



ANNALES
DE
L'UNIVERSITE
MARIEN NGOUABI

Sciences Juridiques et Politiques

Volume 21, Numéro spécial

ANNEE: 2021

ISSN: 1815 – 4433 - www.annaesumng.org

Indexation: Google Scholar

**ANNALES
DE L'UNIVERSITE MARIEN NGOUABI
SCIENCES JURIDIQUES ET POLITIQUES**



VOLUME 21, NUMERO SPECIAL, ANNEE: 2021

www.annalesumng.org

SOMMAIRE

Directeur de publication
J-R. IBARA

Rédacteur en chef
J. GOMA-TCHIMBAKALA

Rédacteur en chef adjoint
D. E. EMMANUEL née ADOUKI

Comité de Lecture :
J.M. BRETON (Pointe-à-Pitre)
J. ISSA SAYEGH (Abidjan)
E.J. LOKO-BALOSSA (Brazzaville)
F. M. SAWADOGO (Ouagadougou)
YAO- NDRE (Abidjan)

Comité de Rédaction :
D. E. EMMANUEL ADOUKI
(Brazzaville)
G. MOYEN (Brazzaville)

Webmaster
R. D. ANKY

Administration - Rédaction
Université Marien Ngouabi
Direction de la Recherche
Annales de l'Université Marien
Ngouabi
B.P. 69, Brazzaville – Congo
E-mail: annales@umng.cg

ISSN : 1815 – 4433

Indexation : Google scholar

- 1 L'accord tacite en droit international**
ADOUA-MBONGO A. S.
- 29 Le pouvoir d'injonction des juridictions administratives en Afrique noire francophone**
ANDZOKA ATSIMOU S.
- 59 Les dérives de la constitutionnalisation du droit pénal au Congo : remarques à propos de l'article 96 de la Constitution du 25 octobre 2015**
LEKEBE OMOUALI D.
- 85 Le juge et l'équilibre du contrat**
ONDZE S
- 118 Le pouvoir législatif dans le nouveau constitutionnalisme africain : un pouvoir concurrencé**
OSSOMBO-YOMBO R.



LES DERIVES DE LA CONSTITUTIONNALISATION DU DROIT PENAL AU CONGO : REMARQUES A PROPOS DE L'ARTICLE 96 DE LA CONSTITUTION DU 25 OCTOBRE 2015

LEKEBE OMOUALI D.

Faculté de Droit
Université Marien N'Gouabi
Brazzaville – République du Congo

RESUME

Cette étude ambitionne de relativiser l'ampleur qu'a prise, en matière pénale, le phénomène de constitutionnalisation du droit privé. A travers le prisme de la responsabilité pénale du chef de l'Etat à l'issue du mandat présidentiel, il s'agit de mettre en évidence les dérives du phénomène. Celles-ci découlent de l'entrave à la répression que constitue la consécration constitutionnelle de l'irresponsabilité pénale de l'ancien Président de la République, d'une part, et, d'autre part, de la répression de cette entrave à travers l'incrimination des poursuites exercées contre celui qui n'exerce plus le pouvoir suprême.

Mots-clés : *constitutionnalisation, droit pénal, responsabilité pénale, Président de la République*

ABSTRACT

This study aims to put into perspective the extent of the phenomenon of the constitutionalisation of private law in criminal matters. Through the prism of the criminal responsibility of the Head of State at the end of the presidential mandate, the aim is to highlight the excesses of the phenomenon. These result from the obstacle to the repression constituted by the constitutional consecration of the penal irresponsibility of the former President of the Republic, on the one hand, and, on the other hand, from the repression of this obstacle through the criminalization of prosecutions against one who no longer exercises supreme power.

Keywords: *constitutionalisation, criminal law, criminal liability, President of the Republic*

1. « L'Etat de droit n'a rien à gagner à la confusion de l'opportunité et de la légalité. Il est douteux que le droit constitutionnel ait cette vertu; mais si par impossible, tel était le cas, en cette époque où l'on invoque parfois la constitutionnalisation du droit, on devrait se demander, alors, s'il ne serait pas utile que, en sens inverse, le droit constitutionnel, prenant ses distances avec la science politique, se juridicise »¹. C'est par ces propos que le Professeur Philippe Conte prévenait contre les dérives que pourrait occasionner le phénomène de constitutionnalisation du droit pénal.

2. La question de la responsabilité pénale des dirigeants est de celles qui lient droit pénal et droit constitutionnel² et concilient publicistes et privatistes. Elle a souvent été traitée sous l'angle du droit constitutionnel³, laissant l'impression que le juriste privatiste se trouve en *terra incognita*, et reléguant l'opinion d'un pénaliste sur la question au simple rang de point de vue⁴. Or, si la question qui préoccupe les constitutionnalistes est celle de la protection de la fonction présidentielle, elle peut se poser et être traitée en des termes nettement différents, lorsqu'il s'agit d'un chef de l'Etat ayant cessé ses fonctions. Dans cette optique, une réflexion sous l'angle du droit pénal s'avère

nécessaire pour mettre en évidence les limites du phénomène de constitutionnalisation du droit.

3. En effet, l'article 96 de la Constitution congolaise du 25 octobre 2015⁵ pose formellement le principe de l'irresponsabilité pénale du chef de l'Etat à l'expiration de son mandat, en ces termes : « *Aucune poursuite pour des faits qualifiés de crime ou délit ou pour manquement grave à ses devoirs commis à l'occasion de l'exercice de sa fonction ne peut plus être exercée contre le Président de la République après la cessation de ses fonctions. La violation des dispositions ci-dessus constitue le crime de forfaiture ou de haute trahison conformément à la loi* »⁶. Ces dispositions consacrent l'impossibilité d'engager des poursuites pénales à l'encontre de l'ancien Président de la République, pour des crimes et délits qu'il pourrait avoir commis pendant son mandat.

4. Il s'agit de règles inédites en droit pénal. Leur constitutionnalisation bouleverse, au-delà des principes directeurs gouvernant la matière répressive⁷, et qui ont pourtant la qualité de principe constitutionnel⁸, toute la philosophie du droit pénal. On sait que le phénomène de constitutionnalisation du droit privé en général, et du droit pénal en particulier⁹, « a

1 Ph. Conte, « L'immunité pénale des membres du gouvernement et l'article 68-1 de la Constitution », *Recueil Dalloz* 1999, 19^e Cahier Chronique, p.210.

2 D. Breillat, « L'immunité du Chef de l'Etat », in Jean Pradel, *Droit constitutionnel et droit pénal, Travaux de l'Institut des sciences criminelles de Poitiers* (dir), Paris, Cujas, 2000, p.47.

3 G. Carcassonne, « Le président de la République française et le juge pénal », *Mélanges en l'honneur du Professeur Philippe Ardant*, Paris, LGDJ, 1999, p.276., Th. Ablard, « Le statut pénal du Chef de l'Etat », *Revue française de droit constitutionnel*, 2002/3 (n°51), p.637-661., D. Chagnollaud, « Le Président de la République et la doctrine, à propos de la responsabilité pénale du chef de l'Etat », *RDP*, 1999, p.1676., F. J. Aïvo, « La responsabilité pénale des gouvernants dans les régimes politiques africains d'expression française », *Afrilex* (mai 2016) ; L. Favoreu, « De la

responsabilité pénale à la responsabilité politique du Président de la République », *RFDC* 2002/1 (n°49), p.7-29., R. Badinter « La responsabilité pénale du Président de la République sous la Ve République », *Mélanges Patrice Gelard*, 1999, p.151.

4 B. Bouloc, « Le point de vue d'un pénaliste », *RFDC* 2002/1 (n°49), p.43-50.

5 JO 57^e année- édition spéciale n°8 du vendredi 6 novembre 2015.

6 Constitution congolaise du 25 octobre 2015, article 96.

7 M. Delmas-Marty, « Les principes directeurs de la législation pénale », *Rév. sc. crim.*, 1985, p.225.

8 D. Mayer, « L'apport du droit constitutionnel au droit pénal en France », *Rév. sc. crim.*, 1988, p.439.

9 A. Cappello, *La constitutionnalisation du droit pénal. Pour une étude du droit pénal constitutionnel*, thèse, Paris II, 2011.

toujours été reçu et approuvé en raison de ses vertus unificatrices et de renforcement de l'Etat de droit »¹⁰. Pourtant, « il est des normes constitutionnelles qui paraissent mauvaises à l'expérience »¹¹. La règle de l'irresponsabilité pénale de l'ancien chef de l'Etat consacrée par l'article 96 de la Constitution congolaise semble en faire partie, et pourrait bien traduire les dérives du phénomène de la constitutionnalisation du droit pénal.

5. Par dérives, on entend le fait de s'écarter de la voie normale, de dériver¹². On en parle au sujet d'un bateau ou d'un avion qui s'écarter de sa route sous l'effet des vents et des courants¹³. La constitutionnalisation du droit est un phénomène par lequel se manifeste l'influence de la constitution ou de la juridiction constitutionnelle, dont les décisions seraient « entrain de colorer l'ensemble des branches du droit »¹⁴. Louis Favoreu attribue la paternité du concept à Michel Froment¹⁵.

6. Les dérives de la constitutionnalisation du droit pénal désignent ainsi le fait d'inscrire les normes pénales dans la constitution, afin de leur conférer une valeur supra-législative, sans égard à la finalité axiologique du phénomène, qui est de sauvegarder les droits et libertés fondamentaux de

l'individu. Cette finalité se manifeste, d'une part, à travers l'enrichissement des principes constitutionnels et, d'autre part, par la diversification des contrôles de constitutionnalité¹⁶. Ainsi, en ce qu'elle consacre l'irresponsabilité pénale des anciens Présidents de la République, cette constitutionnalisation du droit pénal constitue assurément une dérive, puisqu'elle s'écarter de l'objectif que vise l'emprise de la constitution sur les normes pénales. Cet objectif est fondé sur l'idée que le droit pénal est un droit à haut risque pour les libertés¹⁷; il est donc demandeur des garanties extérieures à lui, que ne cesse de lui apporter le droit constitutionnel¹⁸.

7. La responsabilité pénale constitue l'expression d'une forme de réaction organisée par la société en réponse à certains événements qui troublent son ordonnancement¹⁹. Envisagée sous l'angle de la dogmatique juridique, la responsabilité pénale forme le cœur du droit pénal, entendu au sens large de discipline gouvernant l'ensemble des manifestations répressives²⁰. Celle-ci, qui désigne l'obligation de répondre des conséquences de ses actes, se traduit en matière pénale par la condamnation à l'une ou l'autre des sanctions prévues contre l'auteur d'une infraction²¹. Apparue à la fin du XVIIIe siècle, le mot responsabilité n'a été transposé du vocabulaire de la morale à

10 K. M. Agbenoto, « La constitutionnalisation du droit privé », in *De l'esprit du droit africain. Mélanges en l'honneur de Paul Gérard Pougoué*, éd. CREDIJ, 2014, p.57.

11 Selon Jean Pradel, « Rapport introductif », in *Droit pénal et droit constitutionnel*, op. cit., p.13.

12 Dictionnaire français Larousse.

13 C. Lazerges, « La dérive de la procédure pénale », *Revue des sciences criminelles*, 2003 p. 644

14 L. Favoreu, « L'influence de la jurisprudence du conseil constitutionnel sur les diverses branches du droit », *Mélanges Léon Hamon*, Econima, 1982, p.235.

15 L. Favoreu, « Le droit constitutionnel, droit de la constitution ou la constitutionnalisation du droit », *RFDC.*, n°1, 1990, p.71.

16 V° B. de Lamy, « Un nouveau procédé de constitutionnalisation du droit pénal : la QPC. Bilan critique », *Mélanges en l'honneur du Professeur Jacques-Henri Robert*, LexisNexis, 2012, p.377.

17 D. Mayer, « L'apport du droit constitutionnel au droit pénal en France », *RSC*. 1988, p.439.

18 Nd. Diouf, « Procès-pénal et droits de l'homme : l'exemple du Sénégal », *RASDP*, juillet-décembre 1995, p.11.

19 E. Mathias, *La responsabilité pénale*, Paris, Gualino, 2005, p.11.

20 J-H. Syr, « La responsabilité pénale : essai d'approche sociologique », *Mélanges offerts à Raymond Gassin*, PUAM, 2007, p.489.

21 G. Lopez et S. Stamatios (dir.), *Dictionnaire des sciences criminelles*, Dalloz, 2004, p.832.

celui du droit qu'au XIX^e siècle. Ses origines ont d'ailleurs marqué l'institution qu'il désigne²². Dans l'optique contemporaine, il semble évident de distinguer entre la responsabilité civile qui tend à assurer la réparation du dommage au profit des victimes et la responsabilité pénale qui se propose de réprimer, au nom de la société, les infractions troublant l'ordre social²³. Bien qu'elle fût ignorée par le droit romain, cette distinction est aujourd'hui universellement admise²⁴. Toutefois, jusqu'à la fin du XVIII^e siècle, la responsabilité pénale n'a pas donné lieu à un exposé d'ensemble, à une véritable théorie générale. Il en a été ainsi parce que l'ancien droit pénal était essentiellement circonstanciel. Cependant, en 1780, Muyart de Vouglans consacre, dans la dernière partie de son ouvrage sur les *Lois criminelles de la France dans leur ordre naturel*²⁵, les « causes qui font cesser le crime », en envisageant les délits commis par cas fortuit ou par des enfants et des insensés²⁶. Ainsi, apparaît l'idée des causes de non-responsabilité, de l'irresponsabilité pénale. Celle-ci paralyse la répression de l'infraction. Bien qu'elle reste pleinement constituée, son auteur ne sera pas poursuivi.

L'irresponsabilité pénale « est sœur de l'innocence, elle place le prévenu dans un confort non-négligeable »²⁷.

7. Les législations modernes ont bouleversé le régime des responsabilités juridiques²⁸ et ont, ce faisant, multiplié les causes d'irresponsabilité pénale²⁹. Elles prennent la forme soit d'un obstacle à la qualification des infractions³⁰, soit d'une exception à la règle selon laquelle l'action publique atteint tous les délinquants³¹. C'est dans cette dernière catégorie que l'on peut classer les immunités politiques, dont les effets ne se bornent pas à faire obstacle à la mise en œuvre de l'action publique, mais qui font en outre disparaître le préalable légal, en raison d'une qualité personnelle de l'agent³². Ainsi s'explique la règle de l'interdiction des poursuites pénales à l'encontre du Président de la République pendant l'exercice de sa fonction, que le Conseil constitutionnel français considère comme un simple privilège de juridiction³³, alors que la Cour de cassation du même pays y voit une véritable immunité pénale³⁴.

8. Cette règle constitutionnelle est fondée sur l'idée de « protéger la fonction dans un système où le Président de la

22 J.-M. Carbasse, *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, PUF, 2000, p.244.

23 André Varinard « Politique criminelle et tendances de la législation pénale française contemporaine ». In: *Déviance et société*. 1983 - Vol. 7 - N°2. pp. 155-169.

24 G. Viney, « La responsabilité et ses transformations (Responsabilités civiles et pénales) », conférence du 21 février 2000, https://www.canalu.tv/video/universite_de_tous_les_savoirs/la_responsabilite_et_ses_transformations_responsabilites_civiles_et_penales.877.

25 P.-F. Muyart de Vouglans, *Les lois criminelles de la France dans leur ordre naturel*, Paris, Mérigot, Crapart, Morin, 1870.

26 J.-M. Carbasse, *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, 3^e éd., P.U.F, 2014, p.256 et s.

27 Y. Mayaud, « Les droits de la défense, cause d'irresponsabilité pénale », in *Mélanges offerts à Raymond Gassin. Sciences pénales et sciences criminologiques*, PUAM, 2007, p.293.

28 M. Truchet, « Les transformations de la notion de responsabilité civile et pénale depuis 40

ans », *Gazette du Palais*, 5-6 juillet 2002, pp.-1068-1072.

29 V^o par exemple Y. Mayaud, « Les droits de la défense, cause d'irresponsabilité pénale », in *Mélanges offerts à Raymond Gassin. Sciences pénales et sciences criminologiques*, PUAM, 2007, pp.293 et s.

30 G. Roujou de Boubée, « Essai d'une théorie générale de la justification », *Annales de l'Université des sciences sociales de Toulouse*, 1982, pp.11 et s.

31 F. Desportes, L. Lazerges-Cousquer, *Traité de Procédure pénale*, 4^e éd. Economica, 2015, n°964.

32 J. Pradel, *Droit pénal général*, 21^e éd. Cujas, 2016, n°306.

33 Communiqué du 10 octobre 2000, <https://www.conseil-constitutionnel.fr/actualites/communiquede-presse-du-10-octobre-2000>, consulté le 11/09/2018.

34 Cass. Ass. plén., 10 octobre 2001, *D.* 2002, 674, note Jean Pradel.

République joue un rôle essentiel, toute appréciation de ses actes doit être politique »³⁵. Cette justification, à laquelle s'est ralliée la Cour de cassation française³⁶, même si elle ajoute l'idée que le Président de la République est élu par le peuple pour assurer le fonctionnement régulier des pouvoirs publics ainsi que la continuité de l'Etat, soulève, à certains égards, des critiques. Elle comporte un revers, en ce qu'elle aboutit à présenter les poursuites pénales à l'encontre du Président de la République comme un fait générateur de trouble social. Or, à notre avis, le véritable trouble social semble être celui occasionné par l'infraction imputable au chef de l'Etat et non celui résultant des poursuites éventuelles à son encontre. La constitution béninoise du 11 décembre 1990 prévoit qu'en cas de mise en accusation du Président de la République, son intérim est assuré par le Président de la Cour constitutionnelle³⁷, ceci pour éviter que le souci de préserver le fonctionnement régulier des institutions ne serve de prétexte à l'impunité du chef de l'Etat. Comme l'avait décidé le tribunal spécial pour la Sierra Leone, « *le commandement doit être exercé par l'exemple, par la punition des crimes, et non par la commission des crimes* »³⁸. D'ailleurs, le crime est considéré comme la violation du pacte social; le droit de punir n'a d'autre fondement que l'abandon par chaque citoyen de la plus petite parcelle de liberté qu'il a cédée en échange de la protection qu'il trouvera³⁹. En toile de fond, « chacun comprendra que l'on assiste à une confrontation entre deux logiques : la logique pénale, d'une part,

soucieuse de l'égalité de tous les citoyens devant la loi, de la répression des infractions, de la protection des droits des victimes, et la logique constitutionnelle d'autre part, attachée à la continuité de l'Etat, au principe de la séparation des pouvoirs, à la spécificité et à la dignité des fonctions du Président de la République, élu au suffrage universel direct par la volonté du peuple »⁴⁰.

9. Au-delà de cette opposition des logiques, constitutionnalistes et pénalistes s'accordent pour dire que « l'immunité pénale s'accompagne d'un corollaire indispensable, concernant la possibilité de poursuites pénales de droit commun contre le Chef de l'Etat après la fin du mandat présidentiel »⁴¹. Dès lors, la règle de l'irresponsabilité pénale de l'ancien chef de l'Etat consacrée par la Constitution congolaise paraît donc bien curieuse, en raison de sa formulation trop générale, et suscite une analyse au regard des principes du droit criminel et des objectifs de la constitutionnalisation de ce droit. Cette analyse ne saurait se faire sans considération du contexte national et international, qui a prévalu pendant l'adoption de cette règle.

10. Au plan national, la réforme constitutionnelle qui consacre l'irresponsabilité pénale des anciens chefs de l'Etat intervient à un moment où le Président de la République en exercice et ses proches sont cités dans des procédures judiciaires en France, dans le cadre des affaires dites des « *disparus du Beach de Brazzaville* »⁴², et dans celle dite des « *biens*

35 G. Vedel cité par L. Favoreu, « De la responsabilité pénale à la responsabilité politique du Président de la République », *RFDC* 2002/1 (49), p.9.

36 Cass. Ass. Plén., 10 octobre 2001, M. Breisacher, arrêt n°481, *Petites Affiches*, n°203, 11 octobre 2011, p.3.

37 Article 50, alinéa 3.

38 TSSL, Jugement sentenciel, 30 mai 2012, SCSL-03-01-T-43136, § 102-103, trad.

39 P.F. Muyart de Vouglans, cité par A. Langui, « P.F. Muyart de Vouglans ou l'anti-

Beccaria (1713-1791) », in Le Procès, *Archives de philosophie du droit*, p.173.

40 R. de Gouttes, « Conclusions sur l'arrêt de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation du 10 octobre 2001 », *RFDC* 2002/1 (n°49), p.52.

41 R. de Gouttes, art. préc.

42 V° à ce sujet : D. Brach-Thiel, « Les « Disparus du Beach ». Regard sur une vieille affaire toujours en cours », *AJPénal*, n°11, novembre 2013, p.597.

mal acquis »⁴³. Ce contexte national fait de psychose et de méfiance à l'égard de l'institution judiciaire n'est pas sans lien avec la consécration de cette règle constitutionnelle, dont le but serait de garantir au Président de la République un après mandat à l'abri des poursuites judiciaires, du moins pour les actes qu'il a commis pendant l'exercice de sa fonction.

11. Sur le plan international, on peut relever, au cours de ces dernières années, la multiplication des mandats d'arrêt contre deux chefs d'Etat africains en exercice⁴⁴, ce qui a conduit l'Union africaine à prôner une vive opposition à l'égard de la Cour pénale internationale, et à adopter le protocole de Malabo portant modification du protocole portant statut de la Cour africaine de justice et des droits de l'homme⁴⁵. Ce protocole crée une clause d'immunité selon laquelle « *Aucune procédure pénale n'est engagée ni poursuivie contre un chef d'Etat ou de gouvernement de l'UA en exercice, ou toute autre personne agissant ou habilitée à agir en cette qualité ou tout haut responsable de l'Etat, selon les fonctions qu'il assume ou au cours de son mandat* »⁴⁶. La constitutionnalisation de l'irresponsabilité pénale du Président de la République en fin de mandat sonne comme en écho à cette clause largement critiquée⁴⁷, et comme une réponse à la règle de l'absence de pertinence de la qualité officielle édictée par le statut de Rome⁴⁸, et fortement redoutée par les chefs d'Etat africains.

12. Cette orientation constitutionnelle au sujet de la

43 V°G. Roujou de Boubée, « Compétence française pour des détournements de fonds publics commis au préjudice d'Etats africains », *Recueil Dalloz* 2009, p.1520.

44 Il s'agit d'Omar El Béchir et Uhuru Kenyatta.

45 Décision sur les projets d'instruments juridiques, Assembly/AU/Déc.529 (XXIII), 26 et 27 juin 2014.

46 Article 46 A bis du Protocole.

47D. Gnamou-Petauton, « Les vicissitudes de la justice pénale internationale : A propos de la position sur le mandat d'arrêt contre

responsabilité pénale des gouvernants est nouvelle au Congo. En effet, l'histoire de la responsabilité pénale des gouvernants au Congo est marquée par des poursuites pénales contre d'anciens chefs d'Etat et de gouvernement, depuis les années 60, au lendemain des indépendances, jusqu'à la fin des années 90. Ainsi, par exemple, les anciens Présidents de la République Alphonse Massambat-Débat et Premier ministre Pascal Lissouba furent jugés et acquittés par la Cour révolutionnaire d'exception, dans un arrêt du 21 novembre 1969⁴⁹. En 1999, les anciens Président Lissouba et Joachim Yhombi Opangault et l'ancien Premier Ministre Bernard Kolelas furent également jugés et condamnés par contumace à des peines de travaux forcés à perpétuité. Il n'a donc pas été question, avant la réforme constitutionnelle de 2015, de conférer un quelconque statut pénal protecteur au profit d'un dirigeant politique en fin de mandat. D'ailleurs, l'article 88 de la Constitution du 20 janvier 2002 abrogée disposait que « *Les anciens Présidents de la République, à l'exception de ceux qui ont été condamnés pour forfaiture, haute trahison, crimes économiques, crimes de pillage, crimes de guerre ou pour toute autre crime contre l'humanité, bénéficient des avantages et protection dans les conditions déterminées par la loi* ».

13. Dans les autres Etats d'Afrique noire d'expression française, cette question est diversement abordée à travers les constitutions de ces Etats. Deux camps s'opposent à cet égard. Le premier est constitué des pays qui, comme le Bénin⁵⁰, la

Omar Al Bechir », in J.F- Akandji-Kombé, *L'homme dans la société internationale, Mélanges en hommage au Professeur Paul Tavernier*, pp. 1255-1295.

48 Article 27 du Statut de Rome de la Cour pénale internationale.

49 Cité par R. Bazenguissa-Ganga, *Les voies du politique au Congo. Essai de sociologie historique*, Ed. Karthala, 1997, p.153.

50 Les articles 73 à 76 (Loi n°90-32 du 11 décembre 1990 portant Constitution de la République du Bénin) sur les attributions de la Haute

Côte-d'Ivoire⁵¹ ou le Sénégal⁵², limitent le bénéfice de l'immunité au Président de la République en exercice. Dans le second camp, on trouve des Etats qui, bien qu'ils étendent l'immunité aux anciens chefs d'Etats, restreignent fermement son domaine à certaines infractions limitativement énumérées⁵³.

14.La problématique qui gouverne cette étude invite donc à se demander en quoi la consécration de l'irresponsabilité pénale des anciens chefs d'Etat par l'article 96 de la constitution congolaise du 25 octobre 2015 constitue une dérive du phénomène de constitutionnalisation du droit criminel.

15.La question mérite d'être étudiée à bien des égards. D'une part, on a pu constater, en Afrique comme dans le reste du monde, au cours de ces dernières années, une très sensible augmentation du contentieux pénal lié à des infractions pénales imputées aux anciens chefs d'Etat commises pendant l'exercice de leurs fonctions⁵⁴. Ces procès attestent de ce que l'immunité pénale est essentiellement liée à l'exercice de la fonction présidentielle. Le cas congolais est donc unique et, à vrai dire, inique, puisqu'il participe d'un mouvement et d'une logique qui « consolident, souvent incidemment, les barrières directes ou

indirectes qui protègent les gouvernants et confortent le sentiment d'impunité qui anime les citoyens »⁵⁵. Il brise par ailleurs l'équilibre qui consiste non seulement à éloigner du gouvernant exerçant normalement ses fonctions, toute attaque abusive et infondée, mais également, à épargner les citoyens de l'impunité de droit de ceux de leurs dirigeants qui ont cessé leurs fonctions. D'autre part, s'il est « unanimement admis de nos jours que le Président de la République répond pénalement des infractions détachables de sa fonction »⁵⁶, il semble donc évident, *a fortiori*, que les anciens chefs d'Etat ne doivent pas échapper à la rigueur du droit pénal, ni pour les infractions détachables à la fonction, ni pour celles qui sont liées à cette dernière. Cette question atteste en outre de l'ambivalence du phénomène de la constitutionnalisation du droit pénal au Congo, à la faveur du changement constitutionnel intervenu le 25 octobre 2015. On peut en effet y relever une confrontation entre deux tendances. Une première tendance que l'on peut qualifier de progressiste du droit criminel, se manifeste par l'abolition constitutionnelle de la peine de mort⁵⁷, la constitutionnalisation de la présomption d'innocence⁵⁸, la protection des droits des victimes⁵⁹, la suppression du privilège de juridiction des ministres, bref l'affirmation des principes directeurs du

Cour de Justice ne concerne que le Président de la République en Exercice.

⁵¹ Les articles 156 à 159 (Loi n°2016-886 portant Constitution de la République de Côte-d'Ivoire).

⁵² Article 87 al. 1^{er} de la Constitution du 25 octobre 2015.

⁵³ L'article 78 al. 6 de la Constitution gabonaise du 26 mars 1991 prévoit à cet égard que « Le Président de la République qui a cessé d'exercer ses fonctions ne peut être mis en cause, poursuivi, recherché, arrêté, détenu ou jugé pour des faits définis par la loi organique prévue à l'article 81 de la Constitution » (L.14/2000 du 11 octobre 2000). De son côté, l'article 53 al.4 (Loi n°2008/001 du 14 avril 2008 modifiant et complétant certaines dispositions de la loi n°96/06 du 18 janvier 1996 portant révision de la Constitution camerounaise) dispose : « Les actes accomplis par le Président de la République en application des articles 5, 8, 9 et 10 ci-dessus sont

couverts par l'immunité et ne sauraient engager sa responsabilité à l'issue de son mandat ».

⁵⁴ En Afrique, on peut citer le cas emblématique de l'ancien Chef d'Etat tchadien, Hissène Habré (V° A. Sall, *L'Affaire Hissène Habré. Aspects judiciaires nationaux et internationaux*, L'Harmattan, 2016.). En France, la fin des mandats des anciens présidents Chirac et Sarkozy a donné lieu à l'ouverture de nombreuses procédures pénales à leur rencontre. On peut également citer les cas de Silvio Berlusconi en Italie ou de Lula au Brésil.

⁵⁵ F. J. Aïvo, « La responsabilité pénales des gouvernants dans les régimes politiques africains d'influence française », art.préc.

⁵⁶ J. Foyer, « Haute cour de justice », *Répertoire Dalloz de droit pénal*, 1968, n°34.

⁵⁷ Article 8, alinéa 3.

⁵⁸ Article 9, alinéa 2.

⁵⁹ Article 9, alinéa 3.

procès pénal⁶⁰. A cette tendance, s'oppose une autre plus régressive dont la règle de l'irresponsabilité pénale des anciens Présidents de la République, de l'immunité extraditionnelle des citoyens congolais⁶¹ constituent les principales manifestations. Or, renforcer l'Etat de droit suppose non seulement de supprimer les verrous qui empêchent de réprimer les actes les plus graves, quels qu'en soient les auteurs, « mais aussi de rester fermes sur les principes directeurs de notre procédure pénale »⁶².

16. L'analyse de quelques dispositions constitutionnelles ayant une incidence sur le droit pénal conduit à une dérive de la répression.

17. A l'évidence, sur le plan pénal, la Constitution congolaise du 25 octobre 2015 se caractérise par une double dérive. La première dérive découle de l'extension de l'immunité pénale aux anciens chefs d'Etat, qui apparaît comme une entrave à la répression (**I**). La seconde dérive résulte de l'incrimination des poursuites à l'encontre du Président de la République à l'issue de son mandat. En agissant de la sorte, le constituant congolais dévoie ostensiblement les finalités du droit criminel, en réprimant les violations de cette entrave (**II**).

60 Articles 9 à 12.

61 L'article 10 dispose que « Sauf en cas de perte ou déchéance de la nationalité, aucun citoyen congolais ne peut être ni extradé, ni livré à une puissance ou organisation étrangère, pour quelque motif que ce soit ». A la lecture de cette disposition, il est permis de conclure qu'elle ne vise pas simplement l'immunité extraditionnelle des citoyens congolais, mais également tout transfèrement d'un congolais vers les juridictions internationales. Une telle interprétation conduit à envisager cette règle comme étant une dérive, en ce qu'elle remet en cause les engagements internationaux du Congo.

I.- Une entrave à la répression

18. La règle de l'irresponsabilité pénale du chef de l'Etat a bien des raisons d'être. Cet obstacle à la mise en œuvre des poursuites pénales à l'encontre du Président de la République demeure par définition temporaire. Il semble donc, de toute évidence, que celui-ci redeviendrait un justiciable ordinaire, susceptible d'être poursuivi devant les juridictions de droit commun, dès la fin de son mandat. Dès lors, la consécration de son irresponsabilité pénale, au-delà de son mandat, apparaît manifestement comme une entrave à la répression, puisqu'elle aboutit à l'extension du domaine de l'immunité pénale reconnue au Président de la République en exercice (**A**), et qu'en conséquence, elle fait de la fin des fonctions présidentielles une cause d'extinction de l'action publique (**B**).

A- L'extension du domaine de l'immunité pénale

19. La question des immunités recouvre de contenus différents, les classifications doctrinales étant hésitantes⁶³. Même en matière pénale, il n'existe pas de théorie unitaire de l'immunité⁶⁴. A cet égard, un auteur distingue d'ailleurs entre immunité personnelle et immunité réelle⁶⁵. L'immunité pénale du Président de la République s'inscrit dans la première catégorie. En France, avant la réforme constitutionnelle du 23 février 2007, les interprétations étaient contradictoires entre

62 Ch. Lazerges, « La dérive de la procédure pénale », art. préc., p.645.

63 G. Guidicelli-Délagé, « Justice pénale et décisions politiques : réflexions à partir des immunités et privilèges de juridiction », *RSC.*, Avril-juin 2003, p.249 et s.

64 C. Choukroun, L'immunité, *RSC*, 1959, p. 29.

65 B. Bouloc, « Rapport de synthèse », in G. Clément et J. Lefebvre (dir.), *Les immunités pénales. Actualité d'une question ancienne*, PUF, 2010, p.188.

le Conseil constitutionnel et la Cour de cassation, privilège de juridiction pour le premier, immunité pénale temporaire pour la seconde. Quoiqu'il en soit, l'immunité pénale des dirigeants subit une double limitation selon la nature de l'infraction en cause, en cas de commission des crimes relevant de la compétence de la Cour pénale internationale d'une part, et, en cas de cessation des fonctions présidentielles pour les infractions qui sont sans lien avec ces dernières, d'autre part. Dans ce dernier cas, la consécration de l'immunité pénale du chef de l'Etat, au-delà de l'exercice du mandat, remet en cause ce caractère temporaire et crée une immunité absolue (1), ce qui renforce le sentiment d'impunité (2).

1- La consécration d'une immunité absolue

20. Il faut se rappeler que les privilèges, avantages exorbitants ne peuvent qu'être de droit étroit⁶⁶. S'agissant de l'immunité pénale reconnue au chef de l'Etat par les constitutions modernes, sa sphère est généralement limitée à la durée de l'exercice du mandat présidentiel et son critère demeure l'acte accompli dans l'exercice des fonctions. On en vient donc à affirmer que la formule « crimes et délits commis à l'occasion de l'exercice de sa haute fonction », utilisée à l'alinéa 1^{er} de l'article 96 de la Constitution congolaise du 25 octobre 2015, consacre une immunité absolue puisqu'en principe, dès lors qu'est concerné un acte commis hors l'exercice de

ses fonctions, la responsabilité pénale du Président de la République peut être engagée conformément au droit commun⁶⁷.

Cependant, une lecture attentive de cette disposition appelle deux observations.

21. En premier lieu, on peut soutenir que l'immunité dont bénéficie l'ancien Président de la République ne concerne que des crimes et délits « *commis à l'occasion de l'exercice de sa fonction* ». Pour les actes commis avant, en dehors et après l'exercice de sa fonction, l'ancien Président de la République demeure passible des poursuites pénales devant les juridictions de droit commun. Mais une telle interprétation n'est possible que si l'on s'accorde sur le sens de la formule « *crimes et délits... commis à l'occasion de l'exercice de sa fonction* ». Or, la notion de crimes et délits commis à l'occasion de l'exercice de la fonction n'est pas définie par le constituant congolais. Elle n'est cependant pas sans rappeler certaines distinctions prétoriennes, fort connues de la jurisprudence de la chambre criminelle de la Cour de cassation française. En toile de fond, se pose la question de la détermination du critère permettant de distinguer les actes relevant de la fonction présidentielle et ceux qui n'en relèvent pas. Pour tenter de répondre à la question, un auteur⁶⁸ a eu recours à la jurisprudence, fort abondante de la Cour de cassation qui a, sur la notion d'« *actes accomplis dans l'exercice des fonctions* », une interprétation vacillante et évolutive⁶⁹. Dans son dernier état, la

66 W. Jeandidier, « L'irresponsabilité pénale d'un ministre », *La Semaine Juridique*, Ed.G, n°8, 1987, 3276.

67 R. Merle et A. Vitu, *Traité de droit criminel*, t.1, 7^e éd. Cujas, 1997, n°859.

68 Th. Ablard, « Le statut pénal du Chef de l'Etat », *RFDC*.2002/3 (n°51), pp.650 et suiv.

69 C'est un arrêt de la chambre criminelle de la Cour de cassation du 14 mars 1963 qui marque le début d'une longue saga jurisprudentielle (Cass. crim., 14 mars 1963, *Frey/Blignières*, *Bull. crim.*, n° 122 ;

Gaz. Pal., 1963, 1, *Jur.*, p. 434..). Dans cette affaire dont était mise en cause la responsabilité pénale d'un ministre, la chambre criminelle a fait une interprétation large de la notion d'actes accomplis dans l'exercice de leurs fonctions, en décidant que les dispositions de l'article 68 de la constitution, « qui excluent, pour le ministère public et les particuliers, la possibilité de mettre en mouvement l'action publique et d'en saisir les juridictions, sont

jurisprudence de la chambre criminelle de la Cour de cassation française opère une distinction, éclairante dans notre perspective, entre les actes accomplis « dans l'exercice des fonctions » et ceux qui ne l'ont été qu'« à l'occasion de l'exercice des fonctions »⁷⁰. Cette dernière catégorie d'actes, qui correspond à l'hypothèse visée à l'article 96 de la Constitution, comprend tous les actes accomplis par le Président de la République en cette qualité, y compris ceux relevant de la vie privée ou ceux détachables de la fonction présidentielle. Une telle interprétation est d'ailleurs partagée par la doctrine. Selon Maître Eric DEZEUZE, « Ligne de partage de l'irresponsabilité du chef de l'Etat, l'acte accompli dans l'exercice des fonctions doit donc pouvoir être distingué de celui qui ne l'est point »⁷¹. Toutefois, certains constitutionnalistes estiment que « le Président de la République bénéficie d'une immunité pour tous ses actes pendant la durée de son mandat, qu'ils découlent de son mandat, qu'ils découlent de sa fonction ou qu'ils soient privés »⁷². C'est pour éviter les divergences d'interprétation que la réforme constitutionnelle de 2007 en France a abandonné cette expression, au profit d'une formule plus simple consacrée à l'article 67 de la Constitution aux termes duquel « Le Président de la République n'est pas responsable des actes accomplis en cette qualité ». Cette reformulation est

d'ordre général et absolu; qu'elles s'appliquent, sans distinction, à toutes les infractions criminelles ou délictuelles, dont aurait pu se rendre coupable un membre du gouvernement dans l'exercice de ses fonctions ». Cette évolution jurisprudentielle connaîtra son épilogue avec l'arrêt de la même chambre du 6 février 1997 (Cass. Crim., 6 février 1997, *Bull. crim.*, n° 48 ; note de J.-F. Renucci, in *Dalloz*, 1997, *Jur.*, p. 334.) par lequel les hauts magistrats décident que « la compétence de la Cour de justice de la République, telle que prévue par l'article

censée mettre un terme à ces interprétations jurisprudentielles dépourvues de toute homogénéité.

21. En second lieu, la locution adverbiale « ...ne peut plus... » employée à l'article 96 de la Constitution laisse la fausse impression que des poursuites peuvent être engagées contre le Président de la République durant son mandat et, enfin d'exercice, elles ne peuvent plus avoir lieu. Or de telles poursuites ne sont possibles que devant la Haute cour de justice et seulement « en cas de manquement grave à ses devoirs, manifestement incompatible avec l'exercice de sa haute fonction »⁷³, ce qui vise uniquement la haute trahison.

22. Cette formulation trompeuse cache à l'évidence une réalité bien plus décevante : le Président de la République ne peut être jugé durant son mandat que pour haute trahison et devant la Haute cour de justice. A la fin de son mandat, il « ne peut plus » être jugé pour les infractions qu'il pourrait avoir commises pendant l'exercice de ses fonctions, quand bien même elles seraient sans lien avec ces dernières. En conséquence, l'immunité pénale qui tire sa source dans l'exercice des fonctions présidentielles rejaillit sur la personne du Président de la République, pour couvrir définitivement tous les actes

68-1 de la Constitution, ne saurait s'étendre aux actes qui ne sont commis, par des ministres, qu'à l'occasion de l'exercice de leurs fonctions (...), tel était le cas en l'espèce ».

70 Cass. Crim., 6 février 1997 précité.

71 E. DEZEUZE, art.préc., n°10, p.500.

72 Ph. Ardant, « Responsabilité politique et pénale des chefs d'Etat, des chefs de gouvernement et des ministres », *Revue internationale de droit comparé*, Vol. 54 n°2, avril-juin 2002, p.468.

73 Article 192 de la Constitution du 25 octobre 2015.

criminels ou délictueux qu'il a commis durant l'exercice du pouvoir suprême.

23. On le comprend bien, l'article 96 de la Constitution congolaise élargit doublement le domaine de l'immunité pénale du chef de l'Etat : celle-ci survit au-delà du mandat et concerne tous les actes commis par ce dernier à l'occasion de l'exercice de ses fonctions. Cette dernière formule englobe, ainsi qu'on l'a déjà souligné, tous les actes commis par le Président de la République, qu'ils soient ou non liés à l'exercice de la fonction suprême.

24. Ainsi, si l'ancien chef de l'Etat reste poursuivable pour les infractions commises avant et après le mandat présidentiel, la Constitution congolaise jette « un voile pudique... sur bien des excès »⁷⁴ dont il peut se rendre coupable pendant l'exercice de ses fonctions, ce qui renforce un sentiment d'impunité dont semblent jouir tous ceux qui détiennent et exercent le pouvoir en Afrique.

2- L'instauration d'une impunité de fait

25. Certains chefs d'Etat vivent depuis longtemps dans l'illusion que leur fonction politique leur conférerait une immunité absolue. Les condamnations définitives de Charles Taylor, Khieu Sampahân marquent l'entrée « dans une nouvelle ère de la responsabilité » pénale. « Le temps de l'impunité est révolu »⁷⁵. Il en est ainsi parce que, pour des systèmes qui se veulent démocratiques, il peut « paraître choquant d'accorder une totale impunité à un chef d'Etat qui était sorti du peuple, et,

après la fin du mandat, devait redevenir un individu comme les autres »⁷⁶.

26. L'impunité des violations graves des droits de l'homme qui a marqué les années 80 en Afrique et le droit des victimes à obtenir la vérité à la faveur des conférences nationales souveraines qui se sont tenues un peu partout sur le continent « ont converti les droits de l'homme en une arme à double tranchant au cours de ces dernières décennies »⁷⁷. Dans cette perspective, la Commission des droits de l'homme de l'ONU a élaboré, en 2005, un ensemble des principes, en vue de la protection et de la promotion des droits de l'homme au moyen de la lutte contre l'impunité. Un chapitre fut également inclus dans ce texte, dont le principe 22 affirmait que « Les Etats devraient adopter et appliquer les garanties contre toute déviation de règles telles que celles qui ont trait aux immunités officielles... ».

27. Aussi paradoxal que cela puisse paraître, cette action au niveau international en faveur de la lutte contre l'impunité a produit un effet inverse dans certains Etats africains. Outre l'hostilité concertée à l'égard de la justice pénale internationale, notamment lorsqu'elle a émis des mandats d'arrêt à l'encontre de deux chefs d'Etats en exercice⁷⁸, on note au niveau des appareils législatifs et judiciaires des Etats, la mise en place des mécanismes juridiques tendant à assurer l'impunité de certaines violations graves des droits de l'homme. Ainsi, par exemple, pour faire échec à la demande d'extradition du Royaume de Belgique dans l'affaire Habré, la Chambre d'accusation de la Cour d'appel de Dakar, au Sénégal, a, se fondant sur l'article 87 de la Constitution

74 Selon l'expression de W. Jeandidier, art.préc.

75 A.-T. Lemasson, « La condamnation de Charles Taylor : une première pour un chef d'Etat », *Recueil Dalloz*, p.2191.

76 D. Breillat, « L'immunité du chef de l'Etat », art.préc., p.48.

77 J. A. E. Vervaele, « Violations graves des droits de l'homme et crimes internationaux : du

Jus (non) puniendi de l'Etat nation à une *deber puniendi* tiré du *Jus conges* », RSC. 2014, p.487.

78 D. Emmanuel, « La Cour pénale internationale : entre Droit et Politique », in D. Emmanuel (dir), *Les vingt ans du Traité de Rome portant Statut de la Cour pénale internationale*, Institut Universitaire Varenne, 2019, p.32.

sénégalaise, mis en avant l'immunité dont bénéficierait l'ancien président tchadien et qui, d'après les juges, « *a vocation à survivre après la cessation des fonctions du Président de la République, quelle que soit sa nationalité et en dehors de toute convention d'entraide* »⁷⁹.

28. Cette décision est regrettable et le parallèle qu'elle établit avec l'article 96 de la Constitution congolaise renforce le sentiment d'une entrave manifeste à la répression des crimes graves. Dans ce dernier cas, ce sentiment est d'autant plus fondé que l'extension par la Constitution de l'immunité pénale aux anciens chefs d'Etats paraît contraire non seulement à la pratique internationale en la matière, mais également aux engagements internationaux du Congo.

29. Ainsi, l'ancien Président chilien Augusto Pinochet avait tenté de se soustraire à son extradition du Royaume-Uni vers l'Espagne, en invoquant l'immunité dont il bénéficierait au titre d'ancien chef d'Etat. En date du 25 novembre 1998, la Chambre des Lords rendait une décision infirmant le jugement de la Cour divisionnaire du banc de la Reine du 28 octobre de la même année. Elle a décidé, par une interprétation innovante de l'article 20 de la loi de 1977 sur l'immunité, que le général Pinochet ne pouvait bénéficier de l'immunité de l'Etat et pouvait donc être extradé⁸⁰. Cette décision confirme bien le postulat suivant lequel, le chef de l'Etat ne doit sa protection qu'à la fonction suprême qu'il exerce. C'est pourquoi, « tant qu'il est en fonction, il est protégé. Il n'en

est plus de même lorsqu'il cesse ses fonctions »⁸¹.

30. Il paraît donc évident que le principe de l'immunité ne s'applique, conformément au droit interne et au droit international, qu'aux chefs d'Etats « en exercice »⁸².

En droit international, la jurisprudence des tribunaux français a affirmé, avec clarté et avec force, le principe de ces immunités. L'expression la plus récente de cette jurisprudence se trouvant dans un important arrêt du 13 mars 2001 rendu par la chambre criminelle de la Cour de cassation, dans l'affaire dite *Kadhafi* du nom de l'ancien chef d'Etat libyen. Cet arrêt rappelle que « *la coutume internationale s'oppose à ce que les chefs d'Etats en exercice puissent, en l'absence de dispositions internationales contraires s'imposant aux parties concernées, faire l'objet de poursuites devant les juridictions pénales d'un Etat étranger* »⁸³. Le principal enseignement de cette jurisprudence est, outre le fait que l'immunité ne s'applique qu'aux chefs d'Etats en exercice⁸⁴, l'affirmation de possibles exceptions qui résulteraient, selon les termes de l'arrêt, « des dispositions internationales s'imposant aux parties »⁸⁵.

En droit interne, deux principes gouvernent l'immunité reconnue aux chefs d'Etats. Le premier principe postule que l'immunité ne s'applique plus aux chefs d'Etats qui n'exercent plus le pouvoir. Pour le second, il faut que les faits dont la justiciabilité est discutée soient susceptibles

⁷⁹ Cité par A. SALL, *L'affaire Hissène Habré. Aspects judiciaires nationaux et internationaux*, Paris, L'Harmattan, 2013, pp.39-40.

⁸⁰ Voir sur cette affaire : P. Astié et D. Breillat, « Repères étrangers », in *Pouvoirs*, n°88 et 89.

⁸¹ D. Breillat, « L'immunité du chef de l'Etat », *art. préc.*, p.69.

⁸² E. Decaux, « Le statut du chef d'Etat déchu », *Annuaire française du droit international*, XXVI, 1980, pp.101-139.

⁸³ Cass.crim., 13 mars 2001, n°00-87.215, Bull. crim., n°64.

⁸⁴ J. F. Roulot, « La coutume du droit international pénal et l'affaire Kadhafi », *D.* 2001, p.2631.

⁸⁵ V° F. Poirat, « Immunité de juridiction pénale du chef d'Etat étranger et règle coutumière devant le juge judiciaire », *RGDIP* 2001.447.

de se rattacher à l'exercice de la fonction présidentielle, c'est-à-dire des infractions non commises à des fins personnelles, comme l'a récemment rappelé la chambre criminelle de la Cour de cassation française⁸⁶. Sur cette dernière règle, la Cour constitutionnelle ukrainienne avait décidé que « *L'immunité reconnue à certains officiels n'est pas un privilège officiel; elle leur est attribuée pour leur permettre de mieux accomplir leurs fonctions d'Etat. Dès lors, en vertu de la Constitution d'Ukraine et de ses obligations internationales, l'immunité n'est pas une garantie de l'impunité* »⁸⁷.

31. Ainsi, si les crimes graves bénéficient d'une bienveillante attention de la part des juges, en revanche, bien d'autres infractions intéressant la criminalité financière ou économique suscitent une moindre indignation, voire une relative indifférence et leurs auteurs ont beau jeu d'arguer de l'immunité attachée à leur statut pour échapper à toutes poursuites⁸⁸.

32. En somme, la constitutionnalisation de l'irresponsabilité pénale des anciens chefs d'Etats pour des faits commis pendant l'exercice du mandat présidentiel consacre, bien pire qu'une immunité absolue, une impunité de fait dont un Etat de droit ne peut se satisfaire. Sur le plan procédural, elle crée un obstacle à la mise en œuvre de l'action publique.

B- L'extinction de l'action publique

⁸⁶ Crim., 15 déc. 2015, n°15-83.156, *AJ pénal* 2016.74, comm. L. Chercheneff et D. Ventura.

⁸⁷ Décision n°1-35/2001 du 11 juillet 2001, §2.2.2 (traduction non officielle).

⁸⁸ R. Koering-Joulin, « De l'immunité de juridiction pénale des hauts responsables étatiques étrangers », in *Entre tradition et modernité : le droit pénal en contrepoint, Mélanges en l'honneur d'Yves Mayaud*, Dalloz, 2017, p.626.

⁸⁹ V° C. Hardouin-Le Goff, « Indéfectible prescription de l'action publique », in *Code pénal et Code d'instruction criminelle, Livre du Bicentenaire*, Dalloz, 2010.

33. En affirmant qu' « aucune poursuite pour des faits qualifiés de crime ou de délit ou pour manquement grave à ses devoirs commis à l'occasion de l'exercice de sa fonction ne peut plus être exercée contre le Président de la République après la cessation de ses fonctions », le constituant congolais retient une formulation qui renvoie, à première vue, à l'une des institutions les plus controversées du droit pénal. Il s'agit de la prescription, qui est un obstacle procédural entraînant l'extinction de l'action publique. Cependant, bien qu'elle produise les mêmes effets que la prescription, la règle édictée à l'article 96 de la Constitution congolaise n'épouse pas la variété et le nombre des fondements que la doctrine a mis en relief pour justifier cette institution⁸⁹. La prescription traduit l'impunité due à la seule faveur du temps sur l'auteur de l'infraction⁹⁰ et sanctionne l'inaction ou la négligence de la partie poursuivante à mettre en mouvement l'action publique⁹¹. La règle édictée à l'article 96 de la constitution congolaise ne correspond évidemment à aucune de ces justifications, mais elle aboutit, au même titre que la prescription, à paralyser, de manière irréversible, l'exercice de l'action publique. Toutefois, une telle mesure est en principe inefficace en cas de commission des crimes relevant de la compétence de la cour pénale internationale. Il paraît donc évident que si cette situation d'injusticiabilité pénale⁹² du Président de la République en fin de mandat est consacrée au plan interne (**I**), elle paraît

⁹⁰ D. Nzouabeth, « Le temps et l'infraction », *Annales africaines*, n°

⁹¹ A. Varinard, « La prescription de l'action publique : une institution à réformer », in *Le droit pénal à l'aube du troisième millénaire. Mélanges offerts à Jean Pradel*, op.cit., 604.

⁹² Voir J. Le Roy, « Réflexions sur l'injusticiabilité en matière pénale », in *Entre tradition et modernité : le droit pénal en contrepoint, Mélanges en l'honneur d'Yves Mayaud*, Dalloz, 2017, pp.113 et s.

en revanche neutralisée au plan international (2).

1- Une injusticiabilité consacrée

34. Si au Congo, l'injusticiabilité pénale de l'ancien Président de la République, pour des faits qualifiés de crimes ou délits commis à l'occasion de l'exercice de ses fonctions, est formellement consacrée par l'article 96 de la Constitution, son fondement semble, en revanche, discutable.

35. L'idée selon laquelle l'injusticiabilité pénale de l'ancien chef de l'Etat reposerait sur la prescription des faits dès la fin du mandat n'emporte pas entière conviction. Cette injusticiabilité paraît d'autant moins fondée sur cette institution qu'elle contrarie tant la finalité que la portée de la prescription de l'action publique.

36. Comme on l'a déjà souligné, la prescription de l'action publique est fondée sur des justifications tirées tantôt de la force et de la puissance du temps qui s'écoule entre la commission des faits et leur poursuite, tantôt de la négligence de la partie poursuivante et même de la grande loi de l'oubli⁹³. Or, il semble que l'injusticiabilité du Président de la République en fin de mandat ne s'explique par aucune de ces justifications. Elle trouve son fondement dans les fonctions que celui-ci a exercées, et il est parfaitement imaginable que le temps qui sépare la commission des faits et celui des poursuites soit tellement court qu'il exclut toute idée d'oubli et même de négligence. L'idée de négligence de la partie poursuivante paraît d'autant plus à exclure que le Président de la République n'est justiciable, durant l'exercice de ses fonctions, que devant la

Haute cour de justice et que sa responsabilité pénale ne peut être engagée qu'en cas de manquement grave à ses devoirs, manifestement incompatible avec l'exercice de sa haute fonction⁹⁴. En dehors de cette hypothèse qui renvoie, selon toute vraisemblance, à la haute trahison, il est donc impossible de le poursuivre devant les juridictions de droit commun et même, si l'on retient le principe de l'extension du privilège de juridiction consacré par le conseil constitutionnel français⁹⁵, devant la Haute cour de justice pour les autres faits. Dès lors, cette impossibilité ne peut être imputable à la négligence des autorités de poursuite.

37. Par ailleurs, alors que la prescription de l'action publique a une portée absolue, dans la mesure où lorsqu'elle est acquise, la prescription profite à l'ensemble des participants à l'infraction⁹⁶, l'injusticiabilité pénale du Président de la République a, au contraire, une portée toute relative. En effet, s'il est impossible de rechercher la responsabilité pénale du chef de l'Etat au terme de son mandat, les poursuites à l'encontre de ses coauteurs ou complices éventuels demeurent possibles et envisageables. De tout point de vue, l'impossibilité des poursuites pénales à l'encontre du Président de la République en fin d'exercice de ses fonctions ne paraît pas être fondée sur la prescription de l'action publique. Elle constitue néanmoins une cause d'extinction de l'action publique *sui generis*. Cette nouvelle cause contribue au renforcement des incertitudes et des vicissitudes de l'action publique dans les systèmes juridiques contemporains, car c'est un « équilibre délicat établi par la pesée, affinée au fil des siècles, des intérêts de l'ordre social, de la paix publique, de la personne poursuivie et de la partie lésée par

93 V° J. Pradel et A. Varinard, *Les grands arrêts de la procédure pénale*, 9^e éd., Dalloz, 2016, pp.100-101.

94 Article 95 de la Constitution.

95 Cons. const. déc. n°98-408 DC du 22 janv. 1999, *JO* du 24 janv. 1999, p.1317.

96 A. Varinard, « La prescription de l'action publique : une institution à réformer », art.préc., p.612.

l'infraction, qu'exprime le concept d'action publique »⁹⁷.

38. D'ailleurs, la recherche du fondement juridique de cette injusticiabilité pénale aboutit à l'incongruité de la règle de l'irresponsabilité pénale au-delà de l'exercice de la fonction présidentielle, car selon toute logique la fin du mandat correspond à la résurrection de l'action publique suspendue durant le mandat. Cette solution a été affirmée de manière claire par l'Assemblée plénière de la Cour de cassation française dans son arrêt du 10 octobre 2001⁹⁸. Cette suspension apparaît comme le corollaire nécessaire de l'immunité pénale dont jouit le Président de la République pendant la durée du mandat. Elle permettrait à l'action publique de reprendre son cours, du moins pour les infractions de droit commun commises avant ou pendant l'exercice des fonctions présidentielles, dès la fin du mandat. Dans ce cas, la seule difficulté à résoudre sera celle de la détermination du point de départ de cette suspension. Selon la jurisprudence, cette suspension débutera à compter du jour où la partie poursuivante aura manifesté expressément sa volonté d'agir et se sera heurtée à l'obstacle de droit⁹⁹. Ainsi, l'exercice de la fonction présidentielle n'entraînerait que la suspension de l'action publique et non son extinction, comme le suggère la lettre de l'article 96 de la constitution. Cette dernière solution s'entend non seulement de l'impossibilité de rechercher la responsabilité du Président de la République en fin de mandat, mais aussi de l'interdiction de son audition pour des faits accomplis à l'occasion de l'exercice de ses fonctions¹⁰⁰. C'est le cas dans la Constitution française depuis la

réforme constitutionnelle du 24 février 2007¹⁰¹. Selon l'article 67 alinéa 2 de cette constitution, « *Les instances et procédures auxquelles il est ainsi fait obstacle peuvent être reprises ou engagées contre lui [le Président de la République] à l'expiration d'un délai d'un mois suivant la cessation des fonctions* ». Cette limitation est importante, car elle permet de réaliser l'équilibre nécessaire entre les exigences constitutionnelles inhérentes à l'exercice de la fonction présidentielle et les impératifs du droit pénal. Elle fait naître également une « obligation au droit pénal pour le Législateur, sommé d'incriminer et de punir, et un droit à la peine, les individus pouvant légitimement espérer »¹⁰² la répression des actes les plus graves, qu'ils émanent du simple citoyen ou d'un haut responsable politique.

39. Quoiqu'il en soit, cette injusticiabilité pénale du Président de la République n'est pas absolue. Elle semble limitée aux infractions de droit pénal interne et n'étend pas son emprise aux crimes internationaux relevant de la compétence de la Cour pénale internationale.

2- Une injusticiabilité neutralisée

40. Traditionnellement, la responsabilité pénale peut être mise en échec pour des raisons pratiques, morales ou politiques. Parmi ces raisons, l'immunité pénale a longtemps permis de neutraliser la responsabilité pénale, quelle que soit la gravité des crimes commis par celui qui s'en prévaut. La notion de l'immunité interdisait ainsi de poursuivre des chefs d'Etats ou d'anciens chefs d'Etats, en application d'un

97 V° A. Decoq, « L'avenir funèbre de l'action publique », in *L'avenir du droit. Mélanges en hommage à François Terré*, Dalloz/PUF/éd. J-Cl, 1999, p.786.

98 D. 2002, 674, note J. Pradel.

99 Cass. Ass. plén., 23 décembre 1999, Bull. crim., n°967.

100 V° sur les corollaires de l'immunité pénale : E. Dezeuze, « Un éclairage nouveau sur le

statut pénal du Président de la République », *RSC* (3), juill. Sept. 1999, pp.504-505.

101 La loi constitutionnelle n°2007-238 du 23 février 2007 portant modification du titre IX de la Constitution.

102 M. Ubéda-Saillard, « Rapport introductif », in *Société française pour le droit international-Colloque de Lille. La souveraineté pénale de l'Etat au XXIème siècle*, op.cit., p.21.

droit international conçu sur le modèle dit « de Grotius », comme interétatique et soucieux de respecter l'égalité souveraineté de tous les Etats. Pourtant, à partir du Traité de Versailles, c'est un tout autre modèle qui permet d'écarter l'immunité de Guillaume II : son extradition ne fut jamais accordée, mais la poursuite aurait été juridiquement possible¹⁰³.

41. Mais face à l'horreur des événements dramatiques du XXe siècle, tels que la Shoah, le génocide du Rwanda¹⁰⁴..., ces « bonnes raisons sonnent creux et font figure d'obstacles dérisoires »¹⁰⁵. Ainsi l'article 27 du statut de Rome créant la Cour pénale internationale écarte-t-il expressément toute protection pénale dérogatoire accordée par les droits nationaux aux chefs d'Etats, ministres ou parlementaires et on pourrait ajouter, dans la situation congolaise, aux anciens Présidents de la République, pour les crimes commis durant leur mandat. Le premier alinéa de cet article dispose que « *Le présent statut s'applique à tous de manière égale, sans aucune distinction fondée sur la qualité officielle...* ». Au moment de la ratification de ce Traité, certaines difficultés liées notamment aux immunités et privilèges juridictionnels prévus par les constitutions des Etats n'ont pas manqué de se poser. Certains Etats, à l'instar de la France, ont fait le choix de modifier préalablement leurs constitutions avant la ratification du Traité, afin de remédier aux incompatibilités relevées par le Conseil constitutionnel¹⁰⁶.

42. La République du Congo a ratifié le statut de Rome en mai 2004, sans

modifier sa constitution de l'époque, alors même que l'article 27 du Statut de Rome était manifestement incompatible avec certaines dispositions de cette constitution¹⁰⁷. Bien plus, suite à l'adoption de la Constitution du 25 octobre 2015, l'immunité pénale dont jouit le Président de la République en exercice a été étendue aux anciens chefs d'Etat, sans indiquer expressément qu'une telle protection ne s'applique pas aux crimes relevant de la compétence de la Cour pénale internationale, que ceux-ci soient jugés devant elle ou devant les juridictions pénales nationales, au titre du principe de la complémentarité de la cour¹⁰⁸. On peut dès lors s'interroger sur l'attitude que devrait adopter le juge pénal national lorsqu'un ancien chef d'Etat est poursuivi devant lui pour les crimes prévus aux articles 5 et suivants du Statut de Rome. Devrait-il faire prévaloir l'article 27 du statut de Rome ou au contraire soulever d'office une fin de non-recevoir en application des dispositions de l'article 96 de la nouvelle Constitution ? Autrement dit, le juge pénal congolais peut-il appliquer directement les dispositions d'un Traité en lieu et place des dispositions d'une loi nationale contraire ? La question est loin d'être banale, puisque le juge pénal congolais pourrait ne pas se fonder sur le statut de Rome, mais plutôt sur les dispositions du droit pénal interne¹⁰⁹. La réponse à cette question nous semble résider dans la lecture combinée des dispositions des articles 1^{er} (sur la complémentarité de la cour pénale internationale) et 27, alinéa 2 du statut de Rome qui dispose que « *Les immunités ou règles de procédure spéciales qui peuvent s'attacher à la qualité officielle de la personne, en vertu du droit national*

103 M. Delmas-Marty, « La responsabilité pénale en échec, prescription, amnistie, immunités », in A. Cassese, M. Delmas-Marty (dir.), *Crimes internationaux et juridictions nationales*, PUF, 2002, p.371 et s.

104 T. Ndiaye, *Le génocide rwandais. Enquête historique*, Folio 2017.

105 M. Delmas-Marty, art.préc., p.373.

106 V° L. Favoreu, « La Cour de cassation, le Conseil constitutionnel et la

responsabilité pénale du Président de la République », *Recueil Dalloz* 2001, p.3365.

107 Il s'agit des articles 87,152 et 153 de la Constitution du 20 janvier 2002 abrogée.

108 Article 1^{er} du statut de Rome.

109 not. la loi n°8-98 du 31 octobre 1998 portant répression du génocide, des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité.

ou international, n'empêchent pas la Cour d'exercer sa compétence à l'égard de cette personne ».

43. Ainsi, lorsque le juge pénal national poursuit un ancien chef d'Etat pour les crimes de la nature de ceux prévus par le statut de Rome, il ne peut ni relever d'office la fin de non-recevoir tirée de l'immunité dont bénéficie celui-ci, ni faire droit à une telle demande. Dans le cas contraire, la Cour pénale internationale devrait reprendre sa compétence et connaître de l'affaire. Selon Eric David, « l'économie du principe de complémentarité devrait exclure l'immunité pénale des personnes convaincues de crimes visés par le statut de la CPI. Comment, en effet, pouvoir donner un réel effet à ce principe si l'immunité devrait faire obstacle aux poursuites devant un tribunal interne ? »¹¹⁰.

44. Le statut de Rome neutralise donc, du moins théoriquement, l'immunité pénale d'un ancien chef d'Etat lorsque sont en cause les crimes internationaux relevant de la compétence de la Cour. En pratique, cependant, la question de la coopération judiciaire des Etats avec la Cour peut se poser¹¹¹. Elle recoupe d'ailleurs deux autres questions : celle de la mise en œuvre par l'Etat d'un mandat d'arrêt délivré par la Cour contre le titulaire d'une immunité et celle de la réponse à donner par les officiels d'un Etat à des injonctions de la Cour¹¹². Ces questions ne sont pas dénuées d'importance pratique, dès lors qu'elles rappellent à la mémoire de tous le sort des mandats d'arrêts, lancés par la CPI contre

un chef d'Etat africain et demeurés infructueux.

45. Cette question de la coopération avec la Cour est d'autant plus cruciale que les Etats africains se montrent particulièrement frileux lorsqu'il s'agit d'un mandat d'arrêt contre un responsable de haut rang, qu'il soit en fonction ou en fin de mandat¹¹³.

46. Le souci de protéger les hauts responsables politiques a conduit les constituants congolais à, non seulement étendre le domaine traditionnel de l'immunité politique, mais également à incriminer des éventuelles poursuites à l'encontre de ceux-ci. Une telle incrimination va à l'encontre des finalités de la répression.

II- Une répression de l'entrave

47. L'exercice des fonctions présidentielles n'est pas doté d'une légitimité dépénalisante en soi. Ces fonctions ne constituent pas non plus une nouvelle hypothèse de la théorie de la justification. Dès lors, l'érection des poursuites à l'encontre d'un Chef de l'Etat en fin de mandat en une infraction pénale dévoie les finalités de la répression. Bien que les fonctions présidentielles entraînent l'irresponsabilité pénale, elles sont sans lien avec les faits justificatifs, et sont donc dépourvues de toute connotation objective, c'est-à-dire « sans un but de protection des valeurs ou d'intérêts supérieurs légalement établis »¹¹⁴. Une telle incrimination paraît aberrante (A) non seulement parce qu'elle

110 E. David, *Eléments de droit pénal international et européen*, Bruylant, Bruxelles, 2009, p.108.

111 P. Damien Massi Lombat, « Les sources et fondements de l'obligation de coopérer avec la Cour pénale internationale », *Revue québécoise de droit international*, n°27-1, 2014, p.113-141.

112 X. Aurey, « Article 27. Défaut de pertinence de la qualité officielle », in *Statut de Rome de la Cour pénale internationale*,

commentaire article par article, Ed. A. Pedone, 2012, p.860.

113 V° à ce sujet : D. Gnamou, « Immunités du chef de l'Etat à l'épreuve de la justice pénale internationale », in *Les usages du droit en Afrique. Actes du deuxième Symposium Juridique de Libreville (25-27 novembre 2015)*, Palabres Actuelles, Revue de la Fondation Raponda-Walker, n°7-2017, pp.27-45.

114 Y. Mayaud, « Les droits de la défense, cause d'irresponsabilité pénale », art.préc., p.300.

contrarie la finalité protectrice du droit pénal, mais également parce qu'elle s'adapte mal aux sanctions pénales applicables(B).

A- Une incrimination aberrante

48. Aux termes du second alinéa de l'article 96 de la Constitution congolaise, l'engagement des poursuites contre le Président de la République après la cessation de ses fonctions « *constitue le crime de forfaiture ou de haute trahison* ». L'analyse de cette disposition suscite des interrogations quant au caractère pénal des agissements visés par ce texte. Il en résulte une incertitude et une ambiguïté quant à la nature (1) et à la finalité (2) de telles incriminations.

1- L'incertitude sur la nature de l'incrimination

49. La formule « *constitue le crime de forfaiture ou de haute trahison* », employée à l'article 96 de la Constitution, peut laisser entendre que les faits qui y sont visés constituent des infractions pénales. On peut cependant en douter. La référence au terme « crime » ne doit pas abuser, surtout que l'usage de la conjonction de coordination « ou » ajoute de l'ambiguïté à la confusion entre les termes « forfaiture » et « haute trahison ».

50. On peut en effet croire, sans s'interroger pour le moment sur la légitimité d'une telle infraction, que les agissements visés à l'article 96 de la Constitution peuvent être réprimés soit sous la qualification de forfaiture, soit sous celle de haute de trahison. La différence de nature qui existe entre ces deux termes n'autorise pas une telle analyse. Ceux-ci ont connu des

fortunes diverses sur le plan juridique. Alors que la forfaiture constitue une infraction pénale, le caractère pénal de l'incrimination de haute trahison semble au contraire discutable, même si elle sert de fondement à la mise en œuvre de la responsabilité politique du Président de la République¹¹⁵.

51. En effet, la forfaiture figure dans le code pénal congolais comme l'infraction la plus ancienne mais aussi la plus abondante. Plus ancienne, la forfaiture est incriminée dans le code pénal français de 1791 et s'inscrit dans une dynamique de répression des infractions commises par les ministres, chefs militaires et autres agents publics dans l'exercice de leurs fonctions. Elle vise donc à défendre les citoyens contre les abus de pouvoir des agents de l'autorité, toujours suspects de pulsions despotiques et placés sous stricte surveillance. A partir de 1810, la perspective est totalement inverse et le crime de forfaiture n'est plus qu'une infraction marginale, puisqu'il s'agit avant tout de défendre l'Etat et son appareil contre tout ce qui pourrait l'affaiblir ou le contester¹¹⁶. Plus abondante, la forfaiture n'occupe pas moins de dix (10) articles dans le code pénal congolais¹¹⁷ où elle vise certaines catégories de fonctionnaires, à l'instar des magistrats, des officiers de police judiciaire ou administrative.

52. En droit français, le crime de forfaiture a disparu du code pénal après la réforme de 1994¹¹⁸. Ces derniers temps, cependant, on note un regain d'intérêt pour lui. Il suffit, pour s'en convaincre, de signaler une proposition de loi déposée au bureau de l'Assemblée nationale le 10 mars 2017 et visant à rétablir l'infraction de forfaiture dans le code pénal français. Selon l'article 1^{er} de cette proposition de loi, « *Tout fonctionnaire dont il est établi qu'il*

115 L. Favoreu, « De la responsabilité pénale à la responsabilité politique du Président de la République », *RFDC* 2002/1 (n°49), pp.7-29.

116 J.-M. Carbasse, *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, op.cit., n°240, p.446.

117 Articles 119 à 131 (art. 20. L.6/1/1950. AGG prom. du 14/1/1950 JOAEF 1950 p.161).

118 P. Poncela, P. Lacoumes, *Réformer le Code pénal, Où est passé l'architecte ?*, PUF, 1998, p.65.

a manifestation commis dans l'exercice de ses fonctions un abus d'autorité, un trafic d'influence, qui a sciemment manqué à son devoir de neutralité et de loyauté ou qui est convaincu de prévarication, de concussion ou de corruption a commis une forfaiture ». Malgré le caractère général de sa rédaction, puisqu'elle englobe les infractions qui sont pourtant réprimées sous des qualifications autonomes, ce projet de texte a le mérite, contrairement à la législation antérieure, de viser tout fonctionnaire au-delà des catégories traditionnellement concernées par cette infraction.

Comme on le voit, si le caractère d'infraction pénale du crime de forfaiture ne souffre d'aucun doute, il en est autrement de la haute trahison.

53. En effet, la notion de haute trahison n'est pas clairement définie par la Constitution. L'article 95 sur la responsabilité pénale du Président de la République y fait cependant allusion en son deuxième alinéa et l'envisage comme étant « *un manquement grave à ses devoirs, manifestation incompatible avec l'exercice de sa haute fonction* ». A défaut de toute définition précise, les auteurs admettent que cette notion n'est pas pénale, mais politique. Elle paraît donc relever de la responsabilité politique du Président de la République, et non de sa responsabilité pénale¹¹⁹. De ce que la notion de haute trahison n'est évoquée nulle part dans le code pénal, et que ses éléments constitutifs ne répondent que de très loin aux exigences de précision et de clarté inhérentes à la légalité pénale¹²⁰, criminalistes et constitutionnalistes admettent qu'il ne s'agit point d'une

infraction pénale, dès lors qu'elle peut très certainement être caractérisée par des actes qui ne sont pas constitutifs d'infractions pénales. A contrario, des infractions définies par le code pénal, sous des qualifications diverses, paraissent aussi pouvoir être retenues comme constitutives de haute trahison. C'est dans ce sens que la Constitution béninoise du 11 décembre 1990 définit cette notion. Aux termes de l'article 74 de cette constitution, « *il y a haute trahison lorsque le Président de la République a violé son serment, est reconnu comme auteur, co-auteur ou complice des violations graves et caractérisées des droits de l'homme, de cession d'une partie du territoire ou d'acte attentatoire au maintien d'un environnement sain, satisfaisant, durable et favorable au développement* ». Cette définition a le mérite de la concision et il ne paraît pas exagéré de dire qu'elle est conforme au principe de la légalité criminelle. Cette formulation générale en fait d'ailleurs une incrimination générique, au même titre que le crime contre l'humanité¹²¹.

54. Comme on peut le constater, la haute trahison est exclusive de toute qualification pénale, malgré l'emploi par le constituant congolais du terme « crime », qui devrait, selon toute vraisemblance, n'être réservé qu'à la forfaiture. Cette incertitude sur la qualification juridique de la haute trahison a conduit à l'abandon de la notion en droit français. En effet, depuis la réforme constitutionnelle de 2007¹²², l'accusation de haute trahison n'existe plus en droit français, une procédure politique de destitution lui ayant été substituée¹²³.

119 Ph. Ardant, « Responsabilité politique et pénale des chefs d'Etats, des chefs de gouvernement et des ministres », *Revue internationale de droit comparé*. Vol.54 n°2, avril-juin 2002, p.467.

120 Y. Mayaud, *Droit pénal général*, Paris, PUF, 5^e éd. 2015, n°308, p.353.

121 M. Delmas-Marty, « Le Crime contre l'humanité, les droits de l'homme et l'irréductible

humain », *Revue de sciences criminelles et de droit pénal comparé*, n° 3, juillet-septembre 1994, p. 489.

122 Loi constitutionnelle n°2007-238 du 23 février 2007 portant modification du titre IX de la constitution du 4 octobre 1958, JO du 24 février 2007, p.3354.

123 L'article 68 dispose désormais que « *Le Président de la République ne peut être destitué qu'en cas de manquement à ses devoirs*

55. Ainsi, eu égard à sa finalité, la haute trahison ne devrait pas être applicable aux autorités de poursuites pas plus à la victime d'une infraction s'étant constituée partie civile. L'alternative entre la forfaiture et la haute trahison relève donc d'un mélange des genres révélateur du dévoiement de la finalité de ces incriminations, tant elles engagent une philosophie contraire à la prétention de punir.

2- *Le dévoiement de la finalité de l'incrimination*

56. Le droit pénal est le siège des débats récurrents, nés de l'évolution des idées et des mutations des modes de vie¹²⁴. Parmi ces débats, celui sur la finalité de la répression¹²⁵ cristallise l'attention des pénalistes, des siècles passés comme ceux de notre temps¹²⁶, à l'heure surtout où l'on parle de pénalisation proliférante ou de criminalisation exponentielle des comportements sociaux¹²⁷. D'éminents auteurs ont en effet étudié la *ratio legis* des incriminations¹²⁸ ou se sont intéressés à la

manifestement incompatibles avec l'exercice de son mandat ».

124 G. Roujou de Boubée, « Brèves observations sur l'avant-projet de code pénal », in *Mélanges offerts à Pierre Raynaud*, Dalloz-Sirey, 1985, p.726.

125 J. Leblois-Happe, « Y a-t-il encore une fin à la répression », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Jacques-Henri Robert*, op.cit., pp.389 et s.

126 Pour faire le point sur ce débat, V° A. Molinaro, « Les grands problèmes actuels du droit pénal », *RIDC.*, Vol.1, n°1-2, janv.-mars 1949, pp.39-53.

127 Y. Mayaud, « La loi pénale, instrument de valorisation sociale », in *Code pénal et code d'instruction criminelle, Livre du Bicentenaire*, Paris, Dalloz, 2010, p.2010, p.3.

128 Y. Mayaud, « *Ratio legis* et incrimination », *R.S.C.*, 1985, p.597.

129 V° F. Anoukaha, « Le renouveau de la procédure pénale camerounaise : entre la double

prise en compte des objectifs de la répression¹²⁹ et de sa légitimité¹³⁰. En toile de fond, la question posée est celle de « savoir quelles sont exactement les valeurs ainsi protégées par le Droit pénal... Dans cette perspective, les valeurs essentielles de la société sont celles dont la méconnaissance mettrait en péril la société, telle qu'elle existe ou telle qu'elle est voulue »¹³¹.

57. Mais, la simple évocation des valeurs ou intérêts protégés passe aux yeux de certains pénalistes pour de la philosophie du droit¹³² que pour de la technique juridique. Ainsi la doctrine moderne préfère-t-elle parler de l'infraction juste, c'est-à-dire une théorie selon laquelle l'acte matériel constitutif de l'infraction ne serait pas réductible à la violation de la loi pénale mais supposerait également la lésion d'un intérêt protégé¹³³.

58. A chaque incrimination édictée par le législateur, il est donc possible de s'interroger sur sa *ratio legis*, autrement dit sur les valeurs sociales qu'elle entend protéger. Cette interrogation est essentielle puisqu'elle permet de détecter les incriminations imparfaites et inutiles, et par voie de conséquence de circonscrire le

influence des systèmes de droit romano-germanique et de common law et l'affirmation d'une identité nationale », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Jacques-Henri Robert*, op.cit., p.17.

130 X. Pin, « Propos conclusifs. L'empreinte des valeurs sociales protégées en droit pénal » in P. Mistretta, S. Papillon et C. Kurek (dir.), *L'empreinte des valeurs sociales protégées en droit pénal*, Paris, Dalloz, 2020, p.111 t s ; G. Dargentas, « La norme pénale et la recherche autonome des valeurs dignes de la protection pénale. Essai sur la théorie générale du droit pénal », *Revue pénitentiaire*, 1971, p.411 et s.

131 G. Roujou de Boubée, art.préc., p.724.

132 V° R. Merle et A. Vitu, *Traité de droit criminel*, op.cit., n°403.

133 X. Pin, « L'infraction injuste », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Jacques-Henri Robert*, op.cit., p.586.

domaine du droit pénal à la répression des atteintes aux valeurs jugées nécessaires pour la sauvegarde de l'ordre social. Certes qu'il n'est pas possible de s'entendre sur les valeurs sociales dites essentielles, néanmoins la prise en compte de ces valeurs permettra de lutter contre l'inflation pénale¹³⁴.

59. Cette interrogation est particulièrement opportune à propos de la pénalisation des poursuites à l'encontre d'un ancien chef de l'Etat. On peut en effet se demander quelles sont les valeurs sociales protégées par ces infractions. A l'analyse, il n'y en a aucune. Ces incriminations comportent en elles-mêmes une aberration congénitale.

60. En effet, dans tous les pays du monde, la justice est au cœur des enjeux sociaux et est investie de toutes les espérances sociétales¹³⁵. On ne peut que s'écarter ouvertement de la finalité de la répression en érigeant en infraction pénale sa mise en œuvre, fût-elle contre un ancien dirigeant. A notre avis, ainsi que cela a été souligné plus haut, il y a plus de troubles à laisser impunis certains crimes qu'à poursuivre leur auteur, malgré l'identité politique et civile de ce dernier. Cette incrimination injuste est par ailleurs révélatrice de l'ambiguïté des rapports entre le droit pénal et la politique¹³⁶. Alors que du premier on peut espérer une moralisation de la vie politique, la seconde apparaît, de plus en plus, comme un facteur paralysant de la répression. Cette ambiguïté ressort clairement dans le Statut de Rome créant la Cour pénale internationale. Tandis que son

article 27 consacre l'absence de pertinence de la qualité officielle, les dispositions de son article 16 reconnaissent au Conseil de Sécurité des Nations Unies le pouvoir de prononcer un sursis à enquêter ou à poursuivre.

61. Aux termes des dispositions de l'article 96 de la Constitution congolaise, le Procureur de la République pourrait être convaincu de crime de forfaiture lorsqu'il poursuit un ancien Président de la République pour des crimes économiques ou autres atteintes aux droits humains que ce dernier pourrait avoir commis durant son mandat. On se demande bien si cette disposition mérite les honneurs d'une qualification pénale, tant elle porte un coup rude à l'Etat de droit que cette même constitution est censée consolider. Par ailleurs, une telle incrimination heurte le principe de proportionnalité¹³⁷ et conduit à se demander si le recours au droit pénal comme solution à la protection de l'immunité reconnue à l'ancien chef de l'Etat « ne constitue pas, en son principe même ou en sa portée une solution excessive »¹³⁸.

62. Ainsi, même si l'Etat est source de légitimité inégalée du droit de punir¹³⁹, l'exercice du pouvoir d'incriminer n'est pas aussi libre que l'on croit. Il est encadré par des principes supérieurs, au nombre desquels les principes de nécessité et de proportionnalité qui traduisent fortement l'idée qu'il est « essentiel que les peines aient de l'harmonie entre elles, parce qu'il est essentiel que l'on évite plutôt un grand crime qu'un moindre, ce qui attaque la

¹³⁴ Selon la formule de Jean Carbonnier, *Droit et passion du droit sous la Ve République*, Ed. Flammarion, 1996, p.144.

¹³⁵ V° en ce sens, A. Akam Akam, « Crise (s) de la justice au Cameroun ? Brèves réflexions sur un pouvoir à la croisée des chemins », in *Le droit au pluriel, Mélanges en hommage au doyen Stanislas Méloné*, P.U.A, 2018, p.514.

¹³⁶ V° sur ce thème : G. Giudicelli-Delage, « Justice pénale et décisions politiques : réflexions à partir des immunités et des privilèges de juridiction », *RSC* 2003. 247.

¹³⁷ V° sur ce principe, M.-C. Sordino, « De la proportionnalité en droit pénal », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Jacques-Henri Robert*, op.cit., pp.711 et s.

¹³⁸ S. Yawaga, « Le principe de proportionnalité en matière pénale. Réflexion à partir du droit pénal camerounais », in *Le droit au pluriel, Mélanges en hommage au doyen Stanislas Méloné*, op.cit., p.938.

¹³⁹ V° sur l'actualité de la question : *La souveraineté pénale de l'Etat au XXIe siècle. Colloque de Lille*, Ed. A. Pedone, 02 mai 2018, 520p.

société, que ce qui la choque moins »¹⁴⁰. Ces principes postulent en faveur du contrôle de l'élargissement, de plus en plus croissant, des valeurs sociales et politiques à protéger et des déviations observées dans l'exercice de la répression. Il paraît dès lors indispensable de rappeler que la justification participe de la théorie de l'infraction et permet de justifier la légitimité d'une incrimination en raison de sa conformité à la finalité protectrice du droit pénal, c'est-à-dire de l'intérêt invoqué comme référence justificative dans l'échelle des valeurs sociales¹⁴¹.

63. En somme, le droit pénal doit demeurer la réponse ultime aux comportements déviants qui portent atteinte aux intérêts fondamentaux de la société. La pénalisation des atteintes à l'immunité des anciens Présidents de la République remet en cause non seulement la rationalité du droit de punir, mais également ses fondements et sa raison d'être. Ce dévoiement de l'exercice du pouvoir d'incriminer rend dans une certaine mesure difficile la recherche des peines applicables à ces incriminations dont le caractère est, du moins pour l'une d'elle, très discutable.

B- Des sanctions pénales introuvables

64. La fonction d'une constitution n'est pas de se substituer au législateur, et de prévoir les infractions pénales à sa place. Certes, il y a bien longtemps, en France par exemple, que le Conseil constitutionnel développe une importante jurisprudence

140 Ch. de Montesquieu, *De l'Esprit des lois*, Gallimard 1995 (1^{er} éd., 1748), Liv. VI., Chap. XVI.

141 V° en ce sens, Y. Mayaud, « Les droits de la défense, une cause d'irresponsabilité pénale », art.préc., p.301.

142 B. de Lamy, « Un nouveau procédé de constitutionnalisation du droit pénal : la QPC. Essai d'un bilan », art.préc., p.377.

143 M. Danti-Juan, « Les principes directeurs du droit pénal et le conseil constitutionnel », in J. Pradel (dir.), *Droit constitutionnel et droit pénal. Travaux de l'Institut*

irriguant les différentes branches du droit, en particulier le droit pénal et la procédure pénale¹⁴² et qu'elle affirme des grands principes devant guider l'œuvre du législateur dans ce domaine¹⁴³. Cependant, à l'emprise de l'Etat, a succédé de nos jours un règne, bien différent, celui des droits de l'homme¹⁴⁴. Ceux-ci amplifient et limitent à la fois le phénomène de constitutionnalisation du droit pénal¹⁴⁵. Ainsi, en adoptant des incriminations, la Constitution congolaise sort manifestement de son rôle traditionnel. La technique de renvoi (1) utilisée au second alinéa de l'article 96 ne permet pas en conséquence de déterminer les peines applicables à ces incriminations (2).

1- Les peines par renvoi à loi

65. Selon les dispositions de l'article 96 de la Constitution du 25 octobre 2015, la violation de l'immunité pénale du chef de l'Etat en fin de mandat « constitue le crime de forfaiture ou de haute trahison conformément à la loi ». L'usage par le constituant d'une technique de renvoi à la loi n'est pas sans soulever certaines difficultés, car traditionnellement en droit pénal, l'incrimination, c'est-à-dire la détermination des comportements qui sont prohibés, et la sanction encourue par ceux qui ne respectent pas la prohibition, sont contenues dans le même texte¹⁴⁶.

66. Mais, le législateur moderne use de plus en plus de la technique de la pénalité par référence, par laquelle un texte d'incrimination renvoie pour la pénalité à

des Sciences Criminelles de Poitiers, op.cit., p.15 et s.

144 N. Molfessis, *Le Conseil constitutionnel et le droit privé*, LGDJ 1997, p.5.

145 V° R. Koering-Joulin et J. F. Seuic, « Droits fondamentaux et droit criminel », *A.J.D.A.*, 20 juillet-20 août 1998, pp.106 et s.

146 V° Nd. Diouf, « Actes uniformes et droit pénal des Etats signataires du Traité de l'OHADA : la difficile émergence d'un droit pénal communautaire des affaires dans l'espace OHADA », *Revue burkinabè de droit*, n°39-40, n° spécial, p.63.

un autre texte qui est extérieur à lui. Un tel procédé n'est pas en soi contraire au principe de la légalité criminelle¹⁴⁷. Cependant, dans le cas du Congo, le renvoi opéré par le second alinéa de l'article 96 de la Constitution vers la loi n'appelle pas moins quelques observations sur le sens qu'il convient de donner à un tel renvoi.

67. En premier lieu, il peut être interprété comme une volonté du constituant congolais d'inviter le législateur à pénaliser les agissements visés au premier alinéa du même article, en choisissant lui-même les qualifications pénales qu'il juge appropriées, et réduisant ainsi la marge de manœuvre du législateur, dont le rôle serait simplement « platonique »¹⁴⁸. Dans ce cas, les qualifications pénales retenues devraient conduire le législateur à prévoir, dans des textes à créer, les éléments constitutifs tels qu'indiqués et les peines qui leur sont applicables. Cette interprétation n'emporte pas entière conviction. La formule « conformément à la loi » semble, au contraire, indiquer qu'il s'agit d'un renvoi à un texte préexistant et non à un texte à créer.

68. Ce renvoi signifierait, en second lieu, que l'identification de la norme de référence nécessiterait de consulter la législation pénale en vigueur en République du Congo, afin de déterminer les infractions correspondant aux qualifications pénales visées à l'article 96 de la Constitution. Or,

ainsi qu'il a été rappelé précédemment, la haute trahison ne constitue pas une infraction pénale prévue par le code pénal ou par un texte spécial. Pour la forfaiture, elle correspond non pas à une infraction mais à plus de dix (10) infractions dans le code pénal applicable en République du Congo, comportant, du moins pour certaines d'entre elles, des peines différentes. Il est vrai que les dispositions des articles 121, 122, 127 et 131 visent spécifiquement les fonctionnaires impliqués dans les poursuites pénales, c'est-à-dire « tous officiers de police judiciaires, tous procureurs généraux ou de la République, tous juges, tous Substituts, qui auront donné ou signé un jugement, une ordonnance ou un mandat tendant à la poursuite personnelle ou accusation ». Toutefois, il s'agit des poursuites à l'encontre d'« un Ministre, soit d'un membre de l'Assemblée Nationale, ou Conseil de la République ». La répression de telles poursuites est fondée sur la protection de l'inviolabilité qui entoure l'exercice des fonctions de parlementaire¹⁴⁹ et du privilège de juridiction qui était attaché à celles de membre du gouvernement, du moins pour les infractions commises dans l'exercice des fonctions ministérielles¹⁵⁰. Ce sont ces deux valeurs sociales que l'infraction de forfaiture, prévue aux articles précités, entend protéger. C'est donc au prix d'une assimilation des plus curieuses que le constituant a étendu cette protection à l'immunité pénale de l'ancien chef de

147 J. Pradel, *Droit pénal général*, op.cit., n°133.

148 Selon l'expression de D. Mayer, « L'ouverture européenne du droit pénal », *Mélanges Loussouam*, 1994, p.265.

149 Article 130 de la Constitution du 25 octobre 2015.

150 Ce privilège a été supprimé par la constitution actuellement en vigueur en République du Congo, faisant du membre du gouvernement, un citoyen comme les autres. L'article 76 de la Constitution du 20 janvier 2002 disposait que « Chaque membre du gouvernement est justiciable devant la Haute cour de justice des crimes et délits commis par lui dans l'exercice de ses fonctions ». Pendant les 13 années que dura cette constitution,

cette juridiction exceptionnelle ne fut jamais créée et aucun membre du gouvernement ne fut jugé. C'est donc le privilège qui est aboli et virtuellement cette juridiction d'exception puisqu'elle n'a jamais existé. Il s'agit d'une avancée notable, puisque dans presque toutes les constitutions des Etats d'Afrique noire francophone, les membres du gouvernement bénéficient d'un privilège de juridiction, au même titre que le Président de la République. Cependant, on peut se demander si cette suppression résulte d'un oubli ou d'une volonté manifeste de jouer le jeu des équilibres entre la consécration d'une immunité absolue au profit du chef de l'Etat et le retrait d'une protection juridictionnelle dont jouissaient les ministres. En l'absence des travaux préparatoires, il n'est pas possible de répondre à cette question.

l'Etat. Une telle assimilation est en pratique difficilement envisageable, puisque les textes de référence ne visent pas expressément le Président de la République ayant cessé d'exercer ses fonctions. Le juge répressif ne saurait, par conséquent, fonder les poursuites sur de telles dispositions, sans violer le principe de l'interprétation stricte de la loi pénale¹⁵¹.

69. Ainsi, quelle que soit l'analyse retenue, il apparaît que l'in vraisemblance de chacune de ces deux hypothèses traduit manifestement la difficulté à déterminer les sanctions pénales encourues par les auteurs des poursuites pénales à l'encontre du Président de la République en fin de mandat.

2- Les peines inadaptées

70. Il y a bien longtemps que le code pénal a cessé d'être le siège exclusif des incriminations pénales¹⁵². La consécration par le constituant congolais des incriminations dans la Constitution représente le point ultime de cet état de choses. Il en résulte une difficulté sérieuse, autant pour le juge que pour le justiciable, à savoir d'avance quelles sont les peines attachées à de telles incriminations. Or, comme l'écrivait Beccaria, « afin que la peine ne soit pas un acte de violence perpétré par un seul ou plusieurs sur une personne particulière, il est essentiel qu'elle soit publique, rapide, nécessaire, la plus réduite possible en fonction des

circonstances, proportionnée au crime et déterminée par la loi »¹⁵³. Cette idée apparaît non pas seulement comme une critique des pratiques correctionnelles abusives et inégalitaires des XVIIe et XVIIIe siècles¹⁵⁴, mais aussi comme une invite au législateur moderne dans l'exercice du pouvoir de punir. Il faut donc que le législateur fixe avec suffisamment de clarté et de précision les peines dans un texte pénal, afin que le citoyen puisse facilement savoir non seulement les actes interdits mais également les peines qu'il encourt s'il brave ces interdits. Il s'agit d'une exigence inhérente au principe de la légalité des délits et des peines¹⁵⁵, auquel ne semblent pas se conformer les dispositions de l'article 96 de la Constitution.

71. Cette difficulté concerne aussi bien les peines applicables au crime de forfaiture qu'à celui de haute trahison, dont on a bien vu qu'elle ne constitue pas à proprement parler une incrimination pénale. Le code pénal congolais assortit les incriminations de forfeitures de plusieurs peines différentes. Ces différentes peines oscillent entre la dégradation civique¹⁵⁶ et le bannissement¹⁵⁷.

72. Or, ces deux peines sont l'expression la plus éloquente d'une législation d'emprunt, d'un droit pénal « venu d'ailleurs », selon la célèbre formule du doyen Carbonnier¹⁵⁸. Elles répondent à un contexte historique bien singulier et propre à la société française de l'époque¹⁵⁹.

151 V° sur ce principe, L. Thomas, *L'application du principe d'interprétation stricte de la loi pénale par la chambre criminelle à l'aune des mutations de la légalité criminelle*, Thèse Grenoble, 29-09-2014.

152 P. Couvrat, « Le nouveau Code pénal en sa forme », in *Droit civil, procédure, linguistique juridique. Ecrits en hommage à Gérard Cornu*, PUF, 1994, p.90 et s.

153 C. Beccaria, *Traité des délits et des peines*; trad. M. Chevallier, préface R. Badinter, Paris, Flammarion, 1991, p.69.

154 B. E. Harcourt, « Beccaria Cesare Bonesana, Marchese di (1738-1794) », in O. Cayla

et J-L. Halperin (dir), *Dictionnaire des grandes œuvres juridiques*, Dalloz, 2008, p.39.

155 B. de Lamy, « Dérives et évolution du principe de la légalité en droit pénal français : contribution à l'étude des sources du droit pénal français », *Les Cahiers de droit*, Vol.50, n°3-4, septembre-décembre 2009, p.592.

156 Articles 121 et s.

157 Article 126.

158 *Droit et passion du droit sous la Ve République*, Ed. Flammarion, 1996, p.44.

159 La peine de dégradation civique fut appliquée en France par des « chambres civiles », ces juridictions d'exception mise en place à la Libération par les juristes de la Résistance pour juger

Par conséquent, elles ne semblent pas correspondre à la réalité de la société congolaise contemporaine. Ni l'une, ni l'autre n'ont vocation à s'appliquer à la répression des actes de poursuites à l'encontre d'un Président de la République ayant cessé d'exercer ses fonctions. Il semble en effet surprenant de comprendre qu'on puisse voir dans les actes de poursuites à l'encontre d'un ancien chef d'Etat « autant d'attaques portées à la République »¹⁶⁰.

73. Ainsi, la dégradation civile et le bannissement sont des peines totalement inadaptées à la répression des agissements prévus à l'article 96 de la Constitution congolaise. La première est à la fois inutile et dangereuse à y recourir dans des circonstances actuelles où la montée en puissance des droits de l'homme sert de bouclier contre les excès potentiels du droit pénal¹⁶¹. La seconde a certes occupé une place importante dans la législation criminelle du Moyen-âge. Mais, à en juger par la nature grave des crimes qui entraînaient d'ordinaire cette sanction, on conçoit aisément que le banni était un homme dangereux¹⁶², que l'on ne saurait assimiler au procureur ou au magistrat qui peuvent avoir de bonnes raisons de donner une suite judiciaire à des faits délictueux portés à leur connaissance, fussent-ils imputables à un ancien Président de la République.

et réprimer la collaboration politique dans sa dimension nouvelle, l'adhésion au régime dit « de Vichy ». Ainsi, convaincus d'avoir intenté à l'honneur national et républicain et reconnus coupables d'indignité nationale, près de 9500 français et françaises ont été condamnés entre 1946 et 1951 à la dégradation nationale, c'est-à-dire à une peine infamante combinant privation des droits, incapacités, interdictions professionnelles et, éventuellement, confiscation de biens et interdiction de résistance (V° G. Calafat, « Droit pénal et états d'exceptions. Entretien avec Anne Simonin », *Tracées. Revue des sciences humaines, Politiques de l'exception*, n°20/2011/1., pp.177-197.

160 Selon l'expression de S. Le Gal, « Réflexions sur le crime d'indignité nationale et la

74. En définitive, il convient de noter que les hauts responsables politiques ont, depuis la nuit des temps, bénéficié des immunités et autres privilèges. Aujourd'hui, davantage qu'hier, les victimes réclament la fin de l'impunité. Les sociétés démocratiques actuelles tentent alors, tant bien que mal, de concilier ces deux impératifs contradictoires. Les constitutions modernes répondent à cet objectif en apportant d'importantes restrictions à l'immunité pénale du Président de la République. D'une part, celle-ci cesse dès la fin de l'exercice de son mandat. D'autre part, elle ne couvre que les actes qui sont commis dans l'exercice du pouvoir suprême. Dès lors, la constitutionnalisation du droit criminel se trouve sinon limitée, du moins encadrée par « ce couple mouvementé, souvent désuni [...] mais inévitablement complémentaire »¹⁶³ que constituent les droits de l'homme et le droit pénal et qui « semble aujourd'hui indissociable, au nom de la rhétorique de l'indispensable effectivité des premiers servis par l'efficacité postulée du second »¹⁶⁴. Autant admettre avec le Professeur Christine LAZERGES que « le droit pénal au sens le plus large ne peut s'enrichir que dans l'interdisciplinarité avec les droits de l'homme, le droit public, la science

peine de dégradation nationale », *Cahiers Jean Moulin*, 2015.

161 Y. Cartuyvels et alii (dir), *Les droits de l'homme, bouclier ou épée du droit pénal ?*, Bruylant, Bruxelles, 2007, 634p.

162 E. Janin, « Documents relatifs à la peine du bannissement (XIIIe et XIVE siècles) », *Bibliothèque de l'Ecole des Chartes*, année 1874/8/ pp.419-426.

163 R. De Gouttes, « Droit pénal et droits de l'homme », *RSC*, 2000, pp.133-144.

164 M. Ubéda-Saillard, « Rapport introductif », in *Société française pour le droit international-Colloque de Lille. La souveraineté pénale de l'Etat au XXIème siècle*, op.cit., p.21.

politique et les sciences sociales »¹⁶⁵. Toutefois, lorsqu'il consacre des normes pénales, le droit constitutionnel doit se tenir à distance de l' « attrait d'un pouvoir personnel »¹⁶⁶, afin de mettre ces principes au service de la protection des droits des personnes impliquées dans un procès pénal, qu'elles soient victimes ou auteurs d'infractions et même devant des faits qui suscitent la désapprobation de tous¹⁶⁷.

75. Ainsi, au nom de la protection des droits de l'homme et de la lutte contre l'impunité, certaines constitutions reportent formellement, après l'expiration du mandat présidentiel, l'engagement des poursuites éventuelles devant les juridictions de droit commun pour des crimes et délits commis en dehors ou, pour reprendre la formule consacrée par la Cour de cassation française, « à l'occasion de l'exercice des fonctions » de chef de l'Etat.

76. Dans la Constitution congolaise, l'extension de l'immunité pénale du Président de la République au-delà de son mandat, pour les infractions commises « à l'occasion de l'exercice de ces fonctions », frise l'impunité au regard de la conception large que la jurisprudence retient de cette expression. En outre, l'incrimination par cette même constitution des poursuites contre un chef de l'Etat à l'issue du mandat présidentiel révèle des contradictions profondes et atteste du dévoiement du droit pénal. « Plus provocateur, le mot dévoiement a parfois été lancé avec indignation contre un droit pénal accusé, tantôt de se mêler à tort et à travers, sous prétexte de les moraliser, de la vie politique... »¹⁶⁸.

77. Ainsi, la constitutionnalisation du droit pénal révèle cette double contradiction entre, d'une part, la volonté de ne pas poursuivre le chef de l'Etat à l'issue de son mandat et, d'autre part, celle de ne pas de créer des situations d'inégalités entre les citoyens qui entraveraient, de manière irréversible, la répression des actes commis par le Président de la République en dehors de l'exercice de ses fonctions. On sait bien que la justice internationale est aujourd'hui « jugée sévèrement et, si elle n'est pas remise en cause dans son principe, elle n'en fait pas moins objet de critiques désabusées et parfois vives : ...sélectivité discutable des poursuites, mandats d'arrêt tenus en échec (cf. la triste et farcesque saga Al Bachir), rancœurs des Etats africains »¹⁶⁹. Il reste à espérer une prise de conscience par le juge pénal national de la dimension nouvelle de son office, en tant que gardien des valeurs universelles, et de la nécessité de rompre avec des réflexes conservateurs et une stratégie de l'évitement lorsqu'il s'agit des poursuites contre des hauts responsables politiques. La détermination d'une stratégie efficiente en réaction contre la délinquance des gouvernants demeure un vrai enjeu de politique criminelle dans les Etats d'Afrique noire d'expression française.

165 C. Lazerges, « Pénalistes, droit pénal et sciences criminelles dans l'université française », *Mélanges offerts à Raymond Gassin*, PUAM, 2007, p.28.

166 L'expression est de R. Libhaber, *L'ordre juridique et le discours du droit. Essai sur les limites de la connaissance du droit*, L.G.D.J, 2013, p.35.

167 C. Lazerges, « Les droits de l'homme à l'épreuve du terrorisme », chronique de politique criminelle, *R.S.C.*, juillet-sept., 2018, p.753.

168 M. Delmas-Marty, « Les contradictions du droit pénal », *RSC*.2000, p.1.

169 A. PELLET, Préface à *SFDI, colloque de Lille. La souveraineté pénale de l'Etat au XXIe siècle*, op.cit., p.6.