

CR 2008/5

**Cour internationale
de Justice**

LA HAYE

**International Court
of Justice**

THE HAGUE

ANNÉE 2008

Audience publique

tenue le vendredi 25 janvier 2008, à 10 heures, au Palais de la Paix,

sous la présidence de Mme Higgins, président,

*en l'affaire relative à Certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale
(Djibouti c. France)*

COMPTE RENDU

YEAR 2008

Public sitting

held on Friday 25 January 2008, at 10 a.m., at the Peace Palace,

President Higgins presiding,

*in the case concerning Certain Questions of Mutual Assistance in Criminal Matters
(Djibouti v. France)*

VERBATIM RECORD

Présents : Mme Higgins, président
M. Al-Khasawneh, vice-président
MM. Ranjeva
Shi
Koroma
Parra-Aranguren
Buergenthal
Owada
Simma
Tomka
Keith
Sepúlveda-Amor
Bennouna
Skotnikov, juges
MM. Guillaume
Yusuf, juges *ad hoc*

M. Couvreur, greffier

Present: President Higgins
 Vice-President Al-Khasawneh
 Judges Ranjeva
 Shi
 Koroma
 Parra-Aranguren
 Buergenthal
 Owada
 Simma
 Tomka
 Keith
 Sepúlveda-Amor
 Bennouna
 Skotnikov
Judges *ad hoc* Guillaume
 Yusuf

 Registrar Couvreur

Le Gouvernement de la République de Djibouti est représenté par :

S. Exc. M. Siad Mohamed Doualeh, ambassadeur de la République de Djibouti auprès de la Confédération suisse,

comme agent ;

M. Phon van den Biesen, avocat, Amsterdam,

comme agent adjoint ;

M. Luigi Condorelli, professeur à la faculté de droit de l'Université de Florence,

comme conseil et avocat ;

M. Djama Souleiman Ali, procureur général de la République de Djibouti,

M. Makane Moïse Mbengue, docteur en droit, chercheur, *Hauser Global Law School Program* de la faculté de droit de l'Université de New York,

M. Michail S. Vagias, Ph.D. Cand. à l'Université de Leyde, chercheur, *Greek State Scholarship's Foundation*,

M. Paolo Palchetti, professeur associé à l'Université de Macerata (Italie),

Mme Souad Houssein Farah, conseiller juridique à la présidence de la République de Djibouti,

comme conseils.

Le Gouvernement de la République française est représenté par :

Mme Edwige Belliard, directeur des affaires juridiques du ministère des affaires étrangères et européennes,

comme agent ;

M. Alain Pellet, professeur à l'Université Paris X-Nanterre, membre et ancien président de la Commission du droit international des Nations Unies, associé de l'Institut de droit international,

M. Hervé Ascencio, professeur à l'Université de Paris I (Panthéon-Sorbonne),

comme conseils ;

M. Samuel Laine, chef du bureau de l'entraide pénale internationale au ministère de la justice,

comme conseiller ;

The Government of the Republic of Djibouti is represented by:

Mr. Siad Mohamed Doualeh, Ambassador of the Republic of Djibouti to the Swiss Confederation,

as Agent;

Mr. Phon van den Biesen, Attorney at Law, Amsterdam,

as Deputy Agent;

Mr. Luigi Condorelli, Professor at the Faculty of Law of the University of Florence,

as Counsel and Advocate;

Mr. Djama Souleiman Ali, Public Prosecutor of the Republic of Djibouti,

Mr. Makane Moïse Mbengue, Doctor of Law, Researcher, Hauser Global Law School Program,
New York University School of Law,

Mr. Michail S. Vagias, Ph.D. Cand. Leiden University, Scholar of the Greek State Scholarships
Foundation,

Mr. Paolo Palchetti, Associate Professor at the University of Macerata (Italy),

Ms Souad Houssein Farah, Legal Adviser to the Presidency of the Republic of Djibouti

as Counsel.

The Government of the French Republic is represented by:

Ms Edwige Belliard, Director of Legal Affairs, Ministry of Foreign and European Affairs,

as Agent;

Mr. Alain Pellet, Professor at the University of Paris X-Nanterre, Member and former Chairman of
the United Nations International Law Commission, Associate of the Institut de droit
international,

Mr. Hervé Ascencio, Professor at the University of Paris I (Panthéon-Sorbonne),

as Counsel;

Mr. Samuel Laine, Head of the Office of International Mutual Assistance in Criminal Matters,
Ministry of Justice,

as Adviser;

Mlle Sandrine Barbier, chargée de mission à la direction des affaires juridiques du ministère des affaires étrangères et européennes,

M. Antoine Ollivier, chargé de mission à la direction des affaires juridiques du ministère des affaires étrangères et européennes,

M. Thierry Caboche, conseiller des affaires étrangères à la direction de l'Afrique et de l'océan Indien du ministère des affaires étrangères et européennes,

comme assistants.

Ms Sandrine Barbier, Chargée de mission, Directorate of Legal Affairs, Ministry of Foreign and European Affairs,

Mr. Antoine Ollivier, Chargé de mission, Directorate of Legal Affairs, Ministry of Foreign and European Affairs,

Mr. Thierry Caboche, Foreign Affairs Counsellor, Directorate for Africa and the Indian Ocean, Ministry of Foreign and European Affairs,

as Assistants.

Le PRESIDENT : Veuillez vous asseoir. L'audience est ouverte. La Cour se réunit aujourd'hui pour entendre la suite du premier tour de plaidoiries de la République française. Je donne maintenant la parole à M. le professeur Ascensio.

M. ASCENSIO :

**LES PRÉTENDUES VIOLATIONS DU TRAITÉ D'AMITIÉ ET DE COOPÉRATION DU 27 JUIN 1977
ET DE LA CONVENTION D'ENTRAIDE JUDICIAIRE EN MATIÈRE PÉNALE
DU 27 SEPTEMBRE 1986**

1. Madame le président, Messieurs les juges, j'ai achevé hier soir ma plaidoirie en expliquant pour quelle raison l'argumentation conduisant à la conclusion principale de la République de Djibouti ne pouvait manquer d'être rejetée. Il convient donc, ce matin, de se pencher sur les deux argumentations subsidiaires de la Partie demanderesse.

B. Les argumentations subsidiaires de la Partie demanderesse

2. A titre subsidiaire, la République de Djibouti soutient que la France aurait violé ses obligations en vertu de l'article 1 de la convention de 1986 en raison de son refus illicite de transmettre le dossier Borrel, refus contenu dans une lettre du 6 juin 2005 ou, et c'est la seconde conclusion subsidiaire, dans une lettre du 31 mai 2005¹. La différence entre les deux conclusions réside donc uniquement dans la lettre informant les autorités djiboutiennes du refus d'entraide. On relèvera incidemment que la République de Djibouti n'est, en vérité, pas très sûre de ne jamais avoir reçu la lettre du 31 mai 2005, puisqu'elle prend le soin de formuler une seconde conclusion subsidiaire.

3. Pour le reste, l'argumentation des conseils de la Partie demanderesse a été identique et a consisté à analyser le contenu et la mise en œuvre des articles 2 et 17 de la convention d'entraide judiciaire à l'occasion de l'examen par les autorités françaises de la commission rogatoire djiboutienne du 3 novembre 2004. Si la République de Djibouti allègue une violation de l'article 1, c'est qu'elle lie les articles 2 et 17, ou plutôt les confond, ce qui la conduit à subsumer ces deux articles sous la disposition la plus générale contenue dans la convention, à savoir l'article 1.

¹ CR 2008/3, p. 36, par. 4 (Doualeh).

Cela résulte évidemment de l'interprétation faite pour la première fois de ces articles lors des plaidoiries du premier tour.

4. Dans le mémoire, la position de la République de Djibouti était toute différente. En effet, le moyen de droit portant sur la violation alléguée de la convention de 1986 était alors divisé en deux branches. La première branche concernait l'exécution de la commission rogatoire internationale et la seconde branche concernait l'obligation de motiver le refus d'entraide². La République de Djibouti soutenait alors qu'il y avait eu deux violations de la convention, l'une correspondant à ses articles 3 et 5 et l'autre correspondant à son article 17. Elle isolait ainsi très clairement l'article 17 du reste de la convention et reprochait à la France de ne pas lui avoir communiqué le motif du refus d'entraide³.

5. Du point de vue de la République française, et conformément à la position première des autorités djiboutiennes, les deux questions doivent toujours être analysées de manière séparée, car les obligations juridiques en cause, à savoir celles résultant de l'article 2 et celles résultant de l'article 17, sont distinctes. Pour cette raison, je répondrai aux deux argumentations subsidiaires de la République de Djibouti conjointement, en distinguant d'une part la question du motif du refus d'entraide (A) et, d'autre part, l'obligation de motivation (B).

6. Il apparaîtra alors que les motifs ayant conduit à refuser la transmission du dossier Borrel étaient parfaitement conformes à la convention, et plus particulièrement aux prévisions de son article 2, *litt. c*). Dès lors, cet article, pas plus que l'article 1, n'a été violé par la République française. Il apparaîtra ensuite que la France n'a nullement enfreint l'obligation de motivation figurant à l'article 17 de la convention, puisque la République de Djibouti est parfaitement informée des raisons ayant conduit au refus d'entraide. Au demeurant, une simple violation de l'article 17 ne constituerait pas pour autant une violation de l'article 1 de la convention.

1) Le motif du refus d'entraide

7. Madame le président, les motifs du refus d'entraide doivent maintenant être examinés. Un tel refus était possible au titre de l'article 2 de la convention ; il s'est imposé en l'espèce, car la

² MD, p. 43 et p. 45.

³ MD, p. 46-48, par. 119-124.

France a estimé que l'exécution de la commission rogatoire djiboutienne eût été en contradiction avec ses intérêts essentiels. Tels sont les deux points qui seront exposés.

8. Tout d'abord, l'article 2 de la convention rend possible le refus de l'entraide pour l'un des trois motifs qu'il énumère. Le motif pertinent en la présente affaire est le troisième, que la convention énonce comme suit :

«L'entraide judiciaire pourra être refusée :

.....

c) [s]i *l'Etat requis estime* que l'exécution de la demande est de nature à porter atteinte à sa souveraineté, à sa sécurité, à son ordre public ou à d'autres de ses intérêts essentiels.» (Les italiques sont de nous.)

9. Les termes retenus confèrent expressément à l'Etat requis un pouvoir d'appréciation exclusif afin qu'il détermine lui-même ce que sont ses intérêts essentiels. Ceci résulte de l'expression «l'Etat requis estime». La même expression est d'ailleurs également employée pour le premier motif, c'est-à-dire le cas d'une demande se rapportant à des infractions politiques, ou à des infractions connexes à des infractions politiques, ou à des infractions en matière fiscale, douanière ou de change. En revanche, elle n'apparaît pas dans le deuxième motif, qui correspond à la classique condition de double incrimination. C'est une raison supplémentaire pour y attacher toute l'importance qu'elle mérite dans ce troisième motif.

10. Dans sa plaidoirie, le professeur Condorelli a bien voulu rappeler qu'une série de pronoms possessifs vient souligner le fait que l'Etat requis est l'unique interprète de cette disposition⁴. De même, il a rappelé que ce genre de disposition était classique dans les conventions d'entraide judiciaire en matière pénale et il a cité l'article 2 de la convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale du 20 avril 1959⁵.

11. Je me garderai toutefois de reprendre l'expression de «self-judging clause» qu'il a utilisée⁶. Outre qu'elle n'est pas aisée à traduire en français, elle a de toute évidence, dans l'esprit du conseil de la Partie demanderesse, une connotation péjorative. Cela n'est probablement pas mérité, compte tenu de la pratique considérable des Etats en ce domaine, ainsi qu'il l'a lui-même

⁴ CR 2008/2, p. 18, par. 18 (Condorelli).

⁵ CR 2008/2, p. 17, par. 17 (Condorelli).

⁶ CR 2008/2, p. 18, par. 18 (Condorelli).

relevé. On pourrait ajouter que des dispositions du type de celles dont nous parlons figurent non seulement dans des conventions bilatérales ayant un objet autre que l'entraide en matière pénale, comme certains traités bilatéraux d'investissement, mais encore dans des conventions multilatérales. L'on peut mentionner ici l'article XXI de l'accord général sur les tarifs douaniers et le commerce, l'article XIV^{bis} de l'accord général sur le commerce des services, ainsi que l'article 73 de l'accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce.

12. Pour ce qui concerne la matière pénale, la formulation d'une telle clause est aisément compréhensible. Les questions pénales sont de celles qui touchent à la souveraineté des Etats et mettent en jeu leur sécurité ou leur ordre public. S'agissant d'un domaine particulièrement sensible, les Etats sont particulièrement attentifs à la portée des engagements qu'ils prennent en la matière. C'est pourquoi, si les Etats sont prêts à négocier et à conclure des conventions d'entraide judiciaire en matière pénale, ils ne le font qu'à certaines conditions, au demeurant très classiques, afin d'éviter que l'entraide accordée ne puisse porter atteinte à leur souveraineté, à leur sécurité, à leur ordre public ou à d'autres de leurs intérêts essentiels. Il en découle que, sauf à vider de toute portée les dispositions prévoyant des dérogations au principe de l'entraide — dérogations encore une fois très classiques — il appartient à l'Etat requis, et à lui seul, selon les procédures de son droit interne, de juger si telle ou telle mesure d'entraide est de nature ou non à porter atteinte à ses intérêts essentiels.

13. Après la pratique conventionnelle, intéressons-nous maintenant à la jurisprudence internationale. Là encore, le professeur Condorelli m'a facilité la tâche, puisqu'il a longuement cité l'arrêt rendu par la Cour en 1986 dans l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique)*⁷. La Cour y admet l'existence de clauses précisant que seul l'Etat concerné est habilité à définir ses intérêts essentiels, ce qu'elle utilise *a contrario* afin d'établir sa compétence dans le cas d'espèce, puisqu'elle se trouvait face à une clause ne comportant pas cette précision (*fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1986*, p. 116, par. 222).

⁷ CR 2008/2, p. 20, par. 21 et 22 (Condorelli).

14. Le conseil de la Partie demanderesse tente toutefois de restreindre de deux façons la portée de ce *dictum* de la Cour, en s'appuyant d'une part sur le droit international général, d'autre part sur la convention de 1986 elle-même.

15. Quant au droit international général, il a fait référence à l'affaire des *Droits des ressortissants des Etats-Unis d'Amérique au Maroc (France c. Etats-Unis d'Amérique)*⁸, et plus particulièrement au passage où, à propos de la marge d'appréciation dont disposaient les autorités douanières marocaines pour calculer la valeur en douane des marchandises aux termes de l'article 95 de l'acte d'Algésiras, la Cour énonce que ces autorités devaient «en user raisonnablement et de bonne foi» (*arrêt, C.I.J. Recueil 1952, p. 212*). Mais il s'agissait alors d'exécuter les obligations d'un traité, d'ailleurs fort précises et techniques, et pas *d'écarter l'application* d'un traité. Il ne s'agissait évidemment pas non plus de préserver les intérêts essentiels d'un Etat.

16. La République de Djibouti invoque encore un «groupe de sentences arbitrales récentes en matière d'investissements» qui montrerait une «tendance claire à interpréter ces clauses dans le sens qu'elles n'excluent nullement la compétence de l'arbitre à vérifier le bien-fondé *in facto* du recours à l'exception»⁹. A vrai dire, il est fort douteux que les sentences arbitrales en question traduisent une «tendance claire». Le professeur Condorelli a certes cité la sentence dans l'affaire *LG&E c. Argentine*, qui allait dans son sens¹⁰. Mais une autre sentence va dans le sens inverse : la sentence *CMS c. Argentine*¹¹. Elle constate que certains traités, comme ceux adoptés selon le modèle de traité bilatéral d'investissement des Etats-Unis de 2004, contiennent des dispositions qui, en matière d'intérêts essentiels de l'Etat, reconnaissent à l'Etat concerné une complète liberté d'appréciation. Cette sentence a fait l'objet d'une demande en annulation et le comité *ad hoc* saisi s'est prononcé le 25 septembre 2007¹². Les membres du comité ont critiqué plusieurs aspects de la sentence, mais nullement celui-ci.

⁸ CR 2008/2, p. 22, par. 26 (Condorelli).

⁹ CR 2008/2, p. 22-23, par. 28 (Condorelli).

¹⁰ CR 2008/2, p. 23, par. 28 (Condorelli).

¹¹ Tribunal CIRDI, sentence arbitrale, affaire *CMS Gas Transmission Company c. Argentine*, n° ARB/01/8, 12 mai 2005, par. 373.

¹² Decision of the *Ad Hoc* Comity on the Application for Annulment of the Argentine Republic, *CMS Gas Transmission Company c. Argentine*, ICSID Case No. ARB/01/8 (Annulment Proceeding), 25 septembre 2007.

17. La vague jurisprudentielle appelée de ses vœux par la Partie demanderesse ne s'est donc pas produite. Peut-être tout simplement parce que la solution la plus raisonnable consiste à admettre l'existence de ces clauses et de leurs effets.

18. A cet égard, il convient sans doute d'approfondir la jurisprudence de la Cour. Il est en effet possible d'établir un parallèle entre ce genre de clauses et les réserves émises par certains Etats à leur déclaration d'acceptation de la juridiction obligatoire de la Cour, conformément à l'article 36, paragraphe 2, de son Statut. Ainsi, dans l'affaire relative à *Certains emprunts norvégiens (France c. Norvège)*, la Cour s'est penchée sur la réserve française qui excluait du champ d'application de sa déclaration d'acceptation les différends «relatifs à des affaires qui relèvent essentiellement de la compétence nationale *telle qu'elle est entendue par le Gouvernement de la République française*» (arrêt, *C.I.J. Recueil 1957*, p. 21). La Cour, en admettant au titre de la réciprocité que la Norvège puisse se prévaloir de la même limitation de sa propre déclaration d'acceptation de la compétence de la Cour, a accepté d'appliquer ladite réserve. Elle a alors conclu à son incompétence, puisque la Norvège estimait que l'affaire relevait essentiellement de sa compétence nationale. Selon la Cour, il convenait d'appliquer «la réserve telle qu'elle [était], et telle que les Parties la reconnaiss[ai]ent» (*ibid*, p. 27).

19. Dans la présente affaire, il n'est nul besoin de rechercher la reconnaissance de la disposition en cause par les deux Parties, puisqu'il s'agit d'une disposition conventionnelle, émanant de la volonté commune de la République de Djibouti et de la République française. Il s'agit seulement de l'appliquer «telle qu'elle est», conformément d'ailleurs à une règle classique du droit des traités (*Acquisition de la nationalité polonaise, avis consultatif, 1923, C.P.J.I. série B n° 7*, p. 20 ; *Différend territorial (Jamahiriya arabe libyenne/Tchad), arrêt, C.I.J. Recueil 1994*, p. 25, par. 51).

20. Cette dernière remarque nous permet aussi de commencer à répondre à la seconde série d'arguments du professeur Condorelli, fondée sur la convention d'entraide judiciaire de 1986 elle-même.

21. Conformément au droit des traités, l'article 2 doit être interprété «de bonne foi suivant le sens ordinaire à attribuer à ses termes dans leur contexte et à la lumière de son objet et de son but» (*Plates-formes pétrolières (République islamique d'Iran c. Etats-Unis d'Amérique), exception*

préliminaire, arrêt, C.I.J. Recueil 1996 (II), p. 812, par. 23). Or, l'interprétation proposée par la Partie demanderesse ignore le sens ordinaire de l'article 2, conduisant à l'appliquer tel qu'il est. Elle ignore tout autant l'objet et le but des conventions d'entraide judiciaire en matière pénale, que j'ai évoqués tout à l'heure. Il n'est question que du contexte¹³, qui permettrait de faire fusionner les articles 2 et 17 de la convention, et ce alors qu'ils sont nettement séparés dans le traité. Mais je reviendrai un peu plus loin sur ce sujet à propos du sens véritable de l'article 17.

22. Il est également fort curieux de tenter d'utiliser les «bonnes pratiques» adoptées dans le cadre de l'Union européenne par une action commune du 29 juin 1998¹⁴. L'action commune est un acte adopté dans le cadre d'un traité, le traité sur l'Union européenne, qui est sans rapport avec la convention franco-djiboutienne de 1986.

23. Reste l'idée que la convention de 1986 serait privée d'effet utile en raison de l'interprétation de l'article 2 faite par la République française. Cela est bien excessif et ne coïncide nullement avec la pratique de l'entraide judiciaire internationale. Par ailleurs, les obligations de moyens figurant dans la convention restent évidemment applicables à toutes les demandes. C'est précisément grâce à la mise en œuvre de sa procédure interne que l'Etat requis sera en mesure de déterminer si la demande porte ou non atteinte à ses intérêts essentiels. Non seulement il n'y a là aucune violation de la convention de 1986, mais telle est la seule interprétation raisonnable que l'on puisse offrir des articles 1, 2 et 3.

24. Mais il est sans doute grand temps de mettre un terme à une discussion quelque peu abstraite. En effet, la France a estimé qu'elle était en mesure de fournir à la Cour un ensemble de documents, dont le contenu est suffisant pour vous permettre, Madame et Messieurs de la Cour, de conclure au parfait respect de l'article 2 de la convention de 1986 dans la présente affaire. Ces documents ont été annexés au contre-mémoire de la République française¹⁵.

25. La France a reproduit, en annexe XXI de son contre-mémoire, l'intégralité du soit communiqué de la juge d'instruction Sophie Clément en date du 8 février 2005, qui conclut au refus de transmission du dossier Borrel. La décision s'appuie expressément sur le motif prévu à

¹³ CR 2008/2, p. 23, par. 29 (Condorelli).

¹⁴ CR 2008/2, p. 27, par. 38 (Condorelli).

¹⁵ CMF, annexes XV et XXI.

l'article 2, *litt. c*), satisfaisant ainsi aux obligations de la convention d'entraide judiciaire de 1986. Par ailleurs, la décision apporte des précisions quant aux risques d'atteinte à la souveraineté, à la sécurité, à l'ordre public et aux intérêts essentiels de la France. Il apparaît alors que la décision des autorités judiciaires françaises n'était pas contestable.

26. Au cours de l'instruction portant sur l'assassinat du juge Borrel, la juge d'instruction a sollicité et obtenu la déclassification de notes émises par les services secrets français.

27. La procédure de déclassification est prévue par la loi du 8 juillet 1998. Selon les termes de son article 4, seule l'autorité judiciaire française peut disposer de ces documents car elle seule a le pouvoir de les solliciter. Lorsqu'un juge souhaite obtenir la déclassification de document, il lui appartient d'en faire la demande auprès de l'autorité administrative en charge de la classification. En pratique, le ministre compétent est destinataire de la demande du juge et il saisit lui-même la commission consultative du secret de la défense nationale. Ce n'est qu'après avis de cette commission que le ministre peut décider de la déclassification et, *in fine*, de la communication du document au juge. Une telle procédure est justifiée par le caractère sensible, au regard notamment des intérêts fondamentaux de la nation, des informations contenues dans ces documents classifiés. Ceci étant, les avis de la commission consultative sont, eux, facilement accessibles, puisqu'ils sont publiés au *Journal officiel* de la République française.

28. La commission consultative ne peut, en l'état de la loi française, répondre à une demande de communication émanant d'une autorité judiciaire étrangère ou internationale. Ainsi que la France l'avait mentionné dans son contre-mémoire, un projet de réforme de la loi française est actuellement à l'étude pour permettre à la Cour pénale internationale d'obtenir une telle communication, ce qui s'explique par la fonction qui lui a été conférée dans son Statut.

29. La procédure française de demande de déclassification ayant été décrite, nous pouvons revenir à la demande formulée par les autorités djiboutiennes.

30. Comme l'explique la juge d'instruction, la transmission du dossier aux autorités djiboutiennes, «aurait pour conséquence de livrer indirectement des documents des services de renseignement français à une autorité politique étrangère». Il n'est dès lors pas possible de transmettre un dossier contenant de telles informations, d'autant, j'y reviendrai, qu'elles irriguent désormais l'intégralité du dossier.

31. Commentant cette décision, la Partie demanderesse s'est engagée, lors de son premier tour de plaidoiries, dans une discussion purement spéculative quant au contenu des notes déclassifiées. Le coagent de la République de Djibouti a ainsi mentionné l'avis rendu le 27 janvier 2005 par la commission consultative du secret de la défense nationale. Il a relevé que seulement deux pages avaient été déclassifiées et a douté que les informations contenues dans ces deux pages aient pu imprégner l'ensemble du dossier d'instruction de l'affaire Borrel¹⁶.

32. Une fois de plus, nos contradicteurs feignent d'ignorer des éléments pourtant essentiels du dossier.

33. En effet, la République française avait annexé à son contre-mémoire l'avis du 27 janvier 2005 rendu par la commission consultative du secret de la défense nationale à seule fin d'illustration. Mais un autre document, l'annexe XV, mentionnait un grand nombre de pièces figurant dans le dossier Borrel, dont la communication serait susceptible de porter atteinte aux intérêts essentiels de la France. Ce document est une lettre du directeur des affaires criminelles et des grâces au ministère de la justice adressée au procureur général de Paris, à propos de la demande de transmission du dossier Borrel. Voici ce qui est écrit dans le passage pertinent :

«J'appelle votre attention sur la nécessité d'exclure de la copie certifiée conforme de la procédure les pièces susceptibles de porter atteinte à notre souveraineté, à notre sécurité, à notre ordre public ou à d'autres intérêts essentiels de la nation et notamment celles visées par le ministre de la défense dans sa note ci-jointe en copie, à savoir douze notes de la DGSE transmises à l'autorité judiciaire le 29 mars 2004 et trois nouvelles notes de la DGSE ainsi que dix notes de la DPSD transmises le 13 décembre 2004.»

34. Le directeur des affaires criminelles et des grâces concluait de la manière suivante :

«[L]a communication des documents des services de renseignements français ne peut s'envisager dans la mesure où elle aurait pour conséquence de porter à la connaissance d'une autorité politique étrangère des informations de nature à compromettre gravement les intérêts précédemment évoqués.»

35. Je précise que l'acronyme «DGSE» signifie Direction générale de la sécurité extérieure et que l'acronyme «DPSD» signifie Direction de la protection de la sécurité de la défense. Le premier service de renseignement relève du ministère de l'intérieur et le second du ministère de la défense.

¹⁶ CR 2008/2, p. 50, par. 69 (van den Biesen).

36. Ce sont donc plus de vingt-cinq notes contenant des informations protégées qui ont été déclassifiées et jointes au dossier d'instruction objet de la demande djiboutienne.

37. Au demeurant, dans le soit transmis du 8 février 2005, la juge d'instruction Sophie Clément ne se limitait absolument pas à parler d'une unique note déclassifiée. Elle mentionnait une pluralité de documents. A nouveau, je cite le passage pertinent du document, correspondant à l'annexe XXI du contre-mémoire français :

«Nous avons sollicité au cours de notre information à *plusieurs reprises* les ministères de l'intérieur et de la défense afin d'obtenir communication de documents classés secret-défense.

La commission consultative du secret de la défense nationale a donné un avis favorable à la déclassification de certaines pièces.

Les ministères susmentionnés, suivant cet avis, nous ont transmis ces documents.»

38. L'attention de votre Cour doit être appelée sur le fait que ce nombre conséquent de notes a été intégré dans le dossier d'instruction en cours au cabinet de Mme la vice-présidente Sophie Clément à différentes périodes. De la sorte, et au fur et à mesure de leur intégration, ces notes ont été utilisées par le magistrat instructeur pour procéder à des actes d'investigations divers : auditions, commissions rogatoires, expertises. Ce processus continu a rendu impossible de considérer que des éléments du dossier puissent être regardés comme détachables du contenu de ces notes.

39. En effet, ces notes ont pu notamment valider ou non l'orientation antérieure de l'instruction, l'engager dans une nouvelle voie, être si essentielles qu'elles soient ensuite fréquemment citées et qu'elles aiguillent les actes d'instruction ultérieurs. Il va sans dire, Madame le président, que je ne connais nullement le contenu de ces notes. Dès lors, les spéculations de la Partie demanderesse ne me conduisent à révéler aucune information particulière, si tant est que le but recherché ait été celui-ci.

40. Madame le président, Messieurs les juges, la République française ayant exécuté la demande d'entraide conformément aux articles 2 et 3 de la convention d'entraide judiciaire de 1986, et *a fortiori* conformément à l'article premier de cette même convention, elle n'a violé aucune de ses obligations internationales. Dès lors, il reste à déterminer si la République de

Djibouti peut légitimement reprocher à la France d'avoir manqué à l'obligation de motiver le refus d'entraide, obligation figurant à l'article 17 de la convention.

2) L'obligation de motiver

41. La République de Djibouti ne peut soutenir que l'obligation de motiver le refus d'entraide a été violée. Elle ne le peut car le processus de coopération entre les deux Etats s'est déroulé de manière telle que le motif du refus d'entraide était indiscutablement connu des autorités djiboutiennes.

42. Il nous faut en premier lieu revenir sur le contenu de l'article 17 de la convention de 1986 et sur sa position dans ladite convention. L'article prévoit seulement que «[t]out refus d'entraide judiciaire sera motivé». Force est de constater que l'énoncé est lapidaire, qu'il n'impose aucune forme, aucun délai, aucun degré particulier de précision et qu'il ne requiert pas expressément une communication officielle à l'Etat demandeur. Pour exiger une communication *officielle*, d'autres conventions du même type ajoutent d'ailleurs à la même disposition une obligation de notification.

43. D'autre part, cet article est rejeté à la fin du traité. Si les parties avaient entendu en faire une condition de licéité du refus d'entraide, elles auraient fait apparaître un paragraphe à ce propos dans l'article 2 lui-même, ou alors l'aurait spécifié dans la disposition. On doit en déduire que l'obligation posée par l'article 17 est distincte de celles qui ont été évoquées jusqu'ici.

44. La question qui se pose alors est de savoir quel est le contenu de la motivation devant être porté à la connaissance de l'Etat requérant. Lorsque le refus a pour fonction de protéger des informations relatives aux intérêts essentiels de l'Etat, il est bien évident qu'il ne peut s'agir de communiquer lesdites informations. La seule possibilité qui subsiste consiste donc à préciser quel a été le motif retenu au terme de l'article 2 de la convention pour justifier le refus d'entraide. En l'occurrence, il s'agit du motif prévu sous 2, *litt. c*). Voilà en quoi l'article 17 entretient une relation avec l'article 2. Dire cela n'est nullement contradictoire avec l'idée que les deux dispositions sont juridiquement autonomes et contiennent des obligations juridiques distinctes, contrairement à ce qu'allègue la République de Djibouti¹⁷.

¹⁷ CR 2008/2, p. 26, par. 36.

45. Dans la présente affaire, la France a communiqué le motif du refus aux autorités djiboutiennes. Le directeur des affaires criminelles et des grâces du ministère de la justice de la République française a adressé un courrier à ce sujet, le 31 mai 2005, à l'ambassadeur de la République de Djibouti à Paris. Le document est reproduit en annexe V du contre-mémoire. Ayant rappelé que la demande d'entraide avait été transmise par les autorités exécutives françaises à l'autorité judiciaire, et ce conformément à la législation interne, il écrivait que

«le juge d'instruction a[vait] ... estimé que l'article 2 c) de la convention franco-djiboutienne d'entraide pénale du 27 septembre 1986 devait recevoir application et ne permettait pas de réserver une réponse favorable à la demande de vos autorités judiciaires».

46. La référence à l'article 2, *litt. c)*, de la convention de 1986 était de nature à satisfaire pleinement l'obligation de motivation figurant à l'article 17. Rien n'imposait d'aller plus avant dans la motivation et tout exigeait au contraire de s'en tenir aux motifs énumérés à l'article 2. Sans cela, l'Etat requis serait conduit à révéler des informations que la convention lui permet justement de ne pas communiquer afin de protéger ses intérêts essentiels.

47. C'est avec étonnement que les autorités françaises ont pris connaissance de la lettre adressée par l'ambassadeur de Djibouti à Paris au procureur général de Djibouti le 25 juillet 2007. Cette lettre figure parmi les documents supplémentaires transmis au Greffe de la Cour par la République de Djibouti le 21 novembre dernier. L'ambassadeur y informe l'agent de la République de Djibouti que les efforts déployés pour retrouver le courrier émanant des autorités françaises sont restés vains.

48. Malheureusement, la France n'est pas davantage en mesure de démontrer que ledit courrier a bien été reçu par l'ambassade de la République de Djibouti à Paris. La raison en est fort simple. Les administrations françaises, confiantes dans l'efficacité des services postaux sur le territoire français, envoient leurs courriers par la voie ordinaire, c'est-à-dire sans demander d'accusé de réception. Elle ne dispose donc pas d'une preuve de réception.

49. Pour autant, le motif du courrier du 31 mai 2005 s'inscrivait parfaitement dans la continuité des précédents échanges entre les deux Etats. A cet égard, et contrairement à ce que soutient l'ambassadeur de Djibouti, les échanges directs entre lui-même et le ministère français de la justice ne sont pas incongrus. Il suffit de se reporter pour cela à un document que la République

de Djibouti a annexé à son mémoire, l'annexe 19, qui fournit un exemple d'un tel échange. Quant à la convention de 1986, elle prévoit en son article 14 des communications directes entre les ministères de la justice des deux Etats et même, en certains cas d'urgence, entre les autorités judiciaires des deux Etats. La transmission par l'intermédiaire des ambassades et des ministères des affaires étrangères n'est alors qu'une pratique commode, compte tenu de l'éloignement géographique entre les deux Etats, et nullement une exigence du protocole.

50. Il faut aussi replacer dans son contexte la lettre du 6 juin 2005, adressée par l'ambassadeur de France à Djibouti au ministre des affaires étrangères et de la coopération internationale djiboutien¹⁸. Il l'informait que la France n'était pas en mesure de donner suite à la demande de transmission du dossier Borrel. Il écrivait alors «n'est pas» en mesure, et non «n'est plus» en mesure, comme l'a soutenu la République de Djibouti dans son mémoire¹⁹. Il est exact qu'il ne rappelait pas le motif du refus. Mais cela était compréhensible puisque les autorités françaises pensaient que la motivation avait été fournie le 31 mai par le directeur des affaires criminelles et des grâces du ministère de la justice à l'ambassadeur de Djibouti à Paris. Sans cela, il est évident que l'ambassadeur aurait rappelé ce motif. La bonne foi des autorités françaises ne peut donc être mise en doute.

51. De toute façon, l'hypothèse d'une absence complète d'information est démentie par le comportement des autorités djiboutiennes. En premier lieu, si la lettre du 31 mai 2005 n'a jamais été reçue, il est fort peu compréhensible que la République de Djibouti n'ait jamais manifesté la moindre surprise, ni entrepris la moindre démarche officielle pour connaître le motif du refus, que ce soit auprès de l'ambassadeur de France à Djibouti ou directement auprès du ministère de la justice. Cela l'est d'autant moins que, comme on l'a vu, les contacts ont toujours été réguliers. Et ce silence a duré jusqu'au moment du dépôt de la requête djiboutienne devant la Cour internationale de Justice le 9 janvier 2006.

52. En deuxième lieu, le risque que la présence de documents couverts par le secret-défense empêche la transmission du dossier Borrel était connu avant même que la demande soit faite. Le 16 décembre 2003, le ministre des affaires étrangères et de la coopération internationale djiboutien

¹⁸ CMF, annexe XXII.

¹⁹ MD, p. 46, par. 119, et p. 37, par. 90.

avait écrit au ministre des affaires étrangères français pour souhaiter l'aboutissement de la procédure judiciaire française portant sur l'assassinat du juge Borrel. Il lui demandait alors, «de lever tout obstacle ... y compris le secret-défense»²⁰. La levée du secret-défense ayant effectivement été obtenue par la juge d'instruction, il était certain que le problème des informations déclassifiées ne manquerait pas de se poser pour toute demande de transmission du dossier Borrel.

53. En troisième lieu, il apparaît à la seule lecture de la requête introductive d'instance que la République de Djibouti connaît parfaitement le motif du refus d'entraide. Le paragraphe 13 affirme en effet que «le juge d'instruction refuse la transmission du dossier Borrel aux autorités judiciaires djiboutiennes au motif que *«la transmission de ce dossier est contraire aux intérêts fondamentaux de la France»*». La même connaissance du motif apparaît au paragraphe 146 du mémoire. La République de Djibouti prend alors le soin d'utiliser un conditionnel, mais l'expression «contraire aux intérêts fondamentaux de la France» y figure également. Il est de plus précisé que le refus figure dans une lettre de la juge d'instruction parisienne Sophie Clément. La précision de la source comme celle du motif montrent que Djibouti connaît, et a toujours connu, le résultat de la procédure interne et le motif du refus d'entraide. La suite du mémoire montre de plus que Djibouti comprend très bien que ce motif est lié à l'article 2, *litt. c)*, de la convention de 1986, tout en contestant un tel rattachement — mais ce n'est pas le problème ici²¹.

54. En dernier lieu, la République de Djibouti est elle-même consciente de la faiblesse de son argumentation. Voilà sans doute pourquoi elle a dû, dans son mémoire, prétendre par deux fois que l'ambassadeur de France à Djibouti avait écrit «n'est plus» au lieu de «n'est pas»²². Il s'agissait à l'évidence de créer l'impression de contradiction imputable aux autorités françaises, impression qui ne résultait nullement des autres faits. Or, ces mots n'ont jamais été écrits.

55. Dès lors, il est bien évident que les autorités djiboutiennes étaient parfaitement informées du motif du refus d'entraide.

56. A titre subsidiaire, si la Cour devait admettre malgré tout que l'article 17 n'a pas été respecté, il faudrait s'interroger sur les conséquences d'un tel constat. En premier lieu, une

²⁰ MD, annexe 13.

²¹ MD, p. 55, par. 147-150.

²² MD, p. 46, par. 119, et p. 37, par. 90.

violation de l'article 17 n'implique nullement que l'article premier soit du même coup violé. Dès lors, la Cour devrait en tout état de cause rejeter les deux conclusions subsidiaires de la République de Djibouti. Par ailleurs, il est indéniable que la République de Djibouti connaît désormais parfaitement les motifs du refus d'entraide. L'échange des pièces écrites et la procédure orale devant la Cour les ont éclaircis, probablement même au-delà de ce que l'article 17 de la convention requérait. Par conséquent, la partie du différend relative à la motivation du refus d'entraide est devenue sans objet.

57. Madame le président, Messieurs les juges, il me reste à conclure en rappelant les principaux points de cette plaidoirie :

- i) aucune obligation juridique du traité d'amitié et de coopération de 1977 n'a été violée par la République française ;
- ii) on ne saurait admettre que le traité d'amitié et de coopération de 1977 aurait été violé au prétexte d'une violation qualifiée de «grave» de la convention d'entraide judiciaire en matière pénale du 27 septembre 1986 ;
- iii) la convention d'entraide judiciaire en matière pénale de 1986 n'a pas été violée en raison du refus de donner suite à l'engagement supposé constitué par la lettre du 27 janvier 2005, puisque la procédure interne était alors en cours ;
- iv) le refus de transmettre à la République de Djibouti une copie du dossier Borrel était motivé, conformément aux dispositions de la convention d'entraide judiciaire de 1986, notamment de son article 2 ;
- v) la France n'a pas violé l'obligation de motivation du refus d'entraide résultant de l'article 17 de la convention ;
- vi) subsidiairement, la violation de l'obligation de motivation du refus d'entraide ne constitue pas une violation de l'article 1 de la convention ;
- vii) encore plus subsidiairement, la partie du différend relative à l'obligation de motivation du refus d'entraide est devenue sans objet.

58. Madame le président, Messieurs les juges, je vous remercie vivement de votre attention et vous prie, Madame le président, de donner la parole au professeur Pellet.

Le PRESIDENT : Je vous remercie Monsieur le professeur. Et maintenant je donne la parole à M. le professeur Pellet.

M. PELLET : Merci beaucoup, Madame le président. Madame le président, Messieurs les juges, permettez-moi de commencer par une nouvelle qui je pense ne vous attristera pas puisque nous pensons arriver — au risque peut-être de devoir vous demander quelques petites minutes au-delà de 13 heures — à boucler nos plaidoiries du premier tour ce matin, sans qu'il soit besoin d'utiliser l'heure et demie qui est prévue pour cet après-midi.

LES PRÉTENDUES ATTEINTES AUX IMMUNITÉS DE CERTAINS OFFICIELS DJIBOUTIENS

1. Madame le président, il m'appartient de montrer que les prétentions de Djibouti concernant les prétendues violations de l'obligation de prévenir les atteintes à la personne, la liberté ou la dignité d'une personne jouissant d'une protection internationale ne sont pas fondées. Puis, dans une plaidoirie distincte mais consécutive, j'examinerai brièvement, à titre tout à fait subsidiaire, la question des conséquences juridiques des faits prétendument illicites commis par la France.

2. Madame le président, la République de Djibouti a cru bon de greffer sur l'affaire relative à *Certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale*, qui a donné son titre à la présente instance, un certain nombre d'épisodes qui n'ont avec ces questions qu'un rapport indirect et artificiel, qu'il s'agisse des invitations à déposer adressées au chef de l'Etat de Djibouti ou des mandats d'arrêt délivrés contre deux officiels djiboutiens dans le cadre d'une affaire distincte, concernant non pas l'information judiciaire relative au décès de Bernard Borrel, mais une autre information, menée par un autre juge auprès d'un autre tribunal, ouverte du chef de subornation de témoins.

3. En tout état de cause, comme je l'ai montré hier, aucun de ces épisodes n'a un rapport de connexité juridique avec «le refus des autorités gouvernementales et judiciaires françaises d'exécuter [la] commission rogatoire internationale» introduite le 3 novembre 2004 par une juge d'instruction près le tribunal de grande instance de Djibouti demandant «la transmission par la partie française du dossier concernant la procédure d'information relative à l'affaire *Borrel*»²³, seul

²³ Requête, par. 2 ; voir aussi par. 12 et MD, p. 9, par. 3.

objet de la requête de la République de Djibouti. En conséquence, la Cour est incompétente pour connaître de ces demandes, dont certaines concernent, au surplus, des actes postérieurs à l'introduction de la requête qui ne sont, d'évidence, pas couverts par le consentement à sa juridiction donné par la lettre du ministre français des affaires étrangères en date du 25 juillet 2006 pour «l'objet de la requête et dans les strictes limites des demandes formulées dans celle-ci...»²⁴. Ce n'est donc qu'à titre tout à fait subsidiaire que je vais m'employer à démontrer que, de toute manière, les prétentions de la République de Djibouti ne sont pas justifiées au fond quant à ces chefs de demandes.

4. Je le ferai en distinguant, comme nous l'avons fait dans notre mémoire²⁵, et comme les conseils de Djibouti l'ont également fait lors de leurs plaidoiries orales, d'une part, les invitations à déposer adressées au président Guelleh, et, d'autre part, les convocations à témoin et les mandats d'arrêt visant d'autres ressortissants djiboutiens.

I. LES INVITATIONS À DÉPOSER ADRESSÉES AU PRÉSIDENT DE LA RÉPUBLIQUE DE DJIBOUTI

5. En ce qui concerne le premier point, je commencerai par rappeler que la France reconnaît pleinement le caractère absolu de l'immunité de juridiction pénale et de l'inviolabilité dont bénéficient les chefs d'Etat étrangers. Et je montrerai ensuite que les invitations à témoigner qui ont été adressées en 2005 et en 2007 au président Ismaël Omar Guelleh n'ont porté aucune atteinte à ces immunités, non plus qu'à sa dignité.

A. La France reconnaît le caractère absolu de l'immunité de juridiction pénale et de l'inviolabilité dont bénéficient les chefs d'Etat étrangers

6. Madame le président, la Partie djiboutienne déploie des efforts considérables pour montrer que «l'Etat français a ... reconnu l'existence de principes et règles coutumières protégeant notamment la liberté et la dignité des chefs d'Etat»²⁶. A cette fin, Djibouti en appelle à plusieurs instruments internationaux et, en premier lieu, à la convention du 14 décembre 1973 sur la

²⁴ MD, annexe 2.

²⁵ CMF, p. 47-62.

²⁶ MD, p. 49, par. 130.

prévention et la répression des infractions contre les personnes jouissant d'une protection internationale²⁷.

7. Bien que la France ne conteste nullement que les chefs d'Etat étrangers bénéficient, en vertu du droit international, d'une entière protection de leur liberté et de leur dignité (ce qui se traduit par le caractère absolu de leurs immunités, du moins lorsqu'ils sont en fonction), elle ne saurait admettre que ce principe trouve sa source dans la convention de 1973. La définition des personnes jouissant d'une protection internationale n'y est donnée, dans l'article 1, que «[a]ux fins de la présente Convention» et les infractions que celle-ci concerne sont exclusivement, comme je l'ai déjà relevé hier, les meurtres, les enlèvements ou les autres attaques «contre la personne ou la liberté d'une personne jouissant d'une protection internationale» et «de nature à mettre sa personne ou sa liberté en danger». Cela n'a aucun rapport avec les faits de la présente espèce. Je suppose que même nos adversaires rendront à la France cette justice.

8. Nous n'avons, en revanche, pas beaucoup de difficulté pour admettre que, *mutatis mutandis*, les garanties prévues en faveur des représentants des Etats par les conventions de Vienne de 1961 sur les relations diplomatiques et de New York de 1969 sur les missions spéciales «sont *a fortiori* pertinentes pour les organes suprêmes des Etats, et en particulier pour les chefs d'Etat étrangers»²⁸, même si le régime juridique des immunités des uns et des autres peut varier dans le détail, par exemple en matière d'immunité de juridiction civile. Mais il n'est pas besoin de ce détour conventionnel pour reconnaître que, en vertu du droit coutumier, les chefs d'Etat étrangers bénéficient, dans l'exercice de leur fonction, d'une pleine et entière immunité de juridiction pénale (*Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo c. Belgique)*, arrêt, *C.I.J. Recueil 2002*, p. 20-21, par. 51) et, à fortiori, d'une inviolabilité.

9. Nous admettons donc, sans hésitation ni restriction que, pour reprendre la formule de l'Institut de droit international dans sa résolution de Vancouver de 2001 sur «Les immunités de juridiction et d'exécution du chef d'Etat et de gouvernement en droit international», les autorités d'un Etat doivent prendre «toutes mesures raisonnables pour empêcher qu'il soit porté atteinte à [la

²⁷ Voir requête, p. 9, par. 16, ou MD, p. 49, par. 129-130.

²⁸ MD, p. 50, par. 131.

personne d'un chef d'Etat étranger], à sa liberté ou à sa dignité»²⁹ et que, «[e]n matière pénale, le chef d'Etat bénéficie de l'immunité de juridiction devant le tribunal d'un Etat étranger pour toute infraction qu'il aurait pu commettre, quelle qu'en soit la gravité»³⁰.

10. Et il ne s'agit pas là d'une position de circonstance. Dans l'affaire relative à *Certaines procédures pénales engagées en France*, actuellement pendante devant la Cour, les représentants de la République ont eu l'honneur d'exposer ce qui suit au sujet, précisément, d'invitations à témoigner prétendument adressées à un chef d'Etat étranger :

«32. Conformément au droit international, le droit français consacre le principe de l'immunité des chefs d'Etat étrangers... Il n'existe pas de règles écrites découlant d'une législation relative aux immunités des Etats et de leurs représentants. C'est la jurisprudence des tribunaux français qui, se référant au droit international coutumier et procédant à son application directe, a affirmé avec clarté et avec force le principe de ces immunités. L'expression la plus claire et la plus récente de cette jurisprudence se trouve dans l'important arrêt rendu le 13 mars 2001 par la chambre criminelle de la Cour de cassation, dans l'affaire dite *Khadafi*, du nom du chef de l'Etat libyen...

33. [I]l ressort avec beaucoup de clarté de cette décision que les juridictions françaises font application de la coutume internationale et, en particulier, du principe coutumier qui reconnaît aux chefs d'Etat étrangers une immunité de juridiction et d'exécution...

[E]n ce qui concerne les immunités, le droit français est parfaitement clair sur l'immunité absolue dont bénéficie le chef d'Etat étranger...»³¹

Ou encore :

«Nous n'avons rien promis, nous avons dit que le droit français interdit de poursuivre un chef d'Etat étranger, ce n'est pas une promesse, c'est un constat d'ordre juridique.»³²

11. Dans son ordonnance en indication de mesures conservatoires du 7 juin 2003, la Cour a pris note de ces déclarations³³, qui valent tout autant aujourd'hui dans l'affaire qui nous réunit. Elles peuvent, au demeurant, se résumer en peu de mots : le droit français non seulement reconnaît, mais encore garantit, une immunité absolue de juridiction pénale (seule pertinente en l'espèce) et une totale inviolabilité aux chefs d'Etat en exercice. Et ce ne sont sûrement pas les invitations à

²⁹ *Annuaire IDI*, vol. 69, 2000-2001, p. 744 (www.idi-iil.org/idiF/resolutionsF/2001_van_02_fr.PDF), art. 1.

³⁰ *Ibid.*, art. 2.

³¹ CR 2003/23, p. 10 (Abraham).

³² *Ibid.*, p. 14 (Abraham).

³³ *Certaines procédures pénales engagées en France (République du Congo c. France)*, ordonnance, C.I.J. Recueil 2003, p. 109-110, par. 33.

déposer qui ont été adressées en 2005 et en 2007 au président de la République de Djibouti qui la remettent en cause.

B. Les invitations à déposer qui ont été adressées au président de la République de Djibouti n'ont porté aucune atteinte à son immunité de juridiction ni à sa dignité

12. Madame le président, les citations de nos plaidoiries de 2003 que je me suis permis de faire sont tirées d'exposés oraux qui concernaient, très précisément, une invitation à témoigner dont la République du Congo prétendait — d'ailleurs à tort — qu'elle avait été adressée au chef de l'Etat congolais dans le cadre d'une instruction pénale ; et ceci sur le fondement de l'article 656 du code français de procédure pénale. Etant donné le rôle que joue également cette disposition dans le cadre de la présente affaire, il n'est sans doute pas inutile de relire le texte intégral de son premier alinéa :

«La déposition écrite d'un représentant d'une puissance étrangère est demandée par l'entremise du ministre des affaires étrangères. Si la demande est agréée, cette déposition est reçue par le premier président de la cour d'appel ou par le magistrat qu'il aura délégué.»

13. En d'autres termes,

- contrairement à ce qu'affirme la Partie djiboutienne, les «demandes» formulées au titre de cette disposition ne sont pas des «convocations» mais bien de simples invitations que le destinataire est libre d'accepter ou non ;
- ceci résulte de l'expression, dénuée de toute ambiguïté : «Si la demande est agréée...» ; si elle ne l'est pas, le refus de déposer met fin à la procédure et aucune action n'est possible pour passer outre ;
- si elle l'est, la déposition, après avoir été sollicitée par la voie diplomatique, est recueillie, avec tous les égards qui s'imposent, par le premier président de la cour d'appel ou le magistrat délégué par lui ;
- et il ne peut s'agir que d'une déposition écrite.

14. Je ne pense pas, Madame le président, qu'il y ait là une atteinte ou une menace d'atteinte à la personne, à la liberté ou à la dignité du président Guelleh. «Dire toute la vérité» n'a rien d'infamant et le système judiciaire français est tel qu'un chef d'Etat étranger est entièrement libre de garder sa part de vérité s'il le souhaite sans que nul ne puisse le lui reprocher. Et s'il décide

— librement — de la livrer, sa déposition est recueillie dans les conditions de discrétion, de confort et de respect qui s'imposent du fait de l'éminence de la fonction de la personne qui a librement choisi de déposer, alors qu'elle est le représentant d'un Etat étranger.

15. Ces dispositions sont en tous points conformes aux exigences du droit international qui, contrairement à ce qu'allègue la Partie djiboutienne³⁴, n'exclut nullement que les personnes jouissant d'une protection internationale puissent être invitées à témoigner dans le cadre d'une enquête pénale. D'ailleurs, les conventions de 1961 sur les relations diplomatiques et de 1969 sur les missions spéciales sont très claires : «L'agent diplomatique *n'est pas obligé* de donner son témoignage»³⁵ ; ou bien : «Les représentants de l'Etat d'envoi dans la mission spéciale et les membres du personnel diplomatique de celle-ci *ne sont pas obligés* de donner leur témoignage.»³⁶ Ils n'y sont pas *obligés* ; mais ils le peuvent et, bien sûr, rien n'empêche de les y *inviter*.

16. Les demandes en ce sens qui ont été adressées au président Guelleh ne pouvaient donc porter nulle atteinte à son honneur ou à sa dignité. Mais comme les circonstances dans lesquelles elles ont été faites diffèrent, je les discuterai séparément.

1. La «convocation à témoin» du 17 mai 2005

17. Madame le président, je le dis tout de suite : la «convocation à témoin» que Mme Sophie Clément, juge d'instruction près du tribunal de grande instance de Paris a adressée au président de la République de Djibouti le 17 mai 2005³⁷ ne respectait pas les dispositions de l'article 656 du code de procédure pénale qui, seules, permettent à un juge français de recueillir la déposition d'un chef d'Etat étranger. Aussi bien cet acte de procédure, à laquelle aucune suite n'a été donnée, est en droit français nul et non avenue et n'a dès lors, à l'évidence, pas pu causer un préjudice quelconque à l'Etat demandeur.

18. Au demeurant, trois choses doivent être précisées :

— en premier lieu, il ne s'agissait pas d'une demande comminatoire : «Je vous invite à vous présenter...» ;

³⁴ MD, p. 50, par. 131, ou p. 51, par. 135.

³⁵ Convention de Vienne du 4 avril 1961 sur les relations diplomatiques, art. 31, par. 2.

³⁶ Convention de New York du 8 décembre 1969 sur les missions spéciales, art. 31, par. 3.

³⁷ MD, annexe 28.

- en deuxième lieu, il n'était, évidemment, imputé aucun fait répréhensible au président Guelleh qui était invité à témoigner «sur les faits reprochés à : X» ; et
- en troisième lieu, le fait que cet acte de procédure ne reposait sur aucune «suspicion» — contrairement à ce qu'allègue la Partie djiboutienne³⁸ — ressort également du fait qu'il a été invité à témoigner en tant que simple témoin et non comme «témoin assisté».

19. Une brève explication est sans doute de mise à cet égard. En droit français, depuis la loi du 15 juin 2000, on distingue deux catégories de témoins :

- le témoin «normal», «ordinaire», dont l'audition est sollicitée parce que le juge d'instruction pense qu'il peut détenir des informations utiles à la manifestation de la vérité mais qui n'est en aucune manière un suspect ; comme l'indique l'article 101 du code de procédure pénale, le juge d'instruction peut faire citer «toutes les personnes dont la déposition lui paraît utile» ; en revanche, «les personnes à l'encontre desquelles il existe des indices graves et concordants d'avoir participé aux faits dont le juge d'instruction est saisi *ne peuvent être entendues comme témoins*»³⁹ ; et
- dans ce cas, elles doivent nécessairement être entendues comme «témoins assistés», qui, au contraire, sont suspectés par le juge, qui estime détenir contre elles des éléments à charge⁴⁰ ; si ceux-ci sont confirmés, le juge peut procéder à la «mise en examen» (ce que l'on appelait naguère l'inculpation) de l'intéressé⁴¹.

20. Si le président Guelleh avait été cité en tant que témoin assisté, il y aurait assurément eu lieu à débat mais il ne l'a pas été et il n'aurait pas pu l'être puisque le témoignage d'un représentant d'une puissance étrangère ne peut, à peine de nullité, être demandé que dans le cadre strict défini par l'article 656 du code de procédure pénale. Telle est peut-être la raison pour laquelle Djibouti, dans sa requête puis dans son mémoire, a prétendu que le président Guelleh avait été «convoqué[] pour être entendu[] comme témoin[] assisté[] dans le cadre d'une plainte pénale pour subornation de témoin contre X»⁴², affirmation doublement erronée : la convocation en question lui a été

³⁸ Voir requête, p. 14, par. 16. Voir aussi MD, p. 26, par. 60 et p. 30-31, par. 71-72.

³⁹ Code de procédure pénale, art. 105.

⁴⁰ Art. 113-1 et 113-2.

⁴¹ Art. 113-8.

⁴² Requête, par. 13 ; voir aussi MD, p. 30, par. 70, et p. 67-68, «Demandes», par. 2 et 6.

adressée dans le cadre de l'information judiciaire relative au décès de Bernard Borrel ; et en tant que simple témoin — en aucune manière comme témoin assisté, comme l'Etat demandeur a fini par le reconnaître en passant, par la voix de M. van den Biesen, lundi dernier⁴³.

21. Une autre chose est très frappante. Durant l'audience de lundi dernier, l'avocat de Djibouti a souligné que les convocations à témoin relèvent d'une forme standard et il a fait grand cas des ressemblances qui existent entre celles qui ont été adressées à l'ambassadeur de Djibouti à Paris en 2004 et au président Guelleh en 2005, d'une part, et une autre adressée à une certaine Mme Foix le 15 octobre 2007⁴⁴ — ces documents figurent respectivement à la fois dans les annexes 25 et 28 du mémoire de Djibouti et dans l'annexe 7 des documents produits par ce pays le 21 novembre dernier, et ils sont reproduits dans les dossiers des juges qui vous ont été distribués hier. Mais M^e van den Biesen n'a pas pu, pour autant, passer sous silence, the «striking difference between the convocations addressed to the Ambassador and the President on the one hand and the one for Madam Foix on the other hand : the one for Madam Foix contains an *avertissement* — a warning — explaining the legal consequences of a refusal to appear before the judge», tandis que les documents adressés à l'ambassadeur et au chef de l'Etat ne comportent pas un tel avertissement⁴⁵. Mais, de manière surprenante, M. van den Biesen ne tire aucune conséquence de cette constatation : «One may only guess, Madam President, the reasons of the respective judges of instruction to not include this *avertissement* in the convocations sent to the Ambassador and to the President.»⁴⁶ Et c'est tout ; il ne s'essaie même pas à répondre à la devinette qu'il a posée... La réponse est cependant simple — évidente même : la juge d'instruction n'entendait pas soumettre ces hautes autorités djiboutiennes à une quelconque menace de contrainte. S'agissant des demandes de témoignages qui leur ont été adressées, la formule initiale («Je vous invite...») prend tout son sens : il s'agit bien d'invitations à témoigner sans que la menace d'une contrainte soit envisagée.

⁴³ CR 2008/1, p. 37, par. 13.

⁴⁴ CR 2008/1, p. 37, par. 18 (van den Biesen).

⁴⁵ CR 2008/1, p. 38-39, par. 19-20.

⁴⁶ *Ibid.*, p. 39, par. 20.

22. Relisons, si vous le voulez bien, Madame le président, la «convocation à témoin», elle, bien nommée, adressée à Mme Foix le 15 octobre 2007⁴⁷. Elle commence de la même manière. Mais c'est la fin qui est pertinente : après la mention de la «nature des faits», suit l'«avertissement» suivant — que je lis intégralement :

«Si vous ne comparez pas ou si vous refusez de comparaître, vous pouvez y être contraint par la force publique en application des dispositions de l'article 109 du code de procédure pénale.

Le témoin est également informé que l'article 434-15-1 du code pénal punit d'une amende de 3750 euros le fait de ne pas comparaître sans excuses ni justifications devant nous.»⁴⁸

23. Ni l'invitation à témoigner adressée à l'ambassadeur de Djibouti, ni celle destinée au président Guelleh ne comportent ces mentions pourtant habituelles. C'est que, alors que Mme Foix est sommée de comparaître, ces hautes autorités n'y sont qu'invitées. Pour prendre une analogie avec un concept peut-être plus familier aux juristes de *common law*, le témoin «ordinaire» qu'est cette Mme Foix (je ne sais pas du tout qui elle est, Madame le président ; mais, visiblement, il ne s'agit pas d'une personne internationalement protégée...) doit témoigner *sub poena*, l'ambassadeur et le président sont invités à le faire de leur plein gré et sans aucune menace.

24. Contre toute raison, M^e van den Biesen affirme : «However, the non-inclusion of this warning in the convocations, obviously does not suspend Article 109 of the French Code of Criminal Procedure nor the above-mentioned provision of the French Criminal Code» — and he stresses : «non-appearance is punishable under French law and may lead to the use of public force.»⁴⁹ Cela est tout à fait exact, Madame le président — tout à fait exact pour les témoins ordinaires, convoqués, comme Mme Foix, sous la menace de l'application des articles 109 du code de procédure pénale et 434-15-1 du code pénal. En revanche, en aucune façon, ceci n'est exact pour les représentants des puissances étrangères qui ne relèvent que de l'application de l'article 656, dont les dispositions les assurent du plein respect de leurs immunités. J'ajoute que l'«avertissement» figurant sur la convocation de Mme Foix est la formule courante, générale, appliquée à *tous* les témoins «ordinaires» dans le système français, conformément à l'article 101,

⁴⁷ Annexe 7 aux documents déposés au Greffe de la Cour le 21 novembre 2007.

⁴⁸ En caractères gras dans le texte.

⁴⁹ CR 2008/1, p. 39, par. 20 et 21.

paragraphe 3, du code de procédure pénale⁵⁰. Son omission n'est évidemment pas fortuite et signifiait nettement que Mme la juge Clément n'entendait pas se situer dans le cadre des articles 101 et suivants du code de procédure pénale — pas davantage qu'elle n'aurait pu s'y placer, eût-elle eu l'intention d'entendre le président de la République française, comme le montre l'arrêt de la cour de cassation qu'a cité le conseil de Djibouti⁵¹. Mais j'avoue ne pas voir le rapport : M. Chirac — à propos duquel cette décision a été rendue, n'était pas, que je sache, le représentant d'une puissance étrangère ?

25. J'ajoute au passage que l'allusion appuyée faite par M. van den Biesen à l'affaire des *Otages*⁵² me paraît assez déplacée : comparer une invitation à témoigner (non assortie de la moindre menace de contrainte) à une tentative de contraindre des otages à témoigner frise le ridicule. Quant à l'arrêt de la Cour dans l'affaire *Yerodia*, qu'a également cité l'avocat de Djibouti⁵³, il n'est pas davantage pertinent — quoique la comparaison soit moins injurieuse — puisque, précisément, dans le cas qui nous occupe, la juge d'instruction s'est gardée d'assortir son invitation de la moindre menace. Alors que, ainsi que cela ressort du passage de l'arrêt de 2002 cité par le demandeur, «[l]e caractère exécutoire du mandat ressort[ait] clairement de l'injonction adressée «à tous huissiers de justice et agents de la force publique ... de mettre le présent mandat d'arrêt à exécution»» (*Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo c. Belgique)*, arrêt, *C.I.J. Recueil 2002*, p. 29, par. 70), dans la présente espèce, le caractère non exécutoire, de l'invitation adressée à M. le président Guelleh ressort, tout aussi clairement, de l'élimination de la formule exécutoire habituelle.

Madame le président, j'en ai encore pour pas mal de temps pour terminer cette rubrique. Est-ce que vous souhaitez que je m'arrête ici pour la pause ?

The PRESIDENT: Yes, Professor Pellet. We'll take a short pause at this juncture.

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

⁵⁰ Voir CMF, annexe XXV.

⁵¹ CR 2008/1, p. 41, par. 27 (citant : cour de cassation, assemblée plénière, 10 octobre 2001).

⁵² CR 2008/1, p. 40, par. 25 ; voir aussi p. 49, par. 54 et p. 51, par. 59.

⁵³ *Ibid.*, par. 26.

Le PRESIDENT : Veuillez vous asseoir.

M. PELLET : Merci beaucoup.

26. Madame le président, comme je l'ai dit avant la pause, la juge Clément a invité le président de la République de Djibouti à déposer comme simple témoin et non comme témoin assisté — ce qui veut dire qu'elle ne considérait pas qu'une charge quelconque pesât sur lui, et qu'il ne se fût pas agi d'une convocation à témoin ordinaire mais bien d'une invitation à témoigner qui n'était assortie d'aucune menace de contrainte, il n'en reste pas moins que cet acte de procédure était irrégulier — non pas au regard du droit international, mais au regard du droit français, ainsi que la France l'a reconnu sans ambiguïté aussitôt après que l'ambassadeur de Djibouti en France eut, par une note verbale du 18 mai 2005, protesté contre cette convocation, dont il relevait, à juste titre, qu'elle ne respectait pas les dispositions de la loi française⁵⁴.

27. Il est de fait que la juge d'instruction a omis de tenir compte des dispositions de forme contenues dans l'article 656 du code de procédure pénale, seules applicables en l'espèce, et qui excluent que le représentant d'une puissance étrangère pût témoigner autrement que volontairement, une demande en ce sens devant lui être adressée «par l'entremise du ministre des affaires étrangères» — que la juge d'instruction n'avait pas saisi, et le témoignage devant être recueilli «par le premier président de la cour d'appel ou par le magistrat qu'il aura délégué».

28. Aussi bien, dès le 18 mai au soir (c'est-à-dire le jour même de la protestation de l'ambassade et le lendemain de l'envoi de l'invitation à témoigner), le porte-parole du ministère des affaires étrangères a procédé à une mise au point qui faisait pleinement droit aux préoccupations de l'ambassadeur de Djibouti. Cette mise au point a été lue sur les antennes par le porte-parole et en particulier sur les ondes de Radio-France-Internationale (RFI — la radio la plus écoutée hors de France dans le monde.

Copie du texte de la déclaration du porte-parole à RFI⁵⁵, qui reprend les termes du communiqué diffusé le même jour par le ministère des affaires étrangères, a été adressée le

⁵⁴ MD, annexe 29.

⁵⁵ CMF, annexe XXIX.

lendemain, 19 mai, à l'ambassadeur de Djibouti à Paris⁵⁶. Ce jour-là, le porte-parole du Quai d'Orsay a, lors de son point de presse, réitéré sa déclaration de la veille⁵⁷.

29. Le conseil de Djibouti a commis une autre erreur lors de sa plaidoirie de lundi. A plusieurs reprises, il a affirmé que la «convocation» adressée au président Guelleh le 17 mai 2005 ne pouvait pas être rattachée à l'article 656 du code de procédure pénale au prétexte que «this Article 656 is part of a written procedure»⁵⁸ («cet article relève d'une procédure écrite»). Mais, Madame le président, cela est largement vrai aussi, de la procédure des articles 101 et suivants. Le témoignage des personnes entendues à ce titre est recueilli non par le premier président de la cour d'appel mais par le juge d'instruction (ou un officier de police judiciaire mandaté par lui) et, en principe, dans le bureau de celui-ci — alors que l'article 656 ne spécifie rien de tel. Mais, dans les deux cas, le témoignage est transcrit par écrit : cela est précisé dans le corps même de l'article 656, alors que cela est prévu non pas dans l'article 101 lui-même mais dans les articles 106 et 107 — mais là s'arrêtent les différences. Dans les deux cas, le témoignage se matérialise par un écrit versé au dossier d'instruction et se présente *in fine* comme une déposition écrite.

30. Outre le fait que la personnalité appelée à déposer dans le cadre de l'article 656 ne prête pas serment, la véritable différence, la seule pertinente en ce qui nous concerne, est que le témoin «ordinaire» est appelé à témoigner sous la menace d'une contrainte par la force publique alors que le représentant d'une puissance étrangère est invité à le faire librement. En l'espèce, il est tout à fait clair que, bien que les formes de l'article 656 n'eussent pas été respectées par la «convocation» de la juge d'instruction du 17 mai 2005, celle-ci avait écarté et l'application de l'article 101 et l'éventualité de tout recours à la contrainte. Et, du même coup, quand bien même l'invitation adressée au président Guelleh ne respectait pas les dispositions de l'article 656, elle n'était contraire à aucune des règles du droit international protégeant les immunités, l'honneur et la dignité des chefs d'Etat étrangers.

31. L'allégation du demandeur selon laquelle la France se serait rendu coupable de «manquements vis-à-vis des principes élémentaires de la courtoisie internationale et du droit

⁵⁶ Voir *ibid.*

⁵⁷ CMF, annexe XXX.

⁵⁸ CR 2008/1, p. 39, par. 23 ; voir aussi, p. 45, par. 42, ou p. 48, par. 53 (van den Biesen).

coutumier afférents aux immunités»⁵⁹ s'en trouve du même coup controuvée. Il n'est pas facile de définir la notion de respect dû à la dignité d'un chef d'Etat, «notion insaisissable» («elusive notion») pour citer mon très regretté ami, sir Arthur Watts⁶⁰, et dont on ne sait pas très bien si la Partie adverse la rattache à la seule courtoisie internationale ou à une obligation de droit international coutumier. Mais je ne pense pas qu'il soit nécessaire d'entrer dans ces querelles byzantines : on ne voit pas comment une simple invitation à déposer, qui n'était assortie d'aucune menace de mesure exécutoire, pourrait de quelque manière que ce soit, constituer une atteinte à la dignité d'un chef d'Etat étranger.

32. Plusieurs conclusions, Madame le président, peuvent être tirées de cet épisode, dont l'importance a été, très artificiellement exagérée par le demandeur.

33. *Primo*, l'erreur commise par la juge d'instruction n'a causé aucun dommage à la République de Djibouti : ni l'immunité de juridiction du président Guelleh, ni sa dignité n'ont été mises en cause par une «convocation à témoigner» mal nommée, qui ne reflétait aucune suspicion à son encontre et n'a connu aucune suite. Et qui, bien sûr, ne pourrait pas en connaître : contrairement à ce qu'a affirmé M. van den Biesen⁶¹, il va de soi qu'il n'existe *aucune* menace, pas la moindre, que le témoignage demandé par la «convocation» du 17 mai 2005 pourrait en venir à être recueilli sous la contrainte :

- il n'en a jamais été question et la rédaction de ce document, montre que ceci, délibérément, n'entrait pas dans les intentions de la juge d'instruction ;
- il n'en a jamais été question — et il n'aurait pu en être question ; toute tentative en ce sens aurait été nulle et de nul effet puisque seules sont applicables les dispositions de l'article 656 du code de procédure pénale.

34. *Secundo*, si la responsabilité de la République française avait pu être engagée de ce fait — *quod non*, mais je le suppose pour les besoins de la discussion —, le désaveu de la juge d'instruction, immédiatement après l'envoi du document litigieux (le lendemain même, je le répète), de manière particulièrement nette et sous une forme solennelle, constituerait, pour le

⁵⁹ CR 2008/1, p. 16, par. 9 et CR 2008/3, p. 35, par. 2 (Doualeh).

⁶⁰ «The Legal Position in International Law of Heads of States, Heads of Governments and Foreign Ministers», *RCADI*, 1994-III, t. 247, p. 41.

⁶¹ CR 2008/1, p. 44, par. 35.

moins, une réparation amplement suffisante. Il est à peine besoin de rappeler que la satisfaction — qui «peut consister en une reconnaissance de la violation»⁶² — est un mode de réparation parfaitement admis en droit international⁶³, ce que, d'ailleurs, la Partie djiboutienne semble admettre⁶⁴. Une telle modalité de réparation est tout particulièrement appropriée pour des préjudices «immatériels» qui «découlent du simple fait de la violation de l'obligation», comme ce serait, au pire, le cas en l'espèce⁶⁵. Je le répète : nous ne croyons pas que la responsabilité internationale de la France ait pu être engagée par cet épisode qui n'a causé aucun préjudice à l'Etat requérant (même si le droit *français* n'a pas été entièrement respecté). Mais si la Cour devait, par impossible, estimer le contraire, la reconnaissance par le ministère des affaires étrangères de l'erreur commise par la juge d'instruction de Paris aurait mis fin (et a mis fin) au différend sur ce point. Et ceci me conduit à la troisième conclusion qu'appelle la requête de Djibouti à cet égard.

35. *Tertio*, et de toute manière, comme la France l'a montré dans son contre-mémoire⁶⁶, indépendamment même de l'hypothèse improbable que je viens d'évoquer, il n'y a pas lieu pour la Cour de se prononcer sur la demande de la République de Djibouti tendant au retrait ou à la mise à néant d'une demande de témoignage qui n'a jamais eu la moindre suite et a été immédiatement désavouée par le ministère des affaires étrangères. De quelque manière qu'on le considère, le différend (encore une fois très artificiel) dont Djibouti croit devoir faire état ne persiste évidemment plus à l'heure qu'il est et «la présente affaire est [s'agissant de cet épisode] l'une de celles dans lesquelles «les circonstances qui se sont produites ... rendent toute décision judiciaire sans objet»» (*Cameroun septentrional (Cameroun c. Royaume-Uni), exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1963, p. 38 ; Essais nucléaires, arrêts, 1974, C.I.J. Recueil 1974, p. 271, par. 58 et p. 477, par. 61*). N'oublions pas, Madame le président que, selon la formule pleine de

⁶² Art. 37, par. 2, des Articles de la CDI sur la Responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite, annexés à la résolution 83/56 de l'Assemblée générale du 12 décembre 2001.

⁶³ Voir art. 34 et 37, *ibid.*

⁶⁴ Cf. MD, p. 64-65, par. 178-180 ; CR 2008/3, p. 32, par. 48 (van den Biesen).

⁶⁵ Nations Unies, *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-sixième session*, supplément n° 10, rapport de la Commission du droit international à l'Assemblée générale, doc. A/56/10, commentaire de l'article 37 (*Rapport de la Commission du droit international, cinquante-troisième session, 2001, p. 285, par. 3*) du commentaire ; voir aussi par. 4) du commentaire.

⁶⁶ CMF, p. 53, par. 4.22.

sagesse de la Cour, «[s]i le règlement judiciaire peut ouvrir la voie de l'harmonie internationale lorsqu'il existe un conflit, il n'est pas moins vrai que la vaine poursuite d'un procès compromet cette harmonie» (*ibid.* Voir aussi *Cameroun septentrional (Cameroun c. Royaume-Uni), exceptions préliminaires, arrêt, C.J.I. Recueil 1963*, p. 38).

36. *Quarto, last but not least*, je me permets de rappeler que la Cour est incompétente pour connaître de cet aspect de l'affaire.

2. L'invitation à déposer du 14 février 2007

37. Cette considération vaut à fortiori s'agissant de l'invitation à déposer adressée au président Guelleh le 14 février 2007 par Mme Clément.

38. Pas davantage que celui de 2005 cet acte de procédure n'a de rapport avec la commission rogatoire internationale de 2004 — ce qui suffit à entraîner l'incompétence de la Cour pour connaître des demandes djiboutiennes (d'ailleurs peu claires) à cet égard. Mais en outre, il s'agit d'un acte postérieur à la requête qui, dès lors, ne saurait, d'évidence, être couvert par le consentement donné par la France à la compétence de la Cour.

39. Ceci étant dit, par contraste avec la convocation du 17 mai 2005, l'invitation à déposer adressée au président Guelleh le 14 février 2007 par la juge d'instruction en charge du dossier relatif au décès de Bernard Borrel respecte scrupuleusement les dispositions de l'article 656 du Code de procédure pénale, que j'ai lu avant la pause.

40. En premier lieu, elle a été demandée «par l'entremise du ministre des affaires étrangères» ainsi qu'en témoigne la lettre de Mme Clément au ministre de la justice en date du 14 février 2007⁶⁷.

41. Ainsi fut fait :

— Le 15 février 2007, le ministre de la justice a transmis la demande à son collègue des affaires étrangères (par une lettre dans laquelle il visait expressément l'article 656 du code de procédure pénale)⁶⁸ ;

⁶⁷ CMF, annexes XXXII et XXXIV.

⁶⁸ CMF, annexe XXXI.

- le même jour, le directeur du cabinet du ministre des affaires étrangères a communiqué la demande au conseiller diplomatique du président de la République française, afin que celle-ci soit transmise au président de la République de Djibouti, qui participait à un sommet France-Afrique à Cannes⁶⁹ ; il mentionnait également l'article 656 ;
- le 16 février, le ministre des affaires étrangères indiquait à celui de la justice que la demande de Mme Sophie Clément avait été transmise aux représentants du président de la République de Djibouti⁷⁰, et,
- le 19 février, il l'informait que «la délégation djiboutienne a confirmé que le président Guelleh n'entendait pas répondre à cette requête»⁷¹.

42. L'invitation à déposer adressée au président Guelleh le 14 février 2007 confirme à tous égards que la France est attachée au respect scrupuleux de l'immunité dont bénéficient les Etats étrangers, dont l'article 656 du code de procédure pénale est une illustration. Cet épisode montre également que Mme Clément, instruite par le précédent de 2005, entendait bien s'en tenir strictement à ces règles : dans sa lettre du 14 février, par laquelle elle demande au ministre de la justice de saisir le ministre des affaires étrangères «afin qu'*il sollicite l'agrément* de M. Ismaël Omar Guelleh», elle précise qu'elle «*souhaite recueillir* le témoignage de [celui-ci]»⁷². On ne saurait faire preuve de plus de déférence.

43. Lundi dernier, M. van den Biesen s'est interrogé sur la raison pour laquelle cette invitation avait été adressée au président de Djibouti durant une conférence franco-africaine qui se tenait à Cannes. N'eût-il pas commis l'erreur que j'ai signalée il y a quelques instants sur la signification des mots «par écrit» dans le texte de l'article 656, le conseil de la Partie adverse aurait aisément pu répondre à la question : la déposition envisagée par cette disposition est, certes, couchée par écrit, mais elle est recueillie par un haut magistrat. Il était donc naturel et légitime que la juge d'instruction lui adressât cette demande pendant qu'il se trouvait sur le territoire français, et le ministère des affaires étrangères n'avait aucune raison de ne pas y donner suite. Parallèlement,

⁶⁹ CMF, annexe XXXII.

⁷⁰ Cf. CMF, annexe XXXIII.

⁷¹ *Ibid.*

⁷² CMF, annexe XXXIV ; les italiques sont de nous.

le ministère de la justice a, si je puis dire, «mis les points sur les «i»» en rappelant, dans un communiqué publié le jour même, «qu’au regard de la coutume internationale et de la loi, les chefs d’Etat disposent des mêmes immunités que les diplomates et en conséquence ne peuvent être contraints de témoigner dans le cadre d’une procédure judiciaire française»⁷³.

44. Le communiqué de presse du même jour de l’ambassade de la République de Djibouti à Paris ne dit pas autre chose lorsqu’il «rappelle l’immunité de juridiction dont bénéficie tout chef d’Etat en exercice au cours de déplacements à l’étranger»⁷⁴. Même si ce communiqué a pu être publié un peu précipitamment, puisqu’il indique que l’invitation à déposer n’a pas été acheminée par l’intermédiaire du ministère des affaires étrangères — alors que cette formalité a été pleinement respectée, il n’en ressort pas moins que l’ambassade ne contestait nullement la possibilité qu’une «convocation» (c’est le mot utilisé par le communiqué) pût être adressée «à un représentant d’Etat étranger» à l’occasion d’un tel déplacement.

45. C’est d’ailleurs sans doute parce qu’il en est conscient que M^e Van den Biesen plutôt que de contester la validité de l’invitation à témoigner contenue dans la lettre de la juge d’instruction du 14 février 2007, s’est acharné contre une convocation à témoin, qui, dit-il «must have existed»⁷⁵ («doit avoir existé») au début de l’après-midi du 14 février et qui n’aurait pas respecté les prescriptions de l’article 656. Il n’y a, dans le dossier, aucune trace de cette convocation fantôme, qui n’existe que dans l’imagination de l’avocat de Djibouti, anxieux de prouver, par tous les moyens, que l’épisode de 2007 était «la pure répétition des événements du 17 mai 2005» («a clear repetition of the events that took place on 17 May 2005»⁷⁶). Eût-ce été le cas, la «convocation» aurait, à nouveau, été contraire aux prescriptions de l’article 656 du code français de procédure pénale, mais elle n’en aurait pas, pour autant, porté atteinte aux immunités ou à la dignité du président Guelleh. De toute manière, cette fois, rien ne peut être reproché à l’invitation à déposer du 14 février 2007, fût-ce au regard du droit français.

⁷³ Documents soumis à la Cour par Djibouti le 21 novembre 2007, annexe 3 ; voir aussi la dépêche du 14 février 2007, *ibid.*, annexe 2.3.

⁷⁴ Documents soumis à la Cour par Djibouti le 21 novembre 2007, annexe 1.

⁷⁵ CR 2008/1, 21 janvier 2008, p. 48, par. 50.

⁷⁶ CR 2008/1, 21 janvier 2008, p. 47, par. 48 ; voir aussi p. 49, par. 56.

46. Le chef de l'Etat djiboutien ayant fait savoir qu'il ne souhaitait pas donner suite à cette demande, l'affaire en est restée là. On est loin de la «sorte d'acharnement judiciaire à l'encontre de la République de Djibouti» dont celle-ci fait état dans son mémoire⁷⁷.

47. Les conclusions vont de soi, Madame le président :

- il n'a été porté aucune atteinte aux immunités du président de la République de Djibouti, ni, bien entendu, à sa dignité, par une invitation à déposer à laquelle il était entièrement libre de déférer ou non ;
- cette invitation, qui n'était assortie d'aucune mesure de contrainte ou de la menace d'une telle mesure est, en tout point conforme aux usages diplomatiques et aux principes du droit international applicables aux chefs d'Etat étrangers ;
- le refus, qui n'avait pas à être justifié — et ne l'a pas été — du président Guelleh d'apporter son témoignage écrit a clos l'épisode et toute décision de la Cour de céans sur ce point est, de toute manière, sans objet ;
- en tout état de cause, je le rappelle, votre haute juridiction n'aurait, Madame et Messieurs les juges, pas compétence pour se prononcer sur les demandes de Djibouti le concernant puisque l'invitation à déposer du 14 février 2007 est sans rapport aucun avec l'objet de la requête djiboutienne pour lequel la France a accepté de se présenter devant vous et, qui plus est, est postérieure à celle-ci.

II. LES ACTES DE PROCÉDURE VISANT D'AUTRES OFFICIELS DJIBOUTIENS

48. Madame le président, outre ses griefs concernant les actes de procédure, réels ou imaginaires, relatifs au président Guelleh, la République de Djibouti affirme que la France a manqué à ses obligations internationales du fait de convocations à témoigner adressées à «de hauts responsables djiboutiens, ainsi que du fait de l'établissement de mandats d'arrêt internationaux contre ces derniers»⁷⁸, actes dont elle demande le retrait et la mise à néant⁷⁹.

49. Je ne pense pas que ces demandes concernent les «mandats d'arrêt contre deux citoyens djiboutiens» d'octobre 2006, qui sont mentionnés en passant dans le mémoire de Djibouti, sans

⁷⁷ MD, p. 40, par. 99.

⁷⁸ MD, p. 67, «Demandes», par. 2.

⁷⁹ *Ibid.*, p. 68, par. 6.

doute pour faire du poids⁸⁰ : il s'agit de personnes privées qui ne bénéficient d'aucune protection spéciale en vertu du droit international et la Partie adverse ne prétend pas que la délivrance de ces mandats constitue un manquement aux obligations internationales de la France.

50. De même, je ne crois pas qu'il y ait lieu de s'attarder sur la convocation à témoin qui a été adressée le 21 décembre 2004 à l'ambassadeur de Djibouti à Paris par le juge d'instruction Baudouin Thouvenot dans le cadre de la procédure ouverte du chef de diffamation suite au dépôt d'une plainte avec constitution de partie civile de Mme Borrel⁸¹.

51. Je crois d'ailleurs comprendre que la République de Djibouti ne formule aucune conclusion à cet égard et je relève que le long catalogue des demandes de Djibouti lues par son agent lors de l'audience de mardi après-midi ne mentionne pas cet épisode.

52. Les demandes qu'il nous reste à traiter sont celles qui concluaient le mémoire :

- d'une part, les convocations à témoin assisté adressées à MM Hassan Saïd Khaireh et Ali Djama Souleiman, que vous pourrez trouver, Madame et Messieurs les juges, à l'annexe 11 des documents soumis à la Cour par Djibouti le 21 novembre ; et,
- d'autre part, les mandats d'arrêt décernés contre ces mêmes personnes par la chambre d'instruction de la cour d'appel de Versailles le 27 septembre 2006 ; ces derniers, qui n'avaient pas été produits par la Partie djiboutienne devant la Cour de céans, constituent les annexes VII et VIII au contre-mémoire français.

53. Les convocations à témoin adressées à ces deux personnalités par M. Thierry Bellancourt, vice-président du tribunal de grande instance de Versailles chargé d'instruire la procédure relative à la plainte en subornation de témoins déposée par Mme Borrel en octobre 2002, ont été transmises aux intéressés par le ministre français de la justice, par l'entremise de son homologue djiboutien⁸², conformément aux dispositions des articles 13 et 14 de la convention d'entraide judiciaire du 27 septembre 1986 — dont vous avez, Madame et Messieurs les juges, beaucoup entendu parler à un tout autre propos.

⁸⁰ MD, p. 33, par. 78.

⁸¹ MD, annexe 25. Voir CMF, p. 6-7, par. 1.13-1.14.

⁸² Voir MD, annexe 30 et documents soumis à la Cour par Djibouti le 21 novembre 2007, annexes 11.1 et 11.2.

54. Les intéressés n'ayant pas répondu à ces convocations, la chambre de l'instruction de la cour d'appel de Versailles considérant «qu'il existe des indices graves ou concordants rendant vraisemblable que les intéressés aient pu participer à la commission de l'infraction de subornation de témoins» a, par un arrêt en date du 27 septembre 2006, décerné des mandats d'arrêt à leur encontre, et décidé que ces mandats devaient «être aussi diffusés selon les formes applicables au mandat d'arrêt européen»⁸³.

55. Ces actes de procédure posent, au regard du droit international, les mêmes questions et appellent les mêmes remarques.

56. Et d'abord, comme je viens de le rappeler qu'ils sont, eux aussi, sans rapport avec l'affaire au sujet de laquelle la juge d'instruction près le tribunal de grande instance de Djibouti a émis une commission rogatoire internationale en novembre 2004. Ce n'est donc à nouveau qu'à titre subsidiaire que j'évoquerai les raisons de fond pour lesquelles, de toutes manières, ces demandes ne peuvent être que rejetées.

57. Elles sont principalement au nombre de deux :

- en premier lieu, les intéressés ne bénéficient pas d'une protection internationale particulière du fait de leurs fonctions ;
- en second lieu, Djibouti ne saurait s'abriter derrière les manquements à la convention de 1986 qu'elle impute à la France pour se soustraire (ou soustraire ses ressortissants) aux obligations découlant de cet instrument.

1. L'immunité de juridiction invoquée par Djibouti au profit de ses ressortissants est irrecevable

58. Selon les indications données par la République de Djibouti, les intéressés sont «respectivement procureur de la République de Djibouti et chef de la sécurité nationale de Djibouti»⁸⁴. Contrairement à ce que soutiennent nos adversaires, ce ne sont pas là des fonctions de nature à soustraire leurs titulaires à leurs obligations en matière pénale. Et je précise, pour lever toute ambiguïté, qu'il ne suffit évidemment pas que le Gouvernement djiboutien ait jugé opportun de nommer l'un des deux intéressés comme agent, puis conseil, de la République de Djibouti

⁸³ CMF, annexe VII.

⁸⁴ MD, p. 52, par. 1.38.

devant la Cour de céans pour que cette nomination confère à cette personne des immunités dont elle ne saurait bénéficier pour les faits antérieurs à cette nomination. Tout au plus, M. Souleiman peut-il se prévaloir des immunités qui lui sont nécessaires pour s'acquitter de cette mission — immunités que la France a toujours scrupuleusement respectées et fait respecter.

59. Au bénéfice de cette remarque, il n'y a aucune raison pour reconnaître à un procureur de la République ou à un chef de la sécurité nationale des immunités de juridiction pour des crimes ou des délits de droit commun. Pour essayer d'établir le contraire, la Partie djiboutienne, qui traite de la question par préterition dans sa requête, a invoqué, dans un bref passage de son mémoire⁸⁵ :

- la convention de 1973 sur la prévention et la répression des infractions contre les personnes jouissant d'une protection internationale ;
- l'arrêt de la Cour de céans dans l'affaire du *Mandat d'arrêt* ; et
- les conventions de 1961 sur les relations diplomatiques et de 1969 sur les missions spéciales.

Aucun de ces textes ne lui est pourtant d'un grand secours.

60. Je comprends mal, Madame le président, la fascination que semble exercer la convention de 1973 sur la Partie adverse. Comme je l'ai dit, celle-ci n'a strictement aucun rapport avec les faits de notre affaire et il ne me paraît pas utile d'y revenir — sinon pour noter qu'en tout état de cause la définition des personnes protégées autres que les chefs d'Etat ou de gouvernement et les ministres des affaires étrangères, ne fournit aucun argument particulier permettant d'y inclure les deux intéressés :

«Aux fins de la présente convention :

1. L'expression «personne jouissant d'une protection internationale» s'entend :

.....

b) de tout représentant, fonctionnaire ou personnalité officielle d'un Etat ..., qui ... a droit conformément au droit international à une protection spéciale...»

C'est répondre à la question de savoir quels officiels ont le droit à une protection spéciale par la question elle-même : ce sont ceux qui ont ce droit en vertu du droit international... Et cela, vous en conviendrez, ne nous avance pas beaucoup.

⁸⁵ MD, p. 51-52, pars. 137-138.

61. L'arrêt de la Cour dans l'affaire du *Mandat d'arrêt* est certainement plus édifiant bien que la haute juridiction ait pris soin de préciser explicitement qu'elle n'examinait que la question de l'immunité de juridiction pénale «d'un ministre des affaires étrangères» (*Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo c. Belgique)*, arrêt, *C.I.J. Recueil 2002*, p. 21, par. 51), qui, en vertu du droit coutumier, ne se voit reconnaître d'immunités que «pour lui permettre de s'acquitter librement de ses fonctions pour le compte de l'Etat qu'il représente»⁸⁶. Je ne vais pas relire les paragraphes 53 et 54 de votre arrêt de 2002 : ils sont reproduits au paragraphe 4.31 du contre-mémoire français. Il s'agit d'un passage très important — et qui explique largement la solution que vous avez retenue dans cette affaire, qui tient au caractère entièrement «exogène», tourné vers l'extérieur, des fonctions d'un ministre des affaires étrangères. Ce n'est, à l'évidence, pas le cas d'un chef de la sécurité *nationale* ou d'un procureur.

62. Pour tenter d'établir le contraire, Djibouti a produit, le 21 novembre dernier, deux séries de documents «concernant les fonctions internationales» respectivement du procureur de la République de Djibouti et du chef de la sécurité nationale de Djibouti. Il s'agit, dans les deux cas, de documents assez hétérogènes où l'on trouve surtout — à côté de certaines pièces plus exotiques — quelques invitations à l'étranger et divers ordres de mission délivrés récemment.

Quelques remarques simplement :

1. Il est étonnant de constater une soudaine et étrange multiplication des missions à l'étranger envisagées par ces deux fonctionnaires djiboutiens durant ces derniers mois. S'agissant de M. Souleiman Ali, Djibouti a fourni un ordre de mission datant de 1999⁸⁷, un autre de 2004 (pour se rendre en France)⁸⁸, un troisième de janvier 2006⁸⁹ ; et les quatre autres sont concentrés sur une période allant du 19 juin au 7 novembre 2007⁹⁰. Les documents produits à l'appui de l'affirmation du caractère international des fonctions de M. Saïd Khaireh sont répartis d'une manière comparable dans le temps. Les uns comme les autres montrent que le demandeur s'est aperçu, au cours de la préparation des plaidoiries écrites dans la présente

⁸⁶ *Ibid.*, p. 21, par. 53.

⁸⁷ Documents soumis à la Cour par Djibouti le 21 novembre 2007, annexe 9.1.

⁸⁸ Annexe 9.2.

⁸⁹ Annexe 9.3.

⁹⁰ Annexes 9.4-9.8.

affaire, qu'il pouvait être important d'établir le caractère international des fonctions de ces deux officiels. Et que l'on ne vienne pas nous dire qu'il s'agit d'exemples choisis au hasard ou plus commodes à établir que d'autres plus anciens : dans tous les Etats, les archives regorgent de documents de ce type et il eût été aisé, pour les très capables conseils de Djibouti d'effectuer une sélection plus convaincante si les faits avaient été conformes à leurs espoirs.

2. S'agissant plus particulièrement de M. Saïd, je relève que l'organigramme de la présidence de la République que la Partie djiboutienne a produit en novembre⁹¹ ne montre nullement qu'il soit investi de fonctions essentiellement tournées vers l'extérieur. Du reste, Djibouti reconnaît expressément que, «[c]oncernant les fonctions qui sont les siennes, la France a raison de souligner qu'elles sont «essentiellement internes», tout autant que celles du procureur général»⁹².
3. Pour ce qui est de M. Souleiman, le professeur Condorelli a également concédé d'emblée qu'«[i]l est indéniable que ... ses fonctions sont «essentiellement internes»»⁹³. Cette limitation de son rôle international est conforme à la description de ses fonctions, telle qu'elle résulte des textes instituant un procureur de la République et qui sont cités et analysés dans le contre-mémoire de la France⁹⁴. Il est du reste remarquable que sur les six documents produits, trois concernent la représentation de Djibouti à la conférence des Etats parties au Statut de la CPI. D'une façon générale, à l'exception peut-être de l'une d'elles, dont on peut admettre qu'elle est vraiment *intuitu personae* ou, plutôt, *intuitu functionis* (il s'agit d'une invitation à participer à la conférence régionale de l'Association des procureurs de l'Afrique)⁹⁵, ces invitations et ces missions ne sont, en aucune manière, liées à la fonction de procureur général exercée par M. Souleiman : il a été désigné pour celles-ci (essentiellement après que le présent différend se fut cristallisé) ; de nombreux autres dignitaires djiboutiens eussent pu l'être tout aussi bien. Et,

⁹¹ Annexe 10.1.

⁹² CR 2008/3, p. 13, par. 19.

⁹³ CR 2008/3, p. 8, par. 7 (Condorelli citant le CMF, p. 57, par. 4.32).

⁹⁴ CMF, p. 57-58, par. 4.32.

⁹⁵ Documents soumis à la Cour par Djibouti le 21 novembre 2007, annexe 9.4.

4. si je peux ajouter une petite note personnelle, je puis vous assurer, Madame le président, qu'en tant que professeur, fonctionnaire de la République française, je reçois davantage d'invitations et effectue davantage de déplacements à l'étranger que MM. Saïd et Souleiman réunis — et pourtant, je crains fort de ne pouvoir, raisonnablement, revendiquer les immunités dont ils se prévalent — sauf si je fais l'objet, à tort, d'une arrestation de la part de la police néerlandaise lorsque j'ai le privilège de plaider devant vous...

63. C'est que les immunités ne sont pas accordées aux fonctionnaires de l'Etat du simple fait que, dans l'exercice de leurs fonctions, ils peuvent être conduits, plus ou moins occasionnellement, ou même régulièrement, à effectuer des missions à l'étranger. Il n'en va ainsi que si de telles immunités sont indispensables pour que ces missions puissent être effectuées et à condition qu'elles soient inhérentes aux fonctions en question. C'est cette vision, raisonnablement restrictive — et, à vrai dire, raisonnable «tout court» — que traduit votre arrêt de 2002 qui insiste sur «la nature des fonctions exercées par un ministre des affaires étrangères» (*Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo c. Belgique)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2002, p. 21, par. 53), qui représente l'Etat «du seul fait de l'exercice de sa fonction» (*ibid.*, p. 22, par. 53), ce qui n'est évidemment le cas ni d'un chef de la sécurité nationale, ni d'un procureur de la République, auxquels il peut arriver de représenter leur Etat mais qui doivent, pour ce faire, être investis d'une mission spéciale et présenter des pleins pouvoirs — ce qui veut dire aussi qu'ils peuvent *ne pas* représenter l'Etat (en ce sens que les missions spéciales dont ils peuvent être chargés peuvent, tout aussi bien, être accomplies par d'autres).

64. Telle est aussi la raison pour laquelle l'invocation par Djibouti de la convention de 1969 sur les missions spéciales⁹⁶, à laquelle, du reste, ni la France ni Djibouti ne sont parties, ne peut davantage emporter la conviction. Comme son nom l'indique, une mission «spéciale» est constituée sur une base *ad hoc* pour, conformément à la définition donnée à l'article 1, *litt. a)* de la convention, «traiter ... de questions déterminées ou pour remplir ... une tâche déterminée». Elle est composée de «représentants de l'Etat d'envoi», expression qui «s'entend de toute personne à qui l'Etat d'envoi a attribué cette qualité»⁹⁷ — ce qui signifie aussi, d'une part, que n'importe qui

⁹⁶ Voir MD, p. 53, par. 139.

⁹⁷ Art. 1, *litt. e)*.

peut avoir la qualité de représentant de l'Etat dans le cadre d'une mission spéciale du moment que l'Etat d'envoi le décide et en informe l'Etat de réception et que ce dernier ne s'y oppose pas, et, d'autre part, que personne n'a cette qualité, *ipso facto*, du fait de ses fonctions à l'intérieur de l'Etat. Pas davantage MM. Saïd et Souleiman que quiconque. Moyennant quoi, *si* Djibouti et un Etat tiers conviennent de recourir à une mission spéciale «pour traiter d'une question déterminée» et si la République de Djibouti décide d'y nommer l'un ou l'autre des deux intéressés, on peut admettre que les immunités prévues à l'article 31 de la convention de 1969 seraient opposables en tout cas aux Etats parties à celle-ci⁹⁸. Mais outre que, comme je l'ai dit, ce n'est le cas ni de la France, ni de Djibouti, ce n'est, de toute manière, pas ainsi que le problème se pose en l'espèce, et il est dès lors inutile de se poser la question du caractère codificateur (ou non) de cette disposition : aucun des deux intéressés n'a été arrêté ou menacé d'être arrêté à l'occasion d'une mission spéciale.

65. Il va de soi que la convention de Vienne de 1961 n'est pas davantage pertinente⁹⁹ : ni le colonel Saïd, ni M. Souleiman ne sont diplomates et les immunités qui y sont prévues en faveur de ceux-ci ne leur sont pas applicables.

66. Il résulte de tout ceci qu'aucune des deux personnalités concernées ne bénéficie du fait de ses fonctions de l'immunité de juridiction dont Djibouti se prévaut et que rien n'empêchait qu'elles soient convoquées en tant que témoins assistés par le juge d'instruction de Versailles, ni que la chambre d'instruction de la cour d'appel délivre à leur encontre des mandats d'arrêt à la suite de leur refus de déférer à cette convocation.

67. Avant d'en terminer sur ce point, il me faut relever le raisonnement singulier du professeur Condorelli selon lequel, si j'ai bien compris, les pressions dont il s'agit auraient été exercées par le procureur de la République dans l'exercice de ses fonctions officielles — ou, peut-être, dans le cadre d'une mission spéciale de l'intéressé effectuée à Bruxelles en 2002¹⁰⁰ ? Au demeurant, si une telle «mission» devait assurer à l'intéressé la protection de certaines immunités

⁹⁸ Voir CR 2008/3, p. 9, par. 9 (Condorelli).

⁹⁹ Voir requête, p. 9, par. 16 ; MD, p. 52, par. 139.

¹⁰⁰ Voir CR 2008/3, p. 9-10, par. 10-11 (Condorelli) et p. 12, par. 17 (Condorelli).

ce ne pourrait être qu'à l'égard de la Belgique (si ce pays avait consenti à cette mission¹⁰¹ — ce dont il y a de sérieuses raisons de douter), mais cela serait, de toute manière, sans effet vis-à-vis de la France qui était totalement étrangère à la «mission» en question.

68. Ni l'exercice des fonctions, ni le droit applicable aux missions spéciales ne pouvant, raisonnablement, être invoqués à l'appui des prétendues immunités dont aurait bénéficié l'intéressé dans le cadre des faits dont il est soupçonné et qui lui ont valu d'être convoqué comme témoin assisté par le juge d'instruction de Versailles, puis d'être mis sous le coup d'un mandat d'arrêt, le tenace conseil de Djibouti se place sur un autre terrain : il met en cause la compétence du juge français pour procéder à l'instruction en cause — celle, je le rappelle, relative à la subornation de témoins et non celle portant sur les causes de la mort de Bernard Borrel. Indépendamment de son incompetence pour se prononcer sur les conclusions de Djibouti concernant cette autre affaire, il est clair qu'en aucune manière, la Cour ne saurait être appelée à apprécier l'étendue de la compétence d'une juridiction nationale — en tout cas, dans des circonstances de ce type.

69. Mais même si, pour les besoins de la discussion, on laisse de côté l'incompétence manifeste de la Cour de céans à cet égard — que le conseil de Djibouti finit d'ailleurs par reconnaître¹⁰² — mais après avoir tenté de jeter dans les esprits un doute que je souhaite lever, il va sans dire que les arguments de M. Condorelli sur ce point ne sauraient être retenus.

70. En premier lieu, il fait mine de s'indigner de l'exercice prétendu d'une «sorte d'étonnante compétence universelle ... qui permettrait au juge pénal français d'exercer son pouvoir répressif à l'encontre d'un étranger accusé d'infractions n'ayant manifestement rien à voir avec des crimes internationaux, qui auraient été commises à l'étranger, au préjudice d'une victime elle aussi étrangère, laquelle aurait été impliquée dans des événements prétendument intervenus ... à l'étranger !»¹⁰³. Peu après, M. Condorelli a proféré les mêmes allégations à propos des soupçons de pressions sur témoins pesant sur M. Saïd¹⁰⁴. Dans les deux cas, c'est bien mal poser le problème — et cette façon de le faire ne prend guère en compte les aspects humains, terriblement

¹⁰¹ Voir l'article 2 de la convention sur les missions spéciales du 8 décembre 1969.

¹⁰² CR 2008/3, p. 12, par. 16 (Condorelli).

¹⁰³ CR 2008/3, p. 10, par. 13 (Condorelli).

¹⁰⁴ CR 2008/3, p. 13-14, par. 20.

douloureux, de la présente affaire. Mais, sur le plan juridique, une telle assertion ne résiste pas à l'examen des conditions de saisine du tribunal de Versailles.

71. Il suffit, à cet égard, de rappeler que, le 19 novembre 2002, Mme Borrel, citoyenne française, a déposé auprès du doyen des juges d'instruction du tribunal de grande instance de Paris une plainte avec constitution de partie civile du chef de subornation de témoin au motif des pressions qui auraient été exercées sur un certain M. Alhoumekani, afin qu'il ne maintienne pas les termes de sa déposition impliquant des dignitaires djiboutiens dans la mort de son mari, Bernard Borrel. Suite au dépaysement de l'affaire ordonné par la Cour de cassation¹⁰⁵, ce dossier est instruit au tribunal de grande instance de Versailles.

72. Les articles 113-6 à 113-8 du code pénal français établissent la compétence des juridictions françaises pour tout délit commis à l'étranger au préjudice d'une victime française — ce qui est le cas en l'espèce — à la condition que la victime ait saisi les juridictions françaises d'une plainte officielle — comme cela a été le cas aussi dans cette affaire. Cela n'a rien à voir avec une quelconque prétention à l'exercice d'une compétence universelle par le tribunal de Versailles.

73. Quant à l'argument selon lequel la position des juridictions françaises constituerait «un exemple impressionnant de double standard»¹⁰⁶, au prétexte qu'un juge d'instruction de Paris a, par une ordonnance de non-lieu du 7 février 2002¹⁰⁷, constaté l'incompétence des juridictions françaises pour connaître d'une plainte avec constitution de partie civile à l'initiative de MM. Hassan Saïd et Mahdi Ahmed Cheick des chefs de faux témoignage et de complicité¹⁰⁸, il n'est pas mieux établi : en effet, les plaignants, ressortissants djiboutiens (et non français), dénonçaient des faits commis à l'étranger par un de leur compatriote. Il n'y a pas là deux poids et deux mesures — simplement des solutions différentes données à des problèmes qui se posaient en termes différents. Dans le cas de la plainte de Mme Borrel, les juges français peuvent se fonder sur un titre de compétence lié à la nationalité de la victime, dans le cas de la plainte des MM. Saïd et

¹⁰⁵ CMF, annexe VI.

¹⁰⁶ CR 2008/3, p. 11, par. 13 (Condorelli).

¹⁰⁷ Annexe 8.2 aux documents déposés au Greffe de la Cour le 21 novembre 2007.

¹⁰⁸ Voir CR 2008/3, p. 10-11, par. 13 (Condorelli).

Cheick, le tribunal saisi ne pouvait se prononcer — sauf à se voir reprocher (cette fois à juste titre) l'exercice d'une compétence universelle qui ne reposerait sur aucun titre.

74. Mais, sur le plan juridique, la thèse principale soutenue par le professeur Condorelli (et qui constitue une nouveauté par rapport à l'argumentation du mémoire) est plus insolite encore. Elle repose sur le principe selon lequel «tout Etat doit considérer les actes de l'organe d'un Etat étranger agissant ès qualités comme attribuables à cet Etat, et non pas à la personne revêtant la qualité d'organe, qui ne saurait en être tenue comme pénalement responsable à titre individuel»¹⁰⁹. A vrai dire, par elle-même, cette proposition n'a rien d'extravagant et je me garderais bien de contredire les autorités la soutenant, que mon contradicteur a savamment et longuement citées¹¹⁰. Ce qui prête à discussion, ce n'est pas le principe ; ce sont les conséquences, vraiment inacceptables, qu'il en tire — d'ailleurs plus par implication qu'explicitement.

75. Donc, Madame le président, le point de départ, c'est que, lorsqu'ils agissent es qualités, les organes de l'Etat engagent non pas leur responsabilité individuelle, mais celle de l'Etat ; par voie de conséquence, leurs actes bénéficient des immunités de l'Etat. Jusqu'ici, pas de problème. Et nous sommes également d'accord pour penser, toujours avec le professeur Condorelli, qu'en revanche, en dehors de quelques organes ou catégories d'organes que l'on peut compter sur les doigts d'une main (le chef de l'Etat, le ministre des affaires étrangères, le chef du Gouvernement, et les diplomates — dans des mesures du reste variables), il est totalement exclu «que l'on puisse prétendre que des personnes revêtant la qualité d'organe d'un Etat, même de rang élevé, jouissent d'immunités personnelles (dites *ratione personae*) tant soit peu comparables à celles que le droit international garantit en faveur des organes suprêmes des Etats!»¹¹¹. Là où le bât blesse, c'est à la «jointure» de ces deux propositions.

76. Car le professeur Condorelli tout en se défendant, vertueusement, de commettre l'«hérésie» consistant à reconnaître des immunités absolues aux organes de l'Etat autres que les quelques-uns que je viens de citer, la commet résolument dans les faits. Bien qu'il reconnaisse que ces autres organes — dont le procureur général et le chef de la sécurité nationale de Djibouti —

¹⁰⁹ CR 2008/3, p. 12, par. 17 (Condorelli) ; voir aussi p. 14, par. 21 et p. 15, par. 23 (Condorelli).

¹¹⁰ CR 2008/3, p. 15-17, par. 24-30 (Condorelli).

¹¹¹ CR 2008/3, p. 15, par. 23 (Condorelli).

jouissent non d'immunités personnelles (comme Djibouti le prétendait dans son mémoire)¹¹², mais d'immunités seulement fonctionnelles¹¹³, mon contradicteur prive en réalité la distinction de tout effet : tout pour lui, relève de ces dernières, car tout rentre dans les fonctions officielles — y compris, semble-t-il, la subornation de témoins.

77. Tel ne saurait être le droit — ou, plutôt, telle ne saurait être la conséquence des principes si justes énoncés au nom de la Partie adverse. Il doit y avoir — et il y a — une différence entre les immunités absolues dont bénéficient certains organes de l'Etat (dont le procureur et le chef de la sécurité nationale de Djibouti ne font pas partie) et, celles, fonctionnelles, qui s'appliquent à tous les autres organes. La différence tient à une «présomption» : dans le cas d'un chef de l'Etat en fonction (ou d'un ministre des affaires étrangères), la «présomption d'immunité» est absolue et, sans doute, irréfragable. Il est couvert par les immunités, un point c'est tout ; par contre, pour les autres fonctionnaires de l'Etat, cette présomption ne joue pas et l'octroi (ou le refus) des immunités doit être décidé au cas par cas, en fonction de tous les éléments de l'affaire. Ceci suppose que c'est aux juges nationaux qu'il appartient d'apprécier si l'on se trouve face à des actes accomplis — ou non — dans le cadre des fonctions officielles.

78. Tout raisonnement contraire aurait une portée dévastatrice et signifierait qu'il suffit à tout fonctionnaire, quel que soit son grade ou ses fonctions, d'affirmer qu'il agissait dans le cadre de ses fonctions, pour échapper à toute poursuite pénale dans un Etat étranger. Cela défie la raison et ne correspond heureusement pas à la pratique des Etats. Pour ne citer qu'un exemple, tiré de la jurisprudence française : le directeur exécutif chargé de la marine marchande de la Malta Maritime Authority, responsable à ce titre de la délivrance du pavillon, a été personnellement mis en cause dans le cadre de la procédure judiciaire ouverte à la suite du naufrage du pétrolier *Erika*. Sa qualité de fonctionnaire n'a nullement empêché qu'une procédure pénale soit intentée à son encontre. Et ce n'est qu'après une procédure pénale «normale» que la cour de cassation française a reconnu le bien-fondé de sa position selon laquelle il lui était «fait grief d'actes de puissance publique accomplis dans le cadre de ses fonctions pour le compte et sous le contrôle de l'Etat de Malte» ; en

¹¹² MD, p. 51-52, par. 137-138.

¹¹³ CR 2008/3, p. 15, par. 23 (Condorelli).

conséquence, la Cour a jugé qu'il devait bénéficier, en tant qu'agent de l'Etat, de l'immunité de juridiction pénale reconnue aux Etats étrangers¹¹⁴.

79. En cette affaire de subornation de témoins, rien, évidemment, n'empêchait — ni n'empêche — les intéressés d'invoquer devant le juge pénal français les immunités dont Djibouti se prévaut aujourd'hui en leur nom. Mais ils doivent, pour cela, lui permettre d'apprécier leurs arguments en ce sens. Or, ni l'un, ni l'autre, ne se sont prévalus de ces immunités — fût-ce par correspondance. Il est vrai, comme je l'ai montré il y a quelques instants, que les arguments singuliers que met en avant le professeur Condorelli sur ce point n'ont guère de chance d'emporter la conviction des juges. Au lieu de faire cela, les personnes intéressées se sont établies sur la soit-disant non-réciprocité que constituerait le comportement de la France.

80. Il est, Madame le président, fort paradoxal de constater que l'Etat demandeur, qui dit attacher tant de prix à un parfait respect de la convention de 1986, la viole ouvertement s'agissant de la convocation de ces personnes en tant que témoins assistés puisqu'il a refusé de laisser les témoins en question répondre à la convocation.

81. Madame le président, au terme de cette intervention, je pense avoir montré que les actes de procédure effectués en France dans le cadre de divers dossiers (que la Partie demanderesse présente à tort comme un tout alors qu'ils concernent des affaires entièrement distinctes) n'ont porté aucune atteinte aux immunités ou à la dignité des officiels djiboutiens concernés ;

- 1) la demande de témoignage adressée au chef de l'Etat de Djibouti en 2005 ne relevait pas des dispositions des articles 101 et suivants du code de procédure pénale et n'était évidemment assortie d'aucune menace d'acte de contrainte ; elle n'a eu aucune suite et n'est pas de nature à faire l'objet d'une décision judiciaire par la Cour ;
- 2) en revanche, l'invitation à témoigner adressée au président Guelleh en 2007 était parfaitement régulière en la forme et au fond, et conforme aux usages diplomatiques ; le refus de son haut destinataire d'y donner suite a mis un point final à cet épisode ; au demeurant,
- 3) la France reconnaît pleinement le caractère en principe absolu de l'immunité de juridiction pénale des chefs d'Etat étrangers ;

¹¹⁴ Chambre criminelle, 23 novembre 2004, n° de pourvoi 04-84265, *Bull. crim.* 2004, n° 292, p. 1096 (disponible sur <http://www.legifrance.gouv.fr>).

- 4) il en va différemment de MM. Saïd et Souleiman, dont les fonctions ne justifient en aucune manière l'immunité de juridiction absolue et générale qu'invoque Djibouti en leur faveur ; dès lors,
- 5) les convocations à témoin assisté auxquels ils n'ont pas donné suite et les mandats d'arrêt décernés à leur encontre ne sont contraires à aucune obligation internationale de la France ; en revanche,
- 6) en s'opposant à ce que ces personnes donnent leur témoignage, la République de Djibouti a violé les obligations internationales lui incombant en vertu de la convention d'entraide judiciaire de 1986 ;
- 7) et enfin, je le répète, je ne formule toutes ces conclusions qu'à titre subsidiaire : ces actes de procédure ne sont pas couverts par le consentement que la République française a donné à l'examen de la requête par la Cour, qui n'a donc pas compétence pour en connaître.

Avec votre permission, Madame le président, je passe maintenant, sans transition, à la seconde partie de ma présentation qui, en réalité, est une brève plaidoirie distincte.

LES CONSÉQUENCES JURIDIQUES DES FAITS PRÉTENDUMENT ILLICITES DE LA RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

1. Cette dernière plaidoirie de premier tour au nom de la République française sera consacrée, on pourrait presque dire, «selon l'usage», à un examen des conséquences des faits prétendument illicites reprochés à la France par Djibouti. Mais, il faut bien le dire, cet exercice obligé a un petit côté «masochiste» : la Partie défenderesse, après avoir longuement exposé les raisons pour lesquelles les griefs qui lui sont faits sont mal fondés, et l'engagement de sa responsabilité totalement exclu, en vient, dans sa dernière plaidoirie, à envisager les conséquences de faits internationalement illicites dont elle récuse la réalité. Il convient que cela soit fait — mais ça ne peut l'être qu'à titre subsidiaire, «par précaution», dans l'hypothèse tout à fait improbable où vous retiendriez, Madame et Messieurs de la Cour, une partie de l'argumentation que la République de Djibouti vous a présentée.

2. Au surplus, en l'espèce, le chapitre 5 du contre-mémoire français examine de façon assez complète les conséquences que pourrait avoir l'engagement — hypothétique — de la responsabilité

de la France dans la présente affaire¹¹⁵ et je dois dire n'avoir pas trouvé dans l'exposé, pourtant fort long, de M^e van den Biesen consacré aux «remèdes» demandés par Djibouti matière à modifier notre position. Je m'en voudrais dès lors, Madame et Messieurs de la Cour, de vous infliger une longue plaidoirie, qui ne pourrait être qu'assez inutilement académique. Et il me semble que je peux me borner à résumer les données concrètes de la question, à la lumière des éléments énoncés mardi après-midi par mon contradicteur.

3. Néanmoins, je suivrai pour cela un plan différent de celui qu'avait adopté M. van den Biesen. Il me paraît en effet très artificiel de traiter en même temps, de manière indifférenciée et assez floue, de toutes les très nombreuses demandes de la Partie djiboutienne telles qu'elles sont formulées dans les conclusions qu'a lues son agent lors de l'audience de mardi dernier. On ne peut, en particulier, pas appliquer les mêmes «remèdes» à la prétendue violation constituée par le refus de la commission rogatoire d'une part et aux violations alléguées en matière d'immunités, d'autre part. Aussi traiterai-je séparément des conclusions relatives à l'une et aux autres, en suivant, peu ou prou, l'ordre des conclusions de la République de Djibouti (dans leur nouvelle version).

4. Deux *caveat* généraux s'imposent cependant :

- d'une part, alors que les conclusions 1 et 2 se rapportent clairement au refus de la France de donner une suite favorable à la commission rogatoire internationale de novembre 2004 et celles figurant sous les n^{os} 3 à 8 aux questions d'immunités, les trois suivantes semblent avoir un caractère «transversal» ;
- d'autre part, je tiens à rappeler de la manière la plus ferme, que la République française n'a pas donné son consentement à l'examen par la Cour des problèmes liés aux immunités des officiels djiboutiens, qui ne sont pas couverts par l'objet de la requête tel que l'Etat demandeur l'a défini.

Et il va de soi que je ne reviendrai pas sur la question de l'indemnisation, puisque Djibouti a formellement retiré ses conclusions en ce sens¹¹⁶.

¹¹⁵ CMF, p. 63-72.

¹¹⁶ CR 2008/3, p. 18, par. 2 (van den Biesen).

I. Les conclusions djiboutiennes relatives au refus de donner suite à la commission rogatoire internationale

5. Madame le président, les conclusions de l'Etat demandeur en ce qui concerne la commission rogatoire sont, entre le mémoire et la procédure orale, devenues extrêmement complexes. L'objectif demeure : Djibouti demande à la Cour d'enjoindre la France de transmettre le «dossier Borrel», mais tant le fondement que les modalités de cette remise font l'objet de «raffinements» qui appellent, l'un et les autres, de brèves observations.

6. Aux termes de la conclusion n° 1, la Cour est priée de dire et juger «[q]ue la République française a violé ses obligations en vertu de la convention de 1986»¹¹⁷. Cela c'est une conclusion qui vise à obtenir une satisfaction et, dans son principe, nous n'avons rien à y redire — si ce n'est, bien sûr, que nous en contestons le bien-fondé ; mais je ne pense pas qu'il soit utile d'y revenir : cela a été l'objet du chapitre 3 de notre contre-mémoire et de toute la plaidoirie de mon collègue et ami Hervé Ascensio.

7. Mais c'est la suite qui est plus troublante car, justement, la République de Djibouti revient en ce qui la concerne sur les motifs (alternatifs) qui devraient, selon elle, vous conduire à faire ces constatations. Elle vous invite en effet à constater que la France aurait manqué à ses obligations :

- «i) en n'ayant pas mis en œuvre son engagement en date du 27 janvier 2005 à exécuter la demande de commission rogatoire de la République de Djibouti en date du 3 novembre 2003 ;
- ii) ou subsidiairement, en n'ayant pas exécuté son obligation en vertu de l'article 1 de ladite convention suite à son refus illicite contenu dans la lettre du 6 juin 2005 ;
- iii) ou subsidiairement encore, en n'ayant pas exécuté son obligation en vertu de l'article 1 de ladite convention suite à son refus illicite contenu dans la lettre du 31 mai 2005»¹¹⁸.

Ce faisant, Djibouti confond, décidément, les moyens et les conclusions¹¹⁹ ; pour reprendre la formule de la Cour dans l'affaire des *Pêcheries anglo-norvégiennes*, «[c]e sont là des éléments qui,

¹¹⁷ CR 2008/3, p. 36, par. 4.1 (Doualeh).

¹¹⁸ *Ibid.*

¹¹⁹ Voir CMF, p. 13, par. 2.19, et la jurisprudence citée et la réponse de Djibouti in CR 2008/2, p. 27, par. 16 (Condorelli).

le cas échéant, pourraient fournir les motifs de l'arrêt et non en constituer l'objet» (*Pêcheries (Royaume-Uni c. Norvège)*, arrêt, *C.I.J. Recueil 1951*, p. 126)¹²⁰.

8. En soit, ceci n'a d'ailleurs pas une grande importance même si la Cour a, dans le passé, mis en garde contre les inconvénients d'une telle confusion¹²¹. Mais les motifs alternatifs qu'avance l'Etat demandeur appellent tout de même quelques observations :

- comme l'a montré Hervé Ascensio hier après-midi¹²², il est tout à fait impossible de parler d'«engagement» à propos de la lettre du directeur du cabinet du ministre de la justice à l'ambassadeur de Djibouti à Paris, en date du 27 janvier 2005¹²³ — en tout cas d'engagement de transmettre le dossier — décision qui ne pouvait être prise que par le juge d'instruction ; si «engagement» il y a, il n'a été pris par l'auteur de la lettre qu'en vue de hâter la procédure ; mais cette obligation de comportement ne saurait s'analyser en une promesse quant au résultat ; la conclusion maintenant principale de la Partie adverse ne saurait donc prospérer ; le problème pour Djibouti est que les motifs invoqués à l'appui de ses conclusions subsidiaires ne sont pas mieux fondés ;
- celles-ci témoignent d'une intéressante incertitude et montrent que le demandeur lui-même éprouve bien des difficultés pour déterminer quel peut bien être le fait générateur du fait internationalement illicite qu'il impute à la France : est-ce la lettre du 6 juin 2005 ou celle du 31 mai 2005 ? (qu'il dit par ailleurs n'avoir pas reçue — alors même qu'il en cite le texte dans sa requête ; en tout cas, le fait qu'il en fasse un des éléments de ses conclusions, va à l'encontre de sa demande visant à la tenir pour «inexistante aux fins de la présente procédure» («non-existent» «for the purposes of the present case»)¹²⁴ ;
- en outre, quand bien même la Cour considèrerait que l'un quelconque de ces motifs serait fondé — *quod non*, il n'en résulterait certainement pas qu'elle pourrait, ou devrait, ordonner à

¹²⁰ Voir aussi *Minquiers et Ecréhous (France/Royaume-Uni)*, arrêt, *C.I.J. Recueil 1953*, p. 52 ; *Nottebohm (Liechtenstein c. Guatemala)*, deuxième phase, arrêt, *C.I.J. Recueil 1955*, p. 16 ; *Essais nucléaires (Australie c. France)*, arrêt, *C.I.J. Recueil 1974*, p. 262, par. 29 et *Compétence en matière de pêcheries (Espagne c. Canada)*, compétence de la Cour, arrêt, *C.I.J. Recueil 1998*, p. 449, par. 32.

¹²¹ Voir *Pêcheries (Royaume-Uni c. Norvège)*, arrêt, *C.I.J. Recueil 1951*, p. 125-126. Voir aussi *Temple de Préah Vihéar (Cambodge c. Thaïlande)*, fond, arrêt, *C.I.J. Recueil 1962*, p. 32, et *Droit de passage sur territoire indien (Portugal c. Inde)*, fond, arrêt, *C.I.J. Recueil 1960*, p. 28.

¹²² CR 2008/4, p. 55, par. 40.

¹²³ MD, annexe 21.

¹²⁴ CR 2008/2, p. 34, par. 20 et p. 41, par. 45 (van den Biesen).

la République française de transmettre le «dossier Borrel» à la République de Djibouti — en tout ou en partie.

9. Et cela me conduit à la deuxième conclusion de Djibouti qui vise, précisément, à cela. Mais il me semble que cette demande se heurte à de graves objections — à la fois parce que, en règle générale, il n'appartient pas à votre haute juridiction d'adresser des injonctions à des Etats souverains ; et parce que, en l'espèce, ceci serait profondément contraire à l'esprit même de la convention d'entraide judiciaire de 1986.

10. Comme la Cour l'a clairement indiqué dans un célèbre passage de son arrêt dans l'affaire du *Cameroun septentrional* : «Il y a des limitations inhérentes à l'exercice de la fonction judiciaire dont la Cour, en tant que tribunal, doit toujours tenir compte.» (*Cameroun septentrional (Cameroun c. Royaume-Uni), exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1963, p. 29.*)

11. Parmi ces limitations, la plus fondamentale est celle qui conduit la Cour à s'abstenir d'adresser des injonctions aux Etats souverains. Dès 1925, dans l'affaire des *Concessions Mavrommatis*, la Cour permanente a souligné que, «[s]'il rentre dans les attributions de la Cour de proclamer le droit du concessionnaire à la réadaptation de ses contrats, elle ne saurait fixer elle-même les modalités que cette réadaptation comporte» (*Concessions Mavrommatis à Jérusalem, arrêt, 1925, C.P.J.I. série A n° 5, p. 50.*)

12. La Cour actuelle a réaffirmé cette position dans son principe, entre autres, dans son arrêt *LaGrand* : «les Etats-Unis d'Amérique devront, en mettant en œuvre les moyens de leur choix, permettre le réexamen et la révision du verdict de culpabilité et de la peine en tenant compte de la violation des droits prévus par la convention» (*LaGrand (Allemagne c. Etats-Unis d'Amérique), arrêt, C.I.J. Recueil 2001, p. 516, par. 128 7.*) Voir aussi *Avena et autres ressortissants mexicains (Mexique c. Etats-Unis d'Amérique), arrêt, C.I.J. Recueil 2004, p. 62, par. 31.* Et vous avez pris une position comparable dans l'affaire du *Mandat d'arrêt (Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo c. Belgique), arrêt, C.I.J. Recueil 2002, p. 32, par. 76.*) De même, la Cour européenne des droits de l'homme a considéré d'une façon très claire qu'

«[i]l n'appartient pas à la Cour d'indiquer les mesures à prendre par l'Irlande sur le point considéré ; elle laisse à l'Etat concerné la détermination des moyens à utiliser

dans son ordre juridique interne pour s'acquitter de l'obligation qui découle pour lui de l'article 53»¹²⁵.

En la présente espèce, la Cour pourrait d'autant moins se substituer à la République pour imposer les conséquences précises qui résulteraient de sa décision, que, pour reprendre les termes de l'arrêt de 1951 dans l'affaire *Haya de la Torre*, le choix des modalités de son exécution «ne pourrait être fondé sur des considérations juridiques, mais seulement sur des considérations de nature pratique ou d'opportunité politique ; il ne rentre pas dans la fonction judiciaire de la Cour d'effectuer ce choix» (*Haya de la Torre (Colombie/Pérou)*, arrêt, *C.I.J. Recueil 1951*, p. 79).

13. Ces considérations de nature générale sont, dans le cas d'espèce, confirmées et amplifiées par l'esprit même de la convention d'entraide de 1986, dont le professeur Ascensio a montré qu'elle n'avait pas le caractère absolu et automatique que la Partie djiboutienne veut bien lui conférer, et que sa rédaction reflète au contraire le souci des Parties de sauvegarder leur souveraineté respective et de se reconnaître mutuellement un large pouvoir d'appréciation auquel, je le dis avec tout le respect que j'ai pour la haute juridiction, nous ne pensons pas que la Cour de céans puisse se substituer. Cela résulte, en particulier, de la rédaction des alinéas *a)* et *c)* de l'article 2.

14. De toute manière, Madame le président — et ceci est un point que je crois crucial—, j'éprouve de grandes difficultés à comprendre comment la Partie adverse peut poser en principe à la fois :

- que l'«affaire Borrel» n'est pas l'objet de la présente procédure¹²⁶ ; et
- que, néanmoins, la Cour pourrait ordonner à la France de communiquer à la Partie djiboutienne le «dossier Borrel» — ceci sans connaître le contenu de ce dossier.

Ce n'est pas par hasard que la convention de 1986 confère un rôle central aux autorités judiciaires de chacune des Parties contractantes, et que le droit français reconnaît un rôle exclusif au juge d'instruction pour se prononcer sur des commissions rogatoires internationales telles que celles émises par les autorités djiboutiennes en la présente espèce : seules ces autorités sont, et seul ce juge est, par hypothèse, en possession du dossier ; seuls ces autorités et ce juge disposent de tous les éléments leur permettant d'apprécier les possibilités d'exécution de ces commissions rogatoires

¹²⁵ *Johnston et autres c. Irlande*, arrêt du 18 décembre 1986, requête n° 9697/82, série A n° 112, par. 77.

¹²⁶ Voir MD, p. 10, par. 5 et p. 15, par. 20 ; CR 2008/1, p. 13, par. 3 (Doualeh).

internationales. En l'absence de cette documentation complète, toute appréciation serait nécessairement fondée sur une vision parcellaire ne permettant pas de prendre une décision en toute connaissance de cause.

15. Quant à la conclusion subsidiaire de Djibouti demandant que le «dossier Borrel» soit transmis «à la République de Djibouti dans les conditions et modalités déterminées par la Cour»¹²⁷, elle renvoie sans doute à la «proposition» — fort étrange — faite par M. van den Biesen selon qui nous pourrions communiquer à la Cour les pièces (deux des pièces, a-t-il dit) au sujet desquelles le secret défense a été levé, afin de lui permettre d'apprécier si, oui ou non, leur communication serait de nature à porter atteinte à des intérêts nationaux essentiels de la France¹²⁸. Sans m'attarder sur le côté insolite de cette suggestion, il me semble que cela, à vrai dire, ne change rien et revient, à nouveau, à inviter la Cour à substituer sa propre appréciation à celle du juge d'instruction, sur la base d'une documentation qui demeurera lacunaire, alors que c'est sur la base du dossier dans son ensemble que le juge interne s'est prononcé.

16. L'injonction d'exécution que demande Djibouti étant exclue et le demandeur ayant renoncé à demander une indemnité pour le dommage qu'il dit avoir subi, la satisfaction constituerait dès lors le seul moyen d'assurer la réparation de ce préjudice qui, en tout état de cause, n'est certainement pas plus que moral — en admettant et que le comportement de la France ait constitué un fait internationalement illicite *quod non* ; et que celui-ci ait causé un préjudice à la Partie adverse *quod non*. Si, par impossible, la Cour constatait qu'il en allait ainsi, la France considère que, comme la République de Djibouti l'a indiqué dans son mémoire, «la détermination par la Cour de l'illégalité [je dirais plutôt l'illicéité] du comportement de la République française dans cette affaire représentera une satisfaction appropriée»¹²⁹.

17. Une satisfaction appropriée et, me semble-t-il, plus que suffisante. Or Djibouti ne s'arrête pas là et n'hésite pas à demander en outre que la Cour décide «[q]ue la République française doit cesser son comportement illicite et respecter scrupuleusement à l'avenir les obligations qui lui incombent», pas de problème avec cela, et qu'elle «doit fournir à la République

¹²⁷ CR 2008/3, 22 janvier 2008, p. 36, par. 4.2 ii) (Doualeh).

¹²⁸ CR 2008/2, 22 janvier 2008, p. 51, par. 72 (Van den Biesen).

¹²⁹ MD, p. 65, par. 180.

de Djibouti des assurances et garanties spécifiques de non-répétition des faits illicites dénoncés»¹³⁰. Lesquelles ? M^e van den Biesen les a détaillées : il faudrait que la France s'engage d'une part à appliquer de bonne foi à l'avenir la convention de 1986 ; d'autre part, à ne pas refuser les demandes d'assistance judiciaire pour d'autres motifs que ceux figurant à l'article 2 ; enfin, à prendre l'engagement, même si un motif de ce genre existait (motif d'article 2), l'engagement de résoudre le problème conformément au principe de la bonne foi et aux directives européennes figurant dans l'action commune adoptée par le Conseil de l'Union européenne en 1998 et relative aux «bonnes pratiques d'entraide judiciaire en matière pénale»¹³¹ !

Il ne me paraît pas utile de m'attarder sur l'extravagance de cette dernière demande — pourquoi diable, les Parties au présent différend devraient-elles appliquer un texte interne à l'Union européenne ? Outre que ces conclusions dans leur ensemble sont passablement injurieuses pour mon pays — et mal fondées — elles ne répondent certainement pas à l'esprit des garanties de non-répétition dont la Cour a admis le principe¹³², mais qu'elle a toujours appliquées avec modération et discernement. Or l'objet des garanties que Djibouti voudrait obtenir est, ni plus ni moins, que la France s'engage à appliquer de bonne foi la convention d'entraide judiciaire qu'elle a conclue avec Djibouti en 1986. Mais Madame le président, le simple fait qu'elle l'a ratifiée suffit à établir qu'elle s'est engagée à en respecter les dispositions. Une telle demande traduit une dérive inquiétante de la notion de garanties de non-répétitions. En outre, je nourris les doutes les plus sérieux sur le fait que, quand bien même la violation de la convention invoquée par Djibouti serait avérée, du fait de la non-communication du dossier Borrel, cette unique violation — qui ne pourrait résulter que d'une mauvaise application de l'article 2, *litt. c*) — soit de nature à justifier une demande de garanties de non-répétition. Autant que je sache, à cette unique exception près, la France n'a jamais refusé de donner suite à une demande d'entraide judiciaire de Djibouti. En tout état de cause, il me paraît assez absurde que la Cour soit appelée à déclarer dans le dispositif de son arrêt que *pacta sunt servanda* — or c'est ce que la Partie adverse lui demande.

¹³⁰ CR 2008/3, 22 janvier 2008, p. 37, par. 4.10-4.11 (Doualeh).

¹³¹ CR 2008/3, 22 janvier 2008, p. 25-26, par. 26 à 28 (Van den Biesen).

¹³² Cf. *LaGrand (Allemagne c. Etats-Unis d'Amérique)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2001, p. 512-514, par. 123-125.

II. LES CONCLUSIONS DJIBOUTIENNES RELATIVES AUX PRÉTENDUES VIOLATIONS DES IMMUNITÉS D'OFFICIELS DJIBOUTIENS

18. Madame le président, les conclusions 3 à 8 du demandeur entendent tirer les conséquences des prétendues atteintes aux immunités, à l'honneur et à la dignité du président de la République de Djibouti ainsi qu'à la personne, à la liberté et à l'honneur du procureur général et du chef de la sécurité nationale de Djibouti¹³³. Je ne commenterai ces longues demandes que très brièvement, quitte à y revenir mardi prochain si le besoin s'en faisait sentir.

19. Les conclusions n^{os} 3 à 5 concernent les invitations à déposer adressées au président Guelleh. Elles appellent, en style télégraphique, les remarques suivantes :

- 1) même si ni l'une ni l'autre ne porte atteinte à la dignité du chef de l'Etat de Djibouti, il convient de distinguer soigneusement l'invitation ou la «convocation» du 17 mai 2005 (qui n'a pas respecté les formes prescrites par l'article 656 du code français de procédure pénale), d'une part, et celle du 14 février 2007, d'autre part ;
- 2) la première, celle de 2005 a fait l'objet d'excuses de la part des autorités françaises — ce qui, en soi, serait une forme de réparation s'il s'était agi d'un fait internationalement illicite ; en outre cet acte de procédure est, de toute manière, obsolète et il n'y aurait aucun sens à le «déclarer nul et non avenu» — ne fût-ce que parce que, même s'il n'a pas été formellement «retiré», il est, au regard du droit français, nul et non avenu et a été, de toute manière, remplacé par l'invitation à déposer du 14 février 2007 ;
- 3) celle-ci, adressée dans les formes et avec tous les égards requis au président Guelleh n'a porté aucune atteinte à l'honneur ou à la dignité de son destinataire, dont le refus d'y donner suite a mis fin un point final à l'épisode ; j'ajoute que
- 4) la presse de mon pays est libre et, même si l'on peut regretter, peut-être, certains échos médiatiques qui ont été donnés à ces actes de procédure, la responsabilité de la France ne s'en trouve pas engagée, conformément au principe bien établi du droit international selon lequel l'Etat n'est jamais responsable du fait des particuliers.

20. En ce qui concerne les conclusions relatives au procureur de Djibouti (je rappelle qu'à l'époque des faits, il n'était pas encore procureur général), et au chef de la sûreté nationale, nous ne

¹³³ CR 2008/3, p. 36-37 (Doualeh).

contestons pas qu'à l'image de ce que la Cour a décidé dans l'affaire du *Mandat d'arrêt*, elle pourrait estimer que la France aurait l'obligation de «mettre à néant» non pas les convocations en tant que témoins assistés, mais les mandats d'arrêt émis à leur encontre du fait qu'ils n'ont pas répondu à ces convocations. Mais il faudrait pour cela que la Cour constate soit qu'il s'agit de personnes internationalement protégées — ce que la Partie djiboutienne ne semble plus prétendre ; soit que la subornation de témoins dont ils sont, non pas accusés (ils bénéficient pleinement de la présomption d'innocence), mais soupçonnés, relevait de l'exercice de leurs fonctions ; toutefois, comme il est acquis qu'ils ne bénéficient pas des immunités dont ils se prévalent *ès qualités*, cette constatation ne peut être effectuée que par un juge français, sur la base des preuves qui lui seraient apportées.

21. Madame le président, Messieurs les juges, ces considérations rapides mettent fin au premier tour des plaidoiries françaises, puisque, comme je l'ai indiqué au début de la séance, il ne nous a pas semblé indispensable d'utiliser la moitié de l'après-midi qui est encore disponible pour ce premier tour. Je vous remercie des quelques minutes supplémentaires que vous m'avez accordées. Je vous remercie vivement de votre attention et je souhaite à tous un excellent week-end.

Le PRESIDENT : Je vous remercie, Monsieur le professeur Pellet.

La Cour a pris note du fait que le Gouvernement français avait ainsi achevé dès ce matin son premier tour de plaidoiries. La Cour ne tiendra donc pas d'audience cet après-midi, à 15 heures, comme initialement prévu.

Je vais maintenant poser une question à la France, avant de donner la parole à Messieurs les juges Koroma, Simma et Bennouna, ainsi qu'à Monsieur le juge *ad hoc* Guillaume, qui ont également des questions à poser aux Parties.

Voilà ma question. This morning counsel has said that the French Republic has no way of knowing if the letter of 31 May 2005 sent by the Director of Criminal Affairs and Pardons to the Ambassador of Djibouti was ever received.

Does the French Republic keep any record of letters which are sent by it to officials of other States? And if so, could the relevant record be produced to the Court?

Maintenant, je donne la parole à M. le juge Koroma.

Judge Koroma.

Judge KOROMA: Thank you, Madam President. In its Application instituting proceedings, the Republic of Djibouti has requested the Court to adjudge and declare that the French Republic is under legal obligation to execute the international letter rogatory regarding the transmission to the judicial authorities in Djibouti of the record relating to the investigation in the “Case against X for the murder of Bernard Borrel”, and that the French authorities should immediately place the record referred to in the hands of the Djibouti authorities. Could the Republic of Djibouti elaborate further the purpose of the letter rogatory? Thank you.

Le PRESIDENT: Thank you, Judge Koroma. Monsieur le juge Simma, vous avez la parole.

M. le juge SIMMA : Merci, Madame le président. J’aimerais poser la question suivante à la France. Aux termes de l’article 17 de la convention d’entraide judiciaire du 27 septembre 1986 en matière pénale entre Djibouti et la France : «Tout refus d’entraide judiciaire sera motivé.»

Quelle est la pratique de la France s’agissant de l’obligation de motiver un refus de satisfaire à des demandes qui sont fondées sur des dispositions conventionnelles similaires à l’article 3 de ladite convention ? La France pourrait-elle donner à la Cour quelques exemples de sa pratique en matière de motivation de refus ?

La pratique de la France à l’égard de cette obligation s’applique-t-elle de la même manière aux Etats membres et aux Etats non-membres de l’Union européenne ? Merci.

Le PRESIDENT : Je vous remercie. Monsieur le juge Bennouna, vous avez la parole.

M. le juge BENNOUNA : Je vous remercie, Madame le président. Ma question s’adresse à la République de Djibouti et elle se présente comme suit. La République de Djibouti a demandé subsidiairement le 22 janvier 2008 que «la République française doit immédiatement après le prononcé de l’arrêt de la Cour ... transmettre le «dossier Borrel» à la République de Djibouti dans les conditions et modalités déterminées par la Cour» (CR 2008/3, p. 36). La République de

Djibouti peut-elle préciser de quelles conditions selon elle la Cour pourrait assortir cette transmission ? Je vous remercie Madame.

Le PRESIDENT : Je vous remercie. Monsieur Guillaume, vous avez la parole.

M. le juge GUILLAUME : Je vous remercie, Madame le président. Ma question est la suivante. Au paragraphe 146 de son mémoire, la République de Djibouti cite une lettre du juge d'instruction, Mme Sophie Clément, du 11 février 2005. Pourrions-nous avoir copie de cette lettre ? Je vous remercie, Madame le président.

Le PRESIDENT : Merci beaucoup. Le texte de ces questions sera adressé aux Parties par écrit dans les meilleurs délais. La Cour apprécierait que les Parties répondent à ces questions à l'occasion du second tour de plaidoiries.

Ceci met fin à l'audience d'aujourd'hui. Les audiences reprendront le lundi 28 janvier à 10 heures pour entendre la République de Djibouti en son second tour de plaidoiries. Djibouti présentera ses conclusions finales à l'issue de l'audience. Je rappelle que la République française prendra pour sa part la parole le mardi 29 janvier, à 15 heures, pour son second tour de plaidoiries. A l'issue de l'audience, la France présentera à son tour les conclusions finales. Chacune des Parties disposera d'une séance de trois heures.

Je rappellerai que ce second tour de plaidoiries a pour objet de permettre à chacune des Parties de répondre aux arguments avancés oralement par l'autre Partie. Le second tour ne doit donc pas constituer une répétition des présentations déjà faites par les Parties, qui ne sont au demeurant pas tenues d'utiliser l'intégralité du temps qui leur est alloué.

Je vous remercie beaucoup et la séance est levée.

L'audience est levée à 13 h 15.
