



Original : français

N° : ICC-01/04-01/07

Date : 21 novembre 2012

LA CHAMBRE DE PREMIÈRE INSTANCE II

Composée comme suit : **M. le juge Bruno Cotte, juge président**
Mme la juge Fatoumata Dembele Diarra
Mme la juge Christine Van den Wyngaert

SITUATION EN RÉPUBLIQUE DÉMOCRATIQUE DU CONGO

AFFAIRE

LE PROCUREUR

c. GERMAIN KATANGA ET MATHIEU NGUDJOLO CHUI

Public

**Décision relative à la mise en œuvre de la norme 55 du Règlement de la Cour et
prononçant la disjonction des charges portées contre les accusés**

Décision à notifier, conformément à la norme 31 du Règlement de la Cour, aux destinataires suivants :

Le Bureau du Procureur

Mme Fatou Bensouda, Procureur

M. Éric MacDonald, premier substitut du Procureur

Le conseil de Germain Katanga

M^e David Hooper

M^e Andreas O'Shea

Le conseil de Mathieu Ngudjolo Chui

M^e Jean-Pierre Kilenda Kakengi Basila

M^e Jean-Pierre Fofé Djofia Malewa

Les représentants légaux des victimes

M^e Jean-Louis Gilissen

M^e Fidel Nsita Luvengika

Les représentants légaux des demandeurs

Les victimes non représentées

Les demandeurs non représentés (participation/réparation)

Le Bureau du conseil public pour les victimes

Le Bureau du conseil public pour la Défense

Les représentants des États

GREFFE

Le Greffier

Mme Silvana Arbia

La Section d'appui aux conseils

La Section de la détention

L'Unité d'aide aux victimes et aux témoins

La Section de la participation des Autres victimes et des réparations

Table des matières

I.	Contexte	4
II.	Analyse.....	8
1.	Base juridique	8
2.	Respect des droits de l'accusé en l'espèce	11
a.	La mise en œuvre de la norme 55 au stade du délibéré de la Chambre.....	11
b.	Le droit d'être informé dans le plus court délai de la nature, de la cause et de la teneur des charges.....	14
c.	Le droit de disposer du temps et des facilités nécessaires à la préparation de sa défense	20
d.	Le droit d'être jugé sans retard excessif	23
e.	Le droit de ne pas être contraint de s'incriminer soi-même.....	25
3.	Modalités de la mise en œuvre de la norme 55 pour les parties et les participants	27
4.	Disjonction	29
III.	Dispositif.....	31

Opinion dissidente de la Juge Van den Wyngaert

LA CHAMBRE DE PREMIÈRE INSTANCE II de la Cour pénale internationale (respectivement la « Chambre » et la « Cour »), conformément aux articles 21, 64, 67 et 69-3 du Statut de Rome (le « Statut »), à la règle 136 du Règlement de procédure et de preuve (le « Règlement ») et aux normes 34, 38 et 55 du Règlement de la Cour, décide ce qui suit.

I. Contexte

1. Le 26 septembre 2008, la Chambre préliminaire I a rendu la Décision relative à la confirmation des charges¹. Dans cette décision, elle a estimé qu'il existait des preuves suffisantes donnant des motifs substantiels de croire que, lors de l'attaque lancée contre Bogoro le 24 février 2003, Germain Katanga et Mathieu Ngudjolo ont commis conjointement par l'intermédiaire d'autres personnes, au sens de l'article 25-3-a du Statut, le crime d'homicide intentionnel constitutif de crime de guerre (article 8-2-a-i du Statut²) et le crime de meurtre constitutif de crime contre l'humanité (article 7-1-a du Statut³), le crime de guerre consistant à diriger une attaque contre une population civile en tant que telle ou contre des civils qui ne participent pas directement aux hostilités (article 8-2-b-i du Statut⁴), le crime de guerre de destruction de biens (article 8-2-b-xiii du Statut⁵), le crime de guerre de pillage (article 8-2-b-xvi du Statut⁶), le crime de réduction en esclavage sexuel, constitutif de crime de guerre (article 8-2-b-xxii du Statut⁷) et de crime contre l'humanité (article 7-1-g du Statut⁸), le crime de viol constitutif de crime de guerre (article 8-2-b-xxii du Statut⁹) et de crime contre l'humanité (article 7-1-g du Statut¹⁰).

¹ Chambre préliminaire I, Décision relative à la confirmation des charges, 26 septembre 2008, ICC-01/04-01/07-716-Conf (version publique, ICC-01/04-01/07-717) (la « Décision relative à la confirmation des charges »).

² Ibid., par. 575.

³ Ibid., par. 579.

⁴ Ibid., par. 575.

⁵ Idem.

⁶ Idem.

⁷ Ibid., par. 576.

⁸ Ibid., par. 580.

⁹ Ibid., par. 576.

¹⁰ Ibid., par. 580.

2. Germain Katanga et Mathieu Ngudjolo sont également accusés d'avoir commis conjointement, au sens de l'article 25-3-a du Statut, le crime consistant à utiliser des enfants de moins de 15 ans pour les faire participer activement à des hostilités, constitutif d'un crime de guerre (article 8-2-b-xxvi du Statut¹¹).
3. La Chambre estime nécessaire de rappeler que la présentation des moyens de preuve a débuté le 25 novembre 2009 et s'est achevée le 11 novembre 2011¹². Le Bureau du Procureur (« le Procureur ») a cité 25 témoins, et deux victimes ont été citées à comparaître sur demande du Représentant légal du groupe principal de victimes. La Défense de Germain Katanga a, pour sa part, appelé 17 témoins et celle de Mathieu Ngudjolo en a cité 11¹³. La Chambre a elle-même cité deux témoins. Une fois entendues ces différentes dépositions, les deux accusés ont déposé à leur tour en qualité de témoins. La présentation des moyens de preuve a été déclarée officiellement close le 7 février 2012¹⁴.
4. Le 24 février 2012, le Procureur et les représentants légaux des victimes ont déposé leurs conclusions écrites¹⁵. Le 30 mars 2012, les équipes de la Défense

¹¹ Ibid., par. 574.

¹² Voir également Décision relative à trois requêtes tendant à la production d'éléments de preuve supplémentaires et à un accord en matière de preuve, 15 décembre 2011, ICC-01/04-01/07-3217-Conf (ICC-01/04-01/07-3217-Red). Les 18 et 19 janvier 2012, la Chambre a effectué en présence des parties, des participants et de représentants du Greffe de la Cour, un transport judiciaire en RDC. Décision relative au déplacement de la Chambre en République démocratique du Congo, 18 novembre 2011, ICC-01/04-01/07-3203.

¹³ Trois de ces témoins étaient communs aux deux équipes de la Défense.

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

¹⁵ Bureau du Procureur, Mémoire final, 24 février 2012, ICC-01/04-01/07-3251-Conf-Corr avec annexes A et C confidentielles et annexe B (ICC-01/04-01/07-3251-Corr-Red avec annexes) (les « Conclusions écrites du Procureur ») ; Représentant légal commun du groupe principal des victimes, Conclusions finales, 24 février 2012, ICC-01/04-01/07-3253-Conf-Corr2 (ICC-01/04-01/07-3253-Corr2-Red) ; Représentant légal des victimes enfants soldats, Conclusions finales du Représentant légal des victimes enfants soldats, 24 février 2012, ICC-01/04-01/07-3250-Conf-Corr (ICC-01/04-01/07-3250-Corr-Red). Ils ont déposé des observations additionnelles le 22 mars 2012, à la suite du jugement rendu, le 14 mars 2012, par la Chambre de première instance I dans l'affaire *Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo* : Représentant légal des victimes enfants soldats, Conclusions additionnelles du Représentant légal des victimes enfants soldats, 22 mars 2012, ICC-01/04-01/07-3262 ; Représentant légal commun du groupe principal des victimes, Observations additionnelles aux conclusions finales du représentant légal suite au jugement rendu dans l'affaire *Lubanga*, 22 mars 2012, ICC-01/04-01/07-3263 ; Bureau du Procureur, Observations de l'Accusation à la suite du prononcé du jugement dans l'affaire *Lubanga* (ICC-01/04-01/06-2842), 22 mars 2012, ICC-01/04-01/07-3264-Conf.

des deux accusés ont déposé leurs conclusions respectives¹⁶. Les parties et les participants ont ensuite développé leurs conclusions orales au cours d'audiences tenues entre les 15 et 23 mai 2012¹⁷. Enfin, les deux accusés ont fait une déclaration orale ainsi que le prévoit l'article 67-1-h du Statut¹⁸.

5. Une fois en possession des synthèses écrites et orales formulées par les parties et par les participants, la Chambre a pu poursuivre et approfondir son examen de tous les éléments de preuve figurant au dossier. Elle a ainsi constaté que Germain Katanga a mis l'accent, non seulement à l'occasion de sa déposition mais aussi dans le cadre de sa défense, sur sa contribution, en tant que coordonnateur, à la préparation de l'attaque de Bogoro, tout en précisant qu'elle avait pour objectif de déloger l'UPC et qu'elle a été réalisée, selon lui, par un groupe de combattants locaux liés à l'APC. Un certain nombre de témoins présentés tant par le Procureur que par les équipes de la Défense ont également souligné, quoique dans des termes différents, la contribution que Germain Katanga a apportée à cette attaque.
6. Lors de son examen des éléments de preuve, il est apparu à la Majorité de la Chambre (la « Majorité »), la Juge Van den Wyngaert étant dissidente sur ce point, que le mode de participation de Germain Katanga pouvait être envisagé sur un fondement différent de celui qu'avait retenu la Décision de confirmation des charges et qu'il convenait à cette fin de mettre en œuvre la norme 55 du Règlement de la Cour¹⁹ en veillant, comme le prescrivent les alinéas 2 et 3 de ladite norme, à ce que les droits de la Défense puissent s'exercer de manière effective. Ainsi, par la présente décision, la Majorité

¹⁶ Défense de Germain Katanga, *Defence Closing Brief*, 24 février 2012, ICC-01/04-01/07-3266-Conf-Corr2 avec annexe (ICC-01/04-01/07-3266-Corr2-Red) ; Défense de Mathieu Ngudjolo, Conclusions finales de Mathieu Ngudjolo, 30 mars 2012, ICC-01/04-01/07-3265-Conf-Corr2 avec annexes confidentielles (ICC-01/04-01/07-3265-Corr2-Red avec annexes).

¹⁷ Plus précisément, le Procureur a présenté ses conclusions orales le 15 et 16 mai 2012, les représentants légaux des victimes le 16 mai, la Défense de Germain Katanga le 21 mai et la Défense de Mathieu Ngudjolo le 22 mai ainsi que le 23 mai 2012.

¹⁸ ICC-01/04-01/07-T-340, p. 54 à 59 pour Germain Katanga et p. 59 à 67 pour Mathieu Ngudjolo.

¹⁹ La norme 55-2 prévoit que la Chambre de première instance informe les participants de la possibilité de modifier la qualification juridique des faits « après avoir examiné les éléments de preuve ».

entend informer les parties et les participants que la qualification juridique des faits relative au mode de participation de Germain Katanga est susceptible d'être modifiée et que la responsabilité de l'accusé doit désormais être également envisagée sur le fondement d'un autre alinéa de l'article 25-3 du Statut.

7. La Majorité entend donc, dans la présente décision, proposer la modification de la qualification juridique non pas au regard de l'un des crimes prévus dans les charges mais de l'un des modes de responsabilité, et ce pour le seul accusé Germain Katanga. La responsabilité de ce dernier doit désormais, selon la Majorité, être également envisagée sur le fondement de l'article 25-3-d du Statut (complicité de commission d'un crime par un groupe agissant de concert) et non plus seulement sur la base de l'article 25-3-a du Statut (commission d'un crime sous la forme de coaction indirecte). La Majorité n'entend pas examiner dans le cadre de l'article 25-3-d du Statut le crime consistant à utiliser des enfants de moins de 15 ans pour les faire participer activement à des hostilités (coaction directe).
8. Comme la Chambre d'appel l'a suggéré²⁰, c'est aux chambres, guidées par l'unique souci de parvenir à la manifestation de la vérité en ce qui concerne les charges dont elles sont saisies, qu'il appartient de se prononcer, dans le cadre de l'examen des éléments de preuve admis au dossier, sur la *culpabilité* des accusés²¹, sans nécessairement se limiter à la qualification qu'a retenue la

²⁰ Chambre d'appel, 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, par. 77 (l'« Arrêt relatif à la norme 55-2 du Règlement de la Cour »).

²¹ Selon la Chambre d'appel, « [s]achant bien que c'est au Procureur qu'il incombe de prouver la culpabilité de l'accusé, il est clair néanmoins que "la Cour a le pouvoir de demander la présentation de tous les éléments de preuve qu'elle juge nécessaires à la manifestation de la vérité " (article 69-3 du Statut). Le fait que la charge de la preuve incombe au Procureur ne peut s'entendre comme une mise à l'écart des pouvoirs statutaires de la Cour puisque c'est elle qui "doit être convaincue de la culpabilité de l'accusé au-delà de tout doute raisonnable " (article 66-3 du Statut) ». Chambre d'appel, Arrêt relatif aux appels interjetés par le Procureur et la Défense contre la Décision relative à la participation des victimes rendue le 18 janvier 2008 par la Chambre de première instance I, 11 juillet 2008, ICC-01/04-01/06-1432, par. 95. Voir également, Chambre de première instance II, Décision relative au

Chambre préliminaire et que le Procureur a développée dans le cadre du procès. C'est à elles également qu'il appartient d'apprécier et de dire si la réponse la plus adéquate aux charges dont elles sont saisies doit ou non conduire à faire application de cette disposition. Et c'est précisément dans cet esprit que la Majorité a objectivement examiné l'ensemble des éléments de preuve relatifs au rôle de Germain Katanga et considéré qu'il y avait lieu, en l'espèce, de proposer une requalification.

9. Dans la mesure où cette démarche ne concerne pas l'accusé Mathieu Ngudjolo, la décision prononce également la disjonction des charges portées contre lui.

II. Analyse

1. Base juridique

10. Aux termes de l'article 74-2 du Statut, la décision de la Chambre « ne peut aller au-delà des faits et des circonstances décrits dans les charges et les modifications apportées à celles-ci ». La décision relative à la confirmation des charges fixe donc le cadre factuel du jugement rendu en application de l'article précité. Comme la Chambre l'a déjà souligné dans une décision rendue le 21 octobre 2009, il lui est interdit de dépasser le cadre des faits et des circonstances décrits dans les charges mais elle peut leur donner une autre qualification juridique si elle estime devoir les apprécier différemment, et cela

mode de participation des victimes au stade des débats sur le fond, 22 janvier 2010, ICC-01/04-1/07-1788, par. 30. Voir aussi, Défense de Germain Katanga, *Defense for Germain Katanga's Additionnal Observation on Victims Participation and scope thereof*, 10 novembre 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" » (par. 10 et 11).

conformément à la norme 55 du Règlement de la Cour²².

11. A condition, donc, de ne pas dépasser le cadre des faits et des circonstances décrits dans les charges, la norme 55 permet en effet à une Chambre de première instance de modifier la qualification juridique des faits afin qu'ils concordent avec les crimes prévus par le Statut ainsi qu'avec la forme de participation de l'accusé auxdits crimes prévue aux articles 25 et 28 du Statut. Selon le paragraphe 1 de la norme 55 du Règlement, une modification de la qualification juridique des faits peut donc être apportée dans la décision que rend une chambre en application de l'article 74 du Statut. Toutefois, comme le prévoit le paragraphe 2 de ladite norme, si, « à un moment quelconque du procès », la Chambre concernée se rend compte que la qualification juridique des faits peut être modifiée, elle devra informer d'une telle possibilité les participants à la procédure et, après avoir examiné les éléments de preuve, donner en temps opportun aux participants la possibilité de faire des observations. La norme 55 énonce les garanties qu'il convient de respecter pour protéger les droits de l'accusé. Celui-ci devra disposer du temps et des facilités nécessaires pour préparer sa défense de manière efficace et il devra avoir la possibilité de solliciter la présentation de tout élément de preuve ou témoin qu'il estimera nécessaire, conformément à l'article 67-1-e²³.
12. Il convient de rappeler que la Chambre d'appel s'est, à l'unanimité, clairement prononcée, dans l'affaire *Lubanga*, en faveur de la légalité de la norme 55 au regard des dispositions du Statut²⁴. Elle a, à cette occasion, souligné que les normes applicables relatives aux droits de l'homme permettent la modification de la qualification juridique au cours du procès pour autant

²² Décision relative au dépôt d'un résumé des charges par le Procureur, 21 octobre 2009, ICC-01/04-01/07-1547 (la « Décision relative au dépôt d'un résumé des charges »).

²³ Voir aussi, Arrêt relatif à la norme 55-2 du Règlement de la Cour, par. 85.

²⁴ Écartant l'argumentation de la Défense, elle a alors jugé que cette disposition ne contrevenait pas à l'article 52-1 du Statut (Arrêt relatif à la norme 55-2 du Règlement de la Cour, par. 66 à 72), qu'elle n'était pas incompatible avec l'article 61-9 (Ibid., par. 73 à 78) et qu'en principe, elle ne violait pas non plus les droits de l'accusé (Ibid., par. 82 à 87).

qu'elle ne soit pas préjudiciable à l'équité de celui-ci²⁵. Elle a de surcroît souligné que, selon elle, « la norme 55 visait principalement à empêcher que quiconque puisse se soustraire à ses responsabilités, un objectif tout à fait conforme au Statut » et observé « que l'interprétation faite par Thomas Lubanga Dyilo de l'article 61-9 pourrait conduire à des acquittements qui découleraient du simple fait que les qualifications juridiques confirmées pendant la phase préliminaire se révéleraient par la suite infondées, en particulier au vu des éléments de preuve présentés au procès »²⁶.

13. Pour autant, la Majorité se doit de déterminer s'il est possible, dans la présente affaire et au vu des circonstances particulières de l'espèce, de procéder à une mise en œuvre de la norme 55 du Règlement par rapport au mode de responsabilité ci-dessus mentionné, sans porter atteinte aux droits de l'accusé, tels qu'ils sont, notamment, énoncés à l'article 67 du Statut. La Chambre d'appel a d'ailleurs indiqué que la façon dont sont mises en œuvre les garanties destinées à protéger les droits de l'accusé dépendent des circonstances propres à l'espèce en cause²⁷.

14. A cet égard, la Majorité entend d'ailleurs insister sur le fait que la mise en œuvre de la norme 55 n'est pas laissée à la seule initiative des parties. Il ressort en effet du libellé même de cette disposition qu'une éventuelle modification de la qualification juridique des faits est un pouvoir qui appartient aux chambres de première instance à charge, pour elles, de se conformer strictement aux conditions édictées par ladite norme. La Majorité n'ignore pas que la procédure est parvenue à un stade fort avancé, ce qui la conduit, en agissant d'office et en formulant elle-même une proposition de requalification, à se prononcer dès à présent sur la compatibilité de la mise en œuvre de la

²⁵ Ibid., par. 77 et 85.

²⁶ Ibid., par. 77.

²⁷ Ibid., par. 85 et 86.

norme 55 avec le droit à un procès équitable²⁸.

2. Respect des droits de l'accusé en l'espèce

a. La mise en œuvre de la norme 55 au stade du délibéré de la Chambre

15. La norme 55 du Règlement de la Cour, cela vient d'être rappelé, prévoit que la Chambre de première instance peut modifier la qualification juridique des faits « à un moment quelconque du procès ». Cette formulation confirme qu'il n'existe pas de limitation d'ordre temporel pour « activer » cette disposition dès lors que sont effectivement garantis à l'accusé les droits énoncés aux points 2 et 3 a) et b) de ladite norme.

16. A cet égard, il est intéressant de relever que la Cour européenne des droits de l'homme (la « CEDH ») a considéré qu'une requalification intervenant après une décision rendue en première instance ne méconnaissait pas les droits du requérant dès lors que ce dernier avait pu s'expliquer sur cette requalification devant une juridiction d'un degré supérieur et que celle-ci s'était livrée à un « examen complet » de sa cause au regard tant « du droit procédural » que « du droit matériel »²⁹.

²⁸ La Majorité n'ignore pas non plus que, par ordonnance du 20 avril 2012, la Chambre avait, à l'unanimité, invité les parties et les participants à lui faire part, dans le cadre de leurs conclusions orales, de leurs observations tant sur la compatibilité avec le droit à un procès équitable de la mise en œuvre de la norme 55, en l'espèce et à ce stade de la procédure, que sur l'éventuelle requalification de la nature du conflit armé. Elle avait alors précisé qu'elle statuerait sur ces deux points dans son jugement final et que, si la Défense estimait nécessaire de présenter des éléments de preuve supplémentaires ou de demander l'une des garanties prévues par la norme 55-3-b, il convenait qu'elle adresse une requête motivée en ce sens. La Majorité, pour autant, estime aujourd'hui devoir adopter une démarche différente en ce qui concerne la responsabilité pénale de Germain Katanga. Elle tient d'ailleurs à souligner que cette norme ne prévoit pas explicitement de débat, entre les parties et les participants sur la légalité de sa mise en œuvre. Si rien n'empêche une chambre de première instance de consulter les parties et les participants sur ce point, cette question relève de sa seule appréciation.

²⁹ Si la CEDH considère que l'accusé doit pouvoir soumettre ses observations sur les questions légales et factuelles suite à une requalification juridique des faits, elle n'a pas constaté une violation des droits de l'accusé lorsque la requalification survenait après une condamnation en première instance. En effet, lorsque l'accusé est notifié et qu'il a la possibilité de soumettre ses observations, la requalification juridique des faits, même à une étape tardive du procès, ne semble pas être nécessairement en violation des droits de l'accusé. CEDH, *Dallos c. Hongrie*, no. 29082/95, Arrêt, 1er mars 2001, par. 52 à 53 ; CEDH, *Sipavičius c. Lituanie*, no. 49093/99, Arrêt, 21 février 2002, par. 26, 31 à 32 ; CEDH, *Vesque c. France*, no. 3774/02, Arrêt, 7 mars 2006, par. 42 à 43 ; CEDH, *Pierre Bäckström et Mattias Andersson c. Suède*, no. 67930/01, Décision sur l'admissibilité, 5 septembre 2006.

17. La Majorité souligne qu'une requalification intervient le plus souvent lorsque les juges disposent de l'ensemble des éléments de preuve produits, des conclusions écrites des parties et des participants qui constituent une ultime et utile synthèse de leurs positions respectives ainsi que des propos qu'ils ont tenus lors de leurs dernières observations orales. Pour la Majorité constituée dans la présente affaire, toute lecture de la norme 55 prohibant sa mise en œuvre, comme en l'espèce, au stade du délibéré aurait donc pour effet de rendre cette disposition inapplicable. La Chambre d'appel a d'ailleurs tenu à mettre en garde contre les interprétations de la norme 55 qui ne permettraient pas de requalifier les faits après l'ouverture du procès³⁰.
18. A cet égard, l'examen des arrêts rendus sur cette question par la CEDH, même s'ils sont intervenus dans des affaires présentant des caractéristiques différentes de celles que connaît généralement la Cour, révèle que c'est essentiellement au stade des délibérés des juridictions nationales que des requalifications sont décidées. Et elle semble d'ailleurs considérer que le caractère tardif d'une requalification ne remet pas en question, en tant que tel, le droit à un procès équitable, et notamment l'impartialité des juges³¹.
19. Sans doute, une requalification juridique des faits au stade du délibéré pourrait-elle conduire à s'interroger sur l'apparente partialité de juges dont on pourrait penser qu'ils seraient déjà convaincus de la culpabilité de l'accusé ou

³⁰ « La Chambre d'appel fait observer que, si l'on s'en tenait à l'interprétation faite par Thomas Lubanga Dyilo de l'article 61-9, la seule modification des charges possible après l'ouverture du procès serait le retrait d'une charge par le Procureur avec l'autorisation de la Chambre de première instance (troisième phrase de l'article). La Chambre de première instance ne pourrait pas revenir sur la qualification juridique des faits confirmée par la Chambre préliminaire à l'issue de la procédure de confirmation des charges ; elle ne pourrait prononcer une déclaration de culpabilité que sur la base de la qualification juridique des faits expressément confirmée. La norme 55 serait fondamentalement incompatible avec l'article 61-9 du Statut et, partant, ne pourrait jamais être appliqué. [...] la Chambre d'appel observe que l'interprétation faite par Thomas Lubanga Dyilo de l'article 61-9 pourrait conduire à des acquittements qui découleraient du simple fait que les qualifications juridiques confirmées pendant la phase préliminaire se révéleraient par la suite infondées, en particulier au vu des éléments de preuve présentés au procès », Arrêt relatif à la norme 55-2 du Règlement de la Cour, par. 76 à 77.

³¹ CEDH, *Pierre Bäckström et Mattias Andersson c. Suède*, no. 67930/01, Décision sur l'admissibilité, 5 septembre 2006.

qu'ils chercheraient à tout prix à y parvenir. Il demeure qu'une telle interrogation devrait, en tout état de cause, se révéler objectivement justifiée au regard des circonstances particulières de l'espèce³². A moins de considérer que toute mise en œuvre de la norme 55 en cours de délibéré remet obligatoirement en cause l'impartialité des juges qui prennent cette décision - ce qui, pour la Majorité, serait excessif - on ne saurait, dans la présente affaire, faire grief aux juges de la Majorité de ne pas être impartiaux. Certes, le délibéré de la Chambre relatif à la responsabilité des accusés sur le fondement de l'article 25-3-a, qui constituait le mode de responsabilité initial, est déjà largement engagé. Il n'en reste pas moins que ce délibéré, en cours, n'a, à ce jour, pas porté sur ce point bien précis qu'est l'éventuelle responsabilité de Germain Katanga sur le fondement de l'article 25-3-d du Statut. Cette question est donc désormais ouverte, et les observations que formuleront les parties et les participants seront, à cet égard, déterminantes. Au surplus, c'est sur la base de l'examen approfondi des éléments de preuve figurant au dossier que la Majorité a été conduite à envisager une telle requalification juridique des faits en ce qui concerne Germain Katanga.

20. Pour la Majorité, rien ne fait donc obstacle à ce que la norme 55 soit mise en œuvre au stade du délibéré de la Chambre. Encore convient-il que cette mise en œuvre ne porte pas atteinte, en l'espèce et dans les circonstances particulières de la présente affaire, au libre et plein exercice, par l'accusé, des

³² TPIY, Chambre d'appel, *Le Procureur c. Anto Furundžija*, No. IT-95-17/1-A, Chambre d'appel, Arrêt, 21 juillet 2000, par. 185 et 189 ; TPIR, *Prosecutor vs. Charles Sikubwabo*, Affaire No. ICTR-95-1D-R11bis, Chambre de première instance, *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 mars 2012, par. 124 ; CEDH, *Morel c. France*, no. 34130/96, Chambre, Arrêt, 6 juin 2000, par. 42, 44 à 45 ; CEDH, *Castillo Algar c. Espagne*, no. 28194/95, Arrêt, 28 octobre 1998, par. 45, reposant sur des « faits vérifiables » ; CEDH, *Fey c. Autriche*, no. 14396/88, Arrêt, 24 février 1993, par. 30, reposant sur des « faits vérifiables » ; CEDH, *Bulut c. Autriche*, no. 17358/90, Arrêt, 22 février 1996, par. 31, pour « rechercher s'il [le tribunal] offrait des garanties suffisantes pour exclure à cet égard tout doute légitime » ; CEDH, *Piersack c. Belgique*, no. 8692/79, Arrêt, 1^{er} octobre 1982, par. 30, « amenant à rechercher s'il [le juge] offrait des garanties suffisantes pour exclure à cet égard tout doute légitime ».

droits que lui garantissent les dispositions a, b et c de l'article 67-1 du Statut³³. Au cas présent, compte tenu de l'utilisation qui peut être faite du témoignage de Germain Katanga à l'occasion d'une possible « activation » de la norme 55, il s'impose également de veiller avec une particulière attention à ce que soit respecté le droit, que lui reconnaît l'article 67-1-g, de ne pas être forcé de témoigner contre lui-même. Or il s'avère qu'en l'espèce, le recours aux dispositions de la norme 55 n'affecte, a priori, aucun de ces différents droits.

b. Le droit d'être informé dans le plus court délai de la nature, de la cause et de la teneur des charges

21. Comme cela a été souligné plus haut, une modification de la qualification juridique des faits ne se conçoit que dans le cadre des faits et des circonstances décrits dans les charges. Cette limitation du pouvoir de requalification reconnu à une chambre de première instance, qui a été réaffirmée par la Chambre d'appel dans l'affaire *Lubanga*³⁴, assure une parfaite compatibilité entre la norme 55 et les dispositions de l'article 74-2 du Statut d'une part, les droits de Germain Katanga d'autre part, l'accusé ayant, aux termes de l'article 67-1-a du Statut, le droit d'« [ê]tre informé dans le plus court délai et de façon détaillée de la nature, de la cause et de la teneur des charges dans une langue qu'il comprend et parle parfaitement ».

³³ « La manière dont il faudra appliquer ces garanties pour assurer pleinement cette protection et l'éventuelle nécessité de garanties supplémentaires n'ont pas encore été pleinement étudiées dans le contexte du présent appel et dépendront des circonstances de l'espèce considérée », Arrêt relatif à la norme 55-2 du Règlement de la Cour, par. 85 ; « Elle relève toutefois qu'en dehors de sa disposition 1, le libellé de la norme 55 ne précise pas quelles modifications de la qualification juridique pourraient être acceptées. La Chambre d'appel n'examinera pas la question plus avant, mais observe qu'en tout état de cause, il sera nécessaire de prendre en compte à cet égard les circonstances spécifiques de l'espèce considérée », Arrêt relatif à la norme 55-2 du Règlement de la Cour, par. 100.

³⁴ Comme la Chambre d'appel l'a indiqué, « [...] les dispositions 2 et 3 de la norme 55 ne sauraient être utilisées pour aller au-delà des faits et des circonstances décrits dans les charges et les modifications apportées à celles-ci », Arrêt relatif à la norme 55-2 du Règlement de la Cour, par. 88. La Chambre d'appel a aussi souligné que « [...] l'article 74-2 du Statut limite le champ d'application de la norme 55 aux faits et aux circonstances décrits dans les charges et les modifications apportées à celles-ci. [...] Ce paragraphe fait en sorte que la Chambre de première instance soit liée par les seuls faits et circonstances décrits dans les charges et les modifications apportées à celles-ci, mais ne fait aucunement référence à la qualification juridique de ces faits et ces circonstances », Ibid., par. 93.

22. La CEDH et la Cour interaméricaine des droits de l'homme considèrent que le droit d'être informé de la nature, de la cause et de la teneur des charges comprend le droit qu'a l'accusé d'être informé de la qualification juridique donnée aux faits sur lesquels se fonde initialement l'accusation³⁵. Toutefois, pour ces deux juridictions, le droit d'être promptement informé n'implique pas nécessairement que l'accusé ait eu connaissance ou ait pu prévoir, dès le début de son procès, la nouvelle qualification juridique qui pourrait être envisagée en cas de mise en œuvre d'une procédure de requalification. Il demeure que, outre le droit qui doit être donné à la Défense de soumettre ses observations sur cette requalification, ce qui est essentiel pour elle, il convient de s'assurer que tous les faits sous-tendant les charges dont la qualification juridique est modifiée étaient bien, initialement, contenus dans l'acte d'accusation original³⁶.

23. Au cas présent, force est de relever que la requalification juridique proposée par la Majorité, qui tend à ce que la responsabilité de l'accusé soit examinée sur le fondement du mode de complicité défini par l'article 25-3-d-ii du Statut, prend précisément appui sur les faits décrits dans la Décision relative à la confirmation des charges à savoir ceux qui, en l'occurrence, étaient les éléments juridiques sous-tendant les charges confirmées contre Germain Katanga³⁷. Et ce dernier a eu la possibilité de se défendre sur chacun de ces

³⁵ CEDH, *Kamasinski c. Autriche*, no. 9783/82, Arrêt, 19 décembre 1989, par. 79 ; CEDH (Grande Chambre), *Pélissier et Sassi c. France*, no. 25444/94, Arrêt, 25 mars 1999, par. 51 ; Cour interaméricaine des droits de l'Homme, *Barreto Leiva c. Venezuela, Fondo, reparaciones y costas*, série C, no. 206, 17 novembre 2009, par. 28.

³⁶ CEDH, *Pierre Bäckström et Mattias Andersson c. Suède*, no. 67930/01, Décision sur l'admissibilité, 5 septembre 2006.

³⁷ Il est à noter que dans la présente Décision, la Majorité a repris la définition du terme « faits » utilisée par la Chambre d'appel dans la note de bas de page 163 de l'Arrêt relatif à la norme 55-2 du Règlement de la Cour : « [d]e l'avis de la Chambre d'appel, le terme « faits » renvoie aux allégations factuelles étayant chacun des éléments juridiques du crime faisant l'objet des charges. Ces allégations factuelles se distinguent, d'une part, des éléments de preuve produits par le Procureur à l'audience de confirmation pour étayer une charge (article 61-5 du Statut) et, d'autre part, des informations éclairant le contexte et autres informations générales qui, bien qu'elles figurent dans le document de notification des charges ou dans la décision relative à la confirmation des charges, n'étaient pas les éléments juridiques du crime faisant l'objet des charges. La Chambre d'appel souligne que, pendant la procédure de confirmation des charges, les faits, tels que définis ci-dessus, doivent être exposés de

faits dans le cadre des débats sur le fond.

24. Il convient également de rappeler que la Décision relative à la confirmation des charges envisage l'implication de Germain Katanga, en tant que chef des combattants des FRPI, et celle de Mathieu Ngudjolo, en tant que chef des combattants du FNI, tous deux ayant conclu et mis en œuvre un plan commun visant à effacer Bogoro et les civils Hema qui s'y trouvaient. En faisant abstraction, au stade de la mise en œuvre de la norme 55, de l'implication de Mathieu Ngudjolo et de la conclusion d'un plan commun entre les deux accusés, il reste un ensemble de faits et de circonstances, propres à l'accusé Germain Katanga et ne concernant pas son co-accusé, sur lesquels la Majorité entend prendre appui.
25. La Chambre préliminaire a indiqué que Germain Katanga exerçait un contrôle, en tant que commandant suprême, sur les commandants des FRPI³⁸ ; que les FRPI étaient un groupe hiérarchisé³⁹ ; que le respect des ordres donnés par Germain Katanga était assuré⁴⁰ et ; que Germain Katanga a apporté une contribution essentielle aboutissant à la réalisation des éléments objectifs des crimes, en l'espèce, par la mise en œuvre du plan commun qui consiste à « effacer » Bogoro et les civils hema qui s'y trouvaient⁴¹.
26. La requalification envisagée par la Majorité, sur le fondement de l'article 25-3-d-ii du Statut⁴², considèrerait Germain Katanga comme ayant contribué, de toute autre manière, à la commission des crimes par un groupe de commandants et de combattants de Walendu-Bindi agissant de concert en vue

façon suffisamment claire et détaillée pour satisfaire au critère énoncé à l'article 67-1-a du Statut ». Arrêt relatif à la norme 55-2 du Règlement de la Cour, note de bas de page 163.

³⁸ Décision relative à la confirmation des charges, par. 540.

³⁹ Ibid., par. 543.

⁴⁰ Ibid., par. 545.

⁴¹ Décision relative à la confirmation des charges, partie IV, B, 5.

⁴² L'article 25-3-d du Statut se lit comme suit : « [...] une personne est pénalement responsable et peut être punie pour un crime relevant de la compétence de la Cour si : d) Elle contribue de toute autre manière à la commission ou à la tentative de commission d'un tel crime par un groupe de personnes agissant de concert. Cette contribution doit être intentionnelle et, selon le cas : i) [...] ; ii) Être faite en pleine connaissance de l'intention du groupe de commettre ce crime »

d'attaquer Bogoro le 24 février 2003. Elle considérerait également que la contribution de l'accusé serait intentionnelle et faite en pleine connaissance de l'intention de ce groupe de commettre les crimes.

27. La Majorité souligne que la requalification envisagée par le biais de la norme 55 et sur la base de l'article 25-3-d-ii du Statut porterait donc toujours sur l'attaque lancée contre Bogoro le 24 février 2003 et sur les crimes qui sont décrits dans la Décision de la Chambre préliminaire.⁴³ Elle conduirait également à analyser le rôle joué par le groupe de combattants ngiti implantés dans la collectivité de Walendu-Bindi, tel qu'il est identifié dans ladite Décision⁴⁴. Cette requalification devrait aussi s'intéresser aux commandants locaux, membres de ce groupe, tels que les décrit la Décision de la Chambre préliminaire⁴⁵ et à la contribution que Germain Katanga a apportée et qui a abouti à la réalisation des éléments objectifs des crimes.

28. En ce qui concerne, plus précisément, les éléments objectifs du mode de responsabilité prévu à l'article 25-3-d, soit la contribution qu'a apportée Germain Katanga et qui, selon les propres termes de la Décision relative à la confirmation des charges se fondant sur l'article 25-3-a, a abouti à la réalisation des éléments objectifs des crimes, la Chambre préliminaire retient le « rôle général de coordination » qu'il a joué en Walendu-Bindi dans la mise en œuvre du plan d'effacer Bogoro ainsi que les civils hema qui s'y trouvaient, plan à composante principalement criminelle⁴⁶. A cet égard, il convient de souligner que la contribution décrite par la Chambre préliminaire, bien qu'étant, en l'espèce, reliée à la mise en œuvre du plan commun d'effacer Bogoro, est explicitement définie comme une contribution essentielle

⁴³ Sous réserve des précisions apportées au paragraphe 7.

⁴⁴ Sans doute, ces derniers sont-ils considérés, dans la Décision relative à la confirmation des charges, comme des membres de la FRPI, mais il s'agit a priori du même groupe de combattants. Le Procureur a d'ailleurs soutenu, dans ses Conclusions finales, que Germain Katanga était, en décembre 2002, le chef de tous les commandants ngiti, que l'adoption du sigle FRPI n'avait pas entraîné de changements structurels, et qu'au fond, ce n'est que « l'appellation de ce groupe qui a changé, les composantes restant les mêmes », Conclusions écrites du Procureur, par. 139.

⁴⁵ Décision relative à la confirmation des charges, par. 543.

⁴⁶ Ibid., par. 548 et 555.

aboutissant à la réalisation des éléments objectifs du crime⁴⁷. Cette constatation s'inscrit d'ailleurs dans la logique de l'article 25-3-a du Statut, qui prévoit toutes les formes de *commission* de crimes relevant de la compétence de la Cour.

29. De plus, l'action concertée des commandants et des combattants de la collectivité de Walendu-Bindi, qui serait envisagée dans le cadre de la requalification opérée sur le fondement de l'article 25-3-d du Statut, concorde aussi avec la Décision de confirmation des charges. Si cette dernière retient en effet l'existence d'un plan commun entre Germain Katanga et Mathieu Ngudjolo, elle traite également, dans le cadre de son examen de la responsabilité par l'intermédiaire, de la commission des crimes par un groupe hiérarchisé et organisé, opérant en Walendu-Bindi⁴⁸. Pour la Majorité, l'action concertée⁴⁹ de ce groupe fait déjà partie des faits confirmés par la Chambre préliminaire. Il demeure que la question de savoir si l'existence d'un plan commun est ou non exigée doit encore être déterminée dans l'analyse qui sera faite de l'article 25-3-d du Statut.

30. S'agissant, enfin, des éléments subjectifs du mode de responsabilité prévu à l'article 25-3-d-ii, il convient tout d'abord de rappeler que Germain Katanga s'est défendu au cours du procès sur les crimes commis à Bogoro par le groupe que formaient des commandants et des combattants de la collectivité de Walendu-Bindi. L'intention criminelle de ce groupe est examinée, crime par crime, dans plusieurs paragraphes de la Décision relative à la confirmation des charges⁵⁰. Par ailleurs, pour la Majorité, les faits sous-tendant la connaissance qu'aurait Germain Katanga de l'intention criminelle de ce groupe (25-3-d-ii) sont nécessairement inclus dans la description, faite par la

⁴⁷ Ibid., par. 524 à 525.

⁴⁸ Ibid., par. 543.

⁴⁹ Il doit être noté que la version française de l'article 25-3-d du Statut fait référence à « un groupe de personnes agissant de concert » et que la version anglaise fait référence à un « group of persons acting with a common purpose ».

⁵⁰ Décision relative à la confirmation des charges, voir notamment par. 275, 279, 281, 306, 325, 426 et 435.

Chambre préliminaire, de l'intention et de la connaissance qu'avaient les accusés du fait que la réalisation des crimes « résulterait de la mise en œuvre des plans communs » (25-3-a)⁵¹.

31. En définitive, en proposant de requalifier juridiquement les faits dans le cadre de l'article 25-3-d du Statut, la Majorité se situe bien à l'intérieur d'une description factuelle sur la base de laquelle la Défense a pu pleinement s'exprimer au cours du procès. La Majorité en a simplement extrait un narratif propre à la co-action et au plan commun qui aurait existé entre Germain Katanga et Mathieu Ngudjolo pour ne se concentrer que sur les faits qui concernent uniquement Germain Katanga. La Majorité ne *dépasse* pas les faits qui sont décrits dans la Décision relative à la confirmation des charges et la modification de qualification juridique proposée ne constitue, en définitive, pour elle, qu'une « mesure relativement restreinte »⁵².
32. Certes, il pourrait être soutenu que la Majorité, en proposant de mettre l'accent sur certains faits contenus dans la Décision de la Chambre préliminaire, au détriment d'autres faits, suggère, en réalité, un récit modifié des charges. Toutefois, et comme la Chambre l'a d'ailleurs rappelé dans sa décision du 21 octobre 2009, elle se limite à proposer une appréciation différente des faits⁵³. Pour la Majorité, une requalification juridique des faits implique nécessairement que certains d'entre eux soient mis en relief par rapport à d'autres, comme elle peut également exiger d'une Chambre qu'elle écarte éventuellement certains faits pour en privilégier d'autres. C'est précisément le cas dans la présente décision dans la mesure où, il faut le rappeler, la Majorité entend ne s'arrêter que sur des faits concernant le seul

⁵¹ Décision relative à la confirmation des charges, voir notamment par. 567 et suiv.

⁵² La Chambre d'appel fait référence à cette expression précédemment utilisée par le Juge Fulford. Arrêt relatif à la norme 55-2 du Règlement de la Cour, par. 46.

⁵³ « La Chambre rappelle que l'article 74-2 du Statut indique que la Chambre de première instance est tenue par les " faits et circonstances décrits dans les charges " et qu'elle ne peut les modifier. Elle peut donc simplement les apprécier différemment ou leur donner une autre qualification juridique, conformément à la norme 55 du Règlement de la Cour », Décision relative au dépôt d'un résumé des charges, par. 21.

Germain Katanga, sans procéder à une quelconque modification de l'exposé des faits contenus dans la Décision relative à la confirmation des charges et relatifs à cet accusé.

33. En l'espèce, tous les faits susceptibles d'être retenus pour une requalification sur le fondement de l'article 25-3-d du Statut ont déjà été évoqués lors des débats sur le fond, l'accusé a eu la possibilité de se défendre et il s'est exprimé. Les éléments matériels de la participation au crime au sens de l'article 25-3-d (en particulier l'exigence d'une contribution significative ou importante⁵⁴) sont, en l'espèce, partie intégrante des éléments matériels caractérisant la commission du crime au sens de l'article 25-3-a (l'exigence d'une contribution essentielle aboutissant à la réalisation des éléments objectifs des crimes). Par ailleurs, la manière dont la Chambre préliminaire décrit, dans la présente affaire, l'intention du groupe de commandants et de combattants ayant attaqué Bogoro ainsi que la connaissance, par Germain Katanga, de la réalisation des crimes, permet à la Majorité de penser que l'élément subjectif envisagé dans le cadre de l'article 25-3-d coïncide avec les faits et les circonstances décrits par la Chambre préliminaire.

34. Pour la Majorité, la requalification juridique proposée n'entend donc retenir la responsabilité de Germain Katanga que sur la base de faits et de circonstances déjà contenus dans la Décision relative à la confirmation des charges, ce qui satisfait aux exigences de la norme 55-1 et assure pleinement le respect du droit garanti par l'article 67-1-a du Statut.

c. Le droit de disposer du temps et des facilités nécessaires à la préparation de sa défense

35. Aux termes de l'alinéa 2 de la norme 55, cela vient d'être rappelé, la Chambre de première instance qui constate que la qualification juridique des faits peut

⁵⁴ Chambre préliminaire I, Décision relative à la confirmation des charges, 16 décembre 2011, ICC-01/04-01/10-465-Red, par. 276 à 285, 303 ; Chambre d'appel, *Judgment 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 mai 2012, ICC-01/04-01/10-514 ; voir également l'Opinion séparée de la Juge Silvia Fernández de Gurmendi, Ibid.

être modifiée, en informe les participants à la procédure et « leur donne la possibilité de faire des observations orales ou écrites ».

36. Le libellé de la norme 55 renvoie donc à celui de l'article 67-1-b du Statut qui stipule que l'accusé a le droit de « [d]isposer du temps et des facilités nécessaires à la préparation de sa défense ». Et la Chambre d'appel a tenu à souligner que « [c]'est justement pour prévenir toute violation de ce droit que les dispositions 2 et 3 de la norme 55 prévoient plusieurs garanties rigoureuses aux fins de la protection des droits de l'accusé »⁵⁵.

37. Telle est aussi, là encore, la position de la CEDH. Ainsi a-t-elle jugé, dans l'affaire *Pélissier et Sassi c. France*, qu'il y avait eu violation de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'Homme dès lors que la requalification juridique des faits avait été effectuée sans permettre à la défense de soumettre ses observations⁵⁶. Et confirmant cette jurisprudence⁵⁷, elle a réaffirmé cette exigence dans l'affaire *Mattei c. France*, qui soulevait une question analogue⁵⁸.

38. En l'espèce et bien que l'on soit à un stade avancé de la procédure, les parties et les participants sont donc mis en mesure, par la présente décision, d'exercer effectivement leurs droits et de formuler toutes observations utiles, selon les modalités définies aux paragraphes 55 et 57.

⁵⁵ Arrêt relatif à la norme 55-2 du Règlement de la Cour, par. 85.

⁵⁶ « La Cour estime dès lors que la cour d'appel d'Aix-en-Provence devait, faisant usage de son droit incontesté de requalifier les faits dont elle était régulièrement saisie, donner la possibilité aux requérants d'exercer leurs droits de défense sur ce point d'une manière concrète et effective, et notamment en temps utile. En l'espèce, la Cour ne relève aucun élément susceptible d'expliquer, par exemple, l'absence de renvoi de l'affaire pour rouvrir les débats ou, le cas échéant, de demande adressée aux requérants afin de recueillir leurs observations écrites en cours de délibéré. Il ressort au contraire du dossier que les requérants ne se sont pas vu offrir l'occasion d'organiser leur défense au regard de la nouvelle qualification, puisque seul l'arrêt de la cour d'appel leur a permis de connaître ce changement de qualification, ce qui était à l'évidence tardif », CEDH (Grande Chambre), *Pélissier et Sassi c. France*, no. 25444/94, Arrêt, 25 mars 1999, par. 62.

⁵⁷ Voir, CEDH, *Dallos c. Hongrie*, no. 29082/95, Arrêt, 1 mars 2001, par. 52 ; CEDH, *Sadak et autres c. Turquie* (No 1), nos 29900/96, 29901/96, 29902/96 et 29903/96, Arrêt, 17 juillet 2001, par. 57 à 58 ; CEDH, *Vesque c. France*, no. 3774/02, Arrêt (final), 3 juillet 2006, par. 42 à 43 ; CEDH, *Drassich c. Italie*, no. 25575/04, Arrêt, 11 décembre 2007, par. 41 à 42 ; voir aussi CIADH, *Fermin Ramirez c. Guatemala*, Fondo, reparaciones y costas, Serie c, No. 126, 20 juin 2005.

⁵⁸ CEDH, *Mattei c. France*, no. 34043/02, Arrêt, 19 décembre 2006, par. 42 à 43.

39. En ce qui concerne, en particulier, la Défense de Germain Katanga, il convient, pour la Majorité, de s'assurer qu'elle dispose du maximum d'éléments d'information et qu'elle est ainsi en mesure de formuler des observations aussi précises que possible. A cet égard, il lui semble utile de mettre la Défense en mesure de prendre d'ores et déjà en compte l'évaluation que la Chambre a faite, à l'unanimité, de la crédibilité de certains des témoins-clés du Procureur. Il s'agit, en l'occurrence, des témoins P-219 et P-250 sur les dépositions desquels la Chambre estime ne pas devoir se fonder. Cette information permettra ainsi à la défense d'identifier plus rapidement les éléments de preuve auxquels, en l'espèce, elle devrait pouvoir s'abstenir de se référer.
40. La Majorité estime utile de rappeler que la Défense a déjà eu l'occasion de se prononcer, de manière exhaustive et détaillée, sur les éléments contextuels et spécifiques des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité retenus dans la Décision relative à la confirmation des charges, le rôle et la place occupée par Germain Katanga au sein du groupe armé de la FRPI, la contribution qu'il a apportée dans le cadre des préparatifs de l'attaque de Bogoro et l'état d'esprit dans lequel il se trouvait en février 2003 (connaissance et intention). Autant de constatations qui autorisent la Majorité à rappeler que Germain Katanga a déjà répondu, en présentant sa défense sur l'article 25-3-a du Statut, à la plupart des questions factuelles et juridiques qui se posent désormais dans le cadre de l'article 25-3-d du Statut.
41. Pour la Majorité, ces différentes considérations méritent d'être prises en compte dans l'analyse qu'elle fait du droit de disposer du temps et des facilités nécessaires à la préparation de sa défense. Aussi invite-t-elle la Défense à mettre l'accent, dans ses observations, sur les points qui, selon elle, n'ont été jusqu'ici traités que de manière insuffisante ou trop succincte.
42. Enfin, la Majorité souligne, comme cela a été précédemment relevé, que les observations de la Défense s'avèrent particulièrement nécessaires, dans la mesure où, à ses yeux, le procès *Le Procureur c. Germain Katanga*, fondé sur les

charges qu'a confirmées la Chambre préliminaire, n'est, en l'état, pas achevé. La détermination de la qualification juridique la plus adaptée suppose en effet que soit connu le point de vue de la Défense sur la nouvelle qualification envisagée afin que le délibéré de la Chambre puisse être pleinement éclairé.

d. Le droit d'être jugé sans retard excessif

43. En se prononçant sur la légalité de la norme 55, la Chambre d'appel a précisé qu'une modification de la qualification juridique des faits n'entraînait pas nécessairement de retard excessif au regard de l'article 67-1-c du Statut ; elle a alors mentionné que devaient être analysées les circonstances particulières de l'espèce⁵⁹. A cet égard, il est courant, en droit pénal international, de se référer à la *complexité* du cas⁶⁰, celle-ci pouvant inclure des éléments de fait comme des éléments de droit⁶¹. Ainsi, dans l'affaire *Bagosora*, la Chambre d'appel du TPIR a-t-elle considéré qu'une prolongation de dix mois résultant de l'appel n'était pas excessive⁶². Chaque situation doit donc faire l'objet d'un examen au cas par cas et, selon la jurisprudence de la Cour européenne, un retard excessif dans la procédure criminelle peut être compensé, par exemple en adoptant des mesures de réduction de la sentence⁶³. En effet, la Chambre de première instance est libre de tenir compte de l'impact que peut avoir le recours à certaines procédures sur les droits des accusés et d'apprécier s'il y a

⁵⁹ Arrêt relatif à la norme 55-2 du Règlement de la Cour, par. 86.

⁶⁰ TPIR, *Le Procureur c. Edouard Karemera et al.*, Affaire No. ICTR-98-44-AR73.10, Chambre d'appel, *Decision on Nzirorera's interlocutory appeal concerning his right to be present at trial*, 5 octobre 2007, par. 15.

⁶¹ CEDH, *Lorenzi, Bernardini et Gritti c. Italie*, no. 13301/87, Arrêt, 27 février 1992, par. 16 ; CEDH, *Katte Klitsche de la Grange c. Italie*, no. 12539/86, Arrêt, 27 octobre 1994, par. 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 », TPIR, *Théonestre Bagosora et al. c. le Procureur*, Affaire No. ICTR-98-41-A, Chambre d'appel, *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 juillet 2009, par. 29.

⁶³ CEDH (Grande Chambre), *Cocchiarella c. Italie*, no. 64886/01, Arrêt, 29 mars 2006, par. 77 ; CEDH, *Eckle v. Allemagne*, no. 8130/78, Arrêt, 15 juillet 1982, par. 87 et 94 ; CEDH, *N. c. République Fédérale d'Allemagne*, no. 9132/80, Arrêt, 16 décembre 1982, par. 7.

lieu d'accorder des mesures compensatoires.

44. En l'espèce, la Majorité est consciente qu'une mise en œuvre de la norme 55 à ce stade du délibéré aura pour conséquence de prolonger la procédure en ce qui concerne Germain Katanga. Pour autant, on ne saurait affirmer que faire application de cette norme méconnaîtrait d'ores et déjà le droit des deux accusés d'être jugés sans retard excessif. D'abord parce que la situation du co-accusé Mathieu Ngudjolo est précisément traitée distinctement. Ensuite, parce qu'en l'état, la Majorité est convaincue qu'il est possible de permettre à l'accusé de préparer sa défense de manière efficace et effective, dans le cadre de la norme 55-3, sans rallonger la procédure d'une manière telle que puisse en résulter un retard excessif. Comme la présente décision en atteste, la Majorité a estimé devoir donner un certain nombre d'informations à Germain Katanga afin de rendre plus aisée la préparation de sa défense sur le fondement de l'article 25-3-d du Statut. Enfin, parce que la prolongation de la procédure qu'impose la mise en application des alinéas 2 et 3 de la norme 55 est, sans qu'il soit porté atteinte aux droits de la défense, strictement encadrée par la Chambre qui veillera à ce que la mise en œuvre de cette norme ne crée pas à l'avenir un retard injustifié et excessif. A cet égard, il convient de rappeler que les Chambres disposent d'une grande latitude pour définir les modalités de mise en œuvre de la norme 55. Et si, sans qu'elle ait pu l'anticiper, la procédure devait se poursuivre pour une durée qu'elle estime excessive, il appartiendra à la Chambre actuellement saisie de réévaluer éventuellement l'appréciation qu'elle porte sur les droits qui doivent être garantis à l'accusé.

45. Enfin, il faut avoir conscience que le retard pouvant résulter de la mise en œuvre d'une procédure de requalification doit, si la Chambre y veille, demeurer limité. Il en irait, en revanche, différemment, si la Chambre d'appel considérait, éventuellement d'office, qu'une requalification, après examen des éléments de preuve, que les juges de première instance se seraient abstenus de

prononcer, s'imposait pourtant comme étant seule de nature, selon ses propres termes, à « empêcher que quiconque puisse se soustraire à ses responsabilités ».

46. En définitive, il apparaît à la Chambre que, si l'activation de la norme 55 peut avoir un impact sur la longueur de la procédure, il n'en résulte pas inéluctablement, pour autant et à ce stade, une violation du droit d'être jugé sans retard excessif.

e. Le droit de ne pas être contraint de s'incriminer soi-même

47. La Cour est appelée pour la première fois à traiter de questions relatives au respect de l'alinéa g de l'article 67-1 lors d'une mise en œuvre de la norme 55. Il est toutefois acquis qu'en l'espèce et à la lumière de la jurisprudence de la CEDH, le recours à cette procédure n'entraîne aucune méconnaissance de ce droit.

48. Il convient tout d'abord de rappeler que le droit de ne pas être contraint de s'incriminer soi-même est un corollaire du droit de garder le silence⁶⁴, tout deux étant étroitement liés à la présomption d'innocence⁶⁵. A cet égard, la CEDH a rappelé à plusieurs reprises que, si le droit de se taire et le droit de ne pas être contraint de contribuer à sa propre incrimination ne sont pas explicitement inclus dans l'article 6 de la Convention, ils constituent tout de même des normes internationales qui se trouvent au cœur de la notion de procès équitable garanti par cet article⁶⁶.

49. En pratique, le droit de ne pas être contraint de s'incriminer soi-même (*privilege against self-incrimination*) a pour objectif de s'assurer qu'il ne sera pas fait usage, en cours de procédure, de confessions obtenues sous la contrainte,

⁶⁴ CEDH (Grande Chambre), *Saunders c. Royaume-Uni*, no. 19187/91, Arrêt, 17 décembre 1996, par. 69.

⁶⁵ *Ibid.*, par. 65.

⁶⁶ CEDH (Grande Chambre), *John Murray c. Royaume-Uni* no. 18731/91, Arrêt, 8 février 1996, par. 45 ; CEDH, *Serves c. France*, no. 20225/92, Arrêt, 20 octobre 1997, par. 46 ; CEDH (Grande Chambre), *Saunders c. Royaume-Uni*, no. 19187/91, Arrêt, 17 décembre 1996, par. 68 ; CEDH, *Allan c. Royaume-Uni*, no. 48539/99, Arrêt, 5 novembre 2002, par. 44 ; CEDH, *J.B. c. Suisse*, no. 31827/96, Arrêt, 3 mai 2001, par. 64 ; CEDH, *Chambaz c. Suisse*, no. 11663/04, Arrêt, 5 avril 2012, par. 52.

sous la pression ou grâce à des subterfuges, et ceci au mépris de la volonté exprimée par l'accusé de garder le silence⁶⁷.

50. Le droit de ne pas s'auto-incriminer renvoie notamment au droit de voir respecter le choix que l'on a fait de témoigner ou de ne pas témoigner.

51. En l'espèce, il n'est aucunement contesté qu'au terme des débats et une fois entendus l'ensemble des témoins cités par les parties et par les participants, Germain Katanga, ses conseils étant présents, a librement choisi de témoigner, à son tour, devant la Chambre et de répondre aux questions qu'elle pourrait lui poser. Il n'a pas été démontré ni même soutenu qu'il aurait été soumis à des pressions voire même seulement à une quelconque contrainte ou qu'il ait été victime d'un quelconque subterfuge⁶⁸. Il en résulte que le droit de « ne pas être forcé de témoigner contre [soi] même ou de s'avouer coupable » n'a pas été méconnu dès lors qu'aucune des preuves utilisées ne provient d'un témoignage involontaire fourni par l'accusé. Bien au contraire, ce dernier a

⁶⁷ CEDH (Grande Chambre), *Saunders c. Royaume-Uni* no. 19187/91, Arrêt, 17 décembre 1996, par. 68 ; CEDH, *Serves c. France*, no. 20225/92, Arrêt, 20 octobre 1997, par. 46 ; CEDH, *Allan c. Royaume-Uni*, no. 48539/99, Arrêt, 5 novembre 2002, par. 44 ; CEDH, *Chambaz c. Suisse*, no. 11663/04, Arrêt, 5 avril 2012, par. 52. Les dispositions 8-2-g et 8-3 de la Convention américaine relative aux droits de l'homme garantissent aussi le « droit pour l'accusé de ne pas être obligé à témoigner contre lui-même ou à se déclarer coupable », et spécifient que « l'aveu de l'accusé ne sera valable que s'il est fait sans coercition d'aucune sorte ». Par exemple, dans *Cantoral Benavides v. Pérou*, la Cour a constaté une violation des dispositions 2-g et 3 de l'article 8 puisque la preuve sur laquelle se fondait la condamnation se basait largement sur le témoignage de l'accusé qui avait été obtenu sous la coercition et la torture afin de le forcer à s'auto-incriminer, CIADH, *Cantoral Benavides v. Pérou*, Serie C, No. 69, 18 août 2000, par. 129-132. L'Arrêt de la CEDH dans l'affaire *Allan c. Royaume-Uni* (CEDH, *Allan c. Royaume-Uni*, no. 48539/00, Arrêt, 5 novembre 2002, par. 30 et seq.) se réfère à la jurisprudence de la Cour Suprême du Canada et, plus précisément aux propos de la Juge McLachlin dans *R. c. Hebert* : « Le droit de garder le silence consiste essentiellement à accorder au suspect un choix ; il s'agit tout simplement de la liberté de choisir –la liberté de parler aux autorités, d'une part, et la liberté de refuser de leur faire une déclaration, d'autre part. Ce droit de choisir signifie que le suspect s'est vu accorder le droit à l'assistance d'un avocat et qu'il a donc été informé des options qui s'offraient à lui et de leurs conséquences, et que les actes des autorités ne l'ont pas empêché de façon inéquitable de décider de leur faire ou non une déclaration », Cour suprême du Canada, *R. c. Hebert* [1990] 2 R.C.S. 151.

⁶⁸ La Majorité estime nécessaire de rappeler que la norme 55 doit être lue et comprise en se référant à l'ensemble des textes fondateurs de la Cour. Contrairement à la situation des Tribunaux pénaux internationaux *ad hoc*, les textes qui régissent la Cour ont entendu donner une place majeure à la Chambre préliminaire qui se trouve investie du pouvoir de confirmer ou non les charges présentées par le Bureau du Procureur. Dès lors, devant la Cour, aucun procès ne se tient, en principe, sur la base de charges manifestement infondées de même qu'il est fort peu probable qu'un accusé soit conduit à se défendre sur des charges ou sur un mode de responsabilité dépourvus de fondement qui auraient été suggérés à seule fin de l'induire en erreur et de le contraindre à s'auto-incriminer.

spontanément proposé à la Chambre divers récits, explications ou commentaires en sachant qu'ils pourraient éventuellement, par la suite, être utilisés à charge contre lui.

52. Sans doute pourrait-il être soutenu que l'accusé se serait peut-être exprimé différemment s'il avait préalablement su que ses propos étaient susceptibles d'être retenus au titre de l'article 25-3-d. Mais, il faut à nouveau rappeler que Germain Katanga a fait librement le choix de témoigner, qu'il s'est, là encore, librement exprimé et qu'il a, tout aussi librement, répondu aux questions qui lui étaient posées, ses conseils étant constamment à ses côtés. Il convient également de rappeler que les parties à la présente affaire avaient parfaitement connaissance de l'existence de la norme 55 dès lors que, d'une part, cette disposition a été évoquée dans la décision précitée du 21 octobre 2009 relative au dépôt d'un résumé des charges par le Procureur, d'autre part, cette même disposition a fait l'objet d'écritures dans l'hypothèse, notamment, d'une possible application sur la nature du conflit armé. Enfin, la Chambre d'appel a précisé ses conditions d'application dans l'arrêt, public, qu'elle a rendu le 8 décembre 2009 dans l'affaire *Lubanga*. Au surplus, comme cela vient d'être amplement souligné, rappelons aussi que la mise en œuvre des alinéas 2 et 3 de ladite norme offre à Germain Katanga la possibilité de faire valoir les observations qu'il estime nécessaires sur la requalification envisagée, sur des questions de droit comme de fait et, notamment, d'apporter, s'il le souhaite, des précisions sur les propos qu'il a lui-même tenus.

3. Modalités de la mise en œuvre de la norme 55 pour les parties et les participants

53. La Majorité observe que la norme 55 prévoit que les participants à la procédure doivent être informés de ce que la qualification juridique des faits peut être modifiée. Cette disposition indique également qu'il convient de donner aux participants la possibilité de faire des observations orales ou écrites. Enfin, la Chambre se doit de garantir que les participants disposent du

temps et des facilités nécessaires pour se préparer de manière efficace.

54. Par ailleurs, en ce qui concerne, en particulier, l'accusé objet de cette proposition de requalification, la Chambre doit lui garantir le temps et les facilités nécessaires pour préparer sa défense de manière efficace et, en cas de besoin, lui donner la possibilité d'interroger ou de faire interroger à nouveau tout témoin ayant déjà déposé ou de citer à comparaître tout nouveau témoin ou de présenter tout autre élément de preuve admissible.
55. Compte tenu de l'ensemble de ces exigences textuelles, qu'il convient d'appliquer à la lettre, la Majorité entend demander au Procureur et aux représentants légaux des victimes de déposer leurs observations écrites sur la proposition de modification, tant en droit (article 25-3-d du Statut) qu'en fait (adéquation des faits avec le droit).
56. Elle tient par ailleurs à souligner que, dans le cadre de ses observations, le Procureur n'est en aucun cas autorisé à demander la présentation de nouveaux éléments de preuve au titre du mode de responsabilité alternatif envisagé. La Majorité estime en effet que lui ouvrir à nouveau une telle possibilité constituerait en l'espèce un avantage indu. Elle rappelle que le Procureur a déjà eu l'occasion de présenter ses éléments de preuves sur la base des faits et circonstances énoncés dans les charges et que ces derniers ne subissent aucune modification dans le cadre de la proposition de requalification.
57. S'agissant de la défense de l'accusé, conformément à l'aliéna 3 de la norme 55, elle déposera ses observations sous forme de document écrit, tant sur le droit de l'article 25-3-d que sur sa lecture des faits à la lumière de la requalification envisagée, étant précisé qu'elle devra également indiquer, en donnant toute les justifications nécessaires, si elle entend solliciter la mise en œuvre d'une des mesures énumérées à l'alinéa 3-b de la norme 55.

4. Disjonction

58. Par une décision du 10 mars 2008⁶⁹, la Chambre préliminaire a joint les affaires alors respectivement suivies contre Germain Katanga et contre Mathieu Ngudjolo et les deux accusés ont donc comparu ensemble devant la Chambre.
59. Comme elle l'a précédemment indiqué, la mise en œuvre de la norme 55 à l'égard de Germain Katanga, et de lui seul, doit à ce stade, conduire la Chambre, unanime sur ce point, à ordonner, conformément à l'article 64-5 du Statut, la disjonction des charges portées contre Mathieu Ngudjolo.
60. Et elle se doit de statuer d'office, en application de la règle 136-1 du Règlement, dès lors que, s'agissant de Mathieu Ngudjolo, elle n'entend pas procéder à une modification de la qualification juridique des faits ni envisager une autre forme de participation de cet accusé, ce qui exclut qu'il soit fait application, à son égard, de la norme 55.
61. En revanche, la mise en œuvre de cette disposition à l'égard de Germain Katanga est d'évidence susceptible de prolonger la procédure en ce qui le concerne. Il apparaît dès lors inutile à la Chambre de différer le prononcé de la décision concernant Mathieu Ngudjolo jusqu'à ce qu'il soit statué sur le sort de Germain Katanga et, pour le premier nommé, il convient, selon les termes mêmes de la règle 136-1 précitée, « d'éviter de [lui] causer un préjudice grave » ce qui implique de mettre fin à la procédure à bref délai.
62. La dissociation du cas de Mathieu Ngudjolo, qui répond au surplus à la double exigence d'équité et de diligence formulée par l'article 64 du Statut, ne peut dès lors que conduire la Chambre à ordonner la disjonction des charges portées contre lui et à se prononcer distinctement sur leur bien fondé sans qu'il soit besoin, pour lui, de soumettre des observations sur la requalification envisagée pour son co-accusé.

⁶⁹ Chambre préliminaire, Décision relative à la jonction des affaires concernant Germain Katanga et Mathieu Ngudjolo Chui, 10 mars 2008, ICC-01/04-01/07-257-tFRA.

63. La Chambre rendra donc, en ce qui le concerne, la décision visée à l'article 74-5 du Statut le 18 décembre 2012, l'affaire se poursuivant, sur le fondement de la norme 55, pour le seul Germain Katanga.
64. Elle précise enfin que les victimes admises à participer à la procédure initiale sont autorisées à poursuivre leur participation dans chacune des deux procédures disjointes.

III. Dispositif

PAR CES MOTIFS,

A la majorité, la Chambre

DÉCIDE de mettre en œuvre la norme 55 du Règlement de la Cour et **INFORME** les parties et les participants que le mode de responsabilité retenu à l'encontre de Germain Katanga est susceptible de faire l'objet d'une requalification juridique sur le fondement de l'article 25-3-d du Statut ;

INVITE le Procureur et les représentants légaux des victimes à lui adresser, pour le 15 janvier 2013 à 16 heures au plus tard, les observations mentionnées au paragraphe 55 de la présente décision ;

INVITE la Défense à déposer ses observations, telles que décrites au paragraphe 57 de la présente décision, avant le 21 janvier 2013, à 16 heures ;

FIXE le nombre de pages autorisées pour lesdites observations à 80 pages pour la Défense, 40 pages pour le Procureur et 25 pages pour les représentants légaux des victimes ; et

RAPPELLE à la Défense que, si elle entend mettre en œuvre l'une des mesures énumérées au paragraphe 3-b de la norme 55, il lui appartient de le faire connaître à la Chambre dans les observations précitées en motivant sa demande.

A l'unanimité, la Chambre

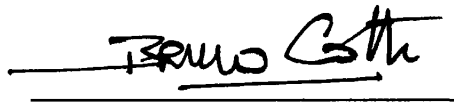
PRONONCE la disjonction des charges portées contre l'accusé Mathieu Ngudjolo et

DIT qu'en ce qui le concerne la Chambre, conformément aux dispositions de l'article 74 du Statut, rendra sa décision le 18 décembre 2012 ; et

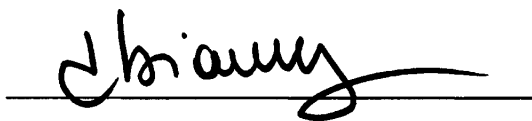
ORDONNE au Greffe de prendre toutes les dispositions nécessaires.

La Juge Van den Wyngaert joint une opinion dissidente à la présente décision.

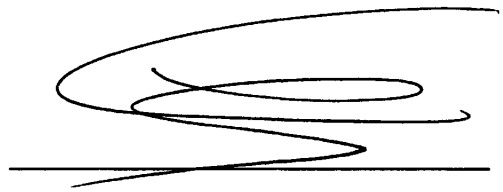
Fait en anglais et en français, la version française faisant foi.



M. le juge Bruno Cotte
Juge président



Mme la juge Fatoumata Dembele Diarra



Mme la juge Christine Van den Wyngaert

Fait le 21 novembre 2012

À La Haye (Pays-Bas)

**DISSENTING OPINION OF
JUDGE CHRISTINE VAN DEN WYNGAERT**

I. INTRODUCTION.....	2
II. FIRST STEP: THE 25(3)(D) NOTICE DECISION EXCEEDS THE FACTS AND CIRCUMSTANCES OF THE CHARGES.....	7
1. <i>The Majority exceeds the boundaries of Regulation 55 by relying on subsidiary facts in the 25(3)(d) Notice Decision.....</i>	<i>8</i>
2. <i>The 25(3)(d) Notice Decision changes the narrative of the charges so fundamentally that it exceeds the facts and circumstances described in the charges 10</i>	
3. <i>Conclusion.....</i>	<i>12</i>
III. SECOND STEP: THE 25(3)(D) NOTICE DECISION IS UNFAIR	13
1. <i>With the 25(3)(d) Notice Decision, the Majority threatens the right to a fair and impartial proceeding.....</i>	<i>14</i>
2. <i>A recharacterisation to Article 25(3)(d) was not reasonably foreseeable to the defence, thus putting the accused's rights under both Article 67(1)(a) and 67(1)(g) in jeopardy.....</i>	<i>18</i>
3. <i>The amount of time needed to effectively respond to the 25(3)(d) Notice Decision would necessarily create an unfair delay.....</i>	<i>24</i>
4. <i>Conclusion.....</i>	<i>26</i>
IV. FINAL OBSERVATIONS	27

I. INTRODUCTION

1. I dissent in the strongest possible terms from the Majority's decision to trigger Regulation 55 of the Regulations of the Court ("Regulation 55"),¹ giving Germain Katanga notice that the legal characterisation of facts of the case may be changed to accord with Article 25(3)(d)(ii) ("25(3)(d) Notice Decision"). I approved of an earlier decision to give notice that the legal characterisation of the armed conflict may be subject to change.² However, the present decision under Regulation 55(2) goes well beyond any reasonable application of the provision and fundamentally encroaches upon the accused's right to a fair trial.
2. With this decision, the Majority gives notice under Regulation 55(2) that it is considering a recharacterisation of the facts of the case to accord with a different form of criminal responsibility. Instead of pronouncing itself on whether or not the evidence establishes beyond a

¹ The provision provides:

1. In its decision under article 74, the Chamber may change the legal characterisation of facts to accord with the crimes under articles 6, 7 or 8, or to accord with the form of participation of the accused under articles 25 and 28, without exceeding the facts and circumstances described in the charges and any amendments to the charges.

2. If, at any time during the trial, it appears to the Chamber that the legal characterization of facts may be subject to change, the Chamber shall give notice to the participants of such a possibility and having heard the evidence, shall, at an appropriate stage of the proceedings, give the participants the opportunity to make oral or written submissions. The Chamber may suspend the hearing to ensure that the participants have adequate time and facilities for effective preparation or, if necessary, it may order a hearing to consider all matters relevant to the proposed change.

3. For the purposes of sub-regulation 2, the Chamber shall, in particular, ensure that the accused shall:

(a) Have adequate time and facilities for the effective preparation of his or her defence in accordance with article 67, paragraph 1 (b); and

(b) If necessary, be given the opportunity to examine again, or have examined again, a previous witness, to call a new witness or to present other evidence admissible under the Statute in accordance with article 67, paragraph 1 (e).

² Trial Chamber II, *Prosecutor v. Katanga and Ngudjolo*, Ordonnance relative aux modalités de présentation des conclusions orales, 20 April 2012, ICC-01/04-01/07-3274, paras 13-14 ; Trial Chamber II, *Prosecutor v. Katanga and Ngudjolo*, Décision sur la mise en oeuvre de l'ordonnance relative présentation des conclusions orales aux modalités de présentation des conclusions orales, 7 May 2012, ICC-01/04-01/07-3285.

reasonable doubt that Germain Katanga is guilty as charged, i.e. under Article 25(3)(a) of the Statute, the Majority now proposes to consider whether he is guilty under Article 25(3)(d)(ii) of the Statute. This mode of liability differs noticeably from the one under which the charges in this trial have been brought and on the basis of which the entire trial has proceeded. As a result, Germain Katanga can now be potentially convicted under Article 25(3)(d)(ii), even if he were to be acquitted under Article 25(3)(a) on all charges.

3. The Majority's decision potentially leads to a reopening of the trial, more than a year after the evidentiary hearings have come to an end (11 November 2011) and well after the formal closing of the evidence (7 February 2012) and the closing arguments of the parties and the participants (15-16 and 21-23 May 2012).
4. According to the Majority, the trial of Germain Katanga has not come to an end before it has examined the accused's responsibility under both Article 25(3)(a) ("indirect co-perpetration") and 25(3)(d)(ii) (common purpose liability).³ It therefore purports to allow the trial to proceed in order to examine Germain Katanga's responsibility under Article 25(3)(d)(ii).
5. The Majority believes that "common purpose liability" may be a better description of the accused's responsibility than "indirect co-perpetration".⁴ I acknowledge that there is merit in the principle of "fair labelling" and that, ideally, a Trial Chamber must accurately label an accused's individual criminal responsibility in the final judgment ("Article 74 decision") by applying the most accurate description of his responsibility under any of the paragraphs of Article 25(3) or

³ 25(3)(d) Notice Decision, para. 42.

⁴ See 25(3)(d) Notice Decision, paras. 8, 26.

Article 28. In this respect, it has not generally been the pre-trial chambers' practice to confirm charges or issue arrest warrants on alternative modes of liability,⁵ which marks a significant difference with the *ad hoc* tribunals, where cases usually proceed on alternative charges.⁶ To some extent, Regulation 55 can serve as a tool for ICC trial chambers to recharacterise the mode of liability after the charges have been confirmed by the Pre-Trial Chamber in order to adjust the legal characterisation to better accord with the facts and circumstances described in the charges.⁷ However, any appeal to "fair-labelling" to justify activating Regulation 55 at the current stage of the proceedings against Germain Katanga would be totally unacceptable for the reasons explained in this opinion.

6. Under Article 64(2) of the Statute, the Trial Chamber has the duty to ensure that the trial is fair and expeditious. I am of the view that triggering Regulation 55 at this late point in the deliberations puts both the fairness and the expeditiousness of the trial in grave jeopardy.

⁵ See e.g. Pre-Trial Chamber I, *Prosecutor v. Katanga and Ngudjolo*, Decision on the confirmation of charges, 1 October 2008, ICC-01/04-01/07-717 ("Confirmation Decision"), para. 471; Pre-Trial Chamber I, *Prosecutor v. Lubanga*, Decision on the confirmation of charges, 29 January 2007, ICC-01/04-01/06-803-tEN, paras. 318 footnote 406, 321; Pre-Trial Chamber II, *Prosecutor v. Ruto et al.*, Decision on the Prosecutor's Application for Summons to Appear for William Samoei Ruto, Henry Kiprono Kosgey and Joshua Arap Sang, 8 March 2011, ICC-01/09-01/11-01, para. 36 ("the Chamber is not persuaded that it is best practice to make simultaneous findings on modes of liability presented in the alternative"). I note in this context that pre-trial chambers are *only* allowed to confirm charges, decline to confirm charges, or adjourn the hearing and request the prosecution to consider providing further evidence, conducting further investigation or amending its charges. The idea of giving the Pre-Trial Chamber a power to amend the prosecution's charges was contemplated in the Statute's drafting history, only to be removed. Compare Article 61(7) of the Statute with Report of the Preparatory Committee for the Establishment of an International Criminal Court, "Draft Statute for the International Criminal Court", 14 April 1998, A/Conf.183/2/Add.I, p. 83; Working paper submitted by France, 6 August 1996, A/AC.249/L.3, p. 42.

⁶ For a thorough history on the permissibility of cumulative charging in international criminal law, see STL, Amicus Curiae Susana SaCouto and Katherine Cleary, "The Practice of Cumulative Charging Before International Criminal Bodies", 10 February 2011, STL-II-01/I/AC/RI76bis, pp. 4-9.

⁷ See Pre-Trial Chamber II, *Prosecutor v. 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 September 2009, ICC-01/05-01/08-532, para. 56 (referencing Regulation 55 in the context of justifying a decision to decline to confirm cumulative charges); Pre-Trial Chamber II, *Prosecutor v. Bemba*, Decision Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute on the Charges of the Prosecutor Against Jean-Pierre Bemba Gombo, 15 June 2009, ICC-01/05-01/08-424, para. 203.

Rather than deciding to sever Germain Katanga's case from the case against the co-accused in order to trigger Regulation 55(2), the Chamber should have, at this point in time, reached its verdict on the basis of the charges as confirmed by the Pre-Trial Chamber and made its decision under Article 74 of the Statute. It is highly questionable whether the Majority's decision not to proceed to render the judgment now is compatible with Article 64(2) of the Statute.

7. Regulation 55 is intended to serve two purposes. The first is to allow for more focused trials.⁸ The second is to avoid impunity gaps that may be caused by "technical" acquittals as part of the "fight against impunity".⁹
8. However, changing the legal characterisation of facts can only be done insofar as it does not render the trial unfair. Indeed, Regulation 55 is not a licence for trial chambers to find at all costs a stick to hit the accused with. It is for that reason that paragraphs (2) and (3) of Regulation 55 provide procedural safeguards for the accused. Nowhere has the Appeals Chamber stated that the "fight against impunity" provides a justification for infringing upon the rights of the accused. The Appeals Chamber has made it very clear that "how these safeguards will have to be applied to protect the rights of the accused fully and whether additional safeguards must be implemented [...] will depend on the circumstances of the case".¹⁰ This means that the mere formal application of the guarantees in paragraphs (2) and (3) of

⁸ Hans-Peter Kaul, Construction Site for More Justice: The International Criminal Court After Two Years, 99 *American Journal of International Law* 370, 377 (2005).

⁹ See Appeals Chamber, *Prosecutor v. Lubanga*, 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, ICC-01/04-01/06-2205, OA 15 OA 16 ("*Lubanga* Regulation 55 Appeals Judgment"), para. 77 ("a principal purpose of Regulation 55 is to close impunity gaps").

¹⁰ *Lubanga* Regulation 55 Appeals Judgment, para. 85.

Regulation 55 is not, in and of itself, a sufficient guarantee that the rights of the accused are respected.

9. Aside from these procedural safeguards, it should be obvious that a proposed recharacterisation under Regulation 55(2) may not exceed the facts and circumstances of the charges (and any amendments thereto), as required by Regulation 55(1). If there are any doubts in this regard, there will be no possibility of giving notice under Regulation 55(2) and therefore no need to apply Regulation 55(3).
10. When deciding to give notice under Regulation 55(2), the analysis should thus involve two steps:
 - i) it must be determined whether it is possible for the proposed recharacterisation of facts “to accord with the crimes under articles 6, 7 or 8, or to accord with the form of participation of the accused under articles 25 and 28, without exceeding the facts and circumstances described in the charges and any amendments to the charges” (“First Step”);¹¹ and
 - ii) the Chamber must exercise its discretion and determine whether modifying the legal characterisation of the facts would render the trial unfair (“Second Step”).¹²
11. The 25(3)(d) Notice Decision fails to satisfy either step of the test described. A failure to satisfy even one step of the test would mean that notice under Regulation 55(2) could not be given. As developed in this opinion, I consider the 25(3)(d) Notice Decision in the present case to be entirely inconsistent with the rights of the accused and strongly believe that this decision is in violation of Regulation 55 itself and Articles 64(2) and 67(1) of the Statute.

¹¹ See Regulation 55(1) of the Regulations. See also Trial Chamber I, *Prosecutor v. Lubanga*, Decision on the Legal Representatives' Joint Submissions concerning the Appeals Chamber's Decision on 8 December 2009 on Regulation 55 of the Regulations of the Court, 8 January 2010, ICC-01/04-01/06-2223 (“*Lubanga* Trial Decision of 8 January 2010”), para. 28.

¹² *Lubanga* Regulation 55 Appeals Judgment, para. 85. See also *Lubanga* Trial Chamber Decision of 8 January 2010, para. 28.

II. FIRST STEP: THE 25(3)(D) NOTICE DECISION EXCEEDS THE FACTS AND CIRCUMSTANCES OF THE CHARGES

12. Regulation 55(1) stipulates that the Chamber may only change the legal characterisation of facts and circumstances described in the charges. This provision mirrors Article 74(2) of the Statute, which provides that the judgment “shall not exceed the facts and circumstances described in the charges and any amendments to the charges”. As the Appeals Chamber pointed out, the Trial Chamber is thus bound to the factual allegations in the charges¹³ and any application of Regulation 55 must be confined to those facts.¹⁴ Crucially, the Appeals Chamber stated that the text of Regulation 55 “only refers to a change in the legal characterisation of the facts, but *not to a change in the statement of the facts.*”¹⁵

13. The question therefore arises whether the facts, which the Majority proposes to rely upon for a potential conviction under Article 25(3)(d)(ii), are indeed part of the facts and circumstances described in the charges. There are, in my view, two aspects to this question. First, the Majority cannot rely on allegations, which, although mentioned in the Confirmation Decision, do not constitute factual allegations that support the legal elements of the crimes charged.¹⁶ Second, the Majority may not change the narrative of the facts underlying the charges so fundamentally that it exceeds the facts and circumstances described in the charges. I think the Majority erred on both points. I will address each of these points in turn.

¹³ *Lubanga* Regulation 55 Appeals Judgment, para. 91.

¹⁴ *Lubanga* Regulation 55 Appeals Judgment, para. 93.

¹⁵ *Lubanga* Regulation 55 Appeals Judgment, para. 97 (emphasis added).

¹⁶ *Lubanga* Regulation 55 Appeals Judgment, para. 90, note 163.

1. The Majority exceeds the boundaries of Regulation 55 by relying on subsidiary facts in the 25(3)(d) Notice Decision

14. It flows from the Appeals Chamber's jurisprudence that only those facts that actually underlie the charges can be subject to recharacterisation.¹⁷ Although the terminology may not be fully settled yet,¹⁸ there is a discrete set of facts which support each of the elements of the crimes and/or mode(s) of criminal responsibility charged.¹⁹ For the purposes of this opinion, I will describe the 'facts and circumstances described in the charges' as 'material facts' and distinguish them from so-called 'subsidiary facts'.²⁰

15. Pursuant to Regulation 55(1), only material facts can be relied upon for a proposed recharacterisation. Subsidiary facts, by definition, are not part of the 'facts and circumstances described in the charges', are not confirmed by the Pre-Trial Chamber, and therefore do not form part of the factual matrix that can be recharacterised. Correspondingly, not every word, sentence or phrase that may be contained in the Document Containing the Charges, or the Confirmation Decision for that matter, qualifies for recharacterisation. The Majority is therefore misguided when it suggests, in paragraph 32 of the 25(3)(d) Notice Decision, that Regulation 55 allows Chambers to pick and choose any fact from the

¹⁷ See *Lubanga* Regulation 55 Appeals Judgment, para. 90.

¹⁸ Such facts can be referred to as 'factual allegations which support each of the legal elements of the crime charged', 'facts underlying the charges', 'material facts', or 'constitutive facts', but the terminology is of little interest.

¹⁹ *Lubanga* Regulation 55 Appeals Judgment, para. 90, note 163.

²⁰ Here I borrow the terminology of the Pre-Trial Chambers. Pre-Trial Chamber I defined 'subsidiary facts' as facts from which proof of the 'material facts' (i.e. facts underlying the charges) may be inferred; Pre-Trial Chamber I, *Prosecutor v. Banda and Jerbo*, Corrigendum of the 'Decision on the Confirmation of charges', 7 March 2011, ICC-02/05-03-09-121-Red-Corr, para. 36. Pre-Trial Chamber II, for its part, described 'subsidiary facts' as facts that serve the purpose of demonstrating or supporting the existence of facts underlying the charges; Pre-Trial Chamber II, *Prosecutor v. Ruto et al.*, Decision on the Confirmation of Charges Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute, 23 January 2012, ICC-01/09-01/11-373, para. 47.

Confirmation Decision in order to meet the legal requirements of a different form of criminal responsibility.²¹

16. Unfortunately, neither the prosecution, nor the Pre-Trial Chamber in this case made any effort to clearly separate the material facts from the subsidiary facts.²² However, this does not mean that it is impossible to make the distinction and that it was not incumbent upon the Majority to do so in its Article 25(3)(d) Notice Decision as part of its justification to trigger Regulation 55. What is more, to the extent that there is ambiguity on this point, doubts should be resolved in favour of the accused.

17. It is therefore regrettable that the Majority did not deem it necessary to give a precise indication of the factual allegations from the Confirmation Decision on which it intends to rely for the proposed recharacterisation. I consider the few references in footnotes to a number of paragraphs from the Confirmation Decision wholly inadequate in this regard.²³ The Majority's reasoning in paragraphs 24-30 is extremely succinct and makes it difficult to appreciate how exactly it considers proceeding to the proposed recharacterisation.

²¹ See 25(3)(d) Notice Decision, para. 32. I note in passing that the Majority's reference to paragraph 21 of this Chamber's Decision on the Filing of a Summary of the Charges by the Prosecutor, of 21 October 2009, ICC-01/04-01/07-1547, distorts the meaning of this paragraph.

²² It is worth recalling that the Defence for Mr Katanga raised the issue of there being insufficient clarity about the material facts underlying the charges before the trial commenced. However, the Chamber decided not to accede to these repeated requests for clarification and ultimately refused to grant leave to appeal on this very issue. See, in particular, Katanga Defence, *Prosecutor v. Katanga and Ngudjolo*, Defence observations on the Summary of charges and Request for clarification and or an extension of time, 5 November 2009, ICC-01/04-01/07-1601; Katanga Defence, *Prosecutor v. Katanga and Ngudjolo*, Defence Observations on the Document Summarising the Charges, 19 November 2009, ICC-01/04-01/07-1653; Oral decision by Trial Chamber II of 23 November 2009, ICC-01/04-01/07-T-79-Red-ENG; Katanga Defence, *Prosecutor v. Katanga and Ngudjolo*, 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 November 2009, ICC-01/04-01/07-1690; Trial Chamber II, *Prosecutor v. Katanga and 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 à la notification des charges, 23 June 2010, ICC-01/04-01/07-2213. Whatever the merits of the Chamber's position at the time may have been, it would be inappropriate for the Majority to use the resulting ambiguity to the detriment of the accused.

²³ 25(3)(d) Notice Decision, paras. 25-30, notes 38-41, 45-51

Apart from raising serious concerns about proper notice being given,²⁴ the Majority also potentially conceals that it may to a certain extent be relying upon ‘subsidiary facts’ for its 25(3)(d) Notice Decision.²⁵ If this were the case, a conviction on this basis would be impossible in light of Article 74(2), which would render the whole exercise unlawful. However, as the Majority is less than candid in this regard, I will refrain from speculating and limit myself to emphasising that extreme vigilance is called for on this fundamental issue.

2. *The 25(3)(d) Notice Decision changes the narrative of the charges so fundamentally that it exceeds the facts and circumstances described in the charges*

18. Whether or not a proposed recharacterisation of the facts is of such a nature that it could only be brought into the case through a formal amendment to the charges²⁶ will “(at the very least) constitute a question of fact and degree [...]”.²⁷

19. I am of the view that it is impermissible to fundamentally change the narrative of the charges in order to reach to a conviction on the basis of a crime or form of criminal responsibility that was not originally charged by the prosecution.

20. Charges are not merely a loose collection of names, places, events, etc., which can be ordered and reordered at will. Instead, charges must

²⁴ See below para. 37 *et seq.*

²⁵ Considering the aforementioned ambiguity on this point, I am not reassured by the Majority’s affirmation, in paragraph 23 of the 25(3)(d) Notice Decision, that it is only relying on material facts. It belongs to the Majority to be clear and transparent in this regard, especially since the question of distinguishing material from subsidiary facts has never been addressed substantively. See paragraph 16 of the present opinion.

²⁶ Amendments to the charges may be brought only by the prosecution, with permission of the Pre-Trial Chamber, and before the trial has begun. See Article 61(9) of the Statute.

²⁷ Trial Chamber I, *Prosecutor v. Lubanga*, Minority opinion on the “Decision giving notice to the parties and participants that the legal characterisation of facts may be subject to change in accordance with Regulation 55(2) of the Regulations of the Court”, 17 July 2009, ICC-01/04-01/06-2054, para. 19 (dissenting opinion of J. Fulford).

represent a coherent description of how certain individuals are linked to certain events, defining what role they played in them and how they related to and were influenced by a particular context. Charges therefore constitute a narrative in which each material fact has a particular place. Indeed, the reason why facts are material is precisely because of how they are relevant to the narrative. Taking an isolated material fact and fundamentally changing its relevance by using it as part of a different narrative²⁸ would therefore amount to a “change in the statement of facts”, something the Appeals Chamber has found to be clearly prohibited by Regulation 55(1).²⁹

21. Yet, the Majority is, in my view, guilty of fundamentally changing the narrative in this case. As the Majority does not explain on the basis of which facts it proposes to apply Article 25(3)(d)(ii), it is not possible for me to make very specific comments on this point. However, I am in no doubt that the Majority’s proposed migration to Article 25(3)(d)(ii) inevitably forces it to engage in extensive factual acrobatics in order to find sufficient factual support in the Confirmation Decision to meet the elements of this new form of criminal responsibility.

22. For example, in order to identify the group of persons who share the intent to commit crimes, the Majority refers to a paragraph from the Confirmation Decision that deals with the hierarchical organisation over which the accused, according to the Pre-Trial Chamber, exercised

²⁸ For example, in finding that the Bogoro attack was part of a “widespread or systematic attack directed against any civilian population”, the Pre-Trial Chamber referenced incidents where the FNI and/or the FRPI attacked and killed civilians at: (i) Nyankunde, (ii) Bunia/Nyakasanza, (iii) Tchomia, (iv) Katoto, (v) Mandro, (vi) Kilo and (vii) Drodro. *See* Confirmation Decision, paras. 409-410. The attacks against these locations are all facts material to the general *chapeau* of article 7 because they support the contextual elements of the crimes against humanity charged in this case. However, hardly anyone one would suggest relying on these incidents (e.g. killing at Nyankunde) as material facts to sustain a conviction for murder under Article 7(1)(a) of the Statute. This is an extreme example, but it illustrates the idea that simply because a fact is material does not mean that it can be relied upon to create a fundamentally different narrative of the case.

²⁹ *Lubanga* Regulation 55 Appeals Judgment, para. 97.

control as the supreme commander.³⁰ All of a sudden, these individuals – who are not identified³¹ – are thus transformed by the Majority from a legion of blindly obedient and ‘fungible’³² executants, who automatically complied³³ with Germain Katanga’s orders (and whose personal intentions were therefore irrelevant in the sense of Article 25(3)(a)) to a ‘group of persons acting with a common purpose’ (in the sense of Article 25(3)(d)). At the same time, Germain Katanga is demoted from a leader with almost total control (in the sense of Article 25(3)(a)) to an accomplice who is now supporting the criminal common purpose of an unidentified subsection of his former subordinates (in the sense of Article 25(3)(d)).³⁴ Needless to say, the purported ‘common purpose’ of this undetermined criminal group is nowhere to be found in the Confirmation Decision.³⁵ This, in my view, is the kind of “drastic change” which the ICTY Appeals Chamber warned against even in cases where all possible forms of criminal responsibility were charged.³⁶

3. Conclusion

23. For these reasons, I am firmly of the opinion that the Majority’s 25(3)(d) Notice Decision is in violation of the terms of Regulation 55(1) and therefore risks also violating the restrictions imposed by Article

³⁰ See 25(3)(d) Notice Decision, para. 25, note 38 referring to Confirmation Decision, para. 540.

³¹ I note that the reference in paragraphs 25, 27 and 29 of the 25(3)(d) Notice Decision to paragraph 543 of the Confirmation Decision is inadequate.

³² Confirmation Decision, para. 516.

³³ Confirmation Decision, para. 517.

³⁴ The Majority’s reference in paragraph 29 of the 25(3)(d) Notice Decision to “commanders and combatants of the Walendu-Bindi collectivity” is insufficient in this regard.

³⁵ The Majority’s ambivalent suggestion in paragraph 29 of the 25(3)(d) Notice Decision, that the common purpose requirement of Article 25(3)(d) can be somehow satisfied by the mere concerted action of a number of individuals, flies in the face of the clear wording in the English version of this article, as well as the jurisprudence of this Court. See Pre-Trial Chamber I, *Prosecutor v. Mbarushimana*, Decision on the Confirmation of Charges, 16 December 2011, ICC-01/04-01/10-465-Red, para. 271.

³⁶ See ICTY, Appeals Chamber, *Prosecutor v. Kupreskic*, IT-95-16-A, Judgment, 23 October 2001, paras. 93, 115-125.

74(2) of the Statute. This in itself would be a sufficient reason for me to dissent from the Majority.

24. However, even assuming that the above considerations did not apply, I would still disagree with the Majority, because I believe that it is not possible to apply Regulation 55 at this stage of the proceedings without seriously violating several rights of the defence as well as a number of fundamental duties of the Chamber itself, as I will explain in what follows.

III. SECOND STEP: THE 25(3)(D) NOTICE DECISION IS UNFAIR

25. The guarantees contained in paragraphs (2) and (3) of the Regulation are not, in and by themselves, sufficient to ensure a fair trial. The Trial Chamber is bound by its general obligation to ensure that the trial is fair and expeditious (Article 64(2)) and must guarantee that the rights provided in Article 67 are fully respected.

26. The Majority acknowledges that Article 67 of the Statute is relevant in evaluating a proposed recharacterisation³⁷ and believes that its 25(3)(d) Notice Decision is taken in the fullest respect of these rights.³⁸ I respectfully disagree. First and foremost, I believe that, with the 25(3)(d) Notice Decision, the Majority threatens the right to a fair and impartial proceeding. Second, I am of the view that that a recharacterisation to Article 25(3)(d)(ii) was not reasonably foreseeable to the defence, thus putting the accused's rights under both Article 67(1)(a) and 67(1)(g) in jeopardy. Finally, I believe that triggering Regulation 55 at this point in the proceedings creates an undue delay

³⁷ 25(3)(d) Notice Decision, para. 13.

³⁸ 25(3)(d) Notice Decision, paras. 20, 34, 40, 44, 46, 52.

under Article 67(1)(c) and is incompatible with the Trial Chamber's obligation under Article 64(2) to ensure that the trial is expeditious.

1. With the 25(3)(d) Notice Decision, the Majority threatens the right to a fair and impartial proceeding

27. Article 67(1) of the Statute guarantees that the accused receive "a fair hearing conducted impartially". The Majority argues that it is impossible to say that triggering Regulation 55 in the deliberations stage of the proceedings is unfair.³⁹ This may be true in abstract terms. Nevertheless, I am of the view that, by triggering Regulation 55 to change the mode of liability at the end of the deliberation stage in the current proceedings against Germain Katanga, the Majority has violated its obligation to ensure that this trial is conducted fairly and impartially.

28. No mention was made of the possibility of applying Article 25(3)(d)(ii) in this case until today. Rendering the 25(3)(d) Notice Decision so late in these proceedings may therefore create the unpalatable suspicion that the Chamber is intervening to ensure the conviction of Germain Katanga.

29. The Majority indicates that its impartiality is not affected because it has not yet focused on the accused's liability under Article 25(3)(d)(ii).⁴⁰ However, the Majority contradicts this unlikely assertion in the same paragraph, where it emphasises that its decision to trigger Regulation 55 was made after attentively reviewing all the evidence and submissions in the case.⁴¹ Indeed, it would be utterly frivolous for the Majority to give notice of such a drastic potential change in legal

³⁹ 25(3)(d) Notice Decision, para. 15.

⁴⁰ 25(3)(d) Notice Decision, para. 19.

⁴¹ 25(3)(d) Notice Decision, para. 19.

characterisation at the very end of the proceedings, without having carefully evaluated its chances for success. Not wishing to contemplate such irresponsible behaviour on the part of my colleagues, I can therefore only assume that they have looked at all of the evidence in light of Article 25(3)(d)(ii) and have determined that, to their minds, it provides a strong possibility for conviction.

30. The suspicion that the Majority has already – at least provisionally – made up its mind is further strengthened by the fact that the prosecution, whose role it is to provide the charges,⁴² made no efforts to incorporate Article 25(3)(d) into its charges. The arrest warrant application regarding Germain Katanga was based solely on Article 25(3)(b).⁴³ After Pre-Trial Chamber I noted *proprio motu* that Article 25(3)(a) may also apply on these facts,⁴⁴ the prosecution charged Germain Katanga under Article 25(3)(a) and 25(3)(b) as alternatives.⁴⁵ The charges were confirmed on the basis of Article 25(3)(a) only. The Pre-Trial Chamber noted in the Confirmation Decision that its findings on indirect co-perpetration “render[ed] moot further questions of accessory liability”.⁴⁶ Although pre-trial chambers to date have been resistant to confirm alternative charges,⁴⁷ I still consider it meaningful that the prosecution made no allegations under Article 25(3)(d), even in

⁴² Article 61(3) of the Statute (document containing the charges “on which the Prosecutor” intends to bring the person to trial); Article 61(7)(c)(ii) of the Statute (when amending charges pre-confirmation, Pre-Trial Chamber can only “request the Prosecutor to consider” amending a charge); Article 61(9) of the Statute (after confirmation of charges but before the trial has begun, the prosecution may amend the charges with the permission of the Pre-Trial Chamber); Rule 121(3) of the Rules (prosecution function to provide a detailed description of the charges).

⁴³ See Pre-Trial Chamber I, *Prosecutor v. Katanga and Ngudjolo*, Decision on the evidence and information provided by the Prosecution for the issuance of a warrant of arrest for Germain Katanga, 12 February 2008, ICC-01/04-01/07-4, para. 54 (originally rendered 6 July 2007).

⁴⁴ Pre-Trial Chamber I, *Prosecutor v. Katanga and Ngudjolo*, Decision on the evidence and information provided by the Prosecution for the issuance of a warrant of arrest for Germain Katanga, 12 February 2008, ICC-01/04-01/07-4, para. 60 (originally rendered 6 July 2007).

⁴⁵ Confirmation Decision, paras. 469-470.

⁴⁶ Confirmation Decision, para. 471.

⁴⁷ See *supra* note 5.

the alternative, and that Germain Katanga never had to defend against Article 25(3)(d) at any point during these proceedings. If the prosecution did not bring its charges on the modes of liability most likely to lead to a conviction, then the Chamber should be particularly wary of doing this work instead.

31. The Majority's decision creates the perception that: (i) they would have had to acquit Germain Katanga on the indirect co-perpetration charges which he is facing and (ii) that Article 25(3)(d)(ii) is seen as a provision which could sustain a conviction. This perception is created because, had the Majority been prepared to convict the accused under Article 25(3)(a), then it stands to reason that they would have just convicted on that basis, rather than resorting to a Regulation 55(2) notice decision.

32. While the Majority proclaims that it has not reached any final verdict yet⁴⁸ and that its 25(3)(d) Notice Decision is in part triggered by "fair labelling" concerns⁴⁹ rather than the wish to reach a conviction, the very fact of triggering Regulation 55 at the very end of the deliberations at least risks creating a *perception* of partiality which, according to the jurisprudence of this Court, the *ad-hoc* tribunals, and the European Court of Human Rights, is sufficient for a finding that a court has violated its obligation of impartiality.⁵⁰ I can therefore but conclude that the 25(3)(d) Notice Decision is incompatible with the Trial Chamber's duties under Article 67(1) of the Statute and may even

⁴⁸ 25(3)(d) Notice Decision, para. 42.

⁴⁹ 25(3)(d) Notice Decision, para. 8.

⁵⁰ See Presidency, *Prosecutor v. Banda and Jerbo*, Decision of the plenary of the judges on the "Defence Request for the Disqualification of a Judge" of 2 April 2012, 5 June 2012, ICC-02/05-03/09-344-Anx, paras. 10-1. See also ICTY, Appeals Chamber, *The Prosecutor v. Furundzija*, Case No. IT-95-17/1-A, Judgement, 21 July 2000, para. 189; ICTR, Trial Chamber, *Prosecutor v. Sikubwabo*, ICTR-95-1D-R11bis, Trial Chamber, Decision on Prosecutor's Request for Referral, 26 March 2012 paras. 121-125; ECtHR, *Piersack v. Belgium*, No. 8692/79, Judgment, 1 October 1982, para. 30; House of Lords, *R. v Sussex Justices Ex p. McCarthy*, [1924] 1 K.B. 256, 259 (Opinion of Lord Hewart) ("[I]t is not merely of some importance but is of fundamental importance that justice should not only be done, but should manifestly and undoubtedly be seen to be done.").

be seen as imposing an onus of rebuttal on the defence, in clear violation of Article 67(1)(i).

33. I am mindful of Article 69(3) of the Statute, which allows the Trial Chamber to request the submission of all evidence that it considers necessary for the determination of the truth. The Majority indeed emphasises how the search for the truth is the sole aim of the Chamber and that it is to decide on the guilt of the accused and not the “*qualification*” applied by the Pre-Trial Chamber and developed by the prosecution throughout the trial.⁵¹

34. I am not persuaded that trial chambers have an unqualified truth seeking mission. There is no equivalent to the prosecution’s duty under Article 54(1)(a) of the Statute, and Article 69(3) alone could not serve as a legal basis to entertain that proposition. In any event, I do not believe that this mission, should it exist, takes precedence over the Trial Chamber’s core mission, which is to decide whether, upon the evidence produced at trial, the charges against the accused have been proven beyond a reasonable doubt.

35. Indeed, as the Chamber previously acknowledged, its truth-seeking mission (to the extent it has one) is restricted to the facts and circumstances described in the charges.⁵² It is therefore not a license to start an independent investigation. To the extent that the Chamber has, as the Majority assumes, a general “truth seeking mission” such an objective cannot justify an encroachment by the Trial Chamber on the role of the prosecution. In fact, by moving the factual goalposts of the case in the name of pursuing the truth, the Majority is essentially

⁵¹ 25(3)(d) Notice Decision, para. 8. I fail to see however, how paragraph 77 of the *Lubanga* Regulation 55 Appeals Judgment, quoted by the Majority, supports this proposition.

⁵² Trial Chamber II, *Prosecutor v. Katanga and Ngudjolo*, Decision on the Filing of a Summary of the Charges by the Prosecutor, 29 October 2009, ICC-01/04-01/07-1547-tENG, para. 27.

stepping into the shoes of the prosecution, a position no judge should ever find him or herself in.

2. *A recharacterisation to Article 25(3)(d) was not reasonably foreseeable to the defence, thus putting the accused's rights under both Article 67(1)(a) and 67(1)(g) in jeopardy*

36. I consider the 25(3)(d) Notice Decision to have been entirely unforeseeable to the defence. Moreover, it is rendered at a point in the proceedings when the defence is unable to effectively respond to it. Article 67(1)(a) of the Statute requires that the accused is to be "informed promptly and in detail of the nature, cause and content of the charge". Article 67(1)(g) of the Statute guarantees the accused the right "not to be compelled to testify or to confess guilt and to remain silent"; this right can be implicated by a Regulation 55(2) decision if the Chamber uses the accused's own testimony at trial as a justification for considering recharacterisation. I am of the view that both of these rights are infringed by the Majority's approach.

The right to be informed promptly and in detail of the nature, cause and content of the charge (Article 67(1)(a))

37. The 25(3)(d) Notice Decision has been proposed at the very end of the deliberations portion of the proceedings. On 24 November 2009, Germain Katanga pleaded not guilty to charges of "indirect co-perpetration" under Article 25(3)(a). The defence has articulated and fully realised its defence against the charges thus formulated. The defence has made all its arguments and examined all witnesses called by the prosecution and the defence. Germain Katanga has decided to testify and has defended himself against the charge of "indirect co-perpetration" as confirmed by the Pre-Trial Chamber.

38. In this case, the novel mode of liability identified by the Pre-Trial Chamber as “indirect co-perpetration”,⁵³ has been a central and live issue since the very beginning of trial proceedings. In October 2009, the Trial Chamber asked the parties and participants to express their views on the Pre-Trial Chamber’s interpretation of Article 25(3)(a),⁵⁴ yet it failed to rule on them. Had the Chamber made a ruling on these submissions at an earlier stage, then the issues which give rise to the 25(3)(d) Notice Decision might have been identified a long time ago.

39. By concentrating its efforts on disproving the common plan to wipe out Bogoro (in the sense of Article 25(3)(a)), the Katanga Defence sought primarily to refute the prosecution’s allegation that Germain Katanga intended to commit the charged crimes through implementing a common plan between himself and Mathieu Ngudjolo that encompassed the commission of particular crimes.⁵⁵ The defence only summarily addressed whether the commission of the charged crimes was foreseeable, and did so only in relation to an alternative common plan that it advanced, namely that of EMOI’s objective of retaking control over Ituri, of which the attack on the UPC military base at

⁵³ Confirmation Decision, paras. 490-492.

⁵⁴ Both defence teams asked the Chamber to reject the Pre-Trial Chamber’s interpretation of Article 25(3)(a). Katanga Defence, *Prosecutor v. Katanga and Ngudjolo*, Defence for Germain Katanga’s Pre-Trial Brief on the Interpretation of Article 25(3)(a) of the Rome Statute, 30 October 2009, ICC-01/04-01/07-1578-Corr; Ngudjolo Defence, *Prosecutor v. Katanga and Ngudjolo*, Mémoire de la Défense de Mathieu Ngudjolo sur l’interprétation de l’article 25(3)(a) du Statut de Rome, 28 October 2009, ICC-01/04-01/07-1569. Though the prosecution adhered to the control over the crime theory, it asked the Chamber to “revisit or closely examine” two elements of the Pre-Trial Chamber’s interpretation. Prosecution, *Prosecutor v. Katanga and Ngudjolo*, Prosecution’s Pre-Trial Brief on the Interpretation of Article 25(3)(a), 19 October 2009, ICC-01/04-01/07-1541. The final submissions of the Defence for Germain Katanga again challenged the validity of the control over the crime theory and reiterated its arguments raised in October 2009. Katanga Defence, *Prosecutor v. Katanga and Ngudjolo*, Public Redacted Version - Second Corrigendum to the Defence Closing Brief, 29 June 2012, ICC-01/04-01/07-3266-Corr2-Red, paras. 1111-1112; Trial Chamber II, *Prosecutor v. Katanga and Ngudjolo*, 21 May 2012, ICC-01/04-01/07-T-338-RED-ENG-WT, p. 18-19, 52 *et. seq.*

⁵⁵ Katanga Defence, *Prosecutor v. Katanga and Ngudjolo*, Second Corrigendum to the Defence Closing Brief, 29 June 2012, ICC-01/04-01/07-3266-Corr2-Red (“Katanga Defence Final Brief”), paras. 1130-1320.

Bogoro was an important part.⁵⁶ Had the Katanga Defence been able to reasonably foresee the possibility that the charges would be recharacterised under Article 25(3)(d)(ii), it may well have adopted a different defence strategy.

40. In view of the circumstances identified above, I fail to see how the 25(3)(d) Notice Decision could be consistent with Germain Katanga being “promptly” informed of the charges in accordance with Article 67(1)(a). Notice under Regulation 55(2) “shall” be given “[i]f, at any time during the trial, it appears to the Chamber that the legal characterisation of facts may be subject to change”. In my view, this language means that, though the Chamber’s decision to give notice under Regulation 55(2) is discretionary, the Chamber is under an ongoing obligation to remain vigilant in considering whether to trigger Regulation 55. I do not believe that the 25(3)(d) Notice Decision, which comes a year after the last witness was heard and nine months after the closure of the evidence presentation, can be reconciled with the duty of diligence which rests upon the Chamber.

41. If the Majority can argue that the defence should have been able to foresee an Article 25(3)(d) recharacterisation, then it seems equally reasonable for the defence to argue that the Majority should have been able to foresee this possibility as well and give notice at a point that would have provided for a more effective evidence presentation.

The “lesser included offence” - argument

42. In the context of a section discussing Article 67(1)(a) of the Statute, the Majority also argues that its decision is somehow justified because the elements of Article 25(3)(d) are necessarily subsumed by the elements

⁵⁶ Katanga Defence Final Brief, paras. 1318-1320.

of Article 25(3)(a).⁵⁷ This argument is misguided. The notion from many domestic legal systems that charging an accused with the “higher” offence automatically puts him/her on notice of the “lesser included” offence (for example, robbery includes theft) does not apply when discussing Article 25(3)(a) and 25(3)(d). According to the ICTY Appeals Chamber, a lesser included offence is one where “it is not possible to commit the more serious offence without also committing the lesser included offence”.⁵⁸

43. On this definition, it cannot be said that Article 25(3)(d) liability is a “lesser included” mode of liability under the interpretation of Article 25(3)(a) confirmed by the Pre-Trial Chamber.⁵⁹ Under the Pre-Trial Chamber theory, Article 25(3)(a) requires a contribution to the common plan,⁶⁰ whereas Article 25(3)(d) requires a contribution to the crime itself.⁶¹ The Majority errs on this point, because it focuses on the obvious point that if essential contributions are proven, this implies that less-than-essential contributions are proven as well.⁶² However, what the Majority fails to acknowledge is that proof of an essential contribution *to a plan* (Article 25(3)(a)) does not necessarily mean proof of a non-essential contribution *to a crime* (Article 25(3)(d)). Accordingly, Article 25(3)(a) liability can be proven without proving Article 25(3)(d)(ii) liability; the latter provision is therefore not a “lesser included” mode of liability.

⁵⁷ 25(3)(d) Notice Decision, para. 33.

⁵⁸ ICTY, Appeals Chamber, *Prosecutor v. Kunarac et al*, Judgement, IT-96-23/1-A, 12 June 2002, para. 170. *See also* Black’s Law Dictionary (9th ed. 2009) (“A crime that is composed of some, but not all, of the elements of a more serious crime and that is necessarily committed in carrying out the greater crime”).

⁵⁹ In making this point, I wish to emphasise that I am not necessarily endorsing the Pre-Trial Chamber’s interpretation of Article 25(3).

⁶⁰ Confirmation Decision, paras. 525-526. *See also* Trial Chamber I, *Prosecutor v. Lubanga*, Judgment pursuant to Article 74 of the Statute, 14 March 2012, ICC-01/04-01/06-2842, para. 1000.

⁶¹ *See* Pre-Trial Chamber I, *Prosecutor v. Mbarushimana*, Decision on the Confirmation of Charges, ICC-01/04-01/10-465-Red, 16 December 2011, para. 283.

⁶² 25(3)(d) Notice Decision, para. 33.

44. Even if charges under Article 25(3)(d)(ii) could be classified as lesser included offences under Article 25(3)(a), the fairness in convicting someone of a lesser included offence fundamentally depends on the defence having sufficient certainty of this possibility. The defence only needs to respond to the elements of the offences charged to secure an acquittal. Unless the defence is put on clear notice that the lesser included offence is in play, then it cannot be blamed for concentrating its efforts at rebutting the allegations actually charged. As such, by springing Article 25(3)(d)(ii) at the end of the trial, the Katanga defence may have conceded or less vigorously contested certain points of fact that it might have contested differently had it been properly informed. There is nothing “lesser” about any of this; it is nothing short of the Chamber co-opting a valid defence and turning it against the accused.

The right to remain silent (Article 67(1)(g))

45. Furthermore, for the Majority to rely upon Germain Katanga’s testimony to justify the 25(3)(d) Notice Decision⁶³ aggravates the unfairness of this decision, particularly if this testimony ends up being dispositive as to whether Germain Katanga is ultimately convicted under Article 25(3)(d)(ii). On 13 September 2011, before either accused testified, the Chamber emphasised that any cross-examination of the accused “must be strictly related to the charges” (“13 September 2011 Decision”).⁶⁴ Germain Katanga testified in the context of an indirect co-perpetration case, and it was reasonable for the accused to not have contemplated Article 25(3)(d)(ii) when he chose to testify and waived his right to remain silent. Needless to say, had Germain Katanga

⁶³ See 25(3)(d) Notice Decision, para. 51.

⁶⁴ Trial Chamber II, *Prosecution v. Katanga and Ngudjolo*, Decision on the request of the Defence for Mathieu Ngudjolo to obtain assurances with respect to self-incrimination for the accused, 13 September 2011, ICC-01/04-01/07-3153, para. 11.

known he had to defend himself against Article 25(3)(d)(ii) as well, then it cannot be discounted that he may not have testified.

46. The Chamber gave Germain Katanga no warning, in the 13 September 2011 Decision or at any other point, that a potential consequence of his testimony could be a recharacterisation of the facts under Regulation 55. Not only did the Chamber not give the slightest indication when the accused made statements which the Majority is now contemplating to use against him on a legal characterisation that was not part of the charges, it even questioned the accused at length. To the extent that part of the testimony of the accused may have been obtained in this manner, I am extremely uncomfortable with a Chamber, however inadvertently, setting an accused up for failure in this way.

47. I disagree with the Majority that the mere existence of Regulation 55 is sufficient notice that the legal characterisation of facts may be subject to change.⁶⁵ In other words, it cannot be tenably argued that the defence should, throughout the case, have adjusted its arguments in anticipation of the possibility of a 25(3)(d) Notice Decision or any other form of recharacterisation, no matter how creative or unpredictable, simply because Regulation 55 is part of the Court's statutory instruments. If that were the case, there would be no point in having specific charges, and the defence would have to anticipate changes at any moment, even at the end of the case. This approach is fundamentally at odds with Regulation 52 of the Regulations,⁶⁶ the

⁶⁵ 25(3)(d) Notice Decision, para. 52.

⁶⁶ The regulation provides:

[t]he document containing the charges referred to in Article 61 shall include:

(a) The full name of the person and any other relevant identifying information;

efficient conduct of proceedings and the very concept of articulating legal characterisations in criminal charges. The European Court of Human Rights has clearly stated that a statutory provision that allows for recharacterising facts is not, in and of itself, sufficient to confer adequate notice to an accused.⁶⁷ It therefore can not be sustained that Regulation 55, by its very existence, is sufficient warning.

3. The amount of time needed to effectively respond to the 25(3)(d) Notice Decision would necessarily create an unfair delay

48. The 25(3)(d) Notice Decision also has severe implications for the timeframe of these proceedings. Article 67(1)(b) of the Statute gives the accused the right “to have adequate time and facilities for the preparation of the defence”. This right is of such significance in the present context that it is recapitulated with additional language in Regulation 55(3)(a), which provides that the accused must be given “adequate time and facilities for the *effective* preparation of his or her defence”.⁶⁸ Article 67(1)(c) of the Statute also guarantees the right of the accused “to be tried without undue delay”.

49. If the Majority proceeds to examine the facts under Article 25(3)(d)(ii), the accused will have to defend himself against a new mode of

(b) A statement of the facts, including the time and place of the alleged crimes, which provides a sufficient legal and factual basis to bring the person or persons to trial, including relevant facts for the exercise of jurisdiction by the Court;

(c) A legal characterisation of the facts to accord both with the crimes under articles 6, 7 or 8 and the precise form of participation under articles 25 and 28.

⁶⁷ The Court held: “34. Thus, in order that the right to defence be exercised in an effective manner, the defence must have at its disposal full, detailed information concerning the charges made, including the legal characterisation that the court might adopt in the matter. This information must either be given before the trial in the bill of indictment or at least in the course of the trial by other means such as formal or implicit extension of the charges. *Mere reference to the abstract possibility that a court might arrive at a different conclusion than the prosecution as regards the qualification of an offence is clearly not sufficient*”. European Court of Human Rights, *I.H. and Others v. Austria*, Judgment, 20 April 2006, No. 42780/98, paras. 32-34 (emphasis added). This case is particularly relevant because of Article 21(3) of the Statute: “[t]he application and interpretation of law pursuant to this article must be consistent with internationally recognized human rights [...]”.

⁶⁸ Emphasis added.

criminal responsibility. This may have the effect of triggering an entirely new trial, as the bulk of the evidence which the defence for Germain Katanga introduced in this case is irrelevant to Article 25(3)(d)(ii). To meaningfully defend itself against the charges under Article 25(3)(d)(ii), the defence may therefore have to present an entirely new case. Accordingly, allowing the accused to fully exercise his rights under Article 67(1)(b) of the Statute and Regulation 55(3)(a) - as the Chamber must when it triggers Regulation 55 - risks causing a *per se* undue delay under Article 67(1)(c) of the Statute, as it would entail lengthy additional proceedings at a point in time where the trial should already have come to an end. Surely, the undue delay cannot reasonably be blamed on the defence, which is entitled to exercise its rights to the fullest extent.

50. The Majority may be right in arguing that there is no formal obstacle that would prevent Regulation 55 from being triggered in the deliberation stage of the proceedings.⁶⁹ However, it is highly questionable whether, in the particular circumstances of this case, postponing the rendering of the Article 74 decision until the end of the long process that will inevitably follow the 25(3)(d) Notice Decision is still capable of complying with Article 67(1)(c) of the Statute.

51. International human rights bodies have emphasised that what constitutes an undue delay must be determined on a case-by-case assessment, which takes into consideration the complexity of the case, the conduct of the accused, and the manner in which the matter was dealt with by the administrative and judicial authorities.⁷⁰ Applying

⁶⁹ 25(3)(d) Notice Decision, para. 20.

⁷⁰ Human Rights Committee, General Comment No. 32, 23 August 2007, para. 35. Other human rights courts have largely agreed with the HRC's criteria for assessing whether someone has been tried without undue delay or not in a reasonable time. *See* Inter-American Commission on Human Rights,

these criteria to the case against Germain Katanga, I do not think they can reasonably lead to any other conclusion than that the 25(3)(d) Notice Decision risks causing an undue delay. First, the factual complexity of the case does not justify such a delay. The charges are based on one single attack on one single town on one single day, which make the case factually less complex than many other cases before international courts and tribunals. Second, the accused has presented his defence in a sufficiently diligent manner and no substantial delays can be attributed to him. Third, any substantial delay caused by the 25(3)(d) Notice Decision would be entirely attributable to the Majority itself.

52. The Majority argues that its approach does not inevitably lead to an undue delay at this stage of the proceeding,⁷¹ but, as I have argued, the Majority's decision would inevitably lead to an undue delay if the accused is given adequate time to react to the proposed recharacterisation, as he is entitled to under Article 67(1)(b) of the Statute. If a recharacterisation cannot be made fairly, then giving notice of such a recharacterisation cannot be justified.

4. Conclusion

53. In sum, a 25(3)(d) Notice Decision at this late point in the trial causes irreparable prejudice to the accused, which the guarantees provided in paragraphs (2) and (3) of Regulation 55 cannot repair. While acknowledging, as the Majority sustains, that it is not *per se* prohibited

Case 10.037 (Argentina), Resolution n° 17/89, 13 April 1989, paras. 11(a) and (s), 17(7); Inter-American Commission on Human Rights, *Case 11.245 (Jorge A. Gimenez v. Argentina)*, Report, 1 March 1996, para. 111; European Court of Human Rights, *Rajak v. Croatia*, Judgment, 28 June 2001, No. 49706/99, para. 39; European Court of Human Rights, *Thlimmenos v. Greece*, Judgment, 6 April 2000, No. 34369/97, paras. 60, 62.

⁷¹ 25(3)(d) Notice Decision, para. 46.

to trigger Regulation 55 in the deliberation stage of the proceedings, it is my view that, in the current stage of the proceedings against Germain Katanga, the 25(3)(d) Notice Decision cannot be implemented fairly. I therefore conclude that the 25(3)(d) Notice Decision is incompatible with Articles 67(1)(a), (b), (c), (g) and (i) of the Statute. I am furthermore of the view that the only way for the Trial Chamber to respect Article 64(2) and the relevant paragraphs of Article 67(1) of the Statute, would be to render its Article 74 decision now.

IV. FINAL OBSERVATIONS

54. In my view, the Majority's application of Regulation 55 can only be understood as a consequence of a fundamental misconstruction of the adversarial process. While it is open, under Article 64(8)(b) of the Statute, to conduct trial proceedings differently, it has been a deliberate choice of this Trial Chamber to conduct the proceedings in an adversarial manner.⁷² Although the Chamber reserved the right to order the production of all evidence that it considered necessary for the determination of the truth⁷³ (a *discretionary* power as stipulated in Article 69(3) of the Statute), the trial was essentially organised in an adversarial manner.⁷⁴

55. In inquisitorial systems, the main responsibility for fact-finding is centralised in the hands of a neutral magistrate and the evidence is largely collected before the start of the actual trial. Thus, applying the legal recharacterisation that the Majority is proposing in that kind of system is not likely to give rise to the same concerns as the ones voiced

⁷² Trial Chamber II, Directions for the conduct of the proceedings and testimony in accordance with rule 140, 30 November 2009, ICC-01/04-01/07-1665-Corr ("Rule 140 Decision").

⁷³ Rule 140 Decision, para. 3.

⁷⁴ The fact that paragraph 7 of the Rule 140 Decision foresaw the possibility of calling further witnesses after the defence teams had concluded their case did not fundamentally change the adversarial nature of the trial. In any event, the Chamber did not avail itself of this option, and no further evidence was called after the defence finished their cases.

in this opinion. Indeed, in such a procedural model, the entire evidence of the case is centralised in a shared dossier, the contents of which are known to the parties and participants right from the start of the proceedings. The Chamber trying the case can freely decide which evidence to call and rely upon, independently of the parties.

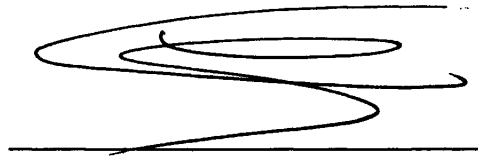
56. By contrast, in adversarial proceedings, the spectrum of available evidence is more limited and, crucially, determined by what the parties actually proffer. What evidence the defence will present is a direct reaction to what the charges are. If the defence had known that a conviction under Article 25(3)(d)(ii) was a possibility, it may not have presented precisely those items of evidence which the Majority now bases itself on for the 25(3)(d) Notice Decision.

57. An analysis of whether a given invocation of Regulation 55 is fair must thus be done on a case by case assessment in light of the Court's procedural structure and must be mindful of how the trial has been conducted when a recharacterisation is proposed. The Majority's reference to cases from the European Court of Human Rights, concerning late recharacterisations in particular domestic contexts, which were found not to be rights violations,⁷⁵ is therefore of limited interest. In the end, all that matters is whether *this* proposed recharacterisation is fair in light of the way in which *this* trial has been conducted.

58. For the reasons set out in this dissent, I consider the Majority's decision to be in violation of Regulation 55(1), Article 64(2) and Articles 67(1)(a), (b), (c), (g) and (i) of the Statute.

⁷⁵ See e.g. 25(3)(d) Notice Decision, para. 16.

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

A handwritten signature in black ink, consisting of several loops and a long horizontal stroke at the bottom, positioned above a solid horizontal line.

Judge Christine Van den Wyngaert

Dated this 21 November 2012

At The Hague, The Netherlands