

DJF

CR 2008/2 (translation)

CR 2008/2 (traduction)

Tuesday 22 January 2008 at 10 a.m.

Mardi 22 janvier 2008 à 10 heures

8 The PRESIDENT : Please be seated. The sitting is open. The Court meets today to hear the continuation of the first round of oral argument of the Republic of Djibouti, and I give the floor to Professor Condorelli.

Mr. CONDORELLI:

PRINCIPLES AND RULES OF THE CONVENTION ON MUTUAL ASSISTANCE IN CRIMINAL MATTERS BETWEEN THE GOVERNMENT OF THE REPUBLIC OF DJIBOUTI AND THE GOVERNMENT OF THE FRENCH REPUBLIC OF 27 SEPTEMBER 1986

1. The principles of the 1986 Convention

1. Madam President, Members of the Court, the time has come to focus attention on the 1986 Convention on Mutual Assistance in Criminal Matters. I emphasize that my task in this connection is to outline the principles and rules of the Convention relevant to the settlement of the present dispute and to submit to the Court Djibouti's view as to their interpretation. Of course, the statement that follows seeks to bring out the points of agreement and disagreement between the Parties in this matter, and to clarify the reasons that should enable the Court to reject the interpretation advocated by France and to give effect to the Applicant's arguments. Then, with your permission, Madam President, I will yield my place at the bar to the Deputy Agent of Djibouti, Mr. van den Biesen, who, as I have already stated, will analyse the facts of the case and will show that in this instance France has violated the central obligation under the Convention, to afford Djibouti "the widest measure" of mutual assistance, by refusing to execute the letter rogatory issued by Djibouti concerning the *Borrel* case.

2. Madam President, the fact that there is agreement between the Parties that the 1986 Convention is still in force between them and is fully binding can be used as the starting-point. The Parties' written pleadings also show that they are in agreement in acknowledging that the main provisions of immediate importance for the purposes of the dispute that divides them are Articles 1 (para. 1), 2, 3 (para. 1) and 17. In short, Article 1 commits the two States to afford each other "the widest measure of mutual assistance". Article 2 gives the reasons for which mutual assistance might be refused. Article 17 stipulates that "reasons shall be given" for any refusal of mutual assistance. Lastly, Article 3 is particularly concerned with "letters

9

rogatory” and requires the requested State to “execute in accordance with its law” these letters rogatory. This is quite a common legal arrangement in treaties of this kind and is simple and clear, at first sight at least. It might be said, if these various elements are linked together as a summary, that there is one rule, namely that the requested State must do everything possible to afford the mutual assistance requested (including assistance in respect of letters rogatory) and one exception: the one that allows the requested State to refuse mutual assistance, but only for one or other of the three reasons listed. However, there can be no refusal of mutual assistance without giving reasons for such refusal.

3. The Republic of Djibouti is well aware of the obligations that Article 60 of the Rules of Court imposes on the Parties with regard to oral statements, which must be guided by the need for the sound administration of justice and be directed “to the issues that still divide the parties”. With this end in view, in order to help the Court to identify precisely those questions of interpretation of the 1986 Convention which really divide the Parties in their written pleadings and so have to be resolved by the Court, it seems appropriate to suggest at the outset that the real points in dispute all centre mainly on the interpretation of Articles 1, 2 (*c*) and 17 of the Convention, and of course on the relationship that exists between their relative provisions. As for the rest, if we look at the substance, leaving aside even marked differences in tone or vocabulary, and if we refuse to attach too much importance to minor details and to contentious remarks relating essentially to the use of certain expressions on one side or the other, in my view it cannot be said that there is any real fundamental disagreement.

4. To start with, let us take Article 1, the first of the “General Provisions” applicable in all the areas covered by the Convention: it deals with the Parties’ commitment “to afford each other, in accordance with the provisions of this Convention, the widest measure of mutual assistance”. According to the French Counter-Memorial, if the Parties made a point of establishing that there must be the widest measure of mutual assistance, “it is because they were contemplating cases where that would be impossible, all the while desiring that such cases should be rare”¹. Well, Madam President, no one could dispute such an obvious fact! Just as no one could dispute that

¹CMF, p. 27, para. 3.35.

mutual assistance must be afforded “in accordance with the provisions of this Convention”, thereby making reference to the rest of the document, “including Article 2 concerning refusals of assistance”, as is emphasized by France². It is very well said, just as it is very well said that the general provisions of Articles 1 and 2 are obviously applicable to the international letters rogatory that are the subject of Article 3, as well as to all the other forms of mutual assistance governed by the Convention³, thus indisputably implying that letters rogatory also must be executed in “the widest measure”, except only for cases in which a refusal would be justified on the basis of Article 2. In short, even if according to the wording of Article 3 the requested State is under an obligation to respond positively to letters rogatory presented, such a duty cannot be described as “an obligation of result”⁴, as France rightly suggests, since Article 2 specifically provides for the possibility that a certain request may not be met for a reason expressly allowed by the Convention.

5. However, it is important to stress that the obligation to afford each other “the widest measure” of mutual assistance should not be interpreted too narrowly, as the Respondent seems to be doing. The 1986 Convention asks each party to do its utmost to meet the needs of the other party for mutual assistance. In other words, it would be simplistic to read Article 1 as confining itself to requiring that mutual assistance must be afforded when there is no remaining reason for refusal. Article 1 goes well beyond this: its role and scope are much wider and more important, because it commits both States to full, sincere, prompt and efficient co-operation in the matter, based on the friendship and mutual respect which should define their relations according to the 1977 Treaty; yesterday I presented to the Court the aspects of that Treaty which are further relevant to the settlement of this dispute.

6. I now return to the points of agreement between the Parties, to which I referred a short time ago. Clarification is required on this issue. This is because nowhere does the Counter-Memorial assert, in so many words and with the lucidity that would be desirable, that since there must be the widest measure of mutual assistance, the only cases in which the Convention allows the argument that it is impossible are those arising from the exhaustive and

²*Ibid.*

³CMF, p. 27, para. 3.36.

⁴*Ibid.*

closed list in Article 2. Of course, France does not dare to allege openly anywhere that subsequent grounds for refusal would be admissible, but it does maintain a kind of vagueness on this point, for example when it states that “Article 2 . . . *distinguishes* three grounds for refusal”. But no, Madam President: Article 2 does not *distinguish* three grounds, by emphasizing them among others that are, so to speak, “*indistinct*”! Article 2 fixes and defines the scope of the only three grounds for refusal to which the Parties might resort, and thereby prohibits recourse to other grounds, whatever they may be. It is also very vague and inaccurate to state that Article 2 expressly provides that “mutual assistance may be refused”⁵, full stop. But no, Madam President! Article 2 expressly provides that mutual assistance can be refused *if* (and only *if*) one of the three grounds listed is correctly invoked! I am sure that the Court will find an opportunity to clarify all this, especially if France persists in using such ambiguous language.

2. The meaning of the terms whereby the requested State must execute the letter rogatory presented “in accordance with its law”

7. Clarification is necessary on another point, this time concerning Article 3, a phrase in which states that execution by the requested State of a letter rogatory issued by the other party shall be “in accordance with [the] law” of the former. The Respondent is launching all kinds of vicious accusations against the Applicant, which is allegedly guilty of mistaking the whole meaning of the Article⁶ and giving an incorrect interpretation worthy of being described as “regrettable”⁷. But where is the mistake? Djibouti has never maintained that the letter rogatory should be executed by the requested State without going through the procedure provided for that purpose by its internal law! On the other hand, Djibouti does maintain, and now reiterates with complete confidence before the Court, that the 1986 Convention expressly prohibits this procedure — which indisputably must be followed — from culminating in a refusal of mutual assistance on grounds other than those allowed by Article 2. Should this occur, the requested State would thereby become guilty of a violation of the Convention and would engage its international responsibility for a wrongful act: need I to refer to Article 27 of the Vienna Convention on the Law of Treaties,

⁵*Ibid.*

⁶CMF, p. 25, para.3.26.

⁷CMF, p. 26, para.3.30.

which codifies the indisputable and, as far as I know, undisputed customary principle that a State cannot shelter behind its internal law in order to justify its failure to meet its treaty obligations? Everyone knows that if the internal law of a State hinders the observance by that State of an international treaty by which it has freely decided to be bound, the State concerned must amend its internal law, as the only way of avoiding international responsibility for violation of the treaty in question.

8. This last observation, with which I am sure the Respondent will certainly wish to agree, gives Djibouti the opportunity to provide some information and to remove a misunderstanding as regards the sacrosanct internal constitutional principles of the separation of powers and the independence of the judiciary: according to the Respondent, the interpretation of the 1986 Treaty advocated by Djibouti “would frustrate” the principles in question⁸. But France misinterprets the view expressed by the Applicant. Djibouti has never claimed that, in order to comply with the Convention, France would have to violate these principles by making its executive encroach on the prerogatives of the judiciary in order to compel it to execute a letter rogatory, although we are assured that according to French legislation the decision to execute or refuse such a letter rogatory is within the exclusive jurisdiction of the judiciary. That is not the issue: the issue is that whichever internal authority is competent to execute or refuse a letter rogatory according to the legislation of the requested State, its decision must respect the obligations incumbent upon that State under the Convention, without which the international responsibility of the State would be engaged; and it is pleasing to note that France acknowledges all this in passing⁹.

13

9. In other words, each State has the ultimate power to organize itself as it wishes and is therefore free to decide how to assign various duties and competences among its various executive and judicial bodies, including its own way of seeing the constitutional principle of separation of powers. But this principle, also according to Article 27 of the Vienna Convention, cannot justify any violation whatever of the international obligations incumbent upon the State as a unit and as a subject of international law, whichever organ (executive, judicial or other) of that State is responsible for it. Here again it is hardly necessary to restate Article 4, paragraph 1, of the Articles

⁸CMF, p. 26, para.3.32

⁹CMF, p. 26, para. 3.33.

on Responsibility of States for internationally wrongful acts, according to which “[t]he conduct of any State organ shall be considered an act of that State under international law, whether the organ exercises legislative, executive, judicial or any other functions, whatever position it holds in the organization of the State”. It goes without saying that this also applies if the position of the organ in the organization of the State involves a more or less substantial degree of independence in relation to the executive of that State. The Court stated this in 1999 in the following terms: “the conduct of an organ of a State — even an organ independent of the executive power — must be regarded as an act of that State” (*Difference Relating to Immunity from Legal Process of a Special Rapporteur of the Commission on Human Rights, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1999*, p. 88, para. 63).

10. Moreover, it should be noted that the demands of international life and the obvious interest that each State has in avoiding international responsibility for violation of the international undertakings incumbent upon it as far as possible must normally encourage the Governments of sovereign States, in the light of their central competence in international relations according to most national constitutions, to see that all the organs of the State respect these undertakings and to ensure that the various activities and functions of these organs are in conformity with international law. State Governments should therefore be expected to take all steps permitted by their legislation to ensure that all their organs respect the international undertakings incumbent upon the State. This is what the Memorial of Djibouti intended to show in a passage which shocked the Respondent, for no good reason¹⁰: but if there is a shock for France here, it is certainly not the Applicant, but the Court, that is responsible for it! Djibouti has done no more than adopt your conclusions on the subject.

14

11. Let me make myself clear. It may well be that the internal law of a State does not give the Government effective machinery for ensuring that all organs of the State respect its international obligations: for example, there might be legislation by the national parliament that violates international law, or even decisions by domestic judges that are at variance with the international commitments of the State. Thus the Respondent informs us today in its

¹⁰MD, p. 36, para. 87; CMF, p. 26, para. 3.32.

Counter-Memorial that the refusal to give a favourable response to the request for execution of a letter rogatory by the Djiboutian judicial authorities arises in France from the “sovereign decision of the competent judicial authority”¹¹ and that the executive authorities cannot give orders to the judicial authorities under internal law¹², at least on this subject. So this implies that if the “sovereign decision” by the French judicial authority contravenes Article 2 of the Convention, the international responsibility of France is thereby engaged, without the French Government being able to do anything at all to avoid it. However, such impotence can neither lighten the load of the State’s international obligations nor justify their violation. Thus in the *LaGrand* case, the Court held that “the international responsibility of a State is engaged by the action of the competent organs and authorities acting in that State, whatever they may be” and stressed that consequently the international responsibility of the United States was engaged in that case, even if implementation of the relevant international commitments was within the jurisdiction of one of the federated States (Arizona) and not the federal State (*LaGrand (Germany v. United States of America), Provisional Measures, Order of 3 March 1999, I.C.J. Reports 1999*, p. 16, para. 28). In addition, let us not forget that the Court did not mince its words: it stressed that even if faced with internal authorities independent under the federal Constitution, such as the governments of federated States, “The United States of America should take all measures at its disposal” to procure from these authorities respect for the international commitments of the United States itself. It seems to me that France should remember this important dictum of the Court, instead of bitterly criticizing the analogous view expressed by the Applicant.

15

3. The attribution to France of assurances received by Djibouti regarding the success of the letter rogatory

12. In short, it should be repeated that all conduct, acts and decisions by French judicial and executive organs falling under the 1986 Convention are to be defined as acts of the State in international law and engage its international responsibility if they breach its obligations. This obvious truth is not only valid in the case of the decision to refuse mutual assistance, whatever the organ authorized to take it under French legislation: it also applies to statements by French

¹¹CMF, Ann. 5.

¹²CMF, p. 26, para. 3.33.

executive organs giving Djibouti comprehensive assurances as to the imminent success of the approach seeking transmission of the Borrel file to the Djiboutian authorities. No one can dispute that in international law such assurances — and the next speaker will shortly be returning to the legal effect of these — are an act attributable to the French State, and this is so even if the body giving them allegedly acted *ultra vires* in so doing, i.e., if it had “exceed[ed] its authority”, as Article 7 of the Articles on Responsibility of States for internationally wrongful acts reminds us.

13. In this connection, and without wishing to jump ahead of what the next presentation will say about these assurances of success addressed to Djibouti by senior French government officials, it is worth drawing the Court’s attention already to a most curious argument regarding attribution (which one might well describe, with all due respect, as “comical”) that France is attempting to use concerning the letter of 27 January 2005 from the Principal Private Secretary to the Minister of Justice to the Ambassador of Djibouti in France¹³. This letter, we are told¹⁴, “is written in the first person singular”: “I am pleased to inform you . . .”, “I have asked . . .”, “I have also asked . . .”. Then what? Then we have the amazing conclusion, put forward by the Counter-Memorial in all seriousness: since “[g]rammatically speaking, the French Republic is not the subject of any of the sentences in the letter”, “[c]onsequently, it is obvious that the Principal Private Secretary to the Minister of Justice in no way bound the French Republic”¹⁵. It would be interesting to know where France dug up this original theory, according to which the act of an organ of the State acting in that capacity and sent to another State is allegedly not attributable to the former if it has been written in the first person singular, although it would doubtless be attributable had the first person plural been used . . . The International Law Commission had not had the idea of considering grammar as a criterion of attribution!

16

14. Madam President, this really despairing effort by the Respondent seeking to neutralize the letter of 27 January 2005 from the Principal Private Secretary to the Minister of Justice to the Ambassador of Djibouti in France in fact tells us a good deal about its importance. As my friend and colleague Phon van den Biesen will soon demonstrate, this letter represents the official

¹³MD, p. 137, Ann. 21.

¹⁴CMF, p. 43, para. 3.89.

¹⁵CMF, p. 43, paras. 3.89-3.90.

response by the Minister of Justice of the requested State, France, to the letter rogatory presented by the requesting State, Djibouti, through the official channels prescribed by Article 14 of the 1986 Convention. We recall that this Article provides that “[l]etters rogatory referred to in Article 3 shall be addressed by the Ministry of Justice of the requesting State to the Ministry of Justice of the requested State and shall be returned through the same channels”. So the letter in question is not merely an act indisputably attributable to France in accordance with the principles of international law: it is also the act satisfying the conditions necessary to produce the result provided for in Article 14. This will be demonstrated to the Court shortly.

15. All that I have just said up to now, however, as I stated at the outset, refers to disagreements of detail between the Parties as to the interpretation of the relevant provisions of the 1986 Convention. We now come finally to the fundamental issues that divide them, still regarding the interpretation of the Convention: we know that these essentially turn on Articles 2 (*c*) and 17.

4. Article 2 of the 1986 Convention and the refusal of mutual assistance

16. Let us start with Article 2. We know that Article 2 lists exhaustively the only three instances in which a Party may refuse the mutual assistance requested: no other ground for refusal is permitted. The clarity of the wording of Article 2 is exemplary to that effect, particularly bearing in mind its close connection with the other general provision that precedes it: that is Article 1. Article 1 lays down the rule (namely, the obligation incumbent upon the contracting parties to afford each other the widest measure of judicial assistance), while Article 2 defines the only admissible exceptions.

17. Is there any need to demonstrate further that the list that appears in Article 2 is a “closed” list? Probably not! But, erring on the side of caution, given the ambiguity that has already been mentioned and criticized and is fostered in France’s Counter-Memorial, I should refer briefly at least to the European Convention on Mutual Assistance in Criminal Matters, adopted in Strasbourg on 20 April 1959¹⁶. That famous convention — which, as we know, has met with much success — is interesting for us in this case, as it was the model for the 1986 Convention; more particularly, all

¹⁶All of the information concerning the 1959 European Convention, including information concerning the extensive practice of issuing reservations in relation to Article 2 of the Convention, is taken from M. Pisani, F. Mosconi and D. Vigoni, *Codice delle Convenzioni di estradizione e di assistenza giudiziaria in materia penale*, 4th edition, Milan, 2004, p. 571 *et seq.*

of the provisions of the latter Convention that are material to this case were copied, word for word, from the European Convention, with just one variant in Article 2. That variant consists in the fact that Article 2 of the European Convention (which there too is a general provision referring to all types of mutual assistance) establishes just two grounds for refusing mutual assistance, and not three, as in the case of the 1986 bilateral Convention. However, the ground specified in Article 2 (c) of the 1986 Convention, which is of greater interest to us here, has exactly the same wording as Article 2 (b) of the European Convention, down to the last comma. It is very enlightening to note that, with the European Convention being multilateral and open, many States have felt the need to guarantee themselves the option of refusing mutual assistance for reasons other than those listed in Article 2. They have, consequently, entered precise and very explicit reservations for that purpose, clearly suggesting that Article 2 of the European Convention is unanimously interpreted as laying down a closed list of the permitted grounds for refusal. It would — in my view — be paradoxical to construe its twin, Article 2 of the 1986 Convention between France and Djibouti, any differently!

5. Article 2 (c) of the 1986 Convention: a self-judging clause?

18

18. That point having now, I hope, been settled once and for all, let us turn to the central argument that essentially underpins the Respondent’s contention that it has in no way violated the 1986 Convention. The Respondent argues that the refusal to execute the letter rogatory issued by Djibouti concerning the *Borrel* case was justified on the basis of the clause in the Convention according to which:

“Assistance may be refused

.....

(c) if the requested State considers that the execution of the request is likely to prejudice its sovereignty, its security, its *ordre public* or other of its essential interests”.

France’s argument can be summarized in just a few words: as far as it is concerned, Article 2 (c) is nothing more or less than a self-judging clause, that is to say a clause permitting “possibilities for

exceptions, the distinguishing feature of which is that they lie solely within the judgment of the State seeking to assert them”¹⁷. And France goes on to insist that:

“Subparagraph (c), France’s application of which lies at the heart of the present dispute, is particularly explicit. Not only does it begin with ‘*if the requested State considers*’, but the use of a series of possessive adjectives buttresses the idea of an exclusive discretion retained by the requested State. It alone determines whether a request for mutual assistance is likely to prejudice ‘*its*’ sovereignty, ‘*its*’ security, ‘*its*’ *ordre public* or other of ‘*its*’ essential interests.”¹⁸

19. The argument that this power of discretion is “exclusive”, that is to say that it lies with the requested State only, precluding any possibility of verification, of any extent whatsoever, by anyone else, has clear and inevitable implications, although the Counter-Memorial is cautious (or perhaps restrained) enough to avoid stating them explicitly. The first implication is that the requested State would lack any means of verifying whether the essential interests of the requested State have or have not been properly relied on. The second, and probably even more striking implication, is that the Court too would automatically be marginalized. In point of fact, although the Parties have acknowledged that the Court has full jurisdiction to resolve this dispute, it would be absolutely prohibited from exercising that jurisdiction properly. The Court would have to find in favour of France as regards the legality of its refusal to execute the letter rogatory issued by Djibouti, not because it had independently verified that France had complied with the 1986 Convention, but because France had decided of its own initiative and entirely at its own discretion that its refusal was compatible with the Convention.

19

20. Madam President, faced with an interpretation of that nature, it would be very tempting to follow Sir Hersch Lauterpacht in citing the concept of a purely “potestative condition” and to repeat after him that “an undertaking in which the applicant party reserves for itself the exclusive answer to determine the extent or very existence of its obligation is not a legal undertaking” (*Certain Norwegian Loans (France v. Norway)*, *Judgment, I.C.J. Reports 1957*, p. 48, Separate Opinion of Sir Hersch Lauterpacht). Basically, it should immediately be pointed out that, were the Court to accept the French point of view, the whole of the 1986 Convention and all of the obligations that it lays down would simply be reduced to nothing, since every State would always

¹⁷CMF, p. 28, para 3.39.

¹⁸CMF, p. 28, para 3.40.

have the right to decide in sovereign capacity to refuse the mutual assistance requested by invoking its *ordre public* and essential interests, without having to account in any way, to anyone, including the Court, for its decision. Is that a reasonable or sound approach? Is it not blatantly incompatible with the very principles of the 1977 Treaty of Friendship and Co-operation, in regard to which it has been stressed that those principles must play a pivotal role in the interpretation and application of subsequent bilateral instruments, such as the 1986 Convention? Does it not directly contradict the principle of effectiveness (*effet utile*), which requires that priority should not be given to an interpretation of a treaty, if the consequence of that interpretation would be to deprive the text of all legal effect? Does it not, in particular, imply that the exhaustive list of grounds for refusal laid down in Article 2 would be meaningless, since, using any kind of ground or pretext, however ludicrous and arbitrary, that argument could be freely applied by resorting to the self-judging clause in Article 2 (c)?

20

21. It is true that in support of its argument, which I venture to describe as “purely potestative”, France may cite certain of the Court’s *obiter dicta*, which it has so far employed very discreetly and inconspicuously in its Counter-Memorial¹⁹, although we may assume that it will probably place them centre-stage in its forthcoming oral argument. In 1986, in fact, the Court considered certain provisions of bilateral treaties of friendship which permitted each party to derogate from its obligations under the treaty in order to apply the measures “necessary . . . for the protection of its essential . . . interests” (*Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, *Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1986*, p. 116, para. 222 and p. 141, para. 282.)— subsequently revisiting such provisions far more cursorily in 2003 (*Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America)*, *Judgment, I.C.J. Reports 2003*, p.183, para. 43.). Faced with the claim that the application of such clauses was purely a question for the subjective judgment of the party concerned, the Court held in 1986 that:

“This article cannot be interpreted as removing the present dispute as to the scope of the Treaty from the Court’s jurisdiction. Being itself an article of the Treaty, it is covered by the provision in Article XXIV that any dispute about the ‘interpretation or application’ of the Treaty lies within the Court’s jurisdiction. Article XXI defines the instances in which the Treaty itself provides for exceptions to the generality of its other provisions, but it by no means removes the interpretation

¹⁹CMF, pp. 28 *et seq.*, para.3.41 and footnote 22.

and application of that article from the jurisdiction of the Court as contemplated in Article XXIV. That the Court has jurisdiction to determine whether measures taken by one of the Parties fall within such an exception, is also clear *a contrario* from the fact that the text of Article XXI of the Treaty does not employ the wording which was already to be found in Article XXI of the General Agreement on Tariffs and Trade. This provision of GATT, contemplating exceptions to the normal implementation of the General Agreement, stipulates that the Agreement is not to be construed to prevent any Contracting Party from taking any action which it ‘considers necessary for the protection of its essential security interests’, in such fields as nuclear fission, arms, etc. The 1956 Treaty, on the contrary, speaks simply of ‘necessary’ measures, not of those considered by a party to be such.” (*Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1986*, p. 116, para. 222.)

22. Later in its Judgment, the Court added that:

“by the terms of the Treaty itself, whether a measure is necessary to protect the essential security interests of a party is not, as the Court has emphasized (paragraph 22 above), purely a question for the subjective judgment of the party; the text does not refer to what the party ‘considers necessary’ . . .” (*ibid.*, para. 282).

23. The Court unquestionably attached great significance to the fact that, in the case which it was hearing at the time, the treaty clause to be interpreted accorded a party the possibility of derogating from its treaty obligations in the event of a “measure necessary to protect its essential . . . interests” but not a measure which that State “considers necessary”. The Court held that certainly in the former case, the question whether or not the measure was necessary is not “purely a question for the subjective judgment of the party”, whereas the situation differs in the latter case, that is to say in relation to measures which the party “considers necessary”. However, the Court was not required to decide and was careful not to affirm that, in the latter case, the State’s subjective judgment would be subject to no limit and liable to no form of control of any nature or degree whatsoever — particularly where, as in this case, the parties have authorized the Court to settle the dispute relating to such a matter. Of course, in a case of that kind, the State is certainly

21 allowed a margin of discretion, and the Court has neither held nor intimated that there would be no margin whatsoever! The Court has not held that the State concerned would enjoy a power of discretion that was not “subjective” but absolute, and that, even if exercised arbitrarily, would leave the competent international court entirely powerless to act!

24. Madam President, Members of the Court, I believe that this dispute provides a perfect opportunity for the Court finally to have its say on the interpretation that should be given to the clause of an international agreement which, like Article 2 (c) of the 1986 Convention, authorizes

the States party exceptionally to derogate from the most fundamental of the obligations to which they have subscribed under that agreement (in this case, the obligation to afford each other the widest measure of mutual assistance), where they “consider” that derogation necessary to protect *ordre public* and their essential interests. This is, in effect, a problem of interpretation which, inevitably, raises general questions concerning the actual scope of the power of discretion that a State intending to make use of a self-judging clause enjoys. It is, therefore, doubtless worth making some preliminary remarks concerning these general aspects. However, it goes without saying that our discussion must primarily focus on the principles and particular features of the specific treaty of which such a clause forms an integral part: in other words, we must concentrate here on the 1986 Convention, in order to identify in that Convention indicators that will enable us to determine the objective meaning of the clause in question.

6. General remarks on self-judging clauses and the limitations on subjective judgment

25. Turning to those preliminary remarks, the first point to make is that it is one thing to acknowledge that a State party unquestionably enjoys a margin of discretion in relation to a treaty clause of the kind we are discussing, but it is quite another to claim that a subjective judgment of that nature must be accepted, in all cases and without restriction, by the other parties to the treaty, as well as an impartial third party in the form of the international court. Basically, that argument would amount to confirmation, as has been said, that the treaty has not given rise to any real obligation. Entirely apt here is, therefore, the cogent observation by a former President of the Court, Sir Percy Spender, who said:

22

“One should be constantly alert lest anything that might be said — or, indeed, fail to be said — should give any currency to a view that nations, under ‘public policy’, may fashion their own yardstick to determine their obligations under international treaties or conventions.” (*Application of the Convention of 1902 Governing the Guardianship of Infants (Netherlands v. Sweden), Judgment, I.C.J. Reports 1958*, p. 121.)

26. What then is that limit? The Court has already provided an embryonic answer to this question. In its 1952 judgment in the case of *Rights of Nationals of the United States of America in Morocco*, the Court, which was required to rule on where the authority to select the criteria needed to determine the value of goods for customs purposes lay, said this: “the power of valuation rests

with the Customs authorities, but it is a power which must be exercised reasonably and in good faith” (*Rights of Nationals of the United States of America in Morocco (France v. United States of America)*, Judgment, *I.C.J. Reports 1952*, p. 212). The proposition is clear: if a State has the power unilaterally to evaluate the conditions under which it may exercise a right, it is obliged to exercise that power reasonably and in good faith.

27. Sir Hersch Lauterpacht also stressed that concept, by taking a view which seems especially pertinent here, because the matter we are considering specifically concerned a State’s reliance on a derogation clause which refers to *ordre public*. Sir Hersch emphasized that the State concerned “cannot confine itself to proving generally that the Law under which it acted falls within the permissible exception; it must show that that exception was applied reasonably and in good faith” (*Application of the Convention of 1902 Governing the Guardianship of Infants (Netherlands v. Sweden)*, Judgment, *I.C.J. Reports 1958*, p. 99, Separate Opinion of Sir Hersch Lauterpacht).

28. A whole raft of recent arbitral awards relating to investments, in which self-judging clauses — that is to say the kind of treaty clause which, like Article 2(c) of the 1986 Franco-Djiboutian Convention, seems, at first glance, to depend entirely on the subjective judgment of the State which invokes it — were at issue²⁰, also strongly corroborate the view that this approach is perfectly valid. Indeed, the findings of the arbitral tribunals reveal two things: on the one hand, that there is a clear tendency to interpret these clauses as in no way precluding the jurisdiction of the arbitrator to verify whether reliance on the derogation is in fact justified; and, on the other, that in the final analysis, it has, in any event, to be acknowledged that the possibility exists of verifying whether the State seeking refuge in such a derogation is acting in good faith. By far the most interesting example for us here is unquestionably the decision of 3 October 2006 in the case of *LG&E v. Argentina*. The tribunal stated the following in relation to a derogation clause contained in a bilateral investment agreement between Argentina and the United States: “Were the Tribunal to conclude that the provision is self-judging, Argentina’s determination would be subject to a good faith review anyway, which does not significantly differ from the substantive analysis

23

²⁰*Enron Corporation Ponderosa Assets v. Argentine Republic*, award of 22 May 2007, paras. 322-345; *CMS Gas Transmission Company v. Argentine Republic*, award of 12 May 2005, paras. 353-378; *Sempra Energy International v. Argentine Republic*, award of 28 September 2007, paras. 364-391.

presented here.”²¹ Succinct though it may be, that *obiter dictum* certainly confirms that the subjective decision of the State invoking a derogation clause (including the clauses worded “if the State considers”) may in all cases be subject to a minimum of “substantive” external review as to its reasonableness and good faith. A review by the other party and, of course, the international court, if the States concerned have agreed to submit the dispute to it, as in this case.

7. The self-judging clause in Article 2 (c) of the 1986 Convention and the purpose of the obligation to give reasons

29. So far, we have considered the phenomenon of self-judging clauses in general terms. Let us now turn to an analysis of the specific clause that is Article 2 (c) of the 1986 Convention, which must, obviously, be interpreted “in context”, that is to say in the light of the “whole” of which it forms an integral and inseparable part: the whole Convention. What is immediately striking in that context is that the régime for refusing mutual assistance does not comprise Article 2 only: the other vital element in that régime is Article 17, which states pithily and unequivocally that: “Reasons shall be given for any refusal of mutual assistance.”

24

30. That form of words is commonplace in bilateral treaties of this kind, and there are thousands of them, although it may not be found in all of them: we can see that from the work of an author who has reviewed this subject in depth in an important recent monograph²². For instance, brief research into the bilateral treaties on mutual assistance in criminal matters concluded by Italy has enabled me to identify a few which do not include the obligation to give reasons²³.

31. What then is the purpose of an obligation of that nature when it is prescribed? What is its role under the agreement establishing it? The author whom I have mentioned is quite clear on this:

“All circumstances that give rise, or may give rise, to refusal of the assistance requested involve a judgment which it is above all for a requested State to make. From that perspective, the obligation to give the reasons, acts, for the requesting State, as a means of verifying the legality, pursuant to the applicable international

²¹In *ICSID Review — Foreign Investment Journal*, Vol. 21, p. 255, para. 214.

²²Annalisa Ciampi, *L'assunzione di prove all'estero in materia penale*, Padua 2004, p. 174.

²³Research carried out using the reference work by M. Pisani, F. Mosconi and D. Vigoni, *Codice delle Convenzioni di estradizione e di assistenza giudiziaria in materia penale*, 4th ed., Milan, 2004. The treaties in question are: Italy-Morocco, 12 Feb. 1971, Art. 11 (p. 244); Italy-Mexico, 22 May 1899 (re-entered into force in 1948), Art. 18; and Italy-Peru, 24 Feb. 1999, Art. 4 (p. 294).

instrument, of the decision to refuse (and, therefore, of respect for the obligation to afford mutual assistance which it stipulates).”²⁴

It is, therefore, completely arbitrary, and contrary to the principle of the harmonious or systematic interpretation of international treaties, to claim apodictically — as does the Respondent — that “[t]he obligation to give reasons . . . is not a condition for the lawfulness of the refusal . . . but a separate obligation, arising under Article 17 of the Convention” and that “[t]he particular place of this provision in the Convention is evidence of the desire on the part of the States parties to distinguish between the refusal and the reasons for it”²⁵. What a formalistic approach! Admittedly, the obligation to give reasons is sited elsewhere in the Convention, but that in no way prevents it from acting as the instrument enabling the other party and, now, the Court, to ascertain that the reasons that must compulsorily be adduced to justify the refusal really do exist, that they are serious, relevant and involve no abuse of the law.

25

32. The rationale of the system comprising Articles 1, 2 and 17 of the 1986 Convention is, in short, perfectly clear. Article 1 establishes the basic rule that binds the contracting parties: they are under an obligation to afford each other the widest measure of mutual assistance; however, Article 2 accords both parties the possibility of, exceptionally, escaping that obligation, by relying on one of the three permissible reasons for refusal; however, the burden of proving that the refusal is justified falls to such a party, which must provide a compelling statement of the reasons, as required by Article 17. It is worth calling to mind, at this point, a *locus classicus* of international law, dating from the late eighteenth century: “Whoever will derive to himself advantage by the exception to a general rule, or by an interference with the generally acknowledged rights of another, is bound to prove that his case is completely within the exception.”²⁶

²⁴Annalisa Ciampi, *op. cit.*, p. 175. The original Italian reads as follows:

“Tutte le circostanze che danno, o possano dare, luogo ad un rifiuto dell’assistenza richiesta implicano una valutazione, che spetta innanzitutto allo Stato richiesto. In questa prospettiva, l’obbligo di motivazione vale per lo Stato richiedente come strumento di controllo sulla liceità, secondo lo strumento internazionale applicabile, della decisione di rifiuto (e, quindi, sul rispetto degli obblighi di assistenza ivi sanciti).”

²⁵CMF, p. 29, para. 3.42.

²⁶*Neptune Arbitration*, 1797 (United Kingdom/United States, Jay Treaty Arbitrations 1794) (cited by Cheng, *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals* (1953)), p. 306.

8. Article 17 of the 1986 Convention and the content of the statement of reasons

33. Turning now to the content of the statement of reasons, it should immediately be noted that the Counter-Memorial is extraordinarily self-contradictory! After claiming to draw improbable consequences from the separate position of Article 17 in the 1986 Convention, the Respondent performs a complete U-turn and explains to us a few lines further on that the provision at issue “takes on meaning from its context, in other words it should be viewed in relation to the other provisions of the Convention . . .”, and that, consequently, Article 17 “must be read in conjunction with Article 2, because these are the only two provisions to refer to a refusal of mutual assistance”²⁷. And quite right too, Madam President! But France is not then going to claim that Article 17 must be read in conjunction with Article 2, when Article 2 ought not, according to France, to be read in conjunction with Article 17! The truth is that the “conjunction” between those two provisions is in fact very close, because one of them, Article 17, lays down the vital condition that must be met by the requested State if it is to be able validly to benefit from the right to refuse, by way of derogation, the mutual assistance that the requesting State has asked for.

26

34. In his forthcoming oral argument, Mr. van den Biesen will demonstrate that France’s refusal to execute the letter rogatory issued by Djibouti and concerning the *Borrel* case is not in fact accompanied by any kind of statement of reasons; not even a reference to whether Article 2 (a), (b) or (c) was relied upon. All that was stated was that the letter rogatory would not be executed — and that was it²⁸! That in itself constitutes a flagrant breach of the 1986 Convention. Not until France issued its Counter-Memorial did Djibouti officially acquire a little extra information: but, as we shall see, that little extra far from satisfies the requirements laid down by Articles 2 and 17 of the Convention.

35. What then are those requirements? The Counter-Memorial devotes just a few hasty lines to that question, implying that all that the requested State has to do is to mention the reason invoked, without there being any need “to go any further in stating the reasons”²⁹. Madam President, to claim that, under Article 17, the requested State has only to state “the reason

²⁷CMF, p. 29, para. 3.44.

²⁸Letter of 6 June 2005 from France’s Ambassador to Djibouti to the Minister for Foreign Affairs and International Co-operation, CMF, Ann. XXII.

²⁹CMF, p. 30, para. 3.45.

invoked” suggests complete confusion between the two different concepts of “stating the reasons” and “providing notification”. And France ought to be very well aware of the difference between those two concepts, since many of its own bilateral treaties on mutual assistance in criminal matters provide that “any refusal of mutual assistance shall give the reasons and be notified to the requesting party.” That, for instance, is how Article 21 of the 1997 Convention on Mutual Assistance in Criminal Matters between France and Paraguay is worded³⁰. All in all, to claim that the obligation to give reasons, laid down in Article 17 of the 1986 Franco-Djiboutian Convention, is somehow transformed into a mere obligation to notify would clearly contradict the letter of that provision and, basically, render it ineffectual.

27

36. There is no need to highlight here the extent to which the Respondent contradicts itself yet again on this subject, for, after advancing this improbable argument, it ends up, in the same Counter-Memorial, belatedly providing a range of details, albeit still very unsatisfactory — as we shall consistently see — but details nevertheless! And this despite the fact that it explicitly claimed to be under no obligation “to go any further in stating the reasons”! Is that, at last, implicit recognition of the fact that a position of that kind would have been indefensible before the Court? That is something to consider, Madam President and Members of the Court!

37. However, we have still to set out Djibouti’s view of how the obligation to give reasons for the refusal to accord mutual assistance under Article 17 is to be interpreted. The fact that the parties chose to accord that obligation a significant position in the 1986 Convention, and to make it the sole means of verifying the legality of the decision to refuse mutual assistance, suggests that Article 17 must permit verification of that decision in a manner that extends beyond mere compliance with the principles of good faith and the reasonableness of the measure: verification on the basis of the latter principles would, as we have seen, in any event be possible, even without an explicit provision like Article 17. Since the refusal of mutual assistance is an exceptional derogation to the rule under Article 1 of the Convention, it is logical to consider that the requested State is under an obligation to furnish all of the information which the requesting State requires in order to be able to understand why the other State thought it necessary to refuse the request for

³⁰The text of the convention is available at: <http://www.doc.diplomatie.gouv.fr/pacte/index.html>

mutual assistance. That is the interpretation required, in the light, *inter alia*, of the principles of the 1977 bilateral Treaty of Friendship and Co-operation, whose important role in terms of interpreting the 1986 Convention I ventured to highlight yesterday.

38. In that context, the unofficial English translation of the 1986 Convention prepared by the Court's Registry is particularly telling, since it reproduces in full Article 17 of the official English version of Article 19 of the 1959 European Convention, which I have already cited: "*Tout refus de l'entraide judiciaire sera motivé*" is rendered in English as "Reasons shall be given for any refusal of mutual assistance". That clearly demonstrates that the requisite statement of the reasons must be detailed and provide a satisfactory explanation of the real reasons that persuaded the requested State to refuse the request for mutual assistance. In that connection, the Court will no doubt wish to take note of the construction that the States of the European Union (including — of course — France) place on the obligation to give the reasons for refusing mutual assistance in relations between them. The Joint Action of 29 June 1998, adopted by the Council of the European Union and concerning "good practice in mutual legal assistance in criminal matters"³¹, lists, among those "good practices", the following: "where the assistance requested cannot be executed in whole or in part, [the requested State is] to give the requesting authorities a written or oral report explaining the difficulty and where possible offering to consider jointly with the requesting authority how the difficulty might be overcome"³².

28

39. Madam President, there are questions to be asked. We are entitled — it seems to me — to evince surprise on finding that, in the European context, France interprets the obligation to give reasons in this exemplary fashion, which is entirely consonant with good-faith requirements, whereas it places a radically different interpretation on Article 17 of the 1986 Franco-Djiboutian Convention, despite the fact that the wording of the latter mirrors that of Article 19 of the 1959 Convention.

40. Madam President, Members of the Court, I have come to the end of my presentation of the law applicable to relations between Djibouti and France in regard to mutual assistance in the

³¹*OJEC* L 191/1 of 7.7.98.

³²Art. 3 (*d*).

execution of letters rogatory. I would be grateful, Madam President, if you would call to the Bar the Deputy Agent for the Republic of Djibouti, Mr. Phon van den Biesen. Thank you.

Le PRESIDENT : Merci beaucoup, Monsieur Condorelli. J'appelle à présent à la barre Maître van den Biesen.

M. van den BIESEN :

LES TRAITÉS BILATÉRAUX APPLIQUÉS AUX FAITS DE LA PRÉSENTE ESPÈCE

Observations liminaires

1. Madame le président, Messieurs de la Cour, mon ami et collègue, Luigi Condorelli, ayant offert à la Cour un exposé complet sur le droit relatif à l'entraide judiciaire en matière pénale en général, et précisé certaines dispositions de la convention de 1986 et du traité d'amitié de 1977, j'examinerai les conclusions auxquelles devrait aboutir, en l'espèce et selon nous, une application du droit en bonne et due forme.

29 Chronologie des événements pertinents

2. Dans notre mémoire, nous avons fait état de trois commissions rogatoires internationales présentées par la République française dans le cadre de l'affaire Borrel³³. En réalité, il y en eut avant celles-ci deux qui, toutefois, ne changent rien à la situation en l'espèce; en effet, les autorités djiboutiennes ont observé une attitude sans réserve et constructive face à chacune des commissions rogatoires internationales qui se sont succédées³⁴. Ces commissions rogatoires ont couvert une période de plus de six ans — du début de l'année 1996 à mi-2002 —, en portant quasiment, en substance, sur toutes les formes d'assistance imaginables : transmission de copies, y compris d'empreintes digitales et de centaines de photographies; audition de témoins à Djibouti; inspections personnelles de divers locaux à Djibouti — y compris le palais présidentiel — ; communication de relevés produits par la compagnie du téléphone; organisations de reconstitutions des faits connus ayant entouré le décès du juge Borrel, etc.

³³ MD, annexe II.2.

³⁴ *Ibid.*

3. Pendant toute cette période et pour chaque élément des diverses demandes, les autorités djiboutiennes ont réellement accordé l'entraide la plus large possible; en effet, elles n'ont cessé de faire leur possible pour répondre pleinement aux demandes des enquêteurs français, y compris les autorités judiciaires françaises. Le 19 avril 2004, un porte-parole du ministère français des affaires étrangères l'a reconnu et a déclaré :

«We wish to reaffirm the excellent cooperation demonstrated by the Djiboutian authorities in this case, for example with regard to international letters rogatory. In particular, each time the assistance of the Djiboutian authorities was requested, they provided it without delay.»³⁵

Le défendeur a depuis lors maintenu cette position, ne l'a jamais modifiée et ne s'en est jamais distancié. Aussi, par seul principe de réciprocité, Djibouti était-elle au moins en droit de recevoir l'assistance la plus large possible. Toutefois, il est tout à fait surprenant, Madame le président, de voir à présent que le défendeur, lorsqu'il s'agit de respecter l'obligation visée par l'article 1 de la convention de 1986, donne un tout autre sens à l'expression «la plus large possible», alléguant que l'on pourrait également l'interpréter comme signifiant «impossible»³⁶. Cette interprétation est à l'évidence, pour ne pas dire plus, parfaitement indéfendable, et ne saurait constituer un premier élément d'appréciation de la licéité de la position du défendeur.

30

4. A cet égard, il n'est pas inutile de relever que, depuis le début des années 2000, plusieurs groupes de médias français ont sévèrement critiqué la manière dont le pouvoir judiciaire français avait mené l'enquête sur l'affaire Borrel. Dans le même temps, ces médias ont commencé à incriminer ouvertement les autorités djiboutiennes de haut rang en rapport avec le meurtre supposé du juge Borrel. Tout cela, bien entendu, n'est pas passé inaperçu à Djibouti, mais n'a pas affecté la transparence dans laquelle les autorités djiboutiennes ont coopéré en réponse aux commissions rogatoires internationales présentées par la France.

5. Ce n'est qu'en décembre 2003 que le ministre djiboutien des affaires étrangères a fait savoir à son homologue français, M. de Villepin, que cela n'avait vraiment que trop duré³⁷. Laissant entendre que l'heure semblait venue — après huit ans d'enquête — de mettre un terme à

³⁵ MD, annexe 15.

³⁶ CMF, par. 3.34-3.35.

³⁷ MD, annexe 13.

l'instruction judiciaire, il se demandait pourquoi les autorités françaises restaient silencieuses face aux attaques mensongères dirigées à l'encontre du président djiboutien. Par ailleurs, il suggérait que les documents classés secret-défense soient déclassifiés, si cela devait permettre d'accélérer l'enquête en cours.

6. Apparemment en réponse à cette lettre, le 20 avril 2004, les porte-parole du ministère des affaires étrangères et du ministère de la défense ont fait la déclaration suivante :

«As part of the enquiry currently under way into the death of Judge Borrel, documents classified under «defence secrecy» were recently the subject of a decision on declassification. This measure has been requested by the Djiboutian authorities themselves, and allowed these documents to be included in the record of the investigation. Contrary to the claims made in certain sections of the press, nothing in these documents points to the implication of the Djiboutian authorities.

Any other statement is not in keeping with the facts.»³⁸

7. Cette déclaration, bien qu'appréciée en tant que telle par les autorités djiboutiennes, n'a pas permis d'atténuer les attaques des médias à l'encontre du chef d'Etat djiboutien. Dans ce contexte, le procureur de la République du demandeur a pris une décision plutôt rationnelle. A l'évidence, il était informé de ce que le pouvoir judiciaire djiboutien avait déjà clos son enquête sur le décès du juge Borrel en concluant au décès par suicide. Les attaques, en revanche, se fondaient sur la présomption d'assassinat du juge Borrel. Sur la base de cette présomption de meurtre persistante, il est apparu que les résultats de l'enquête précédemment menée par Djibouti n'avaient pas clos le débat, et le procureur a donc demandé une réouverture de l'enquête à Djibouti.

8. Si la présomption de meurtre reposait sur des bases solides, les enquêteurs français pouvaient vraisemblablement aider à rouvrir l'enquête djiboutienne; c'est pourquoi le procureur de la République a envoyé une demande à son homologue français en vue d'obtenir des copies du dossier Borrel, ce qu'il a fait par lettre du 17 juin 2004³⁹.

9. Compte tenu de la coopération mutuelle instaurée sur le dossier Borrel, les autorités djiboutiennes s'attendaient à recevoir une réponse positive immédiate du côté français. Cette attente reposait aussi manifestement sur des raisons objectives : après tout, on prétendait que le meurtre supposé avait été commis sur le territoire djiboutien, et qu'il impliquait — disait-on — des

³⁸ MD, annexe 14.

³⁹ MD, annexe 16.

individus djiboutiens. En d'autres termes, cette affaire était clairement de celles pour lesquelles les deux parties avaient accepté de contracter une série d'obligations exposées dans la convention de 1986.

10. Par ailleurs, le 6 mai 2004, le procureur de la République djiboutien a rencontré le procureur de la République française, M. Yves Bot, au palais de justice de Paris, et a discuté avec son collègue français de sa décision de faire rouvrir le dossier Borrel. Lors de cette réunion, le procureur de la République française a confirmé à son homologue djiboutien que le dossier Borrel serait transmis à Djibouti dès réception d'une demande officielle à Paris⁴⁰. Le procureur français n'a aucunement laissé entendre qu'une telle demande serait «effectuée en dehors du champ de la convention de 1986 et en méconnaissance de ses dispositions», position que le défendeur semble à présent adopter⁴¹.

32 11. Conformément à l'engagement pris par le procureur de la République française, M. Le Mesle, directeur de cabinet du garde des sceaux à Paris a, par sa lettre du 1^{er} octobre 2004 adressée au directeur de cabinet du ministre français des affaires étrangères, indiqué : «This request for documents will then be fulfilled, allowing for the time that will be required to copy 35 volumes of judicial proceedings.»⁴² Cette lettre informait également le ministre français des affaires étrangères de ce que le juge d'instruction en charge du dossier Borrel avait auparavant refusé ne serait-ce que d'examiner la demande, celle-ci ne répondant pas aux conditions de forme visées par la convention de 1986. Le directeur de cabinet assurait alors que ce problème serait réglé sous peu.

12. Le même jour, le 1^{er} octobre 2004, le cabinet du garde des sceaux a fait parvenir à l'ambassadeur de Djibouti une série de documents techniques⁴³. La lettre de M. Le Mesle, que je viens de mentionner, en faisait partie, ce qui signifie que la substance de celle-ci a effectivement été communiquée à Djibouti par la voie de communication officielle. A suivi la commission rogatoire internationale délivrée par le juge d'instruction djiboutien, Mme Leïla Mohamed Ali, datée du 3 novembre 2004⁴⁴. La demande a été transmise au ministère français des affaires

⁴⁰ MD, p. 25, 26, par. 58.

⁴¹ CMF, par. 3.50.

⁴² MD, annexe 18.

⁴³ MD, annexe 19.

⁴⁴ MD, annexe 20.

étrangères par missive en date du 6 décembre 2004⁴⁵. Ce ministère l'a à son tour transférée au garde des sceaux français le 28 décembre 2004⁴⁶.

13. Ainsi, le 6 décembre 2004 est la date à laquelle la commission rogatoire internationale, datée du 3 novembre 2004, a été formellement transmise aux autorités françaises. À l'évidence, à cette époque, les autorités françaises savaient depuis plus de six mois que cette demande allait leur parvenir — depuis la rencontre à Paris des deux procureurs le 6 mai 2004.

14. Le 27 janvier 2005, le directeur de cabinet du garde des sceaux a répondu, confirmant par là même un message qui avait déjà été transmis. Tel est le contenu de sa lettre adressée à l'ambassadeur de Djibouti (la lettre figure dans le dossier de plaidoiries) :

«Further to our recent meeting, and as agreed, I am pleased to inform you of the action taken in response to your Note Verbale of 6 December 2004.

I have asked for all steps to be taken to ensure that a copy of the record of the investigation into the death of Mr. Bernard Borrel is transmitted to the Minister of Justice and Penal and Muslim Affairs of the Republic of Djibouti before the end of February 2005 (such time being required because of the volume of material to be copied).

33

I have also asked the Paris State Prosecutor to ensure that there is no undue delay in dealing with this matter.»⁴⁷

En d'autres termes, par cette communication officielle, le défendeur informait le demandeur que la réponse à sa demande était positive et que l'exécution de cette décision serait aussi rapide que possible.

15. Deux jours plus tard, le porte-parole du ministère des affaires étrangères a publiquement confirmé l'engagement qui avait été pris dans la lettre que je viens de citer. Le ministère a publié un communiqué contenant une déclaration, dans laquelle il était notamment affirmé que :

«At the request of those authorities, a copy of the record concerning the death of Judge Borrel will shortly be transmitted to the Djiboutian judiciary in order to allow the competent authorities of that country to decide whether there are grounds for opening an investigation into the matter.»⁴⁸

Ce communiqué est par la suite devenu l'élément central d'une procédure dans laquelle Mme Borrel s'est constituée partie civile du chef de pressions sur la justice contre les porte-parole

⁴⁵ CMF, annexe XIV, p. 2.

⁴⁶ CMF, annexe XIV.

⁴⁷ MD, annexe 21, p. 137.

⁴⁸ MD, annexe 22, p. 141.

du Quai d'Orsay. Dans l'arrêt qu'elle a rendu dans cette affaire le 19 octobre 2006, la cour d'appel de Paris cite ce communiqué dans son intégralité et constate que l'ambassadeur de France à Djibouti avait d'ailleurs repris ce même communiqué à Djibouti⁴⁹. L'ambassadeur de la République française a donc confirmé, pour la seconde fois, la décision contenue dans la lettre susmentionnée du 27 janvier 2005 de transmettre le dossier Borrel.

16. Puis, plus rien. Le dossier Borrel n'a pas été transmis, ni avant ni après la fin du mois de février.

17. Le contre-mémoire nous apprend que, dans l'intervalle, le 8 février 2005, le juge d'instruction Clément avait adressé un soit transmis au doyen des juges d'instruction, dans lequel elle déclarait que la transmission du dossier devait être refusée⁵⁰. La cour d'appel de Paris a jugé que ce soit transmis constituait *la* réponse à la demande d'entraide judiciaire. Elle a également déclaré dans le même arrêt qu'il convenait de considérer ce soit transmis comme une décision, et non un simple avis⁵¹.

34

18. Madame le président, le 18 mai 2005, le ministre djiboutien des affaires étrangères a adressé une lettre à son homologue français, dans laquelle il faisait référence aux engagements que le ministre de la justice avait pris le 27 janvier 2005 par l'intermédiaire de son directeur de cabinet et dans laquelle il déclarait ce qui suit : «I am obliged to inform you that France has not as yet honoured its commitments.»⁵²

19. Dans son contre-mémoire, le défendeur prétend que le directeur des affaires criminelles et des grâces du ministère français de la justice aurait, le 31 mai 2005, adressé une lettre à l'ambassadeur de Djibouti à Paris⁵³. Cette lettre aurait informé ce dernier qu'en vertu de l'article 2 c) de la convention, le juge d'instruction Clément refusait de donner suite à la demande. Cette décision était, comme indiqué dans la lettre, sans appel. La lettre se termine, en effet, sur la

⁴⁹ CMF, annexe XI, p. 3 de l'arrêt.

⁵⁰ CMF, annexe XXI.

⁵¹ Arrêt de la chambre d'instruction de la cour d'appel de Paris en date du 19 octobre 2006, CMF, annexe XI.

⁵² MD, annexe 23, p. 143.

⁵³ CMF, annexe V, p. 36, par. 3.68.

phrase suivante : «I have no alternative but to inform you of this sovereign decision of the competent judicial authority.»⁵⁴

20. Madame le président, l'ambassadeur de Djibouti n'a jamais reçu cette lettre, comme l'atteste le courrier du 25 juillet 2007 que ce dernier a adressé au procureur de la république⁵⁵. Si le défendeur avait persévéré à invoquer cette prétendue lettre, il aurait dû apporter la preuve qu'elle avait bien été envoyée. Ce qu'il n'a pas fait. Il est donc établi aux fins de la présente espèce que cette lettre n'existe pas.

21. Madame le président, il ne fait toutefois aucun doute que le défendeur a fini par déclarer qu'il n'était pas en mesure de donner suite à la commission rogatoire internationale du 3 novembre 2004. La lettre du 6 juin 2005 adressée au ministre des affaires étrangères de Djibouti par l'ambassadeur de France à Djibouti en apporte la preuve⁵⁶. Le refus exprimé dans cette lettre traduit et démontre un changement de position net allant à l'encontre des principes fondamentaux de la convention de 1986.

22. Madame le président, peut-être est-il opportun de faire une pause de courte durée.

35

LE PRESIDENT : Oui. Faisons une pause maintenant et reprenons dans quelques minutes. L'audience est levée.

L'audience est suspendue de 11 h 25 à 11 h 40.

LE PRESIDENT : Veuillez vous asseoir. C'est à vous, Monsieur van den Biesen.

M. VAN DEN BIESEN : Madame le président, j'ai résumé, avant la pause, l'enchaînement des événements pertinents à cet exposé des plaidoiries de Djibouti. J'en viens à présent à l'appréciation des faits.

⁵⁴ CMF, annexe V.

⁵⁵ Lettre en date du 25 juillet 2007 adressée à M. Djama Souleiman Ali, procureur de la République de Djibouti, par l'ambassadeur de la République de Djibouti à Paris accompagnée d'une annexe ; voir documents additionnels soumis à la Cour par la République de Djibouti le 21 septembre 2007, annexe 4, p. 10.

⁵⁶ MD, annexe 24.

Objet et but de la requête

23. Mais avant cela, il convient de rappeler l'objet et le but de la demande d'entraide, le défendeur ayant exprimé des doutes à ce sujet. Voici ce que le juge d'instruction de Djibouti a demandé dans la commission rogatoire internationale du 3 novembre 2004 : «Transmit to us a certified copy of the investigation at the *Tribunal de grande instance* in Paris, under investigating judge Sophie Clément, against X for the murder of Bernard Borrel.»⁵⁷ Il n'y a là aucune ambiguïté : le juge entendait seulement avoir communication d'une copie certifiée conforme du dossier français de l'affaire Borrel qui, à l'époque et aujourd'hui encore, était instruit par le juge d'instruction Mme Sophie Clément. La demande ne visait pas à la communication de copies de dossiers additionnels concernant d'autres enquêtes pénales, quelle que soit leur pertinence à l'égard de certaines questions qui semblent aujourd'hui se poser dans le cadre des enquêtes menées sur l'assassinat du juge Borrel.

24. Le but de la demande est également exprimé dans la commission rogatoire internationale du 3 novembre 2004 : il y est explicitement mentionné que le juge d'instruction de l'affaire Borrel a été prié de rouvrir le dossier afin d'enquêter sur l'assassinat du juge défunt, ce qui marquait une avancée importante de la part des autorités judiciaires djiboutiennes, lesquelles avaient précédemment conclu au suicide et estimé, en conséquence, que le dossier pouvait être clos⁵⁸.

Réponse à la commission rogatoire internationale de Djibouti

36

25. Le demandeur soutient depuis le début que la lettre d'engagement du 27 janvier 2005 constituait la réponse formelle et affirmative à la demande qu'il avait formulée le 3 novembre 2004. Or la lettre du 6 juin 2005, qui marquait un changement de position net, est venue mettre un terme à l'expectative de Djibouti de voir la France honorer son engagement du 27 janvier, puisque cette dernière informait les autorités djiboutiennes qu'elle ne donnerait pas suite à la demande de transmission du dossier Borrel.

26. En quoi ont donc précisément consisté les réponses que le défendeur a données à la commission rogatoire internationale du demandeur ? Nous examinerons dans un premier temps les engagements pris par la France avant de nous pencher sur le refus opposé par cette dernière.

⁵⁷ MD, annexe 20, voir p. 134.

⁵⁸ MD, annexe 16, 7 décembre 2003.

Engagement

27. Comme déjà indiqué, les Français savaient que Djibouti était disposé à rouvrir l'instruction de l'affaire Borrel. Etant donné que les enquêtes menées en France semblaient alimenter la parution, dans les médias français, d'un flot ininterrompu d'articles laissant entendre ou, plus souvent, affirmant qu'il s'agirait d'un assassinat commandité par de hauts fonctionnaires à Djibouti, les autorités judiciaires djiboutiennes ont cherché à s'appuyer sur ces enquêtes comme point de départ de leur nouvelle instruction. La partie française a manifestement approuvé cette approche — ce qu'elle ne pouvait que faire au regard du concept de l'entraide judiciaire — et a fait savoir aux autorités de Djibouti, oralement et par écrit⁵⁹, que les copies du dossier seraient communiquées sous peu.

28. Si les engagements verbaux pris par le procureur de la République française envers son homologue djiboutien au cours de leur rencontre du 6 mai 2004⁶⁰ au palais de justice de Paris, d'une part, et la lettre du 1^{er} octobre 2004⁶¹ adressée par le directeur de cabinet du garde des sceaux à son collègue du ministère des affaires étrangères, dont copie a été communiquée à l'ambassadeur de Djibouti le même jour, d'autre part, peuvent être interprétés comme l'expression d'une intention claire, il ne saurait y avoir aucun doute quant au sens à attribuer à la lettre du 27 janvier 2005⁶². Cette lettre émanait de la plus haute autorité du ministère français de la justice. Adressée au représentant officiel de Djibouti en France, à savoir l'ambassadeur, elle répondait directement à la note verbale du 6 décembre 2004 par laquelle l'ambassadeur avait transmis aux autorités françaises la commission rogatoire internationale du 3 novembre 2004. Le directeur de cabinet du garde des sceaux y déclarait ce qui suit — la lettre a été versée au dossier de l'affaire — : «I am pleased to inform you of the action taken in response to your Note Verbale of 6 December 2004.»⁶³ Puis ajoutait dans le passage central suivant :

«J'ai demandé à ce que tout soit mis en œuvre pour que la copie du dossier de l'instruction judiciaire relative au décès de M. Bernard Borrel soit transmise au ministre de la justice des affaires pénitentiaires et musulmanes de la République de

⁵⁹ Voir plus haut, par. 15.

⁶⁰ Voir plus haut, par. 10.

⁶¹ MD, annexe 18, p. 121.

⁶² MD, annexe 21, p. 135.

⁶³ MD, annexe 21, p. 136.

Djibouti avant la fin du mois de février 2005 (ce délai s'explique par le volume du dossier dont il y a lieu de faire la copie).»

29. Cette lettre, cette réponse, était — d'après son libellé — totalement inconditionnelle. Il n'y est invoqué aucune disposition spécifique résultant du droit français et il n'y est nullement indiqué que la transmission du dossier devait encore être approuvée par une quelconque autorité du pouvoir judiciaire ou exécutif. Rien de tel. L'impression qui se dégage de la lettre est qu'«il ne restait plus qu'à photocopier le dossier». Par cette lettre, le défendeur s'engageait clairement et sans réserve à honorer en tous points la commission rogatoire internationale de Djibouti.

30. M. Condorelli a examiné, tout à l'heure, les aspects de procédure visés à l'article 14 de la convention de 1986⁶⁴. Cet article dispose que les communications relatives aux commissions rogatoires internationales sont échangées entre les ministères de la justice de l'Etat requérant et de l'Etat requis. Du côté français, ce sont les plus hautes autorités du ministère de la justice, à savoir le cabinet du garde des sceaux, qui se sont chargées de la correspondance : voir la réponse initiale du 1^{er} octobre 2004 à la lettre du procureur de la République de Djibouti. Du point de vue procédural, la lettre du 27 janvier met donc en œuvre l'article 14 de la convention : le ministère français de la justice y confirme qu'il a été donné suite à la commission rogatoire internationale, précisant que le dossier de l'instruction relative à l'affaire Borrel sera bien transmis au ministère de la justice de Djibouti avant une certaine date.

31. C'est probablement à la lumière de l'obligation d'accorder l'entraide la plus large possible, énoncée au paragraphe 1 de l'article premier de la convention de 1986, que le directeur de cabinet a ajouté dans la même lettre qu'il avait — en sus de l'engagement — demandé au procureur de Paris de faire en sorte que ce dossier ne connaisse aucun retard injustifié.

32. Il est clair que cette lettre ne pouvait être suivie que de la transmission effective de plusieurs cartons contenant une copie du dossier, accompagnée d'une simple lettre de couverture faisant référence à la lettre du 27 janvier. C'est effectivement ce qui se serait produit si le juge d'instruction ne s'y était pas opposé par la suite. Je reviendrai sur ce point ultérieurement.

33. Deux jours après que le ministère de la justice eut fait connaître son engagement aux autorités djiboutiennes, la position française fut rendue publique par le biais d'un communiqué de

⁶⁴ CR 2008/2, p. 16, par. 14 (Condorelli).

presse du ministère français des affaires étrangères. Les termes employés dans cette déclaration publique du 29 janvier 2005 sont dénués de toute ambiguïté — la déclaration figure dans les documents versés au dossier de plaidoiries — je cite : «At the request of those authorities, a copy of the record concerning the death of Judge Borrel *will* shortly be transmitted...»⁶⁵ Encore une fois, elle n'est assortie d'aucune condition. Là non plus, il n'est fait absolument aucune allusion à des conditions juridiques internes à satisfaire préalablement. Le communiqué de presse, représentant en soi la position française, démontre clairement que la lettre du 27 janvier 2005 doit bien être lue de manière littérale : le dossier *sera* transmis. Madame le président, nous avons vu hier que les autorités françaises considèrent leurs communiqués de presse comme des manifestations de la position officielle de la France : lorsque l'ambassadeur de Djibouti protesta contre la convocation de son président, les autorités répondirent par un communiqué de presse⁶⁶. J'ai indiqué il y a une minute que, comme l'a rappelé la cour d'appel de Paris, l'ambassadeur de France à Djibouti répéta le contenu du communiqué à Djibouti, confirmant ainsi pour la seconde fois l'engagement qui avait été pris⁶⁷.

39

34. En d'autres termes, vers la fin du mois de janvier 2005, les deux Parties agirent en parfait accord quant aux conséquences issues de la convention de 1986. Dans ce contexte, il est d'ailleurs important de noter que, à l'époque où ce communiqué de presse fut publié, le pouvoir exécutif français croyait fermement qu'il était seul à pouvoir en définitive se prononcer sur le sort d'une commission rogatoire internationale. Autrement dit, tant le ministère de la justice que celui des affaires étrangères étaient convaincus qu'il appartenait à l'exécutif de prendre une décision. La lettre ainsi que le communiqué reprenaient effectivement la décision qui avait été prise quant à la demande de Djibouti. Et cette position partagée aussi bien par le ministère des affaires étrangères que par le ministère de la justice découle du fait que telle était celle sur laquelle le procureur de la République française campait encore en 2006 dans l'affaire qui aboutit à l'arrêt de la cour d'appel de Paris en date du 19 octobre 2006, que j'ai mentionné auparavant⁶⁸.

⁶⁵ MD, annexe 22, p. 139; les italiques sont de moi.

⁶⁶ CR 2008/1 (van den Biesen), p. 47, par. 47.

⁶⁷ CMF, annexe XI, p. 3 de l'arrêt.

⁶⁸ CMF, annexe XI.

35. Madame le président, la convention ne prévoit pas de mécanisme permettant de revenir en arrière et de retirer un engagement une fois que celui-ci a été pris en application des dispositions de ladite convention. On peut imaginer une raison plus générale qui pourrait éventuellement, dans certaines circonstances extraordinaires, telles que des circonstances inopinées survenant ultérieurement, justifier un tel retrait à postériori. Toutefois, le défendeur n'en a présenté aucune dans son contre-mémoire. Au contraire, il fonde à présent son refus sur les conséquences de sa propre législation interne, mais il va sans dire que ces conséquences ne sauraient en aucun cas être qualifiées de circonstances imprévues.

36. Pour toutes ces raisons, il est évident que cette affaire tend essentiellement à obliger le défendeur à respecter l'engagement explicite qu'il a pris au titre de la convention de 1986. La suite de ma plaidoirie (à savoir les paragraphes 37 à 79) doit par conséquent être considérée comme la position *subsidaire* du demandeur en ce qui concerne les obligations qui incombent au défendeur en vertu de la convention.

La lettre du 6 juin 2005

37. Ainsi que M. Condorelli l'a exposé ce matin, les obligations énoncées à l'article 1 sont absolues au sens où cette disposition n'autorise que deux exceptions, lesquelles sont énumérées, et ce de manière exhaustive, à l'article 2. La partie qui souhaite avoir recours à l'une des exceptions est chargée d'apporter la preuve que, compte tenu des circonstances de fait, elle peut effectivement l'invoquer. En d'autres termes, il ne peut être dérogé à l'obligation de l'article 1 qu'au moyen d'un recours *valide* à l'une des exceptions de l'article 2.

40

38. Le 6 juin 2005, l'ambassadeur de France à Djibouti envoya une lettre au ministre des affaires étrangères du demandeur⁶⁹. La partie essentielle de la lettre — elle figure dans le dossier de plaidoiries de ce matin —, tient en seulement deux lignes et se lit comme suit : «After consulting my authorities, I regret to inform you that we are not in a position to comply with this request.»⁷⁰ Voilà donc la lettre, Madame le président, qu'il faudrait considérer comme contenant la réponse officielle du défendeur à la commission rogatoire internationale du 3 novembre 2004,

⁶⁹ MD, annexe 24, p. 147.

⁷⁰ MD, annexe 24, p. 147.

une réponse qui, au fond, se résume à un glacial «Non, vous n'obtiendrez pas ce que vous avez demandé». Cette lettre suggérait que le défendeur était complètement revenu sur sa position antérieure, un revirement qui, comme je l'ai indiqué précédemment, ne repose sur aucun fondement juridique.

39. La lettre ne contient aucune référence à celle contenant l'engagement qui fut envoyée par le chef de cabinet du garde des sceaux le 27 janvier, pas plus qu'à la prétendue lettre du 31 mai 2005 dont je parlerai plus tard. La lettre du 6 juin est, non seulement par son contenu mais également par sa forme, très différente de la lettre d'engagement du 27 janvier 2005⁷¹. La plus ancienne était conforme à l'article 14 de la convention puisqu'elle contenait une communication du ministère français de la justice avec un message adressé à celui de Djibouti. La lettre du 6 juin 2005 ne contient quant à elle, que ce soit dans son texte même ou sous forme d'annexe à celui-ci, aucune mention du point de vue du ministre français de la justice sur la question. Elle ne contient pas non plus de demande visant à ce que son contenu soit transmis au ministre de la justice de Djibouti ni de message implicite à l'adresse du ministère. La lettre n'est pas, par conséquent, conforme à l'article 14 et, pour cette seule raison, du seul point de vue de la forme, elle ne peut être considérée comme constituant un recours valide à l'une des exceptions prévues à l'article 2. En d'autres termes, cette lettre peut être considérée d'un point de vue juridique comme inexistante, ce qui signifie qu'elle n'a pas fait obstacle à l'obligation de donner suite à la commission rogatoire internationale.

41

40. Ainsi que l'a exposé M. Condorelli, les parties à la convention ne peuvent recourir valablement à l'une des exceptions de l'article 2 que si la réponse est véritablement motivée à l'aide d'une justification solidement argumentée⁷² — ce qui découle également de l'article 17 de la convention, qui renforce l'obligation inhérente de justifier le recours à l'une des exceptions énoncées à l'article 2.

41. Quelle que soit la manière dont on veuille lire la lettre du 6 juin 2005, par exemple en prêtant toute la bonne foi possible au destinataire, la lettre ne fournit aucune raison permettant seulement *d'imaginer* qu'elle est fondée sur l'article 2 de la convention, encore moins qu'elle

⁷¹ MD, annexe 21, p. 135.

⁷² CR 2008/2 (Condorelli), p. 25-27, par. 33-37.

fournit *quelque* précision concernant l'exception exacte dont il serait question, ni d'*explication* quant à la raison pour laquelle l'une des exceptions de l'article 2 constituerait un motif solide et valide pour justifier le refus.

42. Encore une fois, le seul message transmis par cette lettre est de ceux qui auraient pu se résumer à un non lapidaire avec le cachet «refus, 6 juin 2005», si ce n'est que, en l'occurrence, il est noyé dans des excuses diplomatiques.

43. C'est probablement peu dire que la convention de 1986, et plus précisément son article 1, ne donne aucune raison de penser que les parties à ladite convention aient envisagé qu'il s'agirait-là de la manière admise de déroger à l'obligation essentielle qu'elle contient, laquelle — répétons-le — se résume à une obligation de fournir *généreusement* assistance lorsque l'autre partie le lui demande.

44. Il faut par conséquent en conclure que le refus contenu dans la lettre du 6 juin 2005 ne saurait être accepté comme constituant un manquement fondé à l'obligation énoncée à l'article 1.

La prétendue lettre du 31 mai 2005

45. Comme je l'ai indiqué plus tôt et ainsi que l'a déclaré l'ambassadeur de Djibouti dans sa lettre du 25 juillet 2007⁷³, le demandeur n'avait pas eu connaissance de la lettre du 31 mai 2005 avant que le défendeur ne la soumette à la Cour⁷⁴. J'ai conclu, il y a à peine une minute, que — aux fins de notre affaire — cette lettre doit être ignorée comme étant inexistante. Ainsi, c'est seulement de manière subsidiaire que je vais à présent examiner son contenu. De la même manière que celle du 6 juin, la présente lettre doit également être examinée par rapport aux conditions de forme et de fond qui découlent de la convention de 1986.

46. Même si cette lettre émane du ministère de la justice, son expéditeur n'est pas, cette fois-ci, le directeur de cabinet du ministre, qui, par le biais de sa précédente communication au demandeur, avait bien montré que cette question était traitée au plus haut niveau du ministère. En réalité, l'auteur de la lettre du 31 mai ne semble même pas prendre la peine de mentionner la précédente qui émanait du plus haut responsable du ministère. Ce point mis à part, cette lettre ne

⁷³ Document 4 des documents soumis à la Cour le 21 novembre 2007.

⁷⁴ CMF, annexe V.

contient aucun message à l'attention du ministère de la justice de Djibouti, ni le souhait de l'expéditeur que l'ambassadeur transmette le message à son ministre de la justice. De même pour cette lettre, il y a lieu de conclure qu'elle ne peut être considérée comme relevant des communications prévues par l'article 14 de la convention ni, par conséquent, comme constituant un recours valide à l'une des exceptions de l'article 2.

47. Le contenu de la lettre du 31 mai 2005 est manifestement un peu plus détaillé que celui de la lettre du 6 juin. On y trouve des informations concernant la procédure suivie par le ministère, c'est-à-dire qu'il y est indiqué que la commission rogatoire internationale a été transmise au juge d'instruction chargé du dossier Borrel. Puis, suit l'information selon laquelle le juge d'instruction a décidé que l'article 2 c) de la convention de 1986 s'appliquerait à la demande de Djibouti en date du 3 novembre 2004 et que cette disposition «did not allow a favourable response to be given». La lettre se conclut en indiquant que le directeur de la Direction des affaires criminelles et des grâces ne peut que «inform you of this sovereign decision of the competent judicial authority».

48. Madame le président, si nous examinons le contenu de cette lettre au vu des seules conditions énoncées dans la convention, le paragraphe dans lequel est mentionné l'article 2 est pertinent. Le paragraphe se rapportant à la transmission de la demande au juge Clément pour examen n'est instructif qu'en ce qui concerne la procédure interne suivie par le défendeur. Celui dans lequel est stipulée la nature souveraine de la décision — négative — prise par l'autorité judiciaire du défendeur peut être important pour la branche exécutive du défendeur ; il en va autrement pour le demandeur, puisque dans sa relation avec le défendeur, cette décision *en tant que telle* ne constitue pas le dernier mot. Il n'est, en définitive, pas pertinent de savoir quelle procédure le défendeur a suivie pour prendre position sur la commission rogatoire internationale. Ce n'est jamais que le *résultat* qui compte et c'est le *résultat* qui doit être examiné par rapport aux conditions de fond de la convention. En réalité, le défendeur ne semble pas contester ce point, puisqu'il affiche la même opinion, fût-ce implicitement⁷⁵. Nous en concluons que la lettre du 31 mai 2005 ne contient qu'un paragraphe susceptible d'être pertinent pour la présente instance. Il

⁷⁵ CMF, par. 3.30.

43 s'agit du paragraphe qui indique que l'article 2 c) de la convention ne permet pas de répondre positivement à la demande de Djibouti.

49. En effet, contrairement à celle du 6 juin, la présente lettre indique bel et bien que l'article 2 c) de la convention est en jeu. Mais la lettre s'achève là. La référence à l'article 2 c) ne saurait être considérée autrement que comme la première étape d'une démonstration visant à établir qu'il s'agirait effectivement d'une affaire dans laquelle l'exception l'emporte sur la règle. Le fait de franchir cette première étape suggère qu'il appartient par conséquent au défendeur de justifier l'exception qu'il invoque. Cette obligation incombe pleinement à tout Etat requérant, suivant la maxime *actori probatio incumbit*; c'est d'autant plus vrai en l'espèce compte tenu des engagements pris précédemment par les représentants du défendeur.

50. Ainsi que l'a expliqué M. Condorelli précédemment, la charge de la preuve pèse sur la Partie qui souhaite invoquer l'une des exceptions prévues à l'article 2 c)⁷⁶. Dès lors, le simple fait de faire référence à une disposition particulière ne saurait être considéré comme une justification valable. La simple mention de l'article 2 c) peut, au mieux, être considérée comme une «notification» de nature très générale, laquelle ne constitue en rien une «motivation» ou une «justification». En outre, la notification en question laisse au destinataire le soin de deviner à quelle partie précise de la disposition son auteur souhaite faire référence. Comme nous le savons, l'article 2 c) porte sur les intérêts essentiels et comprend trois motifs éventuels de refus distincts — à savoir la souveraineté, la sécurité, l'ordre public — auxquels s'ajoute un motif plus général renvoyant à «d'autres de ses intérêts essentiels». Par conséquent, si le défendeur souhaite recourir à l'une des exceptions prévues par l'article 2 en son alinéa c), il lui faut être précis et, plus important encore, démontrer en quoi le motif particulier retenu justifie le recours à l'exception. La lettre du 31 mai 2005 ne contient aucun élément de cette nature et n'est, en réalité, rien de plus qu'une version longue de la réponse lapidaire donnée dans la lettre du 6 juin : «REFUS — article 2 c) — 31 mai 2005», cette fois sans excuses.

⁷⁶ CR 2008/2, p. 19, par. 68 (Condorelli).

51. Dès lors, ici aussi, la conclusion qui s'impose est que le refus figurant dans la lettre, inexistante, du 31 mai 2005 ne saurait être retenu comme un motif valable justifiant le non-respect de l'obligation prévue à l'article 1.

44 Soit transmis du 8 février 2005

52. Madame le Président, je viens juste d'évoquer le fait que la prétendue lettre du 31 mai 2005 faisait référence à une décision du juge Clément. Toutefois, cette lettre ne donnait aucun détail sur cette décision : sa date n'était pas indiquée, sa nature n'était pas précisée, et son contenu n'était pas non plus dévoilé. Or, il semblerait que — du moins dans les faits — cette décision soit précisément la réponse du défendeur à la demande formulée par le demandeur. Ce n'est que dans son contre-mémoire du 13 juillet 2007 que le défendeur a communiqué cette information. Autrement dit, il lui aura fallu le temps que l'affaire soit examinée par la Cour — soit plus deux ans — pour dévoiler ce qui est aujourd'hui présenté comme la motivation de son refus⁷⁷.

53. Cette façon de procéder revient clairement à ne tenir aucun compte de ce que la convention de 1986 avait pour but d'établir entre ses parties. M. Condorelli a déjà examiné le lien existant entre les articles 2 et 17 de ce traité⁷⁸. La présente affaire démontre parfaitement que le fait de ne pas en tenir compte aurait des conséquences tout à fait absurdes, dans la mesure où la motivation d'un refus qui n'est présentée que deux ans après la notification de ce dernier ne saurait être considérée comme faisant partie dudit refus, et encore moins, rétroactivement, comme remédiant à sa nullité. Le fait de motiver un refus permet à la partie à laquelle il est signifié, premièrement, de vérifier que ce refus est conforme à la convention et, deuxièmement, de s'y opposer s'il le juge contraire à celle-ci. Par ailleurs, une telle motivation permettrait aux deux parties de rechercher d'éventuelles solutions au problème que l'Etat requis estime rencontrer. Accepter que la motivation appropriée d'un refus puisse ne pas faire partie intégrante du refus lui-même, et puisse être présentée après un temps indéterminé, serait en contradiction totale avec l'objet même et la structure de la convention, dans la mesure où des refus non-motivés pourraient, en tant que tels et par eux-mêmes, être décisifs.

⁷⁷ CMF, par. 3.66-3.67.

⁷⁸ CR 2008/2, p. 23-25 (Condorelli).

45

54. Le défendeur laisse aujourd'hui entendre que le demandeur avait parfaitement — et depuis toujours — connaissance de cette décision du juge, dans la mesure où il y a fait référence aux paragraphes 146 et 147 de son mémoire. Cependant, il ressort du libellé du paragraphe 146 de notre mémoire que nous avons simplement connaissance de l'existence d'une intervention du juge d'instruction. Il en ressort également que Djibouti ne connaissait aucun détail de ce qui — ainsi que nous l'avons appris dans le contre-mémoire — s'est révélé être un soit transmis. Certes, Djibouti a évoqué les «intérêts essentiels» comme motif du refus, mais il ressort clairement de la suite du mémoire qu'aucune information ne lui a été fournie quant aux raisons pour lesquelles les intérêts essentiels étaient considérés comme pertinents et à la manière dont ils l'étaient.

55. Madame le Président, évoquant les raisons pour lesquelles il n'a, finalement, pas transmis le dossier Borrel à Djibouti, le défendeur s'appuie abondamment sur la prétendue exclusivité qu'il détiendrait pour déterminer si l'une des exceptions de l'article 2 peut être invoquée⁷⁹. M. Condorelli a déjà évoqué cette question aujourd'hui⁸⁰. A l'évidence, une marge d'appréciation est laissée à l'Etat partie qui souhaite invoquer l'une des exceptions prévues à l'article 2 à la règle énoncée à l'article 1. Les termes employés à l'article 2, à savoir «considérées» — alinéa *a*) — et «estime» — alinéa *c*) — traduisent bien une marge d'appréciation. Mais, au lieu d'expliquer dans quelle mesure cette marge d'appréciation confèrerait au défendeur une certaine latitude, ce dernier brûle les étapes et affirme qu'il lui est impossible de fournir ses raisons dans la mesure où il s'est prévalu de l'article 2 *c*) dans son refus⁸¹. Cela apparaît comme une manière plutôt simpliste d'aborder la question, et, dans le même temps, cette approche est contraire au principe même d'une convention régissant l'entraide judiciaire. La thèse du défendeur a pour conséquence qu'un Etat pourrait refuser arbitrairement toute commission rogatoire internationale dès lors qu'il se prévaut de l'un des alinéas de l'article 2 dans son refus. Un tel refus pourrait donc être ou non conforme à la convention, mais il serait, en tout état de cause, selon le défendeur, absolument incontestable.

⁷⁹ CMF, par. 3.38-3.41.

⁸⁰ M. Condorelli, plaidoiries du 22 janvier 2008, principes et règles de la convention d'entraide judiciaire, p. 11-12, par. 25-28.

⁸¹ CMF, par. 3.45.

46

56. Non seulement cette interprétation est improbable, mais le défendeur démontre également dans son contre-mémoire que, en réalité, point n'est besoin d'invoquer cette exclusivité s'agissant des raisons du recours à l'exception. Comme la prétendue lettre du 31 mai 2005, le contre-mémoire ne fournit qu'un seul et unique motif d'application de l'article 2 c) : le soit transmis du juge Clément. Le défendeur communique maintenant, et maintenant seulement, ce soit transmis en tant qu'annexe, ce qui prouve qu'il est, en réalité, tout à fait possible de fournir d'autres motifs de refus.

57. Le statut juridique précis de ce soit transmis ne ressort pas clairement des termes employés. Il figure parmi les documents que nous avons communiqués ce matin. D'après le procureur de la République française — ainsi qu'il l'a indiqué le 12 juin 2006 — ce soit transmis devrait être considéré comme un avis et non comme un jugement ou une décision⁸². Le procureur a communiqué ses réquisitions à la cour d'appel de Paris, qui a ensuite jugé que ce soit transmis n'avait pas statut d'avis, mais qu'il s'agissait d'une décision de l'autorité judiciaire⁸³. Les conséquences de cet arrêt de la cour d'appel de Paris peuvent surprendre, dans la mesure où elles signifient qu'il est laissé à l'appréciation de tout juge d'instruction français de décider — dans le cadre de relations expressément qualifiées d'amicales entre la France et un autre Etat — si le fait que la République française aide un autre Etat constitue une menace pour les intérêts essentiels de la République. Et ce, dans une décision définitive, dans la mesure où, en vertu du droit français, une telle décision n'est pas susceptible de recours. Mais, aussi surprenant que cela puisse être pour le demandeur, telle est la réalité dont il doit se satisfaire, tout comme — d'ailleurs — les organes exécutifs français.

58. J'en viens maintenant à l'examen du soit transmis en tant qu'il fournirait les raisons — les seules raisons — justifiant selon le défendeur son recours à l'exception énoncée à l'article 2 c) de la convention. En fait, le juge d'instruction envisageait deux motifs :

- détournement de procédure;
- fondements prévus à l'article 2 c) de la convention.

⁸² CMF, annexe XI, voir rappel de la procédure.

⁸³ *Ibid.*

47

Outre ces deux motifs, le juge d'instruction en a introduit un autre qui, sans plus d'explication, doit être considéré comme totalement extérieur à la convention de 1986. A la toute fin du soit transmis, le juge indique : «Without contributing in any way to the discovery of the truth, such transmission would seriously compromise the fundamental interests of the country and the security of its agents.»⁸⁴ Madame le président, une demande d'entraide a cependant pour but d'aider l'Etat requérant, et non l'Etat requis, à découvrir la vérité. Le défendeur ne saurait donc utiliser cet argument comme une motivation supplémentaire de sa décision de ne pas donner suite à la demande d'entraide de Djibouti.

Détournement de procédure

59. Le raisonnement du juge d'instruction français, qui le conduit à la thèse d'un détournement de procédure, semble également l'avoir conduit bien au-delà de la convention de 1986.

60. Pour commencer, le juge semble ignorer complètement le fait que la commission rogatoire internationale a été adressée — a été signée — par un juge d'instruction djiboutien, Mme Leïla Mohamed Ali. Le juge Clément semble n'avoir formé son opinion que sur sa seule perception des raisons pour lesquelles le procureur de la République de Djibouti cherchait à rouvrir le dossier Borrel dans son pays. Ayant concentré son attention sur ce qui, selon elle, seraient les motifs du procureur de la République djiboutien, le juge Clément n'a clairement pas fait ce qui semble lui incomber en vertu du droit français, à savoir examiner la *demande* communiquée par son homologue. Madame le président, remettre en question l'intégrité et l'indépendance du juge requérant ne semble guère convenable de la part du juge de l'Etat requis. Ne serait-ce que pour cette raison, le premier motif invoqué devrait être rejeté et écarté comme étant totalement extérieur à la convention de 1986.

61. En outre, le juge Clément se contente de simples spéculations — nullement étayées par des éléments de preuve factuels — pour se prononcer sur les motifs qui ont pu conduire le procureur djiboutien à demander la réouverture du dossier Borrel.

⁸⁴ CMF, annexe XXI; les italiques sont de nous.

62. Les raisons pour lesquelles le procureur de la République djiboutien a décidé de demander la réouverture du dossier Borrel par un juge d'instruction djiboutien sont exposées dans sa demande initiale en date du 17 juin 2004⁸⁵, demande à laquelle la juge Clément s'est référé dans son soit transmis : le fait que les médias français ne cessent de dire que le juge Borrel avait été assassiné et que ces mêmes médias semblent suggérer l'implication de ressortissants et de hauts représentants djiboutiens ont amené le procureur de la République de Djibouti à demander la réouverture du dossier. Rien de plus, rien de moins, rien d'autre; tels sont les faits disponibles.

48

63. Dans les quelques phrases introduisant la thèse du détournement de procédure, le juge semble totalement déformer le contenu de la commission rogatoire internationale. Voici ce que disait la demande du juge Leïla Mohamed Ali :

«Having regard to the State Prosecutor's application dated 20 October 2004, requesting that an investigation be opened against X for the murder of Bernard Borrel and that an international letter rogatory be issued for the handing over of the record of the investigation in Paris, under investigating judge Sophie Clément.»⁸⁶

Le procureur souhaitait donc deux choses :

- l'ouverture d'une information du chef d'assassinat sur la personne du juge Borrel; et
- le décernement d'une commission rogatoire internationale aux fins d'obtenir — dans le cadre de la réouverture de l'information — communication du dossier Borrel français.

Il s'agit là de demandes tout à fait légitimes de la part d'un procureur. Or, voici l'interprétation que le juge Clément en a donnée : «the Djibouti State Prosecutor opened a new investigation «for the handing over of the record of the investigation in Paris»»⁸⁷. Autrement dit, elle a transformé la commission rogatoire internationale décernée par un juge djiboutien indépendant en un acte simplifié du procureur de Djibouti. Le juge français déclare sans détour que le procureur de Djibouti ouvre une nouvelle information aux fins d'obtenir la communication du dossier français. Le juge étaye ensuite cette interprétation en indiquant que la commission rogatoire internationale ne contient aucune autre motivation de l'ouverture d'une nouvelle information par Djibouti, ni ne fait mention d'aucun élément nouveau survenu depuis la clôture du dossier Borrel de Djibouti.

⁸⁵ MD, annexe 16.

⁸⁶ MD, annexe 20, p.131, voir également p. 133, paragraphe final.

⁸⁷ Soit-transmis, p. 2, annexe 21 au contre-mémoire.

64. Tout d'abord, la substance d'une commission rogatoire internationale n'obéit à aucune exigence particulière en dehors de celles qui sont énumérées à l'article 13 de la convention. Le «motif» et l'«objet» doivent être indiqués — et rien de plus. En l'espèce, le motif est clairement exposé : il s'agit de la réouverture de l'instruction relative à l'assassinat possible du juge Borrel. L'objet est lui aussi clairement exposé dans le même contexte : il s'agit du dossier français «Borrel». Là encore, il n'appartient pas à l'Etat requis de mettre en doute la sagesse, le bon sens ou la prudence de l'Etat requérant, et encore moins de commencer à contester l'intégrité du juge requérant.

49

65. Ne serait-ce que pour ces raisons, la thèse du détournement de procédure devrait être écartée dans son ensemble pour défaut de fondement, que ce soit en fait ou en droit. En outre, il convient de répéter une nouvelle fois que la convention de 1986 ne prévoit aucune autre exception à la règle posée à l'article 1 que celles qui sont énumérées de manière exhaustive à l'article 2.

66. En fait, la seule chose que démontre le raisonnement dont découle la thèse du détournement de procédure est que la simple existence des poursuites françaises contre le procureur de Djibouti a été, pour ce juge d'instruction, la seule et unique raison de refuser de déférer à la commission rogatoire internationale. Est-il encore besoin de démontrer que, aux fins de la présente affaire, ces deux questions sont intimement liées ?

Fondements prévus à l'article 2 c) de la convention

67. Le deuxième fondement invoqué dans le soit transmis est exposé en ces termes :

«Article 2 (c) of the Convention also provides that the requested State may refuse a request for mutual assistance if it considers that execution of the request is likely to prejudice its sovereignty, its security, its *ordre public* or other of its essential interests.

That is the case with regard to transmission of the record of our proceedings.»⁸⁸

Il n'est pas précisé ici lequel des fondements est concerné parmi ceux énoncés à l'article 2 c).

Le soit transmis se poursuit ensuite avec une explication supplémentaire :

«On several occasions in the course of our investigation, we have requested the Ministry of the Interior and the Ministry of Defence to communicate documents classified under “defence secrecy”.

⁸⁸ CMF, annexe XXI, *Soit transmis*, p. 2, dernier paragraphe.

The *Commission Consultative du Secret de la Défense Nationale* delivered a favourable opinion on the declassification of certain documents.

The above-mentioned ministries, following that opinion, transmitted those documents to us.

To accede to the Djiboutian judge's request would amount to an abuse of French law by permitting the handing over of documents that are accessible only to the French judge.

Handing over our record would entail indirectly delivering French intelligence service documents to a foreign political authority.»

50 Cet extrait du soit transmis ne permet pas de saisir immédiatement de quoi il retourne. Toutefois, dans son contre-mémoire, le défendeur a donné quelques éclaircissements. Au paragraphe 3.77, il fournit davantage d'indications sur les documents évoqués par le juge d'instruction, ainsi que sur l'avis de la commission auquel il est fait référence. L'avis en question date du 27 janvier 2005 et a été produit par le défendeur à l'annexe XXIII. Il figure également dans le dossier de plaidoiries.

68. Avant d'approfondir la question de la validité du raisonnement cité à l'instant, il convient de se pencher tout d'abord sur cet avis de la commission consultative du secret de la défense nationale⁸⁹. Celle-ci a apparemment examiné — je cite l'avis — «l'ensemble des documents classifiés» («all the classified documents») et elle a conclu qu'une partie du dossier pouvait être déclassifiée, à savoir la note n° 037, datée du 25 janvier 2000, qui compte deux pages. Voilà ce que déclare la commission dans son avis.

69. De là, nous ne pouvons qu'extrapoler sur l'importance de tout cela. Un grand nombre de questions se posent : quel était le volume du dossier examiné par la commission ? Comment se fait-il que seules deux pages aient été déclassifiées ? Cela signifie-t-il qu'elles n'ont pas d'importance ou qu'elles ont, au contraire, été jugées indispensables aux fins de l'instruction dans l'affaire Borrel, ou encore que seules deux pages du dossier pouvaient revêtir une quelconque pertinence dans le cadre de ladite affaire ? Ces deux pages de l'ensemble du dossier tendent-elles à corroborer la présomption d'assassinat plutôt que la thèse du suicide ? Nous ne connaissons évidemment pas la réponse à ces questions. Cela étant, au regard du soit transmis dans son ensemble et vu que celui-ci semble être entièrement consacré au rôle du procureur de Djibouti, il est plus que probable que ces pages n'aient absolument aucun lien avec le décès du juge Borrel.

⁸⁹ CMF, annexe XXIII.

70. Quoi qu'il en soit, force est de constater que le défendeur ne donne pas l'ombre d'une raison expliquant pourquoi ces deux pages revêtent une importance telle qu'elles justifieraient d'avoir recours à l'une des exceptions prévues à l'article 2 c).

71. Le seul motif qu'il avance à cet égard est que le fait de transmettre des documents produits par les services de renseignement français à une autorité étrangère serait de nature à compromettre les intérêts essentiels de la République française⁹⁰. Pourquoi en irait-il ainsi ? Pourquoi «de nature», selon les termes que le défendeur prête au juge ? D'un autre point de vue, il serait permis de penser que les services de renseignement tendent le plus souvent à déclarer leurs documents classifiés «de nature». Partant, le fait de déclassifier deux pages pourrait fort bien signifier que celles-ci ne revêtent absolument pas un tel caractère sensible. Certes, il s'agit toujours là de conjectures, mais celles-ci révèlent tout bonnement que la question mérite davantage en termes de raisonnement et de motifs que d'être, là encore, simplement expédiée de manière lapidaire.

51

72. Le demandeur estime que les motifs allégués par le défendeur à l'égard des deux pages concernées sont bien loin de satisfaire aux critères à appliquer pour démontrer que l'une des exceptions énumérées à l'article 2 c) trouve à s'appliquer. En d'autres termes, le soit transmis ainsi que l'explication donnée par le défendeur aux paragraphes 3.77 et 3.78 du contre-mémoire ne justifient pas le revirement radical de celui-ci par rapport à la lettre d'engagement du 27 janvier 2005, pas plus que son refus d'honorer ses obligations à l'égard de la commission rogatoire internationale du 3 novembre 2004.

73. C'est seulement à titre subsidiaire que Djibouti propose que le défendeur soumette les deux pages concernées à la Cour pour qu'elle apprécie de manière confidentielle le bien-fondé de la position de celui-ci à leur égard. Naturellement, le demandeur — dans cette optique — renoncerait à son droit d'accès à ces deux pages et, tout aussi naturellement, il ne reviendrait sur sa décision que si la Cour devait conclure qu'il n'existe effectivement aucune raison de ne pas lui remettre le document en question.

74. Enfin, Madame le président, deux autres questions restent à examiner :

⁹⁰ CMF, par. 3.78.

— L'observation du juge Clément s'agissant de — je cite — «détourner les termes de la loi française» («abuse of French law»)⁹¹ ;

— La transmission partielle du dossier Borrel.

Dans le soit transmis, le juge d'instruction considère également que :

«To accede to the Djiboutian judge's request would amount to an abuse of French law by permitting the handing over of documents that are accessible only to the French judge.»

Le défendeur s'est gardé de reprendre et, à fortiori, de faire valoir cette considération dans son contre-mémoire. En outre, la loi française régissant la déclassification de documents à la demande du pouvoir judiciaire, que le défendeur a produite à l'annexe XXIV, ne dit absolument rien sur cette question. L'interdiction suggérée par le juge français est aussi relativement invraisemblable.

52

Du paragraphe de l'arrêt de la cour d'appel de Paris que j'ai cité plus tôt, il ressort que celle-ci a, à tout le moins, pris soin de ne pas se prononcer expressément sur la question⁹². Le demandeur suppose — s'il se fourvoie, le défendeur le corrigera assurément — que tout document versé au dossier par le biais de la procédure suivie dans le cas de ces deux pages devrait, après avoir été déclassifié, recevoir le même statut que le reste du dossier : il devrait être accessible aux parties directement concernées par l'instruction et pouvoir être transmis dans le cadre d'une entraide exercée en faveur d'une autorité étrangère. Dès lors, cette considération du juge d'instruction est, elle aussi, bien loin de justifier le recours à l'article 2 c).

Transmission partielle du dossier

75. Cela nous amène à la dernière question qu'il nous faut examiner. Celle du pourquoi. Pourquoi le défendeur refuse-t-il de transmettre un dossier entier comportant 35 volumes au motif que deux pages seraient, selon lui, particulièrement sensibles ?

76. A l'évidence, la convention de 1986 autoriserait un refus partiel de communiquer un dossier requis. Les deux pages invoquées par le défendeur pour justifier son refus de transmettre le dossier dans son intégralité ont été ajoutées peu de temps après l'avis de la commission consultative du 27 janvier 2005. Dès l'automne 2004, le dossier Borrel se composait de

⁹¹ CMF, annexe XXI, soit transmis, bas de la page 2.

⁹² CMF, annexe XI, p. 7 de l'arrêt.

35 volumes. Selon le défendeur, ces deux pages auraient imprégné l'ensemble du dossier, dossier qu'il n'était par conséquent plus possible de transmettre⁹³. Il s'agit là d'un argument totalement invraisemblable et, partant, inacceptable, en particulier dans la mesure où il est présenté sans autre explication. Sur ce point également, la cour d'appel de Paris a pris soin, dans son arrêt, de ne pas se prononcer explicitement.

77. L'on peut concevoir que, après que ces deux pages y ont été ajoutées, certains documents nouveaux également versés à ce dossier puissent y faire référence. En revanche, le fait de prétendre que 35 volumes, qui couvrent une période de près de dix ans d'enquête, auraient dans leur intégralité — et par anticipation — fait référence à une note de deux pages — datée du 25 janvier 2000, et dont le contenu n'était pas connu avant sa déclassification —, démontre que le défendeur a vraiment perdu tout sens de la réalité.

53

78. Par ailleurs, il ressort de la pratique étatique au sein de l'Union européenne qu'une autre approche — relevant des règles de bonne pratique — est tout à fait acceptée. En effet, les Etats membres de l'Union européenne ont fait des déclarations relatives aux bonnes pratiques en matière d'entraide judiciaire. Afin d'exposer à la Cour l'approche généralement acceptée⁹⁴, je me contenterai de lire certains passages de quelques-unes de ces déclarations. La France a adopté la position selon laquelle,

«lorsque tout ou partie de la demande d'entraide ne peut être exécutée en l'état, [l'Etat requis doit] avvertir l'autorité requérante de toute modification nécessaire au regard de la législation interne, en lui fournissant, le cas échéant, une copie des dispositions législatives utiles de nature à résoudre les problèmes posés»⁹⁵.

De la même manière, l'Italie a adopté la position suivante :

«lorsque tout ou partie de l'aide demandée ne peut être fournie, ou lorsque la date limite indiquée ne peut être respectée, le juge responsable de l'exécution de la demande en informe l'autorité requérante en temps utile et lui indique d'autres solutions possibles»⁹⁶.

⁹³ CMF, par. 3.78.

⁹⁴ DG H, Bonnes pratiques d'entraide judiciaire en matière pénale, déclarations des Etats membres de l'UE, réseau judiciaire européen, SN 1371/00, document pouvant être consulté sur le site http://consilium.europa.eu/uedocs/cmsUpload/declaration_FR.pdf.

⁹⁵ *Ibid.*, France, p. 28, point 1 e).

⁹⁶ *Ibid.*, Italie, p. 33, point d).

L'Allemagne, l'Irlande, le Portugal et la Finlande sont convenus que, «lorsque tout ou partie de l'aide demandée ne peut être exécutée, un rapport écrit ou oral expliquant la difficulté et proposant, si possible, d'examiner avec les autorités requérantes les moyens de la résoudre est adressé à celles-ci»⁹⁷.

79. Le demandeur estime que cette approche illustre parfaitement ce en quoi consisterait une application de bonne foi de la convention de 1986 entre la France et Djibouti. Par conséquent, les bonnes pratiques que je viens de citer démontrent également que, sur cet aspect particulier, le défendeur ne s'est pas conformé aux obligations qui lui incombent en vertu de la convention de 1986 ; en outre, ces bonnes pratiques démontrent en quoi a consisté ce manquement.

Conclusions

80. Madame le président, Messieurs de la Cour, le moment est venu de résumer mon propos et de tirer un certain nombre de conclusions. Je commencerai par souligner que, pendant une très longue période, la coopération entre le demandeur et le défendeur au sujet de l'affaire Borrel a été excellente, et qu'elle s'est déroulée conformément à la lettre et à l'esprit du traité d'amitié de 1977 et de la convention de 1986.

54

81. Dans un premier temps, pendant de très nombreuses années, la République française tira profit de la convention de 1986. Elle adressa ainsi aux autorités de Djibouti plusieurs commissions rogatoires internationales consécutives relatives à l'affaire Borrel, commissions que Djibouti exécuta sans exception. Djibouti apporta d'ailleurs aux autorités françaises l'aide la plus large possible, ce que ces dernières reconnurent dans différents communiqués de presse⁹⁸.

82. Lorsque ce fut au tour de Djibouti de demander l'aide du défendeur, la suite réservée à ses commissions rogatoires internationales fut tout d'abord à l'image de la coopération de qualité dont le défendeur avait bénéficié. Dans ce contexte, ce dernier prit, par les voies appropriées, l'engagement inconditionnel de transmettre le dossier Borrel requis avant une date donnée. Peu de temps après, cet engagement fut, là encore de manière inconditionnelle, confirmé par des représentants du défendeur en deux occasions différentes. Il ne saurait y avoir de doute que les

⁹⁷ *Ibid.*, Allemagne, p. 22, point 3, Irlande, p. 31, Portugal, p. 45, point *d*), Finlande, p. 47, point *d*).

⁹⁸ Déclaration de la porte-parole adjointe du Quai d'Orsay, Paris, le 19 avril 2004, MD, annexe 15 ; Déclaration du porte-parole du ministère des affaires étrangères, Paris, le 29 janvier 2005, MD, annexe 22.

organes exécutifs de la France, lorsqu'ils ont pris ces engagements, savaient ce qu'ils faisaient, et qu'ils s'apprêtaient bien à communiquer le dossier dans son intégralité.

83. Et puis, avec le temps, lentement mais sûrement, il est apparu que cet engagement avait été rompu, ce qui fut d'ailleurs confirmé par la lettre de deux lignes du 6 juin 2005.

84. Madame le président, Messieurs de la Cour, le 27 janvier 2005, le défendeur, et ce avec raison, a reconnu formellement qu'il était juridiquement tenu d'exécuter la commission rogatoire internationale du demandeur datée du 3 novembre 2004. Ce jour-là, le défendeur informa en effet le demandeur, par les voies appropriées, qu'il agirait en conséquence. A ce stade, le défendeur laissait clairement entendre qu'il avait décidé de ne pas se prévaloir d'une des exceptions prévues à l'article 2 de la convention de 1986. Autrement dit, à ce stade, les positions juridiques étaient, de part et d'autre, conformes à l'article premier de ladite convention. A partir de là, il ne restait plus qu'à exécuter effectivement, pratiquement et matériellement l'obligation énoncée à l'article premier.

55

85. Le fait que tel n'ait pas été le cas, en l'absence de toute circonstance imprévue qui aurait pu le justifier, constitue un manquement clair de la part du défendeur à l'obligation principale qui lui incombe en vertu de l'article premier de la convention de 1986.

86. La lettre de refus du 6 juin 2005 ne peut en aucune manière entraîner l'annulation de l'engagement pris antérieurement par le défendeur de se conformer pleinement à ses obligations. Il n'en irait différemment que si le demandeur avait accepté que cet engagement soit annulé, ce qui n'est toutefois pas le cas.

87. Pour ces raisons, Djibouti prie la Cour de dire et juger que le non-respect par le défendeur des obligations qui lui incombent en vertu de la convention de 1986 relativement à la transmission du dossier Borrel est illicite, et que la République française devra effectivement communiquer ledit dossier aux autorités djiboutiennes aussitôt après qu'elle aura rendu son arrêt.

88. A titre subsidiaire, le demandeur prie la Cour de dire et juger que la lettre du 6 juin 2005 ne saurait être considérée comme constituant un refus licite au sens de l'alinéa c) de l'article 2 lu conjointement avec l'article 17 de la convention de 1986, et que la République française devra effectivement communiquer le dossier Borrel aux autorités de Djibouti aussitôt après qu'elle aura rendu son arrêt.

89. Madame le président, Messieurs de la Cour, je vous remercie de votre attention. Madame le président, nous vous saurions gré de bien vouloir donner la parole à M. Condorelli.

Le PRESIDENT : Merci, Monsieur van den Biesen. J'appelle à la barre M. Condorelli. You have the floor.

Mr. CONDORELLI: Madam President, Members of the Court, in view of the time, I aim to present the first part of my oral argument before the break, continuing this afternoon — if you will permit me, Madam President. Thank you very much.

**THE VIOLATION BY FRANCE OF THE OBLIGATION TO PREVENT ATTACKS ON THE PERSON,
FREEDOM OR DIGNITY OF AN INTERNATIONALLY PROTECTED PERSON:
THE CASES OF THE STATE PROSECUTOR OF THE REPUBLIC OF
DJIBOUTI AND OF THE HEAD OF NATIONAL SECURITY**

1. Introduction

1. I take the floor again for the last time in this first round of oral argument to illustrate to the Court the validity of the last of the claims presented by the Republic of Djibouti in its Application and fleshed out in its Memorial: my task is to show that France has infringed and continues to infringe its international obligations with respect to Djibouti by violating the immunities of senior Djiboutian officials enjoying international protection.

2. The actions of France, which the Applicant is asking the Court to adjudge and declare as constituting internationally wrongful acts incurring the Respondent's international responsibility, relate to a judicial investigation for subornation of perjury opened in the Paris *Tribunal de grande instance* following the civil action filed in November 2002 by Mrs. Borrel. By decision of the *Cour de cassation* of 5 March 2003⁹⁹, these proceedings were then transferred to the Versailles *Tribunal de grande instance*, where they are still pending¹⁰⁰. In this context, two sets of summonses as legally represented witnesses were addressed to the State Prosecutor of the Republic of Djibouti and the Head of National Security of the Republic of Djibouti, respectively, on 4 November 2004 and 17 June 2005 in the case of the State Prosecutor, and 3 November 2004 and

⁹⁹CMF, Ann. VII.

¹⁰⁰CMF, p. 6, para. 1.10 *et seq.*

17 June 2005 in the case of the Head of National Security¹⁰¹. Later, on 20 October 2006, European arrest warrants were issued against these two public figures¹⁰² following the Judgment of 27 September 2006 by the Versailles Court of Appeal¹⁰³.

3. Before setting out the arguments justifying Djibouti's submission which I have just referred to, I would like to recall my arguments of yesterday afternoon on the scope of the jurisdiction granted to the Court. For there is no doubt that that jurisdiction covers the matters referred to. I should like to point out, in particular, that it is true that the arrest warrants in question post-date Djibouti's application to the Court; however, this should in no way preclude your Court's having full jurisdiction to find that they were issued in disregard of France's international undertakings to Djibouti. These are, in fact, new violations representing the result and consequence of the earlier violations, which would not have occurred if France had scrupulously performed its international obligations referred to in the Application.

57

4. In the same oral pleading, I also highlighted the close connection, on the one hand, between the refusal by the French authorities to execute the international letter rogatory presented by Djibouti in the *Borrel* case and, on the other hand, the investigation opened in the Versailles *Tribunal* for subornation of perjury. As you heard again, reasons were given for the refusal by the investigating judge of the Paris *Tribunal de grande instance* in charge of the *Borrel* case in her Order of 8 February 2005, referring among other things to the presence in the file of documents relating, precisely, to the subornation of perjury proceedings against the State Prosecutor and the Head of National Security of Djibouti. So there is no need to rehearse that question once again.

5. Madam President, it is self-evident that, inasmuch as a State is subject to the obligation to guarantee the immunity from criminal jurisdiction and enforcement of internationally protected persons, that State clearly does not have the right to issue arrest warrants against those persons. In other words, there is no need to prove — particularly after what your Court found in paragraph 70 of the *Yerodia* Judgment of 2002 (*Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium)*), *Judgment, I.C.J. Reports 2002*, p. 29, para. 70) — that the issuing of arrest

¹⁰¹Document No. 11 submitted by the Republic of Djibouti to the Court on 21 November 2007.

¹⁰²CMF, Ann. VIII.

¹⁰³CMF, Ann. VII.

warrants per se violates the immunities in question, if such immunity there is. On the other hand, some preliminary explanations are required regarding the summonses as legally represented witnesses. However, there is no need to dwell on this subject, engaging in intricate analyses of French criminal law. The information provided by the Respondent's written pleadings will suffice.

58 6. In its Counter-Memorial, France explains the legal significance of a summons as a legally represented witness¹⁰⁴ in the light of the relevant provisions of the French Code of Criminal Procedure. Such a summons implies that there is evidence making it seem probable that a person to be heard as a legally represented witness “could have participated, as the perpetrator or accomplice, in committing the offence of which the investigating judge is seized”, as proclaimed by Article 113-2 (2) of the Code. In other words, a legally represented witness is suspected of being the perpetrator of or accomplice in a crime, and his summons is a prelude to his indictment with a view to punishment. Furthermore, the person in question, apart from being engaged in criminal proceedings, is subject to compulsion by the law enforcement agencies to ensure that he or she appears before the Court. The Court is asked to refer to Annex 11 in the list of documents submitted to the Registry by the Applicant on 21 November 2007, in which the summonses as legally represented witnesses which I have already quoted are included. There, you will see the following explicit warning: “If you fail to attend or refuse to attend, you may be compelled to do so by the law enforcement agencies, in accordance with the provisions of Article 109 of the Code of Criminal Procedure”. In short, it is clear: a summons as a legally represented witness cannot be served on a person enjoying immunity from criminal jurisdiction and from acts of constraint which limit his personal freedom.

Madam President, with your permission, I would like to break here to enable me to present the body of my oral pleading as a whole this afternoon. May I do that?

Le PRESIDENT: Oui, c'est à vous qu'il appartient d'en décider — compte tenu du temps dont vous disposerez cet après-midi. Souhaitez-vous procéder ainsi ?

Mr. CONDORELLI: Yes please. Thank you.

¹⁰⁴CMF, p. 49, para. 4.7.

Le PRESIDENT : La Cour n'y voit assurément aucune objection. Thank you for your presentation thus far, Professor. This brings to an end this morning's sitting. We will now rise and meet again at 3 p.m.

The Court rose at 12.55 p. m.
