

## Le droit fondamental à la Défense – un état des lieux en procédure pénale internationale

Jean FLAMME, avocat à la CPI, au TPIR et au TSL, secrétaire général du Barreau Pénal International.

1. Le droit fondamental à une défense équitable est au procès ce que la presse libre est à la démocratie.

Victor Hugo écrivait :

***“ Avec la presse libre, les problèmes de société ont de la lumière au-dessus d’eux, ils sont praticables, on voit leurs précipices, on voit leurs issues, on peut les aborder, on peut y pénétrer. Abordés et pénétrés, c’est à dire résolus, ils sauveront le monde.***

***Sans presse, nuit profonde. Eteignez le phare et le port devient l’écueil.***

***Nulle incertitude. Allez à l’idéal, allez à la justice et à la vérité .”***

Dans son manifeste censuré du 25 novembre 1939 Albert Camus faisait un pas de plus, dans le climat de non vérité d’alors, et écrivait :

***“ La vérité et la liberté sont des maîtresses exigeantes puisqu’elles ont peu d’amants.***

***Il reste que l’ironie socratique demeure une arme sans précédent contre les trop puissants. Elle complète le refus en ce sens qu’elle permet, non plus de rejeter ce qui est faux, mais de dire souvent ce qui est vrai.”***

Dans l’ “Homme révolté” il écrit :

***“ La vertu de l’homme est de se maintenir en face de tout ce qui le nie.”***

Parlons de cette “vérité”. La tentation totalitaire qui réside en beaucoup de puissants a tendance à réduire ce qu’ils appellent justice à une seule et unique vérité, “la” vérité auto-déclarée d’un dossier judiciaire, pour ne donner qu’un exemple.

Une défense indépendante à part entière et avec des moyens égaux est un trouble-fête, avec bien peu d’amants, voilà la réalité du Barreau, dernier rempart de la démocratie.

Il n’y a pas une vérité unique. Il y a autant de vérités qu’il y a d’hommes et de femmes. Le procès se doit d’être avant tout un moment du concept des Grecs anciens de “*catharsis*”, un moment de vérités, au pluriel du mot, de tentation d’explication et donc de “purification”, qui fait avancer les civilisations dans le concept de lumière de Victor Hugo, qui rend possible la réconciliation.

La “punition” dans ce contexte, si nécessaire, devient aléatoire, face à l’énormité des enjeux, car nous parlons de procès qui concernent la souffrance de populations entières, qui concernent des millions de morts, comme au Congo. Ces millions de morts dont personne ne parle. Nous parlons d’espoirs de paix et des moyens d’y arriver.

Ian Paisley, dans un commentaire paru au New York Times, parle de cet échiquier politique dans lequel intervient le Procureur à la CPI. La CPI ne peut les juger tous et doit donc faire des choix. Lesquels ? Ian Paisley ne croit pas que le Procureur ait fait les bons choix et le journal Le Monde, dans son édition du 16 mars 2012, le critiquait également en faisant remarquer qu'il a échangé des poignées de main chaleureuses avec les acteurs principaux, tels que Museveni et Kagame, pour lequel il déclarait même son admiration, pour ne pas parler de Kabila, tandis qu'il mettait en cause de petits "poissons", sur le plan pénal il s'entend.

Ian Paisley croit que faire les mauvais choix signifie que l'on diminue les chances de paix, que l'on les rend même impossibles.

Thomas Lubanga est poursuivi pour enrôlement d'enfants soldats, un crime dont on peut accuser tous les chefs de milices et de l'armée confondus en RDC, situation créée par Kabila père, qui a "libéré" le Congo avec ses "Kadogos" ( enfants-soldats ), qui étaient devenus les héros du peuple, commandés par Joseph Kabila, actuellement président de la République. Thomas Lubanga, qui a personnellement lutté contre la présence de ces enfants dans les forces armées à un moment où les structures nécessaires à leur démobilisation n'étaient pas encore présentes, est accusé de ce seul crime dans une région où sont tombés des millions de morts, avant tout dans la population civile.

Thomas Lubanga, deux mois après sa venue au pouvoir, avait obtenu un accord de paix, signé par toutes les ethnies et factions en place, sauf une. Il constituait l'espoir de toute la population d'Ituri. Ses ennemis l'appelaient le "Pasteur", dénomination ironique pour un homme qui voulait la paix, cette paix que certains, en ce soutenus par la majorité des acteurs politiques internationaux, refusent à cette population, afin de pouvoir faire main basse sur les richesses qui lui appartiennent pourtant exclusivement.

Le Procureur a-t-il fait le bon choix ?

Voici des questions fondamentales que la défense doit poser et auxquelles elle doit apporter des réponses, veut-on être éclairé et connaître les vérités qui, sinon, resteraient cachées.

L'histoire jugera si la CPI aura eu cette volonté, ce désir de faire avancer les sociétés, grâce à une occasion offerte de lumière, dans le sens qu'y ont donné Victor Hugo et Albert Camus.

2. La défense indépendante ne fait, par définition, pas partie du système. Elle est extérieure à celui-ci, seule garantie possible de l'indépendance nécessaire à sa mission.

L'accusé et/ou la victime ne se retrouvent souvent pas dans un dossier judiciaire . Ils font donc appel à l'avocat de leur choix ,dont un Barreau indépendant, lui aussi, garantit l'intégrité, la qualité et dont le système doit garantir l'immunité, qui permettra à cet avocat de tout dire.

La mission de cet avocat est d'apporter au procès cette vérité exclusive de son client, de rapporter les "inconvenient truths", d'être, au besoin, le messenger des "mauvaises nouvelles".

Pour pouvoir remplir sa mission l'avocat doit en obtenir les moyens, à armes égales avec le Procureur. Voilà les principes universellement reconnus.

Jusqu'à ce jour la défense en droit pénal international n'a **pas** cette indépendance.

Le Greffier a la gestion des avocats et de l'aide judiciaire. Ceci est désastreux. L'on a abandonné un des acquis de centaines d'années d'expérience et de marche vers la démocratie, un Barreau indépendant. C'est un choix délibéré et non un malheureux "oubli", car on a toujours le choix. C'est le choix délibéré de pas en arrière, que condamne Victor Hugo. Il écrit : **"vouloir et ne vouloir pas, quoi de plus misérable ! qui hésite, recule et attermoie, ne pense pas."**

Nous connaissons les exemples néfastes au TPIR, où des avocats ont été licenciés par le Greffier pour leur liberté de parole, où des avocats ont été tenus écartés de certaines défenses et où on a imposé des avocats à certains accusés, détenus illégalement en isolement pendant des mois, tout en leur refusant le droit sacré du libre choix, autre garantie de cette défense indépendante.

Ceci est aussi possible à la CPI. Un système de droit, digne de ce nom, rend ce genre de dérives dangereuses impossible. Il n'y a qu'une manière de les rendre impossibles, et c'est la création d'un Barreau indépendant comme troisième pilier institutionnel à la CPI. Ceci soulagera, de plus, le Greffier de bon nombre de tâches difficiles pour lesquelles le Greffe n'est pas équipé et ne dispose pas de l'expertise nécessaire.

Nous connaissons, hélas, aussi et de surcroît, la réduction récente de près de la moitié d'une aide judiciaire déjà insuffisante, à la CPI. Subtile manière pour éteindre le phare...

Une idée vit à la CPI, auprès de certains, que l'obligation du Procureur d'examiner tant à charge qu'à décharge permettrait ainsi de réduire les moyens de la défense et plus particulièrement ceux qui concernent les enquêtes de la défense, qui seraient devenues superflues, ou presque.

Le mirage donc du dossier objectif, celui de la vérité unique. Ajoutez-y cet autre mirage du droit romano-germanique, celui de l'intime conviction du juge, et l'on retombe dans la justice "divine".

Si l'affaire Lubanga a appris une chose, c'est que le Procureur ne remplit pas cette obligation impossible et que les moyens mis en oeuvre par lui pour découvrir la vérité sont en plus condamnables. Le droit de la preuve en droit pénal, tel que réinventé par lui, a causé l'interruption du procès pour des raisons fondamentales.

L'on a oublié, en plus, que cette obligation, qui nous vient du droit romano-germanique , est, dans cette tradition juridique, en général exercée par un juge d'instruction, qui ne se trouve pas dans la foulée accusatoire qui fait l'essence d'un procureur, ou ne pourrait pas s'y trouver.

L'obligation - et je souligne le mot "obligation" - à la propre enquête reste donc entière pour la défense devant la CPI, mais est empêchée par le système d'aide judiciaire qui prévoit un maximum inacceptable de journées d'enquêtes professionnelles ( 90 ), comme si cela pouvait se mesurer à l'avance. Là aussi il s'agit d'un recul, même vis à vis du TPIR, où la défense a droit à un enquêteur professionnel à plein temps ( et même parfois deux ) pendant toute la durée de la procédure.

L'expérience apprend que les meilleurs enquêteurs sont des confrères locaux, qui connaissent non seulement le conflit et le pays mais aussi la langue, élément clé dans une procédure d'une telle complexité concernant un pays comme le Congo, où il existe plus de 400 langues différentes, élément pourtant souvent sous-estimé par un procureur et une cour siégeant sur un autre continent.

Avec le montant révisé de 1 800 euros/ mois **brut**, mis à disposition pour une personne "resource", par définition non professionnelle, il n'est plus possible de payer ce genre d'enquêtes professionnelles.

Le système d'aide judiciaire de la CPI est donc contraire au statut de Rome et viole l'art. 67 de celui-ci, qui détermine les droits de l'accusé, dont celui de disposer du temps et des facilités, nécessaires à la préparation de sa défense. Le Greffier viole donc son obligation, telle que reprise à la norme 83 du règlement de la Cour, dans la mesure où les moyens nécessaires pour atteindre les objectifs fixés par le Statut de Rome ne sont pas mis à disposition de la Défense.

Venons-en enfin à ce qui sera payé à l'avenir aux conseils de la Défense.

Ce débat est essentiel car l'on demande à l'avocat en question de quitter son cabinet pendant des années entières afin de pouvoir se consacrer à plein temps à une défense qui demandera toute son énergie . Le dommage causé par la perte de clientèle, nécessairement encourue par une très longue absence de son cabinet, ne sera jamais indemnisé.

Le genre de procès, par ailleurs, exige que le conseil soit d'une expérience et qualité reconnues, si on l'on veut que ce procès soit équitable.

La norme 83 du règlement de la Cour oblige le Greffier à veiller à ce que l'accusé puisse librement choisir un conseil de qualité reconnue. Ceci suppose qu'il ou elle soit rémunéré en conséquence et conformément à son expérience. Tout cela découle du Statut de Rome.

Est-ce le cas ?

Non, et on en est très loin. Je ne rentrerai pas dans les détails chiffrés dans le cadre de cet exposé. Mais le BPI a effectué un calcul de ce qui devrait être payé aux avocats en restant dans la logique du Greffier, qui est celle de l'égalité des armes et de l'équivalence avec ce qui est payé pour un poste similaire dans le Bureau du Procureur.

Ce que le Greffier propose de payer aux avocats dans le futur est réduit à 16 % de ce montant. Le Greffier organise ainsi l'inégalité des armes.

Tenant compte du fait que l'avocat, afin de pouvoir lutter contre l'avantage du temps dont dispose le Procureur, travaille facilement 50 heures/semaine, le Greffier payait jusqu'à ce jour une tarif horaire à l'avocat principal de 42 euro l'heure prétendument net, sans l'indemniser toutefois pour ses charges sociales, contributions pour pension et maladie, contrairement à ce que le Greffier prétend, ce qui revient donc à un semi-brut, qu'il faut réduire encore de 10 euros, pour donc en arriver à un tarif horaire net de 32 euros.

Dans le système de réductions qui devrait entrer en fonction la semaine prochaine, ce montant sera, dans la plupart des cas et en faisant une estimation moyenne, réduit de moitié, pour donc en arriver à un tarif horaire de 17 euros.

Ceci est le montant qui est payé à certains stagiaires de première année dans certains cabinets Bruxellois.

Le tarif horaire minimal pour un avocat avec peu d'expérience est en Belgique de 95 euros.

Après dix années d'existence et face aux besoins de nouvelles enquêtes de plus en plus pressants, les Etats Parties sont arrivés à la conclusion que la Cour coûte trop cher et qu'il y a lieu d'économiser. On décide donc de reculer.

Il faut le comparer à un immeuble où, en cours de construction, on décide de diminuer l'acier pour le béton armé de moitié.

Mais l'acier pour une partie de l'immeuble seulement, car on ne touche pas aux salaires des juges, des greffiers, des procureurs.

On s'attaque donc exclusivement aux moyens de la défense, pas à ceux du Procureur. Où est cette "égalité des armes" dont on a fait tellement l'éloge ? Que valent des textes s'ils ne sont pas appliqués ?

Je suggère que les Etats en question diminuent leurs dépenses énormes en armement et se tournent vraiment vers la justice et la lumière, ainsi que vers la souffrance d'énormes populations, pas dans les paroles, mais dans les actes. Ceci serait enfin un acte de "civilisation", cette "civilisation" dont l'Ouest s'est tellement réclamé.

Je ne puis arriver qu'à une seule conclusion :

La profession d'avocat a l'obligation déontologique, légale et morale de refuser d'accepter des mandats dans de telles circonstances, car l'avocat requis saura d'avance qu'il ou elle ne pourra répondre aux exigences énormes que lui impose le Statut de Rome.

Le Barreau ne peut se taire, car il deviendrait complice.

La conférence de révision de Kampala ne parlait pas de la Défense et de ses problèmes existentiels. Cela en dit long sur les priorités de la CPI et cela est inacceptable.

Il n'y a pas et il n'y aura pas de procès sans avocats.

Genève, 30 mars 2012.