

CR 2008/6

**Cour internationale
de Justice**

LA HAYE

**International Court
of Justice**

THE HAGUE

ANNÉE 2008

Audience publique

tenue le lundi 28 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 Monday 28 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
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
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, M. le juge Shi ne se sent pas très bien aujourd'hui ; il ne pourra être présent sur le siège ce matin. La Cour se réunit aujourd'hui pour entendre le second tour de plaidoiries de la République de Djibouti. Djibouti aura la parole ce matin jusqu'à 13 heures. Je donne maintenant la parole à Monsieur le professeur Condorelli.

M. CONDORELLI :

LA COMPÉTENCE DE LA COUR

1. Madame le président, Messieurs les juges, le débat qui a eu lieu lors du premier tour de plaidoiries orales a permis à la Cour de constater que des divergences importantes subsistent et persistent entre les Parties quant à l'étendue de la compétence de la Cour dans la présente affaire. En revanche, il est aisé de relever qu'il n'y a pas de réelles divergences, je dirais même qu'il n'y a visiblement aucune divergence, quant aux principes dont il faut s'inspirer pour résoudre les problèmes qui se posent en l'espèce. Je mettrai l'accent, Madame le président sur trois principes essentiels régissant la compétence de la Cour de céans avant de mettre en relief, tour à tour, les termes de la requête de la République de Djibouti et les termes de la lettre d'acceptation de la juridiction de la Cour émise par la République française aux fins de la détermination de la compétence *ratione materiae* de la Cour. Je terminerai sur quelques observations relatives à la compétence *ratione temporis* de la Cour en l'espèce.

1. Les principes régissant la compétence de la Cour en l'espèce

2. Le premier principe, indiscutable et non disputé entre les Parties, est celui du «consensualisme». Ce dernier part du postulat selon lequel «la Cour n'a de juridiction à l'égard des Etats que dans la mesure où ceux-ci y ont consenti» (*Activités armées sur le territoire du Congo (nouvelle requête : 2002) (République démocratique du Congo c. Rwanda), compétence et recevabilité, arrêt, C.I.J. Recueil 2006, par. 65*) ou pour reprendre le célèbre *dictum* de la Cour permanente de Justice internationale, du postulat selon lequel «la juridiction n'existe que dans les termes où elle a été acceptée» (*Phosphates du Maroc, arrêt, 1938, C.P.J.I. série A/B n° 74, p. 23*).

3. Le second est qu'en cas de consentement des Etats résultant d'actes séparés et successifs il s'agit pour la Cour de comprendre dans quelle mesure se dégage un réel consentement de ces actes distincts formulés en des termes différents, c'est-à-dire «un accord sur un objet unique et précis identifiant avec exactitude la sphère de compétence de votre haute juridiction»¹. Je viens de citer là l'opinion parfaitement concordante des Parties, étant donné que cette formule, que j'avais utilisée lundi dernier, a plu au plaideur de la Partie adverse, qui l'a explicitement reprise à son compte (ce dont je le remercie).

4. Le troisième principe, voire plutôt la troisième série de principes sur lesquels les deux Parties convergent remarquablement, concerne la méthode à utiliser pour interpréter ces actes séparés et successifs. A cet égard, il faut déceler dans chacune des deux déclarations, l'«intention de l'Etat déclarant», et ce, en analysant chacune d'entre elles «comme un tout» et en interprétant les termes effectivement utilisés «d'une manière naturelle et raisonnable» ou pour paraphraser M. Pellet «conformément au sens naturel et ordinaire des mots»² sans «se fonder sur une interprétation purement grammaticale du texte».

5. De ces principes découle une conséquence logique et naturelle : pour comprendre dans quelle mesure les deux Parties ont consenti à la juridiction de la Cour en l'espèce, il faut vérifier si la mesure de cette juridiction telle que souhaitée par Djibouti, Etat auteur de la requête du 9 janvier 2006, a été acceptée ou non par la France au moyen de sa lettre du 25 juillet 2006. Il est certain comme le dit très exactement le professeur Pellet, que «ce n'est que dans la mesure où ces deux volontés se rencontrent que la Cour peut exercer sa juridiction»³.

6. Or, il est inévitable que, pour savoir si ces deux volontés se rencontrent, il faut de prime abord analyser la requête du demandeur afin de définir et de déterminer les demandes que Djibouti a souhaité soumettre à la Cour. Une telle prémisse se dégage de la jurisprudence constante de votre Cour en vertu de laquelle «[i]l ne fait pas de doute qu'il revient *au demandeur*, dans sa requête, de [lui] présenter ... le différend dont il entend la saisir et d'exposer les demandes qu'il lui soumet» (*Compétence en matière de pêcheries (Espagne c. Canada), compétence de la Cour, arrêt*,

¹ CR 2008/4, p. 33, par. 20 (Pellet).

² CR 2008/4, p. 34, par. 24 (Pellet).

³ CR 2008/4, p. 34, par. 23 (Pellet).

C.I.J. Recueil 1998, p. 447, par. 29. Voir également, *Différend territorial et maritime entre le Nicaragua et le Honduras dans la mer des Caraïbes (Nicaragua c. Honduras)*, arrêt du 8 octobre 2007, par. 108 ; les italiques sont de nous.) Une fois la requête analysée, il faut ensuite décrypter la déclaration du défendeur pour étudier si la République française y a adhéré, ou si elle a par contre voulu limiter la portée de son acceptation. Aussi, quand le professeur Pellet suggère que «ce n'est pas tellement l'intention de l'Etat demandeur ... qui importe, que le consentement du défendeur»⁴, force est de constater qu'il s'exprime de manière quelque peu approximative. En effet, l'on ne saurait prétendre que le consentement du demandeur pourrait être identifié sans avoir préalablement déterminé sur quoi il s'agissait de consentir, ou de ne pas consentir, ou de consentir de façon partielle. De même, quand le professeur Pellet met l'accent sur l'idée que «c'est l'acceptation [du défendeur] qui constitue le fondement de la compétence de la Cour»⁵, il s'exprime clairement de façon raccourcie, puisque pour savoir si le défendeur a accepté ou non quelque chose il faut bien comprendre en quoi consiste ce «quelque chose» !

2. Les termes de la requête de la République de Djibouti

7. On revient alors inévitablement à la question de déterminer avant tout quelle est l'étendue de la requête de Djibouti quant à l'objet du différend et aux demandes que le demandeur a souhaité soumettre à la Cour aux fins de règlement. Or, il serait inutile et même incorrect que je répète maintenant à la Cour ce que j'avais analytiquement exposé au premier tour et dont les plaideurs de la Partie adverse n'ont su d'aucune façon démontrer le caractère fallacieux. Je me limiterai donc à quelques observations visant à mettre en lumière, *primo*, l'esprit de partialité qui continue de vicier l'analyse de la requête de Djibouti que le défendeur propose à la Cour et ; *secundo*, les admissions importantes que l'on peut tout de même déceler dans les plaidoiries de l'agent de la République française et du professeur Pellet.

8. En ce qui concerne son esprit de partialité, j'aimerais attirer l'attention de la Cour sur l'étonnante manière de procéder du défendeur, qui — a-t-on envie de dire — ferme souvent les yeux et refuse tout simplement de lire ce qui est écrit dans la requête. Il préfère s'arrêter, en effet,

⁴ CR 2008/4, p. 33, par. 22 (Pellet).

⁵ *Ibid.*

aux lignes qui figurent sous la rubrique «Objet du différend» et prétend isoler ces lignes, voire les opposer à tout le restant du document, alors que (votre Cour nous l'enseigne) celui-ci doit être analysé comme un tout en recherchant la volonté de son auteur telle qu'exprimée de façon claire par les termes utilisés. Plusieurs éléments forment l'ossature d'une requête et non le seul élément apparaissant sous le titre «Objet du différend», comme tente de l'alléguer la République française. Si l'article 38, paragraphe 1, de votre Règlement exige que la requête indique «la partie requérante, l'Etat contre lequel la demande est formée et l'objet du différend», le paragraphe 2 du même article ajoute que la requête doit aussi indiquer «la nature précise de la demande» et contenir «un exposé succinct des faits et moyens sur lesquels cette demande repose». L'importance de cette dernière disposition, et en particulier de l'indication de «la nature précise de la demande» a été plusieurs fois soulignée par cette Cour, qui a qualifié le paragraphe 2 de l'article 38 du Règlement, ainsi que le paragraphe 1 de l'article 40 du Statut, comme dispositions «essentielles au regard de la sécurité juridique et de la bonne administration de la justice» (*Différend territorial et maritime entre le Nicaragua et le Honduras dans la mer des Caraïbes (Nicaragua c. Honduras)*, arrêt du 8 octobre 2007, par. 108)⁶. Partant, pour appréhender le contenu d'une requête, il est nécessaire de prendre en considération *cumulativement* et *concomitamment* toutes les composantes de ladite requête. Tant l'«objet du différend» que les demandes inscrits dans une requête sont à même de déterminer et de délimiter le champ de la juridiction qu'a voulu conférer le demandeur à la Cour. Ce sont donc tous les éléments de la requête *dans leur ensemble* qui concourent à former l'objet de la requête introduite le 4 janvier 2006 par la République de Djibouti.

9. Ainsi, sous la rubrique «Nature de la demande», au paragraphe 4, la requête prie bien explicitement la Cour sous les points *e)* et *f)* de dire et juger que la France a l'obligation de respecter les immunités des hauts responsables djiboutiens ; puis, sous la rubrique «Exposé des moyens sur lesquels repose la demande», la requête dresse une liste des demandes soumises à la Cour et, pour chacune d'elles, indique les moyens sur lesquels elles reposent. Madame le président, Messieurs de la Cour, comment peut-on faire semblant de ne pas voir que parmi ces

⁶ Voir en ce sens, *Certaines terres à phosphates à Nauru (Nauru c. Australie), exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1992*, p. 267, par. 69 ; *Compétence en matière de pêcheries (Espagne c. Canada), compétence de la Cour, arrêt, C.I.J. Recueil 1998*, p. 447, par. 29 ; *Administration du prince von Pless, ordonnance du 4 février 1933, C.P.J.I. série A/B n° 52*, p. 14 ; *Société commerciale de Belgique, arrêt, 1939, C.P.J.I. série A/B n° 78*, p. 173.

demandes figure bel et bien au paragraphe 16 de la requête celle «qui concerne la violation de l'obligation découlant des principes établis du droit international général et coutumier de prévenir les atteintes à la personne, la liberté ou la dignité d'une personne jouissant d'une protection internationale»? Madame le président, heureusement la cécité partielle qui a saisi le défendeur n'est pas contagieuse. La Cour quant à elle n'aura aucune difficulté à prendre connaissance de la requête de Djibouti dans son entier et à déceler l'intention clairement exprimée qui a présidé à la formulation de cet instrument.

10. Il faut signaler que cette cécité partielle est intermittente et qu'au détour de certaines phrases les plaideurs de la Partie adverse finissent par admettre ce qui relève — comme je l'ai à peine indiqué — de l'évidence même. Ainsi, le professeur Pellet, en commentant un passage de ma plaidoirie d'il y a une semaine dans laquelle j'exposais à la Cour que «l'intention inscrite dans la requête est indiscutablement celle de soumettre à la Cour un différend se décomposant en plusieurs demandes, et donc plus large que la seule question de la violation par la France de ses obligations en matière d'entraide judiciaire»⁷, le professeur Pellet, disais-je, admet sur un ton certes dubitatif mais qu'il vaut la peine de souligner : «Telle était peut-être l'intention de Djibouti»⁸ tout en s'empressant d'ajouter que celle de la France aurait été en revanche de limiter la portée de son acceptation⁹. Je reviendrai sous peu sur cet aspect relatif à la vraie intention du défendeur à l'aune du sens ordinaire des termes inclus dans sa lettre d'acceptation de la compétence de la Cour en vertu de l'article 38, paragraphe 5, du Règlement de la Cour.

11. Madame le président, certainement plus importante, voire décisive, est en revanche l'admission qu'on peut lire à deux reprises (et sans ton dubitatif cette fois-ci) dans le propos de l'agent de la France de jeudi dernier. Mme Belliard, en effet, conteste bien sûr et de façon récurrente l'existence d'un lien suffisant entre les demandes de Djibouti relatives aux immunités et celles concernant la commission rogatoire internationale relative au dossier Borrel, mais ne conteste point que les conclusions du demandeur relatives aux immunités sont bien «étayées» — c'est le mot qu'elle utilise dans la requête —, quoique — elle dit aussitôt pour commencer — «à

⁷ CR 2008/1, p. 27, par.16 (Condorelli).

⁸ CR 2008/4, p. 34, par. 23 (Pellet).

⁹ *Ibid.*

peine»¹⁰. Plus loin, cependant, elle se lance dans une admission beaucoup plus nette, absolument claire et dépourvue de toute réserve : «certaines des demandes relatives aux atteintes aux immunités du président de la République de Djibouti et d'autres personnalités officielles *figurent incontestablement dans la requête*», souligne l'agent de la France¹¹, tout en émettant aussitôt le *caveat* habituel concernant l'absence de tout lien avec la question de l'entraide judiciaire.

12. Madame le président, Messieurs les juges, vous voudrez — la République de Djibouti en est certaine — prendre dûment note de cette admission explicite et inconditionnelle du défendeur. Ce que la France admet par la bouche même de son agent relève pour le demandeur de l'évidence, ainsi que je l'ai dit et répété, mais apparaissait contesté par le défendeur. Cette contestation n'est plus recevable désormais. La Cour est donc priée de vouloir baser sa décision, quant à l'étendue de sa compétence *ratione materiae* dans la présente affaire, sur ce que la France a publiquement déclaré devant elle et — bien sûr — devant le demandeur aussi. Je répète la teneur de cette déclaration : «certaines des demandes relatives aux atteintes aux immunités du président de la République et d'autres personnalités officielles figurent incontestablement dans la requête».

3. Les termes de la lettre d'acceptation de la compétence de la Cour en vertu de l'article 38, paragraphe 5, du Règlement de la Cour

13. A la lumière de cette nouvelle mise au clair d'une reconnaissance qui se dégageait déjà du dossier (quoique moins explicitement sans doute, ainsi que je l'avais relevé la semaine dernière)¹², je peux être plus rapide sur la question de savoir quelle signification doit être accordée à la lettre du ministre des affaires étrangères français acceptant *in casu* la compétence de la Cour, sous l'aspect de l'étendue *ratione materiae* de celle-ci. Permettez-moi d'attirer encore une fois votre attention sur la teneur de cette déclaration — qui figure d'ailleurs dans le dossier d'aujourd'hui aussi — dont les mots, comme le professeur Pellet l'a souligné, ont été «soigneusement pesés»¹³. Cette déclaration fait état *expressis verbis* de l'acceptation par la France

¹⁰ CR 2008/4, p. 19, par. 36 (Belliard).

¹¹ CR 2008/4, p. 20, par. 37 (Belliard) ; les italiques sont de nous.

¹² CR 2008/1, p. 28, par. 19 (Condorelli).

¹³ CR 2008/4, p. 34, par. 24 (Pellet).

de la compétence de la Cour «pour le différend qui fait l'objet de la requête et dans les strictes limites des demandes formulées dans celle-ci par la République de Djibouti».

14. La lettre d'acceptation de la République française ne s'y trompe pas et recourt à l'expression «objet de la requête» et non à l'expression «objet du différend» ! Ce sont là deux expressions qui ne sont pas interchangeables et encore moins synonymes. L'«objet de la requête» renvoie à tous les éléments constitutifs de la requête. Le sens naturel et ordinaire de l'expression «objet de la requête» requiert de prendre en considération tous les aspects de la requête aux fins de la détermination du champ de la compétence *ratione materiae* de la Cour de céans. Nous ne le rappellerons jamais assez, la jurisprudence de la Cour — jurisprudence dont se prévaut également la France¹⁴ — enseigne qu'une déclaration par laquelle un Etat accepte la juridiction de la Cour «doit être interprétée telle qu'elle se présente, en tenant compte des mots effectivement employés» (*Anglo-Iranian Oil Co. (Royaume-Uni c. Iran), exception préliminaire, arrêt, C.I.J. Recueil 1952, p. 105 ; Compétence en matière de pêcheries (Espagne c. Canada), compétence de la Cour, arrêt, C.I.J. Recueil 1998, p. 454, par. 47*).

15. L'acceptation de la France ne se réfère donc pas de façon limitative à ce qui figure dans la requête sous la rubrique «objet du différend». Elle se réfère — il faut le souligner à nouveau — au «différend qui fait l'objet de la requête», autrement dit à la totalité de ce différend tel qu'il est identifié dans la requête, mais bien entendu «dans les strictes limites des demandes formulées dans celle-ci par la République de Djibouti». Or, à la lumière des déclarations de Mme Belliard sur lesquelles j'ai attiré l'attention de la Cour, la France ne saurait revenir sur ce qu'elle a officiellement admis, à savoir que des «demandes relatives aux atteintes aux immunités du président de la République et d'autres personnalités officielles figurent incontestablement dans la requête»¹⁵. Il est dès lors indéniable qu'elles sont couvertes également par l'acceptation de la France en date du 26 juillet 2006 et que, partant, la Cour est pleinement compétente à les régler.

16. Qu'il me soit permis, Madame le président, de faire maintenant quelques observations sur le fait que le mémoire de la République de Djibouti aurait modifié l'objet de sa requête. Le professeur Pellet s'est livré à un brillant exercice de gymnastique sémantique et lexicologique

¹⁴ CR 2008/4, p. 33, par. 20 (Pellet).

¹⁵ CR 2008/4, p. 20, par. 37 (Belliard).

visant à démontrer que certains mots introduits dans le mémoire auraient eu pour effet de modifier substantiellement l'objet du différend et les demandes de la République de Djibouti¹⁶; toutefois, il a oublié de tenir compte de deux facteurs cruciaux. D'une part, il est évident qu'il ne s'agit pas de «modifications» de l'objet de la requête mais de «précisions» et de compléments apportés aux demandes contenues dans la requête, ce qu'il est parfaitement admis de faire, comme le confirme la jurisprudence. Pour illustration, dans l'affaire des *Phosphates du Maroc*, la Cour a estimé que «les précisions qui ont été apportées au cours de la procédure écrite et de la procédure orale lui permettent de se former une idée suffisamment claire de l'objet de la demande contenue dans la requête» (*Phosphates du Maroc, arrêt, 1938, C.P.I.J. série A/B n° 74, p. 21*). D'autre part, dans la mesure où cela ne constitue pas un abus de droit, la République de Djibouti est tout à fait en droit de préciser et de compléter sa requête ainsi qu'elle s'en est réservée le droit et ce, conformément à la pratique constante et acceptée des Etats devant la Cour¹⁷.

17. Madame le président, Messieurs les juges, à la lumière de tous les éléments que je viens d'évoquer, aucun argument tendant à exclure la compétence *ratione materiae* de la Cour sur certains pans entiers du différend entre la République de Djibouti et la République française n'est raisonnable en l'espèce. Cela vaut également pour la compétence *ratione temporis* de la Cour sur laquelle je ferai de brèves remarques.

4. Observations sur la compétence *ratione temporis* de la Cour en l'espèce

18. La République française, par la voix de ses conseils, confirme sa tentative d'exclure de la compétence de la Cour la question des mandats d'arrêt émis à l'encontre du procureur général de la République de Djibouti et du chef de la sécurité nationale de la République de Djibouti en date du 27 septembre 2006 ainsi que celle de l'invitation à déposer adressée au président de la République de Djibouti en date du 14 février 2007, au motif que ceux-ci seraient des actes postérieurs à la requête non couverts par le consentement donné par la République française¹⁸. En particulier, le professeur Pellet cite à l'appui de l'argumentation française la jurisprudence de la

¹⁶ CR 2008/4, p. 30, par. 14-17.

¹⁷ Voir par exemple, *Différend territorial et maritime entre le Nicaragua et le Honduras dans la mer des Caraïbes (Nicaragua c. Honduras)*, arrêt du 8 octobre 2007, par. 104.

¹⁸ CR 2008/4, p. 39, par. 34 (Pellet).

Cour permanente internationale de Justice dans l'affaire des *Phosphates du Maroc*¹⁹. Mais à vrai dire cette affaire n'est pas pertinente ici, pour ce qui est de la compétence *ratione temporis* de la Cour. En effet, ainsi que l'admet d'ailleurs discrètement M. Pellet, l'affaire citée portait essentiellement sur la question des faits antérieurs à l'acceptation de la juridiction de la Cour et de leur relation avec les faits ou situations postérieurs à ladite acceptation. Par ailleurs, même à admettre que cette affaire soit un tant soit peu transposable dans le présent différend, il convient de constater au demeurant que la France en fait une analyse incomplète. En effet, la République française s'y réfère comme une affaire illustrant le rejet *en absolu* de la compétence de la Cour pour les faits postérieurs. Or, au contraire, la Cour permanente internationale de Justice avait bien noté que «l'antériorité ou la postériorité d'une situation ou d'un fait par rapport à une certaine date est une *question d'espèce*, tout comme constitue une question d'espèce le point de savoir quels sont les situations ou les faits au sujet desquels s'est élevé le différend» (*Phosphates du Maroc, arrêt, 1938, C.P.I.J. série A/B n° 74, p. 24* ; les italiques sont de nous).

19. Madame le président, l'affaire des *Phosphates du Maroc* est donc bien moins pertinente aux fins du présent différend que l'affaire que j'ai déjà mentionnée lors de ma plaidoirie de lundi dernier, à savoir l'affaire de la *Compétence en matière de pêcheries*. Les questions qui avaient été soulevées dans cette affaire présentent des analogies avec le présent différend entre Djibouti et la France. En effet, ainsi que je l'ai déjà relevé, il ne fait pas de doute que les faits postérieurs à la requête de Djibouti dont il est question dans son mémoire sont des faits «découlant directement de la question qui fait l'objet de cette requête» (*Compétence en matière de pêcheries (République fédérale d'Allemagne c. Islande), fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1974, p. 203, par. 72*). Il s'agit, en effet, de nouvelles violations qui sont liées aux atteintes aux immunités de personnes jouissant d'une protection internationale et auxquelles fait référence la requête de la République de Djibouti à titre de demandes soumises à la Cour. Les faits postérieurs pour lesquels la France conteste la compétence de la Cour sont en rapport étroit avec les faits d'atteintes aux immunités décrits dans la requête : ils donnent lieu dans leur ensemble à un seul fait illicite continu. C'est parce que la

¹⁹ CR 2008/4, p. 40, par. 36 (Pellet).

situation contraire au droit international s'est prolongée après le dépôt de la requête que les faits postérieurs y afférents tombent sous la compétence *ratione temporis* de la Cour²⁰.

20. Madame le président, Messieurs les juges, ce que la République de Djibouti vous demande en conclusion est de donner plein effet à la requête, pour ce qui est de son objet et des demandes qui y sont formulées, ainsi qu'à la lettre d'acceptation par la France qui se réfère expressément à cet objet et à ces demandes. Rien de plus. Je profite d'ailleurs de l'occasion pour exprimer mes réserves sur l'étrange prophétie avancée par le professeur Pellet, selon laquelle le futur de l'article 38, paragraphe 5, du Règlement de la Cour serait menacé²¹ et sur le fait que ladite disposition perdrait de son «attractivité» pour citer l'agent de la République française²², si la Cour exerçait une compétence pleine dans la présente affaire. Il est difficile de partager de telles craintes, Madame le président. Le consentement à la juridiction dans le cadre de l'article 38, paragraphe 5, du Règlement de la Cour est donné par un Etat à l'aune de la requête introduite par l'Etat demandeur. Libre à l'Etat qui donne son consentement d'en limiter les effets ; seulement, cette limitation doit se faire en termes exprès et clairs. Dans le présent différend, la lettre d'acceptation de la République française mentionne bien, en des termes assurément pesés avec grand soin, «le différend qui fait l'objet de la requête» et les «demandes» qui y figurent et exprime le consentement de la France à leur sujet. On ne comprend pas alors pourquoi la prise en compte du consentement des Etats concernés (et de ce consentement seulement) devrait faire peser de sombres menaces sur l'avenir de l'article 38, paragraphe 5, du Règlement de la Cour.

21. Je vous remercie, Madame le président, Messieurs les juges, pour votre attention et je vous prie de bien vouloir donner la parole à M^e van den Biesen.

Le PRESIDENT : Je vous remercie, Monsieur le professeur Condorelli. Et maintenant, Maître van den Biesen, vous avez la parole.

²⁰ Voir position similaire du Gouvernement italien dans *Phosphates du Maroc, arrêt, 1938, C.P.I.J. série A/B n° 74*, p. 24.

²¹ CR 2008/4, p. 27, par. 5 (Pellet).

²² CR 2008/4, p. 19, par. 35 (Belliard).

Mr. van den BIESEN:

**INFRINGEMENT OF THE IMMUNITY, HONOUR AND DIGNITY OF
THE APPLICANT'S PRESIDENT**

Introductory remarks

1. Madam President, Members of the Court, Professor Pellet has left no doubt that the French Republic fully recognizes the absolute immunity and inviolability of Heads of State under international law²³. He added that the Respondent also shares the position embodied in the resolution of the Institut de droit international, adopted at its conference of 2001, held in Vancouver²⁴. So, in this — important — respect, the two Parties fully agree.

2. The two Parties also fully agree with respect to the voluntary character of the procedure laid down in Article 656 of the French Code of Criminal Procedure²⁵.

3. So, if it would be established that any of the two “summons”, as the Respondent calls them in its Counter-Memorial²⁶, is not an invitation under Article 656, but rather a convocation under Article 101 of the French Code of Criminal Procedure²⁷, the Parties may even turn out to be in agreement that, for that particular summons, the Respondent would, indeed, have infringed the immunity, the honour and the dignity of Djibouti's Head of State.

4. The first summons, dated 17 May 2005, certainly has the looks of an Article 101 convocation, it certainly has the language of an Article 101 convocation and it certainly has the substance of an Article 101 convocation, however, the Respondent claims that it is not an Article 101 convocation.

5. The second summons certainly developed into having the looks, the language and the substance of an Article 656 invitation, but it had a peculiar, brief, prehistory, which has brought the Applicant to the position, that also this second time around, 14 February 2007, we, again, need to speak in terms of another Article 101 convocation.

²³CR 2008/5, p. 25, para. 8.

²⁴CR 2008/5, p. 25, para. 9.

²⁵CMF, Ann. XXVIII.

²⁶CMF, paras. 4.8, 4.16.

²⁷CMF, Ann. XXV.

6. I will now discuss, Madam President, the Respondent's position with respect to each one of these summonses.

The *convocation à témoin* of 17 May 2005

7. In our first round we have stipulated that we accept the explanation provided by the Respondent relating to the difference between "*témoin*" and "*témoin assisté*". We also agreed, that the convocation sent to the Applicant's President on 17 May 2005 relates to the position as "*témoin*"²⁸.

8. Article 101 of the French Code of Criminal Procedure provides for certain characteristics of the "*convocation à témoin*":

- (a) the sender is the judge of instruction;
- (b) the title is "*citation*" or "*convocation*";
- (c) the actual goal is to have the convoked person appear in person before the judge of instruction, to be heard by the same;
- (d) the purpose is to obtain an oral statement, to be given to the judge of instruction, which obviously will be put on paper after it has been made;
- (e) the Article 101 procedure is, according to paragraph 3 of Article 101, secured under the threat of public force under Article 109.

These elements all return in the actual *convocation à témoin*, which was sent — by telefax — to the Applicant's President on 17 May 2005, and also in the two other convocations which are available in the current file²⁹. In itself, this is not surprising at all, since the French judges of instruction do use a template for this procedural act.

9. There can be no doubt that the *convocation* sent to Madam Foix is an Article 101 convocation. There can be no doubt, either, that the *convocation à témoin* sent to Djibouti's Ambassador on 21 December 2004 is an Article 101 convocation. We have put all of the convocations in the judges' folder, under the tab of the earlier session of the afternoon of 21 January 2008. In the letter holding apologies, sent to the Ambassador of Djibouti by the

²⁸See also, CR 2008/1, p. 37, para. 13.

²⁹MD, Ann. 25; Additional Documents of 21 November 2007, Ann. 7.

French *Chef du protocole*, dated 14 January 2005, it is confirmed in so many words to the Ambassador, on behalf of the French authorities that he, legitimately — “*légitimement*” — under the 1961 Convention of Vienna had refused to respond to this convocation.

10. The Respondent now is trying to make the Court believe that the convocation sent to the Applicant’s President should be seen otherwise and that the form was wrong, but that the substance was in accordance with the voluntary procedure laid down in Article 656 of the French Code of Criminal Procedure³⁰. However, the characteristics of the Article 656 procedure are entirely different from those of Article 101:

- (a) the sender is not the judge of instruction, but the Ministry of Foreign Affairs;
- (b) there is no heading stating *convocation* or *citation*, since it is clearly and literally an *invitation*;
- (c) the actual goal is not to have the invited person appear in person before the judge of instruction;
- (d) the purpose is not for the invited person to be heard, but the purpose is to obtain a written statement;
- (e) the written statement is not to be received by the judge of instruction, but by the President of the Court of Appeal;
- (f) the entire procedure is based on voluntary co-operation.

11. In order to try and transform the *convocation à témoin* sent to the Applicant’s President into — as to its substance — a simple *invitation*, the Respondent puts a lot of stress on the verb *inviter* used in the very first sentence of the *convocation à témoin*. The fact that the judge of instruction uses this language is, however, a matter of courtesy included in the template utilized for *all* convocations under Article 101. I refer the Court to the language used, since it is the very same language, in the convocation sent to Madam Foix. We should keep in mind, Madam President, that using the word *inviter* in these convocations is, indeed, a friendly way of speaking, but that, at the same time, non-acceptance of this *invitation* is punishable; it is punishable under French criminal law and it may lead to the use of public force. So, pointing to the language used in the opening sentence of the convocation, as it was sent to the President, is not exactly proof of the voluntary nature of this undertaking.

³⁰CR 2008/5, p. 32, para. 24; p. 33, para. 17; p. 34, para. 29 (Pellet).

12. The fact that the *convocations*, which were sent to the Ambassador respectively the President did not contain the *avertissement* referring the addressee to Article 109, does not suspend Article 109. The French Code of Criminal Procedure just does not provide a judge of instruction with the authority to suspend the law, i.e., to suspend Article 109. In fact, the connection, the junction, between Articles 101 and 109 is stipulated in the third paragraph of Article 101. This connection was precisely the reason for the French *chef du protocole* to confirm to the Ambassador that he had *legitimately* refused to respond to the convocation, given, as the *chef du protocole* stated, the protection he enjoys under the Vienna Convention on Diplomatic Relations of 18 April 1961. The *chef du protocole*, in his letter of 14 January 2005, explicitly referred to Article 31, paragraph 2, of that Convention, which provides: “A diplomatic agent is not obliged to give evidence.”³¹ Thus, the *chef du protocole* confirms what had been clear all along: the convocation sent to the Ambassador, indeed, was the convocation under Article 101, even so, while the letter did not contain the *avertissement* pointing to Article 109. I just assume, Madam President, that the Respondent will not now embark on a pleading that its *chef du protocole* did not have a proper understanding of the relevant French legislation.

13. Professor Pellet expressed some surprise by our making reference to the judgment of the *cour de cassation*³², in which the *cour de cassation* judged that President Chirac could not lawfully be invited to present himself before a judge of instruction. I referred to this judgment for two reasons, the first one being the most important one. I did so to demonstrate and to put beyond any doubt that, indeed, under French law the connection between Article 101 and Article 109, which authorizes the use of public force is such that for reasons of immunity the Article 101 procedure could not be lawfully used against the French President. If there could have been any doubt about this connection between these two provisions, this judgment provides for a final clarification of the issue. Having established this connection is in itself sufficient to enable us to conclude that for this very reason, the Article 101 convocation may not be used to obtain the testimony of a foreign Head of State either, given the direct linkage to the possible use of public force. The rules laid down in

³¹Vienna Convention on Diplomatic Relations, 500 *United Nations Treaty Series (UNTS)*, 95, entered into force on 24 April 1964.

³²No. 01-84-912, 10 Oct. 2001, *Bulletin Criminel 2001*, No. 206, p. 660.

the 1961 Vienna Convention — the Parties do not disagree about the fact that, *a fortiori*, those rules apply to a Head of State. The second reason for me to refer to this judgment was that Professor Cosnard, in his analysis of this judgment, concluded, that the reasons given by the *cour de cassation* would also apply on a foreign Head of State, would he or she have been convoked under Article 101.

14. For all of these reasons, there can be no doubt, whatsoever, that we are, here, not discussing some error as to the form used by the judge of instruction, but rather a procedure initiated by the judge of instruction, the use of which constitutes, given its characteristics, most importantly the linkage to enforcement by public force, a major violation of the immunity, the honour and the dignity of the President of Djibouti: a violation, which entails the international responsibility of the French Republic.

15. The Respondent has also stated that the issue would be moot since — according to French law — the convocation would be null and void anyway and because of the fact that the Respondent would have offered apologies through a statement to the press³³.

16. The Applicant observes that the violation has been committed and that this does not change if — in hindsight — the convocation should be considered as null and void according to French law. Besides that, even if this would be the case according to French law — the Respondent has not elaborated on that — this would not change the unlawfulness of the infringement under international law. It may not be expected from any foreign Head of State to undertake a study of French law after he or she receives a convocation to appear, as a witness, in person, at the office of one judge of instruction to be heard as a witness in a criminal procedure.

17. Also, there is no basis to the Respondent's having apologized for these infringements at all. In the first place, because the apologies to which Professor Pellet referred would only have constituted apologies with respect to the form of the convocation, not to the substance of the violation. Apart from that, the Applicant has not been able to find *any* apology in the words of the spokesperson of the Ministry of Foreign Affairs, as quoted by French radio RFI³⁴, nor in the

³³CR 2008/5, pp. 35-37, paras. 34-36 ; p. 61, para. 19 (Pellet).

³⁴CMF, Ann. XXIX.

declaration of the spokesperson dated 19 May 2005³⁵, while, according to counsel to the Respondent, these would have been the carriers of the apologies.

18. As pointed out in our first round, apologies fitting for this infringement on the immunity, the honour and the dignity of the Applicant's President should have been at a minimum, similar to the apologies, which the Respondent — rightly so — offered to Djibouti's Ambassador³⁶.

19. For these reasons, we must conclude that there is not any basis in fact or in law to now pretend that this issue should be declared moot.

20. Given the foregoing, there is no need to go into any further detail with respect to the conclusions drawn by Professor Pellet regarding the first summons³⁷, but do allow me, Madam President, to, at this point, use the qualification which seems to have become Professor Pellet's most favourite one in the course of the current pleadings: in our view the conclusions drawn by counsel to the Respondent seem to be, to put it mildly, somewhat *artificial* if compared to the position expressed by the Respondent's authorities with respect to this *convocation à témoin* sent to the Ambassador of Djibouti, which convocation was entirely identical to the one sent to Djibouti's President on 17 May 2005. At the same time, there is really *nothing* artificial to this letter of apology, holding the position of the Respondent, sent by the Respondent's *chef de protocole* on 14 January 2005, which clearly recognizes the unlawfulness, under international law, of the sending of the *convocation à témoin* and, in that case, the Respondent did not have recourse to its spokesperson being interviewed by the French radio, but provided for unconditional, substantive and extensive apologies.

Summons of 14 February 2007

21. As we have stated in our first round, the follow-up to the events of 14 February 2007, including the letter sent by Judge Clément on the same date, which letter was, so it appeared eventually, three times annexed to the Counter-Memorial, developed into an Article 656

³⁵CMF, Ann. XXX.

³⁶MD, Ann. 27.

³⁷CR 2008/5, pp. 35-36, paras. 33-35.

procedure³⁸. The peculiar, brief history to this procedure, which we provided during our first round of oral pleadings, did not lead the Respondent to expressing itself on the issues raised.

22. We know, Madam President, that the Respondent takes the position that the first convocation, the one of 17 May 2005, is much ado about nothing. But it is not the perception of the Respondent that counts here, but rather the perception of the addressee of the faxed convocation. A proper assessment of this perception of the addressee may be reached if we would replace Djibouti's Head of State by the President of any other State, be it small or be it the biggest in the world. In any event, from this particular perspective, as entertained by the Respondent, it may be understandable that the Respondent does not bother to discuss the events of 14 February 2007.

23. However, the Applicant takes a contrary position and has qualified — for good reasons — the infringements on the immunity, the honour and the dignity of its President, constituted by the convocation of 2005, as unlawful under international customary law and it is in *this* perspective that the Applicant evaluates the second effort of the French judiciary to, again, try and involve the Applicant's President, as a witness, in the Borrel investigation.

24. Based on the chronology of the events of 14 February 2007 and based on the substance of these events, the Applicant only succeeded to give sense to these events by assuming that there must have been a renewed *convocation à témoin*, issued by the judge of instruction around noon or shortly after noon on 14 February 2007. The Respondent now states that the current file does not contain *any trace* of this convocation³⁹. Well, during the pleadings of 21 January 2008 we provided five or six traces, while the Respondent now has added an additional one during the pleading of 25 January. We have pointed out that the Respondent in its Counter-Memorial talked about two summonses to begin with⁴⁰. We produced three press clippings published early in the afternoon of 14 February 2007, which all — each of them in different wording — referred to a renewed *convocation à témoin* having been issued by the judge of instruction, while they also mentioned that the President was called in to appear in person, in Paris, the next Friday; the

³⁸CR 2008/1, p. 48, paras. 52 and 53.

³⁹CR 2008/5, p. 39, para. 45.

⁴⁰CR 2008/1, p. 45, para. 39.

Associated Press referred to *sources judiciaires* as to the origin of its reporting; we referred to the press communiqué published by the French Ministry of Justice in response to a communiqué holding protest, published by the Djiboutian Embassy; the press statement of the Ministry of Justice mentions the existence of a “*convocation adressée au séjour du Président de la République de Djibouti à titre de témoin*”. We also mentioned that the letter of Judge Clément dated 14 February 2007⁴¹, which the Respondent wants us to consider as the only letter sent by Judge Clément to the Applicant’s President, was transmitted only in the evening, hours after the earlier statements were made public. We have also made reference to this peculiar confusion, to say the least, on the French side, about its reference in the Counter-Memorial to the summons and its stating that it would submit this summons to the Court as Annex IV, while Annex IV did not appear to be what it said it would be. This is the more peculiar since the Respondent is known for its meticulous *modus operandi* when appearing before the International Court of Justice and also for its carefully word-by-word measuring of the language. Actually, Professor Pellet reminded us all that this, indeed, is the way in which the Respondent is operating⁴². Madam President, all of these traces, we have only been able to interpret as to the existence of a repeated mistake made by the judge of instruction on 14 February 2007, sometime around noon, but in any event before the *sources judiciaires* provided that information to the French media. The Respondent has not seen fit to, in an orderly fashion, dispute this position of the Applicant and it would seem to be somewhat late if the Respondent would only begin doing so in its second round, which also will be the last round of these oral pleadings.

25. I just mentioned that the Respondent added an additional trace towards the existence of an actual *convocation à témoin*, which apparently arrived at the desks of the media before it was processed any further. With respect to the first *convocation à témoin*, dated 17 May 2005, counsel to the Respondent has stated that the press communiqué which was sent to Djibouti’s Ambassador on 18 May 2005, should be considered as “une réparation amplement suffisante”, and he described the content thereof as

⁴¹CMF, Ann. XXXIV.

⁴²CR 2008/4, p. 34, para. 24.

“le désaveu de la juge d’instruction, immédiatement après l’envoi du document litigieux (le lendemain même, je le repète), de manière particulièrement nette et sous une forme solennelle . . .”⁴³.

The Applicant has a different opinion on the quality of this press communiqué as holding apologies, as the Respondent claims⁴⁴, simply because there are no apologies contained in the communiqué, but that is not relevant now for the matter at hand. More relevant it is to compare the text of the press communiqué issued on 14 February 2007 to the text of the earlier press communiqué of 19 May 2005. Both of them are among the materials in the judges’ folder. It appears that the press statement of 2007 is almost entirely, and literally, identical to the earlier one of 2005. We must assume that the Respondent would not have any doubt about the quality and the status of the 2007 statement either and that it should be seen as “le désaveu de la juge d’instruction, immédiatement après l’envoi du document litigieux (le lendemain même, je le repète), de manière particulièrement nette et sous une forme solennelle . . .”⁴⁵. The question does arise, then, why would there have been in February 2007 — why would there have been a need for a “désaveu de la juge” and what would this apology be aiming to repair? Not the “invitation à déposer”, which would have respected scrupulously the requirement of Article 656, we would presume. Counsel to the Respondent speaks about a “convocation fantôme”. However, we find it hard to conceive that the French Ministry of Justice would issue a press statement in relation to a “convocation fantôme”.

26. Towards the end of his pleading with respect to this issue, counsel to the Respondent provides a subsidiary position (this time not using the usual language “si, par impossible, la Cour . . .”) and he states that if there would have been a convocation which would have been issued in violation of the requirements of Article 656, such a convocation would not have been an infringement on the immunity, the honour or the dignity of the President of the Applicant. It is obvious, that the Applicant takes the position that such a convocation, would, indeed, — as set out earlier — constitute a clear violation of international customary law, which are central to this discussion.

⁴³CR 2008/5, p. 35, para. 34.

⁴⁴*Ibid.*, p. 61, para. 19.

⁴⁵CR 2008/5, p. 35, para. 34.

Duty to prevent

27. There can be no doubt that the State of Djibouti as well as, at the same time, Djibouti's President are entitled to full protection of the rights regarding the immunity, the honour and the dignity of a Head of State. The Respondent agrees with that *in abstracto*. Madam President, the facts of the matter at hand do demonstrate that there is a need to remind the Respondent that also *in concreto* it is bound to act in accordance with the principles it has unconditionally accepted.

28. Professor Pellet has put beyond any doubt that the Respondent agrees with the Applicant that the duty to protect the immunity, the honour and the dignity of a Head of State does include the duty to prevent the infringements on the same⁴⁶. At the same time, the Respondent has not spent a word in demonstrating that and how it lived up to this obligation to prevent with respect to the President of Djibouti.

29. This does, indeed, enable me to deal relatively briefly with this issue in this second round. The infringements complained of in this case with respect to the Applicant's Head of State, did occur in May 2005 and in a similar manner in February 2007. If the Respondent would have effectively tried to prevent these, these infringements would not have occurred in 2005 in the first place and would not have reoccurred in 2007.

30. Madam President, the lapidary manner in which the Respondent in 2005 and in 2007 has chosen to deal with these issues demonstrates a persistent negligence of the Respondent's obligations under international law vis-à-vis Djibouti's President.

31. Madam President, this ends my intervention on this topic. I would appreciate your inviting Professor Condorelli to take the floor.

The PRESIDENT: Thank you, Maître van den Biesen. I now call Professor Condorelli.

M. CONDORELLI :

LES TRAITÉS BILATÉRAUX

I. Le traité d'amitié et de coopération du 27 juin 1977

1. Madame le président, Messieurs les juges,

⁴⁶CR 2008/5, p. 25, paras. 8-9.

2. Tant dans ses écritures que dans ses plaidoiries la République de Djibouti a fait valoir que le traité bilatéral d'amitié et de coopération de 1977 a un rôle central à jouer dans le règlement du différend qui oppose les Parties. Ceci, d'une part, parce que le traité de 1977 est un outil essentiel pour l'interprétation des instruments bilatéraux postérieurs, telle la convention de 1986 ; et, d'autre part, parce que les conduites *sub judice* attribuables à la France sont à évaluer comme des entorses manifestes aux obligations de coopération prescrites par le traité. Comme vous avez pu l'entendre, le défendeur s'élève contre le bien-fondé de ces arguments, qu'il demande à la Cour de rejeter *in toto*. Il m'incombe de répondre aux objections qu'a soulevées en son nom le professeur Ascencio.

3. Vous vous souviendrez de la remarque générale et préliminaire que j'avais soulevée au vu du fait que le contre-mémoire français va bien au-delà de l'affirmation qu'aucune obligation découlant du traité n'aurait été violée du côté français en l'espèce⁴⁷. J'avais fait valoir que, sous réserve de certaines précautions apparemment de caractère purement verbal se traduisant dans l'admission du bout des lèvres que le traité comporte bien certaines obligations juridiques, en réalité le défendeur fait montre d'une conception déniait au traité en question toute portée contraignante. Il laisse comprendre qu'il y voit en substance un instrument à caractère exclusivement politique esquissant une simple intention générale de coopérer à l'avenir. Comme cette vision ne correspond pas à celle de la République de Djibouti, qui s'est toujours considérée liée à la France par des liens d'amitié et de coopération ayant aussi une dimension juridiquement contraignante, le demandeur avait demandé par mon entremise au défendeur de mettre au clair la situation en déclarant sans ambiguïté si vraiment il considère que le traité ne prescrit aucune obligation véritable dans les relations entre les Parties.

4. Ayant écouté avec attention tant l'agent de la France que son conseil, la République de Djibouti constate qu'elle a obtenu la réponse sollicitée. Certes, avec une condescendance assez cavalière le professeur Ascencio a daigné faire savoir que, si la République de Djibouti «a besoin d'être rassurée» — félicitations —, elle n'a qu'à relire certaines phrases figurant dans le contre-mémoire⁴⁸. Mais au-delà de cette précaution verbale renouvelée sans ajout et sans

⁴⁷ CR 2008/1, p. 52, par. 3 (Condorelli).

⁴⁸ CR 2008/4, p. 44, par. 3 (Ascencio).

ménagement, la réponse est claire : aucune véritable obligation de coopération ne découle pour la France du traité de 1977, et ce non seulement en matière d'entraide pénale, mais plus en général. Il ne faut guère s'étonner du nombre limité des obligations juridiques qui figurent dans le traité, note — il est vrai — le conseil de la France⁴⁹ ; mais par la suite, au fil des critiques auxquelles il soumet chaque allégation du demandeur, il n'en décèle finalement aucune dans aucun domaine quel qu'il soit.

5. Dans cet effort visant à vider de toute substance juridique astreignante le traité, le professeur Ascencio va jusqu'à en ignorer la lettre même. Ainsi, par exemple, il affirme avec assurance qu'aucune disposition du traité de 1977 n'établirait un lien juridique quelconque entre celui-ci et la convention de 1986⁵⁰, alors que — comme je l'avais relevé lundi dernier — à l'article 6, il est justement question des modalités pour veiller à la mise en œuvre des principes du traité et à l'application des autres accords conclus ultérieurement entre les deux Etats. Ainsi encore, dans sa quête de l'interprétation la plus étriquée possible du traité, le conseil français n'hésite pas à exclure que la coopération entre les organismes publics des parties contractantes, prévue à l'article 5 puisse concerner aussi leurs appareils judiciaires respectifs. Bien entendu, je ne reprends pas maintenant l'ensemble des considérations que j'avais présentées précédemment à la Cour au sujet des «engagements» que diverses dispositions du traité prescrivent.

6. Dépourvues de toute pertinence sont par ailleurs les assertions du professeur Ascencio, tendant à exclure l'existence d'obligations juridiques touchant à l'entraide judiciaire au sein du régime du traité de 1977 du simple fait de la ratification de ce dernier, du côté français, par le président de la République, sans qu'il y ait eu besoin d'une autorisation parlementaire⁵¹. Madame le président, l'argument paraît plutôt bizarre. Certes, l'article 53 de la Constitution française prévoit l'approbation parlementaire pour certains types de traités qui «modifient des dispositions de nature législative». Ceci étant, la République de Djibouti n'a jamais soutenu ni dans ses écritures ni dans ses plaidoiries que le traité de 1977 obligerait nécessairement à apporter des modifications aux législations internes en matière pénale des deux pays : la mise en œuvre d'engagements

⁴⁹ CR 2008/4, p. 11, par. 14 (Belliard).

⁵⁰ CR 2008/4, p. 48 et 50, par. 17 et 23 (Ascencio).

⁵¹ CR 2008/4, p. 47, par. 15 (Ascencio).

internationaux en matière de coopération judiciaire requiert des attitudes, des comportements, un esprit des autorités compétentes qui ne présupposent pas dans tous les cas de figure la promulgation de normes dérogeant au droit en vigueur. De toute façon, l'on ne saurait prétendre que l'interprétation d'un traité international et l'identification de la nature plus ou moins astreignante de ses dispositions puissent être conditionnées par la procédure interne que chaque partie a décidé souverainement de suivre pour parvenir à la ratification. Aussi, le fait que le traité de 1977 a été ratifié du côté français par le président de la République sans besoin d'autorisation parlementaire ne change rien au fait qu'il consacre des obligations de nature juridique.

7. La République de Djibouti constate que la conception déniait au traité en question une vraie portée contraignante, certes enrobée dans un langage diplomatique approprié, transparait logiquement aussi du propos de l'agent de la France. Mme Belliard qui, après avoir rendu un vibrant hommage aux liens de coopération et d'amitié entre les deux pays, a fait valoir que la France aurait en l'espèce scrupuleusement respecté les «exigences générales de la coopération de bonne foi entre deux pays amis»⁵². Mme Belliard a souligné toutefois que «la France ne vient ... pas devant votre Cour pour obtenir la confirmation» de cela, étant donné — dit-elle — qu'une telle confirmation «ne relève pas de la mission d'une Cour de justice, fût-elle la Cour mondiale». Autrement dit, la France est en train de notifier à Djibouti que pour elle aucun engagement de caractère juridique pouvant être invoqué devant votre Cour ne découlerait du traité d'amitié et de coopération de 1977.

8. Ayant ainsi obtenu la réponse de la part de la France à la question qu'il avait posée, il ne reste désormais au demandeur qu'à connaître le jugement de la Cour au sujet des engagements découlant pour les parties contractantes du traité de 1977, si tant est que de tels engagements subsistent. Comme je l'avais indiqué la semaine dernière, la République de Djibouti est convaincue que l'interprétation que votre Cour décidera de retenir à ce sujet jouera un rôle considérable sur les relations futures entre les deux pays. Ce rôle est bien entendu rehaussé maintenant, au vu de la position dont la France vient de faire état. La République de Djibouti saura donc tirer de la décision de la Cour les conclusions qui s'imposent concernant la question de savoir

⁵² CR 2008/4, p. 11, par. 15 (Belliard).

si les liens d'amitié et de coopération dont il est question dans le traité de 1977 doivent être vus comme ayant un caractère politique débouchant exclusivement sur une vague intention générale de coopérer, ou bien si le traité leur confère aussi une dimension juridique contraignante. Les choix à venir relatifs à l'action internationale de l'Etat en seront assurément influencés.

II. La convention d'entraide judiciaire en matière pénale du 27 septembre 1986 : questions d'interprétation

1. Prémisses

9. Je passe maintenant, Madame le président, à la convention de 1986, toujours dans le but de permettre à la Cour de prendre connaissance des réactions du demandeur aux points de vue exprimés par le défendeur lors de son premier tour de plaidoiries. Nous nous sommes divisés la tâche, M^e van den Biesen et moi, conformément à la répartition que nous avons suivie la semaine dernière.

10. Jeudi et vendredi la France a exposé — au moyen des plaidoiries du professeur Ascencio — une série d'arguments visant à démontrer que le défendeur ne se serait pas rendu responsable de violations de la convention de 1986. Il m'incombe de vous démontrer que ces arguments ne sont pas fondés, notamment parce qu'ils se basent sur une interprétation erronée des articles 2 et 17 de la convention, ainsi que sur une évaluation incorrecte du lien intime qui rattache ces deux dispositions.

2. L'interprétation de l'article 2

11. Pour ce qui est de l'article 2, lequel porte sur les motifs pouvant permettre à l'Etat requis de refuser l'entraide demandée par l'autre partie, je note d'abord en passant l'inattention du professeur Ascencio, lequel prétend à tort que le mémoire du demandeur n'en ferait pas mention : je le prie donc de prendre connaissance, même en retard, des paragraphes 143 à 150 du mémoire.

12. Mais il est sans doute plus important de remarquer que le défendeur n'a pas changé d'un iota sa thèse d'après laquelle l'article 2, *litt. c)* accorderait à l'Etat requis une exclusivité totale, s'agissant de décider si les conditions justifiant le refus de l'entraide sont réunies ou non. La France continue impavide à soutenir que l'Etat requis a, à ce sujet, «un pouvoir d'appréciation

exclusif»⁵³ ; qu'il est «l'unique interprète de cette disposition»⁵⁴. Voilà les expressions que le professeur Ascencio utilise sans hésiter, même s'il maintient l'attitude pudique du contre-mémoire consistant à éviter de mettre en lumière quelles sont les conséquences découlant inévitablement d'une telle interprétation. Ces conséquences sont pourtant évidentes et méritent d'être sorties de l'ombre à nouveau : non seulement l'Etat requérant, mais non plus votre Cour — toute compétente qu'elle est — ne pourraient exercer un contrôle aussi minime qu'il soit quant au bien-fondé de la décision de la France de refuser l'entraide demandée par l'autre Partie en invoquant ses intérêts essentiels. Même pas si ceux-ci sont prétextés de façon totalement arbitraire.

13. A l'appui de cette interprétation «potestative pure» (permettez-moi de continuer à utiliser ces termes), le conseil de la France fait appel tout d'abord à un argument de principe. Le pouvoir d'appréciation exclusif de l'Etat requis s'imposerait, «sauf à vider de toute portée les dispositions prévoyant des dérogations au principe de l'entraide»⁵⁵. Voilà une affirmation pour le moins surprenante ! Personne, en effet, n'entend mettre en doute que l'Etat requis se voit reconnaître la possibilité de se soustraire exceptionnellement à l'obligation d'accorder à l'autre partie l'entraide «la plus large possible» en invoquant l'une ou l'autre des causes de refus prévues à l'article 2 de la convention de 1986. Personne ne saurait méconnaître que cet Etat jouit indiscutablement en la matière d'une marge d'appréciation. Il doit cependant y avoir une limite, sans quoi ce serait admettre l'arbitraire absolu, le pouvoir discrétionnaire sans bornes. On ne voit vraiment pas comment le fait de soutenir qu'il doit bien y avoir au minimum, pour l'Etat requérant et pour un juge tiers éventuellement compétent, la possibilité de vérifier par exemple la bonne foi de l'Etat requis et le caractère raisonnable de sa démarche, comment tout cela pourrait vider l'article 2 de toute sa portée. Bien au contraire, c'est la thèse de la France qui contredit de front le principe de l'effet utile, puisque son interprétation viderait finalement de portée juridique obligatoire la convention tout entière.

⁵³ CR 2008/5, p. 10, par. 9 (Ascencio).

⁵⁴ *Ibid.*, par. 10

⁵⁵ CR 2008/5, p. 11, par. 12 (Ascencio).

3. Les «self-judging clauses» et la jurisprudence internationale évoquée par la France

14. Pour ce qui est de la jurisprudence internationale pertinente à laquelle la Partie défenderesse a fait appel, je ne peux que contester la lecture qu'elle propose de l'*obiter dictum* figurant dans l'arrêt de 1986 en l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires* que j'avais, me semble-t-il, disséqué finement la semaine dernière. Je n'y reviens pas : la Cour saura assurément répondre à l'attente d'un éclaircissement approfondi et mis à jour quant à cette question délicate et à sa propre jurisprudence s'y rapportant.

15. Le professeur Ascencio fait ensuite référence à une sentence arbitrale — la sentence *CMS c. Argentine* — et prétend que celle-ci apporterait l'indication d'après laquelle en cas de «self-judging clauses» aucune forme de contrôle ne pourrait être exercée par un tribunal international⁵⁶. Voilà une autre affirmation bien surprenante ! En vérité, rien de pareil ne se dégage de la sentence en question. Au contraire, celle-ci s'inscrit fidèlement dans le sillage de la jurisprudence arbitrale sur laquelle j'avais souhaité attirer l'attention de la Cour, et reconnaît qu'une forme de contrôle peut bien être exercée par le juge international quant aux mesures adoptées sur la base d'une «self-judging clause». Ainsi, au paragraphe 373 de la sentence, le tribunal arbitral explique qu'à son avis l'article XI du traité bilatéral d'investissement entre les Etats-Unis et l'Argentine de 1991 n'est pas une «self-judging clause» ; mais au paragraphe suivant il ajoute : «The Tribunal must conclude next that this judicial review is not limited to an examination of whether the plea has been invoked or the measures have been taken in good faith.»⁵⁷ La sentence est donc claire : même en présence de «self-judging clauses», le tribunal aurait de toute façon la possibilité d'exercer un contrôle relatif tout au moins à la bonne foi.

16. Enfin, le professeur Ascencio évoque l'arrêt de la Cour en l'affaire *Certains emprunts norvégiens (France c. Norvège)*, en se référant à la célèbre réserve de la France contenue dans sa déclaration d'acceptation de la juridiction obligatoire de la Cour au titre de l'article 36, paragraphe 2, du Statut, déclaration qui était, comme on le sait, en vigueur à l'époque. On sait que cette réserve excluait du champ d'application de la déclaration les différends «relatifs à des affaires qui relèvent essentiellement de la compétence nationale telle qu'elle est entendue par le

⁵⁶ CR 2008/5, p. 12, par. 16 (Ascencio).

⁵⁷ *CMS Gas Transmission Company c. Argentine Republic*, arrêt du 12 mai 2005, par. 374 (www.worldbank.org/icsid).

Gouvernement de la République française» ; on sait aussi que la Norvège l'avait invoquée à son avantage à titre de réciprocité. Le professeur Ascencio rappelle que la Cour a finalement accepté de faire application de la réserve «telle qu'elle est, et telle que les Parties la reconnaissent» (*Certains emprunts norvégiens (France c. Norvège), arrêt, C.I.J. Recueil 1957, p. 21*). A vrai dire, on ne comprend pas bien ce qu'on peut tirer de précis à l'avantage de la thèse présentée aujourd'hui par la France de cela. Ceci d'autant plus que les deux Etats parties au différend réglé en 1957 étaient en substance d'accord quant au fait que la décision d'un Etat de recourir à la réserve en question doit être susceptible de former l'objet d'un contrôle — certes réduit, mais contrôle tout de même — de la part du juge international. Ainsi le Gouvernement norvégien s'était exprimé devant la Cour de la façon suivante :

«Il est certain que pareille réserve doit être interprétée de bonne foi et qu'un gouvernement qui se retrancherait derrière elle pour dénier compétence à la Cour dans un cas où il ne s'agirait manifestement pas d'une «affaire relevant essentiellement de la compétence nationale» commettrait un abus de droit, devant lequel la Cour ne serait pas désarmée.» (*C.I.J. Mémoires, Certains emprunts norvégiens, exceptions préliminaires présentées par le Gouvernement du Royaume de Norvège, p. 131, par. 26.*)

Une telle interprétation n'était pas repoussée par le Gouvernement français, qui avait au contraire demandé que l'on qualifie d'abus de droit l'utilisation faite en l'espèce de la réserve française par la Norvège à titre de réciprocité (*C.I.J. Mémoires, Certains emprunts norvégiens, réplique de M. Gros (France), 24 mai 1957, p. 13*). Si l'on tient compte de ce contexte, représenté par les attitudes des Parties au différend, il apparaît alors que la Cour, afin de décliner sa compétence, ne s'était pas bornée à s'incliner devant une appréciation purement discrétionnaire de la Norvège quant à l'utilisation à son avantage de la réserve formulée par la France.

17. En somme, la jurisprudence internationale qu'invoque la Partie française dans le présent différend ne joue nullement en faveur de la thèse d'après laquelle la «self-judging clause» de l'article 2 conférerait à l'Etat requis un pouvoir d'appréciation absolu quant à la possibilité de refuser l'entraide judiciaire en invoquant ses intérêts fondamentaux : un pouvoir dont l'exercice ne pourrait être soumis à aucune sorte de contrôle.

4. L'interprétation de l'article 17 et les relations entre les articles 17 et 2 de la convention de 1986

18. Avec votre permission, Madame le président, j'en viens maintenant à quelques remarques rapides concernant l'article 17 de la convention de 1986. Par la première observation, j'aimerais commenter l'insistance de la Partie française quant à l'importance qu'il conviendrait d'accorder au fait que l'article 17 est séparé de l'article 2 et est placé dans un chapitre différent de la convention. Il est difficile de comprendre comment et pourquoi cette distance pour ainsi dire typographique entre les deux dispositions devrait jouer un rôle capital en empêchant d'interpréter l'une en fonction de l'autre, alors que la connexité entre les deux est évidente, alors que ce sont les deux seules dispositions de la convention qui régissent le refus de l'entraide, alors qu'une telle prétention contredit de front les principes de base relatifs à l'interprétation des traités internationaux. Puisque tout refus d'entraide doit être motivé d'après la convention, ne relève-t-il pas de la logique juridique la plus élémentaire que tout refus non motivé ne doit pas être considéré comme valide ? Tout refus non motivé n'engendre-t-il pas nécessairement la violation de l'obligation pesant sur les Parties, aux termes de l'article 1 de la convention, de s'accorder mutuellement l'entraide judiciaire la plus large possible ?

19. Le professeur Ascencio a soumis par ailleurs à la Cour une interprétation de l'article 17 dont je considère avoir démontré d'avance le caractère erroné, puisqu'il n'a rien ajouté par rapport à ce qui figurait déjà dans le contre-mémoire. Ainsi, par exemple, il me semble inutile de répéter les raisons qui rendent totalement incongrue l'idée suivant laquelle l'obligation de motiver serait satisfaite si l'Etat requis se borne à mentionner le motif du refus retenu, parmi ceux listés à l'article 2.

20. Un élément de l'interprétation proposée est cependant nouveau et mérite que l'on s'y arrête un seul instant, pour finir. Il concerne le moment et la forme de la motivation du refus qui est requise par l'article 17 de la convention. Le professeur Ascencio s'est exprimé ainsi : «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.»⁵⁸ C'est là, je pense, l'affirmation la plus extraordinaire, la plus excessive, la moins

⁵⁸ CR 2008/5, p. 18, par. 42 (Ascencio).

raisonnable et la moins défendable qu'on ait pu entendre pendant nos débats tout entiers. D'après le défendeur, donc, l'Etat requis pourrait, sans enfreindre la moindre obligation découlant de la convention, d'abord décider de ne pas accorder l'entraide demandée, et puis envisager de le faire savoir un jour ou l'autre à son gré, par une voie officielle ou par médias interposés, en donnant à son choix des détails ou aucun. Madame le président, je ne vais pas insister sur ce point. Je me limite à clore ces remarques en soulignant qu'il s'agit de toute évidence d'une interprétation en contradiction radicale avec le principe de la bonne foi. La bonne foi impose que la motivation accompagne le refus afin de le justifier aux yeux de l'Etat requérant, et non pas qu'elle le suive ; qu'elle soit suffisante et suffisamment précise ; qu'elle soit adressée enfin par les mêmes formes et les mêmes canaux qui sont prescrits pour l'envoi des demandes d'entraide.

21. Pour revenir à notre cas, tout cela signifie évidemment que les motivations fournies par la France au cours de la présente procédure, même si par impossible elles devaient être vues comme ayant une teneur suffisante aux fins de l'article 17, ne comporteraient certainement pas l'élimination du fait internationalement illicite engendré par le caractère tardif de la communication donnée à Djibouti à leur sujet. Est donc dépourvue de tout fondement, l'allégation du défendeur d'après laquelle le différend portant sur le défaut de motivation serait devenu sans objet du fait des éclaircissements obtenus par Djibouti au travers du contre-mémoire de la France.

22. Madame le président, Messieurs les juges, je vous remercie pour votre attention. Après la pause que vous allez décider sans doute, je voudrais vous prier de bien vouloir donner la parole à M^e van den Biesen. Je vous remercie de votre patience.

Le PRESIDENT : Je vous remercie, Monsieur le professeur Condorelli, et maintenant l'audience est levée pour une pause.

L'audience est suspendue de 11 h 25 à 11 h40.

Le PRESIDENT : Veuillez vous asseoir. You have the floor, Maître van den Biesen.

Mr. van den BIESEN:

THE 1986 CONVENTION APPLIED

Introductory remarks

1. Madam President, Members of the Court, when discussing the application of the 1986 Convention to the facts of our case, the Respondent sets out with what sounds as a reproach: we would have evolved our position considerably and modified our conclusions substantially⁵⁹. Madam President, what actually happened, was nothing else than a further development of the position Djibouti had stated earlier in the written stages of the proceedings. We do not deny that the contents of the Counter-Memorial assisted us in developing a clearer focus on Djibouti's position. This was partly inspired by some of the Respondent's legal observations, and for the better part this was caused by the information that the Respondent provided in the Counter-Memorial as well as through the 39 documents that were annexed to it. Many of these annexes provided information that was not known to Djibouti before it received the Counter-Memorial. I mention just a few: the *Soit Transmis* dated 8 February 2005⁶⁰, the advice of the *Commission consultative du Secret de la Défense Nationale* of 27 January 2005⁶¹ and the judgment of the *cour d'appel de Paris* of 19 October 2006⁶².

2. In Djibouti's view this development of its position is part of the litigating process and is perfectly acceptable as long as it does not turn into changing one's case into an entirely different case and as long as it does not lead to the formulation of demands which cannot be considered as legitimate clarifications and improvements of the initial demands.

3. In the end the Respondent does not seem to have objections to this development of Djibouti's position, since the initial, and rather elaborate, grumbling is not translated into any formal objection raised to Djibouti's having refined its position.

⁵⁹CR 2008/4, p. 50, para. 25 (Ascencio).

⁶⁰CMF, Ann. XXI.

⁶¹CMF, Ann. XXIII.

⁶²CMF, Ann. XI.

Context of international letter rogatory of 3 November 2004

4. The Respondent has rightly noted that in our Memorial we, several times, talked about international letters rogatory, using the plural⁶³. Also rightly, the Respondent added that during our first round of the present oral pleadings I discussed only one, better: *the* only one, international letter rogatory, being the one dated 3 November 2004, emanating from Judge Leïla Mohamed Ali.

5. Indeed, there was only one international letter rogatory, since, indeed, the letter of Djibouti's *Procureur de la République* of 17 June 2004 does not qualify as such. However, this does not mean that the facts leading up to this one international letter rogatory would not be relevant in assisting us to better understand the facts of the case.

6. The facts that preoccupy us at this point cover a period beginning at the beginning of May 2004 and ending around the end of January 2005.

7. Before I go into that, first, I would like to try and set the record straight as to the context of these facts. Not the factual context, but the context on the legal level. In doing so I will begin towards the end and while doing so, I need to rectify a clear misunderstanding demonstrated by Professor Ascencio.

8. During our first round, I discussed the *Soit Transmis* issued by Judge Clément on 8 February 2005. I stated that the precise legal status of this document was not clear from the language used and that the French Public Prosecutor, not particularly the lowest ranking magistrate, as late as 12 June 2006 held, that this was not a “decision” but only an “advice”⁶⁴.

9. I continued to explain that the *cour d'appel de Paris* judged otherwise in its judgment of 19 October 2006⁶⁵ — the judgment is in the judges' folder, under the tab of 22 January 2008, in the morning. Based on this judgment of 19 October 2006, which judgment came to us through the Counter-Memorial of 13 July 2007, I stated that this outcome was peculiar, but that it is a fact of life, for us as well as for the French executive. Professor Ascencio has quoted this “fact of life” remark and adds

“Dès lors, il est admis par les deux Parties au présent différend qu'en vertu du code de procédure pénale français, et plus particulièrement en vertu de l'article 694-2

⁶³CR 2008/4, p. 56, para. 42 (Ascencio).

⁶⁴CR 2008/2, p. 46, para. 57 (Ascencio).

⁶⁵CMF, Ann. XI.

et de l'article 81, alinéa 2, la juge d' instruction en charge du dossier Borrel était seule compétente pour procéder à l'exécution de la demande et donc compétente pour se prononcer sur le refus d'entraide."⁶⁶

Wrong, wrong, wrong.

10. First of all, wrong because he suggests that we would now "admit" that we knew, or should have known, all along that this would have been the status of the *Soit Transmis*. We did not know of the existence of the *Soit Transmis*, let alone that we would have been able to have an opinion on its status. As far as having an understanding of its proper meaning — would Djibouti have known about its existence, which it did not — Djibouti did not have any reason to know about its status, as decision. Why should Djibouti know better than the Respondent's *procureur de la République de Paris* who, on 12 August 2005, long after the refusal letter of 6 June 2005, was of the opinion that

“le juge d’instruction saisi de l’exécution d’une commission rogatoire internationale ne peut émettre qu’un avis, quant à la compatibilité des mesures sollicitées avec l’ordre public et les intérêts essentiels de la Nation, et qu’aux termes de l’article 694-4 du Code de Procédure Pénale, et de l’article 2c de la convention d’entraide judiciaire signée entre la France et Djibouti le 27 septembre 1986, la décision de ne pas donner suite à une commission rogatoire internationale par l’Etat requis relève du Ministère de la Justice”⁶⁷?

11. It was not only the *procureur de la République de Paris* who had this opinion. Also the French Public Prosecutor did have this opinion. He argued before the *cour d'appel de Paris* that, based on the relevant provisions of the French Code of Criminal Procedure, *only* the Minister of Justice had authority to *determine* if a request for mutual assistance would be contrary to the essential interests of the French Republic. In support of his position the Prosecutor also referred to, among other things, “la circulaire memento du Ministère de la Justice d’Avril 2004”, which further demonstrates that his position — taken and expressed on 6 March 2006! — was, as it obviously had been all along, in line with the position of the Minister of Justice⁶⁸.

12. Besides that, the Prosecutor did find support in a judgment of the *cour de cassation*, dated 27 June 1997, according to which — so said the Prosecutor — the judge of instruction is only

⁶⁶CR 2008/4, p. 60, para. 56 (Ascencio).

⁶⁷CMF, Ann. XI, p. 4.

⁶⁸*Id.*, p. 5, last paragraph.

entitled “to monitor whether the procedures for executing a foreign request comply with the French rules of criminal procedure”⁶⁹.

13. So, the outcome of this procedure before the *cour d’appel de Paris* — a judgment that the decision about the fundamental interests of the French Republic vis-à-vis its bilateral relationship with a foreign State is considered to be the prerogative of a judge of instruction rather than of a Minister of Justice — was entirely contrary to the position of the French Public Prosecutor. Nevertheless, and this is what I said, this is a judgment and therefore a fact of life. For the Prosecutor this new fact of life was born on 19 October 2006, for the Applicant shortly after the receipt of the Counter-Memorial of 13 July 2007.

14. Secondly, Professor Ascencio is wrong in suggesting that we would have admitted that the authority of the judge of instruction would flow from Articles 694-2 and 81-2. We have not admitted that and, moreover, we observe that the text of these two provisions does not say anything about the judge of instruction being the sole authority to decide about the French Republic’s fundamental interest in matters of mutual assistance. Besides that, the *cour d’appel de Paris* does not seem to have entertained this view either, when it reached its decision of 19 October 2006.

15. Professor Ascencio is wrong in the third place where he suggests that we would have admitted not only to the non-relevant referral to the Articles 694-1 and 81, but also to his own interpretation of these two provisions by stating that the judge of instruction would be “*donc compétent pour se prononcer sur le refus de l’entraide*”⁷⁰. It does not need further explanation that we have not admitted anywhere to the presumed correctness of the interpretation of the law that the Respondent has provided for the first time in its Counter-Memorial, which interpretation just does not follow from the provisions to which reference has been made.

16. So, if we say we take it as a fact of life that the *cour d’appel de Paris* has decided that, according to French national legislation, it is a judge of instruction — any judge of instruction — who is to decide whether the French Republic is to honour or not a request for mutual assistance, this is to say that, also, for the French executive this has been a fact of life since 19 October 2006 and for Djibouti since 13 July 2007. We explicitly said *fact* of life, since, clearly, this judgment is

⁶⁹*Id.*, p. 6.

⁷⁰CR 2008/4, p. 60, para. 56, (Ascencio); emphasis added.

not a judgment of the French *cour de cassation*, which means that it cannot be considered as a final legal appreciation. In any event, in 2004 and in the relevant period of time in 2005, both Djibouti and the French executive communicated with each other, under the, at the time, entirely undisputed, understanding that it was up to the French executive judicial authorities to decide whether the French Republic would honour an international letter rogatory or not. Therefore, at the time Djibouti took its counterpart under Article 14 of the 1986 Convention as the one in charge of the execution of Respondent's obligations under the 1986 Convention and it was perfectly entitled to do so, not in the last place because its counterpart conducted the matter in that manner.

6 May 2004-17 June 2004

17. The Respondent did not dispute that the French *procureur de la République de Paris* had this meeting with its Djiboutian counterpart on 6 May 2004 in the Palais de Justice in Paris. Also, the Respondent does not dispute that they discussed Djibouti's planning to have the Borrel investigation reopened and the consecutive need for Djibouti to use the results of the French Borrel file for its own renewed investigation of the matter. At this point, Madam President, this may be a proper moment to refer to the question posed by Judge Koroma. The ongoing reports in the French media, stating that the death of Judge Borrel would not be a case of suicide, but a case of murder, led the Djiboutian judicial authorities to decide that the Djiboutian investigations into the causes of death of Judge Borrel should be reopened. Since the death of Judge Borrel occurred on Djiboutian territory and since, according to the French media, Djiboutian nationals would be involved and given the fact that the French judiciary had spent already many, many years investigating the case, which included various missions on Djiboutian territory, the Djiboutian judicial authorities assumed that the French Borrel file would provide for an abundance of material, which would be extremely helpful in support of the renewed Djiboutian efforts in the *Borrel case*⁷¹.

18. The fact that the French Prosecutor assured his Djiboutian colleague that the file would be transmitted upon receipt of a formal request is not disputed either⁷². Only, Professor Ascencio says that we did not provide evidence about this meeting in the Palace of Justice. But I assume,

⁷¹CR 2008/2, pp. 30-31, paras. 7-8 (van den Biesen).

⁷²CR 2008/2, p. 31, para. 10.

Madam President, that counsel for the Respondent will have had ample time to receive confirmation about this from Mr. Bot himself, if they had had any reason to doubt the truthfulness of what we stated. Besides this, we have not presented the conversation between the two Prosecutors as an agreement, nor as a commitment, but rather as evidence of a clear intention.

19. The same is true with respect to the various *missives* dated 1 October 2004. As stated before, Djibouti received a copy of the letter which, on that date, was sent by the Director of Cabinet of the Minister of Justice, Mr. LeMesle, to his colleague at the Ministry of Foreign Affairs. This letter — it is included in the judges' folder — is in line with the position expressed by the Public Prosecutor in 2006, before the *cour d'appel de Paris* and clearly reserves the role of the judge of instruction to verifying whether the international letter rogatory is in conformity with the formal requirements of the 1986 Convention, which in itself is also in line with Article 694-2 of the French Code of Criminal Procedure, which provision also makes clear that the execution of an international letter rogatory takes place under the responsibility of the *Prosecutor*: it says: “ce magistrat”⁷³. The letter itself contains the evidence thereof: the highest official at the Ministry of Justice goes on to state — and I quote the translation provided by the Registry:

“Consequently, a letter explaining the difficulties will be sent by the Paris State Prosecutor to the State Prosecutor in Djibouti in order to enable him to transmit an international letter rogatory that satisfies the formal requirements. This request for documents will then be fulfilled, allowing for the time that will be required to copy 35 volumes of judicial proceedings.”⁷⁴

So, Professor Ascencio is misrepresenting the substance of this letter when he states that this letter would be clarifying that it is up to the judge of instruction to decide whether or not the international letter rogatory would be honoured. The contrary is the case. The letter plainly states that now that the formalities are recalled and now that the formal requirements are communicated to the Applicant, it would submit a proper international letter rogatory, which will lead to its being honoured and executed, allowing for the time required for copying the 35 volumes.

20. So, after the international letter rogatory had, indeed, been transmitted in the correct form to the French authorities and when on 27 January 2005 the same Mr. LeMesle sent his letter of

⁷³CM, Ann. XVII: translation provided by the Registry. Note: the English translation does not reflect that the rogatory letter is executed under the authority of the District Prosecutor.

⁷⁴MD, Ann. 18.

commitment to the Djiboutian Ambassador, the Applicant had every reason to assume that, indeed, this was the final step before the actual delivery of the file, which is quite the opposite of what Professor Ascencio proposes⁷⁵.

21. Madam President, at the time, nobody ever mentioned the existence of a procedure containing several steps to the representatives of Djibouti, the French law does not mention such a procedure, while the highest official at the Ministry of Justice had set out in his 1 October 2004 letter what the next step would be, after receipt of a proper international letter rogatory from Djibouti: the next step would be, transmission of the 35 volumes of the file after they would have been copied.

22. Especially since the 27 January 2005 letter says what it says and since it is entirely in line with the follow up steps announced in the 1 October letter, it is really not understandable why Djibouti should have gone ahead and check and verify the French legislation to see whether its counterpart under Article 14 of the Convention would be correct or not in his applying the French legislation. As the Court ruled in the *Cameroon v. Nigeria* case,

“there is no general legal obligation for States to keep themselves informed of legislative and constitutional developments in other States which are or may become important for the international relations of these States” (*Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria, (Cameroon v. Nigeria : Equatorial Guinea Intervening), Judgment, I.C.J. Reports 2002, p. 430, para. 266*).

Again, I do repeat, at that point in time the Ministry of Justice, as well as the State Prosecutor, as well as the *procureur de la République de Paris* were acting in line with French law as they applied it. It was only on 19 October 2006 that the *cour d’appel de Paris* told them they should have interpreted the law in an entirely different manner. Professor Ascencio is really trying to stretch our imagination far beyond its regular capacities, if he wants to make us believe that Djibouti should have known better than what its counterpart under Article 14 of the Convention were holding for the correct application of French national legislation.

23. The letter of 27 January 2005 is as to the form as well as to the substance a response to the international letter rogatory. The response is given by the authority designated to do so under Article 14 of the Convention and it informs the Applicant about the next step, which will be that

⁷⁵CR 2008/4, p. 62, para. 65 (Ascencio); p. 64, para. 73.

the file will be transmitted before a specific date, i.e., before the end of February. On top of that the letter, emanating from the highest official at the Ministry of Justice, states that the Public Prosecutor will be instructed to deal with the issue as quickly as possible and that the execution of the international letter rogatory should not meet any unjustified delay. This instruction is given to the Prosecutor, who is, according to French law, responsible for the execution of an international letter rogatory (Article 694-2). This instruction clearly is not related to any other thing than to see to it that the execution will indeed take place before the end of the month of February.

24. Also, the commitment was confirmed by the press statement of 29 January 2005. In his discussing the *convocation à témoin*, faxed to Djibouti's President by Judge Clément, Professor Pellet stressed, in relation to those issues, that the press communiqués issued do, indeed, reflect the French Republic's official position, and in stating this, to leave no doubt about that, he did refer to the *Nuclear Tests* cases⁷⁶. In other words, the confirmation given by the press communiqué may at a minimum — the communiqué of 29 January 2005 — be seen as evidence of the commitment. The fact that the communiqué does not contain a reference to the date of the letter, as Professor Ascencio has noted, does not change the substance of it. Unless it would be possible to confuse this commitment with another commitment made by the French Republic at around the same date. We do not have any reason, Madam President, to assume that there would, at the time, have been another commitment made in the context of the topic dealt with in the communiqué.

25. As we stated before, and as was confirmed by the *cour d'appel de Paris* in its judgment of 19 October 2006, the French Ambassador to Djibouti did repeat this press communiqué to Djibouti⁷⁷. Professor Ascencio does not deny this; only he replaced “the Ambassador”, by “others”⁷⁸, which is plural but which seems to suppress that it was the official representative of the French Republic to Djibouti who repeated the commitment in Djibouti.

⁷⁶CR 2008/5, pp. 33-34, para. 28, p. 36, para. 35.

⁷⁷MD, Ann. XI, p. 4.

⁷⁸CR 2008/4, p. 64, para. 72 (Ascencio).

26. Thus, the Respondent here accepted the international letter rogatory. The rest would be implementation. There is no doubt that the Respondent failed to comply with this, its commitment to fulfil its obligation under the 1986 Convention.

The letter of 31 May 2005

27. The Agent of the Respondent as well as both Professor Ascencio and Professor Pellet have alleged that the Applicant does not seem to be really sure whether it has, or has not, received this other letter, the letter of 31 May 2005. This, Madam President, is not a very friendly way of looking at this issue. Yes, the Applicant has been puzzled by this letter. It has never even begun to think that this letter would not be real, let alone that it would have been made up *pour les besoins de la cause*. None of that has come to Djibouti's mind and that has not changed. Obviously, we were surprised to find this annex to the Respondent's Counter-Memorial, and Djibouti's Ambassador has, indeed, turned his offices upside down to see whether this letter had arrived at any point in time on any possible desk. This search effort ended up in his letter of 27 July 2007, informing that the letter never arrived⁷⁹.

28. The Respondent has indicated that it puts its trust in the French postal services and that it did not use the form of registered mail⁸⁰. Madam President, the risk involved in choosing a particular manner of sending important *missives* is entirely for the sender. In other words, even if the Respondent would be able to show that the letter must have been sent, this does not provide for any evidence of the sending having been successful. Apart from this, it seems rather unusual to send a letter with this sort of content by regular mail. This letter was not particularly about an average request, nor for Djibouti, nor for the French Republic. So, here again, it needs to be stressed that it is the Respondent who apparently has taken the risk that the letter would not arrive.

29. Apart from that, it may not be excluded that the letter was, after all, not sent at all, given the amount of people at the Respondent's side that seem to have been involved with the Borrel file. What ever may have been the case, we have stated and we persist that for the purposes of our case we consider this letter to be non-existent. We strongly reject Professor Pellet's suggestion that we

⁷⁹Additional documents submitted to the Court, 21 November 2007, Ann. 1, p. 1.

⁸⁰CR 2008/5, p. 19, para. 48.

would have quoted from this non-existent letter in our Application: this is just not the case, the Application does not contain any quote from the letter of 31 May 2005. Again, we saw the letter for the very first time upon receipt of the Counter-Memorial. Also, we reject Professor Ascencio's suggestion that Djibouti knew about the content of the letter: this is not true either.

30. This does not prevent us to refer to this letter, in the alternative. Madam President, we have noted that the Respondent considers proposing a subsidiary position as a sign of weakness. This may explain that the Respondent never uses this form, better: this language, but rather frequently states "*si, par impossible, la Cour constate que . . .*"⁸¹. However, in essence, that also comes down to pleading in the alternative. The difference is that we just prefer a more neutral approach over the language chosen by the Respondent.

31. Madam President, this may be a proper moment to respond to the question posed by Judge Guillaume, as to the letter of Judge Clément dated 11 February 2005, which we mentioned in paragraph 146 of our Memorial. Here, we have to plainly acknowledge that we were wrong in assuming that there was such a letter. At the respective times that the Application and the Memorial were drafted, we were only aware of media having reported that judge of instruction Clément would have sent a letter, around that time (we did not know to whom the letter would have been addressed), raising an issue of fundamental interest. We have now included, in response to the question of Judge Guillaume, in the judges' folder a copy of a report produced by AFP on 11 February 2005. Since we were confident that the letter would surface soon enough, we referred to it in the Memorial. However, it did not surface, while by the time the Applicant received the Counter-Memorial it became clear that there never had been a letter on or around that date, but rather a *Soit Transmis*. This is the answer to the question. Now that we have submitted this press clipping to the Court it is — in the light of our discussion — worth noting that also the media, at the time, assumed that the opinion of the judge of instruction was not binding upon the executive. The heading of the press clip is self-explanatory.

⁸¹CR 2008/4, p. 40, para. 37 (Pellet); CR 2008/5, p. 59, para. 16 (Pellet).

Letter of 6 June 2006

32. It does not seem to be disputed by the Respondent that the letter of 6 June 2005 does not contain any motivation, nor any reference to the — alleged — letter of 31 May 2005 (which may be another indication that this letter has never been sent to anyone), nor to the commitment letter of 27 January 2005. So, this letter does not provide for a motivation, let alone for a justification of the Respondent's having recourse to one of the exceptions of Article 2 of the Convention. The Respondent seems to take the position that Article 17 may be complied with in all sorts of various manners and on all sorts of various dates, which could be many years later than the date of the actual refusal⁸²: Professor Condorelli has dealt with that already this morning.

Soit Transmis

33. Given the manifest and substantial shortcomings to the 6 June letter, we have pointed out that the Respondent has failed to have recourse in a lawful manner to one of the exceptions under Article 2 of the Convention. Therefore, when we discuss the motivation provided by the *Soit Transmis* of 8 February 2005, this position is indeed presented in the alternative.

34. The Respondent now seems to dispute that the motivation of the judge of instruction to invoke Article 2 (c) of the Convention is based *only* on the two pages that were declassified by this Consultative Commission and it seems to try and want to expand this to further documents which would have a declassified status⁸³. However, in doing so, the Respondent is providing a position which, clearly, is contradicting the position which it, explicitly, set out in its Counter-Memorial⁸⁴. If it, seriously, would have wanted to develop this position, it should not have limited itself, in the Counter-Memorial, to submitting only one of the advices of the Consultative Commission. This, Madam President, implies that the Applicant does *not* accept that the decision contained in the *Soit Transmis* would be based on *any* other declassified documents than the two pages we know about through the Counter-Memorial and through the advice of the Consultative Commission. The Respondent has not provided *any* proof to the contrary.

⁸²CR 2008/5, p. 18, para. 42 (Ascencio).

⁸³CR 2008/5, p. 16, paras. 33 *et seq.* (Ascencio).

⁸⁴CMF, para. 3.77.

35. Also, during the first round, I assumed that the French national legislation does not contain a — in itself peculiar — provision, which would establish that a declassified document is only accessible to the judge of instruction after it has been declassified. I assumed that a declassified document would, after it has been added to the file, have exactly the same status as any other document in the file: open to the parties involved in the case and open for the requesting State in case of an international letter rogatory. I invited explicitly the Respondent to provide references to its legislation, if this, our assumption would be wrong⁸⁵.

36. The Respondent failed to provide a reply to this invitation and just states that the documents, in fact, remain classified, with the eyes of the judge who requested the declassification being the exception to that rule. This is not only an entirely unlikely explanation, but by lack of any evidence in support of that it is also an entirely unlikely position, which should be rejected. Thus, these documents, once declassified, are not to be treated otherwise than any other document included in a file, of which the transmission is requested through an international letter rogatory.

37. Apart from this, Professor Ascencio now offers an *additional* motivation for the refusal, which, allegedly, is to be found *outside* the *Soit Transmis*. He now refers to the letter of 18 January 2005, which the Director of Criminal Affairs and Pardons at the French Ministry of Justice sent to the Paris State Prosecutor on 18 January 2005 (we have put the letter in the judges' folder)⁸⁶. This letter makes reference to several Notes, emanating from the French DGSE and DPSD. The letter does not say that these documents are classified, nor that they would have been declassified at the request of the judge of instruction. In this letter, the Director of Criminal Affairs and Pardons gives his opinion that these Notes should not be included in the file that is to be transmitted to Djibouti and he refers to the text of Article 2 (c) under the Convention of 1986. He sent his letter to the *procureur général*, who is, according to Article 694-4 of the French Code of Criminal Procedure, responsible for deciding whether, in the context of an international letter rogatory, French fundamental interests would be at stake. (The text of the provision is added to the judges' folder and it was provided earlier by the Respondent.)

⁸⁵CR 2008/2, pp. 51-52, para. 74.

⁸⁶CMF, Ann. XV.

38. Apparently, the *procureur général* did not see any reasons to refer the issue to the Minister of Justice, which would be the next step according to the mentioned provision. Or, if the *procureur général* did, indeed, refer the issue to the Minister of Justice, then, it was the Minister of Justice who judged this issue not to be a reason to partially refuse the transmission of the file, which position would otherwise have been reflected in the letter of 27 January 2005. Again, the *Soit Transmis* does not speak about these Notes either, while the Respondent has not offered any evidence to the contrary.

39. In any event, the letter of 18 January 2005 does provide for a further view on the procedure followed, which underlines again, that the executive branches of the Ministry of Justice were acting in accordance with the specific provisions of French law, which provisions confirm that the Ministry of Justice, indeed, is called to — on behalf of the French Republic — make the judgment whether any of the exceptions under Article 2 (c) of the Convention would be at stake.

40. Our conclusion remains the same with respect to the relevance of the *Soit Transmis*: the motivation provided in the *Soit Transmis* to refuse the international letter rogatory is based on the, alleged, special status of two pages, which were added to the Borrel file towards the beginning of February 2005. This cannot possibly qualify as a proper justification for having recourse to Article 2 (c) of the Convention. In the alternative, at best these two pages could, possibly, justify that these two *pages* would not be handed over as part of the transmission of the Borrel file. This means, still all of this in the alternative, that this ground for the refusal to honour the Djibouti international letter rogatory is unlawful.

41. This ends my presentation. Madam President, we would appreciate your inviting Professor Condorelli to take the floor.

The PRESIDENT: Thank you, Maître van den Biesen. Professor Condorelli, vous avez la parole.

M. CONDORELLI :

**LA VIOLATION PAR LA FRANCE DE L'OBLIGATION DE PRÉVENIR LES ATTEINTES À LA
PERSONNE, LA LIBERTÉ ET LA DIGNITÉ D'UNE PERSONNE JOUISSANT D'UNE
PROTECTION INTERNATIONALE : LES CAS DU PROCUREUR GÉNÉRAL DE
LA RÉPUBLIQUE DE DJIBOUTI ET DU CHEF DE LA SÉCURITÉ
NATIONALE DE LA RÉPUBLIQUE DE DJIBOUTI**

1. Merci Madame le président, Messieurs les juges, lors du premier tour de plaidoiries j'avais présenté à votre Cour la dernière des demandes soumises par le demandeur dans sa requête. J'ai essayé de démontrer à ce moment-là que la France a violé et viole encore ses obligations internationales à l'égard de Djibouti en portant atteinte aux immunités de hauts responsables djiboutiens jouissant d'une protection internationale. Il me faut maintenant répondre aux objections soulevées vendredi dernier à ce sujet, au nom de la France, par le professeur Pellet.

2. Je n'aurai pas besoin de longs développements pour ce faire. C'est que l'éminent conseil de la Partie adverse, sous le couvert d'un ton fortement critique faisant état en apparence d'un désaccord à peu près total avec le demandeur, n'a pas manqué en réalité d'en accueillir voire d'en partager le point de vue concernant la majorité des questions juridiques posées en l'espèce. Aussi, me bornerai-je à ce stade final de la procédure à passer rapidement en revue les principaux points d'accord entre les Parties, en les accompagnant le cas échéant de brefs commentaires ; en revanche, je m'arrêterai un peu plus longtemps sur les points de désaccord que je tenterai de cerner de près, dans l'espoir que cela puisse aider la Cour à s'acquitter de sa haute mission.

1. Les points d'accord

3. Premier point. La République de Djibouti ne prétend nullement que pendant la durée de leurs fonctions, de caractère interne pour l'essentiel, les hauts responsables dont il est question jouiraient à l'étranger, à l'instar d'un chef d'Etat, d'un ministre des affaires étrangères, d'un premier ministre ou d'un agent diplomatique, d'une immunité de juridiction pénale et d'une inviolabilité totales, couvrant également leurs actes privés. Les Parties concordent donc à penser que ces immunités personnelles absolues (ou *ratione personae*) n'entrent aucunement en ligne de compte en l'espèce. Que cela soit dit en passant, au vu du fait que cet accord déjà acquis, la Partie

défenderesse aurait très bien pu faire l'économie des longs développements qu'elle a dédiés à la question⁸⁷.

4. Deuxième point. Le demandeur a observé, au moyen de la plaidoirie que j'ai eu l'honneur de développer mardi dernier, que toutes les fois où le procureur général de la République de Djibouti ou le chef de la sécurité nationale sont envoyés par leur Etat en mission spéciale à l'étranger, ils ont droit *pro tempore* aux immunités personnelles prévues en droit international et nécessaires au libre accomplissement de leur mission. Le défendeur, qui avait déjà admis cela brièvement dans son contre-mémoire, confirme cette position par la voix du professeur Pellet, qui apporte par ailleurs une série de précisions et de réserves quant au contenu des normes internationales pertinentes, voire à leur source conventionnelle ou coutumière⁸⁸. Comme il a été déjà mis au clair que la demande de Djibouti présentée à votre Cour et relative aux immunités des hauts responsables djiboutiens ne se fonde pas sur les principes de droit international relatifs aux personnes en mission spéciale, il serait peu opportun et peu utile de s'engager maintenant dans un tel débat. Il en va de même s'agissant de commenter les commentaires singulièrement déplacés auxquels se livre l'éminent conseil de la France, par exemple, lorsqu'il met en doute le sérieux, la fréquence, voire l'importance, des missions spéciales à l'étranger que l'Etat de Djibouti décide souverainement de confier à ses hauts fonctionnaires⁸⁹, ou quand il propose à la Cour des comparaisons entre le nombre de ses propres missions spéciales et celles effectuées par le procureur général et le chef de la sécurité nationale de la République de Djibouti⁹⁰.

5. Le troisième et plus important des points d'accord entre les Parties concerne la thèse principale soutenue par Djibouti devant la Cour. J'entends la thèse d'après laquelle un Etat ne saurait considérer une personne revêtant la qualité d'organe d'un autre Etat comme pénalement responsable à titre individuel des actes accomplis en cette qualité officielle, c'est-à-dire dans l'exercice de ses fonctions, ces actes étant à évaluer, en droit international, comme attribuables à l'Etat pour le compte duquel l'organe a agi, et non pas à l'individu-organe. Après avoir qualifié

⁸⁷ CR 2008/5, p. 50-52, par. 75-78 (Pellet).

⁸⁸ CR 2008/5, p. 46-48, par. 63-68 (Pellet).

⁸⁹ CR 2008/5, p. 45, par. 62, point 1 Pellet).

⁹⁰ CR 2008/5, p. 46, par. 62, point 4 (Pellet).

cette conception de bien «insolite», le professeur Pellet concède tout de même qu'elle n'a finalement «rien d'extravagant» et même qu'elle ne prête pas à discussion quant à son principe⁹¹. Il apparaît dès lors que, ainsi que la Cour peut le constater, les principes juridiques sur la base desquels la question qui vous est soumise doit être réglée sont incontestés, tandis qu'il y a par contre désaccord quant à leur application *in concreto*.

2. Les points de désaccord

6. C'est donc sur les modalités de cette application *in concreto* des principes pertinents qu'il convient que je m'arrête maintenant. D'après le professeur Pellet il faudrait partir de la prémisse suivante : pour les chefs d'Etats en fonction agirait — suggère-t-il — une présomption d'immunité *ratione personae* absolue⁹². En revanche, pour les fonctionnaires des Etats aucune présomption d'immunité fonctionnelle ne jouerait⁹³. L'octroi de l'immunité doit, partant, se faire au cas par cas, en fonction de tous les éléments pertinents de l'affaire. Mais alors, c'est aux juges nationaux — nous assure le conseil français — qu'il appartient d'apprécier si l'on se trouve ou non face à des actes accomplis dans le cadre des missions officielles⁹⁴.

7. Madame le président, certains passages de ce raisonnement sophistiqué et bien hâtif semblent discutables, mais la conclusion à laquelle M. Pellet parvient est quant à elle sûrement à rejeter. Il faut souligner, d'abord, qu'aucune «présomption» au sens propre ne saurait être pertinente pour les chefs d'Etat étrangers en fonction, puisque ceux-ci se trouvent tout simplement sous le couvert d'une immunité totale pour l'ensemble de leurs actes, y compris ceux à caractère privé. Quant aux fonctionnaires, soit ils agissent ès qualités, et alors leur responsabilité pénale personnelle ne peut être invoquée ; soit ils agissent en leur capacité personnelle, auquel cas aucune immunité fonctionnelle ne saurait jouer à leur avantage. Ici aussi, il n'y a donc pas de place à vrai dire pour une quelconque présomption qui fasse pencher à priori et *in abstracto* la balance d'un côté ou de l'autre. La question n'est pas de présumer quoi que ce soit, mais de vérifier concrètement ce qu'il en est, bien entendu lorsque le problème de l'immunité est soulevé.

⁹¹ CR 2008/5, p. 50, par. 74 (Pellet).

⁹² CR 2008/5, p. 51, par. 77 (Pellet).

⁹³ *Ibid.*

⁹⁴ *Ibid.*

8. Quoi qu'il en soit de la prétendue présomption, il est certain en tout cas que rien ne saurait justifier l'idée d'après laquelle l'application ou non de l'immunité fonctionnelle dans un cas d'espèce ne pourrait être faite que par le juge interne, lequel seul serait en mesure d'en décider. Le professeur Pellet n'offre d'ailleurs à la Cour la moindre indication quant aux bases sur lesquelles viendrait s'appuyer cette thèse étonnante, prêchant on ne sait pas l'incompétence ou l'incapacité du juge international à appliquer les principes de droit international relatifs aux immunités fonctionnelles. Certes, il est indéniable que des questions de ce genre se posent normalement devant les juges internes. Mais quand, comme dans la présente espèce, votre Cour a été dotée par les Parties de la compétence nécessaire pour régler un différend portant sur les immunités fonctionnelles, on ne voit absolument pas quelle sorte de motif empêcherait la Cour de s'en occuper et l'obligerait à s'en dessaisir en faveur d'un juge interne. Sauf à imaginer par absurde que le professeur Pellet veuille soutenir la nécessité de faire jouer en la matière une sorte de principe de l'épuisement préalable des voies de recours internes. Mais il s'agirait alors — cela va sans dire — d'une véritable absurdité. Tout comme il serait absurde de prétendre que le fait que les deux hauts responsables djiboutiens n'ont pas invoqué jusqu'ici l'immunité dans le cadre de l'information pour subornation de témoin ouverte illicitement en France à leur objet⁹⁵ ferait obstacle à ce que la République de Djibouti demande à votre Cour de dire et juger que la France viole à son préjudice les principes de droit international en matière d'immunités.

9. Votre Cour n'est pas seulement pleinement compétente pour régler la question : elle est aussi parfaitement outillée pour ce faire et dispose — grâce aux écritures des Parties, aux annexes qui les accompagnent, aux plaidoiries orales — de tous les éléments de fait nécessaires pour dire et juger si, oui ou non, par la convocation à témoin assisté et par l'émission de mandats d'arrêt à l'encontre du procureur général et du chef de la sécurité nationale, la France a violé et continue de violer ses obligations envers la République de Djibouti en matière de prévention des atteintes contre la personne, la liberté et la dignité de personnes jouissant d'une protection internationale.

10. Une dernière observation, Madame le président. Dans un tout dernier passage très bref de la partie de sa plaidoirie de vendredi dernier dédiée à la question que je suis en train d'évoquer,

⁹⁵ CR 2008/5, p. 13, par. 20 (Belliard); CR 2008/5, p. 52, par. 79 (Pellet).

le professeur Pellet sort de son chapeau un ultime argument inédit. Il s'indigne de voir l'Etat demandeur «qui dit attacher tant de prix à un parfait respect de la convention de 1986», violer cette convention — allègue-t-il — ouvertement «s'agissant de la convocation de ces personnes en tant que témoins assistés puisqu'il [a] refus[é] de laisser les témoins en question répondre à la convocation»⁹⁶. Autrement dit, le professeur Pellet semble soutenir — qui sait sur quelle base ? — que la convention de 1986 engendrerait l'obligation pour l'Etat djiboutien de renoncer aux immunités fonctionnelles auxquelles, d'après le droit coutumier international, il a droit au bénéfice de ses organes. C'est à peine le cas de suggérer, Madame et Messieurs les juges, que rien ne justifie une telle allégation fantaisiste, pas plus que rien ne justifierait la prétention d'après laquelle le fait que le chef de l'Etat djiboutien n'ait pas déféré aux convocations à témoigner venant d'un juge français serait constitutif d'une violation de la convention de 1986. Heureusement, le conseil de la France ne va pas jusque-là.

11. Madame le président, j'en aurais terminé avec ma dernière intervention devant votre Cour dans la présente affaire, si un long propos critique que le professeur Pellet m'a adressé ne m'obligeait pas à une brève réponse. Mon éminent contradicteur m'en veut d'avoir mis en évidence un étonnant double standard duquel ont souffert devant la justice française les hauts responsables djiboutiens dont il est question ici, qui sont accusés, d'une part, de subornation de témoin, mais à qui on refuse, d'autre part, l'accès à la justice pour faire vérifier que le témoin prétendument suborné est en fait l'auteur d'un faux témoignage. Ce n'est pas le cas de rouvrir maintenant ce dossier ainsi que d'entrer dans des détails qui prendraient beaucoup de temps et qui de surcroît n'apporteraient rien d'utile aux fins de la décision qui est demandée à votre Cour. Mais, je tenais à signaler que la documentation déposée par les Parties auprès du Greffe est riche d'informations à ce sujet, la Cour pourrait ressentir le besoin d'en prendre connaissance. Je lui indique en particulier l'intérêt que pourrait avoir sur ce thème la lecture du document n° 6 figurant dans la liste des documents soumis à la Cour le 21 novembre 2007 par le demandeur.

12. J'en ai vraiment terminé cette fois-ci. Je vous remercie, Madame le président, pour votre attention et vous prie de bien vouloir donner la parole à M^e van den Biesen.

⁹⁶ CR 2008/5, p. 52, par. 80 (Pellet).

The PRESIDENT: Thank you very much, Professor Condorelli. I now call Maître van den Biesen.

Mr. van den BIESEN:

REMEDIES

Introductory remarks

1. Madam President, we are nearing the end of our oral presentation of Djibouti's case against the French Republic. We have expressed, in various different manners, that Djibouti came to appear before the Court, being convinced that both Parties were looking for a just and effective outcome, which would help both Parties to put the issues at stake in this case behind them. In order to clarify to the Court what a positive outcome for Djibouti would entail, we have composed a series of submissions, which will be read in due time by Djibouti's Agent.

2. We have done so, while full well realizing, that, in the end, the form and the substance of the remedies are left to the discretion of the Court. It is for that reason that I have, during our first round, also formulated the demands of the Applicant in a more informal manner: and I just provide the quote:

“Basically, Djibouti wants the Court to tell the Respondent to fully comply with all of its obligations as discussed during the previous sessions, to undo the results of the violations committed, to discontinue this unlawful behaviour and to affirm that it will not happen again.”⁹⁷

3. The Respondent has offered various observations with respect to the remedies, which we aimed to obtain and it has, quite apart from the usual grumbling, made some remarks with respect to several of our submissions. I will now briefly revisit those issues.

Grounds and conclusions

4. In the view of the Respondent we would be mixing up grounds and conclusions. Professor Pellet, immediately, adds that this may not be a very important issue, and then goes on to reargue the substance of the case, which had already extensively been reviewed by counsel to the French Republic⁹⁸.

⁹⁷CR 2008/3, p. 18, para. 2.

⁹⁸CR 2008/5, p. 56, para. 8.

5. In our view, it is not very confusing to ask the Court to judge and decide that a certain act or a certain failure to act constitutes a violation of a certain obligation. This does not seem to be unusual and at least, the case law of the Court provides for several examples in which this approach led to a concrete *dispositif* in the judgment of the Court⁹⁹.

Injunction?

6. The Respondent also seems to have trouble with what the Respondent perceives as the injunction characteristics of part of our submissions.

7. Madam President, the time that judgments of the Court only contained declaratory judgments lies behind us. The case at hand provides for a perfect example of a case in which it is indispensable that the Court — after, and in as far as, it would have concluded that the Respondent, indeed, violated the obligations central to our case — judges and declares that the French Republic is under an obligation to do what the Court then deems necessary that, indeed, needs to be accomplished. Would the Court stop at a declaratory holding that the French Republic would have violated certain obligations under the 1986 Convention, then, this would not automatically lead to the Respondent's actually acting. And if it would be acting, there would be no guarantee that it would really do what is necessary to make up for its earlier failures to comply with its obligations.

8. Also, here, it is true that the case law of the Court provides for several examples, in which the Court, indeed, decided that the respondent Party “*shall*” execute certain specific obligations incumbent on the respondent Party¹⁰⁰. Not only this Court's case law provides for such examples, this is also true for the European Court of Human Rights, in spite of Professor Pellet's holding this for impossible. In the case of *Papamichalopoulos and Others v. Greece*, the Court, in 1995,

⁹⁹*Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro), Judgment, I.C.J. Reports 2007, para. 459, para. 471 (6); Arrest Warrant of 11 April 2000, (Democratic Republic of the Congo v. Belgium), Judgment, I.C.J. Reports 2002, p. 30, para. 72, p. 33, para. 78 (2); Avena and Other Mexican Nationals, (Mexico v. United States of America), Judgment, I.C.J. Reports 2004, p. 72, para. 153 (8); United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran, (United States v. Iran), Judgment, I.C.J. Reports 1980, p. 44, para. 95 (1).*

¹⁰⁰*Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro), Judgment, I.C.J. Reports 2007, para. 471 (6); Arrest Warrant of 11 April 2000, (Democratic Republic of the Congo v. Belgium), Judgment, I.C.J. Reports 2002, p. 31, para. 72, p. 33, para. 78 (3); United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran, (United States v. Iran), Judgment, I.C.J. Reports 1980, p. 44, para. 95 (3); Temple of Preah Vihear (Cambodia v. Thailand), Judgment, Merits, I.C.J. Reports 1962, pp. 36-37.*

plainly ordered the respondent State to return to the Applicants in that case a sizeable area of land including the buildings on it¹⁰¹.

9. Professor Pellet made, in this context, extensive references to various judgments of the Court which all contained similar language in the *dispositif* of the judgments: he referred to the language “by means of its own choosing”. If, indeed, the lack of this language in our submissions would be the main concern of the Respondent, then the Applicant has no problem in stipulating that it has no objection to the inclusion of this language in the judgment, which the Court may reach in our case. This, obviously, only and in as far and as long as it would be crystal clear that these words would only allow the Respondent to implement such a judgment in the most practical manner, and not if these words could be interpreted as leaving room for the Respondent to decide which parts of the file it will and which parts of the file it will not transmit.

10. In discussing this issue, we seem to have come to the issue raised by Judge Bennouna, who asked the Applicant what the meaning would be of “dans les conditions et modalités déterminées par la Cour”, which language Djibouti included in the subsidiary request, to which Judge Bennouna made reference. In the first place, “dans les conditions et modalités déterminées par la Cour” could imply that the Court would, indeed, add “by means of its own choosing” as just discussed to a judgment which would inform the French Republic to transmit the Borrel file. Also, Djibouti had in mind that this would be seen by the Court as an invitation to put a certain timeline on such a judgment; although, the time to be given to the French Republic does not need to be too long, since we expect that by now the photocopying of the 35 volumes could have been finished. Next to that, we had also in mind the possibility that the Court could decide that the two pages mentioned before were not to be part of the file that would have to be transmitted.

The Court is not the French Republic

11. The Respondent also raised objections to the idea that the Court, when it would decide that the Respondent shall transmit the Borrel file to the Applicant, take the position of the French Republic, which it would not be able to do, so says the Respondent, since the Court is not aware of the content of the file. However, here the Respondent, clearly, seems to be mistaken. Our first

¹⁰¹*Papamichalopoulos and others v. Greece*, Judgment of 31 October 1995, *ECHR*, Ser. A, No. 330-B, p. 17, operative paragraph 2.

position is that the French Republic committed itself *unconditionally* to transmit the *entire* Borrel file to the Applicant. If the Court agrees with us that the non-execution of this commitment constitutes a violation of the 1986 Convention, there is no need for the Court to know the content of the file before it may judge and declare that the Respondent should do *precisely* what it committed itself to do through the letter of 27 January 2005.

12. Our subsidiary position is that the Respondent failed to produce reasons when it sent its letter of refusal of 6 June 2005, meaning that the Respondent failed to provide evidence that it was justified to have recourse to one of the Article 2 exceptions to the Article 1 obligation. In that perspective, if the Court would agree with us that the Respondent failed to live up to its Article 1 obligation, the consequence of this judgment would be that the Court decide that the Respondent hand over the entire file. In the alternative, if the Court would agree that the *Soit Transmis* provides for a belated motivation, then — again, if the Court agrees with us that the content of the *Soit Transmis* is by far not enough to justify the Respondent's having recourse to one of the exceptions of Article 2 — the Court would — in our view should — decide in the same manner as in the earlier options.

13. For all these options, there is no need for the Court to know the content of the Borrel file. This would only change with respect to the two pages, the alleged status of which in the end was decisive for Judge Clément. The Court could do what we have suggested and have a look at those two pages. Also, the Court could decide not to have a look at those pages and decide that the French Republic should transmit the entire file, except for those two pages. In other words, to reach an equitable decision, there is no need for the Court to form an opinion on the entirety of the contents of the Borrel file.

Remedies re immunity issues

14. Professor Pellet makes, at first sight, some work of the Applicant's submissions regarding the infringements on the immunity of the President of Djibouti and regarding the same with respect to the other two dignitaries¹⁰². At second sight, it turns out that his objections are for

¹⁰²CR 2008/5, pp. 61-62, paras. 18-20.

the better part related to the substantive issues involved, which leads us to the conclusion that the Respondent does not have principled objections to the said submissions.

Conclusion

15. Madam President, these were our answers to what we considered to be the most important objections raised by the Respondent with respect to our submissions. Before I conclude, I would like to make one observation with respect to the question of Judge Simma.

Question of Judge Simma

16. The question posed by Judge Simma, obviously, at this point, does not need to be answered by us. However, the answer which will be given by the French Republic tomorrow may contain new elements, since until now the Respondent has not said anything to the substance, for which substance we introduced the reference to the European Union good practices, in the first place. Therefore, we would be grateful, if the Court ever deems this to be relevant, consider to provide us with an opportunity to react to the French observations, in writing, in due time after the afternoon session of tomorrow will be closed.

17. Madam President, Members of the Court, I do want to thank you for the attention you have been giving to this case as well as to our pleadings, in which we have tried to illuminate and to amplify Djibouti's position in order to be of assistance to the Court in its reaching a proper and just decision. The Agent of Djibouti is ready for his concluding remarks and ready to read Djibouti's submissions. I would appreciate, Madam President, your giving the floor to the Ambassador.

The PRESIDENT: Thank you very much, Maître van den Biesen. I do now call upon the Agent of Djibouti, Son excellence M. l'Ambassadeur Doualeh.

M. DOUALEH :

CONCLUSIONS ET DEMANDES FINALES DE LA RÉPUBLIQUE DE DJIBOUTI

1. Madame le président, Messieurs les juges, j'ai l'honneur de me présenter à nouveau devant votre Cour pour, cette fois-ci, soumettre à la Cour les conclusions et demandes finales de la République de Djibouti. Madame le président, pendant cette semaine intense de plaidoiries, les

deux Parties ont chacune exposé les éléments de droit et de fait qui sont de leur point de vue respectif à l'origine du différend entre la République de Djibouti et la République française. Jeudi dernier, dans son discours d'ouverture, l'agent de la République française souhaitait que la «présence commune» de la France et de Djibouti devant la Cour de céans ait «pour effet de renforcer et fortifier l'amitié qui préside traditionnellement» aux relations entre les deux pays¹⁰³. Je souhaiterais à mon tour réitérer le même vœu.

2. Madame le président, Messieurs les juges, deux maîtres mots sont apparus constamment dans le discours des conseils de la République de Djibouti : l'amitié et la coopération de bonne foi. Plus que des mots, l'amitié et la coopération de bonne foi constituent des principes cardinaux des relations entre nations. C'est au nom de la préservation de ces principes cardinaux et de la prévention de futures atteintes que la République de Djibouti a saisi votre illustre Cour du différend qui l'oppose à la République française dans le cadre de l'entraide judiciaire relative à l'«affaire Borrel». Bien que l'agent de la République française ait fait remarquer que «la France ne vient ... pas devant votre Cour pour obtenir la confirmation qu'elle s'est scrupuleusement pliée aux exigences générales d'une coopération de bonne foi entre deux pays amis»¹⁰⁴, force est de constater que l'attitude des autorités françaises vis-à-vis de la commission rogatoire internationale introduite par Djibouti et des immunités protégeant le président de la République et certains hauts responsables djiboutiens témoigne d'un effritement considérable de ces principes essentiels que sont l'amitié et la coopération de bonne foi.

3. Ainsi que l'ont démontré les conseils de la République de Djibouti, cette dernière était en droit de s'attendre — au nom de l'amitié et de la coopération de bonne foi — à ce que la commission rogatoire internationale du 3 novembre 2004 soit exécutée par la France sans obstacles de quelconque nature. Ce que la République française a tenté de nier lors de ses écritures et de ses plaidoiries orales est pourtant un fait, je dirais même une évidence : un engagement est bien né de la lettre du 27 janvier 2005. Et pourtant la République française par la voix de ses conseils reproche à la République de Djibouti de qualifier un engagement autrement que par son caractère juridique d'engagement.

¹⁰³ CR 2008/4, p. 8, par. 3 (Belliard).

¹⁰⁴ CR 2008/4, p. 11, par. 15 (Belliard).

The PRESIDENT: Your Excellency, I hate to interrupt and I do so with reluctance, but it would assist if you would speak a little more slowly.

M. DOUALEH: I shall do so, Madam President.

The PRESIDENT: Thank you.

M. DOUALEH :

4. Madame le président, jusqu'en fin janvier 2005, la République française a agi en conformité avec les obligations inscrites dans la convention de 1986 relative à l'entraide judiciaire en matière pénale, laissant présager un climat d'amitié et de réciprocité continues conforme en outre à l'esprit et à la lettre du traité d'amitié et de coopération de 1977. A partir de cette date, cependant, c'est un tout autre horizon qui s'est dessiné dans les relations entre la France et Djibouti. La République française a décidé unilatéralement de passer d'une logique d'entraide «la plus large possible» à une logique d'entraide *réduite à néant* dans le cadre de l'«affaire Borrel». Cette nouvelle logique inopinée a donné lieu non seulement à des violations des règles afférentes à l'entraide judiciaire mais également à des violations des principes applicables en matière d'immunités.

5. A l'heure où je m'adresse à votre illustre Cour, l'incompréhension et la surprise règnent encore du côté de la Partie djiboutienne tant le revirement opéré par la France et les faits illicites internationaux s'y rattachant étaient inattendus et demeurent à ce jour inexplicables et inexplicables. Le changement de cap est d'autant plus surprenant que tout le monde — Français comme Djiboutiens — s'accorde à reconnaître que la République de Djibouti a agi, dans le cadre de l'«affaire Borrel», avec toute la transparence, la bonne foi et la déférence que requièrent le traité de 1977 et la convention de 1986. Face au comportement de la République française, une seule question se pose alors : est-ce là une manière correcte et décente pour un Etat d'agir dans ses relations conventionnelles avec d'autres Etats ? Nous ne le pensons pas, Madame le président !

6. Violer comme l'a fait la République française ses engagements internationaux revient à dénaturer un principe fondamental de l'ordre juridique international, à savoir le principe *pacta sunt servanda*. Proposer, comme le fait la République française, de modifier le *modus operandi* de la

convention de 1986 en réinterprétant à sa guise les droits et obligations y afférents tout en la privant de son effet utile consiste à ébranler le principe de sécurité juridique dans les relations conventionnelles.

7. En outre, la panoplie des faits illicites internationaux auxquels a donné lieu le comportement des organes exécutifs et judiciaires de la République française s'inscrit ostensiblement en porte à faux avec l'esprit du traité d'amitié et de coopération de 1977. Cet instrument, je le rappelle, Madame le président, a été conclu, contrairement à ce qu'a avancé le professeur Ascencio¹⁰⁵, le jour même de l'accession de Djibouti à l'indépendance. C'est un traité qui augure d'une nouvelle ère entre la République de Djibouti, anciennement colonisée, et la République française, anciennement colonisateur. Cette ère est celle du respect mutuel dans les relations, de l'amitié aux fins d'une coopération au bénéfice des peuples des deux Etats. Ainsi qu'il a été souligné dans nos plaidoiries, le traité d'amitié et de coopération, dont Djibouti veut restaurer l'importance suite aux assertions de la France visant à le dénuer de portée juridique véritable, est une pièce centrale du *corpus juris* régissant les relations entre la France et Djibouti.

8. Au-delà du respect mutuel qu'*impose* — et je pèse mes mots, Madame le président — le traité de 1977 dans les relations entre la République française et la République de Djibouti, les relations entre Etats sont également régies par des principes coutumiers de courtoisie internationale et la nécessité pour les Etats de ne pas porter atteinte ainsi que de prévenir les atteintes aux immunités des chefs d'Etat et d'autres personnes jouissant d'une protection internationale. Cela va de soi dans un système international fondé sur l'égalité des Etats et la Partie défenderesse le reconnaît fort heureusement. Pourtant, les actes hostiles à l'encontre du président de la République de Djibouti ainsi que de hauts responsables que sont le procureur général de la République de Djibouti et le chef de la sécurité nationale de Djibouti ont porté gravement atteinte aux règles et principes relatifs à leurs immunités. Les conseils de la République de Djibouti ont mis l'accent sur les faits illicites internationaux résultant de telles violations des règles coutumières et conventionnelles, sur leur aggravation progressive dans le cadre du «dossier Borrel» ainsi que sur leur lien intrinsèque et extrinsèque avec le présent différend.

¹⁰⁵ CR 2008/4, p. 45, par. 7 (Ascencio).

9. Cependant, Madame le président, il est regrettable de constater que la République française a témoigné d'un acharnement certain à vouloir isoler et exclure certaines des demandes formulées par la République de Djibouti dans sa requête introductive d'instance, et précisées dans son mémoire, du champ de la compétence *ratione materiae* et *ratione temporis* de la Cour, et notamment celles qui ont trait aux atteintes aux immunités du président de la République de Djibouti et de hauts responsables djiboutiens. Contrairement à l'espoir nourri par la République française «que la présente procédure permette de dissiper certaines des *incompréhensions* qui, de part et d'autre, ont pu naître»¹⁰⁶, son attitude consistant à nier les contours du différend et à remettre en cause les termes de son acceptation de la juridiction de la Cour, ne sont pas à même de dissiper lesdites incompréhensions mais plutôt de les exacerber.

10. Les «incompréhensions» alléguées ont d'ailleurs permis à la Partie défenderesse d'opposer au demandeur sa prétendue ignorance quant aux modalités précises d'exécution des commissions rogatoires internationales. Les conseils de la République française se sont ainsi évertués à démontrer que la République de Djibouti avait procédé à une présentation «parfois biaisée»¹⁰⁷ du litige due à une ignorance quant à la procédure exacte qui doit être suivie en matière de demandes d'entraide, et quant aux motifs comme aux formes, au titre de la convention de 1986, qui permettent aux autorités d'un pays de refuser d'y faire droit¹⁰⁸.

11. Mais, Madame le président, peut-on reprocher à la République de Djibouti d'avoir nourri des attentes légitimes suite aux signaux forts donnés par les autorités françaises après que la demande de commission rogatoire internationale ait été introduite ? Tout semblait du côté français s'inscrire dans le cadre de la traditionnelle coopération de bonne foi qui a longtemps caractérisé les relations entre la France et Djibouti, et ce dans tous les domaines.

12. Madame le président, Messieurs de la Cour, qu'on se le dise : loin est dans l'idée de la République de Djibouti de s'immiscer dans le fonctionnement de la justice française, voire encore moins de remettre en cause la nécessaire indépendance de la presse, bien que nous estimons dangereuse dans le cadre de la recherche de la vérité sur la mort de Bernard Borrel, la substitution

¹⁰⁶ CR 2008/4, p. 8, par. 3 (Belliard) ; les italiques sont de nous.

¹⁰⁷ CR 2008/4, p. 14, par. 22 (Belliard).

¹⁰⁸ *Ibid.*

du juge par le journaliste¹⁰⁹. Par ailleurs, l'indépendance de la justice ne doit pas conduire un Etat à ignorer pleinement les règles de coopération de bonne foi et d'égalité entre Etats qui s'imposent à lui en vertu du droit international général.

13. Cela étant dit, Madame le président, permettez-moi de terminer les conclusions de la République de Djibouti sur une note optimiste. La République de Djibouti est convaincue que l'acceptation par la République française de soumettre le présent différend à votre illustre juridiction laisse présager des lendemains meilleurs dans les relations entre Djibouti et la France. Notre présence ici ravive à elle seule l'esprit de coopération qui a toujours caractérisé l'entente franco-djiboutienne. Un règlement par votre Cour du présent différend dans son intégralité, ainsi que je le soulignais en filigrane dans mon discours d'introduction, contribuerait grandement à un retour à la normale dans les relations entre la République de Djibouti et la République française.

14. C'est dans cette optique que la République de Djibouti formule les demandes suivantes. Madame le président, Messieurs de la Cour, ceci met fin au second tour de plaidoiries de la République de Djibouti. Permettez-moi, à ce stade, de donner lecture des demandes.

15. La République de Djibouti prie la Cour de dire et juger :

1. Que la République française a violé ses obligations en vertu de la convention de 1986 :
 - 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 2004 ;
 - 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.
2. Que la République française doit immédiatement après le prononcé de l'arrêt de la Cour :
 - i) transmettre le «dossier Borrel» dans son intégralité à la République de Djibouti ;
 - ii) ou subsidiairement, transmettre le «dossier Borrel» à la République de Djibouti dans les conditions et modalités déterminées par la Cour.

¹⁰⁹ Voir Conclusions du juge Moracchini, documents soumis à la Cour le 21 novembre 2007.

3. Que la République française a violé son obligation en vertu des principes du droit international coutumier et général de ne pas porter atteinte aux immunités, à l'honneur et à la dignité du président de la République de Djibouti, en :
 - i) envoyant une convocation à témoin au président de la République de Djibouti le 17 mai 2005 ;
 - ii) répétant l'atteinte ci-dessus, ou en essayant de répéter ladite atteinte le 14 février 2007 ;
 - iii) rendant publiques les deux convocations par la transmission immédiate de l'information aux médias français ;
 - iv) ne répondant pas de manière appropriée aux deux lettres de protestation de l'ambassadeur de la République de Djibouti à Paris en date respectivement du 18 mai 2005 et du 14 février 2007.
4. Que la République française a violé son obligation en vertu des principes du droit international coutumier et général de prévenir les atteintes aux immunités, à l'honneur et à la dignité du président de la République de Djibouti.
5. Que la République française doit immédiatement après le prononcé de l'arrêt de la Cour annuler la convocation à témoin en date du 17 mai 2005 et la déclarer nulle et non avenue.
6. Que la République française a violé son obligation en vertu des principes du droit international coutumier et général de ne pas porter atteinte à la personne, à la liberté et à l'honneur du procureur général de la République de Djibouti et du chef de la sécurité nationale de Djibouti.
7. Que la République française a violé son obligation en vertu des principes du droit international coutumier et général de prévenir les atteintes à la personne, à la liberté et à l'honneur du procureur général de la République de Djibouti et du chef de la sécurité nationale de la République de Djibouti.
8. Que la République française doit immédiatement après le prononcé de l'arrêt de la Cour annuler les convocations à témoin assisté et les mandats d'arrêt émis à l'encontre du procureur général de la République de Djibouti et du chef de la sécurité nationale de la République de Djibouti ainsi que les déclarer nuls et non avenue.

9. Que la République française, en agissant contrairement ou en manquant d'agir conformément aux articles 1, 3, 4, 6 et 7 du traité d'amitié et de coopération de 1977 pris individuellement ou cumulativement, a violé l'esprit et le but de ce traité ainsi que les obligations en découlant.
10. Que la République française doit cesser son comportement illicite et respecter scrupuleusement à l'avenir les obligations qui lui incombent.
11. Que la République française doit fournir à la République de Djibouti des assurances et garanties spécifiques de non-répétition des faits illicites dénoncés.

Madam President, Members of the Court, I thank you for your attention.

Le PRESIDENT : Moi, je vous remercie, Monsieur l'agent. La Cour prend acte des conclusions finales dont vous venez de donner lecture au nom de la République de Djibouti. Les audiences reprendront demain mardi 29 janvier à 15 heures pour entendre la République française en son second tour de plaidoiries. La séance est levée.

L'audience est levée à 13 h 5.
