice pour mineurs répond à des logiques d'intervention et/ou de prise en charge, tout à fait, différentes de la justice des adultes. Consécutivement à ce que nous avons déjà démontré dans la présente étude (particularités du fondement, de la nature, de la mise en œuvre et des finalités de la responsabilité pénale des mineurs), l'action publique à l'encontre du mineur-délinquant peut se prévaloir d'une certaine autonomie. Pour s'en convaincre, il sied de circonscrire ce qu'il en est réellement de sa mise en application.

450/. **Action publique : Notions et caractéristiques.** Le législateur congolais ne définit pas l'action publique, sauf à déterminer ses modalités d'exercice ainsi que les personnes à qui est dévolue la charge de sa mise en mouvement. La doctrine définit de plusieurs manières cette action dépendamment du paramètre mis en exergue, et particulièrement de son objectif. Ainsi, l'on s'accorde à dire qu'elle est une action judiciaire en application des peines. Elle a pour fondement la répression de la transgression d'un interdit pénal et pour finalité l'application d'une peine au délinquant ainsi que la réparation du dommage causé à l'ensemble du corps social⁸⁶⁶. Exercée au nom de la Société, par les soins d'un corps spécial de magistrats (le ministère public) et est portée devant les juridictions répressives, elle incarne, en principe, le droit pénal appliqué. Elle fait, de par sa définition et son but, du ministère public un acteur principal de sa mise à mouvement ainsi que de son orientation mais appelle aussi l'intervention, à différents niveaux, d'autres acteurs non moins importants. En effet, s'il incombe à l'OMP, gardien de l'ordre public qui a connaissance de la commission éventuelle d'une infraction, de la mettre en mouvement, lorsqu'il l'estime opportun ; il revient aussi à la victime de porter à la connaissance des autorités la commission de ce fait et de solliciter réparation et/ou répression auprès de ces dernières, même en saisissant directement le juge.

⁸⁶⁵ Dictionnaire en ligne (www.lexilogos.com ; www.cntrl.fr).

⁸⁶⁶ CORNU G., *Op. cit.*, p.27 ; SEGAUD J., *Thèse préc.*, p.9.

Aussi, hormis toutes les hypothèses de dépréciation du flux judiciaire, l'intervention du juge, de l'administration pénitentiaire, et parfois des services de recouvrement des peines d'amendes, s'avère inévitable pour moduler la réponse pénale.

451/. **Particularité de l'action publique à l'égard du mineur-délinquant.** Si la responsabilité pénale appelle l'auteur de l'infraction à subir une sanction, l'exercice de l'action publique reste le seul moyen par lequel la victime et la société arrivent cette fin. Or, sur plusieurs aspects de ce cheminement, le DPM se démarque du droit commun en faisant quelquefois appel soit à des règles, soit à des structures, soit à des intervenants différents. Ce qui permet d'affirmer l'hypothèse de son autonomie. Mais cette dernière reste, tout de même, « limitée » en ce sens que la justice des mineurs ne cesse, en même temps, de s'aligner ostentatoirement sur le modèle des adultes. S'inspirant de ce dernier, elle améliore ses propres concepts pour influencer après ceux de son inspirateur, et apparaît, à cet effet, comme une zone expérimentale et novatrice. Nous nous focaliserons, à ce stade, sur la référence structurelle qui induit les autres aspects de cette singularisation et au regard de laquelle les systèmes juridiques choisissent dépendamment de leur politique pénale, de leur histoire, de leur évolution sociale, et surtout, des moyens (matériels, financiers, humains) dont ils disposent ou sont prêts à disposer entre deux modalités d'action, à savoir ; un aménagement ou une autonomisation pure et simple. Parfois, ils les cumulent dans les proportions différentes étant donné que la seconde modalité exige souvent la mobilisation des moyens supplémentaires, la création des nouvelles infrastructures et la formation d'une main d'œuvre spécialisée. Le législateur congolais, comme nous avons déjà eu à le préciser, semble avoir penché, en théorie devons-nous préciser, pour l'institution des structures autonomes. Il a, en effet, institué une juridiction spécialisée dotée d'animateurs spécifiques (Chapitre 1) et soumise à une procédure spécifique de prise en charge de la délinquance des mineurs (Chapitre 2).

CHAPITRE 1 : UNE SPECIFICATION STRUCTURELLE LIMITEE

452/. **Plan et objet du chapitre.** En droit congolais, les auteurs⁸⁶⁷ divisent généralement le procès pénal en deux grandes phases, conduites par des organes différents. La première phase, importante mais non indispensable⁸⁶⁸, est dite « pré-juridictionnelle ». Elle se repartie en enquête préliminaire menée par la police judiciaire et en instruction préparatoire conduite par le parquet ; sans oublier que ce dernier peut aussi à lui seul exercer toutes les attributions de la police judiciaire. La seconde phase, aussi éventuelle⁸⁶⁹ et qualifiée de « juridictionnelle », se déroule devant la juridiction de jugement à qui est confiée également sa direction. Pendant que la première phase est inquisitoriale et secrète, la seconde phase est contradictoire et publique. Comme dans tous les systèmes juridiques romanistes, l'OMP joue un rôle important dans toutes les phases de l'action publique (de la recherche de l'infraction à l'exécution de la sanction) et détient particulièrement des pouvoirs exorbitants durant la première phase. Ses pouvoirs sont réduits dans la seconde phase où il endosse au nom du principe d'égalité des armes un rôle équivalent à celui des parties (victime et prévenu). La spécificité du DPM congolais est qu'elle brise ce schéma traditionnel. En effet, l'action publique à l'encontre des ECL est essentiellement juridictionnelle : elle élague complètement la phase « pré-juridictionnelle » et se déroule entièrement devant la juridiction de jugement. Bien plus, durant

⁸⁶⁷ LUZOLO BAMBI LESA E.J. et BAYONA-ba-MEYA N.A., *Op. cit.*, pp. 161, 193, 199. TASOKI MANZELE J.M., *Procédure pénale congolaise*, L'harmattan, Paris, 2016, pp. 85-88, 209-211. Nous adhérons à la classification de la procédure pénale d'après son cheminement dans le temps ; mais émettons une réserve sur le référentiel adopté par la doctrine congolaise. En effet, l'adjectif « juridictionnel » renvoie en droit congolais à la juridiction, instance de jugement, en opposition au parquet. Il risque de devenir inadapté si un jour la RDC se dotait des juridictions d'instruction ou d'application des peines. Ainsi, nous préconisons un terme plus « neutre », non exempt aussi de tout critique, à savoir : le procès. Ce qui subdivisera la procédure en **avant-procès** (phase présentencielle ou préparatoire), **procès** (phase sentencielle ou décisoire) et **après-procès** (post-sentencielle ou exécutoire) : la dernière phase devant aussi être juridictionnalisée. Par contre, nous n'adhérons aucunement à classification opérée par l'art. 19 al. 4 Const. qui subdivise cette procédure en « enquête policière », « instruction pré-juridictionnelle » et, par déduction, « en instruction juridictionnelle » ou la poursuite étant donné que ; d'une part, l'enquête policière fait simplement partie, sauf dérogation explicite du Législateur, de l'enquête pré-juridictionnelle, et d'autre part, la poursuite peut désigner dans un sens large toute l'action publique.

⁸⁶⁸ Si la citation à prévenu, par laquelle le Ministère public notifie l'inculpé de l'ouverture des poursuites en son encontre, est la voie ordinaire pour saisir le juge répressif, les autres modes de saisine du juge répressif ne passent pas par la phase pré-juridictionnelle. Il s'agit de : la citation directe (la victime saisit directement la juridiction), la comparution volontaire (le prévenu se présente lui-même devant le juge), la saisine d'office (le juge se saisit en cas de délit d'audience ou lorsqu'il remplissait, jadis, lui-même les fonctions du ministère public) et la traduction immédiate (en cas de flagrante).

⁸⁶⁹ Si toute action publique ne passe nécessairement pas par la phase pré-juridictionnelle, celles qui le font n'aboutissent pas nécessairement à une saisine du juge pénal. L'instruction préparatoire en droit congolais a donc, hormis la poursuite, deux autres issues possibles ; le classement sans suite et l'amende transactionnelle dont nous avons déjà largement parlé dans cette étude. En droit militaire où la saisine de la juridiction ne peut se faire que par son intermédiaire (art. 214 CJM), l'auditorat (équivalent du parquet) dispose d'une troisième voie qui est le « non-lieu » (art. 199 CJM) dont les conditions d'existence sont différentes du classement sans suite de droit commun.

cette phase juridictionnelle, les rôles respectifs des intervenants traditionnels (ou de droit commun) du procès sont sensiblement modifiés. Si le pouvoir du JPE de 2009 reste important quoi que réduit, sur certains aspects par rapport à son homologue de 1950 (section 1) ; celui du parquetier est sensiblement amoindri (section 2) pendant qu'apparaissent d'autres intervenants⁸⁷⁰ de plus en plus influents.

Section 1. La prépondérance de la juridiction de jugement

453/. Le cadre institutionnel congolais du procès des mineurs, un cadre transitoire.

La juridiction chargée en droit positif congolais de connaître les infractions commises par les ECL est le tribunal pour enfants (TPE). L'article quatre-vingt-quatre de la LPE prévoit un TPE par territoire et/ou ville. La nouvelle loi sur la décentralisation subdivise le pays en vingt-cinq provinces, cent-quarante et cinq territoires et trente-trois villes (art. 3 L-O n°08/016 du 07/10/2008, aussi l'art. 2 Const). L'application minimaliste de la disposition évoquée appellerait l'installation d'une centaine de TPE pour toute la RDC. C'est ainsi que le décret n°11/01 du 05/02/2011 fixant les sièges ordinaires et ressorts des TPE en prévoit environ cent-soixante-quatre. Mais, à ce jour, seuls dix-huit dotés de soixante et trois juges (soit 3,5 juges par TPE)⁸⁷¹ ont été installés, dont quatre curieusement pour la ville de Kinshasa uniquement. Nous nous sommes interrogé sur l'opportunité de toutes ces juridictions, alors qu'une approche rationnelle postulerait pour une installation urgente d'une quarantaine de TPE en raison de deux, ou trois pour les plus grandes, par province, avec des antennes dans les sièges des administrations communales. Cette entité décentralisée, déjà bien installée sur l'étendue du territoire national, permettrait à cette justice de se mouvoir en direction de ceux principaux justiciables et de cesser d'être une justice de ville ou des grandes agglomérations. L'option

⁸⁷⁰ Il s'agit particulièrement des assistants sociaux, des psychologues et des membres du comité de médiation. Les contours de leurs attributions sont largement évoqués dans le corps de la présente réflexion. Nous aurons voulu aborder dans ce chapitre le fondement de leurs attributions juridictionnelles en matière pénale au regard de leur statut respectif. Mais cette tâche nous a été très difficile en raison de l'insuffisance et de l'inaccessibilité des textes qui réglementent leurs activités respectives. Leurs statuts, modes de recrutement ou de sélection, de contrôle sont objet d'un flou total. Les dispositions de l'article 3 LO OCJ ne citent aucun d'entre eux parmi les auxiliaires de la justice au près des juridictions de l'ordre judiciaire, pendant que ces derniers bénéficient plus que l'OMP d'une réelle délégation du pouvoir de juger. Bien plus, contrairement aux juges non professionnels qui sont associés aux juges professionnels (ou de carrière) dans l'accomplissement de leurs missions juridictionnelles, ces intervenants agissent parfois seuls. Nous avons, en vain, espéré que la loi organique sur les juridictions administratives apporterait des amples précisions notamment en ce qui concerne, d'une part, l'agencement de compétences entre cet ordre et les instances disciplinaires de ces corps de métier, et d'autre part, le recours contre ces intervenants ayant failli à leur mission ou ayant abusé du pouvoir qui leur est confié dans le cadre du droit des mineurs. Alors, espérons-nous, avoir une base légale à partir de laquelle aborder ce point dans nos prochaines réflexions.

⁸⁷¹ Voir le rapport de la RDC sur la situation de l'enfant devant la CDE, précité.

d'un JPE itinérant pourrait aussi être proposée quoi que l'immensité du territoire national pourrait la paralyser. Aucune de ces solutions simples n'a été envisagée par notre Législateur. Sa folie de grandeur fait que plus de sept ans après l'entrée en vigueur de la LPE, le nombre des TPE installés sur le pays reste encore très dérisoire par rapport au quota espéré. Rien ne permet aussi d'être optimiste. Car, la faiblesse majeure des réformes institutionnelles, particulièrement judiciaires congolaises, est qu'elles sont souvent irréalisables puisqu'irréalistes. Elles ne tiennent pas souvent compte de l'ampleur du défi lié aux dimensions du pays et à l'état de défectuosité avancé des infrastructures de base.

454/. Une autre raison qui expliquerait ce retard accusé dans l'installation des TPE est aussi le fait que ces juridictions ont vu jour dans un contexte de mutation généralisée de la charpente judiciaire congolaise. En effet, l'appareil judiciaire congolais est dans une phase transitoire partagée entre un système moniste (qui l'a toujours caractérisé et instauré par les O.L n°68/248 du 10/07/1968 et/ou n°78-005 du 29/03/1978 portant Code de l'organisation et de la compétence judiciaires⁸⁷²) et dualisme (voulu par le constituant du 18/02/2006). Le premier modèle était d'un type pyramidal (à quatre niveaux) dont la base était constituée par les tribunaux de paix (Tripaix), le sommet par une Cour suprême de justice (CSJ), et le milieu par les tribunaux de grande instance (TGI) et les cours d'appel. Ces juridictions, compétentes pour toutes les matières⁸⁷³, se répartissaient souvent en plusieurs chambres. Les cours d'appel et la CSJ étaient, en outre, dotées d'une section administrative (art. 43, 54, 146-152 COCJ). A la CSJ, réunie en toutes les sections, était dévolue le contrôle de la constitutionnalité (art. 160 COCJ). Quant à la compétence en matière de l'enfance délinquante, elle était attribuée à une chambre spécifique des Tripaix (art. 5 D.1950, 90 COCJ). Ce système a connu une réforme importante dans les années 2000 qui lui greffera des juridictions spécialisées⁸⁷⁴. Il

⁸⁷² Bien que les auteurs prennent généralement pour référence l'un des textes cités, la construction de la structure judiciaire unitaire congolaise s'est étalée sur une période d'environ deux décennies. Plusieurs textes successifs ont apporté chacun une innovation. Le décret du 08/05/1958 portant COCJ prévoyait déjà l'essentiel de ces juridictions. Le texte de 1968 précité a eu le mérite de créer une Cour suprême de justice et les tribunaux de paix appelés à absorber toutes les juridictions de droit coutumier que son prédécesseur faisait subsister à côté des juridictions du droit écrit. Le texte de 1978 a créé la Cour de sûreté de l'Etat, de triste mémoire qui sera d'ailleurs supprimé en 2006, ainsi que les tribunaux de grande instance, fusion des tribunaux de première instance et de district. Tous les autres textes qui ont suivi, entre autres les O.L n° 82-020 du 31/03/1982 et n° 83/009 du 29/03/1983, n'ont pas apportés des innovations majeures.

⁸⁷³ Pour les différencier, l'instance prenait alors la dénomination de la matière qu'elle connaissait. Par exemple, l'on parlera du Tripaix siégeant en matière « civile », « pénale » ou « coutumière » ou du TGI, en matière « civile et commerciale », « pénale » ou « sociale ». A l'exception de la Cour de sûreté de l'Etat, il y avait, de manière générale, deux grandes formations (civile et pénale) auprès de chaque juridiction.

⁸⁷⁴ Lois n°002/2001 du 03/07/2001 portant création, organisation et fonctionnement des tribunaux de commerce ; n° 016/2002 du 16/10/2002 portant création, organisation et fonctionnement des tribunaux du travail et n°023/2002 du 18/11/2002 portant code judiciaire militaire. Si les deux premiers textes créent des juridictions

s'agira ; d'une part, des tribunaux du travail et de commerce, et d'autre part, des juridictions militaires. Le second modèle éclate, constitutionnellement parlant, la justice congolaise en trois ordres juridictionnels ; un ordre judiciaire, chapoté désormais par une Cour de cassation et composé pratiquement des anciennes juridictions de droit commun et spécialisées précitées auxquelles l'on ajoute les tribunaux pour enfants (TPE); un ordre administratif composé des tribunaux administratifs, des cours administratives d'appels ainsi que du Conseil d'Etat ; enfin, un ordre constitutionnel⁸⁷⁵ composé uniquement, peut-être pour l'instant, de la Cour constitutionnelle. Cette dernière est chargée notamment du contrôle de constitutionnalité des lois et des actes ayant force de lois, du contentieux électoral particulier, du conflit de compétences entre le Conseil d'Etat et la Cour de cassation ainsi que de la répression des certaines infractions spécifiques commises par le Chef de l'Etat et du premier ministre (art. 157 et svt. const.). A ce jour, toutes ces nouvelles juridictions, particulièrement celles de l'ordre administratif, ne sont pas encore installées : pour l'ordre judiciaire qui, a hérité toute l'ancienne structure judiciaire, il n'a fallu qu'une loi organique intégrant les nouvelles innovations ou entérinant, à la limite, la nouvelle nomenclature⁸⁷⁶ ; et pour l'« ordre constitutionnel », comptant qu'une seule juridiction, la tâche n'a également pas été si rude⁸⁷⁷. Toutefois, il sied de souligner que même l'ordre judiciaire n'est pas épargné de la

autonomes, ayant rang de TGI et greffées à la structure moniste ; la dernière créée carrément une série des juridictions parallèles, hiérarchisées et construites selon le modèle des juridictions ordinaires (tribunaux militaires de police, tribunaux militaires de garrison, cours militaires, cours militaires opérationnelles et d'une Haute cour militaire).

⁸⁷⁵ Il y a aussi débat sémantique sur la question de savoir si l'on doit parler de « trois ordres juridictionnels » ou de « deux ordres juridictionnels plus une cour constitutionnelle » étant donné que l'expression « ordre juridictionnel » désigne, par principe, un ensemble des tribunaux regroupés sur base d'un critère bien déterminé et placés sous le contrôle de cassation d'une même juridiction supérieure. Ainsi, l'on parle communément, en France par exemple, des deux ordres juridictionnels et des juridictions non classées, en l'occurrence le tribunal de conflits et le Conseil constitutionnel. Mais d'après GUINCHARD D. & DEBARD T. [(dir.), *Op.cit.*, p.653], se fondant sur la décision du Conseil constitutionnel de 1977, un ordre juridictionnel peut désigner une catégorie des juridictions, éventuellement réduites à une seule, suffisamment originales par la composition ou la compétence pour se distinguer des autres tribunaux. En droit belge, les choses se présentent différemment. Au regard du chapitre VI de la Constitution réservé au pouvoir judiciaire, et particulièrement des articles 144 à 146, seules les juridictions de l'ordre judiciaire ont la plénitude des contentieux juridictionnels ; le Conseil d'Etat et les juridictions administratives (art 160-161 const.) ainsi que la Cour constitutionnelle (art. 141-143 const.) ont une compétence d'attribution et exceptionnelle. Voir : PAQUES M. & DONNAY L., « Juridiction ordinaire et juridiction administrative en droit belge », Actes du colloque : « La justice administrative dans les pays du Maghreb – La réception des modèles européens », 02-04/11/2006, Faculté de Droit et des Sciences économiques et politiques de l'Université de Sousse, [en ligne] <https://orbi.ulg.ac.be/bitstream/2268/9929/1/Juridiction%20ordinaire%20et%20juridiction%20administrative%20en%20droit%20belge.pdf> ; LEWALLE P., « La justice administrative en Europe : le droit belge », 25/08/2009, [en ligne] http://www.aca-europe.eu/fr/eurtour/i/countries/belgium/belgium_fr.pdf

⁸⁷⁶ Ce qui a été fait avec les Lois organiques n°13/010 du 19/02/2013 relative à la procédure devant la Cour de cassation et n° 13/011-B du 11/04/2013.

⁸⁷⁷ L.O n°13/026 du 15/10/2013 portant organisation et fonctionnement de la Cour constitutionnelle ; Règlement intérieur de la Cour constitutionnelle (30/04/2015) ; l'ordonnance présidentielle n°16/070 du 22/08/2016 portant dispositions relatives statut particulier des membres de la Cour constitutionnelle.

problématique de manque d'infrastructures : certaines parties du territoire national n'ont jamais encore vu l'effectivité de la réforme de 1968 qui prévoyait l'établissement d'un Tripaix par district ; encore plus nombreuses sont celles qui attendent leurs juridictions spécialisées (Tricom et Tritrav) ou celles dont les juridictions ne savent pas fonctionner ou siéger valablement par manque de juge. Raison pour laquelle la L.O OCJ a permis, dans ses dispositions transitoires, aux juridictions de droit commun de l'ordre judiciaire de continuer à faire office à la fois de juridictions spécialisées et de juridictions administratives dans certaines contrées de la République. Dans ces conditions, un ECL peut être traduit devant les juridictions différentes (Tripaix ou TPE, voir même, TGI) dépendamment du point du territoire où il se trouve.

455/. Nous ne pouvons faire fi de cette situation qui n'est malheureusement pas exceptionnelle en droit congolais. Notre analyse sera essentiellement consacrée au TPE tels qu'organisé par la LPE mais abordera aussi, subsidiairement, le Tripaix à qui est confié provisoirement et dans certaines conditions, les mêmes compétences. Par ailleurs, les deux juges accusent également beaucoup d'autres ressemblances qui pourraient conduire à conclure que l'un a certainement inspiré l'autre. Si son prédécesseur était un juge spécial des mineurs, le JPE est un juge spécialisé (§1). Et, contrairement à son prédécesseur, il n'est pas uniquement un juge pénal mais aussi un juge civil (§2).

§1. Le JPE congolais, d'un juge spécial à un juge spécialisé

456/. Comme l'on peut facilement le remarquer, il y a un changement notable sur le plan structurel et organisationnel entre le juge de paix, siégeant en matière d'enfance délinquante du D.1950, et le JPE de la LPE. La nouvelle loi pousse plus loin sa spécialisation juridictionnelle en instituant une juridiction quasiment détachée des juridictions ordinaires de l'ordre judiciaire. Il nous a paru alors opportun, au regard des réalités congolaises et des impératifs fonctionnels, d'apprécier le bien-fondé et l'efficacité de cette évolution (A), de le comparer avec ce qui se passe ailleurs afin d'apporter, au besoin, des suggestions (B).

A. La consécration de l'autonomie juridictionnelle des TPE

457/. **La spécialisation juridictionnelle : notions, fondements et types.** « Avec le passage au modèle de justice normative-technocratique, le profil du juge s'est modifié profondément ; ses connaissances juridiques et procédurales, si elles demeurent

indispensables, sont cependant loin d'être suffisantes aux tâches nouvelles qui lui sont reconnues. De tous côtés, s'élèvent des voix qui réclament de plus en plus une spécialisation des juges »⁸⁷⁸. La présence, voire la présidence, du juge professionnel rappelle l'importance de produire le juste en « disant le droit » ; mais ses prescriptions doivent immanquablement s'articuler des vérités que le savoir scientifique (sciences humaines, exactes, économiques) est censé produire. Ainsi, lorsqu'elle s'inscrit dans une visée purement technique, la spécialisation juridictionnelle apparaît aujourd'hui comme une garantie de bonne administration de la justice. Elle est perçue comme l'un des moyens qui permet d'assurer une réponse pénale efficace et de meilleure qualité face à des contentieux spécifiques ou des délinquants particuliers⁸⁷⁹. Elle est censée favoriser la célérité du procès et une justice équitable par l'intervention des spécialistes dans le domaine concerné.

458/. Si la nature spécialisée du TPE congolais n'est plus aujourd'hui objet à débat⁸⁸⁰, l'on peut toujours s'interroger sur le but, les limites et les caractéristiques de sa spécialisation. Par définition, une juridiction spécialisée, désignée parfois en droit comparé par « juridiction d'exception⁸⁸¹ », a compétence pour les seules affaires qui lui sont attribuées par un texte de loi particulier⁸⁸² : ladite compétence relève souvent d'un domaine juridique particulier⁸⁸³. En

⁸⁷⁸ GERARD P., VAN DE KERCHOVE M. et OST F., *Fonction de juger et pouvoir judiciaire : transformations et déplacements*, Publications de la Faculté de St Louis, Bruxelles, 1983, p.38.

⁸⁷⁹ Lire avec intérêt GINESTET C. (dir), *La spécialisation des juges*, LGDJ, Paris, 2012.

⁸⁸⁰ Voir art. 84 LPE et 6 al.4 LO OCJ, *Contra* KASHAMA NGOIE [2016], art. préc.

⁸⁸¹ BRACONNAY N., DELAMARRRE M. et KESLER F., *Leçons d'Institutions juridictionnelles*, Ellipses, Paris, 2015, pp. 121-127; CADET L., NORMAND J. et AMRANI MEKKI S., *Op. cit.*, pp.433-442 ; GUINCHARD S., VARINARD A. et DEBARD T., *Institutions juridictionnelles*, Dalloz, 13^{ème} éd., Paris, 2015, pp. 518, 629, 667 ; MAURIN A., BRUSORIO A.M et HERAUD A., *Institutions juridictionnelles*, Dalloz, Paris, 2013, pp. 35, 58 ; KERNALEGUEN F., *Institutions judiciaires*, LexisNexis, 6^{ème} éd., Paris, 2015, 54-85, 136, 146; PRADEL J.[2015], *Op.cit.*, pp. 54, 60, 62, 76 ; RASSAT M.A [2013], *Op. cit.*, p.104 ; TAISNE JJ, *Institutions juridictionnelles*, Dalloz, 11^{ème} éd., Paris, 2008, pp. 25, 37. En RD Congo, il y a eu un débat d'école sur la nature « exceptionnelle » ou « spécialisée » de la Cour de Sûreté de l'Etat. D'après une première école, les deux concepts renvoyaient à une et même réalité, à savoir, l'attribution des compétences spécifiques à une juridiction spécialement créée, l'opposant ainsi aux « juridictions de droit commun ». Tandis qu'une autre école, à laquelle appartenait notamment les professeurs LUZOLO BAMBI LESSA E. J. et BAYONA-ba-MEYA N. A., [*Op.cit.*, p. 123], postulait plutôt pour une distinction entre « juridictions ordinaires » et « juridictions spécialisées ». Car, il n'est reconnu au Législateur que le pouvoir de créer des juridictions dites « spécialisées » à qui il peut attribuer des compétences spécifiques mais aucunement des juridictions d'« exception » (art. 149 al. 4, 225 const.), renvoyant aux temps exceptionnels. Bien que le constituant ait clos ce débat en tranchant pour la seconde école, il faut souligner que le rejet du concept de « juridiction d'exception » en droit congolais a plus un fondement sociologique que juridique et terminologique. En effet, la CSE a laissé une triste histoire dans la société congolaise : elle s'était muée à une machine politique au service du pouvoir pour traquer les adversaires politiques. Cette réprobation apparaît déjà dans la conférence souveraine à l'issue de laquelle la mort programmée de cette juridiction a été scellée. Ce qui n'a pas empêché ou n'empêchera pas l'Exécutif d'instrumentaliser, quand il le veut (voulait), d'autres juridictions, peu importe leur nature ou dénomination, pour les mêmes objectifs.

⁸⁸² GUICHARD S. et DEBARD T. (dir.), *Op. cit.*, pp.655-656.

⁸⁸³ DOUENCE M. et AZAVANT M., *Institutions juridictionnelles*, Dalloz, 2^{ème} éd., Paris, 2014, p.254.

d'autres termes, « une juridiction de droit commun a ainsi une compétence dite ouverte et résiduelle tandis qu'une juridiction d'exception a une compétence dite fermée ou limitative »⁸⁸⁴. La spécialisation juridictionnelle, qui est, par nature, l'apanage du droit privé notamment en matières économique, sociale et financière, reconquit de plus en plus le droit pénal où elle n'a toujours pas bonne presse et a toujours tendance à être museler au nom de la sauvegarde des libertés individuelles (cfr. Débat sur la cour de sureté de l'Etat congolais décrit à la note infrapaginale). Dès lors, la répression des certaines infractions est dorénavant confiée, en raison de leur technicité ou complexité, à un juge spécifique. Ce dernier peut-être, soit un « juge spécialisé », c'est-à-dire, relevant des juridictions autonomes, soit un « juge spécial », c'est-à-dire, issu d'une formation (section ou chambre) spécialisée d'une juridiction de droit commun ou même un juge ordinaire spécialement désigné à cet effet.

459/. Toutes les deux hypothèses de spécialisation peuvent se rencontrer en droit congolais. Dans la seconde (juge spécial), le procédé le plus rencontré est celui de l'attribution d'une matière spécifique à un juge ordinaire⁸⁸⁵. C'est le cas des infractions de droit international et de droit constitutionnel qui relèvent respectivement de la compétence des cours d'appel⁸⁸⁶ et de la Cour constitutionnelle. L'attribution de ces matières à ces juges est plus liée au prestige de leur rang ainsi qu'à leur l'expérience [supposée] dans l'espoir que ces atouts leur permettraient à surmonter la technicité et les enjeux (politiques et sociaux) de ces contentieux. La première hypothèse de spécialisation demeure la plus courante. C'est le cas des infractions militaires ou relatives à la législation économique et commerciale qui relèvent respectivement de la compétence des juridictions militaires (art. 76 al.1 CJM) et des Tricom (art. 17 al.2 L. n°002-2001 du 03/07/2001). Eu égard à l'importance de leur contentieux respectifs, l'on peut donc affirmer que la spécialisation juridictionnelle renvoie

⁸⁸⁴ CADET L., NORMAND J. et AMRANI MEKKI S., *Op. cit.*, pp.433.

⁸⁸⁵ L'hypothèse de formation spécialisée désigne le cas où la juridiction à qui est confié spécifiquement un contentieux est munie, dans sa composition, d'au moins un juge de carrière doté des connaissances avérées dans ce domaine ou un juge non professionnel, expert dudit domaine (échevinage). Ces cas sont rarissimes en droit pénal congolais : le seul qui nous vient à l'esprit est celui de l'art. 117 CJM d'après lequel une juridiction ordinaire, jugeant une personne justiciable des juridictions militaires, pouvait requérir les services d'un juge militaire, magistrat de carrière. Aussi, l'on se réserve de qualifier de la sorte les cas ; d'une part, des chambres d'enfance délinquante du Tripaix où le juge, siégeant seul, n'avait pas forcément des connaissances spécifiques en cette matière, et d'autre part, des juridictions militaires (art. 10, 16, 20, 22 et 24 L. n°023/2002 du 18/11/2002) et du Tricom (siégeant en matière pénale : art. 2 al. 1 L. n°002/2001 du 03/01/2001) qui, même s'ils ont adopté l'échevinage, sont des juridictions spécialisées autonomes. Le cas de la Cour constitutionnelle dont 3 sur 9 juges ne sont pas de magistrats de carrière est aussi particulier (art. 2, 3 et 5 L.O n°26/011 du 15/10/2013).

⁸⁸⁶ Sous réserve des observations reprises au § 184, spéc. à la note 389.

principalement en droit congolais à l'hypothèse plus restreinte de l'autonomisation juridictionnelle au sein d'un ordre juridictionnel déterminé.

460/. A côté de ces modalités légales de spécialisation juridictionnelle, peut aussi exister une « spécialisation des missions » relevant plus d'une politique judiciaire de proximité ou de (ré)localisation des juridictions en fonction du contentieux ou des compétences des animateurs⁸⁸⁷. Il sera, en effet, question de spécialiser un ou plusieurs tribunaux inférieurs du ressort d'un tribunal supérieur dans un domaine particulier, généralement en rapport avec l'activité professionnelle ou la nature des affaires dominantes dans son ressort. L'on peut encore doter une juridiction spécifique de droit commun ou le parquet qui lui est affilié d'une compétence spéciale (terrorisme, infractions financières, bancaires ...). Par exemple des quatre TGI du ressort de la Cour d'appel de Kinshasa-Gombe, l'un se consacrera principalement des infractions du droit des affaires, et un autre du grand banditisme. De telle sorte que dès qu'une affaire est relativement complexe, elle est transférée à la juridiction qui en a spécifiquement la charge. Malheureusement cette technique peut poser d'énormes problèmes d'accès au juge pour un pays-continent comme la RDC doté d'une cartographie judiciaire déséquilibrée et dépourvu des moyens de communications en bon état. Elle ne peut, non plus, fonctionner en tant que mécanisme de désengorgement.

461/. **Le TPE, une juridiction « spécialisée » par la qualité des justiciables : un atavisme toléré.** Par ailleurs, l'on remarquera que quelle que soit la modalité de spécialisation évoquée, le TPE congolais, y compris la chambre de l'enfance délinquante du Tripaix, ont du mal à être catégorisés lorsque l'on se réfère au critère matériel. Car, leur motif de spécialisation est différent des autres juridictions : *il est particulièrement personnel*. Lequel aspect a souvent été le principal reproche formulé à l'encontre des juridictions pénales spécialisées et qui a milité pour leur rejet. Il est probable que l'on retrouve également ce critère dans l'attribution de compétence des autres juridictions spécialisées congolaises ; tel est notamment le cas du commerçant (pour Tribunal de commerce), du Chef de l'Etat et du premier ministre (pour la Cour constitutionnelle) et du militaire (pour les juridictions militaires). Mais différemment du TPE, ce critère ne constitue pas l'unique référence : la nature du contentieux qui est dévolue à ces juridictions influe indirectement sur la qualité de leurs justiciables. Si l'on ne peut aujourd'hui nier la particularité de la réponse pénale qui doit être apportée à la délinquance des mineurs, – d'où sa particularité et non sa technicité – ; l'on

⁸⁸⁷ C'est d'ailleurs, ce sens que GUINCHARD S. & DEBARD T. [(dir.) *Op. cit.*, pp.653-654] attribuent exclusivement au concept « juridiction spécialisée ».

ne peut néanmoins pas réfuter que c'est uniquement sur ce registre que peut s'inscrire la spécialisation des juridictions à qui est dévolue cette mission, en occurrence le TPE congolais. La spécialisation des juridictions des mineurs, particulièrement en matière pénale, constitue un contre-exemple, un régression, de l'évolution moderne des juridictions. Ainsi apparaît l'incidence de la minorité (ou de l'âge) en procédure pénale, particulièrement congolaise : si celle de la victime agit principalement sur la peine, celle de l'auteur prédéfinie la juridiction et particularise la sanction. C'est, en effet, la minorité de l'auteur qui conduit l'affaire devant le TPE et appelle l'application des mesures spécifique en lieu et place des peines. La minorité de la victime n'a aucune incidence sur la détermination de la juridiction compétente, peut-être indirectement en raison du taux de peine⁸⁸⁸ qu'elle module via les circonstances aggravantes ou les incriminations autonomes plus lourdement sanctionnées.

462/. Le JPE, un juge spécialisé par ses aptitudes scientifiques : un spécialiste et un intéressé du droit de l'enfant. Relevons aussi que la spécialisation juridictionnelle apporte généralement une problématique d'ordre général liée à l'augmentation ainsi qu'à la formation des animateurs de ces institutions que l'on veut particulariser. Ce défi est encore plus grand lorsqu'il s'agit d'un modèle autonomisé qu'a choisi le législateur congolais. En effet, la principale raison de la spécialisation juridictionnelle est la diversification et complexification croissantes des branches du droit dont chacune revendique de plus en plus une singularité. Rien que sur le plan pénal particulièrement, le développement des sciences exactes et humaines (criminologie, criminalistique, biologie, psychologie...) pousse l'opinion publique à être de plus en plus exigeante envers l'autorité judiciaire. Sans forcément se substituer à l'expert à qui ils peuvent toujours faire appel, les juges doivent désormais disposer eux-mêmes d'une expertise ou des amples connaissances dans les domaines qui leurs sont attribués afin d'étayer leur propre analyse sur les faits, les pièces et les moyens présentés par les parties, souvent représentées par des avocats spécialistes. Ils doivent, à cet effet, subir des formations supplémentaires (finances, terrorisme, informatique, militaire...), sinon être assistés dans la composition par des professionnels de ce domaine. Cette dernière hypothèse est exclue en droit congolais en matière d'enfance délinquante étant donné que le JPE siège seul au premier ressort. Raison pour laquelle l'article quatre-vingt-huit de la LPE pose l'exigence de la

⁸⁸⁸ En droit congolais, le Tripaix connaît des infractions punissables au maximum de cinq ans de servitude pénale principale et/ou d'une peine d'amende. Tandis que le TGI est compétent pour toutes les autres infractions, c'est-à-dire, celles qui sont punissables de plus de cinq ans de servitude pénale à la peine de mort, à l'exception des crimes internationaux qui relèvent de la compétence de la cour d'appel (art. 85, 89 LO.O.CJ). En raison des circonstances aggravantes ou des infractions autonomisées dues à la minorité de la victime, la compétence peut basculer du Tripaix au TGI, contrairement au cas de la victime adulte.

possession des aptitudes scientifiques particulières aux juges devant être affectés à cette juridiction. Ils doivent, en effet être magistrats de carrière, spécialisés et manifestant de l'intérêt dans le domaine de l'enfance. Ce qui signifie, qu'en droit congolais et d'après la LPE, le JPE est obligé d'avoir des qualités scientifiques supplémentaires, voir supérieures, par rapport à ses collègues de droit commun ; puis qu'il doit être non seulement un juriste de formation, mais aussi un *spécialiste* et/ou un *intéressé* du droit de l'enfant.

463/. **Cumul ou auto-exclusion des critères intellectuels du JPE congolais ?** L'on ignore si ces deux critères doivent être considérés comme cumulatifs ou alternatifs. A notre avis, c'est la seconde hypothèse qui est plausible. Car le premier critère présuppose le deuxième ; et le deuxième peut conduire au premier. En effet, un juriste qui se spécialise sur un domaine a forcément un intérêt sur ce dernier ; et, un juriste qui ne s'est pas spécialisé sur un domaine peut en manifester, pour plusieurs raisons, un intérêt particulier et en acquérir des connaissances aiguisées. Dans les deux cas, l'objectif d'une expertise dans la composition sera atteint. Raison pour laquelle, l'admission du caractère alterné de ces critères apparaît comme une condition plus souple et plus réaliste pour la justice congolaise, d'une part, et permet au TPE congolais de remplir l'une des conditions fonctionnelles minimales, voire principales, de spécialisation juridictionnelle, d'autre part. Admettre le contraire risquerait de réduire les disposition de l'article 88 LPE à un simple vœu pieux étant donné que la réunion de ces critères appelle d'autres considérations qui dépassent même le cadre judiciaire, telles que la formation universitaire ou professionnelle.

464/. **Place de la formation dans la spécialisation des juges.** L'une des considérations précitées a été mise en exergue par une résolution de l'AIDP (3^{ème} Congrès, Palerme, 03 – 08/04/1933). Selon cette association l'apport de l'enseignement universitaire et postuniversitaire est indispensable dans la préparation d'une meilleure spécialisation du juge pénal. Il sied alors de s'interroger s'il y a une formation en matière de l'enfance organisée dans le cursus universitaire congolais ? La réponse négative à cette question est sans équivoque. Les magistrats congolais sont généralement recrutés parmi les diplômés du second cycle⁸⁸⁹ des facultés de droit où sont organisées, pour les grandes universités ou instituts

⁸⁸⁹ D'après l'article 1^{er} L.O n° 06/020 du 10/10/2006 portant statut des magistrats : « Nul ne peut être nommé magistrat s'il ne réunit les conditions énumérées ci-après : posséder la nationalité congolaise ; être âgé d'au moins vingt et un ans accomplis et n'avoir pas dépassé l'âge de quarante ans ; jouir de la plénitude de ses droits civiques ; jouir d'une parfaite moralité attestée par un certificat délivré par une autorité administrative et par un extrait de casier judiciaire ; posséder les aptitudes physiques et mentales attestées par un certificat médical daté de moins de trois mois au dépôt du dossier au Secrétariat permanent du Conseil supérieur de

supérieurs d'ailleurs, trois options : droit privé, droit public et droit économique. Le trois-quarts de programmes d'études de ces différentes options sont identiques, essentiellement dispensés sous forme des cours magistraux et accordent une place marginale au droit pénal (général, de fond et de forme) et à la recherche pratique. Le DPM est un cours qui est, soit négligé par les étudiants ou même les professeurs, soit non-dispensé par manque d'enseignant. Ce cours de trente heures théoriques, dénommé « Protection de la Jeunesse » par le programme congolais d'enseignement, était dispensé en troisième année de droit mais dans une filière (option) spécifique (Droit privé). Il a été remplacé, depuis près d'une année à la suite de la promulgation de la LPE, par un cours à tronc commun d'une soixantaine d'heures intitulé « Protection de l'Enfant » qui par contre n'aborde pas uniquement les aspects pénaux. Même en France ou en Belgique où le cursus est de plus en plus poussé vers la pratique et accuse une démarcation profonde entre les différentes filières organisées dans les facultés de droit, l'on ne se permet pas d'attribuer la qualification de « *spécialiste* » dans un domaine du droit à un étudiant fraîchement sorti de l'université. Il sera alors malhonnête au Congo de prétendre qu'un étudiant issu d'un tel cursus, même si ce dernier aurait rédigé une monographie ou un mémoire dans ce domaine, soit « *spécialiste en droit de l'enfant* ». Les spécialistes et intéressés du droit de l'enfant sont, peut-être, à rechercher parmi les praticiens (avocats surtout, les activistes des droits de l'Homme...), les chercheurs et les enseignants du droit. Mais dans un pays où le recrutement des magistrats n'est pas régulier, dépend du dynamisme du ministre de la justice, et se réalise sur des critères peu objectifs, ces « réels » spécialistes s'y intéressent rarement, surtout que le Conseil supérieur de la magistrature ne prend même pas en compte les domaines de recherche des candidats pour les affectations. Sans oublier que rien ne leur garantit le succès au concours d'admission.

465/. Par ailleurs, il n'y a pas non plus une école nationale de magistrature⁸⁹⁰ où les candidats, retenus après le concours, pourraient parfaire leur formation, voire leur spécialisation. Après chaque recrutement, des cours magistraux, une fois de plus, sont

*la magistrature ; être titulaire d'un **diplôme de docteur ou de licencié en droit** délivré par une université nationale publique ou privée légalement agréée ou d'un diplôme délivré par une université étrangère déclaré équivalent conformément à la législation congolaise sur l'équivalence des diplômes ; s'il s'agit d'une personne mariée, produire un extrait d'acte de mariage*». Notons que la « **licence** » est le diplôme qui sanctionne la cinquième année d'études universitaires (ou le second cycle). Il est l'équivalent du master 1 français ou belge.

⁸⁹⁰ L'art. 4 al.2 L.O n°06/020 du 10/10/2006 en prévoit une où doivent s'organiser une formation et un stage de 12 mois à destination des candidats retenus. Mais cette dernière n'est pas encore effective. Lire, « Etats généraux de la justice », Ministère de la justice et droits humains/RD Congo, Kinshasa, 27/04-02/05/2015, thèmes 1 et 2 portant respectivement sur l'indépendance de la justice et l'organisation judiciaire, pp. 11-17.

organisés pendant une période déterminée (deux à six mois) avant la prestation de serment et l'entrée en fonction. Parfois, plusieurs mois séparent ces deux événements. Et, plusieurs recrues découvrent, avec le public et sans consultation préalable, leur affectation. Ces nouveaux magistrats sont souvent déversés dans les parquets de grande instance comme substituts du Procureur de la République (art. 4 al.1 L.O n°06/020 du 10/10/2006) mais d'autres se retrouvent directement catapultés juges de paix et, souvent, JPE. Une fois en fonction, les magistrats ne sont soumis ni à une formation continue, sauf les rares séminaires de sensibilisation organisés par certaines ONG internationales ou les institutions spécialisées des NU sur des thèmes spécifiques, ni à un suivi professionnel : les avancées de carrière (promotion) se faisant sur des critères peu clairs basés souvent sur l'ancienneté. Toutes ces failles au niveau de la formation peuvent bien être palliées par une vraie passion et motivation dans le chef du magistrat lui-même les poussant à une auto-formation. Mais, la réalité judiciaire congolaise ne nous permet d'être optimiste. D'une part, les jeunes magistrats, tombant vite dans la course au positionnement social, se prêtent à des pratiques de tout genre, se cantonnent dans le formalisme, et relèguent au dernier plan la réflexion juridique. L'affaire judiciaire ne représentant qu'un gain à leurs yeux, beaucoup d'entre eux ne sont pas enthousiasmés d'être affectés dans un TPE où les justiciables sont généralement des démunis et, que les rares affaires juteuses sont généralement clôturées au niveau du parquet ou de la police. L'on peut comprendre pourquoi ce poste, ou mieux cette corvée, de juge pour enfants a toujours été assuré à tour de rôle dans les Tripaix, et confié aux juges débutants dans les TPE, qui ne rêvent que de le quitter à la première occasion. A vrai dire, la spécialisation du JPE congolais n'est que théorique, voire même utopique.

B. L'impact de la spécialisation juridictionnelle sur la prise en charge des mineurs-délinquants.

466/. **La spécialisation des animateurs, plus déterminante que la spécialisation structurelle.** Au regard de ce qui précède, le passage d'un juge spécial au juge spécialisé des enfants a induit deux grandes innovations ; l'une structurelle, l'autre fonctionnelle. La première qui nous intéresse à ce stade, sous-entend aussi à son tour une autonomisation structurelle par la création d'une juridiction autonome (TPE) dirigée par des magistrats de carrière dotés des aptitudes spécifiques. L'effectivité de ces innovations appelle à un plan d'action étalé dans le temps afin de surmonter toutes les difficultés auxquelles les réalités congolaises pourraient l'amener à affronter. Sauf méconnaître sa portée, une réforme fondamentale de cette envergure se prépare ; elle ne s'improvise pas et ne s'impose pas. Nous

estimons, donc, qu'il importait de procéder graduellement et méthodiquement en dotant d'abord les JPE des aptitudes juridiques et scientifiques requises pour accomplir efficacement les tâches de leur délicate mission, à défaut, les faire assister dans un premier temps des juges non-professionnels spécialistes dans le domaine des droits de l'enfant afin d'insuffler *crescendo* dans la pratique judiciaire la nouvelle orientation axiologique prônée par le Législateur. Une fois, la machine bien rodée, l'on pouvait passer à tout moment à une réelle autonomisation juridictionnelle.

467/. Pour un pays comme la RDC où le dysfonctionnement de l'appareil judiciaire (délai déraisonnable, faible qualité des jugements et arrêts, non-respect des droits des justiciables...) est un problème récurrent qui préoccupe aussi bien les citoyens que le pouvoir public et la communauté internationale, la spécialisation juridictionnelle apparaît théoriquement comme la solution idéale. Les auteurs sont quasi-unanimes sur son bien-fondé. Mais, eu égard à la maladresse de notre pays à mettre réellement en œuvre les réformes orchestrées, nous sommes de ceux-là qui resterons toujours sceptique à la création des nouvelles institutions, appelant des nouvelles infrastructures et la formation d'un nouveau personnel. Nous préconiserons toujours une spécialisation minimale : c'est-à-dire, des aménagements structurels et procéduraux tendant à améliorer l'efficacité des juridictions existantes. Pour l'éclatement en trois ordres juridictionnels, par exemple, nous aurons bien souhaité une simple succion fonctionnelle en lieu et place d'une scission institutionnelle. Les juridictions devraient restées les mêmes mais séparées en deux grandes sections autonomes et distinctes (judiciaire et administrative) réparties chacune en plusieurs sous-sections ou chambres dépendamment des spécialités de ces deux grands domaines juridiques. Le parquet, de son côté, suivra la même structuration, avec une prépondérance la section judiciaire, particulièrement de sa sous-section ou chambre pénale, au regard du rôle traditionnel de cet organe. L'évolution des magistrats sera cantonnée dans une section spécifique sauf demande expresse de ces derniers et après une formation supplémentaire. Et, à un certain degré d'évolution de carrière (cour d'appel, par exemple), le changement de section ne sera plus possible. Ce qui nous épargnera des longues périodes transitoires avec le fonctionnement concomitant des juridictions abrogées et nouvellement créées.

468/. Notre scepticisme se confirme davantage avec la situation actuelle des TPE dont les compétences et les règles de fonctionnement sont quasiment calquées sur celles de la chambre spécialisée du Tripaix que l'on ne sait exactement situer l'évolution tant clamée. En

effet, rien n'a réellement changé au niveau de la structure, du fonctionnement, et surtout de l'impact de cette juridiction dans la prise en charge de la délinquance des mineurs. Les deux instances (TPE et Tripaix d'avant 2013) siègent à juge unique au premier ressort (art. 90 LPE, 24 COCJ), avec l'assistance d'un greffier, généralement issus du Tripaix, et le concours du ministère public, relevant aussi du parquet affilié au Tripaix (art. 91 et 93 LPE, 17 et 24 COCJ, 152 et 13 LO OCJ). Bien plus, comme nous l'avons déjà précisé, le JPE congolais continue à réfléchir comme le juge de paix siégeant en matière d'enfance délinquante. Et, ce dernier aussi lorsqu'il connaît une infraction commise par un mineur n'agit aucunement à titre « juge de droit commun faisant office du juge pour enfants » mais comme un « juge de paix siégeant en matière d'enfance délinquante » pendant que cette casquette soulève d'énormes problèmes juridiques. D'aucuns ne trouveront là qu'un simple juridisme mais cette démarcation doit, à tout moment, être faite pour plusieurs raisons dont les plus évidentes sont au nombre de deux. D'abord, rappelons que l'ECL n'est, de droit, justiciable que devant son juge naturel qui est le JPE : tout juge à qui sera confié, provisoirement, cette compétence doit s'identifier en tant que tel et le mentionner dans son jugement de peur de violer ce principe sacro-saint. C'est ainsi d'ailleurs, qu'ils sont tenus d'appliquer minutieusement les règles de fond et de forme prévues par la LPE, sauf autorisation expresse de celle-ci. Chose que ne font pas forcément les tribunaux de paix et de grande instance lorsqu'ils jugent momentanément des justiciables des TPE dans les parties du territoire qui n'en disposent pas. Deuxièmement, il faut relever le changement majeur qui s'est opéré dans la composition du Tripaix siégeant au premier ressort en matière pénale : si d'après l'ancien code d'OCJ auquel faisait référence l'article 200 de la LPE relatif aux dispositions transitoires, ce tribunal siégeait toujours à juge unique, sauf en matière coutumière, aujourd'hui il siège à trois juges, sauf en matière civile non coutumière (art. 10 LO OCJ). Les dispositions transitoires⁸⁹¹ de la même loi prolongent, comme l'article précité de la LPE, la mission du Tripaix en matière d'enfance délinquante sans pour autant percevoir cette nuance : elles se bornent à désigner les chambres spécialisées comme compétentes mais ne règlent pas la problématique de la composition de son siège, – encore moins celle de la dissemblance de compétence territoriale entre les TPE et le Tripaix –, au regard de cette innovation, encore moins celle de la juridiction et du parquet compétents en instance d'appel. A l'état actuel du droit congolais, nous affirmons que tout juge de paix

⁸⁹¹ **art. 152 LO OCJ** : « En attendant l'installation des tribunaux pour enfants institués par l'article 84 de la loi n°09/001 du 10 janvier 2009 portant protection de l'enfant, les chambres spécialisées des tribunaux de paix connaissent des matières dans lesquelles se trouve impliqué l'enfant en conflit avec la loi et appliquent toutes les règles de procédures prévues par cette loi ».

qui siège aujourd'hui seul en matière d'enfance délinquante viole la loi : or, c'est ce qui se passe couramment à l'intérieur du pays sans que personne ne soulève cette exception d'ordre public. Il faut aussi avouer que la mobilisation de trois juges, au premier degré, pour toutes les affaires des mineurs risque de rendre la machine judiciaire plus lourde et quasiment, inopérante. D'où une précision urgente et supplémentaire entendue de la part du Législateur.

469/. Les juridictions pénales des mineurs en droit comparé : structures hybrides et spécialisation des animateurs. Même les pays socialement mieux structurés et nantis, particulièrement nos systèmes juridiques de référence, ont opté pour un choix de la raison cumulant aménagement et autonomisation juridictionnels tout en mettant plutôt l'accent sur la spécialisation des animateurs. En effet, ces systèmes juridiques ont non seulement aménagé que partiellement la structure de leurs juridictions chargées de poursuivre les mineurs-délinquants mais aussi mis l'accent sur la formation de leurs animateurs dont le chef de file reste le JPE. Ce procédé a permis à la fois de réduire les difficultés matérielles et de produire plus de résultats en un temps relativement court. Le législateur congolais, qui a institué des juridictions carrément autonomes sans mettre l'accent sur la formation des juges qui doivent les diriger, rencontre des sérieuses difficultés pour imprégner à cette justice un nouveau modèle de fonctionnement et de prise en charge des mineurs-délinquants.

470/. La structure des juridictions des mineurs en droit belge et français. Contrairement au droit congolais, les droits belge et français ont opté pour une spécialisation juridictionnelle limitée. Pendant que le droit français est à cheval entre aménagements structurels (voire procéduraux) et autonomisation juridictionnelle, le droit belge, plus protectionnel que son homologue, a curieusement et carrément opté pour la première solution.

471/. En droit français, la configuration des juridictions spécialisées chargées de poursuivre les mineurs est complexe au point que nous ne pouvons la suggérer à la RDC qui a déjà moult défis à relever. Rappelons déjà que dans ce système juridique, l'action publique fait appel, rien que les phases pré-sentencielle et sentencielle, à trois ou éventuellement quatre catégories d'organes, à savoir ; la police judiciaire, le parquet, les juridictions d'instruction et les juridictions de jugement. Ces différents organes interviennent de manière relativement particulière en matière des mineurs-délinquants. Si l'on ne s'intéresse qu'aux organes juridictionnels, ils peuvent être classifiés en trois catégories. Premièrement, les juridictions qui n'aménagent aucune procédure spécifique lorsqu'elles poursuivent les mineurs. C'est

notamment le cas du tribunal de police ou du juge de proximité lorsqu'ils jugent des mineurs-contrevenants. Deuxièmement, les juridictions de droit commun qui aménagent leur structure lorsqu'elles poursuivent les mineurs. Elles sont désignées par « juridictions adaptées ». C'est le cas de la juridiction d'instruction, de la chambre de l'instruction de la cour d'appel, du tribunal correctionnel des mineurs, de la chambre spéciale de la cour d'appel et de la cour d'assise des mineurs. Enfin, il y a des juridictions réellement spécialisées, à savoir ; le juge des enfants et le tribunal pour enfants. De manière générale, exclusion faite des juridictions d'instruction inconnues du droit congolais, les mineurs-délinquants peuvent donc être traduit en droit français, dépendamment de leur âge, de leur personnalité et de la gravité des faits ;

- soit devant le juge de proximité pour des contraventions de la première à la quatrième classe,
- soit devant le juge des enfants⁸⁹² pour des contraventions de la cinquième catégorie et des délits moins graves,
- soit au tribunal pour enfants pour des délits graves et, particulièrement, des crimes commis par ceux âgés de moins de seize ans (art. 9 et 20-1 Ord. 1945),
- soit au tribunal correctionnel des mineurs pour des délits punissables d'au moins trois ans d'emprisonnement, commis en récidive, par ceux âgés de plus de seize ans,
- et enfin, devant la cour d'assise des mineurs pour les crimes commis par ceux âgés de plus de seize ans, ou exceptionnellement, moins⁸⁹³.

472/. Toutes ces juridictions siègent avec le concours d'un ministère public et d'un greffier spécialisés (art. R. 212-13 COJ). Et, quelle que soit la juridiction ayant statué au premier degré, l'appel est déféré devant une juridiction de droit commun aménagée, à savoir, la chambre spéciale de la cour d'appel ou la cour d'assise d'appel des mineurs. Bien que complexe, la configuration juridictionnelle française a le mérite, d'une part, de doter l'action

⁸⁹² Contrairement au droit congolais où il est désigné par « *juge pour enfants* », en droit français l'on parle du « *juge des enfants* ». Ce dernier est à lui seul toute une juridiction autonome : il siège seul, en audience de cabinet, pour prononcer en l'encontre du mineur des mesures éducatives ou une décision de transfert devant le TPE lors qu'il estime que les faits mériteraient d'autres sanctions (art. 8 Ord.1945 tel que modifié à ce jour). En droit congolais, le JPE siège toujours seul au premier degré et, contrairement à son homologue français, est compétent pour toutes les infractions commises par les mineurs contre lesquelles il peut prononcer toutes les sanctions prévues par la LPE. Cette audience, à formalité réduite, se déroule parfois, sans une obligation légale, dans son cabinet par soucis de restriction de publicité ou en absence de salle d'audience libre.

⁸⁹³ L'art. 20 al1. Ord. 1945, validé par le Conseil constitutionnel (Déc. n° 2013-356 QPC, 29/11/2013) et dont la dernière modification émane de la L. n°2016-1547 du 18/11/2016 (art.30), permet qu'un mineur de moins de seize ans soit jugé par la CAM lorsqu'il est accusé également d'un crime commis après seize ans qui forme avec les faits antérieurs un tout indivisible.

publique à l'encontre du mineur-délinquant d'un certain degré de solennité dépendamment de la gravité des faits commis et de la personnalité du mineur, et d'autre part, d'intégrer à l'action publique, à côté de l'expertise juridique et scientifique, la participation citoyenne⁸⁹⁴. La création de la cour d'assises des mineurs (1951) ou récemment du Tribunal correctionnel des mineurs ainsi que l'institution des « assesseurs-citoyens » (2011), spécialement pour le jugement des infractions auxquels l'opinion publique est assez sensible, confirme cette tendance.

473/. **En droit belge**, la structure est encore plus simplifiée. Sa spécialisation juridictionnelle consiste uniquement en un aménagement des certaines juridictions de l'ordre judiciaire. A cet effet, les juridictions chargées de connaître les infractions commises par les mineurs sont au nombre de trois, à savoir ; le tribunal de première instance, la cour d'appel et le juge d'instruction. Chacune de ces juridictions comporte une section spécialisée en matière de la jeunesse. Le tribunal de la jeunesse et de la famille, compétent au premier degré à l'égard des mineurs-délinquants, est une des quatre sections du tribunal de première instance, à côté du tribunal civil et correctionnel, du tribunal de travail et du tribunal d'application des peines (art 76 al.1-2 C.jud.). Il se compose, depuis la réforme opérée par la loi du 30/07/2013 entrée en vigueur le 01/09/2014, d'une ou plusieurs chambres de la famille et de règlement à l'amiable qui s'occupe des litiges civils de nature familiale (art. 57bis, 101 al.1 C.jud.), et d'une ou plusieurs chambres de la jeunesse, parmi lesquels une chambre de dessaisissement, compétente(s) pour l'enfance en danger et délinquante. La chambre de désistement (art. 76 §3 C.jud.), rappelons-le, applique le droit commun et la procédure pénale commune pour juger les personnes soupçonnées d'avoir commis des faits qualifiés d'infraction alors qu'elles étaient âgées entre seize et dix-huit ans, et qui ont fait l'objet d'une décision de désistement du tribunal de la jeunesse en application de l'article 57bis LPJ. En cas de connexité avec des poursuites du chef d'autres infractions, particulièrement de roulage, les juridictions de droit commun peuvent aussi être compétentes au premier degré à l'égard des mineurs de seize à dix-huit ans (art. 36bis al.1-2 LPJ). Les cours d'appel comptent également, à côté des chambres civiles et correctionnelles, des chambres de la jeunesse et des chambres de la famille, chargée des appels des décisions rendues par les tribunaux de la jeunesse (art. 602 C.jud.)

⁸⁹⁴Loi n° 2011-939 du 10/08/2011 sur la participation des citoyens au fonctionnement de la justice pénale et le jugement des mineurs.

474/. **Les animateurs des juridictions des mineurs en droits belge et français.** Une autre constance qui se dégage de l'analyse du fonctionnement des juridictions pénales des mineurs en droit comparé (français et belge) est la mise en exergue des certaines qualités exigibles à tous les intervenants dans l'action publique l'encontre du mineur-délinquant, particulièrement aux juges des enfants.

475/. **En droit français,** le juge des enfants reste la plaque tournante des toutes ces juridictions spécialisées ou adaptées dont il est le président, à l'exception de la cour d'assises des mineurs. Il est magistrat du TGI désigné pour trois ans renouvelables pour ses compétences et sa spécialisation. « Sa spécialisation est non seulement assurée par les enseignements qu'il reçoit à l'Ecole nationale de la magistrature (ENM) mais encore par une formation continue dispensée par l'ENM et le centre de formation de la protection judiciaire de la jeunesse de Vaucresson »⁸⁹⁵. Il est, en outre, assisté au TPE, par deux assesseurs qui sont des simples particuliers, âgés d'au moins trente ans, nommés pour une durée de quatre ans par le ministre de la Justice sur proposition du premier président de la cour d'appel, connus pour leur compétence et intérêt qu'ils portent aux problèmes de l'enfance (art. L.251-4 COJ). Au niveau du tribunal correctionnel des mineurs⁸⁹⁶, le JPE siège en compagnie de deux assesseurs magistrats professionnels, mais deux autres assesseurs-citoyens peuvent également être ajoutés lorsqu'il s'agit d'une infraction visée à l'article 399-2 CPP, à savoir ; les atteintes à l'intégrité humaine, les destructions, dégradations et détériorations dangereuses punissables d'au moins cinq ans d'emprisonnement, les vols avec violences ou les extorsions (art. 311-4, 311-5-1°, 311-6, 312-1 et 312-2 CP)⁸⁹⁷. La composition du siège de la cour d'assises des mineurs se particularise uniquement au fait que les deux assesseurs qui assistent le président de cette cour, magistrat de la cour d'appel (président de chambre ou conseiller), sont généralement choisis parmi les juges des enfants (art. 1 et 20 Ord.1945, L.254-1 COJ).

476/. **En droit belge**⁸⁹⁸, les chambres du tribunal de la jeunesse sont dirigées chacune, pour le tribunal des enfants de la loi du 15/05/1912 qu'il a remplacé, par un juge unique (art.

⁸⁹⁵ BONFILS P. et GOUTENOIRE A., *Op. cit.*, p.941.

⁸⁹⁶ Ce tribunal n'est autre que l'une des chambres correctionnelles du tribunal de grande instance dont la solennité est destinée à impressionner de façon ferme le délinquant récidiviste.

⁸⁹⁷ PERROT R., *Op.cit.*, pp. 157-159, 166-167.

⁸⁹⁸ BEERNAERT M.A. et al., *Introduction à la procédure pénale*, La Chartre, Bruges, 2017, p.279 ; DE LAVAL G. et GEORGES F., *Droit judiciaire, T1 : Institutions judiciaires et éléments de compétence*, Larcier, 2^{ème} éd., Bruxelles, 2014 ; FRANCOISE C., « Le cabinet du juge de la jeunesse : espace d'éloignement, de rupture et de rapprochement », *Champ pénal/Pénal*, vol. VIII, 2001, [en ligne]<http://champenal.revues.org/8180>, consulté le 11/03/2016.

109 C.jud.) appelé « juge de la jeunesse » désigné par arrêté royal parmi les juges du tribunal de première instance pour un terme d'un an renouvelable, une première fois pour une durée de deux ans et ensuite pour une durée de cinq ans (art. 78, 259 sexis §1^{er}, 1°, §2, al.1 C.jud.). Assisté d'un greffier, le tribunal de la jeunesse siège avec le concours d'un ministère public (art 76 C.jud.) qui y est représenté par un ou plusieurs magistrats du parquet du procureur du Roi **spécialement** désigné(s) par celui-ci (art. 11, 12 al1 Loi de 1912, 8 LPJ). Le greffe de ce tribunal est subdivisé en service de manière à spécialiser chacun d'eux à la compétence spécifique de chambres du tribunal dont il dépend.

§2. Le JPE congolais, d'un juge spécialisé à un juge surchargé

477/. A l'issue de ce premier paragraphe, il s'est avéré que le JPE congolais, en sa qualité de juge spécialisé, a donc un contentieux relativement technique qui lui est propre et pour lequel il lui est exigé des qualités intellectuelles supplémentaires, autres que sa formation juridique de base. Mais le contenu de ce contentieux a aussi évolué entre les deux régimes juridiques congolais en matière d'enfance délinquante, constituant, de ce fait, un autre critère de distinction entre ces régimes. Contrairement à son homologue de 1950 qui avait exclusivement une compétence pénale (déviance et délinquance proprement dite confondues), le nouveau juge a, à la fois, des compétences civiles et pénales (A). Cette évolution peut bien avoir beaucoup d'avantages, mais surcharge ce juge tout en lui faisant courir un risque de dispersion ou de dénaturation (B).

A. La spécialisation juridictionnelle et la double compétence matérielle

478/. Au nom du principe de l'unicité des justices civile et pénale, les mêmes juges siègent au pénal et au civil. C'est lorsqu'ils sont affectés au près d'une juridiction spécialisée autonome que leur champ d'action se réduit consécutivement au contentieux spécifique attribué à ladite juridiction. Lequel contentieux est de nature, soit civile, soit pénale. A cet effet, le juge spécialisé est généralement soit un juge pénal, soit un juge civil. Il a exceptionnellement les deux casquettes : cette dérogation est parfois accordée par les législateurs pour permettre aux petites juridictions, qui peuvent rencontrer des problèmes de manque du personnel, de fonctionner. Mais en droit congolais, ce genre de cumul de compétence est reçurent. Ce qui se confirme davantage avec le cas des TPE.

479/. **Le JPE, un juge mixte.** Il n'y a plus l'ombre de doute que le nouveau juge congolais pour enfants est un juge mixte (art. 63, 99 LPE). Si ce cumul de compétence pourrait

paraître, sur le plan formel, comme une évolution ; elle ne l'est pas réellement sur le plan du fond. En effet, comme nous l'avons déjà précisé, le juge des enfants du D.1950 était bien le juge de paix. A ce titre, il pouvait être amené, bien que dans la pratique on les en déchargeait généralement au vu de leur lourde mission quotidienne, à siéger pour les autres contentieux soumis à son tribunal de rattachement. Or, c'est à cette juridiction, le Tripaix en occurrence, qu'a été confié le contentieux de droit privé de personnes. Ce qui n'empêchait théoriquement ces juges de retrouver une affaire liée à une autre qu'ils auraient déjà connue en matière d'enfance délinquante. Cette position dans laquelle le Législateur avait mis le juge pour enfants posait bien dans la pratique un problème de son indépendance (que nous analyserons dans le chapitre suivant). Mais dans l'esprit du Législateur, de surcroît animé par l'approche tutélaire, il existait bien une nette différence entre les deux casquettes, à savoir ; d'une part, le juge de paix et juge spécial de l'enfance délinquante, et d'autre part, le juge de paix saisi pour un litige de droit privé concernant un enfant.

480/. Le JPE congolais, un pic de Mirandole ? Sans chercher, à notre avis, à mettre fin à ce germe d'irrégularité, la LPE a reconnu expressément au JPE les deux compétences. De ce fait, à l'état actuel de notre droit judiciaire, le JPE congolais ressemble beaucoup à ses homologues français et belge qui connaissent aussi à la fois des contentieux civils et pénaux relatifs à l'enfant. Il connaît tant les affaires civiles relatives à l'enfance en danger que les affaires pénales relatives à l'enfance délinquante. Mais, contrairement à ses homologues français et belge, le JPE congolais connaît toutes les matières civiles où sont impliqués les enfants. Rappelons que la compétence des TPE pour juger les mineurs ou les litiges les concernant qui leur sont dévolus est exclusive de toute autre ; ce qui signifie que, d'une part, aucune autre juridiction ne peut en principe le faire et, d'autre part, l'exception de minorité emporte sur toute autre exception⁸⁹⁹ ou privilège reconnu (e) par la loi. A cet effet, le JPE congolais connaît tout et peut tout : il est compétent dès le moment où le contentieux concerne un mineur. Sa spécialité est « le mineur » sous tous ses aspects juridiques (civil, pénal, voir même à notre avis, administratif). A la combinaison des articles 94, 95 al.1 et 99 LPE, il apparaît à la fois comme un second juge de la famille (droits parentaux et droit de la personne)⁹⁰⁰, le juge de la protection de l'enfant en danger et le juge de la répression du mineur-délinquant. Les deux dernières compétences lui sont naturellement dévolues depuis

⁸⁹⁹ Nous émettons toutefois une réserve sur la primauté de l'exception de minorité sur celle d'inconstitutionnalité. Nous reviendrons sur cette confrontation dans le chapitre suivant.

⁹⁰⁰ D'après l'article 99 al.2 LPE, le TPE connaît également les matières se rapportant à l'identité, la capacité, la filiation, l'adoption et la parenté telle que prévue par la loi.

l'ordonnance de 1950 à la différence que la protection de l'enfant relève dorénavant, malgré le silence du Législateur, de la procédure civile. Tandis que la première compétence revenait exclusivement, jadis, au juge de paix siégeant en matière civile (art. 110 al.1 COCJ et LO OCJ).

481/. Comme l'ont conclu certains auteurs⁹⁰¹ au sujet du juge de commerce congolais, le JPE est aussi un juge fourre-tout, aux dimensions tentaculaires, absorbant certains pouvoirs reconnus traditionnellement au juge de paix et à celui de grande instance. Malheureusement, des tels cumuls des compétences pénales et civiles de la part des juridictions spécialisées autonomisées ne sont pas rares en droit congolais. Sur les quatre dont dispose le pays ; une est exclusivement, au sens large, civile (tribunal de travail), une est exclusivement pénale (juridictions militaires) et deux sont mixtes (Tricom⁹⁰² et TPE). Néanmoins, contrairement aux autres juges spéciaux (Cours d'appel et constitutionnelle) et spécialisés (Tricom) qui ont un champ matériel et pénal bien déterminé et restreint, le juge congolais pour enfants a théoriquement un domaine infini. Des voies de faits aux crimes contre l'humanité, en passant par les meurtres et coups et blessures ou d'autres infractions portées par des textes spécifiques, il en maîtrise les dédales. Malgré, comme nous l'avons démontré dans le titre précédant, la monotonie de la criminalité infantile, la prise en compte du paramètre moral pour l'établissement de la responsabilité pénale amplifie son travail, voir même, le complexifie par rapport à son homologue de 1950 qui, non seulement était exclusivement un juge pénal durant tout son mandat assumé à tour de rôle par tous les juges affectés au Tripaix, mais aussi limitait son analyse de l'élément matériel. Mêmes les juges militaires n'ont pas pareilles responsabilités : ces derniers, d'une part, sont repartis à plusieurs niveaux dépendamment du taux de la peine de l'infraction poursuivie et du grade de l'auteur, et d'autre part, siègent généralement en collégialité. Toutes ces nouvelles compétences, particulièrement la recherche du discernement dans le chef du mineur, appellent beaucoup de gymnastiques intellectuelles, fruits généralement d'une expérience nourrie, qui sont difficiles à réaliser par des jeunes magistrats qui pullulent ces juridictions. Bien plus, la justice congolaise des mineurs se résume

⁹⁰¹LUZOLO BAMBI LESA E.J. et BAYONA-ba-MEYA N.A., *Op.cit.*, p. 147 ; TASOKI MANZELE M.J., *Op. cit.*, p.222.

⁹⁰² Au regard de l'article 17 L.N°002/2001 du 03/07/2001, les tricom congolais connaissent, en droit pénal, toutes les infractions à la législation économique et commerciale, quels que soient le taux de la peine ou le coût de l'amende. Hormis le fait que ce champ matériel est imprécis [cfr. points de vue contradictoires des professeurs TASOKI MANZELE (*Op. cit.*, p.222, Note 687) et LUKOMBE GHENDA (*Le règlement du contentieux commercial*, T.1 : Les tribunaux de commerce, PFDUC, Kinshasa, 2005, pp. 452-485, spéc.483)], l'attribution des compétences pénales à une juridiction commerciale spécialisée pourrait être un cas rare en droit comparé : ni le prud'homme français, ni le tribunal de travail n'ont une telle compétence.

essentiellement au premier degré où le tribunal statue à juge unique : quel que soit le régime considéré (1950 ou 2009), les décisions juridictionnelles en matière de l'enfance délinquante ne sont généralement, pour des raisons plus sociales et économiques que juridiques, jamais contestées en appel.

482/. **Pour une chambre supplémentaire à trois juges au premier degré : les infractions graves ou/et complexes ainsi que la poursuite des majeurs**⁹⁰³. Doit-on réorganiser le fonctionnement du TPE au regard de la nature et/ou taux de la peine de l'infraction pour laquelle le mineur est traduit devant la justice ? La question reste ouverte en droit congolais. En ce qui nous concerne, elle mériterait une réponse affirmative. Le Législateur devrait doter ce tribunal d'une composition plurielle, que nous dénommons (***la grande chambre***), compétente au premier degré pour les *infractions graves* (punissables de plus de dix ans) et *complexes* (crime contre l'humanité, crimes organisés, grande criminalité...). Comme pour le référencement à la médiation pénale, les conditions du transfert d'une affaire à cette « grande chambre » doivent être à la fois légales (s'imposant à toutes les parties, y compris le juge, et pouvant ainsi être invoquées par les parties) et prétoriennes (laissées à l'appréciation du juge). Pour éviter la paralysie des TPE au vu du prorata actuel des juges affectés à ces juridictions (environ 3,4 juges par TPE), l'on peut instituer une composition à trois dont un juge pour enfants, qui sera le président, et deux juges assesseurs qui peuvent être soit des magistrats de carrière pris parmi les juges de paix ou de grande instance, soit des personnalités manifestant un intérêt pour le domaine de l'enfant. Cette « grande chambre » aura aussi pour mission spéciale de poursuivre les *adultes pour entraves à la justice* (des parents, membres de la famille du mineur-délinquant ou gardiens : art. 131 LPE) ainsi que *des mineurs repris majeurs*. Ce dernier aspect constitue aussi un oubli, sinon une contradiction majeure de la LPE. En effet, les dispositions de l'article 94 et 98 de la LPE se sont contentées à fixer l'âge au moment de la commission des faits comme critère déterminant de la compétence personnelle des TPE sans tirer toutes les conséquences juridiques y afférentes. Or, l'on sait bien que le délai de prescription en droit congolais varie dépendamment du taux de la peine et de la nature de l'infraction⁹⁰⁴. Ce qui signifie qu'un

⁹⁰³ Voir aussi §§.515-516.

⁹⁰⁴ **Article 24 CPO** : « L'action publique résultant d'une infraction sera prescrite : 1°) après un an révolu, si l'infraction n'est punie que d'une peine d'amende ou si le maximum de la servitude pénale applicable ne dépasse pas une année ; 2°) Après trois ans révolus, si le maximum de la servitude pénale applicable ne dépasse pas cinq années ; 3°) après dix ans révolus, si l'infraction peut entraîner plus de cinq ans de servitude pénale ou la peine de mort ». Hormis, ce délai limité dans les temps, le droit pénal congolais consacre également l'imprescriptibilité des crimes internationaux (art.34 bis CPO).

mineur qui aurait commis une infraction punissable de plus de cinq ans de servitude pénale à l'âge de seize ans sera encore sous le coup d'une action publique jusqu'à son vingt-sixième anniversaire. Le silence de la loi sous-entendrait que ce jeune-adulte devra être jugé par le TPE d'après les mêmes modalités qu'un mineur de quinze ans et, par conséquent, être soumis aux mêmes types de sanction. Cette solution, heurtant le bon sens, appelle toutefois deux approches : l'une rigidement légale, et l'autre pragmatique et sociologique. La deuxième, à laquelle nous nous inscrivons, voudrait que ces jeunes-adultes soit traités différemment des autres mineurs, quitte à modifier la procédure ou les mesures applicable(s). Tandis que la première est consécutive au sacro-saint principe de légalité des incriminations et des peines : le Législateur n'ayant pas distingué cette catégorie des mineurs a déjà tranché pour l'identité de traitement. Elle ne poserait, à notre avis, aucun problème si le jeune-adulte s'est entre-temps rangé qu'il n'est pas opportun d'envisager une réponse pénale particulière à son encontre, ou encore si les civilement responsables sont vivants et peuvent encore assurer la réparation des actes commis par leur rejeton. C'est au cas contraire que cette approche legaliste peut léser les droits des victimes et, surtout, mettre en danger toute la société en appliquant à un délinquant notoire des sanctions qui n'auront aucun effet persuasif sur lui. D'autres problèmes liés à la compétence civile du JPE peuvent aussi être épinglés.

B. La place inquiétante du contentieux privé dans la compétence du TPE

483/. **Le TPE, un tribunal pratiquement de droit privé.** Si déjà dans la configuration belge et française de ces juridictions, les auteurs soulignent la prépondérance du volet civil (enfance en danger) sur le volet pénal (enfance délinquante) dans le travail quotidien du juge des enfants, à plus forte raison leur homologue congolais à qui est confié surabondamment un contentieux purement du droit privé pour lequel la loi a pris soin de préciser clairement les modalités civiles de leur règlement. Quoique ce constat peut être relativisé en droit congolais où les pesanteurs sociologiques⁹⁰⁵ réduisent sensiblement le flux judiciaire en ce qui concerne particulièrement les conflits familiaux (garde des enfants, reconnaissance de paternité...), il sied de souligner que cette compétence résiduelle est, à notre avis, largement au-delà la conception moderne du DPM. Car, n'oublions pas que même l'attribution de la compétence relative à l'enfance en danger ou ESD s'inscrit, comme nous l'avons déjà démontré, dans une visée préventive consécutive aux liens étroits qui existent entre ce groupe des mineurs et les

⁹⁰⁵ Sur l'échantillon de jurisprudence récolté lors de nos recherches au près des TPE, environ dix à vingt pour cent des contentieux concernaient le domaine de droit de la famille. Et ce, principalement dans la capitale et lorsqu'il s'agissait d'une affaire des gros sous.

mineurs délinquants : d'ailleurs, la victimité prise en compte dans le concept de l'enfant en danger ou en ESD est plus ou moins liée à l'infraction ou une défaillance criante des parents dans leur obligation d'éducation ou de sécurisation de leurs enfants. Mais les contentieux de l'identité, de la capacité, de la filiation ou de l'adoption concordent difficilement avec cet objectif. L'on se retrouve au final en droit congolais avec un juge qui applique dans soixante-dix pour cent de son travail une procédure de droit commun, plus particulièrement, la procédure civile. Il est, donc, banalisé : sa nature pénale originelle est effacée, et sa spécialisation, remise en cause. Rappelons que les juridictions spécialisées ont par nature « un statut plus ou moins dérogatoire au droit commun, par leur composition, ou [surtout], par la procédure qui doit être suivie devant elles. Au reste, il ne servirait à rien d'instituer des juridictions spéciales si ce n'était pas pour échapper aux dispositions qui régissent le droit commun »⁹⁰⁶.

484/. Ce cumul de compétence peut avoir le mérite de rassembler sous l'hospice d'un même juge tous les contentieux des mineurs d'âge. Cet objectif de simplification a milité en droits français et belge pour l'attribution au juge des enfants la compétence en matière de l'enfance en danger, et ainsi que la création d'un juge spécialisé en matières familiales⁹⁰⁷. Mais un tel argument n'est pas fondé en droit congolais qui, d'une part, a largement dépassé, comme nous l'avons évoqué dans le paragraphe précédent, le cadre de l'enfance en danger dans les compétences attribuées au TPE, et d'autre part, a toujours eu un juge unique du contentieux de la famille (juge de paix) et n'a donc jamais connu, comme ses homologues, un concours de compétence juridictionnelle en cette matière. Bien plus, l'attribution de cette dernière compétence au TPE n'a pas résolu la problématique : si l'on analyse minutieusement les dispositions qui repartissent désormais les litiges de droit privé entre le Tripaix et le TPE, l'on constate que les contentieux dévolus à ce dernier (l'identité, la capacité, la filiation, l'adoption et la parenté) n'épuisent pas tous les contentieux de droit privé de la personne concernant l'enfant (la famille, les successions, les libéralités). Tel est le cas, par exemple,

⁹⁰⁶ PERROT R., *Op. cit.*, p.165.

⁹⁰⁷ Le juge aux affaires familiales, installé en France en 1993, et le juge de la famille, installé en Belgique en 2013. Au regard de l'organisation juridictionnelle de ces deux Etats, un même litige relatif aux droits de la personne, particulièrement les droits parentaux et matrimoniaux, pouvait être connu par plusieurs juges concurremment compétents. Pour résoudre ce problème et faciliter la tâche aux justiciables, par conséquent, l'accès à la justice, ces législateurs ont mis sous la compétence d'un même juge tous ces contentieux. Ce juge est, en effet, un « juge spécial » qui appartient respectivement du tribunal de grande instance (France) et de première instance, particulièrement du tribunal de la famille et de la jeunesse (Belgique). Des passerelles ou des procédures de communication des pièces sont instaurées entre ces derniers et le juge des enfants. Voir : D. n°2009-398, 10/04/2009 et proposition n°7 commission GUINCHARD, art. 725 bis C.jud.

d'une mère qui agit en justice pour la reconnaissance de la paternité de son fils auprès d'un JPE en vue de revendiquer ses droits successoraux auprès du juge de paix (l'inverse étant aussi possible) ou encore la condamnation du père biologique faillible pour abandon d'enfant⁹⁰⁸. Nous avons éprouvé des difficultés pour trouver un fondement commun entre tous les contentieux de droit privé attribués au JPE. L'on a, à un moment, pensé qu'il s'agissait des rapports de droit qui concernent l'enfant pris individuellement, dans sa personnalité juridique. Si ce critère peut expliquer l'essentiel du contentieux du JPE, il n'en est pas le cas pour les autres, particulièrement la parentalité.

Section 2. La relégation du parquet près du TPE

485/. **Le parquet des mineurs, un parquet mineur ?** Au-delà d'une compétence juridique spécifique acquise par une composition appropriée, la spécialisation des juges implique généralement, d'une part, la spécialisation des autres fonctionnaires et/ou auxiliaires de justice intervenant dans une phase quelconque de l'action publique en l'encontre du mineur, et d'autre part, le caractère dérogatoire des procédures. Ce qui peut se réaliser soit par la modification des rôles des intervenants traditionnels du procès pénal, soit par la création des nouveaux organes. En ce qui concerne les tribunaux congolais pour enfants, la première modalité a été particulièrement appliquée au parquet⁹⁰⁹ ; tandis que la seconde, aux psychologues, aux membres des comités de médiation, et par extension, aux assistants sociaux. Aborder la question des auxiliaires de justice est un casse-tête pour tout auteur étant donné que les règles relatives à leur organisation, statut et compétences et responsabilités sont innombrables, changeantes, dispersées. Cette tâche devient insurmontable lorsque ces règles de fonctionnement sont en plus, comme c'est le cas en de la RDC, quasi-inexistantes ou sont objet d'une opacité manifeste. Raison pour laquelle, notre analyse se limitera au parquet. Toutefois, il faudrait garder à l'esprit que la LPE a apporté un changement notable dans la répartition de rôle, en matière d'enfance délinquante, entre le parquetier et les autres auxiliaires de justice précités : pendant que ces derniers font objet d'une délégation des pouvoirs de juger, le parquet fait, quant à lui, objet d'une relégation. En effet, à l'exemple de toutes les juridictions congolaises, il est aussi institué un parquet près le TPE (article 65 al.1 L.O OCJ, 93 LPE). Au regard des dispositions précitées, ce parquet semble être de même

⁹⁰⁸ Voir : SITA AKELE M., *Le droit pénal de la famille. Essai d'analyse systémique et axiologique* », Thèse, Aix- Marseille, 2001.

⁹⁰⁹ Que ce soient les auxiliaires des parties (avocats et les défenseurs judiciaires) ou des juges (greffiers, huissiers et secrétaires des parquets) ; leur rôle traditionnel auprès des TPE n'a pas été modifié à l'exception du parquetier et de l'OPJ.

nature que tous ses homologues institués près les juridictions spécialisées de l'ordre judiciaire. Mais contrairement à eux, ses attributions ont été sensiblement réduites dans le temps et dans l'espace : il n'a pas le pouvoir d'instruire l'affaire en dehors du cadre juridictionnel, voire même d'assurer l'exécution des certaines mesures prises à l'issue du procès⁹¹⁰. Ce qui pousse à s'interroger, d'une part, sur la réelle mission que voudrait confier le Législateur à cet organe, et d'autre part, sur le bien-fondé du pouvoir reconnu au parquetier congolais, particulièrement dans la phase préparatoire, sur la prise en charge du mineur-délinquant. Pour ce faire, il sied de circonscrire le rôle du parquet en droit pénal congolais (§1) avant d'en proposer des pistes des solutions en matière d'enfance délinquante (§2).

§1. Le Parquet près le TPE, d'un parquet puissant à un parquet effacé

486/. **Les pouvoirs exorbitants du parquet congolais dans l'avant-procès.** Le D.1950 n'avait pas modifié l'organisation et la compétence du parquet : le même parquet qui était attaché au Tripaix était aussi compétent pour requérir devant la chambre de l'enfance délinquante. En cas d'empêchement de l'OMP, la loi reconnaissait au juge la possibilité d'assumer, de plein droit, ce rôle (art. 17 al.2 C.OCJ). Cette disposition étant de moins en moins appliquée avec l'augmentation du nombre des magistrats du parquet, le ministère public avait donc gardé, même en matière d'enfance délinquante, toutes ses prérogatives pénales qui lui étaient reconnues par la loi. De manière générale, le parquet joue un rôle important dans le droit judiciaire d'obédience romaniste⁹¹¹ : il « est à la justice ce que le pouce est à la main [et] est le seul en mesure de se joindre à tous les autres organes qui interviennent dans le processus judiciaire »⁹¹². Il est, soit une partie principale (à chaque fois que l'ordre public est intéressé : le cas du procès pénal et des certains procès civils), soit une partie jointe ou intervenante (souvent dans le procès civil). En droit congolais, il est chargé de veiller au nom de la société et dans l'intérêt général à l'exécution de la loi ainsi que des actes réglementaires et juridictionnels : il intervient d'office à chaque fois que les dispositions concernées intéressent l'ordre public. A ce titre, il assiste, sans prendre part au délibéré, à toutes les audiences des juridictions de l'ordre judiciaire (art. 66 al. 1, 2 et 5 L.O OCJ). En matière de droit privé, il est tantôt *partie principale* et tantôt *partie jointe* (art. 68 L.O OCJ). Le premier cas renvoie à l'hypothèse où il est vraiment partie au procès quand bien même il s'y serait introduit par voie

⁹¹⁰ Le suivi de l'exécution des clauses de la médiation est confié au président du TPE (art .21 arr. interministériels n° 490/CAB/MIN/JDH/2010 et n° 011/CAB/MIN.GEFAE du 29/11/2010).

⁹¹¹ CADET L, NORMAND J., et AMRANI MEKKI S., *Op.cit.*, pp. 357-358 ; PERRODET A., *Etude comparée des ministères publics anglais et gallois, écossais, français et italien*, Thèse, Paris 1, 1997, p. 223 et svt.

⁹¹² VOLFF J., *Le ministère public*, Dalloz, col. Que-sais-je ?, Paris, 1998, pp.6-7.

d'intervention (voie d'action) : c'est dans ce sens qu'il agit au nom et dans l'intérêt des personnes inaptes à ester en justice (le protecteur de faibles et incapables). Tandis que dans le second cas renvoie à l'hypothèse où il serait appelé en vertu de la loi, de la requête du tribunal ou de sa propre initiative, à émettre un avis en la cause (voie d'avis). Sous sa casquette pénale, il recherche ou constate les infractions, rassemble les preuves et poursuit leurs auteurs devant les cours et tribunaux, d'une part, et reçoit les plaintes et les dénonciations de violation de la loi pénale, d'autre part (art.11 CPP, 67 L.O OCJ). Sur ce, il a plus de pouvoir que certains de ses homologues romanistes notamment français ou belges étant donné qu'il cumule aussi les fonctions du juge d'instruction⁹¹³, du juge ou du tribunal d'application des peines (JAP/TAP)⁹¹⁴, et même celle du juge des libertés et de détention (JLD). C'est justement cette dernière compétence qui attirera, à ce stade, notre attention. Car, estimons-nous, au regard de la modification constitutionnelle opérée en 2011, le parquet congolais a aujourd'hui un nouveau statut (A), qui lui a amputé de certaines de ses attributions traditionnelles (B).

A. Le nouveau statut constitutionnel du parquet congolais

487/. Au début de l'an 2011, soit à peine cinq après son adoption, est intervenue la première modification de la Constitution congolaise du 18/02/2006⁹¹⁵. De portée essentiellement politique⁹¹⁶, l'une des dispositions de cette loi constitutionnelle a également modifié le statut juridique du parquet, acteur principal de la répression des infractions. D'après le nouvel article 149 de la Constitution, il est explicitement dénié au parquetier la qualité de titulaire du « *pouvoir judiciaire* », dévolue désormais seuls aux cours et tribunaux. Que faut-il effectivement entendre en droit congolais par « titulaire du pouvoir judiciaire » ? Pour bien saisir la quintessence de cette innovation, il faut remonter à quelques années. En effet, à la

⁹¹³ France : art 52, 90 CPP. Belgique : art. 56 §1, 136 bis CIC

⁹¹⁴ **France** : L.n° 2000-516 du 15/06/2000 renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes (« Loi Guigou »). **Belgique** : art. 76 et svt, 151, 259 *sexties* C.jud). Lire aussi BEERNAERT M.A., *Manuel de droit pénitentiaire*, Anthemis, Louvain-la-Neuve, 2007, p. 17-24 ; BEERNAERT M.A, BOSLY H. et VANDERMEERSCH D., *Droit de la procédure pénale*, La Charte, 6^{ème} éd., Bruges, 2010, pp.1373-1394 ; HERZOG-EVANS M., *Le juge de l'application des peines. Monsieur Jourdain de la résistance*, L'harmattan, Paris, 2013, 316p.

⁹¹⁵ La loi n° 11/002 du 20/01/2011 portant révision de certains articles de la Constitution du 18/02/2006.

⁹¹⁶ D'après son exposé des motifs, cette loi avait pour principal objectif de mettre fin au dysfonctionnement des institutions politiques tant centrales que provinciales que la pratique avait mis en évidence et remettait en cause les options fondamentales levées par le constituant originaire. A cet effet, elle modifie huit articles sur les 229 que compte la Constitution. Plus de la moitié de ces amendements étendent le pouvoir du Chef de l'Etat. L'un d'eux permet aux députés nationaux de retrouver leur poste après exercice d'une fonction politique incompatible.

suite d'un accord politique⁹¹⁷ conclu en 2002 a été adoptée une Constitution dont l'article 148 al.1 avait explicitement cité le parquet, contrairement à tous les textes constitutionnels⁹¹⁸ qui l'avaient précédé, parmi les organes du pouvoir judiciaire. Cet organe, toujours sous-entendu dans les juridictions auxquelles il est attaché, a ainsi connu une reconnaissance constitutionnelle qui a été réitérée à l'article 149 de la Constitution du 18/02/2006. Cette intrusion dans la loi suprême ne fut alors que de très courte durée puisqu'elle fut remise en question en 2011.

488/. D'après son exposé des motifs, cet amendement constitutionnel remet en harmonie les dispositions de l'article précité avec celles des articles 150 et 151 qui proclament, quant à elles, l'indépendance du magistrat de siège dans sa mission de dire le droit ainsi que son inamovibilité. Mais, force est de constater qu'en même temps, une autre disposition constitutionnelle (art. 18 al.4), comme bien d'autres textes⁹¹⁹ d'ailleurs, reconnaît, implicitement au parquetier la qualité d'« *autorité judiciaire* » lorsqu'elle prévoit que l'officier de police judiciaire, à l'expiration du délai de quarante-huit heures, a l'obligation soit de relâcher la personne gardée à vue, soit de la mettre à la disposition de l'autorité judiciaire compétente. Cette dernière n'est, en procédure pénale congolaise et sous réserve de la procédure de flagrance, autre que le parquetier. Il est de droit que nous nous interrogeons ; d'une part, au sujet de l'incidence de cette modification constitutionnelle sur le statut, le fonctionnement et le rôle du parquet en droit congolais, d'autre part, sur la différence qui existerait, en droit constitutionnel congolais, entre la notion de l'« *autorité judiciaire* » et celle du « *pouvoir judiciaire* » ?

489/. **La position problématique du nouveau parquet en droit congolais.** L'innovation de 2002 ainsi que le revirement de 2011 n'ont pas attiré l'attention de la doctrine que leur analyse exige un détour en droit comparé. Cette tâche ne sera pas facile étant donné que les concepts de « *pouvoir judiciaire* » et d'« *autorité judiciaire* » ne sont pas consacrés dans tous les systèmes juridiques ; et, quand c'est le cas, ils ne renvoient forcément pas à la même réalité. Néanmoins, l'éclairage terminologique des droits belge, français et conventionnel européen nous sera d'un grand secours. D'entrée de jeu, soulignons que la

⁹¹⁷ Adopté le 17/12/2002 à Pretoria et signé à Sun City le 03/04/2003 entre les différentes forces politiques et armées de la RDC pour mettre fin à une série des conflits armés qui sévissaient à l'Est et au Nord de la RD Congo depuis la chute du régime de Mobutu (1997).

⁹¹⁸ Art. : 18 Loi fondamentale du 19/05/1960 ; 122 al.1 const. du 01/08/1964 ; 56 const. du 24/06/1967 ; 95 al.1 Acte constitutionnel de la transition du 09/04/1994.

⁹¹⁹ Il s'agit notamment des articles 82 L. n° 003/2002 sur les établissements de crédit et 364 Code de douanes.

Constitution française de 1958 (art. 64) ne fait aussi nullement mention d'un « *pouvoir judiciaire* » mais d'une « *autorité judiciaire* ». Cette nuance fait l'objet d'une abondante littérature qu'il est inutile d'y revenir. Nous l'évoquons uniquement pour épingler la difficulté de sa transposition en droit congolais. En effet, la présence de ce concept en droit français est plus idéologique que juridique tandis qu'en droit congolais, il est politique avec des effets juridiques inattendus. Lorsque le titre VIII de la Constitution française utilise le concept d'« *autorité judiciaire* », il vise uniquement les juges de l'ordre judiciaire (à l'exclusion de toutes autres institutions juridictionnelles⁹²⁰) à qui est confié, d'ailleurs, la protection de la liberté individuelle. Il induit une approche réductrice de la justice, consécutive aux dogmes révolutionnaires de la primauté de la loi et de la légitimité du pouvoir étatique, d'après laquelle les juges ne sont pas les représentants du peuple au même titre que les membres du parlement et du gouvernement même s'ils exercent leurs fonctions parfois au nom du peuple⁹²¹. Il ne remet, toutefois, pas en cause le principe de l'indépendance reconnu aux juges⁹²² vis-à-vis des deux autres pouvoirs. Une telle approche peut également être étendue à tous les systèmes juridiques, particulièrement romanistes, où les membres du pouvoir judiciaire ne sont pas élus mais ne pas moins indépendants dans l'exercice de leur fonction. Le droit belge, par exemple, qui consacre le terme « *pouvoir judiciaire* », ne diffère pas énormément du droit français en ce qui concerne l'organisation, l'autonomie et l'indépendance de l'organe judiciaire. La portée de ce changement terminologique n'est pas la même en droit constitutionnel congolais où l'« *autorité judiciaire* », objet d'une volonté délibérée de produire des effets juridiques particuliers et non d'un oubli du Législateur⁹²³, se rapporte exclusivement à une catégorie des magistrats qui composent l'organe judiciaire, à savoir le parquetier. En d'autres termes, si ce concept renvoie aux magistrats du siège de l'ordre judiciaire en droit français, il désigne, conformément à l'art. 18 al.4 de la Constitution congolaise, les magistrats du parquet. Au regard de cette disposition constitutionnelle, il ne peut même pas être considéré dans une

⁹²⁰ Rappelons que, contrairement au droit congolais, le dualisme juridictionnel (ordre judiciaire/ordre administratif) ainsi que leurs domaines de compétence respectifs ne sont pas consacrés en droit français par la Constitution mais plutôt par la jurisprudence du Conseil constitutionnel (Cfr. Déc. n° 119 DC, 22/07/1980, *Validation d'actes administratifs* ; n° 224 DC, 23/01/1987, *Conseil de la concurrence*)

⁹²¹ Précisons que la justice n'est pas toujours rendue dans les sociétés démocratiques au nom du peuple. En Belgique, elle est rendue au nom de Roi (art. 40 al.2 Const.) ; comme elle était aussi rendue au nom du Président de la République en RDC sous la Loi fondamentale de 1960.

⁹²² Judiciaires (C.Cass., ch. Soc., 17/12/1998, 19/12/2003) ou administratifs (C.Const., Déc. n° 80-119 DC, 22/07/1980, Ord. 04/05/2000). Voir également JEULAND E., *Droit processuel*, LGDJ, 2007, pp.198-199.

⁹²³ Nous doutons que le rédacteur de la modification de 2011 a réalisé que l'article 18al.4 faisait aussi référence au parquetier comme « *autorité judiciaire* ». Si tel est cas, alors il lui faudrait alors préciser la différence entre ce concept et celui du « *pouvoir judiciaire* ».

assertion plus large incluant tout individu à qui est confiée une mission publique de justice, en vertu de laquelle il détient un pouvoir d'action, tels que les OPJ, greffiers et autres.

490/. A cet effet, il suppose une problématique plus complexe dans la mesure où il concerne le ministère public à la fois dans ses liens avec le pouvoir exécutif (particulièrement avec le Ministre de la justice) que dans sa place au sein du pouvoir judiciaire : cette raison étant d'ailleurs celle qui est mise en évidence dans la loi constitutionnelle de 2011. L'analyse de ces interactions conduit irrémédiablement vers l'éternel débat sur le statut du ministère public. Ce débat n'est jamais résolu, comme l'a estimé le professeur TASOKI MANZELE⁹²⁴. Il reste d'actualité⁹²⁵ étant donné que, d'une part, les attributions du parquet dans tous les systèmes juridiques sont toujours liées à son statut, et d'autre part, le parquet restera toujours, à la fois, un instrument politique et une institution nécessaire à l'équilibre du procès. Partout où est évoquée la réforme de la justice pénale s'invite aussi, même dans les systèmes anglo-saxons qui l'ont connu récemment⁹²⁶, la question de l'avenir du Ministère public notamment en ce qui concerne son autonomie, son indépendance, ses attributions, ou encore son appartenance ou non au pouvoir judiciaire.

491/. Nous nous limiterons, dans le cadre de notre réflexion, au ministère public tel qu'organisé devant les juridictions de l'ordre judiciaire ; étant donné qu'il reste, même en droit comparé, le plus ancien, le plus développé, le plus puissant et l'archétype dont s'inspirent les autres ordres juridictionnels. Dans ouvrage collectif rédigé sous la direction de madame

⁹²⁴ TASOKI MANZELE M.J., *Op. cit.*, p. 112. L'auteur conclut qu'est : « *révélée dans sa consistance, cette question [celle de la nature juridique du ministère public] est vidée de tout son sens et de tout son intérêt par la loi organique du 11/03/2013 [...], qui considère le Ministère public comme un magistrat* ». Et pourtant en République démocratique du Congo particulièrement, la Constitution supprime le parquet de la liste des dépositaires du pouvoir judiciaire indépendant du fait qu'il lui était déjà reconnu à ses membres la qualité de « magistrat ». Une autre loi organique de 2013 leur reconnaît à nouveau cette qualité qu'il portait bien avant la révision constitutionnelle de 2011. La question de sa conformité à la Constitution reste entière.

⁹²⁵ Cette question continue jusqu'à ce jour à faire l'objet des débats, études comparatives, conférences et colloques. Voir notamment : DESPORTES F. et LAZERGES-COUSQUER L., *Traité de procédure pénale*, Economica, 4^{ème} éd., Paris, 2015, pp.601-603 ; KERNALEGUEN F., *Op.cit.*, p.41 ; MARIE-SCWARTZENGER N., « Le parquet et la procuraatura dans une optique de droit comparé », *RIDP*, 2008/1, Vol. 79, pp. 239-249 ; MBONGO P., « Justice et politique : nouvelles réflexions sur le statut du parquet », *Gaz. Pal.*, 2004, p.2 ; « Pour un parquet indépendant », *Revue de l'Union syndicale des magistrats*, n° 390, sept. 2010 ; SALAS D., *Le parquet européen entre pouvoir judiciaire et politique pénale*, *Droit et société*, 2012, pp. 91 et svt. ; VERDUSSEN M., « Le statut constitutionnel du ministère public », *Le ministère public ou les mystères de la grande pyramide*, Actes du colloque organisé par l'Association syndicale des magistrats le 14/12/1996 à Louvain-la-Neuve, *Revue Juger*, 1997, n° 11-12-13, spéc. pp.10-17.

⁹²⁶ Avec la création du Crown Prosecution Service (CPS) en 1985, l'accusation est devenue aussi publique en Angleterre. Lire JEANNE N., « Police et CPS : de quelques paradoxes résultant de la séparation des autorités répressives », *APC*, 2011/1, n° 33, pp. 133-161.

LAZERGES Christine⁹²⁷, les auteurs dégagent trois constances de l'analyse du ministère public dans les principaux systèmes juridiques européens, parmi lesquelles le lien tenu entre le statut et les fonctions du ministère public. Sur base de ce critère, l'on a pu dégager trois modèles de parquet ; ceux qui sont réellement indépendants et dont les membres ont un statut de magistrat doté d'inamovibilité (Italie), ceux qui sont soumis à une certaine subordination et dont les membres ont un statut hybride mais amovibles (France, Belgique) et, enfin, ceux qui sont soumis totalement à l'exécutif et dont les membres ont un statut de fonctionnaire. Nous rejoignons, cette fois-ci, le professeur TASOKI MANZELE dans la mesure où l'analyse du parquet, uniquement sous l'aspect statutaire, n'a plus beaucoup d'intérêt scientifique étant donné que dans la plupart des cas, il lui est reconnu la qualité de « magistrat » et que la différence majeure avec son homologue du siège se résume sur le plan de l'amovibilité et du lien hiérarchique (direct ou indirect) qu'il entretient avec le ministre de la justice. Raison pour laquelle, il nous a paru opportun de nous focaliser sur l'incidence du nouveau statut du parquet congolais sur ses attributions traditionnelles, particulièrement, le pouvoir de restreindre la liberté de mouvement des individus.

B. L'incidence du nouveau statut du parquet congolais sur le droit de la détention

492/. Le Mandat d'arrêt provisoire devrait désormais être soumis à l'autorisation d'un magistrat du siège. Dans tous les systèmes juridiques qui l'ont institué, le ministère public est généralement chargé de l'exercice et de l'orientation de l'action publique dépendamment du principe de l'opportunité ou légalité des poursuites. Pour l'accomplissement de cette mission, particulièrement dans la phase préparatoire du procès, il est appelé à mener des enquêtes, à interroger ou faire interroger les éventuels témoins, suspects ainsi que toutes personnes pouvant l'aider à découvrir la vérité des faits. Dans certaines circonstances, il est tenu d'appliquer des mesures contraignantes dont les plus graves, telles que les perquisitions, les interceptions téléphoniques, les arrestations sont généralement soumises à un contrôle rigoureux et à l'approbation d'un juge. Intéresserons-nous, particulièrement, à la mesure restrictive de la liberté de mouvement ou la détention. Cette dernière est parfois rendue indispensable par le fait qu'il faudrait « empêcher que le suspect n'organise son impunité en influençant les témoins et/ou en faisant disparaître les autres indices matériels qui restent à réunir et de ce fait paralyser l'action du Ministère public ou de la police judiciaire [... ou encore se soustrayant] à l'exécution de la peine

⁹²⁷ *Figures du parquet*, PUF, France, 2006.

d'emprisonnement sans qu'il ne soit évident qu'elle sera certainement condamnée par le tribunal »⁹²⁸. Sans apporter « en soi, aucune lumière sur les faits reprochés [...], elle sort dans certains cas, des effets psychologiques amenant les coupables aux aveux »⁹²⁹. Elle est à cet effet, « un lieu de conflit dialectique où deux intérêts sont en présence ; d'une part, l'intérêt de l'inculpé détenu alors qu'il est présumé innocent, et d'autre part, le droit concourant de la communauté à la protection et à la sécurité qui requiert que l'action de la justice puisse aboutir à la découverte de la vérité et à la condamnation éventuelle de l'auteur de l'infraction »⁹³⁰. « Mal nécessaire », dont les législateurs modernes essaient de limiter l'usage, la détention de l'inculpé, comme toutes les autres mesures prises lors de l'enquête pré-juridictionnelle, relève en droit congolais de l'appréciation souveraine, encadrée toutefois par quelques normes directrices, de l'OMP, et parfois de l'OPJ.

493/. En effet, les dispositions de l'article dix-sept et dix-huit de la Constitution admettent la possibilité de détenir exceptionnellement un citoyen, mais seulement dans les formes et conditions prescrites par elles et par les lois spécifiques notamment le code de procédure pénale (art. 4, 27 et svt., 136) et l'ordonnance du 03/07/1978 (art. 72) relative à l'exercice des attributions d'OPJ près les juridictions de droit commun. Aux termes de ces dispositions, l'OPJ et l'OMP peuvent procéder pendant une durée déterminée à l'arrestation d'un individu soupçonné d'avoir commis une infraction punissable de six mois au moins de servitude pénale et qui présente des indices sérieux de culpabilité : dans le premier cas, il s'agit de la garde à vue dont la durée maximale est fixée à quarante-huit heures ; et dans le second cas, il s'agit du MAP dont la durée minimale est de cinq jours⁹³¹. Mais, au regard des modifications apportées à l'article 149 de la Constitution par la loi de 2011, nous estimons que le **MAP**, tel qu'organisé par le code de procédure pénale, **porte aujourd'hui des velléités inconstitutionnelles**. En déniaut au parquetier congolais la qualité de « titulaire du pouvoir judiciaire », le Législateur le prive désormais d'un atout constitutionnel qui lui permettait de restreindre la liberté individuelle constitutionnellement et conventionnellement garantie aux citoyens. Et ce, malgré qu'il lui soit toujours reconnu la qualité de « magistrat », fût-elle

⁹²⁸ NYABIRUNGU MWENE SONGA, [Préface] in NENGOWE AMUNDALA, *Op.cit.*

⁹²⁹ RUBBENS A., *Instruction criminelle et procédure pénale*, Larcier, Bruxelles, 1965, p.87

⁹³⁰ BEERNAERT M.A. et al. *Op.cit.*, p.239.

⁹³¹ Pour un aperçu du déroulement dans le temps, voir GRASSY L., HUET N. et COLIN G., *Guide sur les garanties judiciaires de l'inculpé détenu*, Fédération internationale de l'Action des chrétiens pour l'abolition de la torture (FIACAT), 03/2016, pp. 6-9, [en ligne] <https://www.fiacat.org/IMG/pdf/Livret-RDC-BD-2.pdf>

par une ou plusieurs loi(s) ordinaire(s) ou organique(s)⁹³², ou de « juge instructeur ». La protection de la liberté individuelle est exclusivement confiée au pouvoir judiciaire (art. 150 al. 1 const.) : c'est uniquement en qualité de « *titulaire du pouvoir judiciaire* », donc lui-même garant des libertés individuelles, que l'OMP pouvait jadis mettre des individus sous MAP. Malheureusement, le constituant de 2011, qui a pourtant sous-tendu son œuvre par l'harmonisation des dispositions des articles 149 à 151, semble n'avoir pas tiré toutes les conséquences de son œuvre. Même la doctrine est restée silencieuse sur cet aspect. Or, il est impérieux de rappeler que l'article 150 ne traite pas seulement de l'inamovibilité et de l'indépendance des membres du pouvoir judiciaire mais aussi **de la protection des libertés individuelles**. Que ces dernières, soient objet d'une interprétation restrictive ou large⁹³³, il n'en demeure pas moins vrai que toute détention préventive, qui est une violation frontale mais permise par le constituant de l'« *habeas corpus* », doit pour sa validité faire intervenir une autorité non seulement « *judiciaire* » mais « *juridictionnelle* » ou, par conformité à la terminologie constitutionnelle, un « *titulaire de pouvoir judiciaire* ».

494/. **L'inefficacité et l'irrégularité du contrôle juridictionnel *a posteriori* de la détention préventive en droit congolais.** Le parquet est généralement ressenti comme moins protecteur de la liberté individuelle par ce qu'il est ; d'une part, soumis à la hiérarchie du pouvoir exécutif, d'autre part, chargé de l'accusation. A ce titre, il dirige la police judiciaire,

⁹³² Lois organiques sur les juridictions de l'ordre judiciaire (n°13/011-B, 11/04/2013, art.2) ou sur le statut des magistrats (n°06/020, 10/10/2006, art. 14, 15 ...).

⁹³³ L'on doit s'interroger sur la notion de « liberté individuelle » en droit congolais. Dans la Constitution, elle est évoquée au singulier (art 17) et au pluriel (art.150) d'après la doctrine. Au pluriel, le mot désigne l'ensemble des libertés [publiques] et droits fondamentaux attachés à l'individu, qualifiés aussi par la doctrine française par « liberté personnelle », par opposition à ceux dont peut se prévaloir un groupe d'individus (« libertés collectives » : liberté d'association, de réunion, de grève...). Au singulier, le mot vise une espèce déterminée de liberté qui dans sa conception restrictive renvoie exclusivement, au sens français (art. 66 Const., C.const, déc. n°81/127 DC du 19-20/01/1981, *Sécurité et liberté*) et belge du terme, au droit à la sûreté (« *habeas corpus* »). A ce titre, il apparaît incohérent que la protection de cette liberté (au singulier) relève de la compétence, non pas du juge judiciaire (inclusion faite du juge constitutionnel, pour sa compétence l'égard du chef de l'Etat et du 1^{er} ministre); mais du pouvoir judiciaire (qui comprend les juges des tous les ordres juridictionnels confondus). Tout porte à croire qu'il s'agirait à l'article 150 de la liberté individuelle dans sa conception large qui sous-entend aujourd'hui d'autres droits jadis autonomes (respect de la vie privée, inviolabilité du domicile et de la correspondance, protection de l'image, liberté de mariage : D'où le pluriel utilisé) dont la protection est généralement dévolue, dans le système dualiste, au juge judiciaire. Si tel n'est pas le cas, le constituant (originel ou délégué) devrait alors préciser la répartition des compétences entre les différents ordres. La loi organique sur les juridictions de l'ordre judiciaire n'en fait pas mention ; encore moins la récente loi organique sur les juridictions administratives. Voir : art. 15, 22, 29 Const. [be], 8 CESDH, 16/12/1992, n°13710/88, *Niemietz c/ Allemagne*. Lire aussi : BEERNAERT M.A., BOSLY H.D., VANDERMEERSCH D., *Op.cit.*, pp.52-55. FAVOREU L., PHILIP L. et al., *Op. cit.*, p.433 et svr; FAVOREU L. et al.[2016b], *Op. cit.*, n°, 607 et svr, 752 et svr, pp.515-520, 688 et svr ; *Droit constitutionnel*, Dalloz, 16^{ème} éd., 2016, pp. 939-943 ; « DEBRE et la protection des libertés individuelles », [en ligne] <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais:nouveaux-cahiers-du-conseil/cahier-n-26/michel-debre-et-la-protection-de-la-liberte-individuelle-par-l-autorite-judiciaire.510501.html>;

chargée de la recherche des preuves : il serait donc plus susceptible d'écouter l'argument de ses enquêteurs et d'avoir une attitude plus répressive et partielle que le juge du siège. C'est ainsi, il est exceptionnellement reconnu en droit comparé européen⁹³⁴ au parquetier le pouvoir de détention, lequel est aussi souvent modulé en fonction de la durée de la privation de liberté. Les effets pervers de l'attribution de ce pouvoir au parquetier, sans un contrôle juridictionnel en amont, s'observent quotidiennement en droit congolais. Selon une ONG internationale, parmi les 6000 détenus au Centre pénitentiaire et rééducation de Kinshasa (CPRK), plus de la moitié sont sous régime de détention « préventive »⁹³⁵, prolongée même au-delà des délais légaux, sans actes, sans procès ni jugement et, souvent, sans motif apparent⁹³⁶. Et, rares, sont celles qui n'ont pas été prolongées par le juge, en chambre de conseil, lorsqu'il est saisi. Raison pour laquelle, le justiciable congolais cherchera à tout prix et par tous les moyens d'éviter qu'il soit détenu préventivement étant donné que la mesure s'avère souvent irréversible.

495/. Par ailleurs, ayant doté le droit à la sûreté personnelle d'une valeur constitutionnelle et confié sa protection exclusivement au juge judiciaire, le législateur congolais ne peut admettre des restrictions à ces prérogatives qu'à travers des normes de valeur constitutionnelle ou équivalente en prenant soin de préciser l'autorité à qui sera dévolue cette compétence dérogatoire s'il ne s'agit pas du juge judiciaire. Au niveau de la valeur normative, l'exigence a été respectée avec la garde à vue (art. 18 const.) mais malheureusement pas avec la flagrance⁹³⁷ et la rétention⁹³⁸. En encadrant spécifiquement la procédure de la garde à vue par des normes constitutionnelles, le Législateur a non seulement

⁹³⁴ **France** : C.const : déc. 80-127 DC, 19-20/01, 1981 ; déc. 2004-492 DC, 02/03/2004 ; déc.n°2010-31 QPC, 22/0/2010 ; déc. n°2010-80 QPC, 17/12/2010. **Belgique** : art.12 Const. ; L. du 20/07/1990 relative à la détention préventive telle que modifiée par les lois du 31/05/2005, du 13/08/2011 (« Loi Salduz »), du 27/12/2012 et du 05/02/2016 ; Cass. 04/09/1979, Pass. 1980, I, p.3 ; 14/02/1980, TJ, 1980, p.594 ; C.Const. : n° 7/2013, 14/02/2013. **CEDH** : art. 5 CESDH ; 08/11/2007, n°11287/03, *Lelièvre c/ Belgique* ; 27/11/2008, n°36391/02, *Salduz c/ Turquie*.

⁹³⁵ Le terme est ici utilisé dans un sens plus large qui ne rencontre toujours pas l'assentiment des auteurs congolais. Par exemple, Antoine RUBBENS [*Op. cit.*, p.93] la détention préventive se distingue du MAP et ne désigne la restriction de la liberté de mouvement que lors qu'elle émane ou est interminée par le juge.

⁹³⁶ « RDC : Ensemble contre la détention préventive abusive », FIACAT, 02/2016, <http://www.fiacat.org/rdc-ensemble-contre-la-detention-preventive-abusive>.

⁹³⁷ La flagrance est prévue en droit congolais par l'article 6 et 7 du CPP et organisée par l'O.L n°78-001 du 24/02/1978 relative à la répression des infractions flagrantes. Son régime fut modifié par la L. n°06-019 du 20/07/2006 qui inclue les infractions violences sexuelles dans la flagrance, et de ce fait, rendant sans pertinence de la qualité officielle sur le déroulement de la répression. A l'état actuel du droit congolais, la flagrance, qui est pourtant une norme de valeur légale, emporte sur la liberté individuelle (art. 17) et les inviolabilités (art. 107, 162 al.2, 163, 164, 167 al.2) qui, elles, sont de valeur constitutionnelle.

⁹³⁸ Pour saisir la distinction en droit congolais entre la garde à vue et la rétention, lire avec intérêt NGOY T., *Contribution à la systématisation du droit congolais de la preuve pénale*, Thèse, Unikin, 2012, pp.90-97.

renforcer la protection de la liberté individuelle mais aussi réduit la portée ainsi que la valeur normative des autres mesures « de détention » (art.17 al.1 const.). Quant à la seconde exigence (autorité juridictionnelle dérogeante), sa pertinence n'a pas encore été prise en compte par le Législateur et la doctrine. Or, l'une des constitutions les plus abouties, démocratiques et protectrices des droits fondamentaux rédigées dans l'histoire de notre pays, en l'occurrence la Constitution de Luluabourg de 1964, disposait en son article 18 al. 2 que toute personne arrêtée ne pouvait être maintenue en détention préventive qu'en vertu d'une ordonnance du juge compétent et dans le cas et pour la durée expressément prévus par la loi. Interprétant jadis cette disposition constitutionnelle au regard des prescrits du code de procédure pénale, Antoine RUBBENS⁹³⁹ avait estimé que le contrôle juridictionnel de la détention pré-juridictionnelle n'était possible qu'au-delà du cinquième jour, c'est-à-dire à l'expiration du MAP, étant donné que le juge n'avait pas qualité pour apprécier la légalité de la détention antérieure à son intervention et que sa mission consistait uniquement à vérifier si les conditions justifiant la mise en état de détention préventive étaient réunies. Nous estimons que cette approche est trop restrictive et se fonde évidemment sur la présence du verbe « maintenir » et, surtout, sur la pratique judiciaire de l'époque consacrée par le code de procédure pénale. Or, il sied de préciser que les principes qui ont guidé le législateur colonial dans la rédaction du code de procédure pénale n'étaient pas aussi libéraux que ceux ont été repris par la Constitution de 1964, encore moins dans les textes constitutionnels qui l'ont suivi. D'ailleurs, cette Constitution n'a jamais eu l'occasion d'être réellement mise en application pour insuffler ses idéaux libéraux dans tout le système juridique congolais. En amont de son adoption, il y a eu une Loi fondamentale qui, muette sur les libertés fondamentales, s'était essentiellement concentrée sur l'organisation des institutions de l'Etat et avait, incidemment, renvoyé aux lois ordinaires l'organisation de cette matière. En aval de sa promulgation, un coup d'état avait conduit au pouvoir un régime caporalisé et liberticide dirigé par Monsieur Joseph MOBUTU qui, dans le but de contrôler et d'instrumentaliser la justice, ce régime renforcera davantage le pouvoir du parquet jusqu'au point d'attribuer au Procureur général de la république à la fois la qualité de commissaire d'Etat chargé de la justice (ministre de la justice) et de président du conseil judiciaire (pouvoir judiciaire). Et, disparaissait aussi du droit congolais un droit à réparation à la suite d'une détention injuste (sans fondement juridique et sans recours sur sa légalité).

⁹³⁹ RUBBENS A., *Op. cit.*, p.93 et svt.

496/. **Le parquet congolais, héritier du parquet belge ?** Et, au regard de l'évolution du droit international et du droit comparé⁹⁴⁰, le contrôle juridictionnel du pouvoir de détention des individus par le parquet ne peut, à ce point être passé sous silence. La question qui nous revient ici à l'esprit est celle de savoir si l'attribution d'un tel pouvoir au parquet, est-elle spécifique au droit congolais ou émane-t-elle du droit belge colonial. L'on serait tenté de confirmer la seconde proposition au vu des larges pouvoirs que détient encore le ministère public belge. Mais d'après le doyen Carbonnier⁹⁴¹, la Belgique s'est toujours située à l'avant-garde du libéralisme : sa loi du 20/04/1874 qui donne à l'inculpé la garantie d'une véritable juridiction de la détention préventive ; et celle du 09/04/1930 adapte la détention préventive à la classification anthropologique des inculpés. Contrairement à la Constitution congolaise, le premier alinéa de l'article 151 de la Constitution belge tel que modifié par la loi du 20/12/2008 reconnaît aux magistrats du siège et du parquet leur indépendance dans l'exercice respectivement de compétences juridictionnelles et des recherches et poursuites individuelles. Toutefois, la même disposition relativise cette prérogative vis-à-vis du parquetier en vertu du droit du ministre de la Justice d'ordonner des poursuites et d'arrêter des directives contraignantes de politique criminelle (art. 143 §§2-3, 143bis, 143quater C.jud., 274 CIC). Cette approche est bien suivie et confirmée par la jurisprudence⁹⁴² depuis quelques années. Par ailleurs, l'article 12 de la même Constitution⁹⁴³ pose le principe de l'autorisation expresse d'un juge judiciaire pour toute détention, hormis le cas de flagrance et la garde à vue. Cette disposition est à la base de la profonde réforme du droit de la détention préventive qu'a connu le royaume de Belgique depuis 1990⁹⁴⁴. Pendant que le droit congolais en la matière est resté figé en laissant cette compétence au ministère public jusqu'au point où ce dernier ait revendiqué une reconnaissance constitutionnelle, à côté des juridictions de jugement, en dépit de son lien de subordination, dont la teneur reste variable selon les époques, avec l'exécutif.

⁹⁴⁰ CEDH : [GC], 17/01/2012, n° 36760/06, *Stanev c/ Bulgarie*, §§.188-190. Voir aussi : 22/02/1989, n° 11152/84, *Ciulla c/ Italie*, §.44 ; 26/11/1997, n° 23878/94 (23879/94 & 23880/94), *Sakik et autres c/ Turquie*, §.60 ; 17/03/2003, n°22945/07, *Houtman et Meeus c/Belgique*. CIADH : *Chaparro Alvarez et Lapo Iniguez c. Equateur*, Interprétation, 21/10/2008, Série C, n°189..

⁹⁴¹ TERRE D., « Jean Carbonnier et la procédure pénale », *L'année sociologique*, 2007/2, vol. 57, pp. 455-470.

⁹⁴² Cass., 19/12/2012, JLMB., 2013, p. 1454, note F. KUTY ; CE, 29/10/2001 et T.B.P. 2003, p. 144 : « Si les fonctionnaires du ministère public exercent certes une fonction judiciaire et collaborent ainsi à l'exercice du pouvoir judiciaire, ce ne sont toutefois pas des juges. Ils sont soumis à l'autorité et au contrôle du ministre de la Justice. ... ».

⁹⁴³ **Article 12 Const.[bel]** : « La liberté individuelle est garantie. Nul ne peut être poursuivi que dans les cas prévus par la loi, et dans la forme qu'elle prescrit. Hors le cas de flagrant délit, nul ne peut être arrêté qu'en vertu de l'ordonnance motivée du juge, qui doit être signifiée au moment de l'arrestation, ou au plus tard dans les vingt-quatre heures ».

⁹⁴⁴ DEJEMEPPE, « la loi du 20/07/1990 relative à la détention préventive », *T.T.*, 13/10/1990, n°5561, pp.581-582 ; BOSLY H.G. et VANDERMEERSCH D., « la nouvelle loi belge sur la détention préventive (20/07/1990) », *RDPC*, 03/1991, n°3, pp. 164 et svt.

497/. La suppression explicite du parquet parmi les titulaires du pouvoir judiciaire devrait être mise à profit pour le renforcement de la protection des droits fondamentaux, particulièrement de la liberté individuelle, des citoyens au regard du droit comparé⁹⁴⁵ et des standards internationaux. Comme l'on ne cesse de l'évoquer, l'on ne saurait postuler pour la création des nouveaux organes juridictionnels, même si ces derniers s'avèrent utiles pour la sécurité des justiciables. Nous préconisons la modification des organes existants. A cet effet, nous suggérons, comme c'est le cas en droit allemand⁹⁴⁶, un simple transfert de cette compétence du parquet vers le Président des juridictions qui jouit, au moins sur le plan statutaire, d'une indépendance totale vis-à-vis de l'exécutif. Ainsi, chaque demande de détention préventive, y compris sa mainlevée, sera examinée par le président de la juridiction matériellement et territorialement compétente pour connaître l'infraction pour laquelle l'inculpé est poursuivi. L'on peut aussi simplifier en confiant cette tâche au Président du TGI, à l'exception des mineurs⁹⁴⁷ et des justiciables des juridictions supérieures au TGI. « En divisant la procédure en plusieurs phases et en les confiant à des autorités distinctes, on répartit des prérogatives considérables dont la réunion entre les mains d'une seule autorité serait périlleuse pour les libertés individuelles »⁹⁴⁸. Dans le cas contraire, il serait alors indispensable qu'une précision soit apportée à ce sujet, particulièrement sur la portée du nouvel article 149 de la constitution, par le Législateur ou par le juge constitutionnel. Mais, en attendant, le justiciable congolais n'a aucun moyen juridictionnel pour contester l'opportunité, la validité et, surtout, la légalité de sa détention préventive⁹⁴⁹. Le seul moyen qui lui est offert est un recours auprès du chef d'office fondé uniquement sur le non-respect des conditions matérielles de cette mesure privative de liberté. A défaut, il doit attendre la fin du MAP pour solliciter,

⁹⁴⁵ La jurisprudence de la CEDH a clarifié cette problématique, particulièrement pour les Etats membres qui ont doté leur ministère public d'un statut hybride, semblable à la RD Congo. Même l'Italie qui a vraiment poussé très loin l'autonomie de son parquet vis-à-vis de l'exécutif consacre le même principe. CEDH : *SCHIESSER c/ Suisse*, 04/12/1979, §§.29-30 ; *PAWELS c/ Belgique*, 26/03/1988 ; *BRINCAT c/ Italie*, 26/11/1992 ; *MEDVEDYEV c/ France*, 10/07/2008, (GC) 29/03/2010, §§.114, 117-120, 123-134 ; CIVININI M.G., « Le statut du magistrat en Italie », *RIDC*, vol. 59, n°1, 2007, pp. 7-25.

⁹⁴⁶ « Le système judiciaire allemand », Ministère de la Justice, service des affaires européennes et internationales/Bureau du droit comparé, 21/02/2014, p.5, [en ligne sur] http://www.ca-angers.justice.fr/art_pix/1_1_1_fp_sj_allemande.pdf.

⁹⁴⁷ Cette compétence doit revenir au JPE ; mais pour garantir son impartialité, il ne devrait plus intervenir dans la même affaire par la suite. Nous y reviendrons dans le chapitre suivant.

⁹⁴⁸ CONTE P. et MAISTRE du CHAMBON P., *Procédure pénale*, Armand Colin, Paris, 2006, p.47.

⁹⁴⁹ La question du pouvoir du parquet congolais, d'après 2011, à restreindre la liberté individuelle peut aussi être analysée sous l'angle de l'article 9 du PIDCP c'est-à-dire le droit de solliciter à un tribunal de statuer sur la légalité de la détention. Ce principe, expressément repris en droit congolais, par l'article 12 LPE, apparaît bien ici comme un droit à un recours rendu intangible « par destination » afin de protéger un droit lui-même intangible par nature. Voir : CEDH, 17/01/2012, *Stanev c/ Bulgarie*, §§.188-190 ; CDH/N.U : Doc. ONU, CCPR/C/21/Rev.1, Obs. gén. n°8(16), 30/06/82, §1.

sur base de tout motif cette fois-ci, la mainlevée de la détention préventive, certainement contre une demande de prolongation de la part du parquet (art.29 à 31 CPP) ou aller en appel contre la décision du juge autorisant la prolongation de ladite détention (art. 38-42 CPP).

498/. Force est de constater, toutefois, que la physionomie de l'action publique traditionnelle a évolué. La restriction du pouvoir du parquet en DPM ainsi que l'exclusion du parquet des « titulaires du pouvoir judiciaire » s'inscrit dans la même lignée des métamorphoses que subit cet organe, par ricochet l'action publique, via l'encadrement continu de son pouvoir d'action. Cette mutation est certes lente, insidieuse et infime mais réelle. On peut donc constater, en particulier, une évolution significative de la conception même du procès pénal, marquée par une perte de vitesse de la justice étatique, l'affaiblissement du rôle autoritaire et répressif de l'Etat au profit d'un nouveau modèle émergent où les parties privées jouent un rôle croissant. Nous l'avons déjà épinglé au sujet ; d'une part, de la limite de pouvoir de transiger reconnu au ministère public en matière d'infractions de violences sexuelles, de crimes internationaux et, indirectement, de la délinquance infantile, et d'autre part, de l'expansion des voies d'évitement de procès pénal accordés aux organes civils (comité de médiation) ou publique (administrations douanières, forestières, bancaire ou financières...) non judiciaires. Mais le DPM, à travers la révisitation et la redistribution du rôle du parquet dans le procès des ECL a permis de le mettre plus en lumière.

§2. Le Parquet près du TPE, d'un parquet effacé à un parquet dénaturé

499/. **L'incongruité de la détention préventive en DPM.** Si le pouvoir de restreindre la liberté individuelle reconnu au parquet dans le cadre du procès pénal des majeurs est encore discutable en droit congolais, il ne doit plus l'être en matière des mineurs. En effet, par la volonté du Législateur, l'intervention de ce magistrat, fonctionnellement dépendant de l'Exécutif, dans l'exercice de l'action publique dirigée contre un mineur-délinquant ne se limite qu'à la phase sentencielle (ou juridictionnelle) où tous les pouvoirs sont détenus par le juge. Il ne lui pas permis, ainsi que son subalterne l'OPJ, de procéder aux actes d'enquêtes (OPJ) ou d'instruction (OMP). Dans ces conditions, comment peut-il, prétendre décerner à un MAP ? Et, si c'est le cas, sur quelle base le ferait-il ? Au regard de tous les abus dont sont auteurs les OMP congolais, cette règle, objet d'une interprétation et pratique contradictoires, a le mérite de renforcer la protection des libertés individuelles des mineurs en soumettant la conduite de la quasi-totalité de la procédure au JPE. Mais elle reste, à notre avis, irréalisable

dans le contexte social congolais. C'est pourquoi, nous suggérons l'extension, ou mieux le rétablissement, des [certaines] prérogatives du parquet, couplée à sa spécialisation.

500/. **Le parquet congolais dans le procès pénal des mineurs, un organe juridiquement réduit mais socialement présent.** En effet, la LPE prévoit sept modes de saisine du TPE, à savoir : la requête de l'OMP, la requête de l'OPJ, la requête de l'assistant social, la requête de la victime⁹⁵⁰, la requête des parents ou tuteurs, la déclaration spontanée de l'enfant et la saisine d'office du juge. Elle met, alors, à charge de l'OPJ et de l'OMP, dès qu'ils sont saisis ou informés de la commission d'une infraction par un mineur, deux obligations principales : d'une part, celle de *saisir immédiatement* par requête le TPE (art. 102-1, pt 1 et 2), d'autre part, celle *d'informer* les parents, le tuteur ou la personne qui exerce sur ce dernier l'autorité parentale (art.103). Signalons que cette règle constitue une avancée en droit congolais en consacrant une certaine autonomie fonctionnelle de l'OPJ qui peut dorénavant saisir immédiatement une juridiction sans passer par le parquet dont il dépend. Mais, elle soulève aussi des problèmes principalement d'ordre pratique, et subsidiairement d'ordre juridique. D'abord, la loi ne précise pas si les deux obligations sont concourantes : s'appuyant sur la pratique, un auteur⁹⁵¹ a pourtant estimé « que le déferrement du mineur devant le juge n'est pas subordonné à l'information à donner aux parents ou au tuteur ». Ensuite, il se pose la question de la nature des actes de procédure posés par ces deux officiers⁹⁵² ainsi que de la lettre de saisine qu'ils adressent au TPE. S'il est certain que cette lettre n'a pas la valeur d'une requête aux fins de fixation de la date d'audience (RFFDA) qui est un contrat judiciaire liant le parquet au juge, il faudrait savoir si elle doit être considérée comme un simple acte de déclenchement (de mise en mouvement) ou d'exercice de l'action publique, et le cas, échéant, si elle est interruptive de la prescription ?

501/. **De la présentation de l'ECL devant l'OPJ/OMP à l'instruction à l'audience : floutage volontaire.** Somme toute, contrairement à ce que la loi leur demande, ces

⁹⁵⁰ Précisons que la requête de la victime, même si elle pourrait ressembler à plusieurs égards à une citation directe, n'en est pas une. Elle n'est pas soumise aux exigences formelles et rigoureuses d'une citation directe (art. 54 CPP, CSJ, RP 125, 03/02/1976, *Bulletins des arrêts de la Cour suprême de justice*, 1977, p.85 et svt). Elle prend plutôt la forme d'une plainte. Pour admettre sa recevabilité, le JPE se cantonne plus à analyser la réalité des faits et l'implication de l'auteur dans sa réalisation. On peut en dire autant pour la requête des parents et de l'assistant social.

⁹⁵¹ KASHAMA NGOIE [2016], art. préc.

⁹⁵² Ils doivent, au minimum, ouvrir un dossier, qualifier les faits reprochés au mineur et procéder à son identification (nom, sexe, âge, adresse) ainsi que celle de la personne qui exerce sur lui l'autorité parentale. Toutes ces informations sont dressées sur PV.

intervenants judiciaires procèdent carrément aux actes d'enquête ou d'instruction, voire à l'établissement d'une amende transactionnelle et tentent même des règlements à l'amiable du contentieux. Raison pour laquelle dans la quasi-totalité des décisions analysées, il n'est pas évoqué les actes de procédure couvrant la période antérieure à la saisine effective du JPE, c'est-à-dire, de la présentation de l'ECL à l'OPJ ou à l'OMP à l'audience d'ouverture des débats en passant par le déferrement⁹⁵³. Certains jugements⁹⁵⁴ se limitent à mentionner que l'instruction s'est déroulée en audience foraine, souvent dans le Centre pénitentiaire ou prison, sans pour autant prendre la peine de préciser comment l'ECL y a atterri. Il est parfois constaté au niveau de l'OPJ, qui en raison de sa proximité fonctionnelle et géographique avec la population est souvent le premier à être en contact avec les justiciables, des mesures de garde à vue à l'encontre des ECL. Il est donc impérieux d'encadrer ses pratiques illégales fortement ancrées dans le milieu judiciaire. Pour ce faire, il serait convenable de reconnaître carrément au parquet ses pouvoirs traditionnels, à l'exception de la transaction et de la restriction de la liberté devant être soumises à l'aval du TPE, en lui imposant un délai d'instruction (englobant celui de l'enquête) relativement court. Cinq jours, sauf exception de distance, sont largement suffisants pour recueillir assez d'éléments sur l'affaire ; surtout que la délinquance des mineurs au Congo n'est pas si complexe. Ce délai permet ainsi au parquetier de maîtriser le dossier et d'y témoigner un certain intérêt contrairement à un dossier qui lui sera directement communiqué à l'audience. Il lui permet, en outre, de poursuivre convenablement son instruction lorsque l'affaire implique conjointement les adultes où lorsqu'il y a un doute sur l'âge de l'inculpé ou lorsque ce dernier prétend être un mineur. Rappelons que nous avons suggéré dans notre première partie, de faire de l'OMP l'autorité de signalement des enfants en situation difficile. Couplé de sa qualité de défenseur des faibles et des incapables, il peut utilement mettre en état toutes les affaires concernant les mineurs et les orienter vers les juges compétents. Ce qui va aussi constituer un premier filtrage utile pour un désencombrement des TPE déjà en nombre insuffisant. Qu'à cela ne tienne, il faut rappeler qu'à l'état actuel de notre droit positif, le parquet reste incompétent pour instruire en matière d'enfance délinquante : il ne peut ni jauger l'opportunité de poursuivre, ni transiger, ni classer le dossier mais seulement transférer l'enfant au TPE, sauf impossibilité matérielle (fin de journée, jours fériés, week-end, distance...).

⁹⁵³ Même si cet acte de procédure est qualifié de « requête » par l'article 102 LPE, la jurisprudence utilise aussi d'autres expressions pour le designer : « le déferrement », « requête en déferrement », « la lettre de transmission ».

⁹⁵⁴ TPE/Kinshasa- Gombe, RECL 4646, 29/09/2016.

502/. **La nécessité d'une spécialisation et reconfiguration du parquet près le TPE.**

Pour plus d'efficacité et de célérité, il serait également souhaitable de spécialiser le parquet des mineurs. Comme pour les juridictions, plusieurs modalités de spécialisation du parquet⁹⁵⁵ sont aussi envisageables ; mais seule une spécialisation interne est souhaitable, à notre avis, pour la RDC. Il s'agit, en effet, d'affecter certains membres du parquet près le TGI à cette tâche spécifique⁹⁵⁶. Déchargés des multiples affaires qui jonchent leur office, ces magistrats peuvent se concentrer utilement aux problèmes des mineurs et respecter le délai d'instruction qui leur est légalement imparti. Cette idée de spécialisation du parquet n'est pas étrangère au droit congolais. Hormis, le cas des parquets militaires, un projet de loi⁹⁵⁷ a proposé une spécialisation des parquets généraux où devraient être organisées des chambres spécialisées chargées de la répression des violations graves du droit international humanitaire. Malheureusement, il a été rejeté par le Sénat après avoir été adopté en Conseil des ministres et voté par l'Assemblée Nationale : à ce jour, il n'existe donc aucune spécialisation du parquet de droit commun congolais, pendant que l'on ne cesse de la réclamer et l'imposer aux juridictions de jugement, et que le droit international ne cesse de la recommander⁹⁵⁸. Les parquets près la Cour de cassation, la cour constitutionnelle ainsi que les juridictions administratives ont toutefois, de par la nature du contentieux dévolus à leurs juridictions respectives de rattachement, un domaine relativement spécifique qui reste quand même important par rapport à la technicité que l'on réclame traitement de chaque contentieux. La tâche est très gigantesque pour les autres parquets, particulièrement celui près le TGI⁹⁵⁹. Ce dernier, d'après l'organisation judiciaire congolaise, remplit également les devoirs de son office près des Tribunaux de son ressort. L'on a déjà évoqué la place importante qu'occupent ces deux tribunaux (Tribunaux et TGI) dans l'univers judiciaire par le fait qu'ils connaissent la quasi-totalité des conflits judiciaires quotidiens. Or, contrairement au juge, le parquetier congolais est indifféremment sur tous les contentieux (de droit privé ou de droit criminel, de droit

⁹⁵⁵ GUINCHARD S. et BUISSON J., *Op.cit.*, p. 231-234.

⁹⁵⁶ Article 4 et 6 al.3 Ord.n°58.1274 du 22/12/1958, 20 al.3 Ord.1945). Voir aussi PRADEL J.[2015], *Op.cit.*, pp.55, 127 ; BONFILS P. et GOUTENOIRE A., *Op. cit.*, n° 1450-1451, p.933.

⁹⁵⁷ LUZOLO BAMBI LESA E.J. et BAYONA-ba-MEYA N.A., *Op. cit.*, pp. 750 et 751 ; WANE BAMEME B., *Thèse, op. cit.*, p.404.

⁹⁵⁸ Rec (2000) 19 sur le rôle du Ministère public dans le système de justice pénale, adoptée par le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe le 06/10/2000 (pp. 19 - 21). Cette spécialisation est souhaitée dans certains secteurs particuliers, notamment la criminalité internationale et transfrontalière, la criminalité organisée, la criminalité informatique, le terrorisme, le trafic international de substances psychotropes, le blanchiment d'argent ou encore en matière de coopération pénale internationale...

⁹⁵⁹ En droit congolais, la plénitude de l'action publique dans toutes les juridictions de son ressort revient au procureur général (art. 77 LO OCJ) qui, toutefois l'exerce par délégation faite aux procureurs de la République (art. 80 LO OCJ) et aux premiers substituts de procureur de la république (art. 82 LO OCJ) respectivement auprès des TGI et Tribunaux du ressort.

commercial ou de droit du travail). Dans ce contexte critique, le débat sur sa spécialisation, particulièrement dans ses prérogatives pénales, mérite d'être relancé : les enjeux du procès pénal, et surtout de la prise en charge des mineurs, exigent que les tous acteurs soient formés au mieux et acquièrent une expérience que la spécialisation pourrait favoriser.

503/. **Le parquet congolais près le TPE, un parquet fantomatique.** Au-delà de la question de l'étendue du pouvoir du parquet, en général, et du parquet des mineurs en particulier, il sied aussi de se poser la question pratique de l'existence réelle de ce dernier. En d'autres termes, quel parquet officie-t-il au près du TPE, quel est son rang et quelle est sa nature ?

504/. La réponse à ces questions n'est pas simple. L'examen des dispositions pertinentes des textes qui sont sensés régler cette question ne donne pas une solution sans équivoque. A ce jour l'on ne peut pas affirmer qu'il existe un parquet approprié attaché au TPE : la LPE (art. 93, 102, 103, 111, 123, 125) se limite à consacrer l'office d'un ministère public auprès de cette juridiction. Face à ce silence, l'on est tenté de se rapporter aux règles de fonctionnement des autres juridictions spécialisées. De ces dernières, il en ressort deux groupes ; d'une part, ceux qui sont dotés des parquets spécifiques (les juridictions militaires), et d'autre part, ceux qui relèvent des mêmes parquets que les juridictions ordinaires (les tribunaux de commerce et de travail). Alors, les TPE ne peuvent évidemment qu'être assimilés au deuxième groupe. Mais le seul hic proviendrait du fait que le législateur congolais a toujours tendance d'équivaloir les juridictions spécialisées à celle de droit commun afin justement de déterminer le parquet qui doit requérir devant elles. Or, il n'en est pas le cas pour le TPE : le Législateur n'a pas déterminé son rang hiérarchique contrairement aux tribunaux de commerce et de travail. Dans la pratique, l'on estime toujours que, à la suite du D.1950, le TPE a le même rang que le Tripaix. Cette tendance est due au fait que cette compétence en matière délinquante était longtemps dévolue à ce tribunal de droit commun. Aussi par soucis d'harmonie avec les parties du territoire national où les Tripaix assurent toujours cette mission, il semble loisible pour d'aucuns de maintenir ce *statu quo*. Sans ignorer que la nature même du parquet devant le Tripaix a aussi était l'objet d'une cacophonie légistique⁹⁶⁰, rien n'indique que le Législateur n'aurait pas aussi voulu créer un parquet autonome au près du TPE ou l'attaché au TGI. Dans la même optique, la problématique du parquet compétent

⁹⁶⁰ TASOKI MANZELE J.M., *Op. cit.*, pp. 124-125.

auprès de la chambre d'appel du TPE reste entière. L'indépendance de cette chambre (art. 87 LPE) couplée à sa fonction (appel) n'impliquent-elles pas un parquet supérieur à celui qui a poursuivi devant la chambre de première instance ?

505/. Par ailleurs, la nature du parquet près le TPE porte à confusion. Le silence du Législateur nous fait plus croire à un oubli qu'à un désir d'instituer un parquet spécifique (ou spécialisé) près de cette juridiction. En effet, en précisant à l'article 93⁹⁶¹ que c'est l'OMP du « ressort » qui siège au TPE, la LPE semble avoir opté pour le parquet de droit commun, donc TGI, dans le ressort duquel est situé le TPE. Hypothèse qu'elle confirme aussi à son article 200 qui fait du Tripaix et TGI les juridictions de remplacement de TPE. Mais, il est curieux de constater que, d'une part, le ressort de ces juridictions (TPE, Tripaix et TGI) voulues « interchangeables » n'est pas identique, d'autre part, le TPE n'apparaît nulle part, sauf dans les dispositions transitoires (art. 152), dans la nouvelle loi organique portant l'organisation et fonctionnement des juridictions de l'ordre judiciaire qui lui est pourtant postérieure. Tandis que les dispositions de l'article 2 de la même loi organique ne reconnaissent même pas aux JPE la qualité de magistrat, et celles de l'article 6 ne citent même pas le TPE comme une juridiction de l'ordre judiciaire, sauf à reconnaître dans son dernier alinéa la probable existence d'autres juridictions spécialisées non reprises dans cette loi. L'on ne comprend pas le traitement réservé à cette juridiction, créée environ quatre ans avant la promulgation de cette loi organique, et à ses animateurs, pendant que les autres juridictions spécialisées, elles aussi objet des lois particulières, sont bien mentionnées. Le flottement sur la nature et l'existence de son parquet est encore plus grave. S'il n'y a aucun doute sur l'existence et la nature du parquet attaché aux tribunaux de commerce et de travail, dont la loi déclare expressément le greffage au TGI, la question reste entière pour le TPE : rien n'est dit sur le parquet qui lui est attaché de manière permanente dans le chapitre consacré au ministère public (art. 65 à 85). Dans la même logique, le dernier alinéa de l'article 66 LO OCJ qui cite distinctement toutes les juridictions auprès desquelles le ministère public exerce sans mission ne parle même pas du TPE. Ce qui a poussé un auteur⁹⁶², haut magistrat de son état, à conclure que la TPE n'appartenait pas à l'ordre judiciaire. Sur ce, il faut souligner que même si elle évite de traiter l'organisation du TPE, cette loi organique (art. 6 al.4) renvoie explicitement à l'article 149 al.6 de la Constitution.

⁹⁶¹ **Article 93 LPE:** *Le tribunal pour enfants siège avec le concours du ministère public du ressort et l'assistance d'un greffier ».*

⁹⁶² KASHAMA NGOIE S.[2016], art. préc.

CHAPITRE 2 : UNE SPECIALISATION FONCTIONNELLE LIMITEE

506/. **Objet et plan du chapitre.** Dans le chapitre précédent, il a été question de la spécificité structurelle qu'appelle, en droit congolais, l'action publique en l'encontre de l'ECL en vertu de laquelle nous avons compris que les institutions judiciaires font appels, soit à des intervenants spécifiques, soit aux mêmes intervenants du procès pénal ordinaire à qui l'on confie, toutefois, des attributions spécifiques. Il s'agira particulièrement dans ce chapitre des modalités de fonctionnement de ces institutions ou structures. Comme son homologue de 1950, la LPE a prévu, non seulement des mesures particulières à appliquer aux ECL mais aussi des structures spécifiques destinées à les accueillir durant le déroulement de la procédure, lorsque les circonstances l'obligent, ou après leur condamnation (Section 2). Ainsi, pour déterminer la mesure qu'il convient d'appliquer au mineur au regard de sa personnalité et des circonstances de l'acte, le tribunal, lieu principal du déroulement de cette action judiciaire, procède également d'une manière particulière mêlant les règles communes du procès à certaines règles spécifiques (Section 1).

Section 1. L'aménagement des règles de conduite du procès

507/. **La justice des mineurs ressaisit par le droit**⁹⁶³. Au regard de la spécificité qui a toujours été reconnue au juge des/pour enfants et à son action à l'égard de ses justiciables, le procès pénal des mineurs a toujours privilégié un[e] moindre formalisme et théâtralisation⁹⁶⁴. Dès ses origines, cette justice avait, en effet, pris ses distances avec le modèle classique en adoptant une forme moins soucieuse des garanties procédurales ainsi que du respect des droits des justiciables. Voulue comme protecteur principal de l'enfant, le juge des/pour enfants (qu'il soit spécialisé ou non) s'est vu accorder, particulièrement en matière pénale, des larges pouvoirs d'action et d'appréciation. Il détenait, à l'apothéose du modèle tutélaire, dans la quasi-totalité des systèmes juridiques une marge de manœuvre importante aussi bien dans la détermination des comportements poursuivis (étant donné que les incriminations étaient souvent floues, et que certains faits non infractionnels appelaient son office) que dans la détermination des sanctions. Mais ce modèle est aujourd'hui remis en cause principalement par l'émergence des droits fondamentaux processuels. La délégitimation de ce modèle

⁹⁶³ L'expression qui s'inspire de la réflexion de DEBOVE F et *al.*, [op.cit., p.51] sur l'impact des droits fondamentaux dans le droit processuel.

⁹⁶⁴ Comme sous le D.1950, le JPE ainsi que les autres professionnels de la justice (le ministère public, l'avocat et le greffier) participent au procès sans leur costume officiel (toge)(art. 111 al. 5 LPE).

provient également des principaux destinataires dudit système : un certain courant en faveur des droits des jeunes milite aussi en vue de la réclamation de plus de garanties procédurales, perçues comme un gage de prévisibilité et de sécurité juridique du mineur face à l'arbitraire du juge superpuissant. Les efforts internationaux visant à promouvoir les droits de l'enfant ont considérablement transformé son statut, le faisant passer de sujet relativement effacé, à détenteur de droits à part entière : l'enfant n'est plus sujet, il est désormais acteur, et à ce titre, titulaire des droits subjectifs d'ordre procédural.

508/. Dans la même visée, le législateur du 10 janvier 2009 a prévu des garanties fondamentales dont la plupart sont déjà consacrées par la Constitution (art. 17 à 21) et les traités internationaux⁹⁶⁵ de droit de l'Homme ratifiés par la RDC principalement la DUDH (art.8, 10 et 11), le PIDCP (art. 14), la CADHP (art. 7-1, 26) et les Règles d'Havane (pt. 7.1). Ces prérogatives sont reprises, non seulement dans les articles 103 à 105, 110 à 112 de la LPE, mais aussi dans d'autres dispositions du premier titre de la même loi (art. 7, 10, 12, 32). Leur violation, particulièrement pour ceux de l'article 104, est sanctionnée par une nullité de la procédure⁹⁶⁶. Il s'agit notamment ; de la présomption d'innocence et du procès équitable, du délai raisonnable, de la présence au procès, l'information sur la nature et les motifs de l'accusation, du respect de la vie privée, de l'assistance d'un avocat, d'un parent ou d'un assistant social, de ne pas être contraint à plaider coupable, de contredire son accusateur et d'interroger les témoins à charge⁹⁶⁷. Pour reprendre la terminologie d'un auteur⁹⁶⁸, ces prérogatives peuvent consister en des droits processuels *horizontaux*, entendus comme le fonds commun procédural (transversal et multiculturel) porté essentiellement par les instrumentaux internationaux de droit de l'Homme et que l'on peut retrouver dans tous les systèmes juridiques et indépendamment de la nature du contentieux, et des droits processuels

⁹⁶⁵ « Directives et principes relatifs au droit à un procès équitable et à l'assistance juridique en Afrique », CmADHP, Rés. 41(XXVI) 99 et 2003 ; « Principes et lignes directrices des Nations Unies sur l'accès à l'assistance juridique dans le système de justice pénale », Rés. 67/187, AG/NU, 20/12/2012.

⁹⁶⁶ En droit congolais la nullité des actes de procédure n'est jamais automatique. Elle repose sur trois règles : l'existence d'un grief nuisant aux intérêts de la partie adverse (art.28 CPC), la violation d'une mention ou d'une formalité substantielles par lesquelles la nature et le caractère de l'acte sont déterminés, enfin, la violation d'une formalité prescrite sous peine de nullité par la loi enlevant au juge tout pouvoir d'appréciation. [Voir : LUZOLO BAMBI LESA E.J. et BAYONA-ba-MEYA N.A., *Op.cit.*, pp.444-445 ; DE CODT J., *Des nullités de l'instruction et du jugement*, Larcier, 2006, p.14-16]. Malgré que les causes de nullité évoquées dans l'art. 104 LPE remplissent ces trois conditions, les nullités sont rarement prononcées par le TPE.

⁹⁶⁷ Il faut saluer cette confortation du principe contradictoire en droit pénal congolais des mineurs. En effet, en droit processuel congolais, un plaideur n'interroge pas directement le témoin ou même son adversaire, il le fait interroger par le juge. Dans la pratique, il n'y a pas de grande différence mais sur le plan théorique cette innovation consacre une certaine liberté de confrontation directe entre les parties durant le procès, inspirées du modèle anglo-saxon.

⁹⁶⁸ GUINCHARD S. et al., *Droit processuel : droits fondamentaux du procès*, Dalloz, 8^{ème} éd., Paris, 2015, pp.52-57.

verticaux qui, en aval, en conformité et en atténuation des précédents s'appliquent aux contentieux spécifiques à un pays, une matière ou à une branche du droit. Nous n'allons pas analyser chacune de ces prérogatives dont les contours sont largement exposés dans les multiples manuels de droits fondamentaux du procès ou de procédure pénale. Nous n'aborderons ici que celles qui apportent, à notre avis, des réelles innovations en droit congolais ou qui portent des fortes nuances qu'il faudrait épingle. Pour ce faire, nous les repartirons en deux groupes ; d'une part, les règles qui participent à la protection efficace des droits du mineur traduit en justice (§1), d'autre part, des règles spécifiques qui dirigent le déroulement de l'instance (§2).

§1. Les droits de l'ECL en tant qu'acteur du procès pénal

509/. L'ECL reste un citoyen que la société doit aussi protéger, non seulement de la vindicte populaire mais aussi de l'arbitraire des intervenants judiciaires et administratifs. Le mineur a droit à un procès juste et régulier mais aussi adapté en fonction de ses spécificités et de son âge. Il est donc demandeur d'une justice équitable dont les références sont à cheval sur celles de droit commun. Pour ce faire, la loi lui reconnaît des prérogatives qui peuvent se manifester par des garanties ; d'une part, d'accéder à la justice ou d'engager une instance (A), d'autre part, de bénéficier d'une assistance spécifique en cas de besoin (B).

A. Le droit d'accès à la justice

510/. **L'accès au juge, un droit vecteur.** Il n'est toujours facile de traiter en droit de la question de l'accès au droit et/ou au juge. Le paradoxe n'est pas seulement d'ordre terminologique mais aussi substantiel. En dépit de la diversité des termes (droit à un/au juge, droit d'accès à un tribunal, droit d'accès à la justice, droit d'accès au droit, droit au recours juridictionnel) utilisés pour désigner ce principe, son contenu change selon les auteurs⁹⁶⁹. Le droit d'accès au juge peut à la fois renvoyer la connaissance et à l'accessibilité des citoyens de leurs droits, à des procédures permettant de les faire respecter, aux difficultés matérielles qu'ils rencontrent pour saisir un juge (organisation, engorgement et cartographie judiciaire, superficie du territoire, ratio des juges par habitant...) ou à faire exécuter leurs décisions, et même au statut du droit et au symbolisme de ses représentants (juges, avocats, greffiers...) dans une société. Pour les uns, il implique l'accès à un tribunal (juge pris au sens institutionnel) et l'accès au droit (juge pris au sens ontologique) ; tandis que pour les autres,

⁹⁶⁹ GUINCHARD S. et al., *Op.cit.*, p.513 et svt.

il fait plutôt partie de l'accès au droit qui est plus contenant. Certains⁹⁷⁰encore estiment qu'il n'est qu'un aspect du droit à un recours, plus large et englobant l'accès à toute instance investie d'un pouvoir effectif de réformation d'une mesure : le recours administratif (hiérarchique ou gracieux) et, pouvons-nous ajouter, le recours aux MARC. Par cohérence à la structure de notre analyse, nous opterons pour le premier sens du concept d'après lequel l'accès au juge inclut l'accès au tribunal et l'accès au droit. En effet, « en droit romain, le droit est avant tout un accès à la justice : d'une part parce que « *droit* » et « *justice* » se confondent, d'autre part parce que le droit est essentiellement conçu comme *actio* devant le prétoire »⁹⁷¹. Ainsi, le droit d'accès au juge peut être défini comme la possibilité qu'offre un système juridique à une personne physique ou morale pour être entendue par un juge afin de faire valoir ses droits⁹⁷². A ce titre, il entretient des liens étroits avec le droit d'action⁹⁷³, mais apparaît aussi, à la différence de cette dernière, comme une question de fait que de droit. Il revêt dès lors une fonction particulière en ce sens qu'il est le vecteur d'autres droits. Il constitue la première garantie, celle par laquelle tous les autres droits doivent passer : c'est un droit essentiel à la mise en œuvre ensuite des autres garanties d'un procès équitable. Il ne vise pas que la forme mais aussi le fond : « il est donc la condition antérieure au droit d'action et à la demande en justice »⁹⁷⁴. C'est la jurisprudence de la Cour de Strasbourg⁹⁷⁵, basée sur la violation de l'article 6§1 de la CESDH, qui a permis de préciser la portée de ce droit.

511/. Généralement, l'accès au juge en matière pénale est analysé en RDC dans le sens de la possibilité que le droit ou le système juridique offre à la victime pour solliciter la réparation du préjudice qu'elle aurait subi à la suite d'un fait infractionnel. Mais ce concept doit être entendu dans un sens plus général incluant l'ensemble de dispositifs et d'actions visant à permettre le respect et l'exercice effectif des droits de personnes confrontées à des problématiques de droit et notamment, – mais non exclusivement –, dans le cadre de procédures juridictionnelles. Rien que dans le cadre juridictionnel, ces dispositifs peuvent s'accomplir de divers moyens notamment sous forme de l'aide à la rédaction et demande d'actes, du conseil et orientation, de la représentation et l'assistance devant les instances

⁹⁷⁰ GUINCHARD S. et al., *Op.cit.*

⁹⁷¹ SOUVIGNET X., « L'accès au droit, Principe du droit, principe de droit », *Jurisdoctoria*, n°1, 2008, pp. 23-48 ;

FAVOREU L. & al.[2016b], *Op.cit.*, n°653, p.550 et svt, JEULAND E., *Op.cit.*, pp.176-191.

⁹⁷³ CADET L., MORMAND J., AMRANI MEKKI S., *Op.cit.*, pp.334-336, 567.

⁹⁷⁴ MEKKI M. « L'accès au droit et l'accès à la justice », in CABRILLAC R.(dir.), *Op.cit.*, , pp.571-596 ; FAVOREU L. & al., [2016], *Op. cit*, pp.1007-1008.

⁹⁷⁵ CEDH: 21/02/1975, n°4451/70, *Golder c/ RU*; 27/02/1980, n°6903/75, *Deweert c/ Belgique*; 18/02/1997, n°16566/90 et 16898/90, *Mauer c/ Autriche* ; 01/03/2002, n°48778/99, *Kutic c/ Croatie*, §.25.

judiciaires ou de l'information. L'ECL doit aussi bénéficier de tous ces dispositifs. Et, contrairement à la conception commune, il peut aussi être demandeur en justice ou mieux, initiateur d'une action judiciaire à titre principal (hypothèse de la saisine par déclaration spontanée de l'art. 102 LPE) ou d'une action incidence consécutive à une poursuite pénale mise en mouvement en son encontre (hypothèses de la contestation de la légalité de son arrestation ou de sa privation de liberté⁹⁷⁶, de la révision de toute mesure définitive prononcée en son encontre⁹⁷⁷, de la régularité de la procédure ou encore de sa constitutionnalité).

512/. **La qualité de justiciable du mineur.** Le droit d'accès à un juge est aussi un dérivé du droit d'agir en justice. Qu'il soit victime ou auteur d'une infraction, l'accès de l'enfant à la justice est confronté à la problématique de son incapacité juridique. La capacité juridique est l'aptitude d'une personne à être sujet de droits et d'obligations, à acquérir des droits aux fins d'en jouir et de les exercer. Cette aptitude à acquérir « la personnalité juridique est reconnue en principe à tout individu et, en fonction de leur nature, de leur objet et de leur forme, aux personnes morales »⁹⁷⁸. Toute personne à qui la loi ne reconnaît pas cette prérogative est dite « incapable ». En droit congolais, le régime de la capacité juridique est fixé par le code de la famille. En vertu des dispositions pertinentes de ce texte (art. 215 CF), les personnes âgées de moins de dix-huit ans ont une capacité de jouissance mais une incapacité d'exercice de leurs droits⁹⁷⁹. Pour que leurs actes soient valides, ils doivent être représentés par leur parent ou tuteur. A cet effet, le mineur congolais n'a pas la capacité d'ester seul en justice : il doit agir nécessairement par le canal de son représentant légal ou, dans certains cas, du ministère public. Donc un avocat qui agit en justice au nom et pour le compte d'un mineur n'obtient pas directement ce mandat de ce dernier mais plutôt de son représentant légal. Il se pose alors quelques problèmes d'ordre pratique et légal dont les plus importants peuvent être à deux. Le premier est celui de savoir, quelle est la nature ainsi que les effets juridiques de la saisine du juge par l'ECL via la déclaration spontanée ? Déjà, il faut relever que le Législateur n'a pris soin décision de préciser de quel enfant s'agit-il ? De tout enfant ou uniquement de celui qui est âgé de plus de quatorze ans, – à qui est apparemment dédié

⁹⁷⁶ art. 12 al.2 LPE.

⁹⁷⁷ art.125 al.1 LPE. Nous nous interrogeons aussi pourquoi cette procédure n'est pas prévue pour les mesures provisoires.

⁹⁷⁸ CORNU G. (dir.), *Op. cit.*, pp.148.

⁹⁷⁹ Cette règle porte quelques exceptions, particulièrement en matière du droit de travail (capacité contractuelle abaissée à 15 et 16 ans : art. 6 C.travail et 50 LPE) et actes de vie courante de moindre importance. Le mariage et les fiançailles entre enfants étant désormais interdits par la LPE (art. 48), l'émancipation par le mariage (ancien art. 288-289 CF) n'a plus lieu d'être. Par ailleurs, il faut souligner que même si le mineur outrepasser ce droit, il n'y aura qu'une nullité relative qui ne peut être invoquée que par lui-même.

tout le chapitre—, de celui qui est doté du discernement ? Qu'à cela ne tienne, est-ce une simple auto-dénonciation qui ne crée aucun lien juridique avec l'instance jusqu'à ce que le JPE obtienne assez d'éléments sur les faits afin de mettre en mouvement lui-même l'action publique ? Si c'est le cas, est-elle alors une saisine sans création du contrat judiciaire ? Et, qu'en sera-t-il si le mineur se rétracte après ? Le deuxième problème se rapporte à la saisine du TPE par un mineur-victime ? Ce dernier a-t-il qualité pour ester directement en tant que victime (art. 102-3) sans être représenté ? Si oui, n'y a-t-il pas des restrictions liées à l'âge ou au discernement ? Sinon, pourquoi lui denier une prérogative reconnue au mineur-délinquant ? Bien plus comment régler le problème de la représentation parentale ou tutélaire si le mineur est victime des faits de ces parents/tuteurs⁹⁸⁰ ou encore, dans le cas qui nous concerne le plus, ces derniers, en désaccord avec lui, refusent de l'assister tout au long de la procédure.

513/. Au regard de toutes ses préoccupations et aux incertitudes auxquelles elles renvoient en l'absence des réponses claires de la part du législateur congolais, nous estimons que dès qu'il aurait acquis la qualité de partie au cours d'une instance, le mineur se dégage de ce carcan parental/tutélaire : il peut en effet agir valablement en justice en rapport avec toutes les actions l'affaire (appel, demandes incidentes ou en révision d'une mesure prise en son contre, *etc.*) bien que son avocat se fiera plus au parent qui est son redevable financier (honoraires) et qui comprendrait le mieux la portée de la procédure. C'est aussi dans ce sens que l'article 12 LPE reconnaît à l'ECL la capacité d'intenter un recours en contestation de la légalité de sa privation. D'autres systèmes juridiques ont évolué vers la possibilité de reconnaître au mineur la qualité de justiciable à part entière, par ricochet, le droit d'accès au juge⁹⁸¹. Ce qui peut être également déduite en DPM congolais d'une certaine interprétation de l'article 102 (pt.3, 6) de la LPE.

⁹⁸⁰ Comme on l'a déjà précisé, la minorité de la victime ne prédétermine pas la juridiction compétente mais soulève aussi le problème de la prescription au regard de son incapacité juridique, surtout si l'auteur des infractions est l'un des parents, des personnes qui exercent sur lui l'autorité parentale ou celles qui ont un lien d'autorité (enseignant, officier des cultes, médecins...) avec lui. En droit congolais, seul le droit pénal de fond s'est saisi de cette problématique à titre de circonstance aggravante (voir notamment les articles 159, 170, 173 al.3-4, 178 al.2, 182 al.2 LPE) mais l'on estime qu'il sera aussi de bon droit de **reporter le point de départ de la prescription à la majorité de la victime** pour lui garantir un droit au recours effectif comme en droit français (art. 222-10, 222-23, 225-7-1 CP, 706-47 CPP).

⁹⁸¹ En se référant seulement à « toute personne physique » qui se prétend victime d'une violation, la CESDH ne subordonne pas le droit de saisir la Cour à des conditions liées à la capacité juridique de l'intéressé. Les enfants peuvent donc saisir la Cour même si la législation nationale ne leur reconnaît pas la capacité d'agir en justice. Voir : 25/04/1978, n° 5856/72, *Tyrer c/ RU*; 10/01/2006, n°21768/02, *Selçuk c/ Turquie* ; 16/05/2002, n°39474/98, *DG. c/ Irlande*.

514/. **Le droit d'accès à la justice spécialisée : le droit au juge naturel.** L'ECL a non seulement un droit d'accès *au* juge mais aussi un droit d'accès *à son* juge (art. 19 Const). Ce juge doit être, quoi qu'il en soit, le JPE ou exceptionnellement le juge de paix. Raison pour laquelle, la LPE (art.112), à la suite du décret (art.9), pose le principe de la disjonction de procédure quelles que soient la nature ou les imbrications des faits. Mais la mise en application de ce principe n'est pas toujours facile, car à cause du cumul de compétences (civiles et pénales) du JPE, l'on ne sait parfois pas déterminer la nature de l'instance pendante. Nous nous sommes, par exemple, posé la question de savoir comment va-t-on considérer l'enfant déferé devant le juge pour une infraction et qui prétend avoir moins de quatorze ans. Avant une expertise ou une levée d'équivoque sur son âge, doit-il être soumis aux mesures provisoires des ECL, ou aux mesures des ESD ? Si au regard du principe de l'interprétation *in favorem* de la loi pénale, l'on doit le considérer comme un ESD, les mesures lui appliquées doivent être de nature sociale dont le trait principal de leur régime juridique est le caractère volontariste (approbation du mineur). Plusieurs autres préoccupations similaires peuvent être soulevées mais qui peuvent facilement trouver des satisfactions dès lors que l'ECL reste devant son juge naturel ou, au cas contraire, devant un juge de droit commun qui s'identifie clairement comme un JPE, c'est-à-dire, appliquant les règles proscrites par la LPE.

515/. **JPE congolais, juge spécial des majeurs-délinquants.** L'on pourrait également croire à une exclusivité du JPE à connaître les contentieux concernant les mineurs. Or, il s'avère que les adultes peuvent être aussi, comme nous l'avons déjà évoqué, justiciables pénalement⁹⁸² des TPE. Dans le premier cas, il s'agit de ceux qui ont fait entrave à la justice en soustrayant ou en tentant de soustraire, en enlevant ou faisant enlever un mineur contre qui est intentée une procédure⁹⁸³. La présence de cette incrimination dans les textes relatifs à la délinquance des mineurs signifie que sa répression relève bien de la compétence du TPE. Si cette précision paraissait moins importante sous le D.1950 étant donné que la répression de cette incrimination revenait, en vertu de son tarif pénal, aussi au juge de paix (juge pénal de droit commun pour les infractions punissables de moins de cinq ans et juge pénal spécial des mineurs), elle pose aujourd'hui des problèmes avec l'autonomisation fonctionnelle et structurelle des TPE. La loi reste muette sur la modalité de saisine du TPE et sur la procédure applicable dans ce cas d'espèce, sur l'appelabilité de la décision de condamnation ou encore

⁹⁸² Nous écartons volontiers le contentieux des droits parentaux qui est le pendant civil du TPE.

⁹⁸³ L'art. 131 LPE prévoit une servitude pénale principale d'un à cinq ans et/ou une amende de cent mille à deux cent cinquante mille francs congolais (100.000 à 250.000 FC) tandis que le décret de 1950 (art. 20) ne prévoyait qu'une servitude pénale de huit jours à un an et/ou une amende de cent mille zaïres (100.000 Z).

sur la nature de la procédure initiale à la base de cette incrimination ? L'on a pu, malheureusement, retrouver, une jurisprudence relative à cette disposition pour répondre à ces questions. Vraisemblablement, le TPE se comportera comme une juridiction de droit commun en faisant recours au droit processuel commun (code de procédure pénale) et en soumettant ses décisions aux voies de recours de droit commun. En cas d'appel, c'est bel et bien la chambre d'appel du TPE qui sera saisie. Mais, reste encore entière la question de la nature de la procédure initiale : le D.1950 avait une nature éminemment pénale, la LPE se fonde sur trois procédures différentes (purement civile pour les conflits parentaux, « mi-civile et mi-administrative » avec les ESD et pénale avec les ECL).

516/. **Les mineurs-délinquants repris majeurs.** Dans le second cas, il s'agit de l'hypothèse, non prévue par la loi mais déduite de l'interprétation à *contrario* des articles 94 et 98 LPE, des mineurs-délinquants repris ou appréhendés majeurs. Car, aussi longtemps que les faits n'ont pas encore été prescrits, leur auteurs, mineurs soient-ils, encourent encore la rigueur de la loi. Ayant fixé la compétence du TPE sur le moment de la commission de faits, le LPE a soumis au juge pour enfants une catégorie spéciale des justiciables, à savoir ; d'une part, les jeunes-adultes âgés au maximum de vingt-sept ans (en vertu du plus long délai de prescription en matière pénale qui est de dix ans) ou même des adultes murs et des vieillards (en cas des crimes imprescriptibles) pour les faits qu'ils auraient commis durant leur minorité. Sur le plan du fond, l'on doit s'interroger dans ces cas d'espèces sur l'opportunité et l'efficacité des sanctions mises à la disposition du JPE. Même si sur le plan juridique, le maintien de l'identité de sanction s'avère justifier et fonder ; il y a lieu de s'interroger de leur effet sur les prévenus, surtout lorsque ces derniers sont dans la seconde moitié de la vingtaine. Il pourrait aussi de poser les problèmes de la durée des sanctions calquée généralement, comme nous le verrons, sur l'accès à la majorité ainsi que ceux des structures chargées de les accueillir pour exécuter lesdites sanctions. Dans tous les cas, cette catégorie des justiciables du TPE ne peuvent être assimilées aux ECL appréhendés encore dans leur minorité et qui atteignent leur majorité en pleine exécution des mesures prononcées à leur encontre. Même si l'on admettait le principe d'identité des mesures, il restera encore à surmonter les incertitudes liées à la forme. Doit-on encore faire bénéficier ces personnes des mêmes règles procédurales (dérogatoires et protectrices) que les ECL appréhendés dans leur minorité ? Au regard de toutes ces interrogations et incertitudes, il y a donc nécessité que le Législateur précise le droit et à la procédure applicable à ces « jeunes-majeurs ». A notre avis, il faudrait, hormis l'institution de la « grande chambre » que nous avons déjà évoqué, établir un régime qui

dépendrait à la fois de l'âge auquel l'individu est traduit devant la justice, à la gravité des faits pour lesquels il est poursuivi et enfin à son statut social lors de sa poursuite. S'il ne s'agit pas des infractions graves contre les personnes et leur intégrité (viol, homicides volontaires ...), que l'individu n'a pas un casier judiciaire rempli depuis sa majorité et qu'il est âgé de moins de vingt-cinq ans, il y a lieu de privilégier la réparation (ou la médiation). Dans le cas contraire, l'on peut transformer les sanctions spécifiques en d'autres peines à défaut des structures spécifiques pour les accueillir.

B. Le droit à l'assistance

517/. **Le droit de l'ECL à une assistance appropriée : un triptyque.** L'assistance judiciaire des ECL se manifeste sous trois aspects dont les modalités et les effets divergent selon l'individu appelé à assister le mineur. La loi en prévoit en effet trois catégories d'individus (art.12, 104 pt 4, 6, 8 LPE), à savoir ; l'avocat, le parent, le tuteur ou la personne qui assure la garde du mineur, et enfin, l'assistant social. L'on peut même ajouter à cette liste l'interprète⁹⁸⁴.

518/. **L'assistance de l'avocat.** L'article 19 de la Constitution a renforcé le droit de la défense en matière pénale en reconnaissant à toute personne la possibilité de se faire assister d'un défenseur de son choix ; et ce, à tous les niveaux de la procédure pénale, y compris l'enquête policière et l'instruction préliminaire. Au regard de cette même disposition constitutionnelle, le justiciable garde toujours le droit de refuser une assistance judiciaire ou d'y renoncer, c'est-à-dire choisir de se défendre seul. Mais la loi prévoit des cas explicites où la renonciation à l'assistance judiciaire n'est pas possible notamment en ce qui concerne les ECL et, jadis, de la justice militaire (art. 63 CJM) : on parle alors d'une assistance imposée. En effet, l'ECL doit impérativement être assisté par un avocat ou un défenseur judiciaire de son choix. A défaut de ce choix, c'est le juge qui lui en désignera un (art. 300§4 LPE). La LPE semble n'est pas admettre l'hypothèse des circonstances exceptionnelles⁹⁸⁵ qui conduiraient le JPE à passer outre la présence de l'avocat. Toutes ces modalités d'organisation de l'assistance judiciaire peuvent amener l'avocat à affronter un climat de méfiance, qu'il doit surmonter, au près d'ECL. Cette attitude s'explique par le fait que ce n'est pas souvent le

⁹⁸⁴ Ce droit ne sera pas analysé, étant donné qu'il reste facultatif. On y fait recours lorsque le mineur ne comprend pas bien la langue véhiculaire parlée dans la partie du territoire où il se trouve (Voir nous §§.22-23).

⁹⁸⁵ ROSENCZVEIG J.P., *L'enfant délinquant et la justice*, ASH, 2016, p.169. L'auteur citant une jurisprudence de la cassation (n°01-82690, 26/06/2001) évoque un cas de mouvement de grève du barreau qui n'a pas pris le soin d'assumer le service minimum.

mineur qui le choisit ; c'est soit ses représentants légaux, soit le bâtonnier sur demande du JPE. Et, dans cette dernière hypothèse, la méfiance peut aussi provenir des parents qui pourront voir dans l'avocat le collaborateur du juge ou encore l'accuser de connivence avec la partie civile. Finalement, l'assistance judiciaire apparaîtra, dans tous les cas, aux yeux de l'ECL comme une mesure « imposée » : l'avocat devra donc gagner la confiance du mineur par un travail relationnel efficace. Pour éviter la répétition de ces obstacles et renforcer la proximité relationnelle, nous préconisons le principe « *d'un avocat, un ECL* » en vertu duquel le même avocat doit suivre, sauf circonstances exceptionnelles, le même mineur au moins durant toute l'instance.

519/. **Assistance judiciaire et aide juridictionnelle.** Appariée généralement à la gratuité de l'assistance judiciaire, la commission d'office d'un avocat ne suppose pas nécessairement celle-ci : elle est juste une dérogation au principe de libre choix du conseil et n'exonère pas le justiciable du paiement des honoraires et des frais de justice à sa charge. Or, dans la pratique, celui qui est à mesure de se payer les frais occasionnés par l'action judiciaire choisit généralement son avocat. La situation paraît encore financièrement insupportable pour les parents de l'ECL qui doivent prendre en charge l'assistance judiciaire de leur enfant (prévenu) mais aussi d'eux même (civilement responsable). Ainsi, c'est généralement les justiciables en situation de vulnérabilité qui sollicitent cette procédure dont l'éligibilité est justement fondée en droit congolais sur le critère « d'indigence »⁹⁸⁶, interprété de manière floue et disparate faute de textes clairs⁹⁸⁷. Le constat de cet état revient au Président de la juridiction devant laquelle l'action est ou doit être intentée ou à l'autorité administrative (ministère des affaires sociales) la plus proche selon que l'on est respectivement en matière contentieuse ou gracieuse. La quasi-totalité des affaires d'assistance juridique sont transmises en droit congolais à des avocats stagiaires inexpérimentés, manquant à cet effet à la fois de compétence et de motivation requises⁹⁸⁸. Ces avocats, sont aussi soumis à

⁹⁸⁶ Article : 4 D.L du 13/03/1965 sur les frais de justice en matière gracieuse ; 146, 157 CPC ; 123, 134 et 135 CPP ; 35 L. n° 016-2002 du 16/10/2002 (Tritrav)

⁹⁸⁷ Les critères d'évaluation de l'indigence dépendent des textes différents et des éléments différents qui malheureusement ne sont pas toujours connus des justiciables, même des magistrats. L'arrêté d'organisation judiciaire 299/79 du 20/08/1979 portant règlement intérieur des cours, tribunaux et parquets pose de critères basés sur le secteur d'activité et le document de référence (accréditif pour les militaires et fonctionnaires, fiche d'impôts pour les commerçants et le secteur libéral, bulletin de paie pour les salariés des sociétés privées...). Une autre circulaire (n°001/CAB/MIN/RIJ&GS/96 du 15/2/96 relative à l'appréciation de l'indigence devant les cours et tribunaux) pose, quant à elle, une exonération d'office à une catégorie des personnes ; les militaires, les fonctionnaires, et agents des services publics jusqu'au grade de directeur, les retraités, les veuves, les chômeurs.

⁹⁸⁸ Rapport du Rapporteur spécial sur l'indépendance des juges et des avocats, Conseil de droit de l'Homme, [en ligne] <http://www2.ohchr.org/french/issues/judiciary/>

d'insurmontables⁹⁸⁹ défis d'ordre matériel et parfois psychologique dans la mise en application de cette procédure. « Leurs interventions, théoriquement *pro deo*, relèvent en réalité du *pro bono*, sinon d'un exercice déficitaire, compte tenu de l'absence de rétribution ou même de défraiement par les pouvoirs publics (et/ou les Barreaux) »⁹⁹⁰. En effet, l'autre obstacle à cette assistance délivrée par les barreaux est le manque d'implication de l'Etat congolais qui ne finance aucunement les actions du barreau en direction des justiciables les plus vulnérables. Ce qui, sans doute rend difficile l'assistance et la représentation des justiciables devant les instances.

520/. L'accès au droit : une affaire privée (barreau et du milieu associatif) en droit congolais. La concrétisation de ces principes ne saurait de se concevoir qu'avec la disponibilité et l'accessibilité de la norme juridique. A cet effet, l'article 43 de l'O.L n°79-028 attribue au Conseil de l'Ordre de chaque barreau la responsabilité de mettre en place des bureaux d'assistance juridique gratuite à l'intention des plus pauvres (bureaux de consultation gratuite). Se trouvant généralement dans les centres urbains, ces services du barreau sont quasi-inaccessibles pour les personnes qui en ont le plus besoin. Pire, les particuliers doivent également demander un certificat d'indigence, obtenu de surcroît moyennant paiement, à la municipalité afin de pouvoir en bénéficier. Ce qui est paradoxal étant donné le nombre élevé d'indigents ne pouvant accéder à la justice sans apport et expertise extérieurs. Quelques associations essayent de remédier à cet éloignement géographique par l'organisation des cliniques juridiques. Fonctionnant généralement grâce aux aides des organismes internationaux, leurs actions demeurent aussi limitées que ciblées (violences sexuelles, enfants de la rue, déplacés des guerres...).

521/. Une spécialisation du barreau pour une vraie défense de l'ECL. Enfin, il y a aussi lieu pour une bonne administration de la justice et une bonne qualité de l'assistance et l'expertise juridique apportées aux justiciables (en particuliers aux ECL), de spécialiser aussi le barreau dépendamment des domaines judiciaires comme c'est le cas dans d'autres lieux, d'une part, et d'instituer des permanences d'avocats dans les TPE, d'autre part. C'est, en effet, grâce à un travail de qualité et à une témérité que les avocats font bouger les lignes et

⁹⁸⁹ Sachant que l'issue de l'affaire pourrait avoir une incidence sur l'évaluation globale de son stage, le jeune avocat est mis dans un état d'obligation morale qui le conduira parfois à payer de sa propre poche certains frais judiciaires.

⁹⁹⁰ MEYER A. (dir.), *Etude sur l'aide légale en RDC*, ASF/Programme d'Appui à la Réforme de la Justice de l'Union européenne pour la RDC, Kinshasa, 2014, p.2.

évoluer la justice. Aujourd'hui, le rôle de l'avocat dans le procès du mineur a sensiblement évolué : il n'est plus l'accompagnateur d'un juge tout puissant et hégémonique comme c'était le cas sous le décret de 1950. En effet, le modèle institué par ce décret remettait entre les mains du JPE, perçu comme le protecteur « naturel »⁹⁹¹ de l'enfant, tout le pouvoir de décision et d'orientation de l'action publique (ou éducative) : l'intérêt de l'enfant était censé être exclusivement déterminé par lui d'abord, et parfois, par les acteurs socio-éducatifs qui le secondaient. « Du coup, la prestation de l'avocat ne pouvait être qu'accessoire [...] au point qu'on « disait de lui qu'il jouait un rôle de potiche ou de “pot de fleur” dans les audiences pénales, et “d'empêcheur de tourner en rond” ou “d'éléphant dans un magasin de porcelaine” »⁹⁹². La défense des mineurs apparaissait alors comme une pratique dévalorisée⁹⁹³ pour les avocats, et de surcroît, peu rentable. Elle n'intéressait donc pas nombreux d'entre eux, sauf ceux qui, par manque d'affaires, étaient en quête d'apprentissage judiciaire.

522/. **L'avocat de l'ECL : traducteur, médiateur, canalisateur et contrôleur.**

L'amplification du rôle de l'avocat dans le procès de l'ECL se mesure non seulement dans l'assistance juridique qu'il apporte aux parties, mais aussi dans le déroulement de l'instance. En effet, avec la modélisation du procès pénal des mineurs, l'audience pénale des enfants renoue, à un certain degré, avec le scénario judiciaire où les rôles immuables des acteurs sont préétablis : l'improvisation du jeu est proscrite. C'est essentiellement par un travail de socialisation du jeune profane (et souvent de ses parents) au monde de la justice que l'avocat contribue à y garantir l'ordre des interactions pour en assurer le rituel cérémoniel. Cette socialisation vise à produire une conduite policée attendue du mineur dans une situation parfois lourde d'enjeux pour lui, et sert ainsi la défense. L'avocat discipline les mouvements et canalise l'expression verbale de l'ECL ainsi que de ses parents. C'est lui généralement qui se charge de signifier au mineur et à ses parents leur tour de parole ou leur devoir de se taire. Et, ces derniers se fient souvent à lui ou recherche son assentiment (verbal ou même visuel)

⁹⁹¹BAILLEAU F., *Les jeunes face à la justice pénale. Analyse critique de l'application de l'ordonnance de 1945*, Syros, Paris, 1996, p.42.

⁹⁹²BENECH LEROUX P., « Les rôles de l'avocat au tribunal pour enfants », *Déviance et Société*, 2006/2, vol.30, pp.155-177 ; RAYNAL F., « Avocat d'enfants, un traducteur de la parole du jeune », *ASH*, n°2914, 12/06/2015.

⁹⁹³ En citant lors d'une plaidoirie une disposition pénale nouvellement entrée en vigueur, en l'occurrence l'article 170 CP relatif au viol avec son extension de l'élément matériel, à une période où la conception dominante exigeait une intromission de l'organe viril de l'homme dans le vagin de la femme pour retenir ladite infraction, un juge de paix siégeant en matière d'enfance délinquante, nous retorqua clairement « *bino oba avocat ya ba ONG na ba loi na bino wana* » : « Vous les avocats des ONG avec vos lois ». Cette phrase, qui n'était pas du tout un cas isolé, traduisait, non seulement une méconnaissance de la loi, mais aussi un mépris envers l'auxiliaire de la justice que nous étions en raison, à l'époque, de notre jeune âge et du dossier défendu.

pour faire quoi que ce soit. C'est aussi à l'avocat que le JPE se réfère pour calmer l'ECL ou les parents lorsqu'il(s) s'énerve(nt). Mais vis-à-vis du JPE, l'avocat sert aussi de garde-fou (respect de procédure) et de caution morale (« l'absence d'objection ou de réaction signifiant accord »). Il assure à cet effet le rôle du contrôleur (implicite ou explicite) des activités juridictionnelles du JPE.

523/. **L'assistance des parents, du tuteur ou du gardien.** Outre l'assistance de l'avocat ou du défenseur judiciaire, la loi rend également obligatoire la présence des personnes qui exercent sur l'ECL l'autorité parentale ou le droit de garde. Le rôle de ces personnes dans le déroulement de l'instance n'est pas le même que celui de l'avocat. Si la présence de ce dernier a plus pour objectif d'apporter un soutien juridique à l'ECL et à son civilement responsable en contrôlant l'action du juge et en contredisant les prétentions et argument de la victime et du ministère public, celle des personnes précitées aurait pour effet de rassurer l'enfant et de le mettre dans des bonnes dispositions vis-à-vis du juge. D'un côté, « le juge a tout un intérêt d'avoir à ses côtés les proches du mineur qui constituent l'environnement immédiat de celui-ci, pour comprendre, au-delà du rapport de l'enquête sociale, le processus qui a conduit au passage à l'acte, afin de prendre la mesure éducative appropriée. [De l'autre côté], les parents eux-mêmes, en tant qu'acteurs du processus de resocialisation, ont aussi intérêt à participer au procès, afin de se comporter dorénavant en conséquence »⁹⁹⁴. Ainsi, la première démarche du JPE est de vérifier si l'OMP ou l'OPJ l'ayant saisi ont effectivement informé la personne qui exerce l'autorité parentale ou tutélaire sur l'ECL. Au cas contraire, il devra y pourvoir. Il procède également de la sorte pour tous les autres modes de saisine.

524/. **L'assistance de l'assistant social.** A cette liste des personnes qui doivent assister le mineur lors de son audition, la loi ajoute l'assistant social. L'on ne comprend pas à quel titre le Législateur pose cette obligation. L'on ignore s'il souhaitait l'étendre jusqu'à la phase d'identification du mineur et des faits qui lui sont reprochés par l'OMP/OPJ comme c'est le cas pour les parents, le tuteur et le cas échéant, l'interprète ; ou il voulait la cantonner à l'instruction à l'audience. A la lumière d'autres dispositions de la même loi (92, 103, 111 al.3), l'on peut trancher en faveur de la seconde hypothèse. Cependant, l'on ignore toujours s'il s'agit de tout assistant social ou de celui affecté spécifiquement au TPE par les services provinciaux ayant les affaires sociales dans leurs attributions. La présence de l'assistant social est rendue aussi indispensable durant tout le déroulement de l'instance par l'enquête sur la

⁹⁹⁴ KASHAMA NGOIE S.[2016], *op. cit.*

personnalité du mineur. Sous cet angle, la norme posée aux articles 104 (pt. 8) et 111 al.2 paraît redondante : elle n'aura un impact visible que si le « ou » placé avant l'énumération de l'assistant social dans la liste des personnes habilitées à assister l'ECL à l'audience est exclusif. C'est-à-dire, au cas où cette présence serait aussi rendue obligatoire. Cette hypothèse serait plausible lors que la présence des parents ou du tuteur est impossible (cas de refus, d'hostilité ou d'absence) ou encore néfaste pour le déroulement du procès. Mais ce rôle se complique davantage, pénalement parlant, lorsque la saisine du tribunal est l'œuvre de ce même intervenant : l'on ne sait plus si l'assistant social-requérant pourrait aussi revêtir la casquette d'assistant social-audencier. Ce qui témoigne le chevauchement dans les larges compétences attribuées désormais à l'assistant social en DPM. L'on peut également étendre cette réflexion au Ministère public ou aux parents qui sont à la fois des protecteurs des enfants et potentiels requérants de l'action judiciaire en l'encontre du mineur-délinquant. Qu'à cela ne tienne, le mineur a le droit de se défendre et de se faire entendre.

525/. **La parole du mineur : droit et obligation.** Il est des institutions publiques qu'on souhaiterait épargner aux plus jeunes telles que l'hôpital, les orphelinats, ainsi que la justice et ses appendices. L'entrée dans les méandres judiciaires est toujours une situation douloureuse pour tout Homme, particulièrement l'enfant, en raison de sa vulnérabilité et de son inexpérience. Malheureusement les aléas de la vie le conduiront à vivre cette expérience, soit à titre de victime d'une infraction, soit à titre d'objet d'un contentieux entre parents, ou soit, pour le cas qui nous concerne le plus, à titre d'auteur d'une infraction ou des faits spécifiques. Le droit contemporain, qui a pris conscience de la nécessité d'aménager des règles procédurales destinées à préserver autant que possible l'enfant confronté à une justice construite sur le modèle des adultes, s'est penché très tardivement sur la question de la parole de l'enfant en justice. Depuis lors, les législateurs modernes tentent de construire, en matière civile et en matière pénale, un régime qui réponde à une triple préoccupation : *l'opportunité* de la parole de l'enfant en justice, *les modalités de son obtention* et *sa valeur juridique*. La prise en compte par le droit de la parole de l'enfant s'avère si délicate, non seulement à cause de son statut d'incapable mais aussi à cause de l'hétérogénéité des personnes que le concept recouvre. Comment construire un régime unitaire applicable aussi bien à l'enfant de cinq ans qu'à l'adolescent de dix-sept ans qui sont, au regard de leur profil psychologique et intellectuel, diamétralement opposés. Le législateur congolais a tranché ce problème en posant le discernement (art. 7, 32, 33 LPE) comme seuil de l'opérationnalité de la parole,

incidemment de l'opinion⁹⁹⁵ du mineur en justice⁹⁹⁶. Hormis l'hypothèse évoquée à l'article 96 LPE (aspect pénal, ECL) où il est directement affilié à un âge, le discernement, comme seuil du droit à la parole du mineur, relève de l'appréciation souveraine de l'intervenant judiciaire (aspect civil, ESD). L'on peut justifier cette démarcation par la divergence de finalités entre les deux types de procédure. « En effet, le procès pénal a vocation à permettre une réaction de la société à un comportement infractionnel. L'audition du mineur (victime comme auteur), supposée participer à la manifestation de la vérité, joue donc un rôle probatoire. En matière civile, l'enjeu de la procédure est bien différent puisque l'audition de l'enfant doit contribuer à la détermination de son intérêt »⁹⁹⁷. Par ailleurs, la primauté de l'éducatif explique que certains droits reconnus aux majeurs ne soient pas mis en avant concernant les mineurs. Ainsi le droit au silence, qui est également reconnu à l'enfant, est rarement rappelé par le juge surtout lors de l'audition de la première comparution. Sinon, comment pourrait-il construire un lien éducatif face à un mineur obstinément muet ?

§2. Les droits de l'ECL en tant qu'objet du procès pénal

526/. **Le procès équitable** : La notion de procès équitable, dans un sens restreint, renvoie à un certain nombre des droits qui, lorsqu'ils sont réunis, garantissent une bonne administration de la justice aux justiciables. A ce titre, elle se rapporte particulièrement au déroulement de la procédure. La LPE dresse également une longue liste, d'ailleurs non exhaustive, de ces droits. Mais nous ne nous attarderons, cette fois-ci, aussi que sur ceux qui modifient sensiblement le déroulement du procès de l'ECL par rapport au procès de droit commun. Ainsi, nous analyserons ; d'une part, la restriction de publicité et l'enquête de personnalité, et d'autre part, l'impartialité du juge et le double degré de juridiction.

⁹⁹⁵ Soulignons que l'art. 63 LPE n'évoque même pas le discernement comme critère du recueil de l'opinion de mineur. Il est donc plus contraignant que les art. 7, 32, 33 et oblige l'assistant social à recueillir, nécessairement et peu importe son âge, l'avis de l'ESD qui lui ai déféré. Par contre l'art. 130 est d'une contradiction remarquable. Il concerne une personne ayant atteint l'âge de 18 ans, c'est-à-dire une personne pour qui la question du discernement ne devant plus se poser, qui continue à être qualifiée d'« enfant » par la loi (voir alinéa 2) et être traitée comme tel.

⁹⁹⁶ Voir aussi art. 388-1 CC[fr.] et 338-4 CPC [fr.] ainsi que le D. n°2009-572 du 20/05/2009 relatif à l'audition de l'enfant en justice, la l. n°2007-193 du 05/03/2007).

⁹⁹⁷ MALLEVAEY B., « La parole de l'enfant en justice », *Recherches familiales*, 2012/1, n° 9, pp.117-129, [en ligne] <http://www.cairn.info/revue-recherches-familiales-2012-1-page-117.htm> ; ROSENCZVEIG J.P. & VERDIER P., *La parole de l'enfant. Aspects juridiques, éthiques et politiques*, Dunod, Paris, 1999, pp.24-25/7.

A. La restriction de la publicité et l'enquête sur la personnalité

527/. **Le principe du Huis-clos : fondement et définition.** Rappelons d'abord la consécration du principe de *la comparution obligatoire du mineur-délinquant* au procès indépendamment, non seulement de sa catégorie d'âges (« plus de quatorze ans » / « moins de quatorze ans ») mais aussi du taux de la peine de l'infraction pour laquelle il est poursuivi. Ce principe déroge à celui qui est consacré en procédure pénale congolaise d'après lequel le prévenu peut comparaître à l'audience par un avocat porteur d'une procuration spéciale ou par un fondé de pouvoir spécial agréé par le juge (art. 71 al.2 CPP) lorsque les faits pour lesquels il est poursuivi ne sont pas punissables d'une peine d'emprisonnement de plus de deux ans. En d'autres termes, comme pour le ministère public en droit pénal commun, l'ECL ne peut faire défaut en DPM (art. 110, al. 5 LPE). Cette présence s'inscrit dans une logique d'efficacité de l'action du juge à son endroit. L'on a même estimé que « la seule comparution devant le juge ait pour conséquence l'amendement de l'enfant qui, impressionné par l'appareil judiciaire [...] pourrait revenir aux bons sentiments »⁹⁹⁸. Qu'à cela ne tienne, l'action publique à l'endroit d'un mineur privilégie le volet éducatif qu'il ne peut atteindre si le juge ne reçoit le concerné pour le découvrir et connaître son histoire, à travers les faits qui lui sont reprochés et l'enquête sociale qu'il diligentera. Cet objectif met en exergue un volet individuel, thérapeutique, privé et caché, contrairement au punitif qui met en avant plan l'exemplarité et la publicité. De ce fait, le droit pénal processuel des mineurs se résout souvent à mettre en ballottage ces exigences de transparence et de publicité qu'appelle le procès équitable (art. 20 const.), au bénéfice de celles de discrétion et d'individualisation qu'appelle l'ISE. C'est dans ce sens que l'article 111 al.1 de la LPE a établi le principe de huis-clos qui peut simplement être défini comme une exception au principe de la publicité des débats judiciaires en vertu de laquelle la juridiction peut interdire, par décision motivée et fondée sur l'un des motifs prévus par la loi, au public l'accès au prétoire.⁹⁹⁹ Une fois le huis-clos décidé, l'accès à l'audience ne sera donc autorisé qu'aux parties et à leur conseil respectif, mais éventuellement aux témoins.

528/. **Le huis-clos et l'anonymat.** Normalement le principe du huis-clos se limite à la non-publicité des débats à l'audience. Il n'atteindrait, donc, jamais son objectif, en ce qui concerne l'ECL, s'il n'est pas complété par une restriction de l'accès aux documents présentés à l'instance et aux actes accomplis en rapport avec celle-ci. Une vraie démarche de conservation de l'identité de l'ECL s'étendrait aussi à la restriction des jugements et actes de

⁹⁹⁸ « Rapport du Conseil colonial », in *Codes et lois du Congo belge*, Tome II, 1960, p.101.

⁹⁹⁹ GUINCHARD S. et DEBARD T.(dir.), *Op. cit.*, pp.580, 915-916.

procédures destinées à un usage public déposés au greffe. C'est ainsi qu'en droit comparé¹⁰⁰⁰, les juridictions protègent l'anonymat des mineurs-requérants, victimes ou prévenus en indiquant seulement leurs initiales ou simplement des lettres en lieu et place de toute leur identité sur toutes les actes de procédures accessibles au public. Pourtant, ce principe n'a pas effleuré l'esprit des rédacteurs de la LPE. Bien plus, l'on sait pertinemment que dans la pratique judiciaire congolaise ; d'une part, les jugements censés être accessibles au public ne le sont pas sauf paiement d'une certaine somme d'argent fixée, à la tête du client, par le personnel judiciaire, et d'autre part, les documents censés être confidentiels ne le sont plus dès lors que l'on a remis au personnel judiciaire ladite somme d'argent. Dans ce cas, il faudrait non seulement instituer ce principe d'anonymat ou de la confidentialité des actes de procédures relatifs à l'ECL mais aussi un réel contrôle juridictionnel du respect de cette obligation, via peut-être une action administrative (recours hiérarchique ou contentieux administratif en abus de pouvoir) ou encore une action pénale consécutive à une incrimination spécifique ou en violation de la vie privée de l'ECL.

529/. **Le Huis-clos et la vie privée.** Justement, en ce qui concerne la vie privée de L'ECL et son respect, il y a un réel problème de conceptualisation en droit congolais. Il y a une certaine tautologie opérée par la loi qui entretient également une confusion. Le respect de la vie privée du mineur est consacré de manière générale à l'art. 30 LPE ; mais celle de l'ECL est renforcée par le point 7 de l'article 104 qui sanctionne même sa violation de la nullité de la procédure. Et, plus loin, la loi pose encore le principe de la confidentialité du dossier judiciaire du mineur (art. 105 LPE) qui aurait également des liens étroits avec la vie privée. En effet, il est très probable que la publicité des audiences entraîne la stigmatisation de l'enfant ainsi qu'une atteinte à sa vie privée. Mais, l'on ne peut pas affirmer que la publicité des débats est, en soi, une atteinte à la vie privée comme on l'attend dans une certaine doctrine congolaise. D'abord, il faut relever que contrairement à d'autres systèmes juridiques¹⁰⁰¹, le

¹⁰⁰⁰ La restriction de la publicité de la procédure est devenue un acquis processuel pour les mineurs en droit conventionnel européen. La Convention et le règlement ont toujours donné le pouvoir au juge de restreindre certains droits liés au déroulement de l'instance à la demande de l'une des parties ou si l'intérêt de la cause l'exige. Mais la pratique a confirmé leur emploi automatique quand l'affaire traitée concerne un mineur. Il s'agit notamment ; de l'anonymat (art. 47 §3), de l'accès limité à l'audience ou le huis-clos (art. 61 §1), l'accès limité aux documents déposés au greffe (art. 33 du règlement), et même, selon certains, le traitement prioritaire de la requête (art. 41). **CEDH** : 23/09/1998, n° 25599/94, A. c/ R.U ; 16/12/1999, n°24724/94, T. c/ R.U [GC] ; 02/12/2008, n°2872/02, K.U. c/ Finlande ; art. 47 § 3, 63 §1, 2 du règlement.

¹⁰⁰¹ La sécurité nationale, les intérêts des mineurs ou de la justice (sérénité des débats), la protection de la vie privés (l'intimité et dignité des personnes) sont aussi parfois évoqués. **CEDH** : art. 6.1 CESDH, 33§2 Règlement ; Ernest et autres c./Belgique, 15/07/2003. **France** : art. 66 const, 22, 466, 435 CPC, 306, 400 CPP, L.731-1 CJA. **Belgique** : art. 22, 148, 149 const.

droit congolais, particulièrement via la constitution, n'évoque que deux motifs de restriction de la publicité des débats (l'ordre public et les bonnes mœurs) parmi lesquels ne figure pas la vie privée. Ensuite, précisons que la vie privée est une notion large, non susceptible d'une définition exhaustive, mais qui n'emporte dans sa vision la plus classique et la plus commune à tous les systèmes juridiques¹⁰⁰² que la sphère des activités d'une personne relevant de son intimité et devant rester à l'abri du regard d'autrui (vie sentimentale, orientation ou identification sexuelles, mœurs, état de santé, pratique religieuse, secret de correspondance ou du domicile, le droit à l'image...) ¹⁰⁰³. Le droit à la vie privée conduit à protéger le secret de la vie privée contre les investigations et les divulgations des autorités publiques, ainsi que de toute autre personne, sans justifications légales. Or, le procès (de surcroît, pénal) est une justification légale ; sinon l'on ne comprendrait pas pourquoi le respect de la vie privée n'entraînerait pas aussi la restriction automatique de la publicité des audiences pour les délinquants-majeurs, qui plus que les mineurs ont une vie privée bien remplie. C'est même dans cette assertion que s'est aussi inscrite la reconnaissance, par l'art. 30 LPE, de ce droit à l'égard de l'enfant qui est aussi directement soumis à limite de l'exercice de l'autorité parentale. Le point 7 de l'article 104, qui d'ailleurs ne contient aucune définition, ne donne pas un autre sens à ce droit fondamental, sinon à le reconnaître spécifiquement à l'ECL. Ce qui, à notre avis, ne signifie pas qu'il soit interdit de divulguer les informations sur la vie de l'ECL obtenues durant l'instance. Ainsi, le moyen le plus facile pour éviter cette action aux effets néfastes sur l'ECL est d'instaurer le huis-clos ; mais aussi, en aval, l'anonymat des documents. Alors, nous ne pensons aucunement qu'il signifierait « que seront écartés des débats tous les aspects de la vie intime du mineur qui n'ont pas de lien direct ou indirect avec les faits pour lesquels il comparaît » ¹⁰⁰⁴. La victime ou l'OMP sont libres d'évoquer tous les arguments utiles, d'après leur entendement, pour démontrer la dangerosité de l'ECL d'autant plus l'enquête sociale diligentée par le JPE, qui ne contient pas seulement les éléments en rapport avec les faits de la cause, et est bel et bien accessible à toutes les parties. La publicité des débats déjà restreinte, l'on ne peut davantage porter atteinte aux autres droits constitutionnellement garantis aux parties (la liberté d'expression lors de la défense) : il

¹⁰⁰² Le droit européen, sous l'influence de la jurisprudence de la CEDH et de la Cour suprême des Etats-Unis, adopte de plus en plus une conception extensive de ce droit qui est encore très loin de la conception juridique (philosophie, sociologie juridique) congolaise. Ainsi, la vie privée recouvre aussi : la liberté des pratiques sexuelles entre adultes consentants, l'autonomie personnelle ou la juste disposition de son corps (tatouages, euthanasie...), le droit à un environnement sain (atteintes sonores, olfactives, pollution...), ainsi que le droit au respect de la vie familiale (liberté de mariage, égalité entre la famille légitime et naturelle).

¹⁰⁰³ CEDH, 29/04/2002, n°2346/02, *Pretty C/ R.U.*, §.61 ; GUINCHARD S. & DEBARD T.(dir.), *Op. cit.*, pp.1161-1162. ; FAVOREU L. et al.[2016b], *Op.cit.*, pp.269-282, 515-520.

¹⁰⁰⁴ KASHAMA NGOIE S.[2016], *op. cit.*

appartient à l'avocat de l'ECL de solliciter une intervention du JPE pour recadrer les débats lorsqu'ils dérapent ; et il incombe au juge de réorienter les débats lorsqu'il l'estime opportun. Pour conclure, la publicité des débats n'est donc pas une atteinte à la vie privée mais porte plutôt un risque d'atteinte future à la vie privée de l'ECL qui, aurait, peut-être des conséquences plus graves dans la vie de ce dernier que dans celle d'un adulte. Raison pour laquelle, contrairement aux adultes qui doivent le solliciter expressément, le huis-clos est obligatoire et d'ordre public pour le procès de l'ECL.

530/. Bien pire, ce principe est parfois détourné de son sens premier. Dans une affaire¹⁰⁰⁵, le JPE est allé jusqu'à refuser, sans motivation, au civilement responsable, et par conséquent à l'ECL lui-même, l'accès au rapport d'experts relatif au fait de la cause (incendie) contenu dans le dossier du Parquet. N'ayant pas trouvé une justification d'une telle décision en droit judiciaire congolais, surtout durant la phase juridictionnelle où toutes les pièces sont communiquées aux parties, l'on suppose que ce juge ait fait allusion à la confidentialité des pièces au nom d'un prétendu « respect de la vie privée du mineur ». Or, la portée du principe de confidentialité du dossier du mineur-délinquant évoqué à l'article 105 est précisée dans la même disposition. Elle n'est opposable aux tiers qu'à l'accession du mineur à la majorité. Il s'agit dans le langage courant de l'effacement du casier judiciaire dont, devons-nous aussi préciser, ne bénéficiera pas, par exemple, le mineur-délinquant repris majeur. Sinon, les articles 117 et 136 qui parlent de la récidive deviendront aussi sans objet : car, comment reconnaître l'état de récidive d'un mineur si l'on n'a pas accès à son dossier judiciaire ou à son casier judiciaire ?

531/. L'enquête sur la personnalité, une faculté laissée au JPE en droit congolais.
A côté de l'instruction pour parvenir à la manifestation de la vérité (existence et la matérialité des faits, lien de causalité, dommage), le JPE diligente généralement une enquête sur la personnalité du mineur. Cette dernière a pour but d'avoir un complément d'informations sur le mineur qui est traduit devant lui. Elle porte sur la situation matérielle et morale du mineur et de sa famille. Il s'agit généralement des éléments essentiels de la vie du mineur : son comportement, son parcours, ses conditions de vie, ses antécédents. Désignée aussi par enquête sociale, elle porte essentiellement deux aspects (social et psychologique) qui peuvent aussi être complétés, le cas échéant, d'un examen médical. L'enquête sur la personnalité du

¹⁰⁰⁵ TPE, KINSHASA-GOMBE, RECL : 3788.

mineur est un principe majeur du DPM, quel que soit le système considéré, qui permet au juge de déterminer les moyens appropriés à assurer la rééducation du mineur. Comme le souligne Philippe MARY¹⁰⁰⁶, citant E. GARLAND : « les institutions pénales modernes ont pris le relais des autres institutions sociales vis-à-vis des individus ayant échappé ou voulant échapper à celles-ci [...]. Des nouvelles législations comme celles relatives à l'enfance ou à la délinquance d'habitude, sont venues compléter le critère de culpabilité par la prise en compte d'éléments tels que le comportement ou le mode de vie comme indicateurs d'un échec ou d'une incapacité à assumer ses obligations sociales ». Ainsi, l'enquête sur la personnalité est généralement réalisée par l'assistant social affilié au TPE avec l'aide du psychologue ou d'un médecin. A ce titre, elle est également un préalable à l'instruction de l'affaire, ou du moins à la clôture des débats, ainsi qu'un droit pour l'ECL. Malheureusement, le contour de ce droit n'est pas bien précisé en droit congolais. Le deuxième alinéa de l'article 110 de la LPE donne la possibilité au juge de soumettre l'ECL, après la vérification de son identité, à une visite médicale portant sur son état physique et mental. La loi établit donc un examen non obligatoire sur l'état physique et psychologique du mineur qui est réalité n'est généralement pas effectué. Au cas contraire, elle est faite de façon sommaire et ne renseigne pas efficacement sur le profil psychologique ou la personnalité du mineur. L'on ne comprend pas pourquoi la LPE n'a pas reconduit l'article 15 du D.1950 qui pourtant instituait cette enquête, dans sa globalité, à chaque stade de la procédure mais a préféré carrément élaguer son aspect social. Peut-être, l'a-t-elle estimé inutile par le fait de la présence des parents ou du tuteur à l'instance ?

B. L'impartialité du juge et le double degré de juridiction

532/. **L'impartialité : un devoir pour le juge, un droit pour le justiciable.** La spécialisation juridictionnelle, qui préside la LPE et qui induit le cumul de compétences du JPE ou encore les procédures spécifiques telles que l'enquête sur la personnalité du mineur, la révision des mesures, soulève des questions relatives à l'impartialité du juge pour enfants. Le principe de l'impartialité entretient des liens étroits avec celui de l'indépendance¹⁰⁰⁷. Celui-ci est plus d'ordre structurel ou fonctionnel et implique la séparation des pouvoirs (ou

¹⁰⁰⁶ *Op. cit* [1998], p.17.

¹⁰⁰⁷ CADET L, NORMAND J. et AMARANI MEKKI S., *Op.cit.*, p.601 et svt ; PRADEL J.[2015], *Op.cit.*, p.43 ; RENOUX T., « La constitution et le pouvoir juridictionnel. De l'article 64 const. et l'indépendance de l'autorité judiciaire à l'article 16 DDHC et l'indépendance de la justice », *Cinquantième anniversaire de la constitution française*, Dalloz, 2009, p.293 et svt. ; BEERNAERT M.A, BOSLY H.D. & VANDERMEERSCH D., *Op. cit.*, pp.12-20.

l'indépendance externe vis-à-vis des autres pouvoirs publics¹⁰⁰⁸ dont il tient souvent son propre pouvoir) et des fonctions juridictionnelles (indépendance interne vis-à-vis des autres autorités judiciaires avec qui il collabore). Tandis que celui-là est d'ordre psychologique ou intellectuel et milite pour que le juge soit indépendant vis-à-vis de lui-même. Le principe de l'impartialité conduit alors à éviter que le juge succombe aux pressions ou invitations des tiers, d'une part, et qu'il ne fasse pas intervenir ses préjugés, convictions ou passions, d'autre part. Il se conçoit généralement en doctrine sous deux acceptions¹⁰⁰⁹ ; une *impartialité subjective* (ou personnelle) qui défend au juge d'avoir un parti pris en faveur ou en l'encontre de l'une des parties dans l'affaire et une *impartialité objective* (ou fonctionnelle) qui interdit au juge, ayant déjà eu à intervenir en quelque qualité que ce soit dans une affaire, de la connaître de nouveau. L'impartialité subjective découle d'une situation de fait et doit être prouvée. Tandis que l'impartialité subjective est moins une réalité qu'une apparence : la neutralité (l'objectivité) du juge serait entamée par le cumul des fonctions. C'est un état susceptible d'alimenter les soupçons.

533/. Le droit congolais, qui ne prévoyait que l'hypothèse de l'impartialité subjective qu'elle tente de remédier par la procédure de suspicion légitime¹⁰¹⁰, de récusation¹⁰¹¹ ou de déportation, a aussi intégré celle de l'impartialité objective. En effet, l'article 49 points 6-8 de la loi organique sur les juridictions de l'ordre judiciaire prévoit désormais la possibilité de récuser un juge s'il a déjà donné son avis dans l'affaire, c'est-à-dire, s'il est déjà intervenu dans l'affaire en qualité de juge, de témoin, d'interprète, d'expert, d'agent de l'administration, d'avocat ou de défenseur Judiciaire, d'officier de police judiciaire ou d'officier du Ministère Public. Pourtant, le même problème se pose avec l'organisation du TPE. Avec le ratio de trois juges et demi par TPE, l'on déduit que l'Etat a voulu simplement doter ces juridictions nouvellement créées du nombre minimal de magistrat requis pour la composition de la chambre d'appel. Ce qui sous-entend également que tous les juges de cette chambre se prononceront forcément sur des causes qu'ils auraient déjà connues individuellement en première instance. Il est de même pour le JPE qui a connu une cause au premier degré mais la retrouve en appel, après qu'il soit promu et affecté à la chambre d'appel d'un TPE. Généralement, les membres de la composition se référeront, inconsciemment ou sciemment, à leur collègue qui aurait une connaissance approfondie de l'affaire pour l'avoir déjà connue

¹⁰⁰⁸Articles 149 à 151 de la Constitution.

¹⁰⁰⁹ CEDH, *Piersack c/ Belgique*, 01/10/1982.

¹⁰¹⁰ Si la partialité vise l'ensemble du tribunal (art. 49 à 55 LO OCJ).

¹⁰¹¹ Si la partialité vise un magistrat en particulier (art. 60 à 62 L OCJ).

bien que la loi ait consacré une indépendance fonctionnelle entre les deux chambres. Devrons-nous espérer dans ces d'espèces, la censure des jugements issus d'une telle composition ou encore de la censure de tout jugement de première instance par la chambre d'appel ? Supposons, dans un élan d'optimisme, une réponse affirmative, comment se déroulerait alors son exécution étant donné que la loi fait de chaque JPE l'autorité de contrôle de l'exécution de sa propre décision et lui reconnaît le pouvoir de la réviser continuellement, comme nous le verrons plus bas. En d'autres termes, le JPE pourrait être contraint, en cas de censure, à appliquer une décision contraire ou différente à celle qu'il avait pourtant prise. Il serait de bon droit de confier l'exécution des jugements appelés à un juge autre que celui qui l'avait connu en première instance. Mais cette solution ne résout toujours en rien la problématique de l'impartialité. Néanmoins, il faut reconnaître que cette problématique est, contrairement au droit français¹⁰¹², d'ordre infrastructurel et peut se régler avec l'augmentation numérique des magistrats auprès de ces juridictions.

534/. Il faut relever aussi à ce stade que la multiplicité des moyens de saisine du JPE a, en principe, pour objectif premier la rapidité de la prise en charge du mineur-délinquant, et incidemment, la simplification et la célérité du traitement judiciaire. L'on retrouvera également cette visée dans les voies de recours. A cet effet, l'avis du ministère public est donné sur le banc (art. 111, al. 5 LPE) et le juge dispose d'un délai de huit jours au maximum, à partir de la prise en délibéré de la cause, pour rendre sa décision (art.113 al.1) qui doit être motivée (art.122 LPE) et prononcée, contrairement au déroulement de l'instruction, en audience publique (art. 122 LPE, 21 al.1 Const).

535/. Les voies de recours : l'opposition, l'appel et le pourvoi en cassation contre les décisions du TPE. Conformément à l'article 21 al.2 de la constitution, le droit de former recours contre les décisions du TPE est garanti. Les voies de recours ordinaires (appel et

¹⁰¹² En droit français, le JPE est à la fois, juge d'instruction, président des toutes les juridictions de jugement mineurs délinquants, à l'exception hormis le tribunal de police et de proximité jugeant un mineur pour les contraventions qui relèvent de leur compétence, et juge d'application des peines. Dans un premier temps la Cour de Cassation (*Crim.*, 07/04/1993, 08/11/2000) avait estimé que ce cumul n'était pas contraire à la Constitution au vu l'objectif éducatif assigné à cette justice. Cette position semble, hormis les nuances soulevées par les auteurs, aussi avoir été confirmée par la CEDH (24/08/1993, *Nortier c/ Pays-Bas*). Mais la jurisprudence du Conseil constitutionnel (Déc. n° 2011-147 QPC, 08/07/2011 ; n° 2011-635 DC, 04/08/2011), soutenue par celle de la CEDH (02/03/2010, *Adamkiewicz c/Pologne*) est revenu sur cette position en précisant certaines règles pouvant mettre à mal l'impartialité. Voir aussi BONFILS P., « Commentaire Arrêt Adamkiewicz c/Pologne », Recueil Dalloz, 2010, p.1324 et svt ; PRADEL J.[2015], *Op.cit.*, p.28 ; RENUCCI J.F., « Le droit pénal des mineurs entre son passé et son avenir », *RSC*, 2000, pp. 79 et svt ; VERGES E., « Impartialité du juge des enfants et composition des juridictions des mineurs : le revirement de position », *RSC*, 2012-1, p.201 et svt..

opposition) et extraordinaires (poursuite en cassation, prise à partie) ouvertes contre les décisions définitives prises par le JPE ; mais sont confrontées au principe flou et laconique de *révisabilité des décisions* du JPE par lui-même (art.125-127 LPE). La présence de l'OMP et l'ECL étant rendue obligatoire (art. 93 et 123 al.2 LPE) à l'audience, l'opposition n'est dès lors ouverte qu'aux autres parties (le civilement responsable et la victime) qui, régulièrement convoquées et notifiées de la date d'audience, ne disposent que d'un délai de dix jours, à dater de la signification de la décision, pour faire saisir le JPE ayant rendu la décision. A dater du jour où la déclaration d'opposition est reçue et actée au greffe de la chambre de première instance du TPE, le juge dispose de quinze jours pour faire convoquer ou faire notifier les parties intéressées, instruire, délibérer et décider. Quant à l'appel, il est ouvert à toutes les parties à la cause dans les dix jours à dater du jour où l'opposition n'est plus recevable ou du jour où la décision a été rendue contradictoirement. Il peut être formé, contrairement à l'opposition, au greffe de la chambre d'appel directement. Contrairement au principe général qui voudrait que les décisions de justice soient appelables devant la juridiction immédiatement supérieure¹⁰¹³ à celle qui les a rendu, celles du TPE sont formées devant le même tribunal mais au près d'une chambre spécifique (art. 87, 124 LPE) comme c'est le cas des juridictions pénales internationales. Soulignons aussi à ce sujet qu'en absence de toute précision sur l'aspect du jugement spécifiquement concerné, le fait d'ouvrir cette voie de recours à la partie civile entraîne deux conséquences juridiques : la reconnaissance, d'une part, de l'aspect vindicatif de son action civile en matière d'ECL, et d'autre part, de l'aspect pénal des mesures prises encontre de l'ECL consécutivement à sa responsabilité pénale. Si cette instance ainsi que les décisions qui en découlent n'avaient pas d'autres finalités que celle de la protection de l'ECL, pourquoi reconnaître à la victime ce droit aussi longtemps que la réparation du dommage qu'il aurait subi est, de principe, déjà assurée à ce stade de la procédure. Enfin, en ce qui concerne le pourvoi en cassation, nous estimons qu'il faudrait distinguer, d'une part, les décisions prononçant une mesure spécifique à l'endroit des mineurs qui ne peuvent être soumises à cette procédure à cause de leur caractère révisable, des autres décisions (la condamnation des civilement responsables aux frais et aux dommages-intérêts, la condamnation des adultes pour entrave à la justice), qui sont des véritables jugements sur lesquels le juge ne peut revenir et susceptibles d'un recours en cassation.

¹⁰¹³ Précisons aussi que les appels contre les décisions des juridictions spécialisées, à l'exception des juridictions militaire et du TPE, sont formés devant une juridiction de droit commun, c'est-à-dire, la cour d'appel (art.91 al.1, 115 L-O OCJ, 39 al.2 L.n°002-2001 du 03/07/2001).

536/. **Les demandes incidentes et le recours constitutionnel d'un ECL.** A la suite du droit processuel romaniste, le droit congolais pose aussi le principe de la compétence du juge saisi de l'action principale à statuer sur toutes les exceptions et demandes incidentes (art. 143 L.O OCJ) ; d'où le brocard « *le juge de l'action est le juge de l'exception* ». Ce principe admet, toutefois, des dérogations légalement limitées conduisant également l'application du principe déjà évoqué selon lequel le civil tenait le pénal en état (cfr. §.432). Notons que conformément à sa compétence dualiste (art. 99 LPE), le JPE saisi au pénal n'est pas tenu de se référer à un juge civil pour statuer sur les questions d'ordre purement civil relevant de sa compétence de droit privé ; Et ce, à condition de les analyser au regard des règles formelles du procès civil. En dehors de cette hypothèse, le principe sus-évoqué s'applique pleinement : c'est-à-dire, qu'il devra sursoir à statuer en attente de la décision du juge civil compétent. L'une de ces questions ou exceptions préjudicielles est l'exception d'inconstitutionnalité. En effet, nous nous sommes permis d'extrapoler dans nos réflexions, contrairement à la tendance commune qui est de minimiser le contentieux de DPM, pour analyser ce cas de figure susceptible d'être également soumis au JPE. Notre préoccupation était celle de savoir qu'en serait-il d'une exception d'inconstitutionnalité soulevée devant un JPE ? L'ECL ayant, comme nous l'avons déjà précisé, qualité de partie, peut-il l'évoquer devant son juge naturel et la soutenir devant le juge constitutionnel ? A cette question ouverte, nous y reviendrons lors de nos prochaines réflexions ; nous ne nous intéressons dans cette étude qu'à la question du cheminement de cet incident. Rappelons que la RDC, a opté, comme la France et la Belgique et contrairement au droit anglosaxon notamment les Etats-Unis, pour un contrôle concentré de constitutionnalité dévolu à une seule juridiction spécialisée (dit « modèle kelsenien »). Ce contrôle s'effectue soit par voie d'action, soit par voie d'exception, et peut consister en un contrôle *a priori* ou *a posteriori* (art. 160 Const. et svt ; 44 à 55 L.O n°13/026 du 15/10/2013)¹⁰¹⁴. Il nous a paru curieux de constater que la loi organique relative à la procédure devant la Cour de cassation ne dise rien au sujet du contrôle de constitutionnalité par voie d'exception pendant que d'après le modèle dans lequel s'est inscrit le système congolais, les juges ordinaires suprêmes (Cour de cassation et le Conseil d'Etat) exercent toujours une sorte de deuxième filtrage (un pré-

¹⁰¹⁴ En ce qui concerne le contrôle par voie d'action, la C.Const. peut être saisie par certains organes publics pour l'examen de conformité des lois et des actes ayant force de loi, des lois organiques (avant leur promulgation), et des Règlements intérieurs des Chambres parlementaires et du Congrès, de la Commission électorale nationale indépendante ainsi que du Conseil supérieur de l'audiovisuel et de la communication (avant leur mise en application). Ce contrôle peut également être requis par tout citoyen après que le texte ait déjà été promulgué ou mis en application. Tandis que le contrôle par voie d'exception (ou d'exception d'inconstitutionnalité), est exclusivement un contrôle *a posteriori* déclenché dans le cadre d'une instance. Il peut être l'initiative d'office du juge ou de l'une des parties au procès pénal (et de ce fait, même du Ministère Public).

contrôle de constitutionnalité) après un premier opéré par le juge de l'action principale. La loi organique instituant la Cour constitutionnelle ainsi que la loi fixant la procédure devant elle n'en évoque même pas. Tout porte à croire que l'ancien article 133 de l'Ordonnance-loi n°82-017 du 31/03/1982 relative à la procédure devant la Cour suprême de justice reste encore d'application. Aux termes de cette disposition, le juge congolais de l'action principale, qui a été saisi d'une exception d'inconstitutionnalité, statue toutes affaires cessantes sur le rejet ou la prise en considération de ladite exception. Dans la seconde hypothèse, il sursoit généralement l'affaire pendante et en informe le Procureur général qui saisira, à son tour, la Cour de l'appréciation de la constitutionnalité postulée. Cette conception, qui fait du juge de l'action principale, et incidemment, du Procureur général de la République des autorités chargées de l'appréciation du bien-fondé de ladite exception, peut encore être admise dans l'architecture juridictionnelle monolithique que disposait jadis le droit congolais ; mais pas dans la configuration actuelle à ordres quasiment séparés et autonomes. Une telle approche pourrait théoriquement paraître plus protectrice des droits des citoyens mais aussi constituer techniquement une cause de paralysie de la Cour constitutionnelle s'il n'y a aucun filtrage à amont afin de désengorger le circuit judiciaire des requêtes répétitives ou inutiles. L'on s'imagine comment un juge saisirait directement le juge constitutionnel, sans passer par son juge suprême (c'est-à-dire, celui qui chapote l'ordre juridictionnel dont il relève) : seul ce dernier peut, de bon droit, accomplir cette tâche. Qu'à cela ne tienne, un tel procédé ne contrôle n'exclut pas non plus, en amont, un pré-contrôle sommaire du juge de l'action principale. Et, si contrôle du juge suprême il y a, on en ignore aussi les modalités d'exercice. Dans le même sens, l'on s'est interrogé sur ce qui se passera concrètement lorsqu'une exception de constitutionnalité est soulevée devant le JPE ou le juge de paix ? Peu importe la réponse qui sera apportée¹⁰¹⁵, cette réflexion permet de mettre en lumière le contour du travail du JPE.

Section 2 : Le particularisme du régime sanctionnel appliqué aux ECL

537/. La sanction pénale constitue le premier domaine dans lequel le DPM a marqué sa spécificité. Le particularisme juridique étant entendu comme un régime dérogatoire au droit commun, la compréhension du particularisme de la sanction appliquée

¹⁰¹⁵ Jusque-là aucune saisine de la Cour constitutionnelle congolaise n'a été opérée, à notre connaissance sur base de l'article 162 (l'exception d'inconstitutionnalité). Lors de notre soutenance, un membre du jury nous a fait savoir, référence à l'appui, qu'il existe déjà une requête d'inconstitutionnalité émanant du JPE. Laquelle jurisprudence est toujours inaccessible.

aux mineurs-délinquants passe par l'analyse de l'économie générale de la sanction pénale en droit congolais. Si la sanction est l'élément principal qui distingue la règle de droit aux autres normes sociales, la sanction pénale est la caractéristique première de la norme pénale. En effet, il est admis que l'infraction est une activité humaine qui, remplissant les éléments constitutifs d'une qualification pénale et n'étant pas couverte par un fait justificatif, expose son auteur à une sanction spécifique (peine ou mesure de sûreté). C'est justement cette spécificité de la sanction qui distingue, au point de vue formel, l'infraction pénale de tout autre acte illicite (délit civil, faute administrative...) et caractérise donc la norme pénale. Ce qui fait de la fixation de la peine soit la phase la plus importante du droit pénal de fond comme de forme du fait qu'elle détermine la rétribution à infliger au délinquant au regard de la nature et du degré de gravité de son acte mais aussi de sa personnalité (juridique, psychologique et réelle)¹⁰¹⁶. Raison pour laquelle, l'on s'est toujours forcé à donner un but et un sens à cette sanction. Les fonctions reconnues à la peine sont étroitement liées au fondement que les différentes doctrines pénales assignent au droit de punir. La doctrine classique lui a donné une finalité¹⁰¹⁷ philosophique, morale et utilitaire, qui imprègne tout le droit pénal contemporain, en vertu duquel elle viserait à rétablir l'équilibre social, à punir et à humilier le délinquant, plutôt qu'à le corriger, puis à le dissuader, ainsi que tous ceux qui seront tentés de l'imiter, de réitérer cet acte. La réadaptation ayant pris le pas sur l'élimination, la peine a aussi intégré l'idée de traitement.

538/. Le DPM a été le premier à imprégner, dès le début du XIX^{ème} siècle, la visée corrective à la sanction pénale aux moyens des mesures éducatives dont le perfectionnement et l'autonomie, de plus en plus poussés, remettent parfois en cause leur nature pénale¹⁰¹⁸. Nous ne reviendrons plus sur les aspects déjà développés dans cette étude, sauf pour rappeler que l'objectif principal qu'ont assigné les législateurs contemporains à ces mesures aussi spécifiques soient-elles, est de privilégier, sinon de cumuler, le volet éducatif au volet punitif.

¹⁰¹⁶ BOULOC B., *Droit de l'exécution des peines*, Dalloz, 4^{ème} éd., Paris, 2011, pp.1-2.

¹⁰¹⁷ PIRES A., *op. cit.* ; VAN DE KERCHOVE M., « Le sens de la peine dans la jurisprudence de la Cour suprême des USA », *RIEJ*, n°61, 2008, pp.1-49 ; TULKENS F., VAN DE KERCHOVE M. et *al.*, *Op. cit.*, pp. 528-543 ; TULKENS F. et VAN DE KERCHOVE M., « La nature et les contours de la peine. Regards croisés sur la jurisprudence interne et internationale », in *Une criminologie de la tradition à l'innovation*. En hommage à Georges KELLENS, Bruxelles, Larcier, 2006, pp.453-474.

¹⁰¹⁸ Le régime juridique (légalité et régularité : art. 5.2 du D.1950 ; 10.2, 12.2, 113 et svt du LPE ; 9 et 14 Rés. n° 45/113) auquel elles sont soumises en droit congolais témoigne de leur nature pénale, sous réserve que le législateur congolais invente une autre catégorie des sanctions. Aussi la LPE distingue nettement les mesures appliquées aux ESD à celles appliquées aux ECL de sorte que l'on ne peut plus prétendre au caractère *ante-délictum* des premières. Lire aussi ; COUVROT P., « Les mesures de protection judiciaire », In *Enfance délinquante*, Economica, Paris, 1993, p.147 et svt. ; VAN DE KERCKHOVE M.[1976-1977], art. prec.

Ce qui se manifeste par le caractère varié des mesures appliquées aux mineurs-délinquants ainsi que le recours exceptionnel à l'enfermement. Seule la primauté de l'éducatif peut d'ailleurs expliquer et rendre acceptable la véritable hégémonie du JPE. Ce dernier, lorsqu'il prononce une mesure contre un mineur-délinquant, il espère un effet correctif immédiat (dissuasion du comportement et cessation des conditions criminogènes) et futur (un comportement conforme aux normes). Un tel objectif n'est pas nécessairement incompatible avec les peines proprement dites¹⁰¹⁹ à la différence qu'il revêt un caractère « idéaliste » à l'égard du majeur-délinquant mais « obligatoire » à l'endroit du mineur-délinquant. Comme nous le démontreront, le punitif sera toujours en filigrane, que ça soit au Congo ou ailleurs, dans toutes les mesures appliquées aux mineurs-délinquants. Dans la même logique, certains systèmes (RDC, Belgique) ont carrément préféré déqualifier, entendu comme débaptiser, toutes les mesures pénales appliquées aux mineurs-délinquants ; tandis que dans certains autres (France, Allemagne) ont maintenu leur cohabitation avec les peines de droit commun. Qu'il s'agisse du premier ou second système, on assiste en réalité à une hybridation des sanctions appliquées aux mineurs-délinquants qui se distingue, de ce fait, de celles encourues par les adultes, de par leur structure (§1) et leur mise en exécution (§2).

§1. Les modalités autonomes de la sanction appliquée aux ECL

539/. Droit congolais de la sanction pénale : un droit archaïque à deux peines.

L'histoire de la sanction pénale est celle de sa constante abolition, atténuation, rationalisation et humanisation¹⁰²⁰ ayant conduit la peine privative de liberté à s'ériger au centre du système pénal. En occident, c'est au tournant du XVIII^{ème} siècle que la peine d'emprisonnement a succédé aux châtiments corporels sévères et mortels de l'Ancien régime. D'un instrument préventif et exceptionnel (lieu de sureté, de prise de corps, d'attente d'exécution d'une peine), l'enfermement est devenu l'outil répressif principal autour duquel gravitent les sanctions patrimoniales (amende, confiscation) et les autres mesures de sûreté ou prophylactiques. Dès lors, la prison a occupé une place incontournable, voire, « naturelle dans la mise en œuvre de toute politique pénale contemporaine »¹⁰²¹. Cette configuration s'est réconfortée davantage au XX^{ème} siècle avec l'émergence du volet réinsertionnel de la peine qui a conduit, à son tour, à

¹⁰¹⁹BOTBOL M. et CHOQUET L.H., art. préc., Résolutions des Congrès de l'AIDP (1926-2004), *Op. cit.*, pp. 15, 46 [Congrès de Bruxelles, 26- 29/07/1926 et Rome, 27/09 - 03/10/1953].

¹⁰²⁰DURKHEIM E., « Deux lois de l'évolution pénale », *L'année sociologique*, vol. 4, 1900, pp.65-95 ; GIACOPPELI M., Cours de Pénologie, AMU/ISPEC, 2^{ème} année, 2014-2015 ; IREHING R., *Etudes complémentaires de l'esprit du droit romain*, trad. par De Meulenaere O., A. Marescq, 1902, p.4 ; NGANBDA TE BOYIKO, Cours d'évolution de droit pénal, UPC/G3 Droit, 2004-2005.

¹⁰²¹CERE JP., *La Prison*, Dalloz, Paris, 2007, pp.1-4

un modèle de gestion de la vie carcérale¹⁰²² inspiré du droit canonique basé sur l'isolement de nuit (en cellule individuelle) et le travail (instruction, ou apprentissage) collectif de jour. Ce n'est qu'au XXI^{ème} siècle que ce statut référentiel de la prison est remis en cause en droit comparé. D'une part, l'on s'interroge sur son efficacité, mieux sa réelle capacité à remplir ses objectifs de prévention de la récidive et d'insertion des condamnés, d'autre part, l'émergence des standards internationaux d'encadrement des conditions d'incarcération ainsi que de la conception néolibérale de la politique publique axée vers l'économie des moyens dissuade le recours à l'enfermement. Il est, par exemple, aujourd'hui reconnu aux prisonniers et détenus certains droits (tels que la salubrité, la sauvegarde de leur santé, éducation, les droits politiques...) qui mettent alors à la charge de l'Etat certaines obligations¹⁰²³ financièrement coûteuses liées à l'aménagement ou à la création des établissements pouvant respecter tous ces standards. Grâce à cette évolution, la prison apparaît désormais comme la mesure la plus appropriée aux actes de délinquance les plus graves : elle représente l'ultime degré de la répression, lorsqu'il n'y a pas d'autres voies plus économiques et plus bénéfiques pour l'Etat, la société et le condamné. Ainsi se développent, à côté de la peine d'emprisonnement, d'autres peines exécutées en milieu ouvert. Cette mutation est également sanctionnée en doctrine, par le passage du concept de « droit pénitentiaire », apparaissant aujourd'hui très restrictif et limité à la peine privative de liberté, à celui du « *droit de la sanction pénale* » ou de la « *pénologie* » incluant les autres modes de peine.

540/. La RDC, qui n'est pas étrangère à toutes ces conditions qui ont conduit ses homologues français et belge à reformer leur droit pénal (particulièrement leur système pénitentiaire) dans le but de mettre à la disposition des juges un plus grand panel des mesures et de diversifier leurs modalités d'exécution, prône encore une politique d'enfermement tout azimut. On recourt systématiquement à la peine de servitude pénale, malgré le surpeuplement de la population carcérale, la vétusté et l'insalubrité des établissements d'accueil et

¹⁰²² Le modèle dit « auburnien », en référence à la prison construite en 1816 à New-York (d'Auburn), s'oppose au modèle dit « pennsylvanien » qui préconise l'isolement cellulaire et le contrôle absolu du détenu au moyen d'une architecture circulaire ou étoilée « *panopticum* » proposée par Bentham. Mais, aujourd'hui, les systèmes juridiques cumulent les deux modèles dépendamment du taux de la peine, de l'âge, du sexe, ou état mental ou sanitaire du détenu. Lire HEDHILI AZEMA H., *Sciences et pratiques pénitentiaires en France (XIX^{ème} – XX^{ème} siècle)*, L'Harmattan, 2014, pp.91-108.

¹⁰²³ Article 3, 8, 13 CEDSH ; CEDH : Torregiani c/ Italie, n°43517/09, 08/01/2013 ; Canali c/ France, n°40119/09, 25/04/2013; Kalachnikov c/ Russie, n°47095/99, 12/03/2015 ; Conseil de l'Europe, les règles pénitentiaires européennes (RPE), adoptées en 1973 et renouvelées successivement le 19/01/1975, 12/02/1987, et le 11/01/2006 ; Fed. Courts : Cruz V. Beto, 405 US.319 (1972) ; Estelle V. Gamble, 429 US.97 (1976) ; Hudson V. McMillian, 503 S.1(1992) ; KAZEMIAN L., « Etat et administration : exemple des Etats-Unis », in MBANZOULOU P. & DIEU F. (dir.), *Administration pénitentiaire et Justice*, L'Harmattan, 2013, pp.227-238.

l'impossibilité pour l'Etat d'assurer un programme de suivi des détenus. En effet, le droit pénal congolais prévoit, en théorie, plusieurs types de peines¹⁰²⁴, à savoir ; la mort, les travaux forcés, la servitude pénale, l'amende, la confiscation spéciale, l'obligation de s'éloigner de certains lieux ou d'une certaine région, la résidence imposée dans un lieu déterminée et la mise à la disposition du gouvernement. A ces peines du code pénal ordinaire, l'on peut ajouter celles du code pénal militaire qui sont : la dégradation, la destitution, la privation de grade ou rétrogradation et l'interdiction temporaire de l'exercice des droits politiques et civiques. Dans la pratique, moult de ces peines, quoique parfois encore prononcées par les juges, sont obsolètes, à défaut d'être caduques. La peine de mort divise l'opinion congolaise, en général, et doctrinale¹⁰²⁵, en particulier : si les uns considèrent que l'article 16 de la Constitution, combiné avec le moratoire des NU de 2004, sous-entendent son abolition ; les autres attendent une déclaration explicite du Législateur étant donné que ce dernier ne cesse de la prévoir dans les textes ultérieurs au moratoire¹⁰²⁶. La peine de travaux forcés n'a jamais été mise en application. Les peines d'« interdiction temporaire d'exercer des droits politiques et civiques, de l'obligation de s'éloigner de certains lieux ou d'une certaine région, de résidence imposée dans un lieu déterminé, la mise à la disposition du Gouvernement, le renvoi des forces armées ou de la Police nationale ne sont plus pratiquement prononcées, sinon, exécutées en RD Congo étant donné que le ministère public en néglige carrément le suivi »¹⁰²⁷.

541/. Hormis ces causes juridiques, l'auteur précité trouve également une justification sociologique à ce recours systématique à l'emprisonnement : il estime que « la société congolaise est acquise aux peines de servitude pénale principale très élevées, surtout lorsqu'il s'agit de la récidive, des crimes de sang ou des violences sexuelles. Elle souhaite qu'à défaut de la peine de mort, la servitude pénale à perpétuité soit l'unique peine à infliger à leurs auteurs. La condamnation à la servitude pénale assortie de sursis ou à la simple amende est perçue, par la société congolaise, comme une complaisance dans le chef du juge pénal [...] »¹⁰²⁸. Que cette justification soit avérée ou pas, cette pratique remet incontestablement en question toute idée de rééducation et d'insertion du délinquant et produit, à la place, un

¹⁰²⁴ Voir article 5 CPO, 26 CPM. Lire aussi : ESIKA MAKOMBO, *Op.cit.*, p.96 et svt; LIKULIA BOLONGO (1985), *Op. Cit.*, pp. 33-36 ; NYABIRUNGU MWENE S.[1995], *Op.cit.*, pp. 272-273.

¹⁰²⁵ AKELE ADAU (dir.), *Op.cit.*, pp. 156 et svt ; LUZOLO BAMBI LESA E.J. et BAYONA-ba-MEYA N.A., *Op.cit.*, pp.517-522.

¹⁰²⁶ Le dernier exemple nous provient des articles 21 quater (pt.3), 221 al.2, 222 al.2 et 223 incluent dans le code pénal par la loi n°15/022 du 31/12/2015, communément appelée « loi d'adaptation aux statuts de la CPI ».

¹⁰²⁷ MAYEMBE SANGALA I., « Le sens de la peine pour la société et pour l'individu », *RCN/ Justice et démocratie*, Bulletin n°40, 4^{ème} trimestre 2012, Bruxelles, pp. 22-24.

¹⁰²⁸ *Idem*.

effet contraire à celui recherché, à savoir : la banalisation de la prison. Ainsi, il n'est donc pas exagéré de dire qu'en RD Congo, il n'existe plus que deux peines effectives : la servitude pénale (à temps ou à vie) et la peine d'amende ; sachant aussi que la première surpasse largement la seconde.

542/. **La particularité théorique de la sanction appliquée aux ECL en droit congolais.** Une autre analyse théorique du régime de la sanction pénale en droit congolais dévoile une nette démarcation entre les mesures pénales encourues par les ECL et les peines infligées aux majeurs-délinquants. Comme nous venons de le préciser, l'enfermement, instrument principal de la politique pénale contemporaine, se fonde sur l'idée principale de la gestion de l'espace et du temps du détenu en vertu de laquelle la prison apparaît, dans une approche matérielle comme un « *espace qui punit par l'espace* »¹⁰²⁹ et, dans une acception immatérielle comme un « *temps qui prive le détenu de son temps* ». En d'autres termes, l'on estime que la protection de la société contre le crime ne peut réellement être atteinte que si le délinquant est mis en isolement, et que cette période « est mise à profit pour obtenir dans toute la mesure du possible qu'une fois libéré, il soit non seulement désireux, mais aussi capable de vivre en respectant la loi et de subvenir à ses besoins »¹⁰³⁰. Il sera alors question à ce stade d'examiner si le DPM congolais s'est réellement détaché, en théorie comme en pratique, de cette vision ainsi que des certaines constances que l'on retrouve dans les peines de droit commun. Pour nous projeter, il sied de passer en revue le régime général de peine appliqué en droit congolais et de le comparer avec celui des sanctions encourues par les ECL. En effet, la peine de mort, dont la légalité est déjà objet à débat, et la servitude pénale à perpétuité sont expressément interdites à l'endroit des mineurs (art. 9 LPE) quoi qu'il sied de s'interroger sur l'existence et la quintessence d'une telle disposition dans un domaine qui ne connaissait déjà pas des telles sanctions (voir art. 8 D.1950, 37a CIDE, 5 CABDE). L'interdiction de s'approcher des certains lieux et des certaines personnes n'est pas aussi applicable aux mineurs, mais dans le fait, les JPE l'invoquent parfois dans leurs sentences (notamment dans la réprimande) à titre de recommandation. La peine d'amende leur est aussi inapplicable au vu de leur insolvabilité : elle apparaîtrait comme une double sanction infligée aux parents et tuteurs qui, en leur qualité de civilement responsable, prennent déjà en charge la réparation du préjudice causée à la victime. Il ne reste alors que l'*emprisonnement à temps limité* et la

¹⁰²⁹MILHAUD O., *Séparer et punir. Les prisons françaises : mise à distance et punition par l'espace*, Thèse, Bordeaux 3, Faculté de géographie, 2009, pp.3-5

¹⁰³⁰ Résolution du premier congrès des Nations Unies, Genève, 1955.

mise à disposition du gouvernement (MDG). Alors, l'analyse consisterait à savoir si ces peines sont-elles applicables aux mineurs ? Sinon, n'existe-t-elle pas des convergences entre ces dernières et les mesures appliquées aux ECL ? Pour répondre à cette question, nous examinerons ce que prévoient les textes qui réglementent spécifiquement cette matière en droit congolais. Sur ce, rappelons que la LPE n'a pas grandement innové en matière de la sanction applicable aux mineurs-délinquants : elle est restée sur les traces de son devancier, le décret de 1950, qui faisait encourir spécifiquement aux mineurs-délinquants deux catégories des mesures, dépendamment du moment de la procédure, à savoir, les mesures provisoires (A) et les mesures définitives (B).

A. Les mesures provisoires

543/. **Les mesures provisoires encourues : les placements pénaux.** Les mesures provisoires peuvent être définies comme des mesures prises par le JPE en l'encontre de l'ECL avant tout jugement définitif sur le fond (art.106 à 108 LPE). Elles sont prises par voie d'ordonnance¹⁰³¹, avec ou sans le concours du ministère public¹⁰³², et tendent généralement à assurer la représentativité¹⁰³³ (ou la présence) du mineur devant le tribunal ou à le soustraire de son environnement criminogène durant le déroulement de l'enquête. Qualifiées de « *mesures de garde nécessaires* » sous le D.1950, elles consistaient soit à « **laisser** » à son gardien (père et mère, un parent), soit à « **confier** » provisoirement à un autre particulier, à une société ou à une institution de charité ou d'enseignement (art.16 D.1950). Si pour une raison quelconque, le juge n'arrive pas à trouver une famille, un particulier ou une institution pour placer l'enfant, ce dernier était « **gardé préventivement** » dans une prison pour adulte (art 17 D.1950) pour une durée ne dépassant pas deux mois. La LPE a reconduit, moyennant quelques modifications, les deux premières mesures provisoires mais a remplacé la troisième par une autre (art.106). En effet, pendant que l'ECL pouvait, sous le D.1950, être « **laissé chez les père et mère...** » ou « **confier provisoirement à un particulier** », il est dorénavant « **placé sous l'autorité de ses pères et mère...** » ou « **confier provisoirement à un couple de bonne moralité** ». On parlera désormais d'« *institution publique ou privée agréée à caractère social* »

¹⁰³¹ C'est-à-dire « pas au cours d'une audience ». Voir : Sénat, Rapport de la commission spéciale chargée d'examiner la loi portant protection de l'enfant, juillet 2008, pp. 30-31.

¹⁰³² Pour le juge KABASELE NZEMBELE [« Les décisions du JPE et les modalités de leur exécution », Séminaire de formation organisée par l'UNICEF/BICE, Kinshasa, juin 2009, p.1], il est admis, en ce qui concerne les mesures provisoires, que le JPE prenne une ordonnance en l'absence de l'OMP, pour besoin de célérité, mais aussi si ce dernier ne peut être atteint dans le temps requis. Ce qui n'apparaît pas dans la LPE.

¹⁰³³ Cette représentativité est également assurée par une sanction pénale qui pèse sur les gardiens qui tentaient de soustraire le mineur contre la procédure intentée en son encontre (art. 20 D.1950, 131 LPE).

en lieu et place d'une « société » ou une « *institution de charité ou d'enseignement publique ou privé* ». Enfin, la garde préventive dans une prison pour adultes est remplacée par l'« *assignation à résidence de l'enfant sous la surveillance de ses parents ou tuteurs* ». Quelle est l'incidence de toutes ces modifications et innovations apportées par la nouvelle loi ?

544/. Les mesures provisoires réellement prononcées : les placements en famille et en institution. Au regard des éléments que nous allons relever, ces innovations sont principalement d'ordre terminologique que substantiel. Le Législateur n'a aucunement encadré ces mesures par des règles claires et précises : leurs conditions et modalités d'application sont inconnues et sont laissées, comme sous l'empire du D.1950, à l'appréciation souveraine du JPE pendant la nature pénale de cette phase de la procédure n'est plus à démontrer et que les dispositions de l'article 10 LPE proclament d'ailleurs la légalité de toute mesure appliquée à l'ECL dans le procès pénal. La loi se limite à énoncer le caractère ultime du placement en institution sans pour autant préciser les conditions dans lesquelles le juge est tenu de le prendre. La transposition dans un texte interne d'une règle de droit déjà consacrée par les instruments de droit international¹⁰³⁴, ratifiées de surcroît par la RDC, n'a aucun intérêt juridique si elle n'est pas accompagnée des règles pratiques de mise en application. Pire encore, les conditions de l'assignation à résidence, qui est pourtant une des deux mesures provisoires recommandées de la LPE, sont inconnues. L'on s'interroge aussi sur la différence entre cette mesure et le placement sous l'autorité des parents : car, si le Législateur les consacre distinctement, il doit bien effectivement en avoir au moins une. Définie comme « une mesure obligeant un individu faisant l'objet des poursuites judiciaires ou mis en examen de demeurer à son domicile ou dans une résidence fixée à cet effet et de ne s'en éloigner ou s'absenter que dans les conditions et pour les motifs déterminés par l'autorité judiciaire qui l'a prise »¹⁰³⁵, l'assignation à résidence de l'enfant sous la surveillance de ses parents ou tuteurs doit au minimum consister en une injonction pour ces derniers de l'accompagner partout où il peut indispensablement se rendre (hôpital, école, ...). Ce qui sous-entend plus de responsabilité de la part des parents (ou tuteurs) et exige, à ce titre, une liste d'obligations à charge des parents et du mineur établies par le JPE. Chose qui n'est pourtant pas le cas en droit congolais : nous n'avons trouvé aucune jurisprudence qui établit une liste d'obligations à charge des parents et de l'ECL en application de cette mesure. Ce faisant, nous

¹⁰³⁴ D'après les articles 9 CIDE et 25 CADBE, la décision de séparer le mineur de sa famille, de le mettre en détention ou de l'emprisonner doit être prise en ultime recours. Voir aussi art. 31, 106 al.3 et 4 LPE.

¹⁰³⁵ Voir GUINCHARD S. et DEBARD T. (dir.), *Op. cit.*

préconisons pour ne pas compromettre davantage le relèvement de l'ECL, comme le fait déjà la jurisprudence, deux types de mesures, à savoir, le *placement en famille* et le *placement en institution*. Le premier placement, opéré auprès des autres membres de la famille ou, exceptionnellement, des parents ou tuteur, est envisageable lorsque ces derniers sont connus ou accompagnent le mineur durant la procédure ou lorsque les faits pour lesquels il est poursuivi sont punissables de moins de cinq ans de servitude pénale. Le second placement est possible lorsque les parents (tuteurs) ne sont pas connus ou lorsque les faits commis sont punissables de plus de cinq ans et que le mineur concerné est récidiviste.

545/. En effet, le placement ou l'assignation l'ECL sous l'autorité des père et mère, désignés parfois par la jurisprudence de « *liberté provisoire* » qui généralement se transforme en liberté définitive faute de suivi¹⁰³⁶, posent le problème de leur efficacité et, surtout, de leur conformité avec leur propre objectif principal qui est la soustraction du mineur de son milieu de vie. Cette mesure est difficile à envisager lorsque l'enfant est en rupture familiale (art. 2 points 2 et 7 de la LPE) ou lorsqu'il refuse lui-même d'être accueilli par ses parents ou, inversement, lorsque ces derniers refusent de l'accueillir. Mêmes dans le cas où les parents sont connus et acceptent d'accueillir leur enfant, l'on peut toujours s'interroger sur le bien-fondé d'une telle décision dans la mesure où ces derniers auraient déjà fait preuve des carences manifestes dans leur obligation de garde et d'éducation. Aussi, il faut souligner la difficulté de trouver, dans le contexte actuel de crise qui frappe la RDC et qui occasionne le démantèlement de la structure familiale élargie, une famille d'accueil qui pourrait accepter, à la suite d'une décision judiciaire provisoire ou définitive, un ECL ou même un ESD. Les seules personnes capables d'assumer ou d'accepter un tel enfant ne pourraient venir que de sa propre famille. Car, d'après les coutumes et usages encore en vigueur dans la société congolaise moderne, il est toujours organisé des conseils de famille, sous les hospices du plus âgé membre de la lignée connu et vivant, pour trouver une solution pour les situations familiales graves et importantes (divorce, mariage, décès...) à l'issue desquels l'on désigne, pour le cas de l'enfant problématique, un autre membre de famille pour l'héberger durant un moment. Pourtant, la loi réduit davantage ces potentielles solutions en ajoutant le critère de « couple de bonne moralité » qu'il ne définit que partiellement¹⁰³⁷ en laissant sous silence l'aspect de la moralité. Doit-il s'agir des personnes mariées et n'ayant jamais été

¹⁰³⁶ Lire IDJUMBUIR A.[1990], *Op. cit.*, pp.61-62.

¹⁰³⁷ D'après le second alinéa de l'article 106 LPE, par couple, l'on entend par deux personnes de sexes opposés légalement mariés.

condamnées ? La question reste ouverte, et, est parfois sans fondement sociologique. Heureusement que la jurisprudence semble ne pas prendre en compte ce critère dans ce pays où la majorité des unions conjugales ne sont pas objet d'un enregistrement auprès de l'officier de l'état civil, encore moins d'une célébration coutumière. Quant au placement en institution, la problématique est non seulement infrastructurelle mais aussi juridique. La pénurie criante des structures publiques ou privées destinées à recevoir les ECL couplée au triple principe de détention séparée des mineurs¹⁰³⁸ posé par la LPE, rendent quasiment impossible ce placement et facilite, par contre, le placement en établissement pénitentiaire. Les conditions de placement pénal étant durcies, les institutions privées privilégient le placement social. L'on se retrouve dans un cercle vicieux : une norme abolie (art. 17 D.1950) mais vivifiée, par la suite, dans la mise en application de la nouvelle norme. Pour la ville de Kinshasa, par exemple, le placement en institution des ECL s'effectue principalement au CPRK¹⁰³⁹. Qu'elle se réalise dans le cadre pénitentiaire ou dans une autre structure d'hébergement, cette mesure de placement se mue généralement en une mesure restrictive, ou mieux, privative de liberté¹⁰⁴⁰. Elle ne peut, par ailleurs, être conforme aux prescrits de la LPE que si elle est décidée par une autorité juridictionnelle, en l'occurrence le JPE, sinon entérinée par celle-ci lorsqu'elle émane d'une autre autorité (art. 10-12 LPE).

546/. **Absence des mesures similaires en droits belge et français.** Nous n'avons pas trouvé dans les systèmes juridiques étrangers analysés des mesures similaires d'autant plus que les organes habilités à intervenir dans cette phase de la procédure sont les mêmes qu'en droit commun. En droit français, le mineur-délinquant encourt dans la phase préparatoire quasiment les mêmes mesures que l'adulte : il peut faire objet d'une comparution d'urgence ou d'une mesure alternative aux poursuites prononcées par le Procureur. Le JLD, saisi par le juge des enfants ou le juge d'instruction, peut placer en détention provisoire tout mineur de plus de seize ans, ainsi que les mineurs entre treize et seize ans en matière criminelle ou lorsqu'ils se sont soustraits aux obligations du contrôle judiciaire. En droit belge¹⁰⁴¹ aussi, la loi admet toute une série des mesures à l'égard des mineurs auteurs de « faits qualifiés infractions » avant la phase sentencielle. Au stade pré-judiciaire au sens strict, la loi a légalisé

¹⁰³⁸ A la suite des standards internationaux, la LPE confirme la règle de la détention séparée entre mineurs et majeurs délinquants (art. 37-c CIDE, 17-2b CADBE ; 11 al.2 et 115 al.2 LPE ; 39, 45 Ord. 17/09/1965) mais va encore plus loin dans cette optique en posant aussi celle entre les mineurs-déviant et les mineurs-non discernant (art.96 al.3 LPE), et par conséquent, entre les ESD et ECL.

¹⁰³⁹ Le BICE dénombrerait à 3 021 enfants incarcérés en 2010 dans les prisons de Kinshasa et de deux Kasai.

¹⁰⁴⁰ CEDH, Arrêt *Bouamar* précité.

¹⁰⁴¹ CARTUYVELS Y. et alii, *op. cit.*

des pratiques prétoriennes largement utilisées depuis des années, en permettant au parquet de classer sans suite un dossier en accompagnant cette décision d'un « avertissement écrit », d'un « rappel à la loi » ou d'une « offre de médiation ». Il peut également être proposé un « stage parental » aux parents qui manifestent un « désintérêt caractérisé » à l'égard du comportement délinquant de leur enfant mineur. Au stade judiciaire pré-sentenciel, le juge de la jeunesse peut, dans l'attente du jugement au fond par le tribunal de la jeunesse, prendre des « mesures provisoires » qui consiste soit à placer provisoirement le mineur dans une famille d'accueil ou en institution, soit en imposant au mineur laissé dans son milieu de vie, diverses obligations, interdictions ou prestations. Ces mesures provisoires, qui sont pour la plupart cumulatives, supposent deux conditions : elles ne peuvent être prises en vue d'exercer une sanction immédiate ou toute autre forme de contrainte ; et que l'objectif d'investigation relatif à la personne et au milieu du mineur poursuivi ne puisse être obtenu autrement.

B. Les mesures définitives

547/. Comme il est le cas pour tout procès pénal, deux principales issues sont aussi possibles en matière d'enfance délinquante : soit les faits sont établis et la culpabilité du mineur démontrée, soit les faits ne sont pas établis. Dans la première hypothèse, chose qui est rare en droit congolais, le mineur est acquitté. S'il était objet d'une mesure provisoire, les effets de cette dernière sont sensés cesser immédiatement sous réserve de la mesure de liberté surveillée (art. 13-14 D.1950, 118 LPE). En cas de condamnation, hypothèse qui nous intéresse le plus, il ne subira que l'une des mesures prévues par l'article 113 LPE. Mais, comme nous le démontreront, la LPE va au-delà de ces deux hypothèses et complexifie parfois ses règles. D'une part, elle reprend, cette fois-ci encore, l'essentiel du régime sanctionnel du D.1950 en faisant un certain toilettage¹⁰⁴² utile mais aussi en le vidant des éléments indispensables qui faisaient sa particularité et sa cohérence (1), d'autre part, elle innove en ajoutant certaines mesures dont le contour reste indéterminé (2). Rappelons-nous qu'entre le début et la fin du procès, les parties sont susceptibles de procéder à la médiation à l'issue de laquelle le mineur peut être invité à exécuter certaines prestations.

1. Des mesures essentiellement inspirées du décret de 1950

548/. **Les mesures définitives principales du décret de 1950 : la réprimande, le placement et la mise à disposition du gouvernement.** Aux termes des articles 2 et 5 du

¹⁰⁴² Par exemple, en ramenant à dix-ans au lieu de vingt-un ans le seuil de sanction prévu par le décret de 1950 en conformité avec l'âge de la majorité civile de l'époque.

D.1950, une série des sanctions spécifiques, qualifiées de « *mesures de garde, d'éducation ou de préservation* » (MGEP), pouvaient être prises à l'issue des poursuites déclenchées en l'encontre du mineur-délinquant lorsque sa culpabilité, dans le sens protectionnel du terme, a été établie. Elles étaient principalement de trois types ; la réprimande du mineur et la remise aux parents (ou tuteurs) avec injonction de mieux le surveiller, le placement jusqu'à la vingt et unième année chez une personne, à une société ou une institution de charité ou d'enseignement publique ou privée, enfin, la MDG jusqu'à la vingt et unième année (art. 2 D. 1950). L'on dénote déjà une certaine hiérarchisation de ces mesures par rapport à la nature et à la gravité des faits commis par le mineur ainsi qu'à sa personnalité. La première mesure était souvent prononcée pour les faits moins graves et apparaissait comme une admonestation à la fois à l'endroit du mineur et de ses parents (ou tuteurs)¹⁰⁴³. Le placement en institution de charité ou d'enseignement publique ou privée était une solution intermédiaire entre l'isolement (de la privation de la liberté) et la réhabilitation ; mais à la différence du placement prononcé à titre provisoire, il avait une durée précise et plus longue (jusqu'à la 21^{ème} anniversaire du mineur). Ainsi, la mendicité, le vagabondage, la débauche et les occupations déviantes pouvaient être sanctionnés tous par l'une des trois MGEP (art. 2 et 4) pendant que l'inconduite et l'indiscipline faisaient objet de deux dernières mesures uniquement (art. 3). La durée de la MDG était également proportionnelle au tarif pénal de l'infraction pour laquelle le mineur était poursuivi (art. 7-10). Elle pouvait être prononcée avec sursis (art. 11) mais aussi être prolongée ; soit au-delà de la vingt et unième anniversaire de l'enfant pour un terme qui ne dépassera pas sa vingt-cinquième année, si l'infraction commise était punissable de plus de cinq ans de servitude pénale mais pas de la peine de mort ou de servitude pénale à perpétuité (art.7) ; soit au-delà de la vingt et unième année pour un terme de vingt ans au maximum, si l'infraction pour laquelle il est reconnu coupable était punissable de la peine de mort ou de servitude pénale à perpétuité (art.8). Enfin, deux catégories des EGEE étaient prévues dépendamment de la personnalité du mineur ; d'une part les EGEE dits « ordinaires » organisés par l'O.L n° 13/140 du 24/04/1954, et d'autre part, établissements de rééducation

¹⁰⁴³ Cette mesure ne peut être qu'envisagée que sous ses deux volets ; d'une part, la réprimande du mineur consistant à blâmer ce dernier, à lui rappeler les conséquences néfastes de son acte sur la société et, éventuellement, sur la victime puis à le mettre en garde, et d'autre part, une remontrance à l'endroit des parents consistant à un rappel de leurs obligations vis-à-vis du mineur. D'après CECILE KIALA, citée par le juge KABASELE NZEMBELE, « l'injonction adressée aux parents devrait l'être hors de la présence du mineur : les parents étant les éducateurs naturels de l'enfant, il faut éviter toute attitude inconciliable avec leur prestige paternel, si l'on veut les amener à coopérer au bon fonctionnement de la nouvelle juridiction [...] ».

de l'Etat (ERE) destinés à recevoir les mineurs présentant une perversité morale qui n'ont jamais vu le jour¹⁰⁴⁴.

549/. **La liberté surveillée, comme mesure complémentaire.** Il ressort, par ailleurs, à côté de ces trois MGEP principales, une mesure que l'on peut qualifier de complémentaire qui est la liberté surveillée. Prévue par les articles 13 et 14 D.1950, elle s'appliquait à tous les ECL qui n'ont pas été mis à la disposition du gouvernement ou dont l'internement a été levé. Cette mesure qui, rappelons-le, concernait à la fois les actes déviants et infractionnels proprement dits commis par le mineur (art.5 al.2), pouvait être modifiée à tout moment par le juge, soit d'office, soit sur demande du ministère public, du mineur ou des parents (tuteurs), soit encore sur rapport des délégués à la protection de l'enfance (art.18). En d'autres termes, dès le moment où il aurait commis un acte déviant ou infractionnel, le mineur était censé, quelle que soit l'issue de la procédure, faire objet d'un regard méfiant de la justice telle une épée de Damoclès sur sa tête jusqu'à son vingt et unième anniversaire. C'est à ce niveau aussi que le décret, à la suite de tous les systèmes tutélaires, marquait sa singularité. Cette mesure a été reprise sommairement par la LPE (art. 118) à la différence qu'elle ne s'applique désormais et uniquement qu'aux mineurs auteurs des faits infractionnels. Le législateur de 2009, contrairement à son devancier de 1950¹⁰⁴⁵, ne dit curieusement rien sur ses modalités d'application et modifie légèrement le régime principal des sanctions appliquées aux mineurs-délinquants.

550/. **Les principales mesures définitives prévues par la LPE : la réprimande et le placement.** D'après une lecture littérale, les dispositions de l'article 113 de la LPE prévoient cinq différentes mesures susceptibles d'être appliquées, à l'issue de la procédure pénale, à l'ECL, à savoir ; la réprimande et la remise aux parents, le placement au près d'un couple de bonne moralité ou une institution privée agréée à caractère social, le placement dans une institution publique à caractère social, le placement dans un centre médical ou médico-éducatif et le placement dans un EGEE. Lorsque, dans un souci de théorisation, on analyse toutes ces mesures dans leur substance ou encore sous l'angle du mineur concerné, il ne se

¹⁰⁴⁴ L'absence de cette structure, sensée fonctionnée d'après des règles plus strictes que des EGEE ordinaires, rend absurde la circonstance aggravante découlant de la perversité du mineur-délinquant (art. 10 D.1950, 117 LPE). Parce qu'en définitif, ce mineur sera interné dans un EGEE ordinaire pour une période moins longue que celui qui aurait commis une infraction moins grave et ne présente pas une dangerosité particulière. Sauf si le juge compense, peut-être, cette faille infrastructurelle par un élargissement de l'internement dans un EGEE ordinaire.

¹⁰⁴⁵ IDJUMBUIR A.[1990], *Op. cit.*, pp.66-69.

dégage malheureusement que deux types de sanction ; la réprimande et le placement. Le second type englobe toutes les quatre mesures de placement qui se différencient uniquement par leur lieu d'exécution. Malgré la confusion et la diversité des verbes utilisés¹⁰⁴⁶, l'on peut déduire une volonté expresse du Législateur de distinguer le placement « *privé* » (famille ou un couple de bonne moralité, institution privée à caractère social), du placement « *publique* » (institution publique à caractère social), *médico-éducatif* et enfin de celui opéré dans un EGEE. Les conditions générales d'application de ces différents placements réconfortent notre hypothèse. En effet, il ressort aussi, comme dans le D.1950, un lien entre ces mesures et l'âge ou la personnalité du mineur, d'une part, ainsi que la gravité des faits, d'autre part. Hormis la remise au parent et le placement médico-éducatif dont la durée n'est pas précisée, la durée maximale de toutes les autres mesures est fixée à la limite du dix-huitième anniversaire du mineur. Le placement en institution publique à caractère social est exclu pour les ECL âgés de plus de seize ans (art 113 al. 2LPE) ; pendant que le placement dans un EGEE, au sommet de la hiérarchie des mesures, peut être prononcé avec sursis, exécuter dans les structures différentes ou prolonger au-delà du terme sus-évoqué dépendamment du tarif pénal de l'infraction pour laquelle le mineur est poursuivi ainsi que de sa perversité (art 114 -117 al.1 LPE) ou même de son âge (art. 117 al.2).

551/. L'on s'aperçoit aisément que sur le plan de la sanction, la LPE est restée très proche du D.1950. L'approche éducative (réhabilitation) s'imposait sur le traitement pénitentiaire (punition), d'une part, le recours à la prison (isolement) cède la place au placement dans une institution spécialisée, d'autre part. Mais dans la pratique, ces deux textes ne changent en rien dans le quotidien des ECL et dans la démarcation de la protection pénale dont ils doivent bénéficier par rapport aux adultes aussi longtemps que les nouvelles structures ne seront pas construites et que les modalités d'application de toutes ces mesures ne seront pas précisées. Surtout que les mesures d'internement ou de placement sous la LPE ont plus une nature pénale du fait que leur évaluation se fonde sur une conduite passée (volet rétributif) que l'avenir (volet éducationnel). Et, ce n'est pas uniquement sur cet aspect que la LPE se démarque du décret de 1950.

¹⁰⁴⁶ Il utilise indistinctement le verbe « placer » et « mettre » pour désigner la décision d'internement du mineur dans une institution publique ou privée agréée à caractère social ou dans un établissement de garde et d'éducation de l'Etat. Un troisième verbe (« confier ») est même utilisé conjointement pour le placement dans une famille et dans une institution privée pendant qu'il semble lui-même vouloir distinguer ces quatre modalités. Il aurait dû, pour ce faire, usité un verbe spécifique pour chaque type de placement.

2. Des mesures en marge du décret de 1950

552/. Contrairement à ce que pensent certains praticiens et auteurs congolais, la LPE n'a pas retenu deux concepts majeurs du régime de 1950, à savoir, « *la mise à disposition du gouvernement* » (MDG) et les « *mesures de garde, d'éducation ou de préservation* » (MGEP). Elle prévoit, par ailleurs, d'autres mesures qui ne sont pas reprises dans les dispositions de l'article 113 mais dans celles relatives à la médiation. Inutile de rappeler que la médiation pénale telle qu'organisée en droit congolais est une composante de la protection judiciaire de l'ECL, et par conséquent, une phase probable du procès pénal. Nous n'aborderons pas non plus toutes les mesures que le mineur pourrait être appelé à exécuter à l'issue de cette phase qui a largement fait l'objet de nos précédentes analyses. Nous nous attarderons aussi sur une mesure dont la nature et l'exécution nous ont paru extrêmement complexes et particulières, à savoir le « *travail d'intérêt général ou de prestation communautaire* », en sigle, TIG/PC.

553/. **Les effets inattendus de la suppression du concept de « MGEP » en droit pénal congolais des mineurs.** En ce qui concerne la MDG, retenons que cette peine, qui était jadis reprise par le D.1950 parmi les mesures applicables aux mineurs-délinquants, a été carrément supprimée et remplacée dans la LPE par le « *placement dans un EGEE* ». Raccourci involontaire ou simplification, peut-être à cause de sa nature juridique problématique¹⁰⁴⁷, cette innovation n'apporte en réalité aucun changement substantiel ; car, même sous l'empire du D.1950, la MDG, lorsqu'elle était prononcée sans sursis, était exécutée dans un EGEE. C'est plutôt le concept de MGEP qui semble poser plus de problème. Sur ce, l'on a l'impression que le législateur congolais brille par des flottements et des imprécisions. Pendant que le D.1950 avait été critiqué pour n'avoir opté qu'une déqualification partielle de la « *peine* » en « *MGEP* » (art. D.1950), la LPE récidive en n'optant que pour celle d'« *infraction* » en « *manquement qualifié d'infraction* » (art. 2-9 LPE). Aussi, de la même manière que le D.1950 instituait l'application exclusive des MGEP aux mineurs-délinquants, tout en incluant curieusement dans ces dernières la MDG dont le caractère de peine n'est plus discutable ; la LPE, qui ne laisse au JPE que le choix entre un éventail de cinq mesures (art.133), semble admettre la possibilité par lui de prononcer contre les ECL des mesures privatives de liberté (art. 10 à 12) ainsi que toutes les peines à l'exception de la peine de mort et de la servitude pénale à perpétuité (art.9 al.1 et 2). Il serait donc légitime de se poser la question de savoir quelles seraient ces mesures privatives ou restrictives de liberté qui ne figurent ni dans la liste

¹⁰⁴⁷Cfr. nos analyses précédentes, §§.217-220.

des mesures provisoires, ni dans celle des mesures définitives. Si les dispositions du douzième article de la LPE permettent de comprendre ce qu'entend le Législateur par « mesures privatives de liberté », – c'est-à-dire, la détention préventive –, l'interdiction [précise que détaillée] portée par le deuxième alinéa de l'article neuf laisserait croire à une reconnaissance implicite de l'application aux mineurs des autres peines, exceptées celles qui sont précitées. Cet argument est conforté par le non – subrogation **claire et explicite** de la « peine » par les « MGEP » comme c'était le cas avec le décret de 1950 (art. 2 al.1 et 5). En effet, le concept de « MGEP » est utilisé une seule fois par le législateur de 2009 (art. 85) faisant allusion aux mesures qui devraient être organisées dans le corps du texte et qui seraient appliquées par les TPE pendant que le chapitre de la loi qui leur est spécifiquement dédiée n'en évoque même pas. Jugé non-fondé un tel argument, particulièrement au regard des dispositions de l'article 133, conduirait à réserver aussi le même sort au deuxième alinéa de l'article 9. Bien plus, qu'en serait-il des mesures prises par les TPE à l'égard des ESD ou entérinées par le JPE à la suite d'une médiation ? Doivent-elles aussi être qualifiées des « MGEP » ?

554/. **Nature complexe du TIG/PC en droit pénal congolais des mineurs.** Par ailleurs, la nature du TIG/PC pose également un problème. En vertu des dispositions de l'article 134 LPE, cette mesure apparaît comme une des prestations compensatoires exigées à l'ECL lors de la médiation. Effectuée dans le respect de la dignité humaine, avec le consentement éclairé de l'enfant et sous la supervision de l'assistant social, cette prestation s'exécute au bénéfice de la collectivité. A la différence des autres mesures de médiation, le TIG n'a pas de portée réparatrice directe à l'endroit de la victime mais a plutôt un aspect contraignant à l'endroit du mineur et une durée bien déterminée¹⁰⁴⁸. C'est justement ce second caractère, mettant en avant son aspect punitif, qui complexifie sa nature juridique d'autant plus que la mesure est prise par des personnes autres que les juges. La LPE énonce la mesure sans en dire davantage ; aucune de ses règlements d'application n'apporte des précisions. Et, les rares cas de médiation que nous avons rencontrés n'ont pas opté pour ladite prestation. En droit comparé, sa nature est aussi divergente selon les systèmes juridiques et dépendamment de l'autorité habilitée à la prendre. A cet effet, le TIG/PC est soit une peine prononcée par un juge de fond, soit une mesure d'accompagnement de la médiation pénale décidée, néanmoins, par une autorité judiciaire (Parquet ou tribunal). Malheureusement, tel qu'il est organisé en RD Congo, il n'entre en aucun de ces deux cas de figure.

¹⁰⁴⁸ La prestation ne peut s'étaler durant plus d'un mois et plus de quatre heures par jour.

555/. **Le TIG, comme peine**¹⁰⁴⁹. En droit français, le TIG, créé par la loi du 10/06/1983, est une peine qui peut être prononcée par le tribunal pour enfants, par le tribunal de police pour les contraventions de 5^{ème} classe ou par le tribunal correctionnel, soit à titre de peine principale, soit à titre probatoire sous forme de « sursis avec l'obligation d'accomplir un TIG ». Il peut également être décidé par le JAP en conversion d'une peine de six mois d'emprisonnement (sursis-TIG). Il peut aussi être utilisé comme une alternative à l'incarcération (circulaire du ministère de la justice du 19/05/2011) ou une mesure accompagnant la transaction pénale et doit, dans ce cas d'espèce, être soumis à l'approbation du juge. Les prestations qu'il impose doivent être exécutées dans les dix-huit mois qui suivent le prononcé du jugement et leur durée est comprise entre 40 et 210h. Le TIG est une peine peu prononcée étant donné que sa mise en œuvre nécessite la disponibilité des lieux (mairies, établissements publics ou associations) pouvant accueillir les personnes condamnées. Surtout, qu'il exige également l'adaptation des prestations en fonction du sexe, de l'âge, de la santé, ou de l'aptitude physique des concernés. La peine de TIG peut être prononcée contre les mineurs-délinquants âgés de seize à dix-huit ans. « Ainsi lorsqu'un délit est puni d'une peine d'emprisonnement, le TPE (ou le Tribunal correctionnel des mineurs) peut prescrire à la place de l'emprisonnement que le condamné accomplira [...] un TIG non rémunéré au profit d'une personne morale de droit public ou d'une association[...] »¹⁰⁵⁰. Ces prestations doivent, dans ce cas, être adaptées et présenter « un caractère formateur ou une nature à favoriser l'insertion sociale »¹⁰⁵¹. D'où, les jeunes sont invités à prendre part à des activités de créativité et d'apprentissage, à des groupes d'entraide, ou encore à des séances d'information sur des sujets bien précis (drogue, alcool, violence, vol à l'étalage), à des activités de loisir ou à l'organisation d'un projet (par exemple : nettoyage d'un parc, bénévolat lors d'une fête de quartier...). Soulignons, que la médiation appelle, en droit français, des mesures exclusivement réparatrices lorsqu'elle est appliquée aux mineurs, elle ne peut donc contenir une telle prestation. C'est à juste titre qu'elle est qualifiée spécifiquement de « médiation-réparation ».

556/. **Le TIG, comme mesure réparatrice contraignante**. C'est plutôt en droit belge que le TIG est une mesure qui accompagne, soit la médiation pénale comme au Congo, soit la grâce. Dans le premier cas, qui nous intéresse, l'auteur des faits sera appelé, s'il accepte, à exécuter une activité non rémunérée au profit de la collectivité (d'une durée maximale de 120

¹⁰⁴⁹ Articles 131-8 et 131-22 à 131-24. Lire aussi MILBURN P., « La réparation pénale à l'égard des mineurs : éléments d'analyse sociologique d'une mesure de justice restaurative », *APC*, 2002/1, n° 24, pp.147-160.

¹⁰⁵⁰ BONFILS P. & GOUTTENOIRE A., *Op.cit.*, pp.897, 904. Lire aussi ; BOULOC B.[2013], *Op. cit.*, pp. !!

¹⁰⁵¹ Article 20-5 Ord.1945.

heures et dans un délai de six mois) décidée par le Procureur du Roi ou le juge de la jeunesse¹⁰⁵². A ce titre, le TIG peut revêtir différente nature : il est une alternative aux poursuites (lorsqu'elle émane du procureur) ou une mesure prise à titre provisoire (30 heures maximum) ou définitive par le juge. Cette modalité particulière d'exécution de la médiation fut l'objet d'un « va-et-vient » législatif : supprimée par la loi du 17/04/2002 instaurant la peine de travail autonome et, elle fut réintroduite par la loi du 22/06/2005. De ce fait, le TIG ne doit être confondu avec la peine de travail autonome (PTA) qui, par contre est une peine en matière correctionnelle et de police, prononcée par un juge du fond avec le consentement du justiciable et s'exprimant également en nombre d'heures (moins de 300h) effectuable dans un délai précis (un an à dater du moment où le jugement est passé en force de la chose jugée). La PTA est assortie d'une peine subsidiaire en cas de non-respect des conditions de la peine principale. Mais ce qui reste curieux également en droit belge, renforçant notre hypothèse du caractère contraignant du TIG, est l'unicité de l'organe chargé d'exécution à la fois des TIG et des PTA. En communauté française, l'exécution des prestations éducatives (TIG) et de la médiation en matière des mineurs est désormais confiée aux services de prestations éducatives ou philanthropiques (SPEP)¹⁰⁵³ qui sont constituées sous forme d'ASBL.

557/. En définitive, il s'avère que le TIG peut bien être considéré comme une modalité de la justice réparatrice, notamment lorsqu'il n'est pas possible de réparer la victime directe. Il s'agira alors d'une réparation symbolique et indirecte dans la mesure où la prestation exécutée bénéficie à la communauté du mineur ou même de sa victime et sera basée sur une pédagogie de la responsabilisation : l'idée fondamentale est qu'en faisant quelque chose pour autrui, le délinquant dédommage la société. Mais, c'est aussi à ce titre qu'il touche directement l'auteur et garde un caractère punitif, d'où la tendance de confier la décision d'une telle mesure à une autorité juridictionnelle. Or, la LPE laisse cette mesure sous le total contrôle du comité de médiation qui n'est ni un juge, ni un officier de ministère public. En plus, elle reste silencieuse sur les conséquences en cas de sa non-exécution d'autant plus qu'en droit congolais l'accord serait déjà conclu et doté de l'autorité de la chose jugée à ce stade de la procédure. L'on ignore les moyens de droit mis à la disposition ; d'une part, du Président du TPE pour assurer l'exécution d'un TIG en tant que clause de la médiation, et d'autre part, du JPE et de son assistant social pour l'exécuter dans l'hypothèse où l'on le considérerait comme une mesure définitive spécifique appliquée à l'ECL. Ce qui confirme la nécessité, soit de

¹⁰⁵² MARY P., *Op. cit.*, pp.638-648.

¹⁰⁵³ DAVAGLE M. et al., *Op. cit.*, pp. 133-142.

reconnaître au JPE un vrai pouvoir d'appréciation, soit de juridictionnaliser la médiation, soit encore de l'étendre à d'autres participants afin d'augmenter la pression sociale sur le mineur et ses parents.

558/. **Diversité des sanctions appliquées aux mineurs-délinquants en droit comparé.** De manière générale, le TIG comme les autres prestations de médiation ou les mesures spécifiques prévues par la LPE sont rarement pris par le TPE. L'on tombe malheureusement dans la pratique, comme sous le D.1950, dans un régime sanctionnel quasi-identique entre les ESD et les ECL dont la mesure principale reste le placement. Quel qu'il soit (social ou pénal, provisoire ou définitif), il s'exécute généralement dans un cadre institutionnel, et exceptionnellement, dans un cadre familial. La réprimande tourne souvent à une passivité ; le placement socio-médical est inexistant ; la médiation est boudée par les JPE. Dans tous ses aspects, le régime congolais de la sanction appliquée aux mineurs-délinquants n'est proche ni du modèle belge, ni du modèle français. Les mesures qu'il propose sont peu nombreuses, peu diversifiées et se démarquent moins des peines de droit commun dans leur application. Le droit français, par exemple, prévoit, en effet, trois séries des sanctions pénales (mesures éducatives, les sanctions éducatives et les peines)¹⁰⁵⁴ en l'encontre des mineurs-délinquants. Les premières peuvent être prononcées à l'encontre de tous les mineurs non *infans*. Les secondes, intermédiaires et alternatives entre les premières et les dernières, sont prononcées à l'encontre des mineurs délinquants âgés d'au moins dix ans. Enfin, seuls les mineurs de treize à seize ans sont passibles des peines, dont le prononcé doit être motivé en raison de leur personnalité et les circonstances de la commission de l'acte. En vertu du principe de l'atténuation de responsabilité, ces peines sont généralement réduites à la moitié du quantum prévu pour les adultes ; sauf si le tribunal décide spécialement, pour les mineurs de plus de seize ans et les

13. SCHABAS A.,

- « Perverse effects of the Nulla poena Principle: national Practice and the Ad Hoc tribunal », *European Journal of international law*, vol. XI, 2000, pp.521-540.
- « Droit pénal international et droit international des droits de l'Homme: faux frères? », in HENZELIN M & ROTH R. (dir.), *Le droit pénal à l'épreuve de l'internationalisation*, LGDJ-Georg-Bruylant, Paris, 2002, pp.165-182.

14. SEUVIC J.F, « Force ou faiblesse de la constitutionnalisation du droit pénal », [en ligne]https://www.courdecassation.fr/IMG/File/pdf_2006/16-03-2006/16_03_06_seuovic.pdf, consulté le 18/11/2014.15. SOUVIGNET X., « L'accès au droit, Principe du droit, principe de droit », *Jurisdoctoria*, n°1, 2008, pp.23-48.**Droits fondamentaux du mineur**16. AYISI A. & al., « Droits et misères de l'enfant en Afrique Enquête au cœur d'une " invisible " tragédie », *SEDOS Bulletin*, vol. 35, n° 3-4, mars-avril 2003, pp.42-48.17. BENECH LEROUX P., « Les rôles de l'avocat au tribunal pour enfants », *Déviance et Société*, 2006/2, vol.30, pp.155-177.18. BOUKONGOU J-D., « Le système africain de protection des droits de l'enfant : exigences universelles et prétentions africaines », In *CRDF*, n°5, 2006, pp.97-108.19. DROUX J., « L'internationalisation de la protection de l'enfance : acteurs, concurrences, projets transnationaux (1900-1925) », *Critique internationale*, 2011/3, n° 52, pp.17-33.20. GAUTIER M., « Les mineurs dans le droit primaire communautaire », in *Mineurs et droits européens*, Pedone, Paris, 2012, pp.17-31.21. GOUTTENOIRE A., « La consécration de l'intérêt supérieur de l'enfant dans l'Union européenne », in TINIERE R. et VIAL C. (dir.), *Protection des droits fondamentaux dans l'union européenne : entre évolution et permanence*, Bruylant, Bruxelles, 2015, pp.233-24622. FARGE M., « Les réalisations de l'Union européenne concernant l'enfant : Le règlement Bruxelles II bis », *Informations sociales*, 2006/1, n° 129, pp.70-83.23. HADDAD M., « L'invocation devant le juge belge de la convention relative aux droits de l'enfant », *RQDI*, 25.2 (2012), pp.175-194.

24. HAMMABERG T., « Le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant : ce qu'il signifie et ce qu'il implique pour les adultes », Allocution à la Conférence de Varsovie, 30/05/2008, Conseil de l'Europe, Commissariat aux droits de l'Homme, CommDH/Speech(2008)10.

25. KIENGE KIENGE I.R., « Quelques spécificités de la charte africaine des droits et de bien-être de l'enfant », *Zaire-Afrique*, n° 295, Kinshasa, Mai 1995.
26. KOHN L.M., « *Tracing the Foundations of the Best Interests of the Child Standard in American Jurisprudence* ».
27. LAFORE R., « Les mutations institutionnelles de la protection de l'enfance : sens et portée », *Les Cahiers Dynamiques*, 2010/4, n° 49, pp.16-26.
28. LEBRETTON G., « Le droit de l'enfant au respect de son intérêt supérieur », *CRDF*, n°2, 2003, pp.77-86.
29. MALLEVAEY B., « La parole de l'enfant en justice », *Recherches familiales*, 2012/1, n° 9, pp.117-129.
30. RAYNAL F., « Avocat d'enfants, un traducteur de la parole du jeune », *ASH*, n°2914, 12/06/2015.
31. TORELLI M., « Introduction à la protection internationale des droits de l'enfant », *CERDIRI/Académie de LA Haye*, 2005.
32. YOUNG D.,
 - « L'enfant doit-il être tenu pour responsable de ses actes ? », *Cités*, 2001/2, n°6, pp. 215-228.
 - « Construire un droit de l'enfance », *Le Débat*, 2002/4, n° 121, p. 158-166.
33. ZANI M., *La Convention internationale des droits de l'enfant : Portée et limites*, Publisud, Paris, 1996, p.39.
34. ZERMATTEN J., « L'observation générale n°10 (2007) du Comité des droits de l'Homme : les droits de l'enfant dans le domaine de la Justice des mineurs », *Bulletin DEI*, Juni 2007 Band 13 Nr 2 S.6.

Droit pénal du mineur (régulation de la délinquance des mineurs)

35. ANCEL M. & HERZOG J.B., « Introduction », In HEUYEUR G. & CHOMBART DE LAUWE H. (dir.), *Seuil d'âge et législation pénale : contribution à l'étude du problème des jeunes adultes délinquants*, Cujas, Paris, 1961.
36. AUDEOUD C., « la conception de la famille à travers le droit pénal des mineurs au XIX^{ème} siècle », *Droit et cultures*, 66/2013, pp.179-201.
37. BAYONA-BA-MEYA N., « Considérations sur la protection de la jeunesse », *Annales de la Faculté de droit*, vol. IV – VII, 1975 –1978, PUK, 1984, Kinshasa, pp. 92-105.
38. BELLON L., « Discours et pratiques sur le discernement de l'enfant », in LUDWICZAK F.(dir.), *Reformer le droit des mineurs délinquants*, L'harmattan, Paris, 2016, pp.68-91.

39. BERNUZ-BENEITEZ M.J.,
 - « Sens et contre-sens du processus de médiation pénale dans la justice des mineurs. L'exemple espagnol à l'aune de la nouvelle loi organique », *JDJ*, 8/2001, n°208, pp. 35-39.
 - « Le jeu des sanctions dans la justice des mineurs espagnole. La tension entre criminalisation primaire et secondaire », *Déviance et Société*, vol. vol. 33, no. 3, 2009, pp.425-439.
40. BESSOLES P., « Le crime adolescent : Criminogenèse et processus adolescents », *Adolescence*, 2005/4, n°54, pp.1021-1040.
41. BESSON A., « Préface », In BESSON et al. (dir.), *Seuils d'âge et législation pénale : contribution à l'étude du problème des jeunes adultes délinquants*, CUJAS, 1961.
42. BONFILS P.,
 - « Le discernement en droit pénal », *Mélanges René GASSIN, PUAM*, 2007, p.97 et sv.
 - « Chronique de droit pénal des mineurs », *RIDP*, 2009/1, vol. 80, pp.307-315.
 - « Autonomie du droit pénal des mineurs : entre consécration et affaiblissement ».
43. BOTBOL M. et CHOQUET L.H., « Une lecture renouvelée du droit pénal des mineurs : la prise en compte de la contrainte dans l'action éducative à l'égard des mineurs délinquants », *Cahiers philosophiques*, 2008/4, n° 116, pp.9-24.
44. BOURQUIN J.,
 - « Le mineur de justice : enfance coupable, enfance victime ? », *RHEI*, 2007, Hors-série, URL : <http://rhei.revues.org/3011>, consulté le 12/10/2015.
 - « Genèse de l'ordonnance du 23/12/1958 sur l'enfance en danger », *RHEI*, 2007, Hors-série, URL : <http://rhei.revues.org/3013>, consulté le 12/10/2005.
45. CARRA C., « Délinquance juvéniles et régulations institutionnelles », *Droit et société*, n°32, 1996, pp.105-133.
46. CARTUYVELS Y., « Les grandes étapes de la justice des mineurs en Belgique, continuité, circularité ou ruptures ? », *JDJ*, n° 207, 2001, pp.13-33.
47. CARTUYVELS Y. et al., « La justice des mineurs en Belgique au prisme des sanctions », *Déviance et Société*, 2009/3, vol. 33, pp.271-293.
48. CHAGNON F., RENAUD J. & FARAND L., « Suicide et délinquance juvénile : phénomènes distincts ou manifestations d'une même problématique ? », *Criminologie*, vol. 34, n°2, 2001, pp.85-102.
49. CHARLES R., « Police et Enfance inadaptée », *RDPC*, Bruxelles, 02/1956, pp. 473-491.

50. COUV RAT P, « Les mesures de protection judiciaire », In *Enfance délinquante*, Economica, Paris, 1993, p.147 et svt.
51. CRAWFORD A., « La réforme de la justice des mineurs en Angleterre et au Pays de Galles », *Déviance et Société*, 2002/3, vol.26, pp.387-402, [en ligne] <http://www.cairn.info/revue-deviance-et-societe-2002-3-page-387.htm>.
52. D'AMOURS O., « Les grands systèmes. Modèle de protection, modèle de justice et les perspectives d'avenir », *Service social*, vol.47, n°3-4, 1998, pp. 15-40, consulté le 11/11/2013.
53. DE LAMY B., « Droit pénal des mineurs : une singularité limitée », *RSC*, 2008, pp. 133-139.
54. DELENS-RAVIER I., THIBAUT C., « Du tribunal de la jeunesse au placement en IPPJ : la parole des jeunes », *RDPC*, 2003/1, pp. 41 et svt.
55. DE TERWANGE A., « La réforme de la loi du 08/04/1965 : à la prise en charge des mineurs ayant commis un fait qualifié d'infraction et à la réparation du dommage causé par ce fait », *JDJ*, n°240, Déc 2004, [en ligne] www.jdj.be/jdj/documents/docs/Reforme_loi_65_de_Terwangne_JDJD240.pdf consulté le 24/05/15.
56. DOUMIT-EL KHOURY A. et al., « Les sanctions éducatives », *VST*, 2005/3, n°87, pp.13-17.
57. DUNKEL F.,
 - « Jugendstrafrecht im Internationalen Vergleich – vom Freiheitsentzug zu den Alternativen » In *100 Ans de Justice juvénile (bilan et perspectives)*, 5^{ème} Séminaire de l'IDE, Oct.1999, IUKB, Sion, 2000, p. 45 et svt.
 - « Le droit pénal des mineurs en Allemagne : entre un système de protection et de justice », *Déviance et Société*, 2002/3, vol.26, pp.297-313.
58. ENIKA NGONGO, « Le traitement de l'enfance délinquante au Congo belge : réflexions et état de la question », *Bulletin de l'Association Belge pour l'Histoire Contemporaine*, xxxvi - 2014 - 2, pp.10-13
59. FRANCOISE C., « Le cabinet du juge de la jeunesse : espace d'éloignement, de rupture et de rapprochement », *Champ pénal/Pénal fiel*, vol. VIII, 2001, [en ligne]<http://champenal.revues.org/8180>, consulté le 11/03/2016.
60. GAVRAY C. « Délinquance juvénile et enjeux de genre », *Revue pluridisciplinaire en sciences de l'Homme et de la société*, n°8 : Formes, figures et représentations des faits de déviance féminins, 06/2009, [en ligne] <http://www.revue-interrogations.org>

61. GAVRAY C. et VETTENBURG N., « La délinquance juvénile autorévélee : le cas de la Belgique », *Carrefours de l'éducation*, 2007/2, n° 24, pp.53-72.
62. GRILLE N., « Les établissements pour mineurs à la lumière du modèle belge : Institution hybride », *Empan*, 2007/2, n° 66, pp.114-120.
63. HAMON H., « L'adolescence et la justice des mineurs à l'épreuve du néolibéralisme », *Adolescence*, 2012/4, n°82, pp.815-822.
64. IDZUIMBUIR ASSOP J.,
 - « Vers une contextualisation du système de justice pour mineurs RD Congo », Actes des journées scientifiques de la Faculté du droit de l'UPC : « Le droit congolais face à son avenir », 25-27/05/2000, *Revue de la Faculté de Droit de l'UPC*, n° 2, Kinshasa, 2001, pp.133-144.
 - « La loi n°09/011 du 10 janvier portant protection de l'enfant, sept ans après : bilan et perspectives », in *Si elles s'en mêlaient*, Inédit.
65. KABASELE NZEMBELE, « Les décisions du JPE et les modalités de leur exécution », *Séminaire de formation organisée par l'UNICEF/BICE*, Kinshasa, juin 2009.
66. KASHAMA NGOIE S.,
 - « La loi portant protection de l'enfant : son contenu et les défis pour sa mise en œuvre », *Rapport final du Séminaire international sur les droits de l'enfant en RDC*, Kinshasa, 02-06/03/2009, pp.8-9.
 - « Procédure devant le tribunal pour enfants », *Séminaire de formation organisée par l'UNICEF/BICE*, Kinshasa, juin 2016,[en ligne] <http://www.ajpmonde.org/wp-content/uploads/2015/01/La-proc%C3%83%C2%A9dure-devant-le-tribunal-pour-enfants.pdf>.
67. KASONGO MALOBA T.P et KINABLE J, « Enfants de la rue, phénomène pluriel et complexe à Lubumbashi (RD Congo) », in *La pensée complexe : défis et opportunités pour l'éducation, la recherche et les organisations*, Actes du Colloque international francophone « Complexité 2010 », Université Lille, 31/03 -01/04/2010.
68. LANCOT N. et LE BLANC M., « Les trajectoires marginales chez les adolescentes judiciairisées : continuité et chargement », *RICPT*, n°53, 2002, pp.46-68.
69. LAZERGES C.,
 - « Seuils d'âge et responsabilité pénale en Europe », *RSC*, 1991, p.414.
 - « De l'irresponsabilité à la responsabilité pénale des mineurs délinquants », *RSC*, 1995, pp.148-150.

- « La sanction des mineurs : fuite en avant », *CRDF*, N°3, 2004, pp.68-74.
 - « Les principes directeurs du droit pénal des mineurs », in KHAIAT L. & MARCHAL C. (dir.), *Enfance dangereuse, enfance en danger ?*, Erès, Toulouse, 2007, pp.163-174.
70. LEBLANC M., « La réaction sociale à la délinquance juvénile : une analyse stigmatisante », *Acta Criminologica*, vol. 4, n° 1, 1971, pp. 113-191, [en ligne] <http://id.erudit.org/iderudit/017017ar>, consulté le 19/03/2014.
71. LONGTIN S., « Déjudiciarisation ou non-judiciarisation : variation des tendances entre auteurs présumés — accusés ou traités hors cour », *Criminologie*, vol. 35, n° 1, 2002, pp. 133-159, URL : <http://id.erudit.org/iderudit/027517ar>.
72. MAES C.,
- « La justice juvénile dans le monde, ses systèmes, ses objectifs : les modèles », *Séminaire de formation en justice des mineurs pour magistrats et autres acteurs en justice juvénile de l'Afrique francophone (Ouagadougou)*, Working Report, 1-2005, pp.17-32.
 - « Quelques aspects de procédure : les âges d'intervention », in *Séminaire de formation*, pp.95-105.
73. MELNIC V., « La responsabilité pénale des mineurs dans le droit européen », *Revista*, n° 3-4, 2010 ; [en ligne] <http://studijuridice.md/revista-nr-3-4-2010/la-responsabilite-penale-des-mineurs-dans-le-droit-europeen>.
74. MILBURN P., « La réparation pénale à l'égard des mineurs : éléments d'analyse sociologique d'une mesure de justice restaurative », *APC*, 2002/1, n°24, pp.147-160.
75. MOREAU T.,
- « La responsabilité pénale du mineur en droit belge », *RIDP*, 2004/1, vol. 75, pp.151-200.
 - « La prise en charge des mineurs difficiles est-elle considérée comme une priorité dans notre société ? », In « *Des réponses claires face à la délinquance des mineures* », Actes du colloque organisé à Bruxelles par le MR en Mai 2005.
76. MUCCHIELLI L.,
- « Violences urbaines, réactions collectives et représentations de classe chez les jeunes des quartiers relégués de la rance des années 1990 », *Actuel Marx*, n°26,1999, pp.85-108.
 - « Délinquance et immigration en France : un regard sociologique », *Criminologie*, vol. 36, n°2, 2003, pp.27-55.

- « L'évolution de la délinquance juvénile en France (1980-2000) », *Sociétés contemporaines*, 2004/1, n°53, pp. 101-134, URL : <http://www.cairn.info/revue-societes-contemporaines-2004-1-page-101.htm>.
- 77. NIGE AYISI A. et alii, « Droits et misères de l'enfant en Afrique Enquête au cœur d'une " invisible " tragédie », *SEDOS Bulletin*, vol. 35, n° 3-4, mars-avril 2003, pp. 42-48, [en ligne] <http://www.africamission-mafr.org/enfantafricain.htm> du 23/02/15; Études 2002/10, T.397, pp. 297-309, [en ligne] <http://www.cairn.info/revue-etudes-2002-10-page-297.htm>
- 78. NIGET D., « Expertise médico-pédagogique et délinquance juvénile en Belgique au XXe siècle », *Histoire@Politique*, 2011/2 n°14, pp. 38-54 [en ligne] <http://www.cairn.info/revue-histoire-politique-2011-2-page-38.htm>
- 79. OSOKONDA OKENGE, « Approche socioculturelle de l'enfant : le contexte africain de deux cultures », Rapport du séminaire national sur la Prévention et le traitement de la délinquance juvénile, Centre catholique, Kinshasa, 1997, pp.36-39.
- 80. PERETTI-WATEL P., « Théories de la déviance et délinquance auto-reportée en milieu scolaire », *Déviance et Société*, 2001/3, vol. 25, pp.235-256.
- 81. PERMINGEAT J.M., « La détention dans l'ordonnance du 02/02/1945 : philosophie et pratique », *Adolescence*, 4/2005, n°R4, pp.983-991, [en ligne] www.cairn.info/revue-adolescence-2005-4-page-983.htm, consulté le 28/11/2014.
- 82. PEYRE V., « Brèves considérations sur les chiffres de la délinquance juvénile », *RHEI*, n°3, 2000, [En ligne] <http://rhei.revues.org/72>, consulté le 11/10/2012.
- 83. POITOU D., « Approche sociologique de la jeunesse délinquante au Niger » in MARGUERAT Y. et POITOU D. (dir), Fayard, Paris, 1994, pp.414-431.
- 84. RAIMBOURG D., « La délinquance juvénile : une passion politique », Note n°31, Fondation Jean-Jaurès, 17/06/2009.
- 85. RAVIER I. « Les chiffres de la délinquance des mineurs en Belgique », *Justice et sécurité*, 2015, n°2, [en ligne] <https://nicc.fgov.be/upload/publicaties/jsjv02fr.pdf>, consulté le 03/09/2016.
- 86. RAVIER I. et MAHIEU V., « Les décisions des juges de la jeunesse en matière de faits qualifiés infraction », *RDPC*, 2013, pp.819-841.
- 87. ROBERT J.H., « Les quatre cents coups des mineurs leur seront rendus au centuple », *JCP G*, n°13, 03/2012, p.582.

88. ROSS H., « La criminalisation de la jeunesse : les tendances au Canada », *Déviance et Société*, 2009/3, vol. 33, pp.351-365, URI : <http://www.cairn.info/revue-deviance-et-societe-2009-3-page-351.htm>
89. ROUX J., « La Reconnaissance par le Conseil constitutionnel du principe fondamental reconnu par les lois de la République relatif à la justice des mineurs », *RDP*, n° 6-2002, pp.17-31.
90. ROSSIGNOL C., « La législation relative à l'enfance délinquante : De la loi du 27/07/1942 à l'ordonnance du 02/02/1945, les étapes d'une dérive technocratique », *RHEI*, n°3, 2000, pp. 17-54, URL : <https://rhei.revues.org/70>, consulté le 28/11/2014.
91. SALAS D. & BARANGER T., « Le juge des enfants fait-il encore autorité ? », *Adolescence*, 2009/2, n° 68, pp. 399-413, [en ligne] <http://www.cairn.info/revue-adolescence-2009-2-page-399.htm>
92. TREPANIER J.,
 - « Une justice pour mineurs en changement : Evolution nord -américaine de dernières années », *RICPT*, n° 39-40, 1986.
 - « La justice des mineurs au Canada : Remises en question à la fin d'un siècle », *Criminologie*, vol. 32, n° 2, 1999, pp. 7-35, URL: <http://id.erudit.org/iderudit/004749ar>
 - « L'avenir des pratiques dans un nouveau cadre légal visant les jeunes contrevenants », *RDUS*, (2003-04) 34, pp.47-88.
93. TULKENS F., « La Convention des droits de l'enfant et la justice pénale belge », *La convention de droits de l'enfant et la Belgique*, Rapport de la journée d'études, 30/11/1990, UCL/Droit, *CRIDP*, n°3, 1990.
94. VAN DE KERCHOVE M., « Des mesures répressives aux mesures de sureté et de protection. Réflexions sur le pouvoir mystificateur du langage », *RDPC*, 1976-1977, pp.245-294.
95. VANNESTE C., « Les logiques décisionnelles des magistrats du parquet et des juges de la jeunesse à l'égard des mineurs délinquants », *RDPC*, 2003/2, pp.225-256.
96. VERGES E., « Impartialité du juge des enfants et composition des juridictions des mineurs : le revirement de position », *RSC*, 2012-1, p.201 et svt.
97. WEMBOLUA OTSHUDI K., « L'anachronisme du décret sur l'enfance délinquante en RDC : Réflexion sur le vagabondage et les droits de l'enfant », *Nouvelle tribune internationale des droits de l'enfant*, n°12, Mars 2007, pp.22-28, http://www.dei-belgique.be/IMG/pdf/reflexion_sur_le_vagabondage_et_les_droits_de_l_enfant.pdf.

98. WILLEMS L., « Un point de vue critique des carences de l'application de la loi du 08/04/1965 », *Déviance et société*, vol. 9, n°2, 1985, pp.151-157.
99. YVOREL J.J.,
 - « L'éducation des mineurs de justice en France », *La lettre de l'enfance et de l'adolescence*, 2004/3, n°57, pp. 113-120.
 - « C'est la faute aux parents... : Délinquance juvénile, famille et justice au XIX^{ème} siècle », *ERES/Dialogue*, n° 194,2011/4, pp.9-20.
 - « Le discernement : construction et usage d'une catégorie juridique en droit pénal des mineurs. Etude historique », *Recherches familiales*, 2012/1, n° 9, pp.153-162.
- 100.ZERGUINE R., « Algérie / La responsabilité pénale des mineurs dans l'ordre interne et international », *RIDP*, 2004/1, vol.75, pp.103-119.
- 101.ZERMATTEN J.,
 - « La loi fédérale régissant la condition pénale des mineurs », *Chronique de l'AIMJF*, n°1, vol.13, 07/2004.
 - « Mineurs délinquants : une problématique à dimension européenne », *Actes du colloque*, 15-16/05/2006, Ecole nationale d'Administration pénitentiaire, p.5, [en ligne] http://www.afmjf.fr/IMG/pdf/actes_coll_mineurs.pdf, consulté le 19/02/2015.

Enfant et dans la justice pénale internationale

- 102.AKAKPO L., « Procureur c. X : les enseignements à tirer de la poursuite des enfants soldats pour crime contre l'humanité », *RGD*, 2012, vol.42, n°1, pp.9-56.
- 103.ARZOUMANIA N. et PIZZUTELLI F., « Victimes et bourreau : questions de responsabilité liées à la problématique des enfants soldats en Afrique », *RICR*, vol.85, n°852, décembre 2003, pp.834-856.
- 104.« *Attention : Enfants-soldats !* », Amnesty international, Dossier pédagogique 2012, p.7, [en ligne] www.amnestyinternational.be/IMG/pdf/dossierenfantssoldats-2.pdf.
- 105.BLUNT E., « Paix fragile en Sierra Leone », *Le Monde Diplomatique*, 12/1999.
- 106.COTE L., « Justice pénale internationale : vers un resserrement des règles du jeu », *RICR*, 03/2006, n° 861, pp.51-63.
- 107.CRANE D., « Strike Terror NO More : Prosecuting the Use of Children in Times of Conflict – The West African Extreme », *International Criminal Accountability*, ARTS K. et POPVSKI V.(dir.), Hague Academic Press, Pays-Bas, 2006.

- 108.DE FROUVILLE O. et MARTELLY O., « La juridictionnalisation du droit des conflits armés : les tribunaux internationaux mixtes », in CHETAIL V. (dir.), *Permanence et mutations du droit des conflits armés*, , Bryulant, Bruxelles, 2013, Actes du colloque organisé à l'Université Lyon 3, 2-3/10/2008 ; [en ligne] www.frouville.org/Publications_files/Art-Lyon-mainDocFINAL-1.pdf, consulté le 10/01/16.
- 109.« Enfant-soldats », Croix-Rouge de Belgique, Communauté francophone, [en ligne] <http://www.croix-rouge.be/img/db/enfants-soldats-pdf>
- 110.GACHOUD R., « La guerre, un jeu d'enfants ? Enfants soldats : la problématique des filles », *AYIL*, vol.14, 2006.
- 111.GIBROMONT H., « La prise en compte des enfants-soldats par les juridictions pénales internationales et internationalisés », *CDIPH*, 25/06/2014, URL : <http://www.cdiph.ulaval.ca/blogue/la-prise-en-compte-des-enfants-soldats-par-les-juridictions-penales-internationales-et>, consulté 16/09/2015.
- 112.REIGER C., « Etude de cas de tribunaux hybrides : le processus relatif aux crimes grave au Timor-Leste en rétrospective », p. 23, [en ligne] <https://ictj.org/sites/default/files/ICTJ-TimorLeste-Tribunaux-Hybrides-2006-French.pdf>, consulté le 03/03/2014.
- 113.HAPPOLD M., « International Humanitarian Law, War Criminality and child Recruitment: The Special Court for Sierra Leone's Decision in *Prosecutor v. Samuel Hinga Norman* », *Leiden Journal of International law*, vol.18, pp.283-297
- 114.LAUCCI C., « Quoi de « spécial » au TSSL ? », *AYIL*, vol.14, 2006, spéc. p.40, [URL] lawlib.wlu.edu/CLJC/index.aspx?mainid=1067&issuedate=2008-03-21&homepage=no
- 115.« Le recrutement et l'utilisation d'enfants-soldats par les MAÏ MAÏ : une pratique profondément ancrée et persistante », Coalition pour mettre fin à l'utilisation d'enfants soldats, Fév. 2010, [en ligne] http://www.child-soldiers.org/francais_report_reader.php?id=313
- 116.MANIRAKIZA P., « Les enfant face au système international de justice : à la recherche d'un modèle de justice pénale internationale pour les délinquants mineurs », *Queen's L.J.*, 2009, p.722.
- 117.MAYSTRE M. et WERNER A., « Un modèle de tribunal « internationalisé » : analyse du et perspectives sur le TSSL », *Droit international pénal*, KOLB R. (dir.), Bruylant, Bruxelles, 2008, p.403.

- 118.PAZARTZSIS P., « Tribunaux pénaux internationalisés : Une nouvelle approche de la justice pénale (inter)nationale, *AFDI*, vol.49, n°1, 2003, pp.641-661.
- 119.PERRIELLO T. et. WIERDA M., « Le Tribunal spécial pour la Sierra-léone sur la sellette », *ICTJ*, 05/03/2005, p.14, URL : <https://www.ictj.org/sites/default/files/ICTJ-SierraLeone-Tribunaux-Hybrides-2006-French.pdf>, consulté le 11/02/2016.
- 120.TOURNIER M., « l'enfant soldat dans l'histoire », Bulletin n°8, 01/2004, Amnesty Internationale/Section française, Commission enfants.
- 121.WANE BAMEME B., « La question de juridictions congolaises compétentes en matière de crimes contre la paix et la sécurité de l'Humanité », *Cahiers africains des droits de l'Homme et de la démocratie*, 21^{ème} année, n°57, V.1, Oct. 2017, Kinshasa, pp.55-83.

Justice négociée, réparatrice ou restaurative

- 122.BLANC A., « La justice pénale entre nouvelle démocratie judiciaire et nouveaux savoirs », *Droit et société*, 2013/1, n° 83, pp. 203-212
- 123.CABON M.S., « La particularité du déclenchement des poursuites pénales : le maintien du "verrou de Bercy" », *Revue de droit fiscal*, n° 46, 13/11/2014, 620, [en ligne] http://djce-bordeaux.fr/wp-content/uploads/2014/11/Le_particularisme_du_d%C3%A9clenchement_des_pours.pdf, consulté le 21/01/2016.
- 124.CARIO R.,
 - « La victime : définition(s) et enjeux », In *Œuvre de justice et victimes*, L'Harmattan, vol.1, Paris, 2001, pp.11-26.
 - « La justice restaurative : vers un nouveau modèle de justice pénale ? », *AJ pénal*, 2007-9, pp.372- 375.
- 125.CHALUS D., « La dialectique aveu – droit au silence dans la manifestation de la vérité judiciaire en droit pénal comparé », *RJT*, 321, (2009)43, pp.322-362.
- 126.CHARBONNEAU S. & BELIVEAU D., « Un exemple de justice réparatrice au Québec : la médiation et les organismes de justice alternative », *Criminologie*, vol. 32, n° 1, 1999, pp.57-77.
- 127.CHICHOYAN D., « Médiation pénale et médiation réparatrice », *Postal Memorialis. Lexique du droit pénal et des lois spéciales*, Kluwer, Waterloo, 2010.
- 128.DE FORMANOIR E., « L'extension de la transaction pénale par les lois des 14 avril et 11 juillet 2011 », *RDP*, 2012/3, pp. 245-276.
- 129.DE SMET B. « La valeur de l'aveu en matière pénale », *RDPC*, 1994, p.631 et svt.

- 130.« Dossier Médiation pénale », *Justine*, n°36, avril 2013, pp.11-15.
- 131.DUNKEL F., « La justice réparatrice en Allemagne », *Criminologie*, vol. 32, n° 1, 1999, pp.107-132, [en ligne], <http://id.erudit.org/iderudit/004718ar>, consulté le 18/10/2013.
- 132.DURKHEIM E., « Deux lois de l'évolution pénale », *L'année sociologique*, vol. 4, 1900, pp.65-95.
- 133.FERNANDEZ-BERTIER M., « Analyse critique du régime de la transaction pénale en droit belge », *Actualités de droit pénal*, C.U.P., vol. 168, Anthemis, Louvain-la-Neuve, 2011, pp. 203 et svt.
- 134.FERNANDEZ-BERTIER M. et LECOQ A., « L'extension de la transaction pénale en droit belge: une évolution en demi-teinte », *RDPE*, 2011/3, pp.219-238.
- 135.IBII OTTO, « Médiation et OHADA », *Revue de l'ERSUMA*, Sept 2014, N°4, Doctrine, [en ligne] sur <http://revue.ersuma.org/no-4-septembre-2014/doctrine/article/mediation-et-ohada>.
- 136.JACOBS A., « Le droit belge dans le concert européen de la justice négociée », *RIDP*, 2012/1, vol. 83, pp.43-88.
- 137.LAMMENS K., « La transaction élargie de l'article 216 bis du Code d'instruction criminelle en matière de fiscalité pénale - Théorie et pratique », *R.W.*, 2012-2013/32, pp. 1242-1253.
- 138.LAZERGES C.
 - « Essai de classification des procédures de médiation », *APC*, 1994, n°17, p. 17 ;
 - « Typologie des procédures de médiation pénale », *Mélanges A. Colomer*, Litec, pp.217
- 139.LUGENTZ F., « Actualités législatives - Transaction pénale : la circulaire commune n° 6/2012 (du 30 mai 2012) du ministre de la Justice et du collège des procureurs généraux près des cours d'appel relative à l'application de l'article 216bis du Code d'instruction criminelle », *RDPE*, 2012/3, pp.211-217.
- 140.MASSET A. & FORTHOMME M., « La transaction pénale de droit commun. La culture judiciaire belge garde-t-elle son âme? », *Justine*, n°33, 05/2012, pp.9-14.
- 141.MINCKE C., « La proximité dangereuse. Médiation pénale belge et proximité », *Droit et société*, 2006/2, n°63-64, pp. 459-487, [en ligne] <http://www.cairn.info/revue-droit-et-societe-2006-2-page-459.htm>
- 142.MUKADI BONYI, « De la valeur probante de l'aveu dans le procès pénal », *RJZ*, n°1 et 3, 1977, pp.50-65.

143. OTIS L. et ROUSSEAU-SAINE, « Le médiateur et les dilemmes éthiques : proposition d'un cadre de réflexion », Kluwer Arbitration, 2005, [en ligne] <http://louiseotis.com/wp-content/uploads/2015/08/Article-Kluwer.pdf>
144. PIN X., « La privatisation du procès pénal », *RSC*, 2002, 245.
145. PRADEL J.,
- « Le consensualisme en droit pénal comparé », *Bulletin de la Faculté de droit de Coimbra*, numéro spécial « estudo em Homenagem ao Prof. Doutor Edouardo Correia, 1988, pp.1-46.
 - « D'une loi avortée à un projet sur l'injonction pénale », *D.* 1995, chron. 23, p.171.
 - « Le plaider coupable. Confrontation des droits américain, italien et français », *RIDC*, 2005, pp.476-477.
146. ROBERT P., « le sentiment d'insécurité », in MUCCHELLI L. & ROBERT P., *Crime et sécurité : l'état du savoir*, La Découverte, 2002, pp.367-375.
147. SANCHEZ FERANADO C., « La justice réparatrice, la médiation pénale et leur implantation comme cas particuliers de transactions sociales », *Pensée plurielle*, 2009/1, n° 20, pp.51-62.
148. TALEB A., « Les procédures de *guilty plea* : plaider pour le développement des formes de justice "négociée" au sein des procédures pénales modernes. Étude de droit comparé des systèmes pénaux français et anglais », *RIDP*, 2012/1, vol. 83, pp.89-108.
149. TULKENS F.,
- « La justice négociée », *CRIDP*, n°37, 1995.
 - « Negotiated justice » in SPENCER J.R & DELMAS-MARTY M. (éd), *European criminal procedures*, Cambridge University Press, 2002, pp.664-668.
150. VANDERMEERSCH D., « L'extension du champ de la transaction pénale : une réforme qui suscite des questions », *JT.*, 2011/32, n° 6450, pp.669-672.

Droit communautaire et international (Applicabilité)

151. BRIBOSIA H., « Applicabilité directe et primauté des traités internationaux et du droit communautaire : réflexions générales sur le point de vue de l'ordre juridique belge », *RBDI*, 1996/1, pp.33-57.
152. BUREAU D., « De l'application directe en France de la Convention de New York du 26 janvier 1990 sur les droits de l'enfant », *RCDIP*, 2005, pp.679-681.
153. BURGORGUE-LARSEN L., « Le fait régional dans la juridictionnalisation du droit international », in *La juridictionnalisation du droit international*, Colloque de Lille de la

- SFDI, Pedone, Paris, 2003, [consultable en ligne sur] https://www.univ-paris1/fileadmin/IREDIES/Contributions_en_ligne/L._BURGORGUE-LARSEN/Lefaitregional-SFDI_1_.pdf .
- 154.FRANÇOIS L., « Le recours à une philosophie du droit dans la motivation de décisions juridictionnelles », *JT*, 2005, pp.261-266.
- 155.JAMART J.S., « Observations sur l'argumentation : la primauté du droit international », *RBDC*, 1999, pp.109-136.
- 156.KISS A-C., « Les actes du Comité des ministres du Conseil de l'Europe », *AFDI*, vol.6, n°1, 1960, pp.755-773.
- 157.LUZOLO BAMBI L., « Droit congolais, droits de l'Homme et engagements internationaux », OIF, Séminaire international sur la gestion de la transition en RD Congo, 04/2004, [en ligne] <http://democratie.francophonie.org/IMG/pdf/V.B.2.pdf>
- 158.OLINGA A., « Les emprunts normatifs de la commission africaine des droits de l'Homme et des peuples aux systèmes européen et interaméricain de garantie des droits de l'Homme », *RTDH*, n° 62/2005, pp.500-537.

Pluralisme juridique, Droits coutumiers africains

- 159.AKELE ADAU P., « Quel avenir pour le droit pénal en RDC », Actes des journées scientifiques de la Faculté du droit de l'UPC : « Le droit congolais face à son avenir », 25-27/05/2000, *Revue de la Faculté de Droit de l'UPC*, n° 2, Kinshasa, 2001, pp.96-117.
- 160.AKELE ADAU P. et SITA-AKELE M., « Le droit coutumier congolais », Actes des journées scientifiques de la Faculté du droit de l'UPC, *Op. cit.*, pp.146-160.
- 161.AXIONOV I.C & SVETCHNIKOVA L., « La théorie du droit coutumier dans la recherche : ethnologie, théorie du droit et histoire du droit », *Droit et cultures*, 50, 2005-2, URL : <http://droitcultures.revues.org/1060>.
- 162.BADINTER R. « L'universalisme des droits de l'Homme en danger », URL : <http://athensdialogues.chs.harvard.edu/cgi-bin/WebObjects/athensdialogues.woa/wa/dist?dis=41>, consulté le 01/02/2016.
- 163.BERMAN P.S., « Le nouveau pluralisme juridique », *RIDE*, 2013/1 (t. XXVII), pp.229-256, URL: <http://www.cairn.info/revueinternationale-de-droit-economique-2013-1-page-229.htm>
- 164.BECQUART L., « La démocratie n'est pas une invention européenne : les autres démocraties, in *Revue Et Alii*, 2014, [en ligne] <http://etaliippe.wixsite.com/etaliia-leas/la-democratie-nest-pas-une-invention-oc>, consulté le 16/02/2016.

- 165.BODEN D., « Le pluralisme juridique en droit international privé », *Archives de philosophie de Droit*, n°49, 2005, pp.275-316.
- 166.DIANGITUKWA FWELEY, « La lointaine origine de la gouvernance en Afrique : l'arbre à palabres », *Gouvernance*, n°1, vol.11, Été 2014, [en ligne] <http://www.revuegouvernance.ca/images/content/spring2007/fweley.pdf>
- 167.DURIEUX A., « Droit écrit et coutumier en Afrique centrale », Allocution présentée à la séance du 17/11/1969, Académie Royale des sciences d'outre-mer, Bruxelles,[URL] [http://www.kaowarsom.be/documents/MEMOIRES_VERHANDELINGEN/Sciences_morales_politique/Hum.Sc.\(NS\)_T.XXXVI,2_DURIEUX%20A._Droit%20%C3%A9crit%20et%20Droit%20coutumier%20en%20Afrique%20centrale_1970](http://www.kaowarsom.be/documents/MEMOIRES_VERHANDELINGEN/Sciences_morales_politique/Hum.Sc.(NS)_T.XXXVI,2_DURIEUX%20A._Droit%20%C3%A9crit%20et%20Droit%20coutumier%20en%20Afrique%20centrale_1970), consulté le 16/09/2015.
- 168.EBERHARD C., « Au-delà de l'universalisme et du relativisme : L'horizon d'un pluralisme responsable », *Anthropologie et Sociétés*, vol. 33, n° 3, 2009, pp.79-100, URL: <http://id.erudit.org/iderudit/039682ar>
- 169.HALPERIN J.L.,
 - « Le droit et ses Histoires », *Droit et société*, n° 75, 2010/2, pp. 295-313, [en ligne] <http://www.cairn.info/revue-droit-et-societe-2010-2-page-295.htm>.
 - « L'invention des normes : Histoire du droit et histoire des normes », Ecole française de Rome, Séminaire : « Que font les normes ? », en ligne sur <http://semefr.hypotheses.org/427> du 20/02/2015.
- 170.LEROY E.,
 - « Autonomie du droit, Hétéronomie de la juridicité : Généralité du phénomène et spécificités des ajustements », Allocution présentée lors du Séminaire international : « Le nuove ambizioni del sapere del giurista : l'antropologia giuridica e la tradutorologia giuridica », Rome, Académie nationale dei Lincei, 1213/03/08, <http://www.dhdi.free.fr/recherches/theoriedroit/articles/leroydroitjuridicite.pdf>, consulté le 09/02/2015.
 - « La face cachée du complexe normatif en Afrique noire francophone », in ROBERT P., SOUBIRAN-PAILLET F., VAN DE KERCHOVE M. (dir.), *Normes, normes juridiques, Normes pénales : Pour une sociologie des frontières*, T.1, CEE, L'Harmattan, Col. Logiques sociales, Série Déviance/GERN, Paris, 1997, pp.123-353.

- 171.LEVY-BRUHL H., « Introduction à l'étude du droit coutumier africain », *RIDC*, vol. 8, n°1, 1956, pp.67-77.
- 172.MAGNANT JP., « Le droit et la coutume dans l'Afrique contemporaine », *Revue internationale interdisciplinaire*, n°44, 2004, pp.167-192.
- 173.MAQUET J., « Droit coutumier traditionnel et colonial en Afrique centrale. Bibliographie commentée », *Journal de la Société des Africanistes*, 1965, T.35, fascicule 2, pp. 411-418, [URL] http://www.persee.fr/doc/jafr_0037-9166_1965_num_35_2_1472Spéc. 412, consulté le 16/10/2015.
- 174.PINTO M., « Légitimer la diversité » in *Revue d'études francophones sur l'Etat de droit et de démocratie*, 2008, n°1, pp.27-40.
- 175.VANDERLINDEN J., « Vers une nouvelle conception du pluralisme juridique », in Alain SERIAUX (dir.), « Le Droit face au pluralisme », *RRJ*, 1993-2, pp.573-583.

Autres thèmes

- 176.ADAM C. & DIGNEFFE F., « Le développement de la criminologie clinique à l'Ecole de Louvain : une clinique interdisciplinaire de l'humain », *Criminologie*, vol. 37, n°1, 2004, pp. 43-70, URL : <http://id.erudit.org/iderudit/008717ar>, consulté le 13/11/2014.
- 177.AZAMI S.M., « Le système constitutionnel de la République démocratique du Congo », *RIDC*, vol.22, n°2, juin-avril 1970, pp.325-340, [en ligne] http://www.persee.fr/doc/ridc_0035-3337_1970_num_22_2_15704
- 178.BOSLY H.G. & VANDERMEERSCH D., « la nouvelle loi belge sur la détention préventive (20/07/1990) », *RDPC*, 03/1991, n°3, pp.164 et svt.
179. CARIO R.,
 - « Contribution à la connaissance et à l'explication de la criminalité des femmes », *RIC*, 1987/3, pp.306-330.
 - « La résistance des femmes au crime. Aspects criminologiques », In *AJ pénal*, 2010-1, pp.13-16.
- 180.CERNOVICH S.A. et al., « Les types de délinquantes : une étude longitudinale des causes et des conséquences », *Criminologie*, vol. 38, n° 1, 2005, pp.103-138.
- 181.CLOSSET-MARCHAL G., « Vers une reconnaissance jurisprudentielle de l'action d'intérêt collectif », *JT*, 1999, p.441.
- 182.COLLETTE-CARRIERE R. & LANGELIER-BIRON L., « Du côté des filles et des femmes, leur délinquance, leur criminalité », *Criminologie*, vol. 16, n° 2, 1983, pp. 27-45, URI: <http://id.erudit.org/iderudit/017179ar>, consulté le 18/11/2013.

- 183.DEJEMEPPE, « la loi du 20/07/1990 relative à la détention préventive », *T.T*, 13/10/1990, n°5561, pp.581-582.
- 184.DI VITTORIO P., « De la psychiatrie à la biopolitique, ou la naissance de l'état bio-sécuritaire », in BEAULIEU A. (dir.), *Michel Foucault et le contrôle social*, Presses de l'Université Laval, Saint Nicolas, 2005.
- 185.DU JARDIN J., « Belgique, les principes de procédure pénale et leur application dans les procédures disciplinaires », *RIDP*, 3/2003, vol. 74, pp. 801-820, [en ligne] <http://www.cairn.info/revue-internationale-de-droit-penal-2003-3-page-801.htm>.
- 186.FATTAH E.A., « La victimologie : entre les critiques épistémologiques et les attaques idéologiques », *Déviance et société*, vol. 5, n°1, 1981, pp.71-92.
- 187.FIERENS J. et LAMBERT M., « De l'inutilité de la répression de la mendicité : aspects historiques et juridiques », *Pauvreté*, n°5, Sept 2014, [en ligne] http://www.fblp.be/IMG/pdf/pauve_rite_05-web.pdf, consulté le 25/11/2015.
- 188.GALLAND O., « Jeunes, pauvreté et exclusion en France », Cahier 4, pp. 319 - 366, Travaux de l'Observatoire nationale de la pauvreté et de l'exclusion sociale, [en ligne] http://www.onpes.gouv.fr/IMG/pdf/Travaux2000_4-jeunes_pauvrete-Galland.pdf.
- 189.GARAPON A., « La responsabilisation », *Droit et cultures*, 1996, 31/1, pp.119- svt.
- 190.GARAPON A. et PAPADOPOULOS I., *Juger en Amérique et en France*, Odile Jacob, Paris, 2003.
- 191.HAGAN J. et MCCARTY B., « La théorie du capital et le renouveau du paradigme des tensions et des opportunités en criminologie sociologique », *Sociologie et sociétés*, vol. 30, n° 1, 1998, pp.145-158.
- 192.JALUZOT B., « Méthodologie du droit comparé : bilan et prospective », *RIDC*, 2005, vol.57, n°1, pp.29-48, [en ligne] http://www.persee.fr/doc/ridc_0035-3337_2005_num_57_1_19332.
- 193.JEANNE N., « Police et CPS : de quelques paradoxes résultant de la séparation des autorités répressives », *APC*, 2011/1, n° 33, pp.133-161
- 194.JUDSON RICHARDS P., «*The Christian Origins of the Law*», The Claremont Inst., Feb. 13, 2006, consulté le 11/09/2013. URL: <http://www.claremont.org/writings/021606richards.html>
195. KALUSZYNSKI M., « La récidive, une mise à l'épreuve de la République », In ALLINE JP & SOULA M., *Op.cit.*, pp.141-154.
196. KASONGO LUKOJI G., « La loi sur les violences sexuelles, 3 ans après : un géant aux pieds d'argile » in *Rapport annuel de l'ONG/AHD*, Kinshasa, 2009, pp.8-20.

197. KAZEMIAN L., « Etat et administration : exemple des Etats-Unis », In MBANZOULOU P. & DIEU F. (dir.), *Administration pénitentiaire et Justice*, L'Harmattan, 2013.
198. KIENGE KIENGE I., « Le droit pénal particulier entre nécessité de sécurité juridique et renforcement de l'autorité de l'Etat », In AKELE A., *Op. cit.*, pp.321-332.
199. KITTS A., « Mendicité, vagabondage et contrôle social du moyen âge au XIX^{ème} siècle : état des recherches », *Revue d'histoire de la protection sociale*, 2008/1, n°1, pp. 37-56, [en ligne] <http://www.cairn.info/revue-d-histoire-de-la-protection-sociale-2008-1-page-37.htm>
- 200.KOURILSKY-AUGEVEN C., « Faute et sanction dans la conscience juridique en France et en Russie », *Cahier de L'Institut d'Anthropologie juridique*, n°6, La culpabilité, PU Limoges, 2001, pp.113-125.
- 201.KUMBU KI NGIMBI J.M., « Le silence coupable », *Afrique d'espérance*, Kinshasa, n° 1&2, oct. 2002-janv. 2003 & février-mai 2003.
- 202.« La réponse pénale à l'usage des stupéfiants », *Tendance n°72, Observatoire français des Drogues et des toxicomanies*, Nov. 2010.
- 203.LAURO A., « Maintenir l'ordre dans la colonie-modèle. Note sur les désordres urbains et la police des frontières raciales au Congo-belge (1918-1945) », *Crime, Histoire & Sociétés*, vol.15, n°2, 2011, pp.97-121 [en ligne] <http://chs.revues.org/1292> consulté le 11/02/2016.
- 204.LANGUIN N. et al., « Les représentations sociales de la justice pénale : une trilogie », *Déviance et Société*, 2004/2, Vol. 28, p. 159-178, [en ligne] <http://www.cairn.info/revue-deviance-et-societe-2004-2-page-159.htm>
- 205.LEWALLE P., « La justice administrative en Europe : le droit belge », 25/08/2009, [en ligne] http://www.aca-europe.eu/fr/eurtour/i/countries/belgium/belgium_fr.pdf
- 206.MARIE-SCWARTZENGERG N., « Le parquet et la prokuratura dans une optique de droit comparé », *RIDP*, 2008/1, Vol. 79, pp.239-249.
- 207.MARTENS T., « Vers quelle action d'intérêt collectif ? », *JLMB*, 2014, pp. 356-363.
- 208.MATHIEU G., « Problèmes et méthodologie du plan », *RRJ*, 1996/4, pp.1201-1206.
- 209.MAYEMBE SANGALA I., « Le sens de la peine pour la société et pour l'individu », *RCN/ Justice et démocratie*, Bulletin n°40, 4^{ème} trimestre 2012, Bruxelles, pp.22-24.
- 210.MBONGO P., « Justice et politique : nouvelles réflexions sur le statut du parquet », *Gaz. Pal.*, 2004, p.2.

- 211.MENDELSON B., « La victimologie et les besoins de la société actuelle », *RICPT*, 1973, pp.267-276.
- 212.MELMOTH S., « La RDC : décentralisation et sortie de conflit », *Afrique contemporaine*, 1/207, n°221, pp 75-85.
- 213.MUCCHIELLI L., « L'impossible constitution d'une discipline criminologique en France : cadres institutionnels, enjeux normatifs et développements de la recherche des années 1880 à nos jours », *Criminologie*, vol.37, n°1, 2004, pp.13-42, URL : <http://id.erudit.org/iderudit/008716ar>, consulté le 04/04/2014.
- 214.NENGOWE AMUNDALA J., « Guide pratique de la détention en RD Congo : Procédure près les juridictions de droit commun et la Cour pénale internationale », [en ligne] <http://lipadhoj.org/wp-content/uploads/2016/10/EXTRAIT-Guide-pratique-de-la-d%C3%A9tention-en-RD-Congo.pdf>
- 215.PAQUES M. & DONNAY L., « Juridiction ordinaire et juridiction administrative en droit belge », Actes du colloque : « La justice administrative dans les pays du Maghreb – La réception des modèles européens », 02-04/11/2006, Faculté de Droit et des Sciences économiques et politiques de l'Université de Sousse, [en ligne] <https://orbi.ulg.ac.be/bitstream/2268/9929/1/Juridiction%20ordinaire%20et%20juridiction%20administrative%20en%20droit%20belge.pdf>
- 216.PELISSE J., « Judicialisation ou juridicisation ? Usages et réappropriations du droit dans les conflits du travail », *Politix*, 2009/2, n° 86, pp.73-96.
- 217.PIRES A., « Kant face à la justice criminelle », In DEBUYST C., DIGNEFFE F., et al., *Histoire des savoirs sur le crime et la peine*, T.II : La rationalité pénale et la naissance de la criminologie, PU Montréal & De Boeck Université, 1998, pp.145-205, spéc. pp.157-161.
- 218.PONTHOREAU M-C., « Le droit comparé en questions (s) : entre pragmatisme et outil épistémologique », *RIDC*, 2005, vol.57, n°1, pp.8-27
- 219.« Pour un parquet indépendant », *Revue de l'Union syndicale des magistrats*, n° 390, sept. 2010.
- 220.PUSSEMIER M.L., « La répression de la mendicité et du vagabondage d'après la loi belge du 27/11/1891 », Congrès Société d'économie sociale et des unions de la paix sociale, Paris, 1894, [en ligne] <http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k5854003s/f3.item.zoom> , consulté le 24/09/2015.
- 221.SAND E.A., « Développement des relations sociales de l'enfant » in MANCIAUX M., LEOVICI S. et al., *L'enfant et sa santé*, Doin, Paris, 1987, pp.297-316.

- 222.SALVAGE P., « Les infractions commises au sein d'un groupe informel : l'établissement des responsabilités et la méthode du droit », *Dr. pénal.*, 05/2005.
- 223.SCHNAPPER B., « La récidive, une obsession créatrice au XIX^{ème} siècle », in XXI^{ème} Congrès de l'Association Française de Criminologie : le récidivisme, Poitiers 7-9 octobre 1982, Paris, P.U.F., 1983, pp.25-64.
- 224.TERRE D., « Jean Carbonnier et la procédure pénale », *L'année sociologique*, 2007/2, vol. 57, pp.455-470.
- 225.TREFON T., « Les obstacles administratifs à la réforme en République démocratique du Congo », *Revue Internationale des Sciences Administratives*, 2010/4, Vol. 76, pp.735-755, [en ligne], <http://www.cairn.info/revue-internationale-des-sciences-administratives-2010-4-page-735.htm>
- 226.TREMBLAY P. et PARE P.P., « La "vida loca" : délinquance et destinée », *Criminologie*, vol. 35, n° 1, 2002, pp. 25-52, [en ligne] <http://id.erudit.org/iderudit/027512ar> , consulté le 18/11/2013.
- 227.TULKENS F. et VAN KERCHOVE M., « La nature et les contours de la peine. Regards croisés sur la jurisprudence interne et internationale », in *Une criminologie de la tradition à l'innovation*. En hommage à Georges KELLENS, Larcier, Bruxelles, 2006, pp.453-474
- 228.VAN DEN BOGAARD C., « Victimes, Introduction », in *Passes murailles, Victimes*, Publication GENEPI, mars/avril 2008.
- 229.VAN KERCHOVE M.,
- « La motivation des peines et la pluralité de leurs objectifs », *RDPC*, 2006, pp.1052-1065.
 - « Le sens de la peine dans la jurisprudence de la Cour constitutionnelle [belge]», *RDPC*, 2008, pp.954-985.
 - « Le sens de la peine dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel français », *RDPC*, 2008, pp.805-824.
 - « Le sens de la peine dans la jurisprudence de la Cour suprême des États-Unis », *RIEJ*, n° 61, 2008, pp.1-49.
- 230.VERDUSSEN M., « Le statut constitutionnel du ministère public », Le ministère public ou les mystères de la grande pyramide, Actes du colloque organisé par l'Association syndicale des magistrats le 14/12/1996 à Louvain-la-Neuve, *Revue Juger*, 1997, n° 11-12-13, spéc. pp.10-17.
- 231.WACQUANT L., « La tornade sécuritaire mondiale : néolibéralisme et châiment à l'aube du XXe siècle », *Mouvements*, 2010/3, n° 63, pp. 137-154.

V. THESES, MEMOIRES ET RAPPORTS DE RECHERCHE

1. ARCAUTE-DESCAZEUX M.J, *L'aveu. Essai d'une contribution à la justice négociée*, Thèse, Toulouse I, 1998.
2. FAUQUEUX-MORET A.C, « *L'âge de la responsabilité pénale en Suisse : pourquoi dix ans ? Quelques pistes de compréhension à la lumière de l'histoire* », Mémoire de Master interdisciplinaire en droits de l'enfant, Institut universitaire KURT BOSCH, 2012-2013.
3. GASSAMA Y., « Les caractéristiques de la déviance des adolescentes judiciairisées à Dakar (Sénégal) en comparaison aux adolescentes judiciairisées de Montréal (Canada), Mémoire de Master, Université de Montréal/École de Psychoéducation, 2009, p.17.
4. KASONGO LUKOJI G.,
 - « *Cadre social comme facteur criminogène de la délinquance juvénile : cas du camps militaire Lieutenant-colonel KOKOLO* », Travail de fin de cycle, UPC/Droit privé, 2005-2006, AKELE ADAU (dir.).
 - « *De la répression des violences sexuelles en droit pénaux français et congolais* », Rapport de recherche de M1, AMU/ Droit privé et sc. Criminelles, 2010-2011, VIRIOT-BARRIAL D.(dir.).
 - « *Existe-t-il un droit fondamental de l'enfant au respect de son intérêt supérieur ? Etude comparée des droits anglais, belge et français* », Mémoire de Master 2, DPA/Droits Fondamentaux, AMU, 2012-2013, SCOFFONI G. et BONFILS P.(dir.)
 - « *La responsabilité du commandant et du supérieur hiérarchique, une irresponsabilité empêchée ou une responsabilité en péché* », Séminaire de DIP, AMU, M2/Droits fondamentaux, 2012-2013.
5. KAZADI MPIANA J., *La position du droit international dans l'ordre juridique congolais et l'application de ses normes*, Thèse, Rome, 2012.
6. LAROSA A., « *La protection de l'enfant en droit international pénal : Etat de lieux* », Mémoire de Master 2/Droit international, Lille 2, 2003-2004, LAVENUE (dir.).
7. LAZAAR S., *La responsabilité pénale des mineurs délinquants : Une étude de droit pénal comparé France-Maroc*, Thèse, Aix-Marseille, 2014.
8. LEGROS R., « *L'élément moral dans les infractions* », Thèse d'agrégation, Desoer-Sirey, Liège-Paris, 1952.
9. LE ROY J., *La Constitution de partie civile à fins vindicatives Défense et illustration de l'article 2 du CPP*, Thèse, Paris XII, 1990.

10. MAKAYA KIELA S., *Le droit à réparation des victimes des crimes internationaux, condition de justice efficiente : L'exemple de la RD Congo*, Thèse, Aix-Marseille, 2014.
11. MARGAINE C., *La capacité pénale*, Thèse, Bordeaux IV, 2011.
12. MAKIESE NDOMA F., *Dynamique du marché du travail congolais en environnement de crise : Une approche par l'informalité d'emplois segmentée*, Thèse, Aix-Marseille, Faculté d'économie, 2017.
13. M'BEDIOBET MABALA P.M., *L'âge en droit privé*, Thèse, Aix-Marseille, 2016.
14. METTETAL A., *De la spécificité du procès pénal des mineurs*, Thèse, Montpellier 1, T.1, 2003.
15. MICHEL O., *L'autonomie du droit pénal des mineurs*, Thèse, Aix-Marseille, 1999.
16. MILHAUD O., *Séparer et punir. Les prisons françaises : mise à distance et punition par l'espace*, Thèse, Bordeaux 3, Faculté de géographie, 2009.
17. NGOY T., *Contribution à la systématisation du droit congolais de la preuve pénale*, Thèse, Unikin, 2012.
18. ON M., *Essai sur la notion du discernement en droit pénal. Contribution à l'étude de l'élément moral de la responsabilité pénale*, Thèse, Montpellier 1, 2009.
19. PANDELON G., *La question de l'aveu en matière pénale*, Thèse, Aix-Marseille, 2012.
20. PERRODET A., *Etude comparée des ministères publics anglais et gallois, écossais, français et italien*, Thèse, Paris 1, 1997.
21. PETEREAU-MIAHRACH V., *Le discernement du mineur. Etude de droit civil et de droit pénal*, Thèse, Poitiers, 2004.
22. PETITPERMON F., *Le discernement en droit pénal*, Thèse Paris II, LGDJ, Paris, 2017.
23. SEGAUD J., *Essai sur l'action publique*, Thèse, Reims Champagne-Ardenne, 2010.
24. SITA AKELE M., *Le droit pénal de la famille. Essai d'analyse systémique et axiologique*, Thèse, Aix-Marseille, 2001.
25. TADROUS S., *La place de la victime dans le procès pénal*, Thèse, Montpellier 1, 2014.
26. TASOKI MANZELE J.M., *L'enquête des juridictions internationales*, Thèse, Paris 1, 2011.
27. WANE BAMEME B., *La responsabilité pénale pour crime de guerre. Etude comparée des droits français et congolais*, Thèse, Aix-Marseille, 2012.
28. WURTZ K., *L'apport des théories morales de la responsabilité pour penser l'imputabilité des crimes de guerre*, Thèse, Montréal/Paris 1, Faculté de Philosophie, 2010.

29. ZEROUKI D., *La légalité criminelle, enrichissement de la conception formelle par une conception matérielle*, Thèse, Lyon 3, 2001.

VI. ACTES DES COLLOQUES, RAPPORTS, SEMINAIRES ET AUTRES

1. « Analyse du cadre légal et réglementaire des associations en RDC », WELL GROUNDED, 06/2013, [en ligne] http://well-grounded.org/sites/default/files/wgdrc_study_online_0.pfd, consulté le 30/04/2016.
2. Avocat sans frontières
 - « Etude de jurisprudence en matière des violences sexuelles en droit [congolais] commun », 05/2012, [en ligne] http://www.asf.be/wp-content/uploads/2015/10/ASF_RDC_BanalisationViol_EtudeJurisprudence_2012.pdf
 - « Pourquoi déténir ? : réalités de la détention des personnes en RDC », Déc 2015, [en ligne] http://www.asf.be/wp-content/uploads/2016/03/ASFRDCPourQuoiD%C3%A9ténir_201512_FR.pdf
3. Commission permanente de réforme du droit zaïrois, Doc. N°5/CMS/0015/77.
4. « Commission Philips »: Royal Commission on Criminal Procedure, Report Cmnd 8092, London, HMSO, 1981.
5. « Commission Runciman » : Royal Commission on Criminal Justice (RCCJ), Report Cm 2263, London, HMSO, 1993.
6. « De la justice des mineurs. Redonner sa spécificité à la justice des mineurs », Clubs Droit, Justice et Sécurité, 10/05/2011.
7. Doc. Parl.[be],
 - Sénat, sess. 1982-83, n° 381/1
 - sess. 2004-2005, n° 51 -1467/001
 - Ch., 2004-2005, 51-1562/001
 - sess. 2010-2011, n° 53-1208/007
 - Sénat, ses. 2010-2011, n° 5-869/4.
8. « Des réponses claires face à la délinquance des mineures », Actes du colloque organisé à Bruxelles par le MR en Mai 2005, [en ligne] www.mr-chambre.be/.../DELINQUANCE%20JUVENI...
9. « Etat des lieux sur la justice des mineurs en Europe », Europe Ecologie Les Vert, Commission Justice, Journées d'été, Aout 2011, [en ligne] <http://justice.eelv.fr/etat-des-lieux-sur-la-justice-des-mineurs-en-europe/>, consulté le 13/12/2014.

10. « Etat des lieux de la situation des prisons dans la province du Kasai en RDC : Résultats d'enquête menée de septembre 2012 à juin 2013 dans les villes de Mbuji-mayi et Mwene Ditu », Centre d'études et de formation populaire pour les droits de l'Homme, juin 2013, [en ligne] <http://cefopdh.org/wp-content/uploads/2013/07/Etat-des-lieux-de-la-situation-des-prisons-dans-la-Province-du-Kasa%C3%AF-Oriental-en-R%C3%A9publique-D%C3%A9mocratique-du-Congo.pdf>
11. « Etats généraux de la justice », Ministère de la justice et droits humains/RD Congo, Kinshasa, 27/04-02/05/2015.
12. GRASSY L., HUET N. et COLIN G., *Guide sur les garanties judiciaires de l'inculpé détenu*, Fédération internationale de l'Action des chrétiens pour l'absolution de la torture (FIACAT), 03/2016.
13. « Jeunes délinquants : mesures sociales, éducation et réadaptation », Rapport de la Commission des questions sociales, de la santé et de la famille, Parlement européen, Doc. 12523, 18/02/2011.
14. « Journée mondiale contre l'utilisation d'enfants soldats en République Démocratique du Congo (RDC) », [en ligne] http://www.child-soldiers.org/francais_news_reader.php?id=808, publié le 12/02/2016, consulté le 23/02/2016.
15. LACHAT M.(dir.), *Séminaire de formation en justice des mineurs pour magistrats et autres acteurs en justice juvénile de l'Afrique francophone* (Ouagadougou) Working Report, 1-2005.
16. La documentation française
 - Rapport LAZERGES (1988);
 - Rapport BENISTI (2004, 2011);
 - Rapport VARINARD (2008);
 - Rapport GUINCHARD (2008) : « L'ambition raisonnée d'une justice apaisée » ;
 - Rapport LEGER (2008) : « Comité de réflexion sur la justice pénale » ;
 - Rapport BOCKEL (2010);
 - Rapport de la mission parlementaire sur l'accouchement dans le secret (12/12/2010) ;
 - Discussion en séance publique du 31 juillet et 01 août 2002, Assemblée nationale ;
 - « Synthèse des travaux du Cycle de réunions sur la délinquance des mineurs sous la présidence du garde des Sceaux », 2000 ;
 - « La délinquance des mineurs et les violences », In « Jeunesse, violences et société », *Regards sur l'actualité*, n°243, juillet-août 1998.

17. « La protection et la réparation en faveur des victimes des violences sexuelles et basées sur le genre en droit congolais : Etat de lieux et perceptions de réforme », Accord, juillet 2010, pp.10-12.
18. « *L'enfance, l'éducation et la déviance en Afrique* », Actes du colloque international de Kinshasa, *Les Cahiers de recherches criminologiques*, n°10, Montréal, 1988, pp.16-41.
19. « Le cannabis : cause ou conséquence d'une démotivation scolaire ? », Union francophone des associations de parents de l'enseignement catholique, Septembre 2016, p.12, [en ligne] <http://www.ufapec.be/files/files/analyses/2016/1716-Cannabis.pdf> , consulté le 10/02/2017.
20. « Le recrutement et l'utilisation d'enfants-soldats par les MAÏ-MAÏ : une pratique profondément ancrée et persistante », Coalition pour mettre fin à l'utilisation d'enfants soldats, Fév. 2010, pp.1-4, 12-13 [en ligne] http://www.child-soldiers.org/francais_report_reader.php?id=313.
21. « Manuel sur les programmes de justice réparatrice », Office des NU contre la drogue et le crime (ONUDC), United Nations publication, New-York, 2008, p.5, [en ligne], https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/Programme_justice_reparatrice.pdf, consulté le 10/12/2015.
22. MBONGO P. (dir), « Le droit américain dans la pensée juridique française contemporaine. Entre américanophobie et américanophilie », Document de synthèse, Mission de recherche Droit et Justice, 2013« *Mineurs délinquants : une problématique à dimension européenne* », Actes du colloque, 15-16/05/2006, Ecole nationale d'Administration pénitentiaire, [en ligne] http://www.afmjf.fr/IMG/pdf/actes_coll_mineurs.pdf
23. Ministère de la Justice/Service des affaires européennes et internationales, Juriscope
 - « Traitement de la récidive et peines minimales », 10/07/2007 ;
 - « Inventaire des dispositifs et des procédures favorisant les rencontres entre les victimes et les auteurs dans le cadre de la mise en œuvre de la justice restaurative : Cas de la Belgique », 05/06/2008 ;
 - « Analyse des législations en matière de justice des mineurs : Cas de la Belgique », 10/04/2009 ;
 - « Le système judiciaire allemand », 21/02/2014, [en ligne sur] http://www.ca-angers.justice.fr/art_pix/1_1_1_fp_sj_allemande.pdf

24. « Mesurer la récidive : Contribution à la conférence de consensus de prévention de la récidive », Ministère de la Justice [be], Secrétariat général, Service support et moyens, Sous-direction de la Statistique et des Études, 2013.
25. MEYER A. (dir.), *Etude sur l'aide légale en RDC*, ASF/Programme d'Appui à la Réforme de la Justice de l'Union européenne pour la RDC, Kinshasa, 2014.
26. NORMANDEU A., MUNGAL A., KABUNDI M., (dir.), *L'enfance, l'éducation et la déviance en Afrique*, Actes du colloque international de Kinshasa, 12/1986, Les Cahiers de recherches criminologiques, n°10, Montréal, 1988.
27. Observation générale n°8(16), 30/06/1982, [Doc. O.N.U., CCPR/C/21/Rev. 1]
28. « Opération LIKOFI : meurtres et disparitions forcées aux mains de la police à Kinshasa, RDC », Human Rights Watch, 01/11/2014 [en ligne] http://www.hrw.org/sites/default/files/reports/drc1114fr_ForUpload_1_2.pdf, consulté le 06/05/2016.
29. « Opération mbata ya bakolo » menée à Brazzaville : Rapport d'Amnesty International 2015, en (ligne) <https://www.amnesty.org/download/Documents/AFR2219512015FRENCH.pdf>
30. Rapport de la Commission Justice pénale et droits de l'Homme, « La mise en état des affaires pénales », 1991.
31. Rapport du Rapporteur spécial sur l'indépendance des juges et des avocats, Conseil de droit de l'Homme, <http://www2.ohchr.org/french/issues/judiciary/>
32. ROBERT L. & MINE B. (dir.), *Rapport national sur la récidive en Belgique*, Institut National de criminalistique et de criminologie, Bruxelles, 10/06/2015
33. Rapport du Comité préparatoire pour la création d'une cour criminelle internationale, AG/N.U, 53e sess., Doc. N.U A/CONF183/2/Add 1 (1998), p. 53 ;
34. Rapport du Groupe de travail de la Commission de droits de l'Homme des Nations Unies [Résolution 1235-XLII, 06/06/1967, <http://www.ohchr.org/Documents/Publications/FactSheet26fr.pdf>]
35. Rapport de l'expert indépendant chargé de l'Etude des Nations Unies sur la Violence à l'égard des enfants (A/61/299, 21/07/2006).
36. *Rapports du Secrétaire général sur les enfants et le conflit armé en République démocratique du Congo*, UN Docs. A/65/219 (2010), §.8, A/63/785-S/2009/158, 26/03/2009 ; S/2008/693, 10/11/2008 ; A/62/609-S/2007/757, 21/12/2007 ; A/61/529-S/2006/826, 26/10/2006 ; A/59/695-S/2005/72, 09/02/2005 ; A/58/546-S/2003/1053, 10/11/2003.

37. Rapport initial [Distr.GÉNÉRALE CRC/C/3/Add.57 /08.08.2000] présenté par la RD Congo en application de l'article 44 de la CIDE, Comité des droits de l'enfant.
38. « Rapport sur les violations des droits de l'Homme constatées dans les prisons et cachots à Kinshasa », Coalition des Volontaires pour la Paix et le Développement (CVPD ASBL), 15/03/2014.
39. Rapport Mapping des Nations Unies sur les graves violations des droits de l'Homme commises en RDC entre 1993 et 2003, Août 2010, [en ligne] http://www.ohchr.org/Documents/Countries/ZR/DRC_MAPPING_REPORT_FINAL_FR.pdf.
40. « RDC : Ensemble contre la détention préventive abusive », FIACAT, 02/2016, <http://www.fiacat.org/rdc-ensemble-contre-la-detention-preventive-abusive>.
41. « Recommandations pour une Cour spécialisée mixte indépendante et efficace en RDC », FIDH-ASADHO-GL-LE, Août 2011.
42. Résolutions des Congrès de l'AIDP (1926-2004), ERES, n°20, 2009, Toulouse, 205-208.

VII. COURS

1. BAGUENARD J., *Cours de droit constitutionnel*, 2009, L1, Document audio ;
2. BONFILS P., *Cours de Droit pénal des mineurs*, AMU, Master 1/Droit privé et sciences criminelles, 2010-2011.
3. COUPEY G., *Cours d'Introduction au droit pénal des mineurs*, DIU/Psychiatrie criminelle et médicolégale, Université de Poitiers, 2003-2004, [en ligne] <http://senon.pagesperso-orange.fr/3cycle/diupcml.htm>
4. GIACOPPELI M., *Cours de Pénologie*, AMU/ISPEC, 2^{ème} année, 2014-2015.
5. LEYDIER L., *Cours de Droit pénal des mineurs*, DU/ISPEC, AMU, 2012-2013.
6. MATHIEU G., *Cours de Droit pénal spécial*, DU/ISPEC, AMU, 2012-2013.
7. NGANBDA te BOYIKO, *Cours d'évolution de droit pénal*, G3 Droit/UPC, 2004-2015.
8. WANE BAMEME B.,
 - *Cours de Procédure pénale*, Université Catholique du Congo (UCC), G2 Droit, 2016-2017.
 - *Cours de Droit pénal général*, Université Catholique du Congo (UCC) et Université Libre de Kinshasa (ULK), G2Droit, 2016-2017.
9. WEYEMBERGH A., *Cours de Droit pénal spécial*, Master 1/Droit pénal, ULB, 2013-2014.

10. XAVIER P., *Cours de Droit international pénal*, M1/Faculté de droit et de science politique, AMU, 2010-2011.

VIII. ARTICLES DE PRESSE ET REPORTAGES

1. BADINTER R., « Réforme pénale : un bon texte inachevé », *Libération*, 30/04/2014.
2. « Délinquance juvénile à Bruxelles : des chiffres et un constat », *RTBF*, 03/07/2015, [en ligne] https://www.rtb.be/info/societe/detail_delinquance-juvenile-a-bruxelles-des-chiffres-et-un-constat?id=9023190
3. GALY M., « Libéria, une guerre oubliée », *Le Monde Diplomatique*, 09/1994.
4. KIBANGULA T., « RDC : gangs of Kinshasa, la loi des kuluna », *Jeune Afrique*, 29/11/2013 [en ligne] www.jeuneafrique.com/138310/societe/rdc-gangs-of-kinshasa/ consulté le 03/05/2016.
5. « Kinshasa : "Supu na tolo", une liqueur locale qui fait rage dans la capitale », *Radio okapi*, 07/08/2015, [en ligne] <http://www.radiookapi.net/sans-categorie/2009/01/27/kinshasa-supu-na-tolo-une-liqueur-locale-qui-fait-rage-dans-la-capitale> consulté le 06/05/2016
6. « Kuluna : les gangs de Kinshasa et la peur de la prison », Reportage TV5 [en ligne] <http://media4.tv5mondeplus.com/video> 11/10/2012.
7. LAMBE L., « Soupou na tolo, l'alcool qui rend les jeunes violents », *Journal Mongongo*, n°25, 15/09/2010, p.1 [en ligne] http://www.stanleyville.be/documents/Journal_Ecole_Mongongo_25.pdf
8. « Les enfants en conflits avec la loi de devraient pas être privés de liberté : RDC », *Radio okapi*, 11/06/2015, [en ligne] <http://www.radiookapi.net/actualite/2015/06/11/rdc-les-enfants-en-conflit-avec-la-loi-ne-devraient-pas-etre-privés-de-libertes>, consulté le 10/05/2016.
9. « Les juges formés à privilégier le placement de l'enfant en famille, non en détention », *Forum des As*, 10/06/2015, [en ligne] <http://www.forumdesas.org/spip.php?article4410>, consulté le 10/05/2016.
10. « Les mineurs récidivistes », *Le figaro*, 15/11/2013 ; [en ligne] <http://www.lefigaro.fr/actualite-france/2013/11/15/01016-20131115ARTFIG00578-delinquance-les-mineurs-recidivent-plus-que-les-majeurs.php>, consulté le 10/03/2015.

11. «Les vols à l'arraché à Marseille », Envoyé Spécial du 05/09/2012 , [en ligne] <http://www.leblogtvnews.com/article-envoye-special-le-20-septembre-les-vols-a-l-arrache-a-marseille-109614824.html>
12. « L'inquiétante impunité des mineurs récidivistes », *Le point*, publié le 04/04/2014, [en ligne] http://www.lepoint.fr/societe/l-inquietante-impunite-des-mineurs-recidivistes-04-04-2014-1808983_23.php consulté le 10/03/2015.
13. MUYAR & BUBAYA J.C., « Le Supu na tolo de Goma fait rage dans le Nord-Kivu, *Journal Objectif*, 06/06/2015, [en ligne] ; <http://lobjectif.net/le-supu-na-tolo-de-goma-fait-rage-dans-le-nord-kivu/>
14. « RDC : les kuluna, gangs de jeunes qui sévissent à Kinshasa », *RFI Afrique*, 28/11/2013, [en ligne sur] www.rfi.fr/fr/afrique/20131128-rdc-kuluna-gangs-jeunes-sevissent-kinshasa , consulté le 03/05/2016.
15. « Trafic de stupéfiants : La RDC intensifie sa lutte contre la détention de la cocaïne », *KongoTimes*, le 04/02/2013, [en ligne] <http://afrique.kongotimes.info/sante/5474-trafic-stupefiants-congo-intensifie-lutte-contre-detention-cocaine.html>, consulté le 13/07/2015.
16. VAN GUERTEN J., « Pas d'enfants-soldats à la barre : juger les enfants-soldats?», *Afrik.com*, (13/10/2000) [En ligne] <http://www.afrik.com/article216.html>
17. YAV KATSHUNG J., « La décentralisation-découpage en RDC : une tour de babel ? », *Contrôle citoyen*, 2009, pp.1-17, [en ligne] <http://www.congovision.com/nouvelle2:decentralisation-Decoupage-en-RDC2.pdf>

TABLE DES MATIERES

A la mémoire.....	ii
REMERCIEMENTS	iii
LISTE DES PRINCIPALES ABREVIATIONS	iv
SOMMAIRE	x
PROLEGOMENES	1
1. Le statut juridique de l'enfant : (r)évolution et contre-(r)évolution	2
A. L'enfant inexistant	6
B. L'enfant, Objet de droit	8
C. L'enfant, Sujet de droit	17
2. Le statut pénal du mineur : des divergences convergentes.....	19
A. Uniformisation de la gestion pénale des mineurs	20
B. La prégnance de la forme sur le fond en DPM.....	27
C. La gestion pénale des mineurs-délinquants en RD Congo	29
3. Hypothèses et méthodes de la recherche.....	35
1 ^{ère} Partie : LE DURCISSEMENT DE LA REGLE PENALE A L'EGARD DU MINEUR- DELINQUANT.....	40
TITRE 1 ^{er} : L'APPROCHE JURIDIQUE DE LA DELINQUANCE DES MINEURS	42
CHAPITRE 1. UNE RESPONSABILITÉ PENALE INNOMMEE	44
Section préliminaire. La légalité pénale : origine, signification et portée.	44
Section 1. Cadres normatif et contextuel du décret du 06/12/1950 sur l'enfance délinquante .	50
§1. Evolution comparée de la réglementation sur la délinquance des mineurs	51
A. Les textes français relatifs à la délinquance des mineurs	51
1. Le code pénal français de 1791	52
2. La loi du 29/07/1912 sur les tribunaux pour enfants et adolescents et sur la liberté surveillée	54
B. Les textes belges de la délinquance des mineurs	56
1. La loi du 27/11/1891 pour la répression du vagabondage et de la mendicité	57
2. Loi du 15/05/1912 sur la protection de l'enfance	58
§2. Le Décret de 1950 et son irresponsabilité pénale dogmatique	60
A. L'économie du décret de 1950	61
B. Les difficultés récurrentes de la mise en place de ce régime	63
Section 2. Les controverses et incongruités juridiques du régime du 06/12/1950.....	67
§1. Les controverses communes au système paternaliste	68
A. Le seuil de sanctionnabilité	68
1. Controverses françaises sur le seuil de sanctionnabilité	68

2. L'absence de seuil légal de sanctionnabilité en droits belge et congolais	72
B. La déqualification pénale	74
1. La déqualification pénale en droit belge et en droit international	75
2. La déqualification pénale en droit congolais	77
§2. Les controverses propres au cadre congolais : l'incongruité de l'irresponsabilité pénale des mineurs en droit coutumier congolais.	79
A. Notion et Nature du droit coutumier congolais	80
1. Notion du droit coutumier.....	81
2. Nature du droit coutumier	85
B. L'enfant fautif dans le droit coutumier congolais	90
CHAPITRE 2. UNE RESPONSABILITE PENALE PARTELLEMENT AVOUÉE ...	93
Section 1. Une responsabilité consacrée dans un contexte de remise en question générale du système paternaliste	93
§1. Emergence d'une approche mixte en droit comparé.....	94
A. La mixité belge à tendance protectionnelle	94
B. La mixité française à tendance sanctionnelle	96
§2. Emergence d'une approche garantiste en droit international	99
A. Le cadre normatif de la responsabilité pénale des mineurs en droit international....	100
1. Le cadre onusien de la responsabilité pénale des mineurs.....	101
2. Les cadres régionaux de la responsabilité pénale des mineurs.....	102
2.1°. Au niveau européen	102
2.2°. Au niveau africain.....	108
B. Caractéristiques de la responsabilité pénale des mineurs en droit international.....	113
1. Une responsabilité pénale sui générís	113
2. Une responsabilité privilégiant le volet préventif	115
Section 2. Une responsabilité consacrée sans prise en compte du contexte et des enjeux sociologiques congolais : cas des enfants-soldats.....	118
§1. La responsabilité pénale des enfants soldats en droit interne congolais	119
A. La participation des mineurs congolais aux hostilités, une réalité persistante	121
B. La poursuite des enfants-soldats en droit congolais, contradiction persistante	125
§2. La responsabilité pénale des mineurs en droit international pénal	131
A. La responsabilité pénale pour faits des enfants-soldats.....	132
B. La responsabilité pénale individuelle des enfants-soldats	135
Conclusion du Titre	141
TITRE 2^{ème} : LE TRAITEMENT EXTRA-JUDICIAIRE DE LA DELINQUANCE DES MINEURS.....	142

CHAPITRE 1. UNE DEJUDICIARISATION AVEC IRRESPONSABILISATION . 144

Section 1. L'Objet de la déjudiciarisation avec irresponsabilisation du mineur	145
§1. Le mineur déviant	148
A. La dépenalisation de délits d'état en droit positif congolais	149
B. La déjudiciarisation tacite des incivilités	157
§2. Le mineur non-discernant	159
A. Le mineur réputé non-discernant, unique cas prévu par la LPE	160
B. Le mineur estimé non-discernant, entre oubli et ambiguïté	160
Section 2. Le Régime de la déjudiciarisation avec irresponsabilisation du mineur	163
§1. L'intervention judiciaire, le passage obligé	164
A. Le moment de l'intervention judiciaire	164
B. La portée de l'intervention judiciaire	169
§2. L'intervention sociale, entre valorisation et musèlement	173
A. L'intervention sociale au près du mineur-déviant	174
B. L'intervention sociale au près du mineur non-discernant	177

CHAPITRE 2. UNE DEJUDICIARISATION AVEC RESPONSABILISATION 178

Section 1. La Médiation pénale, une justice consensuelle	181
§1. La portée du consentement dans la médiation	184
A. La nature juridique de la médiation pénale en droit congolais	184
B. Les acteurs de la médiation pénale en droit congolais	189
§2. Le consentement, critère exclusif de la transaction des mécanismes de justice restaurative.	198
A. La transaction en droits pénaux français et belge	200
B. La transaction en droit pénal congolais.	205
Section 2. La médiation pénale, une justice compromissaire	212
§1. La reconnaissance de la culpabilité de l'auteur	212
A. Reconnaissance de la culpabilité, mécanisme autonome	214
B. Reconnaissance de culpabilité, condition de fond de la médiation	221
§2. L'action exclusivement réparatrice de la victime	223
A. La place de la victime dans la médiation	224
B. L'action de la victime dans la médiation	228
Conclusion du Titre	234

2^{ème} Partie : LE RENFORCEMENT DE LA PROTECTION PENALE DU MINEUR-

DELINQUANT

TITRE 1^{er} : LA SUBJECTIVISATION PARTIELLE DE RESPONSABILITE PENALE DES

MINEURS

CHAPITRE 1. UNE RESPONSABILITE PENALE OBJECTIVE PREGNANTE	239
Section 1. L'élément matériel, critère de structuration de la délinquance des mineurs	241
§1. Les infractions contre les biens : les mésappropriations	246
A. Du vol identitaire au vol utilitaire	246
B. Du vol utilitaire à l'instrumentalisation du jeune voleur	248
§2. Les infractions contre les personnes : les violences.....	252
A. La recrudescence de la violence chez les mineurs-délinquants.....	252
B. La marginalité des mineurs-délinquants typiquement violents	260
Section 2. L'élément matériel, critère de modulation de la réponse à la délinquance des mineurs.....	263
§1. Les infractions répétitives : la récidive.....	264
A. Les limites de l'approche juridique de la récidive en DPM.....	266
B. Les limites techniques de la récidive en DPM.....	272
§2. Les infractions en bande : la participation criminelle	275
A. Les bandes des mineurs : causes et structures.....	275
B. La problématique de la participation criminelle des mineurs	279
CHAPITRE 2. UNE RESPONSABILITE PENALE SUBJECTIVE EMERGENTE .	283
Section 1 : Le discernement à travers la question de l'imputabilité.....	283
§1. Le discernement en droit pénal commun.....	286
A. Le discernement pour la compréhension de l'acte.....	286
B. Le discernement pour la compréhension de la sanction	292
§2. Le discernement en droit pénal des mineurs	293
A. Le discernement, d'un objet factuel à un objet psychologique	295
B. Les modalités juridiques d'appréciation du discernement.....	298
1. L'appréciation in abstracto du discernement : l'âge	298
2. L'appréciation in concreto du discernement : le faisceau d'indices.	302
Section 2. Le discernement au-delà de la question d'imputabilité	305
§1. Le discernement et les causes d'irresponsabilité pénale	305
§2. Le discernement et la réparation du dommage né de l'infraction	308
A. Les articulations entre l'action publique et l'action civile	309
B. La fin du dogme de l'unité des fautes pénale et civile à travers le discernement.....	313
Conclusion du Titre	321
TITRE 2 : L'AUTONOMISATION LIMITEE DE L'ACTION PUBLIQUE A L'ENCONTRE DU MINEUR.....	322
CHAPITRE 1 : UNE SPECIFICATION STRUCTURELLE LIMITEE	324
Section 1. La prépondérance de la juridiction de jugement	325

§1. Le JPE congolais, d'un juge spécial à un juge spécialisé	328
A. La consécration de l'autonomie juridictionnelle des TPE.....	328
B. L'impact de la spécialisation juridictionnelle sur la prise en charge des mineurs-délinquants.....	335
§2. Le JPE congolais, d'un juge spécialisé à un juge surchargé.....	342
A. La spécialisation juridictionnelle et la double compétence matérielle	342
B. La place inquiétante du contentieux privé dans la compétence du TPE.....	346
Section 2. La relégation du parquet près du TPE.....	348
§1. Le Parquet près le TPE, d'un parquet puissant à un parquet effacé.....	349
A. Le nouveau statut constitutionnel du parquet congolais	350
B. L'incidence du nouveau statut du parquet congolais sur le droit de la détention	354
§2. Le Parquet près du TPE, d'un parquet effacé à un parquet dénaturé.....	361
CHAPITRE 2 : UNE SPECIALISATION FONCTIONNELLE LIMITEE	368
Section 1. L'aménagement des règles de conduite du procès	368
§1. Les droits de l'ECL en tant qu'acteur du procès pénal	370
A. Le droit d'accès à la justice	370
B. Le droit à l'assistance	376
§2. Les droits de l'ECL en tant qu'objet du procès pénal.....	382
A. La restriction de la publicité et l'enquête sur la personnalité.....	383
B. L'impartialité du juge et le double degré de juridiction	387
Section 2 : Le particularisme du régime sanctionnel appliqué aux ECL	392
§1. Les modalités autonomes de la sanction appliquée aux ECL	394
A. Les mesures provisoires	398
B. Les mesures définitives	402
1. Des mesures essentiellement inspirées du décret de 1950.....	402
2. Des mesures en marge du décret de 1950.....	406
§2. L'exécution multi-polarisée de la sanction appliquée aux mineurs.....	411
A. Une gestion administrative et privée.....	412
B. Une gestion juridictionnalisée	416
Conclusion du Titre	421
CONCLUSION GENERALE.....	423
A. Le droit pénal des mineurs, carrefour d'enjeux.....	424
B. La loi sur la protection de l'enfant, un rendez-vous manqué	433
INDEX ALPHABETIQUE.....	2
BIBLIOGRAPHIE	2
TABLE DES MATIERES	61

ESSAI SUR LA CONSTRUCTION D'UN DROIT PENAL DES MINEURS EN REPUBLIQUE DEMOCRATIQUE DU CONGO A LA LUMIERE DU DROIT COMPARE : ANALYSES LEGE LATA ET LEGE FERANDA.

La RDC a hérité de la Belgique un système tutélaire cristallisé par le Décret de 1950 sur l'enfance délinquante à qui l'on a reproché une inadéquation aux réalités sociétales locales. Ce texte est, toutefois, resté en application jusqu'en 2009, année à laquelle le pays s'est enfin doté d'une loi sur la protection de l'enfant (LPE). Ce nouveau texte aura le mérite d'aborder la quasi-totalité des questions juridiques relatives à l'enfant ; mais sa principale faille reste le manque de clarté, de cohérence et de vision globale. Cette loi entretient, en effet, un imbroglio juridique qui ressort tant au niveau de la criminalisation primaire que secondaire. Si son intitulé laisse croire à la continuité du modèle tutélaire, son contenu dévoile un alignement sur le code malien de protection de l'enfant de 2002 qui, sur le plan pénal, est influencé par le système français d'obédience répressionnelle. Pendant que certains auteurs continuent à soutenir une irresponsabilité pénale absolue du mineur, la LPE fait appel à certains concepts qui remettent en question cette approche. Ainsi, la présente étude a proposé, à partir du droit coutumier et du droit comparé (français et belge), une lecture pénale et critique de la LPE basée sur une approche systémique, cohérente et contextuelle de la situation pénale du mineur-délinquant. Elle démontre, *in fine*, l'autonomie du droit pénal congolais des mineurs.

Mots clés : Déjudiciarisation, délinquance juvénile, Discernement, Enfant, Intérêt supérieur de l'enfant, Justice pour mineurs, Médiation pénale, Mineur, Responsabilité pénale.

ESSAY ON THE CREATION OF A JUVENILE CRIMINAL LAW IN DEMOCRATIC REPUBLIC OF THE CONGO BY THE LIGHT OF COMPARATIVE LAW: LEGE LATA AND LEGE FERANDA ANALYSIS.

The Republic democratic of Congo has inherited from Belgium a guardianship children's system crystallized by the Decree of 1950 on delinquent childhood, which was criticized for being inadequate to the Congolese societal realities. However, this text remained in force until 2009, when the country adopted a juvenal protection Act (JPA). This text will have the merit of addressing almost all legal issues relating to children; But its main weakness remains the lack of clarity, coherence, and global vision. This law has indeed a legal imbroglio which emerges both at the level of primary and secondary criminalization. While its title suggests the continuity of the tutelary model, its content reveals an alignment with the Malian children's protection Act of 2002, which, on the criminal level, is influenced by the French system more oriented towards repression. While some authors continue to support an absolute criminal irresponsibility of the minor, the JPA uses some concepts which contradicts this approach. Therefore, the present study has proposed a criminal and critical reading based on a systemic, coherent and contextual approach to the juvenile offender while referring to both customary and comparative law (French and Belgian). This study demonstrates the autonomy of Congolese criminal law on minors.

Keywords: Diversion, juvenile delinquency, Discernment, Children, Best interest of the children, Juvenile justice, Criminal mediation, Minor, Criminal responsibility.