

**Cour
Pénale
Internationale**



**International
Criminal
Court**

Original: French

No.: ICC-01/04-01/07

Date: 21 November 2012

TRIAL CHAMBER II

Before: Judge Bruno Cotte, Presiding Judge
Judge Fatoumata Dembele Diarra
Judge Christine Van den Wyngaert

**SITUATION IN THE DEMOCRATIC REPUBLIC OF THE CONGO
IN THE CASE OF
THE PROSECUTOR
*v. GERMAIN KATANGA AND MATHIEU NGUDJOLO CHUI***

Public document

**Decision on the implementation of regulation 55 of the Regulations of the Court
and severing the charges against the accused persons**

Decision to be notified in accordance with regulation 31 of the Regulations of the Court to:

Office of the Prosecutor

Ms Fatou Bensouda, Prosecutor
Mr Éric MacDonald, Senior Trial Lawyer

Counsel for Germain Katanga

Mr David Hooper
Mr Andreas O'Shea

Counsel for Mathieu Ngudjolo Chui

Mr Jean-Pierre Kilenda Kakengi Basila
Mr Jean-Pierre Fofé Djofia Malewa

Legal Representatives of Victims

Mr Jean-Louis Gilissen
Mr Fidel Nsita Luvengika

Legal Representatives of Applicants

Unrepresented Victims

**Unrepresented Applicants for
Participation/Reparations**

Office of Public Counsel for Victims

**Office of Public Counsel for the
Defence**

States' Representatives

REGISTRY

Registrar

Ms Silvana Arbia

Counsel Support Section

Victims and Witnesses Unit

Detention Section

**Victims Participation and Reparations
Section**

Other

Table of Contents

I.	Background	4
II.	Analysis	8
1.	Legal basis.....	8
2.	Respect for the rights of the Accused in this case	10
a.	The implementation of regulation 55 at the deliberation stage.....	10
b.	The right to be informed promptly of the nature, cause and content of the charges against him.....	13
c.	The right of the accused to have adequate time and facilities for the preparation of his defence.....	19
d.	The right to be tried without undue delay	21
e.	The right not to be compelled to testify against oneself.....	23
3.	Modalities of the application of regulation 55 for the parties and participants	26
4.	Severance	27
III.	Disposition	29

Dissenting Opinion of Judge Van den Wyngaert

TRIAL CHAMBER II of the of the International Criminal Court (“the Chamber” and “the Court”, respectively), acting pursuant to articles 21, 64, 67 and 69(3) of the Rome Statute (“the Statute”), rule 136 of the Rules of Procedure and Evidence (“the Rules”) and regulations 34, 38 and 55 of the Regulations of the Court, decides the following.

I. Background

1. On 26 September 2008, Pre-Trial Chamber I rendered the Decision on the *confirmation of charges*.¹ In that decision, it found that there was sufficient evidence to establish substantial grounds to believe that during the attack on Bogoro on 24 February 2003, Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo jointly committed through other persons, within the meaning of article 25(3)(a) of the Statute, wilful killing constituting a war crime (article 8(2)(a)(i) of the Statute);² murder constituting a crime against humanity (article (7)(1)(a) of the Statute);³ the war crime of directing an attack against a civilian population as such or against individual civilians not taking direct part in hostilities (article 2(b)(i) of the Statute);⁴ the war crime of destroying property (article 8(2)(b)(xiii) of the Statute);⁵ the war crime of pillaging (article 8(2)(b)(xvi) of the Statute);⁶ sexual slavery constituting a war crime (article 8(2)(b)(xxii) of the Statute)⁷ and a crime against humanity (article 7(1)(g) of the Statute);⁸ the crime of rape constituting a war crime (article 8(2)(b)(xxii) of the Statute)⁹ and a crime against humanity (article 7(1)(g) of the Statute).¹⁰

2. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo are also accused of having committed jointly, within the meaning of article 25(3)(a) of the Statute, the

¹ Pre-Trial Chamber I, *Decision on the confirmation of charges*, 26 September 2008, ICC-01/04-01/07-716-Conf (public version, ICC-01/04-01/07-717) (“the Confirmation Decision”).

² *Ibid.*, para. 575.

³ *Ibid.*, para. 579.

⁴ *Ibid.*, para. 575.

⁵ *Idem.*

⁶ *Idem.*

⁷ *Ibid.*, para. 576.

⁸ *Ibid.*, para. 580.

⁹ *Ibid.*, para. 576.

¹⁰ *Ibid.*, para. 580.

crime of using children under the age of 15 years to participate actively in hostilities, constituting a war crime (article 8(2)(b)(xxvi) of the Statute).¹¹

3. The Chamber considers it necessary to recall that the presentation of evidence began on 25 November 2009 and ended on 11 November 2011.¹² The Office of the Prosecutor (“the Prosecutor”) called 25 witnesses, and two victims were called to appear at the request of the Legal Representative of the main group of victims. The Defence for Germain Katanga called 17 witnesses and the Defence for Mathieu Ngudjolo 11.¹³ The Chamber itself called two witnesses. Once the various testimonies had been heard, the two Accused gave evidence as witnesses in their turn. The presentation of evidence was declared officially closed on 7 February 2012.¹⁴
4. On 24 February 2012, the Prosecutor and the Legal Representatives of the Victims filed their written submissions.¹⁵ On 30 March 2012, the Defence teams for both Accused filed their respective submissions.¹⁶ The parties and

¹¹ *Ibid.*, para. 574.

¹² See also *Decision on three applications seeking the production of additional evidence and on an agreement as to evidence*, 15 December 2011, ICC-01/04-01/07-3217-Conf (ICC-01/04-01/07-3217-Red). On 18 and 19 January, the Chamber undertook a judicial visit to the DRC in the presence of the parties, participants and representatives of the Registry of the Court. *Decision on a judicial site visit to the Democratic Republic of the Congo*, 18 November 2011, ICC-01/04-01/07-3203.

¹³ Three of these witnesses were common to both Defence teams.

¹⁴ *Déclaration de la clôture de la présentation des moyens de preuve*, 7 February 2012, ICC-01/04-01/07-3235.

¹⁵ Office of the Prosecutor, “Closing Brief”, 24 February 2012, ICC-01/04-01/07-3251-Conf-Corr with confidential annexes A and C and annex B (ICC-01/04-01/07-3251-Corr-Red with annexes) (“the Prosecutor’s Closing Brief”); Common legal representative of the main group of victims, “*Conclusions finales*”, 24 February 2012, ICC-01/04-01/07-3253-Conf-Corr2 (ICC-01/04-01/07-3253-Corr2-Red); Legal representative of child soldier victims, “*Conclusions finales du Représentant légal des victimes enfants soldats*”, 24 February 2012, ICC-01/04-01/07-3250-Conf-Corr (ICC-01/04-01/07-3250-Corr-Red). They also filed further observations on 22 March 2012 followed the judgment rendered on 14 March 2012 by Trial Chamber I in the case of *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*: Legal representative of child soldier victims, “*Conclusions additionnelles du Représentant légal des victimes enfants soldats*”, 22 March 2012, ICC-01/04-01/07-3262; Common legal representative of the main group of victims, “*Observations additionnelles aux conclusions finales du représentant légal suite au jugement rendu dans l’affaire Lubanga*”, 22 March 2012, ICC-01/04-01/07-3263; Office of the Prosecutor, “*Observations de l’Accusation à la suite du prononcé du jugement dans l’affaire Lubanga*” (ICC-01/04-01/06-2842), 22 March 2012, ICC-01/04-01/07-3264-Conf.

¹⁶ Defence for Germain Katanga, “Defence Closing Brief”, 24 February 2012, ICC-01/04-01/07-3266-Conf-Corr2 with annex (ICC-01/04-01/07-3266-Corr2-Red); Defence for Mathieu Ngudjolo, “*Conclusions finales de Mathieu Ngudjolo*”, 30 March 2012, ICC-01/04-01/07-3265-Conf-Corr2 with confidential annexes (ICC-01/04-01/07-3265-Corr2-Red with annexes).

participants then made oral submissions during hearings held between 15 and 23 May 2012.¹⁷ Lastly, the two Accused made an oral statement as provided for in article 67(1)(h) of the Statute.¹⁸

5. Once the Chamber had received the written and oral summaries of the parties and participants, it was able to continue its examination of evidence on the record of the case in greater depth. It thus noted that both during his testimony and his defence, Germain Katanga emphasised his contribution as coordinator of preparations for the attack on Bogoro while maintaining that its aim was to dislodge the UPC and asserting that it had been carried out by a group of local combatants linked to the APC. A number of witnesses called by both the Prosecutor and the Defence teams also highlighted Germain Katanga's contribution to the attack, albeit in different terms.
6. Upon examining the evidence, it appeared to the Majority of the Chamber ("the Majority"), Judge Van den Wyngaert dissenting on this point, that Germain Katanga's mode of participation could be considered from a different perspective from that underlying the Confirmation Decision and it was therefore appropriate to implement regulation 55 of the Regulations of the Court¹⁹ while ensuring that the Defence is able to exercise its rights effectively, in accordance with regulation 55(2) and 55(3). Accordingly, the Majority hereby informs the parties and participants that the legal characterisation of facts relating to Germain Katanga's mode of participation is likely to be changed and that the Accused's responsibility must henceforth also be considered having regard to another paragraph of article 25(3) of the Statute.
7. The Majority will therefore propose herein a change to the legal

¹⁷ More precisely, the Prosecutor made his oral submissions on 15 and 16 May 2012, the Legal Representatives of Victims on 16 May, the Defence for Germain Katanga on 21 May and the Defence for Mathieu Ngudjolo on 22 and 23 May 2012.

¹⁸ ICC-01/04-01/07-T-340, pp. 54-59 for Germain Katanga and pp. 59-67 for Mathieu Ngudjolo.

¹⁹ Regulation 55(2) provides that the Trial Chamber shall give notice to the participants of the possibility that the legal characterisation of facts may be subject to change "having heard the evidence".

characterisation not of one of the crimes listed among the charges but of one of the modes of liability, for the Accused Germain Katanga alone. In the view of the Majority, Mr Katanga's liability must henceforth be considered on the basis of article 25(3)(d) of the Statute (complicity in the commission of a crime by a group of persons acting with a common purpose) and no longer solely on the basis of article 25(3)(a) of the Statute (commission of a crime in the form of indirect co-perpetration). The Majority will not examine the crime of using children under the age of fifteen years to participate actively in hostilities (direct co-perpetration) in the light of article 25(3)(d).

8. As the Appeals Chamber has suggested,²⁰ it is for the chambers, guided by the sole concern of determining the truth of the charges referred to them, having considered the evidence admitted into the record of the case, to reach a decision on the *guilt* of the accused,²¹ without necessarily restricting themselves to the characterisation employed by the Pre-Trial Chamber and on which the Prosecutor has elaborated during the trial. It is also for the

²⁰ Appeals Chamber, *Judgment on the appeals of Mr Lubanga Dyilo and the Prosecutor against the Decision of Trial Chamber I of 14 July 2009 entitled "Decision giving notice to the parties and participants that the legal characterisation of the facts may be subject to change in accordance with Regulation 55(2) of the Regulations of the Court"*, 8 December 2009, No. ICC-01/04-01/06-2205, para. 77 ("Judgment on Regulation 55(2) of the Regulations of the Court").

²¹ In the view of the Appeals Chamber, "[w]hile mindful that the Prosecutor bears the onus of proving the guilt of the accused, it is nevertheless clear that 'the Court has the authority to request the submission of all evidence that it considers necessary for the determination of the truth' (article 69 (3) of the Statute). The fact that the onus lies on the Prosecutor cannot be read to exclude the statutory powers of the court, as it is the court that 'must be convinced of the guilt of the accused beyond reasonable doubt' (article 66 (3) of the Statute)." Appeals Chamber, *Judgment on the appeals of The Prosecutor and The Defence against Trial Chamber I's Decision on Victims' Participation* of 18 January 2008, 11 July 2008, ICC-01/04-01/06-1432, para. 95. See also Trial Chamber II, *Decision on the Modalities of Victim Participation at Trial*, 22 January 2010, ICC-01/04-1/07-1788, para. 30. See also "Defence for Germain Katanga's Additional Observations on Victims' Participation and scope thereof", 10 November 2009, ICC-01/04-01/07-1618: "It has been held that article 69(3) gives the Court a general right that is not dependent on the cooperation or the consent of the parties to request the presentation of all evidence necessary for the determination of the truth. This is so because the Trial Chamber is viewed as a 'truth-finder' invested with the difficult task of ascertaining the truth in relation to the guilt of the defendant for which it is believed that the greatest accessibility to the evidence is necessary. [...] The accurate determination of the guilt or innocence of persons prosecuted before the ICC is important, not only for the accused who has the presumption of innocence, but also for the wider audience, in particular for victim participants "insofar as this issue is inherently linked to the satisfaction of their right to the truth"(paras. 10 and 11).

chambers to judge and state if the most suitable response to the charges referred to it is to apply this provision. It is precisely with this in mind that the Majority has objectively examined all evidence relating to Germain Katanga's role and taken the view that it is appropriate to propose a re-characterisation in the instant case.

9. As this step does not concern the Accused Mathieu Ngudjolo, the decision also severs the charges against him.

II. Analysis

1. Legal basis

10. Under article 74(2) of the Statute, the Chamber's decision "shall not exceed the facts and the circumstances described in the charges and any amendments to the charges." The Confirmation Decision therefore establishes the factual scope of the judgment to be delivered pursuant to the aforementioned article. As the Chamber has already emphasised in its decision of 21 October 2009, it is prohibited from exceeding the facts and the circumstances described in the charges, but it may give them a different legal characterisation if it considers it necessary to assess them differently, in accordance with regulation 55 of the Regulations of the Court.²²

11. Hence, provided a trial chamber does not overstep the factual and circumstantial framework described in the charges, regulation 55 allows it to modify the legal characterisation of the facts to accord with the crimes under the Statute or to accord with the form of participation of the accused in the crimes under articles 25 and 28 of the Statute. Under regulation 55(1) of the Regulations, the legal characterisation of the facts may be altered in a decision rendered by a chamber under article 74 of the Statute. However, as regulation 55(2) states, if "at any time during the trial", it appears to the chamber concerned that the legal characterisation of the facts may be subject to change,

²² *Decision on the Filing of a Summary of the Charges by the Prosecutor*, 21 October 2009, ICC-01/04-01/07-1547 ("the Decision on the Filing of a Summary of the Charges").

it shall give notice to the participants in the proceedings of such a possibility and, having heard the evidence, shall, at an appropriate stage, give the participants the opportunity to make submissions. Regulation 55 sets out the safeguards that must be respected to protect the rights of the accused. The accused must have adequate time and facilities for the effective preparation of his or her defence, and be given the opportunity to request the presentation of any evidence or witness that he or she considers necessary, in accordance with article 67(1)(e).²³

12. It should be recalled that in *Lubanga*, the Appeals Chamber clearly and unanimously upheld the legality of regulation 55 in the light of the provisions of the Statute,²⁴ emphasising that applicable human rights standards allow the modification of the legal characterisation in the course of a trial, as long as this does not adversely affect the fairness of the trial.²⁵ It further emphasised that, in its view, “a principal purpose of Regulation 55 is to close accountability gaps, a purpose that is fully consistent with the Statute” and it observed that “Mr Lubanga Dyilo’s interpretation of article 61(9) of the Statute bears the risk of acquittals that are merely the result of legal qualifications confirmed in the pre-trial phase that turn out to be incorrect, in particular based on the evidence presented at the trial”.²⁶

13. Nonetheless, the Majority must decide whether it is possible in this case, having regard to its particular circumstances, to apply regulation 55 of the Regulations with regard to mode of responsibility previously cited, without infringing the rights of the accused as, *inter alia*, set out in article 67 of the Statute. The Appeals Chamber has moreover held that the manner in which safeguards to protect the rights of the accused are applied will depend on the

²³ See also the Judgment on Regulation 55(2) of the Regulations of the Court, para. 85.

²⁴ Dismissing the Defence’s arguments, it ruled in this judgment that this provision did not contravene article 52(1) of the Statute (Judgment on Regulation 55(2) of the Regulations of the Court, paras. 66-72), that it was not incompatible with article 61-9 (*Ibid.*, paras. 73-78) and that in principle, it did not infringe the rights of the accused (*Ibid.*, paras. 82-87).

²⁵ *Ibid.*, paras. 77 and 85.

²⁶ *Ibid.*, para. 77.

specific circumstances of the case.²⁷

14. In this respect, the Majority wishes furthermore to emphasise that the application of regulation 55 is not reserved to the parties alone. It is evident from the wording of this provision that the power to modify the legal characterisation of the facts is vested in trial chambers, which must then comply strictly with the terms set out therein. The Majority is aware that proceedings are at a very advanced stage. Accordingly, since it is acting *proprio motu* and formulating a proposed re-characterisation, it will now turn to the compatibility of the application of regulation 55 with the right to a fair trial.²⁸

2. Respect for the rights of the Accused in this case

a. The implementation of regulation 55 at the deliberation stage

15. As has been recalled, regulation 55 of Regulations of the Court stipulates that the Trial Chamber may change the legal characterisation of facts “at any time during the trial.” The wording implies that there is no temporal limitation to “triggering” this provision since the rights of the accused set forth in paragraphs 2 and 3(a) and (b) of the Regulations are effectively guaranteed.

16. It is interesting to note that the European Court of Human Rights (“ECHR”) held, in this respect, that recharacterisation following a decision of the first-instance court did not violate the applicant’s rights where the latter was able to contest the recharacterisation before a higher-instance court which had

²⁷ *Ibid.*, paras. 85 and 86.

²⁸ The Majority is also aware that, by order of 20 April 2012, the Chamber unanimously invited parties and participants to share, as part of their oral submissions, their observations regarding both the compatibility of the application of regulation 55 with a fair trial, in the instant case and at this stage in proceedings, and a possible re-characterisation of the nature of the armed conflict. At that time, the Chamber stated that it would rule on these points in its final decision and that, if the Defence deemed it necessary to present additional evidence or to request one of the safeguards provided by regulation 55(3)(b), it should file a substantiated request to this end. Nevertheless, the Majority now believes that it should adopt a different approach to the criminal responsibility of Germain Katanga. It also wishes to emphasise that the regulation does not explicitly make provision for debate between parties and participants regarding the legality of its application. Although there is nothing to prevent a trial chamber from consulting parties and participants on this point, this is at its sole discretion.

“thoroughly review[ed]” his case both under “procedural law” and “substantive law”.²⁹

17. The Majority underscores that recharacterisation customarily occurs when the judges are in possession of all the evidence tendered, the written submissions of the parties and participants constituting a useful and final analysis of their respective positions and the statements made during their final oral submissions. According to the Majority in the present case, any interpretation of regulation 55 which prohibits its implementation at the deliberation stage of the proceedings, as in this case, would render the provision inapplicable. Moreover, the Appeals Chamber took care to warn against interpretations of regulation 55 which would preclude the recharacterisation of facts following the commencement of the trial.³⁰

18. In this regard, a study of ECHR judgments on this subject, even though they were handed down in cases distinct in nature from the cases before the Court, shows that in the context of national jurisdictions, recharacterisation is decided for the most part at the deliberations stage. Furthermore, the ECHR

²⁹ While the ECHR held that the accused must be able to submit observations on the legal and factual issues following a legal characterisation of the facts, it did not find that the accused’s rights had been violated by a recharacterisation after a conviction by the trial court. In fact, where the applicant was informed and had the opportunity to submit observations on the recharacterisation, the legal recharacterisation of the facts, even at a late stage in the trial, does not necessarily amount to a violation of the accused’s rights. ECHR, *Dallos v. Hungary*, Application No. 29082/95, Judgement, 1 March 2001, paras. 52 to 53; *Sipavičius v. Lithuania*, Application No. 49093/99, Judgement, 21 February 2002, paras. 26 and 31 to 32; ECHR, *Vesque v. France*, Application No. 3774/02, Judgement, 7 March 2006, paras. 42 to 43; ECHR, *Pierre Bäckström and Mattias Andersson v. Sweden*, Application No. 67930/0, Decision on admissibility, 5 September 2006.

³⁰ “The Appeals Chamber notes that if one adopted Mr Lubanga Dyilo’s interpretation of article 61(9) of the Statute, the only change to the charges after the commencement of the trial that would still be possible would be the withdrawal of a charge by the Prosecutor with the permission of the Trial Chamber (third sentence of article 61(9) of the Statute). The Trial Chamber could not re-visit the legal characterisation that was confirmed by the Pre-Trial Chamber at the end of the confirmation procedure; the Trial Chamber could enter a conviction only on the basis of the legal characterisation expressly confirmed. Regulation 55 would be inherently incompatible with article 61(9) of the Statute and therefore could never be applied. [...]the Appeals Chamber notes that Mr Lubanga Dyilo’s interpretation of article 61(9) of the Statute bears the risk of acquittals that are merely the result of legal qualifications confirmed in the pre-trial phase that turn out to be incorrect, in particular based on the evidence presented at the trial.” Judgment on regulation 55(2) of the Regulations of the Court, paras. 76-77.

seems to be of the view that late recharacterisation does not, per se, oppugn the right to a fair trial, or indeed the impartiality of the judges.³¹

19. Indubitably, legal recharacterisation of the facts at the deliberation stage may raise concerns about an appearance of partiality on the part of the judges who may be thought to be already convinced of the accused's guilt, or to be seeking to establish it at all costs. Nonetheless, any such concerns should, in any event, be objectively justified in light of the particular circumstances of the case.³² Unless it is considered that implementation of regulation 55 during deliberations automatically calls into question the impartiality of the judges who made the decision, which would, in the Majority's view, be excessive, in the present case, the Majority cannot be accused of lacking impartiality. Admittedly, the Chamber's deliberations on the Accused's initial mode of liability under article 25(3)(a) is already well under way. This notwithstanding, the ongoing deliberations have not, to date, focused on the specific issue of Germain Katanga's potential liability under article 25(3)(d) of the Statute. This issue is now open to discussion and the submissions of the parties and participants in this respect will be decisive. Moreover, the Majority's decision to consider a legal recharacterisation of the facts regarding Germain Katanga was based on a thorough review of the evidence in the case.

20. In the view of the Majority, nothing therefore precludes the Chamber from implementing regulation 55 at the deliberation stage. Nonetheless, such

³¹ ECHR, *Pierre Bäckström and Mattias Andersson v. Sweden*, Application No. 67930/0, Decision on admissibility, 5 September 2006.

³² ICTY, Appeals Chamber, *The Prosecutor v. Anto Furundžija*, Case No. IT-95-17/1-A, Judgement, 21 July 2000, paras. 185 and 189; ICTR, *The Prosecutor v. Charles Sikubwabo*, Case No. ICTR-95-1D-R11bis, Trial Chamber, *Decision on the Prosecutor's Request for Referral of the case to the Republic of Rwanda Rule 11bis of the Rules of Procedure and Evidence*, 26 March 2012, para. 124; ECHR, *Morel v. France*, Application No. 34130/96, Chamber, Judgement, 6 June 2000, paras. 42, 44 to 45; ECHR, *Castillo Algar v. Spain*, Application No. 28194/95, Judgement, 28 October 1998, para.45, based on the "actual facts"; ECHR, *Fey v. Austria*, Application No. 14396/88, Judgement, 24 February 1993, para. 30, based on the "actual facts"; ECHR, *Bulut v. Austria*, Application No. 17358/90, Judgement, 22 February 1996, para. 31, to "ascertain whether the [tribunal] offered guarantees sufficient to exclude any legitimate doubt in this respect"; ECHR, *Piersack v. Belgium*, Application No. 8692/79, Judgement, 1 October 1982, para. 30, "to determine whether he [the judge] offered guarantees sufficient to exclude any legitimate doubt in this respect".

implementation does not prejudice the Accused's full and free exercise of his rights under article 67(1)(a)(b) and (c) of the Statute in this case and in the particular circumstances of this case.³³ Considering the use to which Germain Katanga's own testimony may be put in "triggering" regulation 55, it is also essential to ensure that there is no violation of his right not to be compelled to testify to his detriment which is enshrined in article 67(1)(g). However, it would appear in this case that the application of regulation 55 does not, *a priori*, violate any of these rights.

b. The right to be informed promptly of the nature, cause and content of the charges against him

21. As noted above, a modification of the legal characterisation of the facts can only be envisioned in respect of the facts and circumstances described in the charges. The limitation of the power to recharacterise facts, which is vested in the Trial Chamber and was reaffirmed by the Appeals Chamber in *Lubanga*,³⁴ ensures perfect compatibility between regulation 55 and the provisions of article 74(2) of the Statute on the one hand, and on the other hand the rights of Germain Katanga, the Accused, who pursuant to article 67(1)(a) of the Statute, has the right to "[b]e informed promptly and in detail of the nature, cause and content of the charge, in a language which the accused fully understands and speaks."

³³ "How these safeguards will have to be applied to protect the rights of the accused fully and whether additional safeguards must be implemented has not been fully considered in the context of the present appeals and will depend on the circumstances of the case", Judgement on regulation 55(2) of the Regulations of the Court, para. 85; "The Chamber notes, however, that the text of Regulation 55 does not stipulate, beyond what is contained in sub-regulation 1, what changes in the legal characterisation may be permissible. The Appeals Chamber will not consider the issue any further, but notes, in any event, that the particular circumstances of the case will have to be taken into account", Judgement on regulation 55(2) of the Regulations of the Court, para. 100.

³⁴ As stated by the Appeals Chamber, "[...] the provision of regulation 55(2) and (3) may not be used to exceed the facts and circumstances described in the charges or any amendment thereto", Judgement on regulation 55(2) of the Regulations of the Court, para. 88. The Appeals Chamber also emphasised that "[...] article 74 (2) of the Statute confines the scope of Regulation 55 to the facts and circumstances described in the charges and any amendment thereto. [...] This latter provision binds the Trial Chamber only to the facts and circumstances described in the charges or any amendment thereto, but does not make reference to the legal characterisation of these facts and circumstances", *Ibid.*, para. 93.

22. The ECHR and the Inter-American Court of Human Rights considered that the right to be informed of the nature, cause and content of the charges includes the right of the accused to be informed of the legal characterisation of the facts upon which the charges were initially based.³⁵ However, in both Courts, the right to be promptly informed does not necessarily imply that the accused was aware or could have foreseen at the commencement of his trial, the new legal characterisation that could be envisaged in the event of the implementation of a recharacterisation procedure. The fact remains that, other than the fundamental right of the Defence to submit observations on the recharacterisation, it is vital to ensure that all facts underpinning the charges whose legal character is modified were clearly set out in the original indictment, from the outset.³⁶

23. In this instance, it must be noted that the legal characterisation proposed by the Majority, to determine the responsibility of the Accused on the basis of the mode of complicity defined in article 25(3)(d)(ii), precisely reflects the facts described in the *Decision on the confirmation of charges, scilicet*, in this case, the substantiating legal elements underlying the charges confirmed against Germain Katanga,³⁷ who had the opportunity to defend each of these facts during the trial.

³⁵ ECHR, *Kamasinski v. Austria*, Application no. 9783/82, Judgement, 19 December 1989, para. 79; ECHR (Grand Chamber), *Pélissier and Sassi v. France*, no. 25444/94, Judgement, 25 March 1999, para. 51; Inter-American Court of Human Rights, Inter-American Court of Human Rights, *Barreto Leiva v. Venezuela*, (Merits, Reparations and Costs), series C, No. 206, 17 November 2009, para. 28.

³⁶ ECHR, *Pierre Bäckström and Mattias Andersson v. Sweden*, Application No. 67930/0, Decision on admissibility, 5 September 2006.

³⁷ It should be noted that in the present Decision, the Majority adopted the definition of the term “facts” used by the Appeals Chamber in footnote 163 of the Judgement on regulation 55(2) of the Regulations of the Court: “[i]n the view of the Appeals Chamber, the term ‘facts’ refers to the factual allegations which support each of the legal elements of the crime charged. These factual allegations must be distinguished from the evidence put forward by the Prosecutor at the confirmation hearing to support a charge (article 61(5) of the Statute), as well as from background or other information that, although contained in the document containing the charges or the confirmation decision, does not support the legal elements of the crime charged. The Appeals Chamber emphasises that in the confirmation process, the facts, as defined above, must be identified with sufficient clarity and detail, meeting the standard in article 67(1)(a) of the Statute”, Judgement on regulation 55(2) of the Regulations of the Court, footnote 163.

24. It is also worth recalling that the *Decision on the confirmation of charges* establishes that Germain Katanga, leader of the FRPI, and Mathieu Ngudjolo Chui, leader of the FNI, both agreed and implemented a common plan to wipe out Bogoro and the Hema civilians living there. During the process of implementation of regulation 55, after setting aside the implication of Mathieu Ngudjolo and the conclusion of a common plan by the two Accused, the Majority intends to rely on facts and circumstances specific to Germain Katanga and not relevant to his co-Accused.

25. The Pre-Trial Chamber stated that Germain Katanga served as *de jure* supreme commander of the FRPI commanders;³⁸ that the FRPI was a hierarchically organised group;³⁹ that compliance with Germain Katanga's orders was ensured;⁴⁰ and that Germain Katanga played an essential role resulting in the realisation of the objective elements of the crime, in this case, the implementation of a common plan aimed at "wiping-out" Bogoro and the Hema civilians there.⁴¹

26. The recharacterisation contemplated by the Majority under article 25(3)(d)(ii)⁴² of the Statute considers that Germain Katanga contributed in another way to the commission of crimes by a group of Walendu-Bindi commanders and combatants acting with a common purpose to attack Bogoro on 24 February 2003. The recharacterisation further considers that the Accused's contribution was intentional and made with full knowledge of the group's intention to commit the crimes.

27. The Majority emphasises that the recharacterisation contemplated by way of

³⁸ *Decision on the confirmation of charges*, para. 540.

³⁹ *Ibid.*, para. 543.

⁴⁰ *Ibid.*, para. 545.

⁴¹ *Decision on the confirmation of charges*, Section IV, B, 5.

⁴² Article 25(3)(d) of the Statute provides that: "[...] a person shall be criminally responsible and liable for punishment for a crime within the jurisdiction of the Court if that person: (d) In any other way contributes to the commission or attempted commission of such a crime by a group of persons acting with a common purpose. Such contribution shall be intentional and shall either: (i) [...]; (ii) Be made in the knowledge of the intention of the group to commit the crime".

regulation 55 and under article 25(3)(d)(ii) of the Statute would, in any event, relate to the attack on Bogoro on 24 February 2003 and on the crimes set out in the Pre-Trial Chamber's Decision.⁴³ It would also result in the analysis of the role played by the group of Ngiti combatants based in Walendu-Bindi *collectivité*, as set out by the afore-mentioned Decision.⁴⁴ This recharacterisation should also pertain to local commanders who were members of that group, as described in the Pre-Trial Chamber's Decision,⁴⁵ and to Germain Katanga's contribution which led to the realisation of the objective elements of the crime.

28. With specific reference to the objective elements of the mode of liability under section 25(3)(d), *scilicet* Germain Katanga's contribution which, according to the Pre-Trial Chamber's own terms in the *Decision on the confirmation of charges* –relying on article 25(3)(a) – resulted in the realisation of the objective elements of the crime, the Pre-Trial Chamber held that he had played an “overall coordinating role” in Walendu-Bindi in the implementation of a plan to “wipe out” Bogoro and the Hema civilians living there, a plan which was criminal in the main.⁴⁶ In this respect, it should be noted that although the contribution described by the Pre-Trial Chamber relates to the implementation of a common plan to wipe out Bogoro, it is expressly defined as a fundamental contribution resulting in the realisation of the objective elements of the crime.⁴⁷ This finding conforms with article 25(3)(a) of the Statute, which provides for the *commission* of all forms of crimes within the jurisdiction of the Court.

29. Furthermore, the concerted action of the commanders and the combatants in Walendu-Bindi *collectivité*, envisaged in the context of the recharacterisation

⁴³ Subject to the clarification provided in paragraph 7.

⁴⁴ Certainly, in the *Decision on the confirmation of charges*, the latter were considered as FRPI members, but they are *a priori* the same group of combatants. The Prosecutor moreover asserted in its closing submissions that in December 2002, Germain Katanga was the leader of all the Ngiti combatants, that the adaptation of the abbreviation FRPI did not result in any structural changes, and essentially, only [TRANSLATION]“the name of the group changed, but the components remained the same”, Prosecutor's written submissions.

⁴⁵ *Decision on the confirmation of charges*, para.543.

⁴⁶ *Ibid.*, paras. 548 and 555.

⁴⁷ *Ibid.*, paras. 524-525.

on the basis of article 25(3)(d) of the Statute, is also consistent with the *Decision on the confirmation of charges*. While this Decision adopts the existence of a common plan between Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo, it also includes, in its assessment of responsibility through another person, the commission of crimes by a hierarchically organised group, operating in Walendu-Bindi.⁴⁸ In the view of the Majority, the Pre-Trial Chamber already confirmed the concerted⁴⁹ action of this group. What remains to be considered is whether the existence of a common plan is required in the analysis to be conducted on the basis of article 25(3)(d) of the Statute.

30. Finally, as regards the subjective elements of the mode of liability under article 25(3)(d)(ii), it should first be recalled that Germain Katanga defended himself at the trial against the crimes committed at Bogoro by the group comprising the commanders and the combatants of Walendu-Bindi *collectivité*. The criminal intent of this group is examined – crime by crime – in several paragraphs of the *Decision on the confirmation of charges*.⁵⁰ The facts underlying Germain Katanga’s knowledge of the alleged criminal intent of the group pursuant to article (25(3)(d)(ii)) are, in the Majority’s view, necessarily included in the Pre-Trial Chamber’s description, of the Accused’s intent and the knowledge of the fact that the realisation of the crimes “would result in the implementation of the common plans” (25(3)(a)).⁵¹

31. In conclusion, by proposing a legal recharacterisation of the facts under article 25(3)(d) of the Statute, the Majority are well *within* the factual description on the basis of which the Defence was able to express itself fully during the trial. The Majority simply extracted a narrative specific to the co-perpetration and the common plan which allegedly existed between Germain Katanga and

⁴⁸ *Ibid.*, para. 543.

⁴⁹ It should be noted that the French version of article 25(3)(d) of the Statute makes reference to “*un groupe de personnes agissant de concert*” and the English version makes reference to “group of persons acting with a common purpose”.

⁵⁰ *Decision on the confirmation of charges*. See, in particular, paras. 275, 279, 281, 306, 325, 426 and 435.

⁵¹ *Decision on the confirmation of charges*. See, in particular, paras. 567 *et seq.*

Mathieu Ngudjolo to concentrate only on the facts that relate solely to Germain Katanga. The Majority has not *exceeded* the facts contained in the *Decision on the confirmation of charges* and ultimately, the proposed amendment to the legal characterisation constitutes, in its view, only a “relatively limited step”.⁵²

32. Admittedly, it could be argued that the Majority, by proposing to focus on certain facts contained in the Pre-Trial Chamber’s Decision, to the detriment of other facts, is in fact, suggesting an amended narrative of the charges. However, as indicated by the Chamber in its decision of 21 October 2009, it is confining itself to proposing a different assessment of the facts.⁵³ In the Majority’s view, a legal characterisation of the facts necessarily implies that more emphasis could be placed on certain facts than others, as it may also require the Chamber to exclude certain facts in favour of others. This is precisely the situation in the present Decision, insofar as, it must be recalled, the Majority intends to restrict itself to the facts pertaining solely to Germain Katanga, without any amendment to the statement of facts contained in the *Decision on the confirmation of charges* relative to this Accused.

33. In this case, all the facts likely to be considered for recharacterisation on the basis of article 25(3)(d) of the Statute were already discussed at the trial and the Accused had the opportunity to defend himself and did so. The *actus reus* of participation in a crime within the meaning of article 25(3)(d) (in particular the requirement of a significant and important contribution⁵⁴) are in this case

⁵² The Appeals Chamber referred to the expression previously used by Judge Fulford. *Judgment on regulation 55(2) of the Regulations of the Court*, para. 46.

⁵³ “The Chamber recalls that, under article 74(2) of the Statute, the Trial Chamber is bound by the “facts and circumstances described in the charges” and cannot modify them. Thus it may only evaluate them differently or give them a different legal characterisation in accordance with regulation 55 of the Regulations of the Court”, *Decision on the Filing of a Summary of the Charges by the Prosecutor*, para.21.

⁵⁴ Pre-Trial Chamber I, *Decision on the confirmation of charges*, 16 December 2011, ICC-01/04-01/10-465-Red, paras. 276-285 and 303, Appeals Chamber, “*Judgement on the appeal of the Prosecutor against the decision of Pre-Trial Chamber I of 16 December 2011 entitled “Decision on the confirmation of charges”*”, 30 May 2012, ICC-01/04-01/10-514, see also *Dissenting Opinion of Judge Silvia Fernández de Gurmendi*, *Ibid.*

an integral part of the material elements characterising the commission of a crime within the meaning of article 25(3)(a) (the requirement of an essential contribution resulting in the realisation of the objective elements of the crimes). Furthermore, the manner in which the Pre-Trial Chamber in this case described the intention of the group of commanders and combatants that attacked Bogoro, as well as Germain Katanga's knowledge of the realisation of the crimes, allows the Majority to deduce that the subjective element considered under article 25(3)(d) is consistent with the facts and circumstances described by the Pre-Trial Chamber.

34. The legal characterisation proposed, in the view of the Majority, therefore seeks to limit Germain Katanga's liability only to facts and circumstances already contained in the *Decision on the confirmation of charges*, and thereby fulfils the requirements of regulation 55(1) and ensures full respect for the rights guaranteed by article 67(1)(a) of the Statute.

c. The right of the accused to have adequate time and facilities for the preparation of his defence

35. Pursuant to regulation 55(2), as has been recalled, upon noting that the legal characterisation of facts may be subject to change, the Trial Chamber shall give notice to the participants of the change and "give [them] the opportunity to make oral or written submissions".

36. The language of regulation 55 thus refers to article 67(1)(b) of the Statute, which stipulates that the accused has the right to "adequate time and facilities for the preparation of the defence". The Appeals Chamber has also highlighted the following: "It is to avoid violations of this right that Regulation 55(2) and 55(3) set out several stringent safeguards for the protection of the rights of the accused".⁵⁵

37. Furthermore, the ECHR has found likewise, ruling in the case of *Pélissier and*

⁵⁵ Judgment on regulation 55(2) of the Regulations of the Court, para. 85.

Sassi v. France, that article 6 of the European Convention on Human Rights had been breached when the legal characterisation of the facts was changed without affording the defence the possibility of filing observations.⁵⁶ It subsequently confirmed this ruling⁵⁷ and reaffirmed this requirement in the case of *Mattei v. France*, which raised a similar issue.⁵⁸

38. Accordingly, in the instant case, and although the proceedings are at an advanced stage, the parties and participants are hereby placed in a position to exercise their rights and file any necessary submissions, in accordance with the modalities established at paragraphs 55 and 57.

39. As regards, the Defence for Germain Katanga in particular, the Majority is of the view that it should be provided with all the information possible so that it is able to file observations which are as specific as possible. In this connection, the Majority considers it useful to enable the Defence at this juncture to take into account the Chamber's unanimous assessment of the credibility of certain key Prosecution witnesses at this time, *viz.* Witnesses P-219 and P-250, on whose testimony the Chamber considers it need not rely. This information will allow the Defence to identify more quickly that evidence to which it does not need to refer in the current context.

40. The Majority considers it worthwhile to recall that the Defence has previously

⁵⁶ "The Court accordingly considers that in using the right which it unquestionably had to recharacterise facts over which it properly had jurisdiction, the Aix-en-Provence Court of Appeal should have afforded the applicants the possibility of exercising their defence rights on that issue in a practical and effective manner and, in particular, in good time. It finds nothing in the instant case capable of explaining why, for example, the hearing was not adjourned for further argument or, alternatively, the applicants were not requested to submit written observations while the Court of Appeal was in deliberation. On the contrary, the material before the Court indicates that the applicants were given no opportunity to prepare their defence to the new charge, as it was only through the Court of Appeal's judgment that they learnt of the recharacterisation of the facts. Plainly, that was too late." ECHR (Grand Chamber), *Pélissier and Sassi v. France*, no. 25444/94, Judgment, 25 March 1999, para. 62.

⁵⁷ See, ECHR, *Dallos v. Hungary*, no. 29082/95, Judgment, 1 March 2001, para. 52; ECHR, *Sadak et al. v. Turkey* (No. 1), nos. 29900/96, 29901/96, 29902/96 and 29903/96, Judgment, 17 July 2001, paras. 57-58; ECHR, *Vesque v. France*, no. 3774/02, Judgment (final), 3 July 2006, paras. 42-43; ECHR, *Drassich v. Italy*, no. 25575/04, Judgment, 11 December 2007, paras. 41-42; see also IACHR, *Fermín Ramírez v. Guatemala*, Merits, Reparations and Costs, Series C, No. 126, 20 June 2005.

⁵⁸ ECHR, *Mattei v. France*, no. 34043/02, Judgment, 19 December 2006, paras. 42-43.

made detailed and exhaustive submissions on the contextual and specific elements of war crimes and crimes against humanity charged in the *Decision on the confirmation of charges*, the role and position of Germain Katanga in the FRPI armed group, his contribution to the preparation of the attack on Bogoro and his state of mind in February 2003 (knowledge and intent). In this light, the Majority recalls that in his defence under article 25(3)(a) of the Statute, Germain Katanga has already responded to most of the factual and legal issues now arising from article 25(3)(d) of the Statute.

41. In the Majority's view, these various considerations are relevant to its analysis of the right of the Accused to adequate time and facilities for the preparation of his defence. Accordingly, it invites the Defence to focus its submissions on issues which, in its view, have hitherto been addressed either inadequately or too briefly.
42. Finally, the Majority emphasises, as stated above, that the Defence observations are particularly necessary insofar as, in its view, the trial of Germain Katanga on the basis of the charges confirmed by the Pre-Trial Chamber has not yet been concluded. Determination of the most appropriate legal characterisation requires that the Chamber know the Defence's views as to the proposed recharacterisation in order for it to deliberate advisedly.

d. The right to be tried without undue delay

43. Ruling on the legality of regulation 55, the Appeals Chamber stated that a change in the legal characterisation of the facts would not necessarily lead to an undue delay under article 67(1)(c) of the Statute; it further stated that the specific circumstances of the case would have to be examined.⁵⁹ In this connection, it is common in international criminal law to refer to the *complexity*

⁵⁹ Judgment on regulation 55(2) of the Regulations of the Court, para. 86.

of the case,⁶⁰ which might comprise factual or legal issues.⁶¹ For instance, in *Bagosora*, the ICTR Appeals Chamber held that a ten-month prolongation as a result of the appeal did not amount to an undue delay.⁶² It follows that situations must be examined on a case-by-case basis, and according to the case law of the European Court of Human Rights, an undue delay in criminal proceedings can be compensated for by, for example, reducing the sentence.⁶³ In fact, the Trial Chamber is free to take account of the potential impact on the rights of the accused of triggering certain procedures and to assess whether any compensatory measures are warranted.

44. In the case at bar, the Majority is aware that triggering regulation 55 at this stage of the proceedings will prolong the proceedings against Germain Katanga. However, it cannot be said that triggering this regulation would automatically infringe the right of the two Accused to be tried without undue delay. Firstly, precisely because the situation of the co-Accused Mathieu Ngudjolo is being treated separately. Secondly, because, as this juncture, the Majority is satisfied that it is possible to enable the Accused to prepare an efficient and effective defence under regulation 55(3), without prolonging the proceedings such as to entail an undue delay. As attested to by the present decision, the Majority felt the need to provide Germain Katanga with certain

⁶⁰ ICTR, *The Prosecutor v. Edouard Karemera et al.*, Case No. ICTR-98-44-AR73.10, Appeals Chamber, Decision on Nzirorera's interlocutory appeal concerning his right to be present at trial, 5 October 2007, para. 15.

⁶¹ ECHR, *Lorenzi, Bernardini and Gritti v. Italy*, no. 13301/87, Judgment, 27 February 1992, para. 16; ECHR, *Katte Klitsche de la Grange v. Italy*, no. 12539/86, Judgment, 27 October 1994, para. 55.

⁶² "The Appeals Chamber considers that in light of the specific circumstances of the case, the prolongation of Ntabakuze's appeal by approximately ten months does not amount to an undue delay capable of causing *serious* prejudice. The trial proceedings were highly complex, encompassing a vast amount of alleged crimes in different locations, and corresponding evidence assessed at trial. All three co-Appellants were high-ranking military staff and were convicted for a number of crimes for which they received substantial sentences. It can be expected that the Appeals Chamber will have to assess a large amount of different grounds of appeal of all co-Appellants, encompassing a variety of issues", ICTR, *Théonestre Bagosora et al. v. The Prosecutor*, Case No. ICTR-98-41-A, Appeals Chamber, Decision on Aloys Ntabakuze's motion for severance, retention of the briefing schedule and judicial bar to the untimely filing of the Prosecution's response brief, 24 July 2009, para. 29.

⁶³ ECHR (Grand Chamber), *Cocchiarella v. Italy*, no. 64886/01, Judgment, 29 March 2006, para. 77; ECHR, *Eckle v. Germany*, no. 8130/78, Judgment, 15 July 1982, paras. 87 and 94; ECHR, *N. v. Federal Republic of Germany*, no. 9132/80, Judgment, 16 December 1982, para. 7.

information in order to facilitate the preparation of his defence on the basis of article 25(3)(d) of the Statute. Finally, because this prolongation of the proceedings resulting from the application of regulation 55(2) and 55(3) is, without prejudice to the rights of the defence, strictly regulated by the Chamber, which will ensure that the application of this regulation does not engender a future unjustified or undue delay. In this connection, it should be recalled that chambers have broad discretion to determine the modalities of the application of regulation 55. Furthermore, if it considered the duration of the proceedings to have become excessive, for reasons it had not anticipated, it would fall to the Chamber hearing the case to reconsider its assessment as to the rights which the Accused must be afforded.

45. Finally, it should be borne in mind that if the Chamber is mindful thereof, any potential delay engendered by recharacterisation must be limited. However the same would not apply if the Appeals Chamber held, possibly *proprio motu*, that a recharacterisation which the trial bench had declined to make after hearing the evidence was in fact necessary as the only means, in its own words, to “close accountability gaps”.

46. In fact, it seems to the Chamber that whilst triggering regulation 55 may affect the length of the proceedings, at this stage of the proceedings this does not inevitably entail a violation of the right to be tried without undue delay.

e. The right not to be compelled to testify against oneself

47. For the first time, the Court is called upon to address issues pertaining to the application of article 67(1)(g) when regulation 55 is triggered. Nevertheless, it has been established that, in the instant case and in light of ECHR case law, this right is not being infringed by the use of this procedure.

48. Firstly, it must be recalled that the right not to be compelled to testify against

oneself is the corollary of the right to remain silent,⁶⁴ both of which are intimately tied to the presumption of innocence.⁶⁵ Hence, the ECHR has repeatedly stated that whilst the right to remain silent and the right not to be compelled to incriminate oneself are not explicitly contained in article 6 of the Convention, they are nevertheless international standards fundamental to the concept of a fair trial which is enshrined in that article.⁶⁶

49. In practice, the right not to be compelled to testify against oneself (“privilege against self-incrimination”) seeks to ensure that confessions obtained under duress or by coercion or subterfuge cannot be used at trial in disregard of the expressed will of the accused to remain silent.⁶⁷

50. The right not to testify against oneself is related to, among others, the right to have one’s decision whether to testify respected.

⁶⁴ ECHR (Grand Chamber), *Saunders v. United Kingdom*, no. 19187/91, Judgment, 17 December 1996, para. 69.

⁶⁵ *Ibid.*, para. 65.

⁶⁶ ECHR (Grand Chamber), *John Murray v. United Kingdom* no. 18731/91, Judgment, 8 February 1996, para. 45; ECHR, *Serves v. France*, no. 20225/92, Judgment, 20 October 1997, para. 46; ECHR (Grand Chamber), *Saunders v. United Kingdom*, no. 19187/91, Judgment, 17 December 1996, para. 68; ECHR, *Allan v. United Kingdom*, no. 48539/99, Judgment, 5 November 2002, para. 44; ECHR, *J.B. v. Switzerland*, no. 31827/96, Judgment, 3 May 2001, para. 64; ECHR, *Chambaz v. Switzerland*, no. 11663/04, Judgment, 5 April 2012, para. 52.

⁶⁷ ECHR (Grand Chamber), *Saunders v. United Kingdom* no. 19187/91, Judgment, 17 December 1996, para. 68; ECHR, *Serves v. France*, no. 20225/92, Judgment, 20 October 1997, para. 46; ECHR, *Allan v. United Kingdom*, no. 48539/99, Judgment, 5 November 2002, para. 44; ECHR, *Chambaz v. Switzerland*, no. 11663/04, Judgment, 5 April 2012, para. 52. Article 8(2)(g) and 8(3) of the American Convention on Human Rights guarantee “the right not to be compelled to be a witness against himself or to plead guilty” and state, “A confession of guilt by the accused shall be valid only if it is made without coercion of any kind.” For example, in *Cantoral-Benavides v. Peru*, the Court noted that there had been a violation of the provisions of article 8(2)(g) and 8(3) in that the evidence leading to the conviction was drawn primarily from testimony which had been obtained from the Accused under coercion and torture intended to force him to incriminate himself, IACHR, *Cantoral-Benavides v. Peru*, Series C, No. 69, 18 August 2000, paras. 129-132. The ECHR judgment in the case of *Allan v. United Kingdom* (ECHR, *Allan v. United Kingdom*, no. 48539/00, Judgment, 5 November 2002, paras. 30 *et seq.*) draws on the case law of the Supreme Court of Canada, and more precisely the observations by Judge McLachlin in *R. v. Hebert*: “The essence of the right to silence is that the suspect be given a choice; the right is quite simply the freedom to choose -- the freedom to speak to the authorities on the one hand, and the freedom to refuse to make a statement to them on the other. This right of choice comprehends the notion that the suspect has been accorded the right to consult counsel and thus to be informed of the alternatives and their consequences, and that the actions of the authorities have not unfairly frustrated his or her decision on the question of whether to make a statement to the authorities.”, Supreme Court of Canada, *R. v. Hebert* [1990] 2 S.C.R. 151.

51. In the case at bar, no doubt exists regarding the fact that, once all the witnesses called by the parties and participants had been heard, German Katanga freely chose, in the presence of his counsel, also to testify before the Chamber and to answer any questions it might put to him. It has not been shown, or indeed contended, that he was subjected to pressure or duress of any kind or that he was a victim of subterfuge of any sort whatsoever.⁶⁸ Accordingly, the right “not [to] be compelled to incriminate [oneself] or to confess guilt” has not been violated in that none of the evidence used was obtained from testimony provided involuntarily by the Accused. Quite the contrary; he spontaneously presented various accounts, explanations and comments to the Chamber in the knowledge that they might later be used to incriminate him.

52. Arguably, the Accused might have expressed himself differently had he known beforehand that his statements would be used under article 25(3)(d). However, it should be recalled once again that Germain Katanga elected of his own free will to testify, that he expressed himself freely and that he answered the questions put to him equally freely, with his counsel ever at his side. It should also be recalled that the parties to the case at bar were fully aware of the existence of regulation 55 insofar as, firstly, it was mentioned in the aforementioned 21 October 2009 *Decision on the Filing of a Summary of the Charges by the Prosecutor* and, secondly, it was the subject of filings made in anticipation, among other things, of a possible application on the nature of the armed conflict. Finally, the Appeals Chamber stipulated the conditions of its application in its public judgment of 8 December 2009 in *Lubanga*. Moreover, as has been amply demonstrated above, it is worth recalling that the

⁶⁸ The Majority considers it necessary to recall that regulation 55 must be read and understood with reference to all the founding instruments of the Court. Unlike the situation at the ad hoc international criminal tribunals, the texts governing the Court sought to accord greater importance to the pre-trial chamber, which is vested with the power to confirm or decline to confirm the charges brought by the Office of the Prosecutor. Hence, in principle, no trial can be held before the Court on the basis of charges which are manifestly without merit, and it is equally unlikely that an accused person would be compelled to defend himself or herself against charges or a mode of liability wholly without merit and advanced with the sole aim of misleading him or her or compelling him or her to incriminate himself or herself.

application of regulation 8(2) and 8(3) affords Germain Katanga the opportunity to make any submissions he considers necessary on the proposed recharacterisation and on points of law and fact as well as, among other things, to provide any clarifications he wishes regarding statements he has made.

3. Modalities of the application of regulation 55 for the parties and participants

53. The Majority notes that regulation 55 stipulates that the participants in the proceedings are to be informed that the legal characterisation of the facts is subject to change. Regulation 55 further states that the participants are to be given the opportunity to make oral or written submissions. Finally, the Chamber must ensure that the participants have adequate time and facilities for effective preparation.

54. Furthermore, with particular regard to Accused affected by this proposed recharacterisation, the Chamber must ensure that he or she has adequate time and facilities for the effective preparation of his or her defence and, if necessary, is given the opportunity to examine again, or have examined again, a previous witness, to call a new witness or to present other admissible evidence.

55. In light of all these legal requirements, which should be scrupulously adhered to, the Majority invites the Prosecutor and the Legal Representatives of Victims to file written submissions on the proposed change, in regard to points both of law (article 25(3)(d) of the Statute) and of fact (consistency between the facts and the law).

56. The Chamber further wishes to highlight that in making submissions, the Prosecutor is in no wise authorised to seek to introduce new evidence on the proposed alternative mode of liability. The Majority considers that, in this instance, granting her this opportunity anew would be to afford her an undue

advantage. It recalls that the Prosecutor has already had the opportunity to present evidence pertaining to the facts and circumstances described in the charges and that these facts and circumstances are not subject to change in the proposed recharacterisation.

57. As to the Defence team for the Accused, pursuant to regulation 55(3), it is to make its submissions in writing on both the law of article 25(3)(d) and its interpretation of the facts in light of the recharacterisation being considered; it is also to state, providing all appropriate justification, whether it intends to seek application of any of the measures described at regulation 55(3)(b).

4. Severance

58. By a decision of 10 March 2008,⁶⁹ the Pre-Trial Chamber joined the previously separate proceedings against Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo, and the two Accused consequently appeared together before the Chamber.

59. As noted above, the triggering of regulation 55 in respect solely of Germain Katanga necessarily now leads the Chamber to order unanimously, pursuant to article 64(5) of the Statute, that the charges against Mathieu Ngudjolo be severed.

60. Accordingly, pursuant to rule 136(1) of the Rules, it rules *proprio motu* that in respect of Mathieu Ngudjolo, it neither intends to change the legal characterisation of the facts nor contemplates any other form of participation by him. Hence regulation 55 shall not be triggered in his regard.

61. However, triggering regulation 55 in respect of Germain Katanga clearly has the potential consequence of prolonging the proceedings against him. The Chamber therefore considers that no purpose would be served by deferring the decision on Mathieu Ngudjolo until a ruling is made in respect of Germain Katanga, and in respect of Mathieu Ngudjolo, in the wording of rule 136(1), it

⁶⁹ Pre-Trial Chamber, *Decision on the Joinder of the Cases against Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui*, 10 March 2008, ICC-01/04-01/07-257.

is necessary “to avoid serious prejudice to” him, which requires that the proceedings against him be brought to an end promptly.

62. Consequently, separate treatment of Mathieu Ngudjolo’s case, which also meets the dual requirement of fairness and expeditiousness established by article 64 of the Statute, necessarily leads the Chamber to order the severance of the charges against him and to rule separately on their merits without the need for him to make submissions on the recharacterisation being considered for his co-Accused.
63. Accordingly, in respect of Mathieu Ngudjolo the Chamber will render the decision provided for under article 74(5) of the Statute on 18 December 2012, and the proceedings on the basis of regulation 55 will concern Germain Katanga alone.
64. Finally, the Chamber rules that the victims allowed to participate in the initial proceedings are authorised to continue participating in both of the severed proceedings.

III. Disposition

FOR THESE REASONS,

By majority, the Chamber

DECIDES to trigger regulation 55 of the Regulations of the Court and **NOTIFIES** the parties and participants that the mode of liability under which Germain Katanga stands charged is subject to legal recharacterisation on the basis of article 25(3)(d) of the Statute;

INVITES the Prosecutor and the Legal Representatives of Victims to file the submissions referred to at paragraph 55 of this decision by 4 p.m. on 15 January 2013;

INVITES the Defence to file its observations, as described at paragraph 57 of this decision, by 4 p.m. on 21 January 2013;

SETS the number of pages authorised for the said observations at 80 pages for the Defence, 40 pages for the Prosecutor and 25 pages for the Legal Representatives of Victims; and

REMINDS the Defence that if it wishes to avail itself of one of the measures described at regulation 55(3)(b), it is required to inform the Chamber to this effect in the aforementioned submissions, providing justification for its request.

Unanimously, the Chamber

DECLARES the charges against Mathieu Ngudjolo to be severed;

STATES that the Chamber will render its decision in respect to him, pursuant to article 74 of the Statute, on 18 December 2012; and

ORDERS the Registry to make all necessary arrangements.

Judge Van den Wyngaert appends a dissenting opinion to this Decision.

Done in both English and French, the French version being authoritative.

[signed]

Judge Bruno Cotte
Presiding Judge

[signed]

Judge Fatoumata Dembele Diarra

[signed]

Judge Christine Van den Wyngaert

Dated this 21 November 2012

At The Hague, The Netherlands

OPINION DISSIDENTE DE

MME LA JUGE CHRISTINE VAN DEN WYNGAERT

I.	INTRODUCTION	2
II.	PREMIÈRE ÉTAPE : LA DÉCISION DE LA MAJORITÉ DÉPASSE LE CADRE DES FAITS ET CIRCONSTANCES DÉCRITS DANS LES CHARGES	6
1.	<i>La Majorité sort du cadre fixé à la norme 55 en s'appuyant sur des faits subsidiaires</i>	7
2.	<i>Dans sa Décision, la Majorité a apporté à l'exposé des faits qui sous-tendent les charges des modifications si fondamentales que cet exposé dépasse le cadre des faits et circonstances décrits dans les charges</i>	9
3.	<i>Conclusion</i>	11
III.	DEUXIÈME ÉTAPE : LA DÉCISION DE LA MAJORITÉ EST INÉQUITABLE	11
1.	<i>La Décision de la Majorité met en péril le droit à un procès équitable et impartial</i>	11
2.	<i>La Défense ne pouvait raisonnablement prévoir que la qualification des faits pourrait être modifiée pour concorder avec l'article 25-3-d du Statut, ce qui est de nature à compromettre les droits garantis à l'accusé par les alinéas a) et g) de l'article 67-1</i>	15
3.	<i>Le temps nécessaire pour donner efficacement suite à la Décision de la Majorité entraînerait forcément un retard inéquitable</i>	20
4.	<i>Conclusion</i>	21
IV.	OBSERVATIONS FINALES	21

I. INTRODUCTION

1. Je suis fondamentalement en désaccord avec la décision de la majorité des juges de la Chambre (« la Majorité ») de déclencher la procédure prévue à la norme 55 du Règlement de la Cour⁷⁰ en informant Germain Katanga que la qualification juridique des faits de l'espèce pourra être modifiée pour concorder avec la responsabilité prévue à l'article 25-3-d-ii du Statut de Rome (« le Statut ») (« la Décision de la Majorité » ou « la Décision »). J'avais approuvé une décision antérieure d'informer les participants de la possibilité que la qualification juridique du conflit armé soit modifiée⁷¹. Mais la présente décision met en œuvre la norme 55-2 du Règlement de la Cour d'une manière qui va bien au-delà de ce que permet une application raisonnable de cette disposition et porte fondamentalement atteinte au droit de l'accusé à un procès équitable.
2. Par cette Décision, la Majorité fait savoir qu'elle envisage, en vertu de la norme 55-2 du Règlement de la Cour, que la qualification juridique des faits de l'espèce soit modifiée pour concorder avec une autre forme de responsabilité pénale. Au lieu de déterminer si les preuves établissent au-delà de tout doute raisonnable que Germain Katanga est coupable de ce que lui

⁷⁰ La norme se lit comme suit :

1. Sans dépasser le cadre des faits et circonstances décrits dans les charges et dans toute modification qui y aurait été apportée, la chambre peut, dans la décision qu'elle rend aux termes de l'article 74, modifier la qualification juridique des faits afin qu'ils concordent avec les crimes prévus aux articles 6, 7 ou 8 ainsi qu'avec la forme de participation de l'accusé auxdits crimes prévue aux articles 25 et 28.

2. Si, à un moment quelconque du procès, la chambre se rend compte que la qualification juridique des faits peut être modifiée, elle informe les participants à la procédure d'une telle possibilité et, après avoir examiné les éléments de preuve, donne en temps opportun aux participants la possibilité de faire des observations orales ou écrites. Elle peut suspendre les débats afin de garantir que les participants disposent du temps et des facilités nécessaires pour se préparer de manière efficace, ou, en cas de besoin, convoquer une audience afin d'examiner toute question concernant la proposition de modification.

3. Aux fins de l'application de la disposition 2, la chambre garantit notamment à l'accusé :

a) le temps et les facilités nécessaires pour préparer sa défense de manière efficace, conformément à l'alinéa b) du paragraphe 1^{er} de l'article 67, et

b) en cas de besoin, la possibilité d'interroger ou de faire interroger de nouveau tout témoin, de citer à comparaître tout nouveau témoin ou de présenter tout autre élément de preuve admissible, conformément à l'alinéa e) du paragraphe 1^{er} de l'article 67.

⁷¹ Chambre de première instance II, *Le Procureur c. Katanga et Ngudjolo*, Ordonnance relative aux modalités de présentation des conclusions orales, 20 avril 2012, ICC-01/04-01/07-3274, par. 13 et 14 ; Chambre de première instance II, *Le Procureur c. Katanga et Ngudjolo*, Décision sur la mise en œuvre de l'ordonnance relative aux modalités de présentation des conclusions orales, 7 mai 2012, ICC-01/04-01/07-3285.

reprochent les charges, c'est-à-dire coupable au regard de l'article 25-3-a du Statut, la Majorité se propose à présent de déterminer s'il l'est au regard de l'article 25-3-d-ii. Cet article prévoit une forme de responsabilité très différente de celle sur laquelle sont fondées les charges confirmées en l'espèce et le procès dans son ensemble. Il résulte de cette décision que Germain Katanga pourrait à présent être déclaré coupable sur la base de l'article 25-3-d-ii, même s'il venait à être acquitté de toutes les charges portées contre lui sur la base de l'article 25-3-a.

3. La Décision de la Majorité pourrait conduire à rouvrir le procès, plus d'un an après la fin des audiences consacrées aux moyens de preuve (11 novembre 2011) et bien après la clôture officielle de la présentation des moyens (7 février 2012) et les conclusions orales des parties et des participants (le 15, le 16 et du 21 au 23 mai 2012).
4. Selon la Majorité, le procès de Germain Katanga n'est pas achevé tant qu'elle n'a pas examiné la responsabilité de l'accusé au regard de l'article 25-3-a (« coaction indirecte ») mais aussi de l'article 25-3-d-ii (« responsabilité tenant au but commun »)⁷². Elle se propose donc de permettre qu'il se poursuive, afin d'examiner la responsabilité de Germain Katanga au regard de l'article 25-3-d-ii.
5. La Majorité estime que la « responsabilité tenant au but commun » décrirait mieux la responsabilité de l'accusé que la « coaction indirecte »⁷³. Je reconnais qu'il est important de qualifier les faits de manière adéquate (*fair labelling*) et que, idéalement, dans le jugement final (« le Jugement »), une chambre de première instance doit qualifier la responsabilité pénale individuelle d'un accusé avec précision en lui appliquant la description qui reflète le plus exactement sa responsabilité au regard de l'un des alinéas de l'article 25-3 ou de l'article 28 du Statut. Notons à ce sujet que les chambres préliminaires n'ont pas pour pratique habituelle de délivrer des mandats d'arrêt ou de confirmer des charges à raison de plusieurs modes de responsabilité présentés comme subsidiaires les uns aux autres⁷⁴, à la différence de ce qui se

⁷² Décision de la Majorité, par. 42.

⁷³ Voir Décision de la Majorité, par. 8 et 26.

⁷⁴ Voir, p. ex., Chambre préliminaire I, *Le Procureur c. Katanga et Ngudjolo*, Décision relative à la confirmation des charges, 1^{er} octobre 2008, ICC-01/04-01/07-717-tFRA-Corr (« la Décision de confirmation des charges »), par. 471 ; Chambre préliminaire I, *Le Procureur c. Lubanga*, Décision sur la confirmation des charges, 29 janvier 2007, ICC-01/04-01/06-803, par. 318, note de bas de page 406, et par. 321 ; Chambre préliminaire II, *Le Procureur c. Ruto et consorts*, Décision relative à la requête du Procureur aux fins de délivrance de citations à comparaître à William Samoei Ruto, Henry Kiprono Kosgey et Joshua Arap Sang, 8 mars 2011, ICC-01/09-01/11-1-tFRA, par. 36 (« [la Chambre] a des doutes sur la validité de la démarche consistant à tirer des conclusions concomitantes sur des formes de responsabilité présentées comme subsidiaires les unes des autres »). Je fais observer dans ce contexte que les chambres préliminaires sont *seulement* habilitées à confirmer les charges, ne pas confirmer les charges ou ajourner l'audience et demander au Procureur d'envisager d'apporter des éléments de preuve supplémentaires, de procéder à de nouvelles enquêtes ou de modifier les charges.

passé dans les tribunaux ad hoc, où les affaires sont habituellement conduites sur la base de plusieurs chefs possibles⁷⁵. La norme 55 peut, dans une certaine mesure, être un outil permettant aux chambres de première instance de la Cour de requalifier le mode de responsabilité après que la chambre préliminaire a confirmé les charges, de manière à préciser la qualification juridique pour qu'elle concorde mieux avec les faits et les circonstances décrits dans les charges⁷⁶. Cependant, invoquer une bonne adéquation de la qualification pour justifier, au stade actuel de l'affaire concernant Germain Katanga, le déclenchement de la procédure prévue à la norme 55 serait totalement inacceptable, et ce, pour les raisons exposées dans la présente opinion.

6. Aux termes de l'article 64-2 du Statut, la Chambre de première instance est tenue de veiller à ce que le procès soit conduit de façon équitable et avec diligence. Je suis d'avis que déclencher la procédure prévue à la norme 55 à un stade aussi avancé du délibéré constitue une menace grave tant pour l'équité que pour la diligence du procès. À ce stade, au lieu de disjoindre l'instance concernant Germain Katanga de celle concernant son coaccusé pour pouvoir déclencher la procédure prévue à la norme 55-2, la Chambre aurait dû trancher sur la base des charges confirmées par la Chambre préliminaire et aurait dû rendre le jugement prévu en application de l'article 74 du Statut. Il est fort douteux que la décision de ne pas rendre son jugement maintenant soit conforme à l'article 64-2 du Statut en décidant.
7. La norme 55 vise deux objectifs. Le premier est de permettre des procès mieux ciblés⁷⁷. Le second, qui s'inscrit dans le cadre de la lutte contre l'impunité, est d'éviter que certains restent impunis parce qu'ils seraient acquittés pour des raisons de pure forme⁷⁸.

L'idée de conférer à la chambre préliminaire le pouvoir de modifier les charges portées par le Procureur a été envisagée lors de la rédaction du Statut, mais a finalement été écartée. *Comparer* l'article 61-7 du Statut *et* le Rapport du Comité préparatoire pour la création d'une cour criminelle internationale, *Projet de statut de la Cour criminelle internationale*, 14 avril 1998, A/Conf.183/2/Add.1, p. 83 ; Document de travail présenté par la France, 6 août 1996, A/AC.249/L.3, p. 42.

⁷⁵ Pour un exposé complet sur la possibilité de cumul de qualifications en droit international, voir Tribunal spécial pour le Liban, Susana SaCouto et Katherine Cleary, *amici curiae*, *The Practice of Cumulative Charging Before International Criminal Bodies*, 10 février 2011, STL-II-01/I/AC/R176bis, p. 4 à 9.

⁷⁶ Voir Chambre préliminaire II, *Le Procureur c. Bemba, Decision on the Prosecutor's Application for Leave to Appeal the "Decision Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute on the Charges of the Prosecutor Against Jean-Pierre Bemba Gombo*, 18 septembre 2009, ICC-01/05-01/08-532, par. 56 (où il est fait référence notamment à la norme 55 pour justifier le refus de confirmer des charges cumulées) ; Chambre préliminaire II, *Le Procureur c. Bemba, Décision rendue en application des alinéas a) et b) de l'article 61-7 du Statut de Rome, relativement aux charges portées par le Procureur à l'encontre de Jean-Pierre Bemba Gombo*, 15 juin 2009, ICC-01/05-01/08-424-tFRA, par. 203.

⁷⁷ Hans-Peter Kaul, « Construction Site for More Justice: The International Criminal Court After Two Years », 99 *American Journal of International Law* 370, 377 (2005).

8. Cependant, la qualification juridique ne peut être modifiée que dans la mesure où l'équité de la procédure est respectée. En effet, la norme 55 ne donne pas aux chambres de première instance licence de trouver à tout prix un motif de condamnation. C'est pourquoi des garanties procédurales en faveur de l'accusé sont prévues aux dispositions 2 et 3 de cette norme. La Chambre d'appel n'a jamais dit que l'objectif de « mettre un terme à l'impunité » justifiait de rogner sur les droits de l'accusé. Elle a déclaré en termes clairs que « [l]a manière dont il faudra appliquer ces garanties pour assurer pleinement cette protection et l'éventuelle nécessité de garanties supplémentaires [...] dépendront des circonstances de l'espèce considérée⁷⁹ ». Cela signifie que l'application pro forma des garanties prévues aux dispositions 2 et 3 de la norme 55 ne suffit pas à elle seule à protéger les droits de l'accusé.
9. Outre ces garanties procédurales, il devrait être évident qu'une requalification, proposée par application de la norme 55-2, ne saurait dépasser le cadre des faits et circonstances décrits dans les charges (et dans toute modification qui y aurait été apportée), comme l'exige la disposition 1 de la même norme. En cas de doute sur ce point, la Chambre ne peut informer les participants en vertu de la norme 55-2 et n'a donc pas à appliquer la norme 55-3.
10. Lorsque la Chambre décide d'informer les participants en vertu de la norme 55-2, son analyse devrait se faire en deux étapes :
- i) il faut déterminer s'il est possible que la requalification proposée concorde, « sans dépasser le cadre des faits et circonstances décrits dans les charges et dans toute modification qui y aurait été apportée [...] avec les crimes prévus aux articles 6, 7 ou 8 ainsi qu'avec la forme de participation de l'accusé auxdits crimes prévue aux articles 25 et 28⁸⁰ » (« la première étape ») ; et
 - ii) elle doit utiliser son pouvoir d'appréciation pour déterminer si le fait de modifier la qualification juridique des faits rendrait le procès inéquitable (« la deuxième étape »)⁸¹.

⁷⁸ Voir Chambre d'appel, *Le Procureur c. Lubanga*, Arrêt relatif aux appels interjetés par Thomas Lubanga Dyilo et par le Procureur contre la Décision informant les parties et les participants que la qualification juridique des faits peut être modifiée conformément à la norme 55-2 du Règlement de la Cour, 8 décembre 2009, ICC-01/04-01/06-2205-tFRA, OA 15 OA 16 (« l'Arrêt *Lubanga* relatif à la qualification juridique des faits »), par. 77 (« la norme 55 vise principalement à empêcher que quiconque puisse se soustraire à ses responsabilités »).

⁷⁹ Arrêt *Lubanga* relatif à la qualification juridique des faits, par. 85.

⁸⁰ Voir norme 55-1 du Règlement de la Cour. Voir aussi Chambre de première instance I, *Le Procureur c. Lubanga*, Décision relative aux observations conjointes des représentants légaux des victimes concernant l'arrêt de la Chambre d'appel du 8 décembre 2009 relatif à la norme 55 du Règlement de la Cour, 8 janvier 2010, ICC-01/04-01/06-2223-tFRA (« la Décision *Lubanga* du 8 janvier 2010 »), par. 28.

⁸¹ Arrêt *Lubanga* relatif à la qualification juridique des faits, par. 85. Voir aussi Décision *Lubanga* du 8 janvier 2010, par. 28.

11. La Décision de la Majorité ne permet de vérifier aucune des deux étapes de cet examen. Or, elles doivent se vérifier l'une et l'autre pour que la Chambre puisse informer les participants en vertu de la norme 55-2. Comme je l'explique dans la présente opinion, j'estime que la Décision de la Majorité ne respecte absolument pas les droits de l'accusé, et je suis convaincue qu'elle viole non seulement la norme 55 du Règlement de la Cour, mais aussi les articles 64-2 et 67-1 du Statut.

II. PREMIÈRE ÉTAPE : LA DÉCISION DE LA MAJORITÉ DÉPASSE LE CADRE DES FAITS ET CIRCONSTANCES DÉCRITS DANS LES CHARGES

12. La norme 55-1 du Règlement de la Cour dispose que la Chambre ne peut modifier la qualification juridique que des faits et circonstances décrits dans les charges. Cette disposition fait écho à l'article 74-2 du Statut, aux termes duquel le jugement « ne peut aller au-delà des faits et des circonstances décrits dans les charges et les modifications apportées à celles-ci ». Comme l'a souligné la Chambre d'appel, la chambre de première instance est donc tenue de se limiter aux faits allégués dans les charges⁸², et toute application de la norme 55 doit se limiter à ceux-ci⁸³. La Chambre d'appel a déclaré, et c'est essentiel, que le libellé de la norme 55 « ne fait référence qu'à la modification de la qualification juridique des faits, *sans évoquer de changement dans l'exposé des faits*⁸⁴ ».

13. La question posée est donc celle de savoir si les faits sur lesquels la Majorité se propose de s'appuyer aux fins d'une éventuelle déclaration de culpabilité sur la base de l'article 25-3-d-ii du Statut font bien partie des faits et circonstances décrits dans les charges. Cette question comporte, selon moi, deux aspects. Premièrement, la Majorité ne peut se fonder sur des allégations qui, bien que mentionnées dans la Décision relative à la confirmation des charges (« la Décision de confirmation des charges »), ne font pas partie des allégations factuelles qui étayaient les éléments juridiques des crimes faisant l'objet des charges⁸⁵. Deuxièmement, la Majorité ne peut apporter à l'exposé des faits qui sous-tendent les charges des modifications si fondamentales que cet exposé dépasse le cadre des faits et circonstances décrits dans les charges. Je pense que la Majorité a fait erreur sur ces deux points, que je traiterai l'un après l'autre.

⁸² Arrêt *Lubanga* relatif à la qualification juridique des faits, par. 91.

⁸³ Arrêt *Lubanga* relatif à la qualification juridique des faits, par. 93.

⁸⁴ Arrêt *Lubanga* relatif à la qualification juridique des faits, par. 97 [non souligné dans l'original].

⁸⁵ Arrêt *Lubanga* relatif à la qualification juridique des faits, par. 90, note de bas de page 163.

1. La Majorité sort du cadre fixé à la norme 55 en s'appuyant sur des faits subsidiaires

14. Il ressort de la jurisprudence de la Chambre d'appel que seuls les faits qui sous-tendent effectivement les charges peuvent être requalifiés⁸⁶. Bien que la terminologie ne soit peut-être pas encore bien posée⁸⁷, il existe un ensemble de faits distincts qui étayent chacun des éléments des crimes et/ou du (ou des) mode(s) de responsabilité pénale invoqué(s)⁸⁸. Aux fins de la présente opinion, je désignerai les « faits et circonstances décrits dans les charges » par le terme « faits essentiels », pour les différencier des « faits subsidiaires »⁸⁹.
15. Au sens de la norme 55-1, on ne peut proposer de requalifier que des faits essentiels. Les faits subsidiaires, par définition, ne font pas partie des « faits et circonstances décrits dans les charges », ne sont pas confirmés par la Chambre préliminaire et, par conséquent, n'appartiennent pas au corpus des faits pouvant être requalifiés. Cela signifie que tous les mots, expressions ou phrases qui se trouvent mentionnés dans le document de notification des charges, ou même dans la Décision de confirmation des charges, ne sont pas nécessairement susceptibles d'être requalifiés. La Majorité se trompe donc lorsqu'elle dit, au paragraphe 32 de sa Décision, que la norme 55 autorise les chambres à mettre l'accent sur n'importe lesquels des faits contenus dans la Décision de confirmation des charges afin de remplir les conditions requises pour invoquer une autre forme de responsabilité⁹⁰.
16. Malheureusement, en l'espèce, ni l'Accusation ni la Chambre préliminaire ne s'est efforcée de marquer une distinction nette entre les faits essentiels et les faits subsidiaires⁹¹. Cela ne signifie

⁸⁶ Voir Arrêt *Lubanga* relatif à la qualification juridique des faits, par. 90.

⁸⁷ Ces faits peuvent être appelés allégations factuelles qui étayent chacun des éléments juridiques des crimes faisant l'objet des charges, faits qui sous-tendent les charges, faits essentiels ou faits constitutifs des crimes, le terme choisi importe peu.

⁸⁸ Arrêt *Lubanga* relatif à la qualification juridique des faits, par. 90, note de bas de page 163.

⁸⁹ Ici, j'emprunte la terminologie adoptée par les chambres préliminaires. La Chambre préliminaire I a défini les « faits subsidiaires » comme étant des faits qui peuvent être utilisés pour prouver les « faits essentiels » (c'est-à-dire les faits qui sous-tendent les charges) ; Chambre préliminaire I, *Le Procureur c. Banda et Jerbo*, Rectificatif à la Décision relative à la confirmation des charges, 7 mars 2011, ICC-02/05-03-09-121-Corr-Red-tFRA, par. 36. La Chambre préliminaire II, elle, a décrit les « faits subsidiaires » comme servant à démontrer ou à établir l'existence des faits qui sous-tendent les charges ; Chambre préliminaire II, *Le Procureur c. Ruto et consorts*, *Decision on the Confirmation of Charges Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute*, 23 janvier 2012, ICC-01/09-01/11-373, par. 47.

⁹⁰ Voir Décision de la Majorité, par. 32. Je fais observer, en passant, que lorsqu'elle fait référence au paragraphe 21 de la Décision relative au dépôt d'un résumé des charges par le Procureur, rendue par la présente Chambre le 21 octobre 2009 (ICC-01/04-01/07-1547), la Majorité en déforme le sens.

⁹¹ Il importe de rappeler qu'avant l'ouverture du procès, la Défense de Germain Katanga avait soulevé la question selon laquelle les faits essentiels sous-tendant les charges n'étaient pas suffisamment clairs. La Chambre a cependant choisi de ne pas répondre à ses demandes d'éclaircissements répétées, et, pour finir, lui a refusé l'autorisation d'interjeter appel concernant justement cette question. Voir en

toutefois pas que cette distinction ne peut être faite, ni que la Majorité n'ait pas eu à la faire dans sa Décision pour justifier le déclenchement de la procédure prévue à la norme 55. Qui plus est, s'il y a une ambiguïté sur ce point, le doute devrait profiter à l'accusé.

17. Il est par conséquent regrettable que la Majorité n'ait pas jugé nécessaire de préciser sur quelles allégations factuelles de la Décision de confirmation des charges elle entend se fonder aux fins de la requalification proposée. Je considère que les quelques références à des paragraphes de la Décision de confirmation des charges, contenues dans des notes de bas de page, sont tout à fait insuffisantes à cet égard⁹². Le raisonnement exposé par la Majorité aux paragraphes 24 à 30 est extrêmement succinct et rend difficile l'appréciation de la manière dont, au juste, elle entend procéder à cette nouvelle qualification. Outre qu'elle suscite de graves inquiétudes quant au respect du droit de l'accusé d'être dûment informé⁹³, la Majorité dissimule peut-être aussi le fait qu'elle pourrait, dans une certaine mesure, s'être fondée sur des « faits subsidiaires » pour rendre sa Décision⁹⁴. Si tel était le cas, il serait impossible de prononcer une déclaration de culpabilité sur cette base car la procédure dans son ensemble perdrait alors toute légalité eu égard à l'article 74-2 du Statut. Cependant, la Majorité n'étant guère communicative à ce sujet, je m'abstiendrai de spéculer et je me contenterai de souligner que la plus grande vigilance s'impose sur cette question fondamentale.

particulier les documents suivants : Défense de Germain Katanga, *Defence observations on the Summary of charges and Request for clarification and or an extension of time*, 5 novembre 2009, ICC-01/04-01/07-1601 ; Défense de Germain Katanga, *Defence Observations on the Document Summarising the Charges*, 19 novembre 2009, ICC-01/04-01/07-1653 ; décision rendue oralement par la Chambre de première instance II le 23 novembre 2009, ICC-01/04-01/07-T-79-Red-ENG ; Défense de Germain Katanga, *Defence Request for Leave to Appeal the Trial Chamber's Oral Decision of 23 November 2009 on the Defence Request for Clarification of the Charges*, 30 novembre 2009, ICC-01/04-01/07-1690 ; Chambre préliminaire II, *Le Procureur c. Katanga et Ngudjolo*, Décision relative à la demande d'autorisation d'appel contre la décision orale de la Chambre de première instance II du 23 novembre 2009 relative à la notification des charges, 23 juin 2010, ICC-01/04-01/07-2213. Quelles qu'aient été les motivations des choix de la Chambre à l'époque, il serait déplacé que la Majorité utilise l'ambiguïté qui en a découlé au détriment de l'accusé.

⁹² Décision de la Majorité, par. 25 à 30, notes de bas de page 38 à 41 et 45 à 51.

⁹³ Voir *infra*, par. 37 et suiv.

⁹⁴ Compte tenu de l'ambiguïté précédemment mentionnée qui existe sur ce point, affirmer, comme le fait la Majorité au paragraphe 23 de sa Décision, qu'elle ne se fonde que sur les faits essentiels n'apaise pas mon inquiétude. Il lui incombe de faire preuve de précision et de transparence sur ce point, d'autant plus que la distinction entre les faits essentiels et les faits subsidiaires n'a jamais été traitée sur le fond. Voir paragraphe 16 de la présente opinion.

2. Dans sa Décision, la Majorité a apporté à l'exposé des faits qui sous-tendent les charges des modifications si fondamentales que cet exposé dépasse le cadre des faits et circonstances décrits dans les charges

18. Déterminer si une requalification est telle qu'elle ne peut se faire qu'au moyen d'une modification des charges en bonne et due forme⁹⁵ sera « (à tout le moins) [...] une question de fait et de degré⁹⁶ ».
19. Je suis d'avis qu'il est inacceptable de modifier fondamentalement l'exposé des faits qui sous-tendent les charges dans le but de prononcer une déclaration de culpabilité à raison d'un crime ou d'une forme de responsabilité qui ne faisait pas l'objet des charges initialement portées par l'Accusation.
20. Les charges ne sont pas simplement une suite hétéroclite de noms de personnes, de noms de lieux, d'événements, etc., susceptibles d'être agencés et réagencés à volonté. Elles doivent décrire de manière cohérente les liens entre des personnes et des événements, dire quel rôle celles-là ont joué dans ceux-ci, en quoi ils s'inscrivaient dans un contexte donné et quelle influence ce dernier a eue sur eux. Les charges sont donc un exposé dans lequel chaque fait essentiel occupe une place bien précise. D'ailleurs, les faits doivent justement leur caractère essentiel à leur pertinence à l'intérieur de cet exposé. Prendre isolément un fait essentiel pour modifier fondamentalement sa pertinence en l'incluant dans un autre exposé⁹⁷ constituerait par conséquent un « changement dans l'exposé des faits », ce que, de l'avis de la Chambre d'appel, la norme 55-1 interdit clairement⁹⁸.

⁹⁵ Seule l'Accusation peut modifier les charges, avec l'autorisation de la Chambre préliminaire et avant que le procès ne commence. Voir article 61-9 du Statut.

⁹⁶ Chambre de première instance I, *Le Procureur c. Lubanga*, Opinion de la minorité concernant la Décision informant les parties et les participants que la qualification juridique des faits peut être modifiée conformément à la norme 55-2 du Règlement de la Cour, 17 juillet 2009, ICC-01/04-01/06-2054-tFRA, par. 19 (opinion dissidente du juge Fulford).

⁹⁷ Par exemple, pour conclure que l'attaque contre Bogoro faisait partie d'une « attaque généralisée ou systématique lancée contre toute population civile », la Chambre préliminaire a cité des incidents au cours desquels le FNI et/ou les FRPI ont attaqué et tué des civils dans les localités suivantes : i) Nyankunde, ii) Bunia/Nyakasanza, iii) Tchomia, iv) Katoto, v) Mandro, vi) Kilo et vii) Drodoro. Voir Décision relative à la confirmation des charges, par. 409 et 410. Les attaques lancées contre ces localités constituent toutes des faits essentiels au regard du chapeau de l'article 7, car elles étayaient les éléments des crimes contre l'humanité faisant l'objet des charges en l'espèce. Cependant, on pourrait difficilement envisager de considérer ces incidents (p. ex. les meurtres commis à Nyankunde) comme des faits essentiels sur lesquels fonder une condamnation pour meurtre au sens de l'article 7-1-a du Statut. Il s'agit certes d'un exemple extrême, mais il illustre bien l'idée que ce n'est pas parce qu'un fait est essentiel qu'on peut forcément s'appuyer sur lui pour présenter un exposé des faits fondamentalement différent.

⁹⁸ Arrêt *Lubanga* relatif à la qualification juridique des faits, par. 97.

21. Pourtant, à mon avis, la Majorité est coupable d'avoir modifié fondamentalement l'exposé des faits de l'espèce. Mais comme elle ne précise pas sur la base de quels faits elle se propose d'appliquer l'article 25-3-d-ii, il m'est impossible de faire des commentaires précis sur ce point. Cependant, je ne doute pas que le passage proposé à l'article 25-3-d-ii ne l'oblige inévitablement à jongler sans fin avec les faits afin de trouver dans la Décision de confirmation des charges une base factuelle suffisante au regard des éléments constitutifs de cette nouvelle forme de responsabilité pénale.
22. Ainsi, pour identifier le groupe de personnes partageant l'intention de commettre des crimes, la Majorité se réfère à un paragraphe de la Décision de confirmation des charges évoquant l'organisation hiérarchique sur laquelle, selon la Chambre préliminaire, l'accusé exerçait un contrôle en tant que commandant suprême⁹⁹. D'un seul coup, la Majorité transforme donc cette légion d'exécutants — dont on ignore l'identité¹⁰⁰ — « fongible[s]¹⁰¹ », obéissant aveuglément et exécutant automatiquement les ordres¹⁰² de Germain Katanga (et dont les intentions personnelles n'étaient donc pas pertinentes au regard de l'article 25-3-a) en un « groupe de personnes agissant de concert » (au sens de l'article 25-3-d). Parallèlement, Germain Katanga se voit déchu de sa position de dirigeant exerçant un contrôle quasi total (au sens de l'article 25-3-a) pour devenir un complice qui contribue au dessein criminel commun (au sens de l'article 25-3-d) d'une partie non identifiée de ses anciens subordonnés¹⁰³. Inutile de dire que le soi-disant « but commun » de ce groupe criminel indéterminé n'apparaît nulle part dans la Décision de confirmation des charges¹⁰⁴. Il s'agit là, selon moi, du genre de « changement radical » contre lequel la Chambre d'appel du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie (TPIY) met en garde, même dans les affaires où toutes les formes de responsabilité pénale possibles étaient invoquées¹⁰⁵.

⁹⁹ Voir Décision de la Majorité, par. 25, note de bas de page 38 faisant référence au paragraphe 540 de la Décision de confirmation des charges.

¹⁰⁰ Je fais observer que le renvoi au paragraphe 543 de la Décision relative à la confirmation des charges, qui est fait aux paragraphes 25, 27 et 29 de la Décision de la Majorité, est inapproprié.

¹⁰¹ Décision de confirmation des charges, par. 516.

¹⁰² Décision de confirmation des charges, par. 517.

¹⁰³ À ce sujet, il n'est pas suffisant de se référer, comme le fait la Majorité au paragraphe 29 de sa Décision, à « des commandants et des combattants de la collectivité de Walendu-Bindi ».

¹⁰⁴ L'idée ambiguë formulée au paragraphe 29 de la Décision de la Majorité, à savoir que l'action concertée d'un certain nombre de personnes peut en quelque sorte suffire à elle seule pour qu'il soit satisfait au critère de but commun requis pour l'application de l'article 25-3-d, vole en éclats face à la clarté du libellé de la version anglaise de cette disposition et à la jurisprudence de la Cour. Voir Chambre préliminaire I, *Le Procureur c. Mbarushimana*, Décision relative à la confirmation des charges, 16 décembre 2011, ICC-01/04-01/10-465-Red-tFRA, par. 271.

¹⁰⁵ Voir TPIY, Chambre d'appel, *Le Procureur c. Kupreskic*, IT-95-16-A, Arrêt, 23 octobre 2001, par. 93 et 115 à 125.

3. *Conclusion*

23. C'est pourquoi je suis fermement convaincue que la Décision de la Majorité viole les termes de la norme 55-1 du Règlement de la Cour et, par conséquent, pourrait également aller à l'encontre des restrictions imposées par l'article 74-2 du Statut. Cette raison suffirait à elle seule pour que je sois en désaccord avec la Majorité.
24. Cependant, même à supposer que ces considérations ne s'appliquent pas, je serais en désaccord avec la Majorité car je pense que la Chambre ne peut pas mettre en œuvre la norme 55 à ce stade de la procédure sans porter gravement atteinte à plusieurs droits de la Défense et manquer à un certain nombre de ses devoirs fondamentaux, comme je l'explique ci-après.

III. DEUXIÈME ÉTAPE : LA DÉCISION DE LA MAJORITÉ EST INÉQUITABLE

25. Les garanties prévues aux dispositions 2 et 3 de la norme 55 ne suffisent pas, en soi, à assurer l'équité du procès. La Chambre est tenue de veiller à l'équité et à la rapidité de la procédure (article 64-2) ainsi qu'au plein respect des droits énoncés à l'article 67.
26. La Majorité reconnaît que l'article 67 du Statut présente un intérêt pour l'évaluation d'une requalification proposée¹⁰⁶, et elle estime que la Décision de la Majorité respecte pleinement les droits énoncés dans cet article¹⁰⁷. Avec tout le respect dû, je marque mon désaccord à cet égard. Tout d'abord, je pense que la Décision de la Majorité met en péril le droit de l'accusé à un procès équitable et impartial. Ensuite, je suis d'avis que la Défense n'aurait raisonnablement pu prévoir une requalification au titre de l'article 25-3-d-ii ; les droits garantis à l'accusé aux alinéas a) et g) de l'article 67-1 sont donc menacés. Enfin, je suis convaincue que la mise en œuvre de la norme 55 à ce stade de la procédure cause un retard excessif, au sens de l'article 67-1-c, et est incompatible avec l'obligation que l'article 64-2 fait à la Chambre de veiller à ce que le procès soit conduit avec diligence.

1. *La Décision de la Majorité met en péril le droit à un procès équitable et impartial*

27. L'article 67-1 du Statut garantit à l'accusé que « sa cause soit entendue [...] équitablement et de façon impartiale ». Selon la Majorité, il est impossible de dire que la mise en œuvre de la norme 55 au stade du délibéré n'est pas équitable¹⁰⁸. Voilà qui est peut-être vrai en théorie. Je

¹⁰⁶ Décision de la Majorité, par. 13.

¹⁰⁷ Décision de la Majorité, par. 20, 34, 40, 44, 46 et 52.

¹⁰⁸ Décision de la Majorité, par. 15.

pense, quant à moi, qu'en déclenchant à la phase finale du délibéré la procédure prévue à la norme 55 pour modifier le mode de responsabilité retenu contre Germain Katanga en l'espèce, la Majorité viole son obligation de veiller à ce que le procès soit conduit de manière équitable et impartiale.

28. En l'espèce, la possibilité d'appliquer l'article 25-3-d-ii n'avait jamais été évoquée jusqu'ici. Le fait que la Décision de la Majorité soit rendue à une phase si tardive peut donc faire naître le désagréable soupçon que la Chambre intervient pour s'assurer que Germain Katanga sera déclaré coupable.
29. La Majorité affirme que son impartialité n'est pas en cause parce qu'elle n'a pas encore examiné la question de la responsabilité de l'accusé au regard de l'article 25-3-d-ii¹⁰⁹. Or elle contredit cette affirmation invraisemblable dans le même paragraphe, lorsqu'elle indique avoir décidé de mettre en œuvre la norme 55 après un examen attentif de tous les éléments de preuve et observations versés au dossier de l'affaire¹¹⁰. Ce serait en effet faire preuve d'une grande légèreté qu'annoncer la possibilité d'une requalification juridique si radicale à la toute fin du procès sans avoir soigneusement pesé les chances que celle-ci aboutisse. Ne souhaitant pas imaginer que mes collègues puissent faire montre d'une telle irresponsabilité, je ne peux donc que supposer qu'ils ont examiné tous les éléments de preuve sur le fondement de l'article 25-3-d-ii et déterminé qu'à leur sens, il en découlerait probablement une déclaration de culpabilité.
30. Le soupçon que la Majorité s'est déjà forgé un avis, au moins provisoire, sur la question est en outre renforcé par le fait que l'Accusation, à qui il appartient de présenter les charges¹¹¹, n'a fait aucun effort pour y intégrer l'article 25-3-d. La demande de délivrance d'un mandat d'arrêt à l'encontre de Germain Katanga reposait uniquement sur l'article 25-3-b¹¹². Après que la Chambre préliminaire I eut elle-même relevé que l'article 25-3-a pouvait également

¹⁰⁹ Décision de la Majorité, par. 19.

¹¹⁰ Décision de la Majorité, par. 19.

¹¹¹ Article 61-3 du Statut (le document contenant les « charges sur lesquelles le Procureur » entend se fonder pour requérir le renvoi en jugement) ; article 61-7-c-ii du Statut (s'agissant de modifier les charges au stade précédant leur confirmation, la Chambre préliminaire peut seulement « demande[r] au Procureur d'envisager » de modifier une charge) ; article 61-9 du Statut (une fois les charges confirmées mais avant que le procès ne commence, l'Accusation peut modifier les charges avec l'autorisation de la Chambre préliminaire) ; règle 121-3 du Règlement de procédure et de preuve (l'Accusation remet un état détaillé des charges).

¹¹² Voir Chambre préliminaire I, *Le Procureur c. Katanga et Ngudjolo, Decision on the evidence and information provided by the Prosecution for the issuance of a warrant of arrest for Germain Katanga*, 12 février 2008, ICC-01/04-01/07-4, par. 54 (initialement rendue le 6 juillet 2007).

s'appliquer aux faits en question¹¹³, l'Accusation a mis en cause la responsabilité de Germain Katanga en vertu de l'article 25-3-a et, à titre subsidiaire, de l'article 25-3-b¹¹⁴. Seules les charges reposant sur l'article 25-3-a ont été confirmées. La Chambre préliminaire a indiqué dans la Décision de confirmation des charges que ses conclusions concernant la coaction indirecte rendaient « toute autre question relative à [la] responsabilité en tant que complices [...] sans objet¹¹⁵ ». Bien que les chambres préliminaires se soient jusqu'ici défendu de confirmer des charges à titre subsidiaire¹¹⁶, j'estime tout de même significatif que l'Accusation ne se soit pas efforcée de mettre en cause la responsabilité de Germain Katanga en vertu de l'article 25-3-d, même à titre subsidiaire, et que celui-ci n'ait eu à se défendre contre des allégations relevant de cette disposition à aucun moment de la procédure. Si l'Accusation n'a pas retenu les charges quant au mode de responsabilité en fonction de leurs chances d'aboutir à une déclaration de culpabilité, alors la Chambre devait longuement hésiter à le faire à sa place.

31. La Décision de la Majorité donne l'impression que : i) la Majorité aurait été amenée à acquitter Germain Katanga relativement aux charges de coaction indirecte portées contre lui, et que ii) l'article 25-3-d-ii est considéré comme un moyen d'aboutir à une déclaration de culpabilité. Cette impression naît de ce que, si la Majorité était sur le point de déclarer l'accusé coupable sur la base de l'article 25-3-a, alors il est raisonnable de penser qu'elle se serait contentée de le faire sur cette base, sans rendre de décision en application de la norme 55-2.
32. La Majorité a beau affirmer qu'elle n'est encore parvenue à aucune décision finale¹¹⁷ et que la Décision est en partie motivée par un souci d'adéquation des charges¹¹⁸ plutôt que par le souhait d'aboutir à une déclaration de culpabilité, il n'en reste pas moins que le fait même de mettre en œuvre la norme 55 à la toute fin du délibéré risqué, à tout le moins, de donner une *impression* de partialité qui, selon la jurisprudence de la Cour, des tribunaux ad hoc et de la Cour européenne des droits de l'homme, est suffisante pour conclure qu'une juridiction a violé l'obligation d'impartialité qui lui est faite¹¹⁹. Je ne peux donc que conclure que la

¹¹³ Voir Chambre préliminaire I, *Le Procureur c. Katanga et Ngudjolo, Decision on the evidence and information provided by the Prosecution for the issuance of a warrant of arrest for Germain Katanga*, 12 février 2008, ICC-01/04-01/07-4, par. 60 (initialement rendue le 6 juillet 2007).

¹¹⁴ Décision de confirmation des charges, par. 469 et 470.

¹¹⁵ Décision de confirmation des charges, par. 471.

¹¹⁶ Voir *supra*, note 5.

¹¹⁷ Décision de la Majorité, par. 42.

¹¹⁸ Décision de la Majorité, par. 8.

¹¹⁹ Voir Présidence, *Le Procureur c. Banda et Jerbo, Decision of the plenary of the judges on the "Defence Request for the Disqualification of a Judge" of 2 April 2012*, 5 juin 2012, ICC-02/05-03/09-344-Anx, par. 10-1. Voir aussi TPIY, Chambre d'appel, *Le Procureur c/ Furundzija*, affaire n° IT-95-17/1-A, Arrêt, 21 juillet 2000, par. 189 ; TPIR, Chambre de première instance, *Le Procureur c. Sikubwabo*, affaire n° ICTR-95-1D-

Décision de la Majorité est incompatible avec les devoirs de la Chambre de première instance tels qu'énoncés à l'article 67-1 du Statut et peut même être perçue comme imposant à la Défense la charge de la réfutation, en violation manifeste de l'article 67-1-i.

33. Je n'oublie pas les dispositions de l'article 69-3 du Statut, qui permet à la Chambre de première instance de demander la présentation de tous les éléments de preuve qu'elle juge nécessaires à la manifestation de la vérité. La Majorité souligne d'ailleurs que la manifestation de la vérité est le seul souci qui anime la Chambre et qu'il appartient à celle-ci de se prononcer sur la culpabilité de l'accusé et non pas sur la « qualification » retenue par la Chambre préliminaire et développée par l'Accusation tout au long du procès¹²⁰.
34. Je ne suis pas convaincue que les chambres de première instance aient la manifestation de la vérité pour mission inconditionnelle. Le devoir que l'article 54-1-a du Statut fait à l'Accusation est sans équivalent, et l'article 69-3 à lui seul ne saurait fonder en droit pareille théorie. Quoi qu'il en soit, je ne pense pas que cette mission, si tant est qu'elle existe, prime sur la fonction essentielle de la chambre de première instance, qui est de dire au vu des éléments de preuve produits au procès si les charges portées à l'encontre de l'accusé sont établies au-delà de tout doute raisonnable.
35. De fait, comme la Chambre l'a précédemment reconnu, sa mission d'établissement de la vérité (pour autant qu'elle en ait une) doit se limiter aux faits et circonstances décrits dans les charges¹²¹. Elle ne l'autorise donc aucunement à ouvrir une enquête indépendante. Dans l'hypothèse où, comme l'estime la Majorité, la Chambre serait investie d'une mission en la matière, la manifestation de la vérité ne saurait justifier que la Chambre de première instance empiète sur les fonctions dévolues à l'Accusation. Fondamentalement, en modifiant les règles du jeu au nom de la manifestation de la vérité, la Majorité marche sur les brisées de l'Accusation, ce que ne devrait jamais faire aucun juge.

R11bis, *Decision on Prosecutor's Request for Referral*, 26 mars 2012, par. 121 à 125 ; CEDH, *Piersack c. Belgique*, requête n° 8692/79, Arrêt, 1^{er} octobre 1982, par. 30 ; Chambre des Lords, *K. v. Sussex Justices, ex parte McCarthy*, [1924] 1 K.B., p. 259 (Opinion de Lord Hewart) (« [TRADUCTION] Il ne suffit pas d'être impartial ; il faut de plus qu'il apparaisse clairement qu'on l'est »).

¹²⁰ Décision de la Majorité, par. 8. Toutefois, je ne vois pas en quoi le paragraphe 77 de l'Arrêt *Lubanga* relatif à la qualification juridique des faits, auquel la Majorité renvoie, vient étayer cette proposition.

¹²¹ Chambre de première instance II, *Le Procureur c. Katanga et Ngudjolo*, Décision relative au dépôt d'un résumé des charges par le Procureur, 29 octobre 2009, ICC-01/04-01/07-1547, par. 27.

2. La Défense ne pouvait raisonnablement prévoir que la qualification des faits pourrait être modifiée pour concorder avec l'article 25-3-d du Statut, ce qui est de nature à compromettre les droits garantis à l'accusé par les alinéas a) et g) de l'article 67-1

36. Je considère que la Décision de la Majorité était totalement imprévisible pour la Défense. En outre, elle a été rendue à un moment de la procédure où la Défense était dans l'impossibilité d'y répondre efficacement. Aux termes de l'article 67-1, alinéa a), du Statut, l'accusé doit être « informé dans le plus court délai et de façon détaillée de la nature, de la cause et de la teneur des charges ». L'alinéa g) du même article garantit à l'accusé le droit de « ne pas être forcé de témoigner contre lui-même ou de s'avouer coupable, et [de] garder le silence » ; ce droit peut être remis en cause par une décision prise en vertu de la norme 55-2 si la Chambre utilise le propre témoignage de l'accusé au procès pour justifier la nouvelle qualification qu'elle envisage. À mon sens, la démarche de la Majorité viole ces deux droits de l'accusé.

Le droit d'être informé dans le plus court délai et de façon détaillée de la nature, de la cause et de la teneur des charges (article 67-1-a)

37. La Décision de la Majorité survient à la toute fin de la phase du délibéré en l'espèce. C'est le 24 novembre 2009 que Germain Katanga a plaidé non coupable des charges portées à son encontre à raison de « coaction indirecte » dans le cadre de l'article 25-3-a. Sa défense a été construite et entièrement assurée sur la base des charges ainsi libellées. La Défense a préparé toute son argumentation, interrogé ses témoins et contre-interrogé tous ceux cités par l'Accusation. Germain Katanga a décidé de témoigner et s'est employé à réfuter la charge de « coaction indirecte » telle que confirmée par la Chambre préliminaire.

38. Le nouveau mode de responsabilité dégagé par la Chambre préliminaire et appelé « coaction indirecte »¹²² est une question centrale en l'espèce qui a suscité des débats depuis le tout début du procès. En octobre 2009, la Chambre de première instance a demandé aux parties et aux participants de lui faire part de leurs vues concernant l'interprétation que la Chambre préliminaire avait faite de l'article 25-3-a¹²³. Elle ne s'est cependant pas prononcée sur les

¹²² Décision relative à la confirmation des charges, par. 490 à 492.

¹²³ Les deux équipes de défense ont demandé à la Chambre de rejeter cette interprétation de la Chambre préliminaire. Pour la Défense de Germain Katanga, voir *Le Procureur c. Katanga et Ngudjolo, Defence for Germain Katanga's Pre-Trial Brief on the Interpretation of Article 25(3)(a) of the Rome Statute*, 30 octobre 2009, ICC-01/04-01/07-1578-Corr ; pour la Défense de Mathieu Ngudjolo, voir *Le Procureur c. Katanga et Ngudjolo, Mémoire de la Défense de Mathieu Ngudjolo sur l'interprétation de l'article 25(3)(a) du Statut de Rome*, 28 octobre 2009, ICC-01/04-01/07-1569. L'Accusation, tout en souscrivant à la théorie du contrôle exercé sur le crime, a demandé à la Chambre de « [TRADUCTION] revoir ou examiner attentivement » deux éléments de l'interprétation de la Chambre préliminaire. Voir *Le Procureur c. Katanga et Ngudjolo, Prosecution's Pre-Trial Brief on the Interpretation of Article 25(3)(a)*,

observations reçues. Si elle l'avait fait, à un stade plus précoce de la procédure, il y a longtemps que les questions faisant aujourd'hui l'objet de la Décision de la Majorité auraient pu être soulevées.

39. En s'attachant à prouver qu'il n'existait pas de plan commun visant à effacer Bogoro (au sens de l'article 25-3-a), la Défense de Germain Katanga cherchait principalement à réfuter l'allégation de l'Accusation selon laquelle Germain Katanga avait l'intention de commettre les crimes faisant l'objet des charges en mettant en œuvre un plan commun conçu par lui et par Mathieu Ngudjolo et qui comprenait la commission de certains crimes particuliers¹²⁴. Elle n'a que sommairement traité la question de savoir si la commission des crimes était prévisible, et ne l'a fait que par rapport à un autre plan commun possible qu'elle a mis en avant, à savoir l'objectif de l'EMOI qui consistait à reprendre le contrôle de l'Ituri et qui reposait pour une large part sur la base militaire de l'UPC à Bogoro¹²⁵. Si la Défense de Germain Katanga avait pu raisonnablement prévoir que la qualification des charges puisse être modifiée pour concorder avec l'article 25-3-d, elle aurait probablement adopté une stratégie de défense différente.
40. Dans ces circonstances, je ne vois pas comment la Décision de la Majorité pourrait être conforme à l'exigence énoncée à l'article 67-1-a et selon laquelle Germain Katanga doit être informé des charges « dans le plus court délai ». Aux termes de la norme 55-2, la Chambre « informe » (« *shall give notice* » en anglais) les participants à la procédure « [s]i, à un moment quelconque du procès, [elle] se rend compte que la qualification juridique des faits peut être modifiée ». À mon sens, cette formulation signifie que bien que la décision d'informer les participants en exécution de la norme 55-2 relève des pouvoirs discrétionnaires de la Chambre, celle-ci reste tenue tout au long de la procédure de se demander s'il y a lieu de déclencher la mise en œuvre de la norme 55. Je ne pense pas qu'il soit possible de concilier la Décision de la Majorité, rendue un an après la comparution du dernier témoin et neuf mois après la clôture de la présentation des moyens, et le devoir de diligence qui s'impose à la Chambre.

19 octobre 2009, ICC-01/04-01/07-1541. Dans ses conclusions finales, la Défense de Germain Katanga a une nouvelle fois contesté la validité de la théorie du contrôle sur le crime, reprenant les arguments qu'elle avait exposés en octobre 2009. Voir *Le Procureur c. Katanga et Ngudjolo, Second Corrigendum to the Defence Closing Brief* (version publique expurgée), 29 juin 2012, ICC-01/04-01/07-3266-Corr2-Red, par. 1111 et 1112 ; Chambre de première instance II, *Le Procureur c. Katanga et Ngudjolo*, 21 mai 2012, ICC-01/04-01/07-T-338-RED-ENG-WT, p. 18, 19, 52 et suiv.

¹²⁴ *Le Procureur c. Katanga et Ngudjolo, Second Corrigendum to the Defence Closing Brief*, 29 juin 2012, ICC-01/04-01/07-3266-Corr2-Red (« le Mémoire en clôture de la Défense »), par. 1130 à 1320.

¹²⁵ Mémoire en clôture de la Défense, par. 1318 à 1320.

41. Si la Majorité peut faire valoir que la Défense aurait pu prévoir une éventuelle requalification des faits pour concorder avec l'article 25-3-d, la Défense est alors tout aussi fondée à considérer que la Majorité aurait dû elle aussi être capable de prévoir cette possibilité et l'en informer à un moment qui lui aurait permis de présenter plus efficacement ses moyens.

L'argument de « l'infraction moindre incluse dans une autre »

42. Dans le cadre d'une analyse se rapportant à l'article 67-1-a du Statut, la Majorité justifie sa décision en affirmant que les éléments constitutifs de l'article 25-3-d sont nécessairement compris dans les éléments constitutifs de l'article 25-3-a¹²⁶. Cette affirmation est erronée. L'idée, courante dans nombre de systèmes juridiques nationaux, selon laquelle lorsqu'une personne est accusée d'une infraction, elle est automatiquement informée que lui est également reprochée l'infraction moindre incluse dans la première, plus grave (le vol qualifié comprend le vol simple, par exemple), ne s'applique pas s'agissant des articles 25-3-a et 25-3-d du Statut. Selon la Chambre d'appel du TPIY, une infraction moindre incluse dans une autre se définit par le fait qu'« il n'est pas possible de commettre l'infraction la plus grave sans commettre également la moindre¹²⁷ ».

43. On ne saurait affirmer sur la base de cette définition que la responsabilité au sens de l'article 25-3-d est une « responsabilité moindre incluse » dans la responsabilité au sens de l'article 25-3-a telle qu'interprétée et confirmée par la Chambre préliminaire¹²⁸. Selon la théorie de la Chambre préliminaire, l'article 25-3-a requiert la contribution au plan commun¹²⁹, alors que l'article 25-3-d requiert la contribution à la commission du crime lui-même¹³⁰. La Majorité a tort sur ce point parce qu'elle fonde son raisonnement sur l'axiome que si la contribution essentielle est établie, les contributions moindres le sont également¹³¹. Or la Majorité néglige ici de tenir compte du fait que la preuve de la contribution essentielle à *un plan* (article 25-3-a) n'implique pas nécessairement que soit prouvée la contribution non essentielle à *un crime* (article 25-3-d). En conséquence, la responsabilité au sens de l'article 25-3-a peut être prouvée

¹²⁶ Décision de la Majorité, par. 33.

¹²⁷ TPIY, Chambre d'appel, *Le Procureur c/ Kunarac et consorts*, Arrêt, IT-96-23/1-A, 12 juin 2002, par. 170. Voir aussi *Black's Law Dictionary* (9^e éd., 2009) (« [TRADUCTION] Crime constitué de certains des éléments d'un crime plus grave, mais pas de tous, et qui est forcément commis lorsqu'est commis le crime plus grave »).

¹²⁸ Sur ce point, je tiens à souligner que je ne souscris pas forcément à l'interprétation que la Chambre préliminaire fait de l'article 25-3.

¹²⁹ Décision de confirmation des charges, par. 525 et 526. Voir aussi Chambre de première instance I, *Le Procureur c. Lubanga*, Jugement rendu en application de l'article 74 du Statut, 14 mars 2012, ICC-01/04-01/06-2842-tFRA, par. 1000.

¹³⁰ Voir Chambre préliminaire I, *Le Procureur c. Mbarushimana*, Décision relative à la confirmation des charges, ICC-01/04-01/10-465-Red-tFRA, 16 décembre 2011, par. 283.

¹³¹ Décision de la Majorité, par. 33.

sans que soit prouvée la responsabilité au sens de l'article 25-3-d-ii ; cette dernière disposition ne constitue donc pas un « mode de responsabilité moindre inclus dans un autre ».

44. Même en admettant que les charges fondées sur l'article 25-3-d-ii puissent être considérées comme des charges moindres incluses dans celles fondées sur l'article 25-3-a, déclarer un accusé coupable à ce titre ne serait équitable que pour autant que la Défense ait su avec suffisamment de certitude que cela était possible. Pour obtenir l'acquittement, la Défense n'a besoin de contrer que les éléments des crimes reprochés. Si elle n'a pas été clairement informée qu'une infraction moindre incluse dans une autre pourrait être retenue, on ne saurait lui reprocher de s'attacher principalement à contester les allégations effectivement formulées. De fait, si au lieu d'être surprise à la fin du procès, elle avait dûment été informée de la mise en œuvre de l'article 25-3-d-ii, la Défense de Germain Katanga aurait pu concéder ou contester moins vigoureusement certains éléments de fait, ou les aborder différemment. Il n'y a rien de « moindre » dans tout ceci ; la Chambre n'a fait rien de moins que reprendre à son compte un moyen de défense valide pour le retourner contre l'accusé.

Le droit de garder le silence (article 67-1-g)

45. En outre, le fait que la Majorité se fonde sur le témoignage de Germain Katanga pour justifier sa décision¹³² aggrave le caractère inéquitable de celle-ci, en particulier si ce témoignage finit par être déterminant dans la décision de déclarer Germain Katanga coupable sur la base de l'article 25-3-d-ii. Le 13 septembre 2011, avant que les accusés témoignent, la Chambre a souligné que tout contre-interrogatoire devait « [TRADUCTION] se rapporter strictement aux charges » (« la Décision du 13 septembre 2011 »)¹³³. Germain Katanga a témoigné dans l'optique de répondre à des accusations de coaction indirecte, et il était raisonnable qu'il ne pense pas à l'article 25-3-d-ii lorsqu'il a décidé de témoigner et de renoncer à son droit de garder le silence. Il va sans dire que s'il avait su qu'il devrait également se défendre d'accusations relevant de l'article 25-3-d-ii, il n'aurait peut-être pas témoigné. C'est là une hypothèse qu'on ne saurait exclure.
46. À aucun moment, dans la Décision du 13 septembre 2011 ou à une autre occasion, la Chambre n'a averti Germain Katanga que son témoignage pourrait entraîner une modification de la qualification des faits en application de la norme 55. Non seulement elle n'en a pas donné la moindre indication lorsque l'accusé a fait des déclarations que la Majorité envisage à présent

¹³² Décision de la Majorité, par. 51.

¹³³ Chambre de première instance II, *Le Procureur c. Katanga et Ngudjolo, Decision on the request of the Defence for Mathieu Ngudjolo to obtain assurances with respect to self-incrimination for the accused*, 13 septembre 2011, ICC-01/04-01/07-3153, par. 11.

d'utiliser contre lui sur la base d'une qualification juridique qui ne fait pas partie des charges, mais elle a au surplus longuement interrogé celui-ci. Dans la mesure où une partie du témoignage de l'accusé peut avoir été obtenue de cette manière, je suis extrêmement mal à l'aise à l'idée qu'une chambre puisse, même par inadvertance, tendre un tel piège à un accusé.

47. Contrairement à la Majorité, je ne pense pas que la seule existence de la norme 55 suffise à informer les parties que la qualification juridique des faits peut être modifiée¹³⁴. Autrement dit, j'estime non défendable l'argument consistant à dire que la Défense aurait dû, tout au long du procès, adapter ses moyens dans l'hypothèse d'une Décision de la Majorité ou de toute autre forme de requalification, aussi inventive ou imprévisible soit-elle, simplement parce que la norme 55 fait partie des textes de la Cour. Si tel était le cas, il serait inutile de porter des charges spécifiques, et la Défense devrait anticiper des changements à tout moment, même à la fin du procès. Cette démarche est fondamentalement contraire à la norme 52 du Règlement de la Cour¹³⁵, à la conduite efficace de l'instance et à l'idée même qu'il faille préciser la qualification juridique des faits dans le document indiquant les charges. La Cour européenne des droits de l'homme a clairement indiqué qu'une disposition légale permettant la requalification de faits n'est pas, en soi, suffisante pour informer correctement un accusé¹³⁶. On ne saurait donc soutenir que la norme 55, par sa seule existence, constitue un avertissement suffisant.

¹³⁴ Décision de la Majorité, par. 52.

¹³⁵ La norme dispose ce qui suit :

Le document indiquant les charges mentionnées à l'article 61 comprend :

- a) le nom complet de la personne et tout autre renseignement pertinent pour son identification,
- b) l'exposé des faits, indiquant notamment quand et où les crimes auraient été commis, fournissant une base suffisante en droit et en fait pour traduire la ou les personnes en justice et comprenant les faits pertinents au regard du déclenchement de la compétence de la Cour,
- c) la qualification juridique des faits qui doit concorder tant avec les crimes prévus aux articles 6, 7 ou 8 qu'avec la forme précise de participation auxdits crimes prévue aux articles 25 et 28.

¹³⁶ La Cour a estimé que : « [TRADUCTION] 34. Ainsi, pour que la Défense mette efficacement en œuvre le droit de l'accusé de se défendre, elle doit disposer d'informations complètes et détaillées concernant les accusations portées contre l'accusé, y compris la qualification juridique que les juges pourraient retenir. Ces informations doivent être communiquées soit avant le procès dans l'acte d'accusation soit au moins durant le procès par d'autres moyens, tels que l'élargissement formel ou implicite des accusations. *La simple mention de la possibilité abstraite que les juges puissent arriver à une conclusion différente de celle de l'Accusation quant à la qualification d'une infraction n'est certainement pas suffisante* ». Cour européenne des droits de l'homme, *I.H. et autres c. Autriche*, arrêt du 20 avril 2006, requête n° 42780/98, par. 32 à 34 [non souligné dans l'original]. Cette affaire est particulièrement pertinente si on la considère à la lumière de l'article 21-3 du Statut : « L'application et l'interprétation du droit prévues au présent article doivent être compatibles avec les droits de l'homme internationalement reconnus [...] ».

3. *Le temps nécessaire pour donner efficacement suite à la Décision de la Majorité entraînerait forcément un retard inéquitable*

48. La Décision de la Majorité a également de graves conséquences sur le calendrier de la procédure. L'article 67-1-b du Statut reconnaît à l'accusé le droit de « disposer du temps et des facilités nécessaires à la préparation de sa défense ». Ce droit est d'une telle importance dans le présent contexte qu'il est repris et augmenté à la norme 55-3-a, selon laquelle l'accusé doit se voir accorder « le temps et les facilités nécessaires pour préparer sa défense *de manière efficace*¹³⁷ ». Également pertinent, l'article 67-1-c du Statut garantit à l'accusé le droit d'« être jugé sans retard excessif ».
49. Si la Majorité entreprend d'examiner les faits à la lumière de l'article 25-3-d-ii, l'accusé devra présenter sa défense eu égard à un nouveau mode de responsabilité pénale. Cela pourrait avoir pour effet d'ouvrir un procès complètement nouveau car la plupart des éléments de preuve que la Défense de Germain Katanga a produits en l'espèce sont sans rapport avec l'article 25-3-d-ii. Pour pouvoir se défendre utilement contre les charges portées à ce titre, la Défense pourrait donc avoir à présenter une cause entièrement nouvelle. En conséquence, permettre à l'accusé d'exercer pleinement les droits énoncés à l'article 67-1-b du Statut et à la norme 55-3-a — obligation qui s'impose à la Chambre dès lors qu'elle met en œuvre la norme 55 — risque de causer le retard excessif visé à l'article 67-1-c du Statut car il en découlerait une longue procédure supplémentaire à une phase où le procès aurait déjà dû être achevé. Il ne serait naturellement pas raisonnable de reprocher le retard excessif à la Défense, qui est fondée à exercer pleinement ses droits.
50. Peut-être la Majorité a-t-elle raison d'affirmer qu'il n'y a aucun obstacle formel à la mise en œuvre de la norme 55 au stade du délibéré¹³⁸. Il est toutefois très douteux que, dans les circonstances particulières de l'espèce, l'article 67-1-c du Statut puisse être respecté si le jugement prévu à l'article 74 n'est rendu qu'à l'issue du long processus qui découlera inévitablement de la Décision de la Majorité.
51. Les organismes internationaux de protection des droits de l'homme ont souligné qu'il faut évaluer si un retard est excessif au cas par cas, en fonction de la complexité de l'affaire, de la conduite de l'accusé et de la manière dont les autorités administratives et judiciaires ont traité l'affaire¹³⁹. Si l'on applique ces critères à l'affaire concernant Germain Katanga, la seule

¹³⁷ Non souligné dans l'original.

¹³⁸ Décision de la Majorité, par. 20.

¹³⁹ Comité des droits de l'homme, Observation générale n° 32, 23 août 2007, par. 35. D'autres juridictions des droits de l'homme ont largement approuvé les critères établis par le Comité des droits de l'homme pour apprécier si une personne avait été jugée sans retard excessif ou dans un délai qui

conclusion raisonnable est à mon avis que la Décision de la Majorité risque de causer un retard excessif. Tout d'abord, la complexité des faits en l'espèce ne justifie pas pareil retard. Les charges visent une seule attaque menée contre une seule localité en un seul jour, ce qui rend l'affaire moins complexe que bon nombre d'autres portées devant des juridictions internationales. Ensuite, l'accusé a présenté sa cause de manière suffisamment diligente et aucun retard important ne peut lui être attribué. Enfin, tout retard important occasionné par la Décision de la Majorité serait entièrement imputable à la Majorité elle-même.

52. Si celle-ci affirme que sa démarche ne causera pas inéluctablement un retard excessif à ce stade de la procédure¹⁴⁰, tel serait pourtant le cas, comme je l'ai montré, si l'accusé se voyait accorder le temps nécessaire pour réagir à la requalification envisagée, comme l'article 67-1-b du Statut lui en donne le droit. Si la qualification des faits ne peut être modifiée de manière équitable, alors on ne saurait justifier que l'accusé soit informé d'une telle requalification.

4. Conclusion

53. En somme, la Décision de la Majorité, en intervenant à un moment si tardif du procès, cause à l'accusé un préjudice que même les garanties prévues aux dispositions 2 et 3 de la norme 55 ne sauraient réparer. Si je reconnais que, comme la Majorité le soutient, il n'est pas interdit en soi de déclencher l'application de la norme 55 au stade du délibéré, je considère cependant que, au stade où en est la procédure engagée contre Germain Katanga, la Décision de la Majorité ne peut être mise en œuvre de manière équitable. Je conclus donc qu'elle est incompatible avec les alinéas a), b), c), g) et i) du paragraphe premier de l'article 67 du Statut. Je considère en outre que le seul moyen qu'a la Chambre de première instance de respecter l'article 64-2 et les alinéas applicables de l'article 67-1 du Statut serait de rendre dès à présent le jugement prévu à l'article 74.

IV. OBSERVATIONS FINALES

54. À mon sens, l'application par la Majorité de la norme 55 ne peut se comprendre que comme une conséquence d'une conception fondamentalement erronée de la procédure accusatoire. Bien que l'article 64-8-b du Statut permette de conduire le procès différemment, la Chambre

n'était pas raisonnable. Voir Commission interaméricaine des droits de l'homme, affaire 10.037 (Argentine), résolution n° 17/89, 13 avril 1989, par. 11(a) et (s), 17(7) ; Commission interaméricaine des droits de l'homme, affaire 11.245 (*Jorge A. Gimenez c. Argentine*), rapport du 1^{er} mars 1996, par. 111 ; Cour européenne des droits de l'homme, *Rajak c. Croatie*, arrêt du 28 juin 2001, requête n° 49706/99, par. 39 ; Cour européenne des droits de l'homme, *Thlimmenos c. Grèce*, Arrêt, 6 avril 2000, requête n° 34369/97, par. 60 et 62.

¹⁴⁰ Décision de la Majorité, par. 46.

préliminaire a fait le choix délibéré de l'accusatoire¹⁴¹. Bien que la Chambre se soit réservé le droit d'ordonner la production de tout élément de preuve qu'elle jugeait nécessaire à la manifestation de la vérité¹⁴² (pouvoir *discrétionnaire* que lui confère l'article 69-3 du Statut), le procès a essentiellement été organisé sur une base accusatoire¹⁴³.

55. Dans les systèmes inquisitoires, la responsabilité de l'établissement des faits est essentiellement entre les mains d'un magistrat neutre, et les éléments de preuve sont en grande partie recueillis avant le début du procès proprement dit. Dans un tel système, la requalification que la Majorité envisage ne donnerait donc probablement pas lieu aux mêmes préoccupations que celles exprimées dans la présente opinion. En effet, dans une procédure de ce type, toutes les preuves sont versées dans un dossier commun dont les parties et les participants connaissent le contenu dès le début de la procédure. La chambre saisie de l'affaire peut librement décider des témoignages qu'elle souhaite entendre et utiliser, indépendamment des parties.
56. En revanche, dans les systèmes accusatoires, l'éventail des preuves à disposition est plus limité et, facteur déterminant, dépend de ce que les parties produisent. Les éléments de preuve que la Défense présente sont directement fonction des charges. Si la Défense avait su que l'accusé pourrait être déclaré coupable sur la base de l'article 25-3-d-ii, elle se serait peut-être abstenue de produire les éléments mêmes sur lesquels la Chambre se fonde aujourd'hui pour rendre la Décision de la Majorité.
57. Pour déterminer s'il est équitable d'invoquer la norme 55, il convient donc de procéder à une évaluation au cas par cas, tenant compte des règles de procédure appliquées à la Cour, et d'examiner attentivement comment le procès a été conduit jusqu'à la requalification proposée. Il est donc d'un intérêt limité de se référer, comme la Majorité l'a fait, à des affaires traitées par la Cour européenne des droits de l'homme, qui concernent des cas de requalification à un stade tardif dans des contextes nationaux particuliers et à l'issue desquelles il a été considéré que les droits des requérants n'avaient pas été violés¹⁴⁴. La seule véritable question, au fond,

¹⁴¹ Chambre de première instance II, Instructions pour la conduite des débats et les dépositions conformément à la règle 140, 30 novembre 2009, ICC-01/04-01/07-1665-Corr-tFRA, (« Instructions pour la conduite des débats »).

¹⁴² Instructions pour la conduite des débats, par. 3.

¹⁴³ Le fait que le paragraphe 7 des Instructions pour la conduite des débats envisage la possibilité de citer de nouveaux témoins une fois achevée la présentation des moyens de la Défense n'a pas fondamentalement modifié le caractère accusatoire du procès. En définitive, la Chambre n'a pas recouru à cette possibilité, et aucun autre témoin n'a été appelé à la barre après la présentation des moyens de la Défense.

¹⁴⁴ Voir p. ex. Décision de la Majorité, par. 16.

est de savoir si la requalification proposée *ici* est équitable au vu de la façon dont *ce* procès-*ci* a été conduit.

58. Pour les motifs exposés dans la présente opinion dissidente, je considère que la Décision de la Majorité viole la norme 55-1, l'article 64-2 et les alinéas a), b), c), g) et i) de l'article 67-1 du Statut.

Fait en anglais et en français, la version anglaise faisant foi.

/signé/

Mme la juge Christine Van den Wyngaert

Fait le 21 novembre 2012

À La Haye (Pays-Bas)