

VADE-MECUM DE L'AVOCAT EN MATIÈRE DE DETENTION PREVENTIVE

Avec le soutien de



USAID
FROM THE AMERICAN PEOPLE



ROYAUME DE BELGIQUE
Service public fédéral
Affaires étrangères,
Commerce extérieur et
Coopération au Développement

Il va de soi que le contenu de ce rapport n'engage qu'Avocats Sans Frontières, et qu'il ne reflète pas nécessairement le point de vue des bailleurs de fonds.

VADE-MECUM DE L'AVOCAT EN MATIERE DE DETENTION PREVENTIVE

Le présent document constitue un guide destiné aux avocats, dans le cadre du suivi des dossiers de leurs clients durant toute la période de placement en détention préventive. Il reprend les références légales nationales et internationales relatives à la procédure et aux conditions du placement en détention préventive.

L'avocat, en tant que défenseur des droits de son client, a la lourde responsabilité de veiller non seulement au respect de la procédure judiciaire, mais également aux conditions de vie du détenu et au respect de ses droits les plus élémentaires.

La détention préventive est régie par des dispositions légales rigoureuses du Code de procédure pénale, qui doivent être observées par le parquet, le juge et par les services pénitentiaires. Il sera question dans ce guide de rappeler ces dispositions juridiques et d'insister sur la validité des actes de procédure, les obligations des acteurs judiciaires et pénitentiaires, et également sur les méthodes d'intervention de l'avocat pendant cette phase de la procédure.

SOMMAIRE

DES CONDITIONS REQUISES POUR UN PLACEMENT EN DÉTENTION PRÉVENTIVE EN RDC	7
<i>DISPOSITIONS PERTINENTES DE LA LOI</i>	7
Conditions du placement en détention	7
Procédure légale	7
<i>COMMENTAIRES SUR LES CONDITIONS DU PLACEMENT EN DÉTENTION</i>	8
<i>Conditions matérielles ordinaires</i>	8
Existence d'indices sérieux de culpabilité	8
Seuil minimum de la peine encourue : 6 mois de servitude pénale	9
<i>Conditions matérielles exceptionnelles</i>	11
Le risque de fuite ou une identité inconnue ou douteuse	11
L'existence de circonstances graves et exceptionnelles par lesquelles la détention est impérieusement réclamée par l'intérêt de sécurité publique	11
DES CONDITIONS SPECIFIQUES POUR LES MINEURS EN CONFLIT AVEC LA LOI	13
<i>DISPOSITIONS PERTINENTES DE LA LOI</i>	13
<i>COMMENTAIRES SUR LES CONDITIONS DU PLACEMENT EN DÉTENTION</i>	14
LE TRAVAIL DE L'AVOCAT	15
<i>RENCONTRER SON CLIENT DÈS SA DÉSIGNATION EN TANT QUE CONSEIL</i>	15
<i>CONSULTER LE DOSSIER DE SON CLIENT À LA PRISON ET AU PARQUET</i>	16
<i>DEMANDER L'AUTORISATION DE LEVER COPIES DES PIÈCES DU DOSSIER</i>	17
<i>S'ENTREtenir LE PLUS RÉGULIÈREMENT POSSIBLE AVEC SON CLIENT</i>	17
<i>SOUMETTRE DES REQUÊTES :</i>	20
Durant la phase pré-juridictionnelle (avant que l'affaire ne soit fixée) ..	20
Une fois l'instruction terminée (affaire fixée)	21
<i>VÉRIFIER QUE LES CONDITIONS DE DÉTENTION DU CLIENT RESPECTENT LES STANDARDS MINIMA</i>	26
<i>VÉRIFIER QUE LES CONDITIONS APPLICABLES AUX MINEURS EN CONFLIT AVEC LA LOI ONT ÉTÉ RESPECTÉES</i>	28

SOURCES LEGALES NATIONALES OU INTERNATIONALES..... 30
 SOURCES NATIONALES 30
 SOURCES INTERNATIONALES 30

RÉFÉRENCES BIBLIOGRAPHIQUES..... 31

DOCTRINE..... 31
 JURISPRUDENCE EN MATIÈRE DE DÉTENTION PRÉVENTIVE 31
 AUTRES OUTILS JURIDIQUES 32

DES CONDITIONS REQUISES POUR UN PLACEMENT EN DÉTENTION PRÉVENTIVE EN RDC

DISPOSITIONS PERTINENTES DE LA LOI

Tant qu'un jugement de condamnation sur le fond n'a pas été rendu, toute personne est présumée innocente.

Article 17 de la Constitution : « toute personne accusée d'une infraction est présumée innocente jusqu'à ce que sa culpabilité ait été établie par un jugement définitif. »

Le placement en détention doit donc être l'exception et la liberté la règle :

- ⇒ Article 17.1 de la Constitution et article 28 alinéa 1 du Code de procédure pénale (CPP).
- ⇒ Elle doit être prononcée « à titre de précaution indispensable »¹.

CONDITIONS DU PLACEMENT EN DÉTENTION (ART.27 CPP) :

- ⇒ Conditions matérielles ordinaires (al.1) : Une personne peut être placée en détention préventive seulement s'il existe à son encontre des **indices sérieux de culpabilité** et que les faits reprochés, constitutifs d'une infraction, **sont sanctionnés d'une peine d'au moins 6 mois de servitude pénale.**
- ⇒ Conditions matérielles extraordinaires (al.2) : Si le fait est constitutif d'une infraction que la loi punit d'une peine inférieure à 6 mois de servitude pénale, mais **supérieure à 7 jours**, « lorsqu'il y a lieu de craindre la fuite de l'inculpé, ou si son **identité est inconnue ou douteuse** ou si, eu égard à des **circonstances graves et exceptionnelles**, la détention est impérieusement réclamée par **l'intérêt de la sécurité publique** ».

PROCÉDURE LÉGALE :

- ⇒ Le placement en détention provisoire est précédé d'un « **mandat d'arrêt provisoire** » (MAP) délivré par le magistrat instructeur et qui a **une validité de 5 jours**. Au plus tard le cinquième jour, l'officier du ministère public a l'obligation de conduire la personne devant le juge, afin de solliciter son placement en détention préventive (art. 28 al.2 CPP).
- ☞ Le magistrat instructeur doit saisir le tribunal pour statuer sur un possible placement en détention préventive de la personne placée sous MAP.

1 Revue zaïroise de droit, p.87.

☞ Le prévenu a également le droit « à l'expiration de ces délais [de 5 jours de validité du MAP] de demander au juge compétent sa mise en liberté ou sa mise en liberté provisoire. » (article 28 al.5 CPP)

- ⇒ La détention préventive est autorisée par **le juge de paix** (art. 29 CPP) qui siège en **Chambre du conseil** (huis-clos) sur base des critères de l'article 27 CPP². Seul un magistrat du siège peut rendre des ordonnances visant le placement ou le maintien en détention préventive.
- ⇒ L'ordonnance autorisant la mise en détention préventive est **valable 15 jours** (y compris le jour où elle est rendue). Toutefois, elle peut être **prolongée** (*ordonnance de prorogation*) pour une **durée d'1 mois** (art. 31 CPP) :
 - Une seule fois : si la peine encourue est inférieure à 2 mois de prison
 - 3 fois consécutives : si la peine encourue est égale ou supérieure à 6 mois de prison

**AU-DELÀ DE CES DÉLAIS,
LA PROLONGATION DE LA DÉTENTION DOIT ÊTRE AUTORISÉE
PAR LE JUGE COMPÉTENT EN AUDIENCE PUBLIQUE.**

S'il ne le fait pas, le maintien du prévenu en détention manque de base légale et devient par conséquent illégal.

Voir infra les démarches à entreprendre pour mettre fin à cette situation.

COMMENTAIRES SUR LES CONDITIONS DU PLACEMENT EN DÉTENTION

CONDITIONS MATÉRIELLES ORDINAIRES :

EXISTENCE D'INDICES SÉRIEUX DE CULPABILITÉ

Pour qu'une personne soit incarcérée, il faut qu'il existe **des indices suffisants** corroborant les faits mis à sa charge. Il s'agit d'indices **sérieux**, puisqu'à ce stade de la procédure pénale, en vertu du principe de présomption d'innocence, la personne est soupçonnée mais non déclarée coupable. C'est pourquoi il importe que le magistrat instructeur entende préalablement l'inculpé, afin de mettre à jour les charges suffisantes légitimant une privation de liberté. Le magistrat instructeur doit dresser un **procès-verbal d'audition** du suspect et y **mentionner les éléments justifiant sa décision**.

² Il s'agit d'audiences qui se tiennent à huis-clos (art.30 CPP), ce qui signifie que seuls le juge unique, le ministère public, le greffier, le prévenu et son avocat y sont admis. Le huis-clos est requis, puisque la mise en détention préventive se situe durant la phase pré-juridictionnelle et est donc, comme toute l'instruction préparatoire, secrète.

La détention préventive ne peut en aucun cas être motivée par le fait que l'inculpé nie les faits mis à sa charge, ni être utilisée comme moyen de contraindre le prévenu à parler. Ceci constitue une violation manifeste de la loi et des droits garantis à tout citoyen par la Constitution, les lois internes et les instruments internationaux ratifiés par la RDC.

En examinant en Chambre du conseil les indices de culpabilité, le juge doit vérifier à nouveau l'existence de charges suffisantes et rechercher s'il existe une cause justificative dans le chef de l'inculpé. Il examinera et évaluera si la détention préventive se justifie toujours, au regard de la loi.

En tout état de cause, **les indices suffisants ne peuvent pas être fondés sur des éléments recueillis de manière irrégulière** (par acte de torture ou de perquisition irrégulière). Dans ces cas, l'avocat désigné doit soulever la nullité de la procédure et le juge doit ordonner la mise en liberté de l'inculpé.

*« Mérite cassation totale pour absence de motivation mais sans renvoi, le prévenu ayant déjà été condamné pour les faits qui avaient justifié sa détention préventive, l'ordonnance en chambre du conseil rendue en appel qui a omis de corriger l'illégalité commise par l'ordonnance appelée en ce que **cette dernière avait omis de relever l'existence des indices sérieux de culpabilité dans le chef du prévenu, étant donné que cette existence d'indices sérieux de culpabilité dans le chef du prévenu est la condition fondamentale pour la mise en détention préventive**».* (C.S.J., R.P.278, 9/9/1980, RJZ, 1984, p. 566).

SEUIL MINIMUM DE LA PEINE ENCOURUE : 6 MOIS DE SERVITUDE PÉNALE

Seul un fait de nature à entraîner une peine de servitude pénale de 6 mois au minimum peut fonder la délivrance d'un mandat d'arrêt provisoire par le magistrat instructeur. C'est la peine minimale prévue par la loi qui sert de seuil de référence et non la peine que pourrait prononcer le juge du fond.

Il est communément admis par la doctrine que le magistrat instructeur ne peut donc pas se fonder sur d'hypothétiques circonstances aggravantes que le juge du fond serait susceptible de retenir pour augmenter la peine, ni sur le fait que le prévenu a commis plusieurs infractions et que le cumul des peines atteindrait les six mois de servitude pénale³.

Et lorsque le magistrat instructeur constate, au cours de l'audition du suspect, qu'il peut bénéficier d'une cause d'excuse ayant pour effet la suppression de la peine ou sa réduction en-dessous du seuil de six mois, le mandat d'arrêt provisoire ne peut pas être délivré.

3 Henri D. Bossy et Damien Vandermeersch, Droit de la Procédure pénale, Edition la Chartre, 1999, p. 492-493.

Types de causes d'excuses	Définition	Exemples	Base légale	
Excuse absolutoire	Elle a pour conséquence d'exempter l'auteur d'une infraction de la peine	Dénonciation	En cas d'infraction de publication et distribution d'écrits sans indication vraie du nom et du domicile de l'auteur ou de l'imprimeur ⁴	Art. 150 i CP
			En cas d'atteinte à la sûreté de l'Etat ⁵	Art. 218 CP
		Soumission ⁶	En cas de participation à des bandes armées en vue de porter atteinte à la sûreté de l'Etat	Art. 205 CP
			En cas de réparation du préjudice en matière de grivèlerie ⁷	Art. 102 CP
Excuse atténuante		Attentat contre la vie ou la personne du Chef de l'Etat lorsqu'il n'y a pas eu de suites graves	Art. 193 CP	
		Lorsque le tireur d'un chèque sans provision en aura désintéressé le porteur avant la saisine du tribunal ⁸	Art. 3 de l'ordonnance-loi n° 68-195 du 3 mai 1968	
Cause de justification	Elle rend licite, légitime et conforme au droit un acte réunissant tous les éléments constitutifs d'une infraction.	Tel est le cas de l'état de nécessité, de la légitime défense, de l'ordre de la loi ou du commandement de l'autorité	Le Code pénal ne consacre pas les causes de non imputabilité. Elles sont reconnues comme principes généraux du droit par la jurisprudence congolaise ⁹ .	
Cause de non-imputabilité	Elle rend le présumé auteur pénalement irresponsable de ses actes	Tel est le cas de la démence, la contrainte irrésistible ou l'erreur invincible et la minorité d'âge.	Exception faite de la minorité d'âge (Loi portant protection de l'enfant), le Code pénal ne consacre pas les causes de non imputabilité. Elles sont reconnues comme principes généraux du droit par la jurisprudence congolaise ¹⁰ .	

4 « Seront exemptés de la peine portée à l'article précédent, ceux qui auront fait connaître l'auteur ou l'imprimeur; les crieurs, afficheurs, vendeurs ou distributeurs qui auront fait connaître la personne de laquelle ils tiennent l'écrit incriminé »

5 « Sera exempté de la peine encourue celui qui, avant toute exécution ou tentative d'une infraction contre la sûreté de l'Etat, en donnera le premier connaissance aux autorités administratives ou judiciaires. —L'exemption de la peine sera seulement facultative si la dénonciation intervient après la consommation ou la tentative de l'infraction, mais avant l'ouverture des poursuites. —L'exemption de la peine sera également facultative à l'égard du coupable qui, après l'ouverture des poursuites, procurera l'arrestation des auteurs et complices de la même infraction, ou d'autres infractions de même nature ou de même gravité »

6 « Il ne sera prononcé aucune peine pour le fait de sédition contre ceux qui, ayant fait partie d'une bande armée sans y exercer aucun commandement et sans y remplir aucun emploi ni fonction, se seront retirés au premier avertissement des autorités civiles ou militaires, ou même depuis, lorsqu'ils n'auront été saisis que hors des lieux de la réunion séditieuse, sans opposer de résistance et sans armes »

7 « Les infractions prévues à l'alinéa précédent ne pourront être poursuivies que sur la plainte de la partie lésée. Le paiement du prix et des frais de justice avancés par la partie plaignante ou le désistement de celle-ci éteindra l'action publique »

8 « La peine applicable ne dépassera pas le quart du maximum de la servitude pénale et de l'amende prévues... »

9 NYABIRUNGU mwene SONGA, « Traité de droit pénal général congolais », 2ème éd., Ed. Droit et société « DES », Kinshasa, 2007, pp.167-200.

10 Ibid., pp.280-304.

CONDITIONS MATÉRIELLES EXCEPTIONNELLES :

Lorsque la peine prévue est inférieure à 6 mois de servitude pénale mais supérieure à 7 jours, l'auteur présumé peut être placé en détention préventive, s'il existe des circonstances factuelles particulières la nécessitant.

Il s'agit des cas où, eu égard à **des circonstances graves et exceptionnelles**, la détention est impérieusement réclamée par **l'intérêt de la sécurité publique**, ou si l'on peut craindre **la fuite de l'inculpé**, ou si **son identité est inconnue ou douteuse**.

LE RISQUE DE FUITE OU UNE IDENTITÉ INCONNUE OU DOUTEUSE

Le souci d'éviter que le suspect ne se soustraie à l'action judiciaire est lié au fait que la répression des crimes et délits est d'intérêt public. Le Ministère public peut uniquement se fonder sur cette cause, s'il existe des circonstances objectives, tirées des faits de la cause et de la personnalité de l'inculpé¹¹. Le fait que le prévenu ait une adresse connue, un travail stable et une famille à charge sont autant d'éléments qui laissent supposer, jusqu'à preuve du contraire, qu'il n'existe pas de risque de fuite.

Il arrive que le prévenu puisse être privé de sa liberté lorsqu'il n'a pas de domicile connu en RDC et/ou lorsqu'il est de nationalité étrangère. Mais s'il a répondu spontanément à l'invitation de comparaître et qu'il n'a jamais fait obstruction à la justice, ces deux éléments ne peuvent plus justifier la mesure. Ainsi, l'avocat désigné doit démontrer que la crainte de fuite ne peut pas reposer uniquement sur le fait que l'inculpé n'a pas de résidence connue en RDC ou qu'il risque de rentrer dans son pays d'origine pour se soustraire à la justice.

L'EXISTENCE DE CIRCONSTANCES GRAVES ET EXCEPTIONNELLES PAR LESQUELLES LA DÉTENTION EST IMPÉRIEUSEMENT RÉCLAMÉE PAR L'INTÉRÊT DE SÉCURITÉ PUBLIQUE

Le magistrat doit par exemple fonder sa décision sur le fait que l'infraction est de nature à choquer l'opinion publique et risque donc de provoquer des désordres si la personne est laissée en liberté. Il peut s'agir d'un cas où la personne suspectée est poursuivie par la clameur publique ou s'il existe un risque de vengeance ou de justice privée de la part de la famille de la victime des faits infractionnels. Dans ces conditions, la privation de liberté peut se justifier, même si les conditions de seuil de gravité de l'infraction ne sont pas remplies.

La détention préventive peut également être justifiée par l'impératif de conserver les preuves et d'empêcher le prévenu remis en liberté d'entrer en contact avec les témoins ou d'organiser d'autres crimes pour dissimuler les faits. Il faut que le magistrat instructeur puisse, lors de son intervention

11 Henri-D Bossy et Damien Vandermeersch, Droit de la procédure pénale, pp 496-497.

devant la Chambre du conseil, partir de certains éléments du dossier ou autres indices pour démontrer l'impérieuse nécessité de garder le prévenu en détention et il ne doit donc pas invoquer ce risque de disparition des preuves sans justification.

Dans le cas de circonstances graves et exceptionnelles, l'appréciation de ces conditions relève de la souveraine conviction du magistrat instructeur et de l'intime conviction du juge siégeant en Chambre du conseil. C'est pourquoi il est important de motiver la décision privative de liberté. Car ici, c'est de manière exceptionnelle que le prévenu est mis en détention. L'avocat du prévenu doit, par contre, démontrer que cette allégation du Ministère public n'a pas de fondement légal s'il détient des éléments du dossier justifiant la demande de mise en liberté.

L'article 28 al.5 du CPP impose au magistrat instructeur qui prend un MAP sur base de l'existence de circonstances matérielles exceptionnelles de « spécifier les circonstances qui le justifient ».

L'article 21 de la Constitution congolaise impose que
« tout jugement est écrit et motivé ».

LORSQUE LES CONDITIONS DE PLACEMENT EN DÉTENTION NE SONT PLUS RÉUNIES, LE MAGISTRAT INSTRUCTEUR DOIT RENDRE UNE ORDONNANCE DE MAIN LEVÉE DE LA DÉTENTION.

Le magistrat instructeur qui maintient un inculpé en détention préventive, nonobstant le constat que les conditions légales ne sont plus réunies, s'expose à des poursuites, tant disciplinaires que répressives, pour détention illégale.

Voir infra sur les démarches que doit entreprendre l'avocat pour remédier à cette situation.

DES CONDITIONS SPECIFIQUES POUR LES MINEURS EN CONFLIT AVEC LA LOI

DISPOSITIONS PERTINENTES DE LA LOI

Toute personne de moins de 18 ans **au moment des faits reprochés** est considérée par la loi comme mineure (art. 41.1 de la Constitution de 2006 et articles 94 et 98 de la loi du 10 janvier 2009).

L'Ordonnance de 1950 sur l'Enfance délinquante a été actualisée par **la loi n°09/001 du 10 janvier 2009** portant protection de l'enfant. Selon celle-ci, un tribunal pour enfant est créé dans chaque territoire et dans chaque ville de la RDC pour prendre en charge tout mineur en conflit avec la loi (article 84 et 99 de ladite loi). Seul ce tribunal est compétent pour juger ce contentieux.

Une distinction est opérée entre les mineurs de moins de 14 ans et ceux dont l'âge est compris entre 14 et 18 ans.

L'enfant âgé de moins de 14 ans bénéficie, en matière pénale, d'une présomption irréfragable d'irresponsabilité (article 95). Il ne peut pas être placé en détention. Le juge doit donc le relaxer et prononcer des mesures d'accompagnement en le confiant à un assistant social et/ou un psychologue (article 96 et 97).

Pour les mineurs âgés de 14 à 18 ans, en phase pré-juridictionnelle, le juge peut, avant de statuer sur le fond, prendre des mesures provisoires par voie d'ordonnances visant à (article 106) :

- ⇒ Placer l'enfant sous l'autorité des personnes qui en ont la garde,
- ⇒ Assigner l'enfant à résidence sous surveillance des personnes qui en ont la garde,
- ⇒ Confier l'enfant à un couple,
- ⇒ En dernier ressort placer l'enfant dans une institution publique ou privée agréée à caractère social.

Si l'enfant est présumé dangereux et qu'aucun couple ou institution ne peut l'accueillir, l'enfant peut être préventivement placé dans un établissement de garde et d'éducation de l'Etat pour une durée ne dépassant pas **2 mois** (article 108)¹².

¹² Pour rappel, l'ancien corpus législatif relatif aux mineurs en conflit avec la loi était plus répressif.

Sous l'égide de l'ordonnance de 1950, le mineur devait être présenté à son juge naturel qui était le juge de paix. Celui-ci était le seul compétent pour prendre les mesures de garde, d'éducation et de protection prévues par la législation. Selon l'article 17 de cette Ordonnance, il avait la possibilité entre autre de :

- ⇒ réprimander l'enfant et le rendre aux personnes qui en avaient la garde
- ⇒ le confier à une autre personne, à une société ou à une institution
- ⇒ le mettre à la disposition du gouvernement
- ⇒ le garder préventivement dans une prison parce que le mineur est vicieux ou parce que nul particulier ou nulle institution n'est en mesure de l'accueillir. Cette garde préventive ne peut dépasser 2 mois et le mineur est soumis à un régime spécial.

COMMENTAIRES SUR LES CONDITIONS DU PLACEMENT EN DÉTENTION

La loi de 2009, comme la précédente législation, mise sur le maintien de l'enfant dans un environnement familial avant d'envisager toute autre mesure. En tout état de cause, la détention doit donc rester exceptionnelle, uniquement lorsque certaines conditions sont réunies. La loi du 10 janvier 2009 restreint encore davantage les possibilités du juge pour placer l'enfant en détention préventive, puisque le caractère dangereux de l'enfant et la condition qu'aucune personne ou institution ne le recueille sont des conditions cumulatives.

En outre, le placement en garde à vue par un OPJ est exclu et le placement préventif ne peut excéder deux mois (article 108).

LE TRAVAIL DE L'AVOCAT

L'article 19 de la Constitution garantit que « toute personne a le droit de se défendre elle-même ou de se faire assister d'un défenseur de son choix et ce, à tous les niveaux de la procédure pénale, y compris l'enquête policière et l'instruction pré-juridictionnelle. »

L'assistance d'un avocat ne peut donc être refusée à une personne en détention préventive.

La présence de l'avocat peut toutefois être interdite par le ministère public (et sans justification) lors de la *première ordonnance de mise en détention préventive*¹³.

Dans tous les cas, l'avocat devra rappeler au magistrat instructeur que, selon sa hiérarchie, « *la décision de priver quelqu'un de sa liberté devra dans chaque cas être mûrement réfléchie et ne pourra en aucun cas procéder d'un mouvement d'humeur ou d'une solution de facilité. La détention préventive sera levée dès que la nécessité de l'instruction n'en justifie plus le maintien.* ¹⁴ » Et que « *la détention doit être réservée aux cas graves et elle doit être aussi brève que possible [...] La mise en détention préventive doit être l'exception pour les faits punissables de six mois de servitude pénale au maximum. Elle sera requise avec prudence pour les infractions punissables de 5 années au maximum*¹⁵».

L'avocat désigné dans un dossier d'assistance aux prévenus en détention préventive doit entreprendre les démarches suivantes :

RENCONTRER SON CLIENT DÈS SA DÉSIGNATION EN TANT QUE CONSEIL

Il demandera au personnel pénitentiaire de pouvoir s'entretenir avec son client de la manière la plus confidentielle possible¹⁶.

La rencontre initiale poursuit plusieurs objectifs :

- Elle doit permettre à l'avocat de récolter les **renseignements** suivants sur son client : son état civil, s'il dispose d'une adresse fixe, s'il a un emploi, s'il s'agit de sa première arrestation, à quelle date il a été arrêté, présenté au magistrat instructeur, s'il connaît l'infraction qui lui est imputée et quelle est sa version des faits.

¹³ Mais selon l'article 38 CPP, le prévenu ou son conseil peut faire appel de cette ordonnance.

¹⁴ Circulaire n°5/008/I.M/P.G.R/1970 du 16 mai 1970, relative à l'arrestation et à la mise en détention préventive ainsi qu'à l'arrestation immédiate à l'audience, in Circulaires et instructions générales, Cour Suprême de Justice et Parquet général de la République, Kinshasa, 1971, p.79.

¹⁵ Ibidem, p.80

¹⁶ Article 72 de l'Ordonnance-loi n°79-028 du 28 septembre 1979 portant organisation du barreau, du corps des défenseurs judiciaires et du corps des mandataires de l'Etat (dit « Code du Barreau »).

- La première rencontre est aussi l'occasion pour l'avocat de **tisser les liens « conseil-client »**. Il s'agit d'une phase essentielle pour le bon déroulement de la défense de l'inculpé. Il est important que l'avocat évalue l'état de compréhension de la personne sur l'ensemble de la procédure afin de pouvoir prendre, le cas échéant, les bonnes décisions. Pour assurer une assistance juridique de qualité, l'avocat doit prendre le temps d'expliquer au prévenu son rôle dans la procédure, en se différenciant des autres acteurs judiciaires. Il est bon de lui rappeler que l'avocat agit dans l'intérêt de son client et qu'il est tenu au secret professionnel : l'avocat en toute matière ne doit communiquer ni divulguer à quiconque, excepté à son client, des informations sur le dossier pénal. C'est tout autant un droit qu'un devoir de l'avocat de taire tout ce qui concerne son client¹⁷. L'avocat doit par ailleurs avertir la personne sur son droit le plus légitime de se taire et de ne pas témoigner contre elle-même.
- L'avocat va également informer de manière générale le prévenu sur l'état d'avancement de la **procédure** et sur les décisions qui peuvent être prises à son encontre (fixation de l'affaire, ordonnance de liberté provisoire, de mainlevée de la détention ou ordonnance de confirmation de la détention préventive), sur les requêtes et moyens que peut soulever l'avocat (demande de mainlevée de la détention, liberté provisoire, fixation de l'affaire). Si une demande de liberté provisoire est envisagée, l'avocat doit se renseigner sur les moyens dont dispose son client en vue de payer une éventuelle caution.
- En tant que conseil de la personne, l'avocat doit également aborder la question des besoins du prévenu (médicaux et familiaux) afin de les transmettre aux personnes concernées.

CONSULTER LE DOSSIER DE SON CLIENT A LA PRISON ET AU PARQUET

Il s'agit pour l'avocat de confronter les déclarations de son client aux informations contenues dans le dossier physique. Il est de son droit de pouvoir avoir accès au dossier des personnes qu'il représente et défend¹⁸. Consulter le dossier lui permettra de s'assurer de la légalité et de la régularité des actes privatifs de liberté (*cf. infra*).

¹⁷ Article 74 du Code du Barreau.

¹⁸ Article 72 du Code du barreau

DEMANDER L'AUTORISATION DE LEVER COPIES DES PIÈCES DU DOSSIER

Demander copie des pièces du dossier physique permet à l'avocat de mieux préparer les requêtes qu'il sera amené à prendre et les notes de plaidoirie pour les audiences en Chambre du conseil. Il s'agit uniquement des pièces justifiant la mise en détention préventive de son client et non l'entièreté du dossier d'instruction du magistrat du parquet. Le ministère public doit les communiquer à l'avocat en vertu du principe de la contradiction des débats.

S'ENTREtenir LE PLUS RÉGULIÈREMENT POSSIBLE AVEC SON CLIENT

L'avocat doit voir son client de façon régulière en vue de le tenir informé de l'évolution de son dossier, des voies de recours exercées et de prendre connaissance des changements de situation de la personne. Après avoir consulté le dossier et avoir vérifié les faits et actes de procédure, l'avocat l'informe sur les questions-clés de la procédure et de la défense : déroulement de la procédure pré-juridictionnelle, pronostics d'un calendrier...

S'ATTACHER À VÉRIFIER LA LÉGALITÉ DE LA PROCÉDURE

L'avocat, une fois qu'il a en main le dossier physique de son client et les déclarations de celui-ci, doit vérifier si les conditions légales étaient réunies pour placer son client en détention préventive et, si c'était le cas, il doit évaluer si la procédure prescrite par l'article 28 CPP a été scrupuleusement respectée par le Parquet. Il s'agit de s'attacher à contrôler:

S'IL Y A EU ARRESTATION :

Quand a-t-elle eu lieu ?

- = L'avocat doit faire le décompte du temps passé en garde à vue par son client avant d'être présenté au magistrat instructeur : la durée de la garde à vue ne doit pas dépasser 48 heures.

Qui a procédé à l'arrestation et a dressé le procès-verbal de saisie de prévenu?

- = L'Officier de police judiciaire (OPJ) est la seule personne habilitée à dresser ce procès-verbal.

Selon l'article 2 du Code de procédure pénale, les OPJ « *consignent dans leurs procès-verbaux la nature et les circonstances de ces infractions, le temps et le lieu où elles ont été commises, les preuves ou indices à la charge de ceux qui en sont les auteurs présumés ainsi que les dépositions des personnes qui auraient été présentes ou auraient des renseignements à fournir. Ils interrogent les auteurs présumés des infractions et recueillent leurs explications. Les procès-verbaux se terminent par le serment écrit: Je jure que le présent procès-verbal est sincère. Ils sont transmis directement à l'autorité compétente.* »

LORSQUE LA PERSONNE A COMPARU DEVANT LE MAGISTRAT

Le magistrat instructeur a-t-il entendu le prévenu avant de décider de le placer sous « mandat d'arrêt provisoire » ?

- = Selon l'article 28 du Code de procédure pénale, « *l'officier du Ministère public peut, après avoir interrogé l'inculpé, le placer sous mandat d'arrêt provisoire* ». L'inculpé ne peut être arrêté ou privé de sa liberté d'aller et venir que s'il a été préalablement entendu sur PV d'audition. Le magistrat instructeur a l'obligation d'informer l'inculpé de ses droits, de l'entendre préalablement sur tous les faits mis à sa charge et de recueillir ses observations. Le prévenu a ainsi la possibilité de faire valoir, au cours de son audition, ses observations relatives aux faits et à sa situation personnelle et de fournir ses moyens de défense. Ces informations sont nécessaires pour permettre de motiver une décision de privation de liberté¹⁹.

Selon la doctrine congolaise, la formalité de l'interrogatoire est substantielle et à défaut de respecter cette condition, un mandat d'arrêt provisoire serait illégal.

Le procès-verbal d'audition a-t-il été lu et signé par son client ?

- = Le PV doit obligatoirement être signé par l'inculpé. Il faut aussi que celui-ci ait paraphé toutes les autres pages du PV. Doit être inscrit sur le PV la mention suivante : « *Lecture faite, persiste et signe avec nous* ».

SI LA PERSONNE A ÉTÉ PLACÉE SOUS MANDAT D'ARRÊT PROVISOIRE (MAP)

Cette mise en détention est-elle justifiée ?

- = L'avocat doit vérifier que le magistrat instructeur a indiqué dans le MAP l'infraction mise à la charge de son client et qui est passible d'au moins 6 mois de servitude pénale et qu'il a démontré l'existence d'indices sérieux de culpabilité (conditions matérielles ordinaires) ou d'autres circonstances d'exception justifiant la détention (conditions matérielles extraordinaires).

¹⁹ Voir la Revue zairoise de droit, p. 91, qui cite en appui de cette opinion, et divers ouvrages de droit de procédure pénale belge et français (sur lesquelles la procédure pénale congolaise a été calquée) puisqu'il n'existe pas de jurisprudence sur le sujet.

Combien de temps après la délivrance du mandat d'arrêt provisoire le juge a-t-il statué sur la mise en détention de la personne ?

- = Le mandat d'arrêt provisoire a une validité de 5 jours (article 28 al.2 CPP). A l'issue de ce délai, l'Officier du Ministère Public a l'obligation de faire conduire le prévenu devant le juge compétent, afin de solliciter une ordonnance de mise en détention préventive²⁰. Ce délai se calcule de minuit à minuit et les samedi/dimanche/jours fériés ne font pas prolonger le délai.

Exemple : Si une personne est placée sous MAP le mardi, la Chambre du conseil doit statuer sur son cas le vendredi ou organiser une audience durant le week-end.

Si le délai de 5 jours pour le MAP a été dépassé pour cause de force majeure comme le prévoit l'article 28 al. 3 et 4, il incombe alors au magistrat de justifier devant le juge les raisons de son retard.

SI UNE ORDONNANCE DE PLACEMENT EN DÉTENTION PRÉVENTIVE A ÉTÉ RENDUE

Est-ce que le prévenu a comparu en personne au cours de l'audience devant la Chambre du conseil ?

A-t-il pu s'exprimer sur son cas ?

- = La décision de placer la personne en détention est une ordonnance motivée après audition du magistrat instructeur et du prévenu.

Est-ce que la détention a été autorisée par le juge sur base des critères définis par le Code de procédure pénale? Y'a-t-il eu motivation de la décision ?

- = L'avocat doit vérifier que le juge a évalué le placement en détention au regard de la gravité des faits reprochés et en suivant la procédure. Il faut en outre que l'ordonnance ait été rendue au plus tard le lendemain du jour de la comparution²¹.

SI LE PRÉVENU RESTE EN DÉTENTION APRÈS 15 JOURS

Est-ce que la détention a été confirmée par ordonnance ?

- = Une ordonnance de confirmation de la détention doit être rendue au bout des 15 jours réglementaires (article 31 CPP). Elle a une validité de 30 jours. Elle est prise en Chambre du conseil dans le strict respect de l'article 31 CPP. La détention peut être prorogée de 1 à 3 fois. A l'expiration de ce délai, le Procureur doit ordonner la mise en liberté du prévenu à la diligence de l'intéressé ou du responsable de l'établissement pénitentiaire.

²⁰ Un dépassement de délai est autorisé par la loi (article 28 al.3 et 4) pour le temps strictement nécessaire pour effectuer le voyage, en cas de force majeure ou de retard nécessité par l'instruction. Il ne peut toutefois s'agir que d'une nécessité impérieuse et exceptionnelle et non pas d'un simple besoin du magistrat instructeur.

²¹ Article 30 du CPP.

S'il ne le fait pas, le maintien du prévenu en détention manque de base légale et devient en conséquence illégal. Il faudra toutefois faire constater cette irrégularité par un juge, qui pourra ainsi en tirer toutes les conséquences de droit, étant donné que le gardien de la prison ne peut pas, de son propre chef, ordonner la relaxe d'un prisonnier.

La Cour suprême de justice a jugé qu'aux termes de l'article 31 alinéa 1 du Code de procédure pénale, lorsque le délai légal fixé n'a pas été respecté, **le juge doit constater que la détention préventive non couverte par une ordonnance régulière devient illégale et partant, ne peut être prorogée (CSJ, RP 368, 28 avril 1981, inédit).**²²

La CSJ a accordé la liberté au prévenu en motivant sa décision comme suit : « *il ressort du dossier sous examen que le prévenu a été mis sous mandat d'arrêt provisoire en date du 26 février 1997 ; que depuis cette date, il s'est écoulé un délai de 5 jours sans que le titre qui le maintenait en détention ne soit régularisé ; il s'ensuit que la détention du prévenu ne se justifie pas* ». (CSJ, RP. 36/C.R du 7 mars 1997).

Dans tout cas de placement en détention arbitraire ou illégal, il importe que l'inculpé ou son conseil signale au plus vite la situation au supérieur hiérarchique du magistrat en charge de l'instruction aux fins d'y remédier.

SOUMETTRE DES REQUÊTES

DURANT LA PHASE PRÉ-JURIDICTIONNELLE (AVANT QUE L'AFFAIRE NE SOIT FIXÉE)

L'avocat doit rencontrer le magistrat instructeur afin de lui demander des renseignements complémentaires si le dossier physique est incomplet. Il est également de son devoir d'entreprendre les démarches nécessaires (par requêtes motivées) visant à obtenir :

- ⇒ **la mainlevée de la détention (art. 33 CPP)** : L'avocat peut demander la mainlevée de la détention au magistrat instructeur si les conditions pour le placement en détention ne sont pas ou plus remplies, si des irrégularités ont entaché la procédure au moment de la garde à vue ou du placement sous mandat d'arrêt provisoire ou si la personne est mineure. La mainlevée de la détention peut être octroyée à tout moment de la procédure, tant que l'officier du ministère public n'a pas saisi la juridiction de jugement.

²² Une certaine doctrine a soutenu que « le juge n'a pas qualité pour apprécier la légalité de la détention antérieure à son intervention. Sa mission consiste uniquement à vérifier si à la date de son audience en chambre du conseil, les conditions justifiant la mise en état de détention préventive (art. 27, C. Pr. P.) sont réunies » (A. RUBBENS, Le droit judiciaire congolais, tome III. L'instruction criminelle et la procédure pénale, p. 93). Cette doctrine a été confirmée par les tribunaux congolais dans les années 60 : « *le juge appelé à autoriser ou à confirmer la détention préventive n'a pas à statuer sur la légalité du titre primitif : sa mission consiste exclusivement à permettre la continuation de la détention ; si cette mesure lui paraît justifiée, sa décision n'a pas pour effet de régulariser le titre de la détention ni de couvrir les irrégularités de la détention déjà subie, mais de rendre cette détention légale pour l'avenir* » (Elis. 12 mai 1961, RJAC, 1961, p.165 ; Boma, 29 février 1916, Doc. et Jur. Col. 1926, p. 321). Toutefois, selon certains commentateurs et éminents représentants de la profession d'avocat, le titre primitif signifie tout acte ou titre de détention antérieurs au MAP.

- ⇒ **la liberté provisoire (art. 32 CPP)** : Elle peut être accordée uniquement pendant l'instruction préparatoire par le Parquet. Il perd ce droit une fois que le tribunal est saisi de l'affaire²³. L'avocat doit formuler et introduire une requête auprès du magistrat instructeur. Pour justifier cette demande, il peut notamment s'appuyer sur le fait que le prévenu ne s'est pas soustrait à la justice, qu'il a un emploi stable, une adresse connue, une famille à charge, des problèmes sérieux de santé. Il appartient aussi à l'avocat de discuter avec le magistrat sur les capacités financières de son client à payer une caution. En cas d'acquiescement, l'avocat devra obtenir la restitution de la caution payée et des biens consignés au moment de l'admission en prison (art.35 CPP).
- ⇒ **la fixation** rapide de l'affaire devant le tribunal compétent.

UNE FOIS L'INSTRUCTION TERMINÉE (AFFAIRE FIXÉE)

- ⇒ **Demander la libération au juge**

Dès que l'affaire est fixée (une fois que le ministère public a fini l'instruction et s'est dessaisi du dossier), il appartient au conseil, en application de l'article 45 du Code de procédure pénale, de demander directement la libération au juge (et non plus au magistrat instructeur). Selon la circulaire du PGR en date du 16 mai 1970, « *il pourra le faire immédiatement, puis chaque fois que quinze jours se seront écoulés après le rejet d'une requête.*²⁴ ». Le prévenu et/ou son Conseil doivent être entendus par les juges avant de demander l'avis du ministère public.

- ⇒ **Représenter son client en audience devant la Chambre du conseil**

En audience devant la Chambre du conseil, seul juge du placement et du renouvellement de la détention préventive, l'avocat doit soulever tous les arguments en faveur de la mainlevée de la détention ou de la mise en liberté provisoire, si les prescriptions légales n'ont pas été respectées. Le juge opère un contrôle de la légalité de la détention à partir du placement sous mandat d'arrêt provisoire délivré par un magistrat.

Les argumentaires ci-dessous peuvent également être développés en dehors de toute audience et ce, par voie de requête motivée adressée au tribunal.

²³ Suivant les auteurs, on parle de liberté provisoire (KATUALA KABA KASHALA, *Code judiciaire zairois annoté*, Ed. Asyst, Kinshasa, 1995, p.161) ou de levée du mandat d'arrêt (LUKOO MUSUMAO R., *La jurisprudence congolaise en droit pénal*, vol.1, Ed. On s'en sortira, Kinshasa, 2006, p.112).

²⁴ Circulaire n°5/008/I.M/P.G.R/1970 du 16 mai 1970, relative à l'arrestation et à la mise en détention préventive ainsi qu'à l'arrestation immédiate à l'audience, in *Circulaires et instructions générales*, Cour Suprême de Justice et Parquet général de la République, Kinshasa, 1971, pp.79-82.

- **La mainlevée de la détention** : L'avocat doit pour cela démontrer que les conditions du placement en détention ne sont pas remplies (arrestation sur base de faits civils, infraction bénigne...) ou que la procédure n'a pas été respectée.

**Exemples jurisprudentiels qui ont fondé
une ordonnance de mainlevée de la détention :**

Lorsque le délai légal fixé par la loi au terme de l'article 31 al.1 du CPP n'a pas été respecté, le juge doit constater que la détention préventive non couverte par une ordonnance régulière devient illégale et partant, ne peut être prorogée. (C.S.J, RP 368, affaire Mambo Makilongo contre MP, 28.04.1981.)

La Cour suprême de Justice, statuant en Chambre du Conseil, a ordonné la mise en liberté (sans condition) du prévenu condamné avec sursis après constat des irrégularités commises dans le placement en détention préventive (non respect des délais). Ordonnance de mise en liberté du 17 aout 1971 n°0023/G/71 ²⁵.

L'interrogatoire préalable de l'inculpé comme la consignation sur PV et la signature de celui-ci constituent des formalités substantielles touchant directement aux droits de la défense. Comme il s'agit d'obligations d'ordre public, la violation d'une quelconque de ces règles ne peut être rectifiée ou corrigée par la Chambre du conseil, viciant ainsi toute la procédure et entraînant la nullité du MAP. Le juge peut dès lors ordonner la mainlevée de la détention ou la mise en liberté provisoire du prévenu. (CSJ, 4 mars 1997, RP 36 C/R.)

Les indices sérieux de culpabilité sont de nécessité absolue. Mérite cassation totale pour absence de motivation, [...] l'ordonnance appelée en ce que cette dernière avait omis de relever l'existence des indices sérieux de culpabilité dans le chef du prévenu, étant donné que cette existence d'indices sérieux de culpabilité est la condition fondamentale pour la mise en détention préventive. (C.S.J, RP.278, affaire Muhima, 9 septembre 1980.)

Une ordonnance en matière de détention préventive est annulable pour vice de procédure de forme, lorsqu'elle a été rendue en audience publique au lieu de la chambre de conseil. (Appel R.U.05.12.1961, R.Jud.C.1962, p.272 cité par A. Rubbens, op.cit.n°73, réf.n°17, p.99)

- **La liberté provisoire** : C'est une mesure qui n'est pas accordée d'office : il faut donc que le prévenu demande à son avocat d'entreprendre les démarches nécessaires. Les mêmes raisons que celles invoquées au niveau du Parquet sont ici valables. Les juges ont déjà accordé le bénéfice de la liberté provisoire dans les hypothèses suivantes :

²⁵ Voir la Revue Zaïroise de droit, 1972 n°1, ONRD, Kinshasa.

- ✓ **Précarité de la santé du prévenu** qui nécessitait au vu du certificat médical produit un suivi dans un centre médical approprié (CSJ, RP 2433, janvier 2003 ; CSJ, RP 2953, 20 août 2007, inédit ; CSJ, RP 3112, 27 juin 2008, CSJ RPA 363)
- ✓ Une **charge familiale importante** (CSJ, RP 2277, 30 novembre 2001 ; RP 3085, 18 avril 2008 ; RP 2837, 26 mai 2008)
- ✓ **L'âge avancé et un état de santé précaire** (CSJ, RP 3112, 27 juin 2008), lorsqu'en plus le domicile était connu (CSJ RP 2089, 12 avril 2001)
- ✓ Un **défaut de crainte de la fuite** des prévenus dont l'adresse est connue (CSJ, RP 3230, 6 février 2009, inédit)
- ✓ **Jeune âge du prévenu, désintéressement de la victime et moindre risque de fuite**, ledit prévenu ayant un emploi permanent (CSJ, RP 3015, 05 octobre 2002, inédit)
- ✓ **Manque d'antécédents judiciaires**, adresse résidentielle connue (CSJ, RP 3144, 02 septembre 2008, inédit) et qualité d'étudiant préparant en plus ses examens de fin d'études (CSJ, RP 2970, 27 août 2007, inédit)
- ✓ **Responsabilités coutumières et familiales** du prévenu : chef de groupement et père de **famille nombreuse** ce qui excluait tout risque de fuite (CSJ, RP 9013)
- ✓ **Exercice d'une profession stable** (CSJ, RP 764, 25/11/1982, inédit)
- ✓ **Identité clairement identifiée et résidence difficilement inconnue à Mbuji-Mayi qui rendait une possibilité de fuite non à craindre puisque les prévenus étaient des cadres vedettes d'un parti politique** (CSJ, RPA 361)
- ✓ La mise en liberté provisoire sous caution et conditions strictes de résidence et de contrôle prévenant toute possibilité de fuite peut être accordée **nonobstant la gravité des faits et le scandale** que pourrait causer la mise en liberté du prévenu. (Lubumbashi, VE Louis contre MP, 27 septembre 1971, RJC n°2 et 3, 1972, p. 154.)

IMPORTANT :

**L'AVOCAT QUI ASSISTE LE PRÉVENU EN CHAMBRE DU CONSEIL NE DOIT PAS
COMMETTRE LA FAUTE DE PLAIDER L'AFFAIRE AU FOND.**

SA PRÉSENCE NE PEUT EN AUCUN CAS LUI ÊTRE REFUSÉE.

IL DOIT AVOIR EU ACCÈS AU DOSSIER AVANT L'AUDIENCE.

⇒ **Faire appel des décisions rendues en Chambre du conseil**

L'article 37 du Code de procédure pénale prévoit la possibilité, pour le prévenu comme pour le magistrat, de faire appel des décisions rendues par le juge du tribunal de paix. Le juge d'appel est donc celui du Tribunal de grande instance²⁶. Le délai d'appel est de 48 heures et la déclaration d'appel est faite, soit au greffe du tribunal qui a

²⁶ Sauf pour les personnes bénéficiant de privilèges d'immunités.

rendu l'ordonnance, soit en cas d'absence du greffier, à l'OMP, ou en cas d'absence de ce dernier, au juge. Le magistrat ou le greffier qui acte l'appel doit délivrer un récépissé.

Le délai court du jour où a été rendue l'ordonnance pour l'appel formé par le ministère public et pour l'appel formé par le prévenu à partir de la journée où l'ordonnance lui a été notifiée (art.39 CPP).

L'avocat peut faire appel :

- Des ordonnances autorisant ou prorogeant la mise en détention de son client
- Des ordonnances autorisant la libération provisoire de son client (pour demander à modifier les conditions de mise en liberté sous caution)²⁷.

L'avocat fonde sa requête en appel sur :

- Le manque de motivation de la décision rendue en Chambre du conseil
- Le non respect des dispositions légales du Code de procédure pénale

Dans tous les cas, l'avocat qui dépose une requête pour mise en liberté provisoire ou mainlevée de la détention doit produire les pièces justificatives correspondantes à sa demande, sinon la requête sera rejetée.

- ⇒ Deux demandes de mise en liberté provisoire sur base de la précarité de la santé des prévenus et de la scolarisation d'un autre ont ainsi été rejetées par la Cour suprême de Justice au motif que les avocats n'avaient produit aucune pièce justificative en appui à leurs demandes (CSJ RP 2996, 25.06.2008 et RPA 357).

⇒ **Les autres recours mis à la disposition de l'avocat:**

- Le pourvoi en cassation : les arrêts relatifs à la détention préventive ou à son maintien, au refus ou à la suppression de mise en liberté provisoire, sont susceptibles de pourvoi en cassation.
- La mise en cause de la responsabilité pénale, disciplinaire ou civile du magistrat instructeur :
 - « *Les négligences et les excès feront l'objet de remarques écrites qui seront versées au dossier personnel de l'OPJ ou du magistrat en cause. Copies de ces remarques seront adressées au Procureur général* ». ²⁸
 - En cas de défaut manifeste d'indices sérieux de culpabilité pouvant justifier le placement en détention préventive, la responsabilité pénale ou disciplinaire ou civile du magistrat instructeur peut être engagée²⁹.

27 A. Rubbens, op.cit., n°73.

28 Circulaire, op.cit., p.79.

29 Revue zaïroise de droit, op.cit., p.88.

- Le magistrat instructeur est responsable en cas de dépassement de la durée légale d'un mandat d'arrêt provisoire et également en cas de dépassement de la durée légale d'une ordonnance de détention préventive³⁰.
- L'article 67 du Code pénal Livre Second prévoit qu'« *est puni d'une servitude pénale d'un à cinq ans celui qui, par violences, ruses ou menaces, a enlevé ou fait enlever, arrêté ou fait arrêter arbitrairement, détenu ou fait détenir une personne quelconque.* » s'il est établi le dol spécial d'abus de pouvoir. Il faut donc que le magistrat ait su que son acte était arbitraire et ai voulu néanmoins le commettre³¹.
- Sans prouver le dol spécial, l'article 180 du Code pénal Livre Second dispose que « *tout acte arbitraire et attentatoire aux libertés et aux droits garantis aux particuliers par les lois, décrets, ordonnances et arrêtés, ordonné ou exécuté par un fonctionnaire ou officier public, par un dépositaire ou agent de l'autorité ou de la force publique, sera puni d'une servitude pénale de quinze jours à un an et d'une amende de deux cents à mille francs ou d'une de ces peines seulement.* »
- Les articles 258 et 259 du Code civil, livre III prévoient qu'en cas de détention préventive non justifiée au regard de la loi (détention illégale ou injustifiée), la victime a droit à des dommages et intérêts.

En conclusion :

- ⇒ **Si la procédure est régulière, l'avocat doit demander :**
 - La fixation de l'affaire ;
 - Le bénéfice d'une libération provisoire en attendant que l'affaire soit jugée au fond.
- ⇒ **Si la procédure est irrégulière (dépassement des délais légaux, défaut d'auditions du prévenu,...) ou injustifiée (défaut d'indices sérieux de culpabilité, faits bénins...), l'avocat doit demander en priorité la mainlevée de la détention.**

³⁰ Le magistrat instructeur doit veiller au renouvellement des pièces de détention. Code d'organisation judiciaire.

³¹ Voir Revue zairoise de droit, op.cit., p.108.

VÉRIFIER QUE LES CONDITIONS DE DÉTENTION DU CLIENT RESPECTENT LES STANDARDS MINIMA

- ⇒ L'article 18 de la **Constitution** de 2006 garantit que « *tout détenu doit bénéficier d'un traitement qui préserve sa vie, sa santé physique et mentale ainsi que sa dignité.* »
- ⇒ **L'ordonnance 344** du 17 septembre 1965 portant règlement du régime pénitentiaire demeure le guide de tout agent travaillant dans une prison. Il définit les obligations et devoirs du personnel pénitentiaire. Il appartient à l'avocat de s'assurer que le personnel pénitentiaire a accompli les tâches suivantes vis-à-vis de son client :
- Suivre la régularisation de la détention préventive : l'agent doit notamment avoir procédé au contrôle de la validité de l'acte privatif de liberté dès l'admission de la personne en détention préventive : lorsqu'une personne est amenée à la prison, l'on doit s'assurer de l'acte en vertu duquel il devra résider dans le milieu carcéral (art.30 et 34).
 - Tenir à jour les registres d'écrou, de sorties et de régularisation de détention préventive, notamment en remplissant la fiche individuelle du détenu qui servira de moyen d'identification tout au long de la détention (art.16 et 31).
 - Faciliter la communication et l'entretien entre l'avocat et son client, tout en respectant la confidentialité de leurs entretiens.
 - Faire examiner le détenu par le service médical de la prison dès son admission, afin de faire constater son état physique, sanitaire ou mental (art.33).
 - Observer la séparation des catégories de prisonniers : mineurs et adultes, femmes et hommes, condamnés et prévenus (art.39, 40, 41 et 44).
 - Tenir le prévenu informé de tout acte qui influe sur sa situation en détention. Ainsi, il est tenu de l'informer de l'état d'avancement de son dossier judiciaire et de toutes démarches entreprises pour son compte.

Selon la circulaire du 16 mai 1970, les directeurs de prison doivent veiller « à ce que le droit des détenus soit respecté et leurs requêtes transmises sans délai » au tribunal.

- ⇒ Le détenu préventif a des droits personnels que le magistrat instructeur, comme les responsables pénitentiaires, sont tenus de faire respecter, en vertu des instruments internationaux que la RDC a ratifiés et qui sont directement applicables³².

³² Règles minima en matière de détention préventive et sur le traitement des détenus préventifs adoptées par le premier Congrès des Nations Unies pour la prévention du crime et le traitement des délinquants, tenu à Genève en 1955 et approuvé par le Conseil économique et social dans ses résolutions 663 c (XXIV) du 31 juillet 1957 et 2076 (LXII) du 13 mai 1977 ; Convention relative aux droits de l'enfant, New York, 20 novembre 1989 (ratifiée par la RDC le 27 septembre 1990) ; Déclaration universelle des droits de l'Homme date (publiée au J.O du 5 décembre 2002) ; Charte africaine des droits et du bien être de l'Enfant, adoptée en juillet 1990 et entrée en vigueur le 29 novembre 1999 ; Charte africaine des droits de l'Homme et des peuples, Nairobi, 27 juin 1981 (ratifiée par la RDC le 10 juillet 1987) ; Pacte international relatif aux droits civils et politiques, adopté par l'Assemblée générale dans sa résolution 2200 A (XXI) du 16 décembre 1966 (ratifié par la RDC le 1er novembre 1976).

Il appartient également à l'avocat de s'assurer que ces droits ne sont pas bafoués et que le prévenu a bénéficié de son :

- Droit d'être informé de ses droits et des lois et règlements qui lui sont applicables pendant sa détention
- Droit de connaître la cause de son arrestation et les faits mis à sa charge
- Droit d'être entendu sur PV et de lire et signer le PV
- Droit d'être présenté en Chambre du conseil dans le délai de 15 jours (qui suivent le mandat arrêt provisoire) devant le juge du Tribunal compétent, qui peut ordonner la détention préventive ou la refuser et ordonner la remise en liberté
- Droit d'être présenté à nouveau devant le juge dans les 30 jours pour la confirmation de la détention et chaque mois pour sa prolongation
- Droit de bénéficier de l'assistance d'un avocat et de communiquer avec lui durant toute la phase d'instruction préparatoire
- Droit à l'alimentation et aux soins de santé
- Droit de communiquer avec les membres de sa famille et de recevoir leurs visites
- Droit de demander la liberté provisoire par requête adressée au juge compétent
- Droit de demander la mainlevée de sa détention lorsque les raisons qui l'ont justifiée n'existent plus
- Droit de former appel contre la décision du juge ayant ordonné la détention préventive devant la juridiction immédiatement supérieure
- Droit de réclamer la caution éventuellement payée lors de la libération provisoire s'il est réincarcéré ou si à la fin de l'instruction du dossier ou sur acquittement, les faits se révèlent non établis dans son chef
- Droit de ne pas faire l'objet d'un nouveau MAP du chef de la même infraction en cas d'ordonnance de mise en liberté provisoire
- Droit d'être séparé des condamnés et d'être soumis à un régime distinct, approprié à la condition d'une personne non condamnée
- Droit de ne pas être utilisé à des travaux réservés aux condamnés (sauf s'il le désire)
- Droit de ne pas être soumis aux travaux forcés
- Droit de suivre une formation
- Droit de ne pas être soumis aux actes de torture ou autre mauvais traitement

En cas de violation de ces droits fondamentaux ou en vue d'obtenir leur respect, le détenu ou son conseil doit saisir, par requête motivée, le Procureur dans l'office duquel le dossier du détenu est instruit en phase pré-juridictionnelle pour dénoncer lesdites violations (après en avoir parlé avec le magistrat instructeur et le responsable du lieu de détention).

VÉRIFIER QUE LES CONDITIONS APPLICABLES AUX MINEURS EN CONFLIT AVEC LA LOI ONT ÉTÉ RESPECTÉES

Rappel : Les personnes mineures âgées de mois de 14 ans ne peuvent jamais être placées en détention. L'avocat doit donc demander leur libération immédiate.

Lorsqu'un avocat est désigné dans un dossier d'assistance judiciaire à un mineur (de plus de 14 ans) en conflit avec la loi, il doit constamment veiller à préserver l'intérêt supérieur de l'enfant, qui est de vivre dans son milieu naturel (sa famille).

Les premières démarches de l'avocat sont identiques à celles qu'il entreprend lorsque son client est adulte. Il doit donc entrer en contact le plus rapidement possible avec l'enfant pour un entretien dans le respect de la confidentialité sur les causes de son incarcération et le voir ensuite de façon régulière en vue de le tenir informé de l'évolution du dossier. Il doit prendre rapidement contact avec le magistrat instructeur et consulter le dossier du mineur pour connaître les faits mis à sa charge.

Représenter le mineur en audience devant les autorités judiciaires :

En réalité, dans l'assistance judiciaire en faveur d'un mineur, ce qui diffère sont les requêtes et objectifs de l'avocat. Celui-ci, devant le magistrat instructeur comme devant le juge, doit viser à obtenir des autorités judiciaires une décision de :

- **Remise du mineur à ses parents ou à toute personne qui en la garde**
- **Le confier à un couple ou en dernier recours à une institution appropriée**

Car si la détention préventive est l'exception et la liberté est la règle, cela est d'autant plus vrai lorsqu'il s'agit d'un mineur. La loi prévoit la détention préventive de celui-ci uniquement lorsque le mineur est dangereux et lorsqu'il n'existe aucun parent, tuteur ou institution qui pourrait le prendre en charge. Et alors même, la détention ne pourra se faire que dans un établissement de garde et d'éducation et non dans un centre pénitentiaire classique.

Les plaidoiries et entretiens qu'il pourrait mener doivent avoir pour objectif de :

- ⇒ Veiller à vérifier qu'il existe des éléments objectifs visant à établir que le mineur est dangereux. A défaut il doit soulever ce moyen devant le magistrat instructeur et auprès du Tribunal.
- ⇒ Veiller à ce que la détention préventive du mineurs ne dépasse pas les 2 mois (article 108).

- ⇒ Le prévenu mineur doit bénéficier de tous les droits accordés aux prévenus adultes mais il a également le droit :
- D'exiger que ses parents, son tuteur ou toute personne qui exerce sur lui l'autorité parentale soit immédiatement informée de son arrestation (article 103)
 - D'être entendu en présence des parents, du tuteur, de la personne qui en a la garde ou de l'assistant social (article 104)

Selon l'article 40 de la Convention relative aux droits de l'enfant³³, le mineur d'âge a :

- Droit à l'information sur les faits qui lui sont reprochés
- Droit à un procès équitable
- Droit d'être détenu ou gardé dans une cellule ou quartier séparé des adultes³⁴
- Droit de ne pas être soumis aux travaux réservés aux détenus adultes³⁵
- Droit à une formation scolaire pendant sa détention
- Droit d'avoir rapidement accès à l'assistance juridique ou à toute autre assistance appropriée (médicale, psychosociale, rééducation etc.)
- Droit de demander que sa famille soit avisée de son arrestation ou de sa détention dans les heures qui suivent son arrestation
- Droit de recevoir de la visite de sa famille, de l'assistant social ou de son médecin et d'être assisté par eux sauf circonstances exceptionnelles
- Droit de ne pas être soumis aux actes de torture ou autre mauvais traitement
- Droit à une décision rapide sur sa détention
- Droit au respect de sa vie privée
- Droit à la promotion des solutions extra judiciaires dans le respect de la loi

Malheureusement dans la pratique, la RDC dispose de peu d'institutions publiques ou privées pour accueillir les enfants en conflit avec la loi. De fait, nombre de mineurs ne bénéficient pas d'un traitement spécial : ils sont jugés comme les adultes, sont placés de façon systématique en détention et partagent les mêmes cellules que les adultes, alors même que le Pacte international relatif aux droits civils et politiques interdit ces pratiques et ainsi que le fait d'être soumis aux travaux réservés aux détenus adultes³⁶.

Dans tous les dossiers concernant des mineurs en conflit avec la loi, l'avocat doit plaider en faveur d'une mise en liberté sur base du traitement spécifique que leur accordent les textes de loi.

IMPORTANT :
SELON L'ARTICLE 104 DE LA LOI DE JANVIER 2009,
L'ENFANT MINEUR DOIT BÉNÉFICIER DE TOUS LES DROITS QUI LUI SONT ACCORDÉS
PAR CET ARTICLE
SOUS PEINE DE NULLITÉ DE LA PROCÉDURE

33 La RDC a signé la Convention le 20 mars 1990 et l'a ratifiée le 27 septembre 1990.

34 Article 10. Al. 2 (b) et al 3 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques.

35 Article 10 al.4 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques.

36 Article 10.al.2 (b) et al.3 et article 10 ?al.4 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques.

SOURCES LEGALES NATIONALES OU INTERNATIONALES

SOURCES NATIONALES

Constitution de la République démocratique du Congo du 18 février 2006

Code pénal congolais (Décret du 30 janvier 1940)

Code de procédure pénale (Décret du 6 août 1959)

Ordonnance-loi n°79-028 du 28 septembre 1979 portant organisation du barreau, du corps des défenseurs judiciaires et du corps des mandataires de l'Etat

Code de l'organisation et de la compétence judiciaires (ordonnance-loi n° 82-020 du 31 mars 1982)

Ordonnance n°344 du 17 septembre 1965 portant organisation du régime pénitentiaire

Décret du 06 décembre 1950 sur l'enfance délinquante

Loi n°09/001 du 10 janvier 2009 portant protection de l'enfant

SOURCES INTERNATIONALES ³⁷

Règles minima en matière de détention préventive et sur le traitement des détenus préventifs adoptées par le premier Congrès des Nations Unies pour la prévention du crime et le traitement des délinquants, tenu à Genève en 1955 et approuvé par le Conseil économique et social dans ses résolutions 663 c (XXIV) du 31 juillet 1957 et 2076 (LXII) du 13 mai 1977

Convention relative aux droits de l'enfant, New York, 20 novembre 1989 (ratifiée par la RDC le 27 septembre 1990)

Déclaration universelle des droits de l'Homme date (publiée au J.O du 5 décembre 2002)

Charte africaine des droits et du bien être de l'Enfant, adoptée en juillet 1990 et entrée en vigueur le 29 novembre 1999

Charte africaine des droits de l'Homme et des peuples, Nairobi, 27 juin 1981 (ratifiée par la RDC le 10 juillet 1987)

Pacte international relatif aux droits civils et politiques, adopté par l'Assemblée générale dans sa résolution 2200 A (XXI) du 16 décembre 1966 (ratifié par la RDC le 1^{er} novembre 1976)

³⁷ Instruments internationaux ratifiés par la République Démocratique du Congo.

RÉFÉRENCES BIBLIOGRAPHIQUES

DOCTRINE

NYABIRUNGU MWENE SONGA, *Traité de droit pénal général congolais*, 2^{ème} ed., Ed. Droit et société « DES », Kinshasa, 2007

KATUALA KABA KASHALA, *Code judiciaire zaïrois annoté*, Ed. Asyst, Kinshasa, 1995

RCN ET MINISTÈRE DE LA JUSTICE ET GARDE DES SCEAUX, *La pratique de la détention préventive*, Séminaire des magistrats des tribunaux de paix de Kinshasa, Kinshasa, le 20 et 23 février 2002

MUSHAGALUSA NTAYONDEZA'NDI J., *L'organisation de la détention préventive en droit congolais*, module de formation RCN à l'intention des magistrats civils et militaires

LUKOO MUSUMAO R., *La jurisprudence congolaise en droit pénal*, vol.1, Ed. On s'en sortira, Kinshasa, 2006

DIBUNDA KABUINJI MPUMBUAMBUJI, *Répertoire général de jurisprudence de la Cour Suprême de Justice 1969-1985*, Ed. Connaissance et pratique du Droit Zaïrois, Kinshasa, 1990

Justice et Paix, Bulletin interne n°8, Service de Documentation et d'Etudes du Ministère de la Justice, juillet 1993

RUBBENS A., *Le droit judiciaire congolais, tome III. L'instruction criminelle et la procédure pénale*, Ed.Larcier, Bruxelles, 1965

JURISPRUDENCE EN MATIÈRE DE DÉTENTION PRÉVENTIVE

Cour suprême de justice, RP.278, affaire Muhima contre Ministère public, 9 septembre 1980

Cour suprême de justice, RP 368, affaire Mambo Makilongo contre Ministère public, 28 avril 1981

Cour suprême de justice, R.P.2996, 25 juin 2008

Cour suprême de justice, R.P.3112, affaire David Ngiza contre Ministère public et Léon Diakanua Tekasala, 27 juin 2008

Cour suprême de justice, R.P.A.357, affaire Kayiba Mukendi, Nzau, Kinkela, Libate Bonyali et Fatai Sifayao contre Ministère public, 5 août 2008

Cour suprême de justice, R.P.A.361, affaire Dikoma Kitengie, Kambanga, Mudingila Kadi, Mbaya, Mukendi Ngandu contre Ministère public et Parties civiles, 2008

Cour suprême de justice, R.P.A.363, affaire Déo Gafundu Ndjanga contre Ministère public, 17 décembre 2008

AUTRES OUTILS JURIDIQUES

Circulaire n°5/008/I.M/P.G.R/1970 du 16 mai 1970, relative à l'arrestation et à la mise en détention préventive ainsi qu'à l'arrestation immédiate à l'audience, in Circulaires et instructions générales, Cour Suprême de Justice et Parquet général de la République, Kinshasa, 1971, pp.79-82

Mercuriale prononcée par le Procureur général de la République Cour Suprême de Justice, audience solennelle de rentrée du 16 octobre 1971, in Revue zaïroise de Droit, 3^{ème} année, n°1, ONRD, Kinshasa-Gombe, 1972

REMERCIEMENTS

Avocats Sans Frontières tient à remercier chaleureusement le Bâtonnier National Mbuy-Mbiye Tanayi, ainsi que le Bâtonnier Mwanza de Kinshasa/Gombe, le Bâtonnier Khonde de Kinshasa/Matete, le Bâtonnier Bagaya Mukwe de Bukavu, le Bâtonnier Mulumba de Mbandaka et le Bâtonnier Kayumba de Kindu qui, grâce à leur relecture attentive du document, ont formulé des commentaires et avis essentiels à la réalisation d'un outil qui se veut des plus utiles aux avocats.

Avocats Sans Frontières remercie chaleureusement le Conseiller à la Cour suprême de Justice Prince Funga pour son engagement via la communication de jurisprudences et autres supports juridiques qui ont été utilisés pour enrichir le document.

Un grand merci pour leur précieuse collaboration et la pertinence des renseignements fournis au personnel des bureaux d'ASF à Kinshasa, Bukavu, Kindu et Mbandaka, à Chantal Van Cutsem, Aurore Decarnières, Cléa Kahn-Sriber et Sylviane Puer-tas pour la relecture, et à RCN Justice & Démocratie.

Nos remerciements vont également à tous les acteurs judiciaires qui participent aux projets « *assistance judiciaire des personnes en détention préventive* » d'Avocats sans Frontières, pour leur implication à voir la justice accessible à tous.

Rédigé par Myriam Khaldi.

Mandat d'Avocats Sans Frontières

Avocats Sans Frontières est une organisation non-gouvernementale internationale composée principalement d'avocats et de juristes mais aussi de toute autre personne intéressée, qui se donne pour mission de contribuer en toute indépendance à la réalisation d'une société juste et équitable, dans laquelle le droit est au service des groupes les plus vulnérables.

Au niveau local et international, Avocats Sans Frontières a pour objectifs :

- D'assurer une aide juridique efficace et effective pour les groupes les plus vulnérables au sein de la société et contribuer à la réalisation d'un système de droit qui est capable de protéger réellement ces groupes. De promouvoir le respect des droits fondamentaux, universels de l'homme et, en particulier, du droit à la défense et à un procès équitable;
- De promouvoir la responsabilité et « accountability » des acteurs publics notamment, mais aussi des acteurs privés, dans la sphère économique et sociale;
- De travailler à la réduction de la pauvreté par l'accès des populations à une justice sociale dans l'esprit d'une redistribution internationale des ressources et des compétences.

Pour plus d'information, veuillez consulter le site internet d'Avocats Sans Frontières www.asf.be

Avocats Sans Frontières asbl
Rue de Namur, 72
1000 Bruxelles - Belgique
tél : +32 2 223 36 54
fax : +32 2 223 36 14
courriel : info@asf.be

Avocats Sans Frontières Kinshasa
1, Place du Marché Imm. N.B.K.
Kinshasa/Gombe
République démocratique du Congo
courriel : rdc-cmkin@asf.be
www.asf.be

Contribuez à la réalisation d'une société plus juste.

Votre engagement fait la différence !

ING | Privalis 630-0227491-85

IBAN: be89 6300 2274 9185

BIC: BBRUBEBB

Editeur responsable :

Francesca Boniotti, Rue de Namur 72, 1000 Bruxelles, Belgique

Copyright et droits d'auteur

Toute reproduction ou représentation intégrale ou partielle, par quelque procédé que ce soit, faite sans autorisation de Avocats Sans Frontières est illicite et constitue une contrefaçon. Conformément aux dispositions du code de la propriété intellectuelle, seules sont autorisées, d'une part, les reproductions strictement réservées à l'usage privé du copiste et non destinées à une utilisation collective, et, d'autre part, les citations justifiées par le caractère scientifique ou d'information de l'article dans lequel elles sont incorporées.

