

CR 2008/7

**Cour internationale
de Justice**

LA HAYE

**International Court
of Justice**

THE HAGUE

ANNÉE 2008

Audience publique

tenue le mardi 29 janvier 2008, à 15 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 Tuesday 29 January 2008, at 3 p.m., at the Peace Palace,

President Higgins presiding,

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

VERBATIM RECORD

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

M. Couvreur, greffier

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

 Registrar Couvreur

Le Gouvernement de la République de Djibouti est représenté par :

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

comme agent ;

M. Phon van den Biesen, avocat, Amsterdam,

comme agent adjoint ;

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

comme conseil et avocat ;

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

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

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

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

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

comme conseils.

Le Gouvernement de la République française est représenté par :

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

comme agent ;

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

M. Hervé Ascensio, 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 Ascensio, Professor at the University of Paris I (Panthéon-Sorbonne),

as Counsel;

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

as Adviser;

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

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

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

comme assistants.

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

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

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

as Assistants.

Le PRESIDENT : Veuillez vous asseoir. L'audience est ouverte. La Cour se réunit cet après-midi pour entendre le second de plaidoiries de la République française. La France aura la parole cet après-midi, jusqu'à 18 heures. Je donne maintenant la parole à M. le professeur Pellet.

M. PELLET : Merci beaucoup, Madame le président.

LA COMPÉTENCE DE LA COUR ET LES CONCLUSIONS DU DEMANDEUR

1. Madame le président, Messieurs les juges, il me revient d'ouvrir les plaidoiries françaises du second tour en présentant quelques remarques sur la compétence de la Cour et sur les demandes contenues dans les conclusions finales de Djibouti. Avec votre permission, Madame le président, le professeur Ascensio me succédera pour discuter l'argumentation de la Partie adverse sur ce qui constitue le cœur même de notre affaire, son seul objet, le refus par la France de donner suite à la commission rogatoire internationale émise par la juge d'instruction auprès du tribunal de grande instance de Djibouti, le 3 novembre 2004. Et puis, si vous le voulez bien, je reviendrai ensuite à cette barre pour me pencher sur la question des immunités de certains officiels djiboutiens, prétendument violées par le défendeur, avant que l'agent de la République française formule de brèves remarques et lise nos conclusions finales.

I. La compétence de la Cour

2. Madame le président, le professeur Condorelli est assez longuement revenu, hier matin, sur la question de la compétence de la Cour¹. Je n'ai pas de querelle avec lui pour ce qui est des points d'accord entre les Parties qu'il a énumérés². Je relève cependant que, si je suis, en principe, bien d'accord sur le fait que l'interprétation des déclarations unilatérales croisées ne peut être «exclusivement grammaticale» — même si je n'ai pas dit cela bien que mon contradicteur me l'impute entre guillemets³, il faut tout de même garder à l'esprit qu'

«[u]ne déclaration unilatérale n'entraîne d'obligations pour l'Etat qui l'a formulée que si elle a un objet clair et précis. En cas de doute sur la portée des engagements

¹ CR 2008/6, p. 8-17 (Condorelli).

² *Ibid.*, p. 8-9, par. 2-5.

³ *Ibid.*, p. 9, par. 4.

résultant d'une telle déclaration, ceux-ci doivent être interprétés restrictivement. Pour interpréter le contenu des engagements en question, il est tenu compte en priorité du texte de la déclaration ainsi que du contexte et des circonstances dans lesquelles elle a été formulée.»⁴

3. Il s'agit là, Madame le président, du septième des principes directeurs de la Commission du droit international applicables aux déclarations unilatérales des Etats susceptibles de créer des obligations juridiques, principe qui s'appuie soigneusement (et presque exclusivement) sur la jurisprudence de la Cour en la matière, et, en particulier, sur les arrêts rendus dans les affaires des *Essais nucléaires* dans lesquels vous avez considéré que «[l]orsque des Etats font des déclarations qui limitent leur liberté d'action future, une interprétation restrictive s'impose» (*Essais nucléaires (Nouvelle-Zélande c. France)*, arrêt, C.I.J. Recueil 1974, p. 267, par. 44 et p. 472 et 473, par. 47). Et la Commission de conclure de ceci : «L'interprète doit donc faire preuve de la plus grande prudence afin de déterminer la portée juridique de telles déclarations unilatérales...»⁵

4. On ne peut pas dire que l'interprétation forte audacieuse de la lettre du ministre des affaires étrangères français du 25 juillet 2006⁶ à laquelle vous appelle le professeur Condorelli fasse preuve de cette «plus grande prudence». C'est en effet par cette lettre que la France a accepté votre compétence dans la présente affaire. Or, il n'est apparemment pas inutile de le rappeler, c'est cette lettre qui constitue le fondement de la compétence de la Cour — pas la requête de Djibouti qui, en elle-même, ne pouvait produire aucun effet, comme d'ailleurs le demandeur le reconnaissait expressément : «la République de Djibouti entend fonder la compétence de la Cour, en application de l'article 38, paragraphe 5, du Règlement de la Cour et est confiante que la République française acceptera de se soumettre à la compétence de la Cour pour le règlement du présent différend»⁷.

5. Vous le savez, Madame le président, la France a répondu à cette confiance. Mais elle l'a fait, comme elle en avait le droit, en circonscrivant soigneusement son consentement au «différend qui fait l'objet de la requête et dans les strictes limites des demandes formulées par la République de Djibouti». Elle a donc assorti son consentement d'une double condition : la Cour n'est

⁴ Commission du droit international, *Rapport sur les travaux de sa cinquante-septième session*, doc. A/61/10, Principes directeurs applicables aux déclarations unilatérales des Etats susceptibles de créer des obligations juridiques, 7^e principe directeur, p. 396.

⁵ Commission du droit international, *Rapport sur les travaux de sa cinquante-septième session*, précitée, p. 396-397, par. 2 du commentaire du 7^e principe directeur.

⁶ MD, annexe II.

⁷ Requête, p. 16, par. 20.

compétente *que* pour se prononcer sur l'objet de la requête — *et* car il y a «et» et non pas «ou», ni «l'objet de la requête tel qu'il est défini par les demandes» — mais «sur l'objet de la requête et dans les strictes limites des demandes» ainsi circonscrites : c'est-à-dire, celles qui correspondent à l'objet de la requête.

6. A cet égard, il est singulier que le demandeur nous reproche de nous fonder sur la définition de l'objet du différend, telle qu'il l'a *lui-même* donnée au paragraphe 2 de sa requête, et qu'il veuille l'assimiler aux demandes que contient aussi, mais par ailleurs, la requête, alors même qu'il cite et l'article 40, paragraphe 1, du Statut de la Cour, qui parle du seul «objet du différend», et l'article 38 du Règlement, qui impose à l'auteur d'une requête devant la Cour d'indiquer «l'objet du différend» — et c'est le paragraphe 1 — et «la nature précise de la demande» — et c'est le paragraphe 2. Et le simple fait que ces exigences soient inscrites dans des dispositions distinctes montre qu'on ne saurait les assimiler en un magma indistinct⁸.

7. Je ne vois dès lors pas pourquoi le professeur Condorelli a cru pouvoir s'emparer d'une prétendue «admission ... absolument claire et dépourvue de toute réserve»⁹ qui résulterait de la constatation de l'agent de la France selon laquelle «certaines des demandes relatives aux atteintes aux immunités du président de la République de Djibouti ou d'autres personnalités officielles figurent incontestablement dans la requête»¹⁰. Assurément, certaines demandes du demandeur portent sur ce point, mais, comme elles n'entrent pas dans l'objet du différend sur lequel porte la requête — tel, encore une fois, que la requête elle-même l'a défini expressément — elles ne relèvent pas de la compétence de la Cour telle que la République française l'a acceptée. Et c'est d'ailleurs très exactement ce que précisait Mme Belliard dans le passage qui suit immédiatement celui que je viens de lire — et qui, seul, fait l'objet d'une citation de la part de mon contradicteur ; elle ajoutait en effet aussitôt que ces demandes relatives aux immunités «sont manifestement dénuées de tout lien avec l'objet du différend» ; et, concluait-elle, ce n'est pas «ce que la République française a accepté»¹¹.

⁸ Voir CR 2008/6, p. 11, par. 8 (Condorelli).

⁹ CR 2008/6, p. 13, par. 11 (Condorelli).

¹⁰ CR 2008/4, p. 20, par. 37 (Belliard).

¹¹ *Ibid.*

8. Certes, la compétence est définie par la «rencontre» de la requête et du consentement donné par le défendeur en application de l'article 38, paragraphe 5, du Règlement, mais, encore une fois, c'est ce dernier, le défendeur, qui fixe *in fine* l'étendue de votre juridiction.

9. Bien qu'il rende un hommage (auquel je suis sensible) au «brillant exercice de gymnastique sémantique et lexicologique» auquel je me serais livré sur la question de la modification subreptice (mais patente) de l'objet du différend lorsque l'on passe de la requête au mémoire¹², le professeur Condorelli, pour une fois, s'abstient de rivaliser en brio sur ce point — alors qu'en matière de brio, on ne lui connaît pas de maître. Il se borne à affirmer que j'aurais «oublié de tenir compte de deux facteurs cruciaux»: il est, a-t-il dit, toujours loisible à un demandeur «de préciser et de compléter sa requête» et d'ailleurs, en l'espèce il s'agit de simples précisions et compléments¹³. Ces observations lapidaires appellent trois remarques.

10. En premier lieu, il me paraît impossible d'admettre qu'un Etat qui introduit une requête sur la base (en elle-même insuffisante) de l'article 38, paragraphe 5, du Règlement, puisse «se réserver le droit» de la compléter ultérieurement — et surtout après que l'acceptation du défendeur a été explicitement donnée «pour le différend qui fait l'objet de la requête et dans les strictes limites des demandes formulées dans celle-ci». Dans un cas de ce genre, l'objet de la requête et les demandes correspondant à cet objet formulées dans la requête constituent les «strictes limites» de la compétence de la Cour et aucune modification, en tout cas aucun élargissement de l'un et des autres ne saurait être admis.

11. En deuxième lieu, je note que M. Condorelli est demeuré prudemment silencieux sur la modification intervenue dans la définition de l'objet du différend lorsque l'on passe de la requête au mémoire. Je me permets de vous renvoyer sur ce point, Madame et Messieurs les juges, à l'exercice non pas de «gymnastique» (c'est une activité dont j'ai horreur !), mais, pour reprendre une expression que mon contradicteur s'est appliqué à lui-même, à l'exercice de «dissection fine»¹⁴ (auquel j'ai essayé de m'atteler) du glissement sémantique opéré par Djibouti de l'un à l'autre de

¹² CR 2008/6, p. 15, par. 16 (Condorelli).

¹³ *Ibid.*

¹⁴ CR 2008/6, p. 33, par. 14 (Condorelli).

ces documents¹⁵ : en prétendant que, dorénavant, l'objet du différend n'est plus le refus d'exécuter la commission rogatoire internationale en violation de plusieurs obligations internationales incombant à la France — ce qui était dit dans la requête, mais la violation, cette fois, dans le mémoire, du refus d'exécution de la commission rogatoire, *ET* la «violation connexe» d'*autres* obligations internationales pesant sur la France, la République de Djibouti ne dit pas la même chose différemment, elle dit tout autre chose — et, ce faisant, elle cherche évidemment à étendre la compétence de la Cour au-delà du consentement donné par la France.

12. Troisièmement et enfin, la position de la Cour permanente dans l'affaire des *Phosphates du Maroc* qu'a invoquée le professeur Condorelli¹⁶ n'est d'aucun secours à la Partie adverse : s'il est évidemment toujours loisible à un Etat qui saisit la Cour de préciser sa position (dans les deux sens du terme : soit parce qu'il en éclaircit le sens, soit parce qu'il limite l'objet de ses demandes), il reste que, dans l'affaire qui nous occupe, on ne se trouve, comme je l'ai montré, ni dans l'un ni dans l'autre de ces cas : en dépit des limitations strictes dont la France a assorti son consentement à la compétence de votre haute juridiction, c'est bien à un élargissement de celle-ci que Djibouti a procédé dans son mémoire puis lors des plaidoiries orales.

13. Cette conclusion vaut évidemment à fortiori s'agissant des demandes de Djibouti qui portent sur des faits postérieurs à la requête. Celles-ci ne concernent pas et ne peuvent pas concerner des «faits ... découlant directement de la question qui fait l'objet de la requête» pour reprendre une citation qu'affectionne M. Condorelli¹⁷, mais justement, sur des questions qui sont en dehors de cet objet. En revanche, ici encore, l'arrêt de la Cour permanente de 1936 est parfaitement pertinent : il montre, au-delà de tout doute, que lorsqu'un Etat entend limiter la compétence de la Cour *ratione temporis* (et la limitation résultant de la lettre du ministre des affaires étrangères du 25 juillet 2006 est générale : *materiae* aussi bien que *temporis*), il convient de faire produire tous ses effets à une telle limitation. Il n'est peut-être pas inutile d'ajouter que c'est aussi dans cet arrêt de 1938 que la Cour permanente a estimé qu'en cas de doute sur l'extension du consentement donné à sa compétence, il conviendrait «de recourir à l'interprétation

¹⁵ Voir CR 2008/4, p. 30-32, par. 14-17 (Pellet).

¹⁶ CR 2008/6, p. 15, par. 16 (Condorelli, citant *Phosphates du Maroc, arrêt, 1938, C.P.J.I. série A/B n° 74*, p. 21).

¹⁷ CR 2008/1, p. 32, par. 25 ; ou CR 2008/6, p. 16, par. 19 (Condorelli, citant *Compétence en matière de pêcheries (République fédérale d'Allemagne c. Islande), fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1974*, p. 203, par. 72).

restrictive» (*Phosphates du Maroc, arrêt, 1938, C.P.J.I. série A/B n° 74, p. 23 ; voir aussi Usine de Chorzów, compétence, arrêt n° 8, 1927, C.P.J.I. série A n° 9, p. 32*).

14. En l'occurrence, il n'est sans doute pas nécessaire que vous suiviez cette recommandation, Madame et Messieurs les juges : il n'est nul besoin que vous interprétiez (restrictivement) l'acceptation de votre compétence, il suffit que vous lisiez la lettre du 25 juillet 2006 : vous êtes — indiscutablement — compétents pour vous prononcer sur la requête de Djibouti, mais vous ne l'êtes que «pour le différend qui fait l'objet de la requête» (et non tel qu'il est défini de manière plus extensive dans le mémoire) *et* «dans les strictes limites des demandes formulées dans celle-ci» — et non pas dans le mémoire, ni à l'issue des plaidoiries orales. Et ceci me conduit, Madame le président, à examiner ces conclusions au regard non plus de votre compétence au sens étroit du terme, mais de ce que l'on pourrait appeler votre «capacité» à faire droit aux demandes ultimes de Djibouti dans le dernier état de leur formulation.

II. Les conclusions du demandeur

15. Alors que la Cour ne saurait retenir sa juridiction à propos de ces dernières demandes, elle est indiscutablement compétente pour se prononcer sur la non-exécution par les autorités gouvernementales et judiciaires françaises de la commission rogatoire internationale émise par la juge d'instruction près le tribunal de grande instance de Djibouti le 3 novembre 2004. Ceci forme, selon la requête, l'objet même du différend soumis à votre haute juridiction.

16. Madame le président, il résulte de ce que je viens de dire que Djibouti était en droit de «préciser» la portée des demandes formulées dans sa requête et rentrant dans l'objet de celle-ci, soit qu'elle les clarifie, soit qu'elle les limite. C'est tout le contraire qui s'est produit : ses nouvelles conclusions sont particulièrement complexes (et, il faut bien le reconnaître, pas vraiment limpides) et elles reposent sur une extension indiscutable de la compétence de la Cour par rapport à l'objet de la requête accepté par la France. En outre, certaines des modalités de mise en œuvre de ses conclusions, suggérées par la Partie demanderesse, ne sauraient être retenues par la Cour.

17. Pour tenter de nous y retrouver dans l'architecture complexe des conclusions de Djibouti, je distinguerai celles qui concernent le refus de la France d'exécuter la commission rogatoire

internationale du 3 novembre 2004 de celles qui sont liées aux prétendues atteintes aux immunités ou à la dignité de certains officiels djiboutiens.

A. Les conséquences du refus d'exécution de la commission rogatoire

18. Alors que la Cour ne saurait retenir sa juridiction à propos de ces dernières demandes — celles concernant les immunités —, elle est indiscutablement compétente pour se prononcer sur la non-exécution de la commission rogatoire internationale du 3 novembre 2004. Ceci forme, selon la requête, l'objet même du différend et y a donné lieu aux demandes figurant sous les *litt. c), d) et h) i)* ; et, *mutatis mutandis*, on retrouve ces demandes sous les numéros 1 et 5 des conclusions du mémoire djiboutien. Et l'obscurité qui résulte du paragraphe 1 des conclusions finales de la République de Djibouti ne constitue pas non plus un obstacle à ce que vous vous prononciez sur cette demande (par celle-ci, le demandeur vous prie de juger «[q]ue la République française a violé ses obligations en vertu de la convention de 1986»¹⁸ en n'exécutant pas la commission rogatoire) : ces précisions amphigouriques n'aident guère à la compréhension de ce que Djibouti attend vraiment de la Cour — mais elles concernent les motifs sur lesquels pourrait reposer votre décision selon le demandeur et pas le dispositif lui-même. Donc, mis à part, bien sûr, que cette demande n'est pas fondée à nos yeux, quel que soit le motif invoqué, ceci ne soulève au moins pas le problème de la compétence ou de la «capacité» de la Cour à se prononcer.

19. Il en va différemment s'agissant de la demande figurant sous le paragraphe 2 des conclusions finales. Elle se présente sous la forme d'une alternative et il me semble utile de la relire :

«La République de Djibouti prie la Cour de dire et juger :

.....

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.»¹⁹

¹⁸ CR 2008/6, p. 64, par. 15.1 (Doualeh).

¹⁹ *Ibid.*, par. 2.

Nos objections à l'encontre de ces conclusions alternatives sont assez nombreuses :

20. En premier lieu, nous ne contestons pas que la Cour puisse, dans certains cas, déclarer que l'Etat responsable doit prendre certaines mesures pour s'acquitter des obligations, primaires ou secondaires, dont elle aurait reconnu la violation dans l'arrêt. En revanche, dans tous les cas où elle a opéré ainsi, la Cour s'est bien gardée d'enjoindre les Etats de procéder d'une manière déterminée²⁰. Et l'arrêt *Papamichalopoulos* de la Cour européenne des droits de l'homme que M. van den Biesen a cité comme un précédent (unique d'ailleurs) allant en sens contraire²¹ est en réalité un contre-exemple ; il confirme pleinement cette retenue : contrairement à ce que notre contradicteur laisse entendre, la prétendue injonction de restituer adressée à l'Etat défendeur dans cette affaire n'était que l'une des solutions envisagées par la Cour de Strasbourg, qui a dit par ailleurs dans ce même arrêt que, «faute d'une telle restitution, l'Etat défendeur doit verser aux requérants, dans les six mois, 5 551 000 000 (cinq milliards cinq cent cinquante et un millions) drachmes pour dommage matériel»²². Cela va, en réalité, beaucoup plus loin dans le respect des compétences propres de l'Etat pour mettre en œuvre la décision d'une juridiction internationale que l'arrêt *Johnston* que j'avais cité vendredi²³. Pour reprendre l'expression très claire de la Cour européenne des droits de l'homme dans un autre arrêt encore — qui reflète bien sa jurisprudence constante :

«Il est entendu ... que l'Etat défendeur reste libre, sous le contrôle du comité des ministres, de choisir les moyens de s'acquitter de son obligation juridique au regard de l'article 46 de la Convention pour autant que ces moyens soient compatibles avec les conclusions contenues dans l'arrêt de la Cour»²⁴.

Si la Cour devait se placer sur le terrain de la restitution, il va de soi, me semble-t-il, qu'elle ne pourrait, quant aux modalités, que s'en remettre à la République française, à l'image de ce que fait la Cour européenne dans un contexte régional, dans lequel les solidarités sont, pourtant,

²⁰ Voir CR 2008/5, p. 57-58, par. 11-12 (Pellet).

²¹ CR 2008/6, p. 56-57, par. 8.

²² 31 octobre 1995, *Papamichalopoulos c. Grèce*, Rec A330-B, dispositif, par. 3 ; voir aussi p. 58-59, par. 34 ; disponible sur : <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=2&portal=hbkm&action=html&highlight=Papamichalopoulos&sessionid=5014436&skin=hudoc-fr>.

²³ Voir CR 2008/5, p. 57-58, par. 12 (Pellet citant C.E.D.H., 18 décembre 1986, requête n° 9697, série A n° 112, par. 77 — également disponible sur <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=Johnston&sessionid=5015581&skin=hudoc-fr>).

²⁴ 13 juillet 2000, *Scozzari et Giunta c. Italie*, requêtes n° 39221/98 et 41963/98, Rec. 2000-VIII, par. 249. Voir aussi : Grande Chambre, 12 mai 2005, *Ocalan c. Turquie*, requête n° 46221/99, Rec. 2005-IV, ou 17 janvier 2008, *Arasov c. Azerbaïdjan*, requête n° 24271/05).

particulièrement étroites. Et je note que, en passant, M^e van den Biesen a fait part de l'accord de l'Etat demandeur sur ce point²⁵.

21. Mais nous avons la très ferme conviction que vous ne vous estimerez pas en mesure, Madame et Messieurs les juges, d'ordonner une telle restitution, *restitutio in integrum* — pas je le répète, parce que, dans l'abstrait et d'une manière générale, vous seriez, dans tous les cas, empêchés d'indiquer qu'une restitution s'impose — à condition de laisser l'Etat responsable d'un manquement en déterminer les modalités, mais parce que, *en la présente occurrence*, compte tenu des circonstances de l'espèce, vous ne pourriez prendre une décision de ce type en toute connaissance de cause. Le demandeur l'a dit lui-même, Madame le président, «la Cour n'est pas la République française» («The Court is not the French Republic»)²⁶. Ce n'est pas méprisant ; c'est un constat — mais un constat qui n'est pas sans portée juridique : la France (en tout cas les juges français et, plus précisément, la juge d'instruction près le tribunal de grande instance de Paris, qui est en charge depuis cinq ans d'une instruction ouverte il y a plus de onze ans) est en possession de tous les éléments de ce dossier qui, en 2006 comptait déjà 35 volumes — sans aucun doute plus depuis lors. Or, c'est au vu de l'ensemble de ce dossier que Mme Clément a estimé que sa communication aux autorités judiciaires djiboutiennes serait contraire à des intérêts essentiels de la France et participerait d'«un détournement de procédure effectué dans le seul but de prendre connaissance d'un dossier contenant notamment des pièces mettant en cause le procureur de la République de Djibouti dans une autre information suivie à Versailles»²⁷. Et je me permets, Madame et Messieurs de la Cour de vous renvoyer sur ce point au soit transmis du 8 février 2006 qui figure dans l'annexe XIII du petit dossier des juges que nous avons préparé.

22. Les autorités gouvernementales françaises se sont appuyées sur le premier de ces motifs ; mais cela ne signifie pas que le second ne pourrait pas, également, justifier le refus opposé par la France à la commission rogatoire internationale — après tout, le détournement ou l'abus de

²⁵ CR 2008/6, p. 57, par. 9 (van den Biesen).

²⁶ *Ibid.*, p. 57, par. 11.

²⁷ Soit transmis du 8 février 2005, CMF, annexe XXI.

procédure est une notion reçue en droit international²⁸ et l'on ne peut exclure que d'autres raisons, juridiquement fondées au regard tant de la convention de 1986 que des principes généraux du droit des gens, puissent également conforter la position de la France.

23. Car au fond, Madame le président, que reproche vraiment le demandeur à la République française ? C'est assez facile à comprendre grâce, je le reconnais, à la confusion qu'il effectue entre les conclusions et les moyens qui résulte de sa première demande. Il lui reproche d'abord :

- De ne pas «avoir mis en œuvre son engagement en date du 27 janvier 2005». Mais cet «engagement» (parfaitement fictif au demeurant) était, si on l'interprète comme une acceptation de transmettre le dossier Borrel, clairement contraire aux termes mêmes de la convention — dont Djibouti dit rechercher (et ne rechercher que) l'application, comme Hervé Ascensio le montrera dans quelques instants. Mais, même en admettant que cette lettre (dont l'auteur proclamait la compétence du «seul» juge d'instruction chargé du dossier) traduisît un engagement de la part de la France — *quod non*, il ne vous serait possible d'«enjoindre» la France de s'y tenir que si aucune raison justifiant, en droit, de ne pas le faire, n'existe au regard du droit international. Je vois mal comment vous pourriez vous en assurer dans l'état actuel de vos informations et alors que les deux Parties sont en total accord sur un point, une fois n'est pas coutume : la requête que Djibouti vous a soumise ne porte pas sur l'«affaire Borrel». Dans cet esprit, le demandeur n'a d'ailleurs jamais demandé ni suggéré que la France communiquât le dossier correspondant à la Cour (dont je me permets de remarquer respectueusement qu'il ne lui appartient évidemment pas d'évoquer un dossier pénal et qu'elle n'est, de toute manière, sans doute pas très bien équipée pour examiner un tel dossier).
- «Subsidiairement», la République de Djibouti se plaint d'abord de ce que la France n'aurait pas «exécuté son obligation [toujours de donner suite à la commission rogatoire de 2004] en vertu de l'article 1 de la convention». Mais cet article 1, qui renvoie à l'ensemble des «dispositions de la convention», ne se suffit pas à lui-même et force est de se demander quel(s) article(s) (au

²⁸ Voir notamment, *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, arrêt, C.I.J. Recueil 1996*, p. 622, par. 44 (*a contrario*). Voir aussi, par exemples : J. E. S. Fawcett, *Détournement de pouvoir by International Organizations, BYBIL*, 1957, p. 311-317 ; ou C. F. Amerasinghe, *The Law of the International Civil Service: (As Applied by International Administrative Tribunals)*, Clarendon Press, Oxford, 1994, 2^e éd., vol. II, p. 31. Voir en outre, TANU, jugement n°297, *Panis*, 1982 ; pour le TAOIT, jugements n°38, *Reynolds c. FAO*, n° 248, *Nowakowski c. O.M.M.*, n°447, *Quiñonesc. PAHO/OMS*.

singulier ou au pluriel) l'Etat défendeur aurait violé selon Djibouti : il peut s'agir des articles 2 (qui permet que l'entraide judiciaire soit refusée) ou 17 (qui impose que tout refus soit motivé). En d'autres termes, c'est d'un défaut de notification ou de motivation qu'il s'agirait. Or, à ma connaissance, dans aucun système juridique, un défaut de notification ou de motivation n'entraînerait *ipso facto* une obligation d'exécution, dans un cas de ce genre.

— Et le même raisonnement vaut en ce qui concerne la seconde conclusion subsidiaire : si le refus d'exécuter la commission rogatoire notifié par la lettre du 31 mai 2005 — il s'agit du refus —, était illicite, ce ne pourrait être que parce que le motif contenu dans cette lettre serait ou insuffisant ou contestable, mais la conséquence ne pourrait en être que la constatation de cette prétendue illicéité et, peut-être, l'obligation pour la France, de motiver plus correctement son refus.

24. Du reste, une injonction que la Cour en viendrait à adresser à la France de transmettre le dossier Borrel à la République de Djibouti ne constituerait en aucune manière un retour au *statu quo ante*. A cet égard, l'affaire *Yerodia* n'est pas du tout un précédent. Dans cette affaire, la mise à néant du mandat d'arrêt a pu être exigée par la Cour parce que, antérieurement à son émission, — à l'émission du mandat — l'intéressé n'était pas exposé à la menace de l'exécution d'un tel mandat. Dans la présente affaire, en revanche, il ne s'agirait ni plus ni moins que de «rétablir» une situation qui n'a jamais existé antérieurement : la République de Djibouti n'a pas été dépossédée du dossier par un comportement prétendument illicite de la France ; elle n'a jamais eu ce dossier en sa possession. Sous couvert de «restitution», de *restitutio in integrum*, le demandeur ne cherche nullement le retour au *statu quo ante* ; c'est, je dirais, un «retour vers le futur» (back to the future) qu'il voudrait vous faire ordonner. Au demeurant il ne s'agissait, dans l'affaire du *Mandat d'arrêt*, que du retrait d'un acte existant, et pas d'une mesure positive comme cela est demandé par Djibouti. Ceci ne correspond nullement à la définition très généralement admise de la restitution en cas de responsabilité pour fait internationalement illicite, définition qui est reflétée par l'article 35 des articles de la CDI sur la responsabilité de l'Etat : «L'Etat responsable du fait internationalement

illicite a l'obligation de procéder à la restitution consistant dans le rétablissement de la situation qui existait *avant* que le fait illicite ne soit commis...»²⁹

25. Encore une fois, Madame le président, l'injonction que la République de Djibouti vous demande d'adresser à la France ne rétablirait nullement la situation qui existait *avant* que le refus de la commission rogatoire soit décidé, mais celle qui, selon Djibouti, devrait exister. Une telle demande, tout à fait exorbitante du droit commun, ne rentre dans aucune des «rubriques» connues de la réparation en droit international. Nous pensons que vous ne sauriez y procéder.

26. Et le fait que le demandeur vous prie, «subsidiairement», d'ordonner à la France de «transmettre le «dossier Borrel» à la République de Djibouti dans les conditions et modalités déterminées par la Cour»³⁰ ne change rien à l'affaire.

27. Je comprends que Monsieur le juge Bennouna ait manifesté une certaine curiosité à cet égard et ait demandé au requérant des éclaircissements sur ce qu'il entendait par-là³¹. Je ne sais s'il a été satisfait par la réponse de Djibouti³², mais je dois dire qu'elle nous a laissés sur notre faim. Selon M. van den Biesen,

- cela pourrait vouloir dire que la Cour préciserait que la France doit communiquer tout le «dossier Borrel» «par les moyens de son choix»³³ ; mais, nous l'avons vu, il ne peut, de toute façon pas en aller autrement ; il s'agit-là si je puis dire de la formule plancher rigoureusement minimale en droit international lorsque rien ne s'oppose à une injonction contrairement à ce qui est évidemment le cas en l'espèce ;
- la Cour pourrait aussi fixer, nous dit M. van den Biesen, un délai pour la remise du dossier
 - avec ou sans délai, les problèmes que je viens d'exposer, demeurent entiers ; ou encore :
- «the Court could decide that the two pages mentioned before [that is two pages which were formerly covered by the *secret-défense* and which have been declassified] were not to be part of the file that would have to be transmitted»³⁴.

²⁹ Les italiques sont de nous.

³⁰ CR 2008/6, p. 64, conclusions 2 ii) (Doualeh).

³¹ V. CR 2008/5, p. 63-64.

³² V. CR 2008/6, p. 57, par. 10 (van den Biesen).

³³ *Ibid.*

³⁴ *Ibid.*

28. Le professeur Ascensio reviendra, dans quelques instants sur la question des documents déclassifiés (qui concernent bien plus que deux feuillets). Mais, je le répète, la question n'est pas seulement là : ces documents ne sont qu'une partie d'un tout ; et c'est l'ensemble du dossier qui présente un caractère suffisamment sensible pour que la juge d'instruction ait estimé que sa communication serait contraire à des intérêts essentiels de la France — ne serait-ce d'ailleurs que parce qu'ils «met sur la voie» non seulement des documents déclassifiés — et déclassifiés ne signifie pas publics en droit français — mais aussi sur la voie d'autres documents, qui demeurent, quant à eux, soumis au secret-défense. Dès lors que ce soit au principal ou sous sa forme «subsidaire» (et toujours passablement obscure), la deuxième conclusion de la République de Djibouti ne saurait être accueillie par la Cour.

B. Les conséquences des prétendues atteintes aux immunités et à la dignité de certains officiels djiboutiens

29. Je serai beaucoup plus rapide sur les conséquences que Djibouti voudrait vous voir tirer des prétendues atteintes aux immunités et à la dignité de certains officiels djiboutiens — dont, fondamentalement, la Cour n'a pas compétence pour connaître.

30. Par ses troisième, quatrième, sixième et septième conclusions, le demandeur prétend obtenir de la Cour un arrêt déclaratoire selon lequel la France aurait violé ses obligations en la matière³⁵. Sur le principe, rien ne s'oppose à ce que la Cour fasse droit à de telles demandes (ce qui ne signifie bien sûr pas que nous reconnaissons leur bien-fondé). Néanmoins, je ne peux pas résister à la tentation d'attirer au passage votre attention, Madame et Messieurs de la Cour, sur la conclusion, disons, déroutante, par laquelle Djibouti vous prie de constater que la France a violé ses obligations «en essayant de répéter» en 2007 l'atteinte que l'invitation à témoigner de 2005 aurait causée aux immunités, à l'honneur et à la dignité du président Guelleh³⁶... Je prends note et j'y reviendrai à la fin de l'après-midi.

31. Sans qu'il soit nécessaire de répéter ce que j'ai dit précédemment au sujet des limites qui s'imposent quant aux injonctions que la Cour pourrait adresser aux Etats, et qui s'applique en partie aux conclusions n^{os} 5 et 8, celles-ci appellent en revanche quelques remarques spécifiques.

³⁵ CR 2008/6, p. 65 (Doualeh).

³⁶ CR 2008/6, p. 65, conclusion 3 ii) (Doualeh).

32. Par la première (la cinquième), Djibouti prie la Cour de dire et juger «[q]ue 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»³⁷. Comme je l'ai dit vendredi dernier³⁸ et comme j'aurai l'occasion de le redire tout à l'heure, cette «convocation» est nulle et non avenue et a, de toute manière, été remplacée par l'invitation à déposer du 14 février 2007, dont le demandeur ne conteste pas la validité et ne prétend pas (sinon de la façon alambiquée dans sa troisième conclusion, que j'ai mentionnée il y a un instant) qu'elle ait porté atteinte à l'immunité dont bénéficie le chef de l'Etat djiboutien. Il n'y a donc pas lieu pour la Cour de statuer sur cette demande, qui est dépourvue de tout objet.

33. Très subsidiairement, si vous considérez néanmoins, Madame et Messieurs les juges, que l'acte de procédure de 2005 avait porté la moindre atteinte à la dignité, à l'honneur ou à la dignité de M. le président Guelleh, vous ne pourriez que constater que les mises au point faites par plusieurs autorités officielles françaises³⁹ constituent une réparation appropriée sous la forme d'une satisfaction. A cet égard, M^e van den Biesen a fait mine de s'interroger : «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?»⁴⁰. La réponse est simple : alors même que, selon la République française, la «convocation» (sans la moindre menace de recours à la contrainte) n'a pu porter aucune atteinte à l'immunité ou à la dignité du président Guelleh ; elle n'en était pas moins contraire aux prescriptions de l'article 656 du code de procédure pénale. Et c'est cette irrégularité qui a conduit au désaveu (très formel) en question qui est, dès lors, également une satisfaction pour le chef de l'Etat de Djibouti.

34. Quant aux actes de procédure qui concernent les autres officiels djiboutiens, que le demandeur a «introduits» dans l'affaire — alors qu'ils n'y sont nullement «connexes», Djibouti en demande également l'annulation. Ils sont, je le montrerai tout à l'heure, parfaitement réguliers et ne peuvent porter atteinte à des immunités que ces personnes n'ont pas. Mais il y a, en ce qui les

³⁷ *Ibid.*, conclusion 5.

³⁸ CR 2008/4, p. 36-37, par. 35 ; p. 61, par. 18.

³⁹ Voir CMF, télécopie du 19 mai 2005 du ministère des affaires étrangères à l'ambassadeur de Djibouti en France, annexe XXIX ; CMF, déclaration du porte-parole du ministère des affaires étrangères en date du 18 mai 2005, annexe XXX.

⁴⁰ CR 2008/6, p. 26, par. 25 (van den Biesen).

concerne, plus qu'une incompetence de la Cour : jusqu'au dépôt de la requête, ces actes n'avaient jamais été contestés sur le terrain des immunités, sur lequel s'est porté l'Etat requérant exclusivement devant la Cour, alors que ni lui, ni les officiels intéressés ne les avaient jamais fait valoir auparavant ; on doit dès lors considérer qu'il n'existe pas de différend en ce qui les concerne — ou plutôt peut-être que le contentieux ne s'est pas noué.

35. Quant aux conclusions relatives à la cessation du comportement prétendument illicite de la République française et aux «assurances et garanties spécifiques de non-répétition», qui font l'objet des conclusions n^{os} 10 et 11 de la République de Djibouti, je les ai largement commentées vendredi⁴¹ et, comme les avocats du demandeur n'y sont pas revenus, je n'ai rien à ajouter (ni à retrancher d'ailleurs !) à ce que j'avais dit alors.

36. Juste un mot de conclusion, si vous le voulez bien, Madame le président. Pour décrire la position de la République française au sujet de l'invitation à témoigner du 17 mai 2005, M. van den Biesen l'a caractérisée, «d'après Shakespeare», comme «Beaucoup de bruit pour rien» («Much ado about nothing»)⁴². J'avoue ne pouvoir m'empêcher de penser ceci de la plupart des demandes que la République de Djibouti a soumises à la Cour. Au départ, Djibouti a saisi la haute juridiction, de la question, technique, du refus de l'exécution de la commission rogatoire du 3 novembre 2004. La France a accepté votre compétence à cette fin. Tout le reste n'est, pour reprendre une expression qu'affectionne M^e van den Biesen⁴³, qu'un écran de fumée.

37. Voici, Madame le président, qui conclut ma première intervention. Je vous serais reconnaissant de bien vouloir donner la parole à Hervé Ascensio.

The PRESIDENT: Thank you, Professor Pellet. I now call Professor Ascensio.

M. ASCENSIO :

⁴¹ CR 2008/5, p. 59-60, par. 17 (Pellet).

⁴² CR 2008/6, p. 24, par. 22 (van den Biesen).

⁴³ Cf. CR 2008/1, p. 40, par. 24 ; p. 42, par. 29 et 30.

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

1. Madame le président, Messieurs les juges, il m'incombe aujourd'hui de répondre aux arguments présentés lors de son second tour de plaidoiries par la Partie demanderesse à propos des prétendues violations du traité d'amitié et de coopération du 27 juin 1977 et de la convention d'entraide judiciaire en matière pénale du 27 septembre 1986. Ceci étant, l'essentiel de cette plaidoirie sera consacré à la convention de 1986 et je me contenterai de quelques remarques préliminaires concernant le traité de 1977.

2. Le conseil de la République de Djibouti a à nouveau soutenu que la République française déniait au traité d'amitié et de coopération de 1977 toute portée contraignante⁴⁴. Il me faut par conséquent répéter que le traité ne contient aucune obligation juridique précise *en rapport avec* l'entraide judiciaire en matière pénale et qui imposerait la transmission du dossier Borrel. Pour le reste, les obligations contenues dans le traité ne concernent pas le présent différend et il n'est donc pas nécessaire pour la Partie défenderesse d'en faire l'analyse devant la Cour. La République française n'a rien dit de plus, ni de moins, lors du premier tour de plaidoiries ou dans le contre-mémoire.

3. Par ailleurs, le conseil de la République de Djibouti n'est à aucun moment revenu sur le champ d'application du traité de 1977. La limitation à des matières autres que celle qui nous occupe dans le présent différend résulte pourtant du préambule et vaut pour l'ensemble de ses dispositions, y compris les articles 5 et 6. De plus, pour ce qui concerne l'article 5, l'expression d'«organismes nationaux publics» désigne à l'évidence des organismes de caractère techniques spécialisés dans la coopération extérieure ; il n'est pas d'usage de qualifier le pouvoir judiciaire d'«organisme». Quant à l'article 6, relatif à la commission de coopération franco-djiboutienne, il a un rôle modeste, comme je l'indiquais lors du premier tour de plaidoiries, incompatible avec les effets surprenants que la Partie demanderesse entendait lui faire produire.

4. A cet égard, il n'est pas inintéressant de relever que le conseil de la République de Djibouti n'a pas approfondi sa théorie d'une violation indirecte du traité de 1977 par le biais d'une

⁴⁴ CR 2008/6, p. 28, par. 3 (Condorelli).

supposée violation «grave» de la convention de 1986. Cette théorie nous paraît toujours devoir être rejetée par la Cour.

5. Ces remarques étant faites, il convient désormais de se concentrer sur la convention d'entraide judiciaire en matière pénale du 27 septembre 1986. Afin de répondre aux remarques de la République de Djibouti, je reprendrai la structure retenue pour ma plaidoirie du premier tour et distinguerai l'argumentation principale de la Partie demanderesse (I) de ses argumentations subsidiaires (II).

I. L'argumentation principale de la Partie demanderesse à propos de la prétendue violation de la convention de 1986

6. Madame le président, j'ai écouté avec attention les plaidoiries de la Partie demanderesse lundi matin et je crains fort de n'avoir entendu aucune analyse de l'article 3 de la convention de 1986. Je n'ai pas non plus entendu le professeur Condorelli contester avoir admis la parfaite conformité à l'article 3 de la convention de la procédure conduite par les autorités françaises à l'occasion de la demande de transmission du dossier Borrel⁴⁵.

7. En revanche, M^e van den Biesen est revenu sur les propos que j'avais relevés lors du premier tour de plaidoiries, et même très fermement⁴⁶. Il prétend désormais que les termes «this is the reality with which also the Applicant ... have to live»⁴⁷ ne voulaient pas dire ce qu'ils veulent dire mais leur exact contraire, à savoir que la Partie demanderesse n'entend pas vivre avec cet état du droit français. Il s'est ensuite lancé dans une analyse critique assez inédite concernant l'application par les autorités françaises du droit français. Ceci me contraint à revenir brièvement sur la procédure interne d'examen de la demande de transmission du dossier Borrel et sur son importance au regard des obligations internationales de la République française.

8. Selon M^e van den Biesen, la République de Djibouti n'avait aucun moyen de connaître l'existence ni le statut du soit transmis de la juge d'instruction Sophie Clément⁴⁸. Il cherche ensuite à jeter le doute quant à l'état du droit français à l'époque des faits, en citant la position du

⁴⁵ CR 2008/2, p. 12, par. 8 (Condorelli).

⁴⁶ CR 2008/6, p. 39, par. 9 (van den Biesen).

⁴⁷ CR 2008/2, p. 46, par. 57 (van den Biesen).

⁴⁸ CR 2008/6, p. 39, par. 10 (van den Biesen).

procureur de la République de Paris et certains passages d'une circulaire du ministère de la justice d'avril 2004, tels que reproduits dans un arrêt du 19 octobre 2006 de la chambre de l'instruction de la cour d'appel de Paris⁴⁹. Cet arrêt porte sur la procédure ouverte à la suite d'une plainte de Mme Borrel du chef de «commentaire tendant à exercer des pressions en vue d'influencer la décision d'une juridiction d'instruction ou de jugement»⁵⁰. Il s'agit donc d'une procédure distincte de l'examen de la demande de transmission du dossier Borrel et distincte de la procédure instruite au cabinet de Mme Clément. A tout cela s'ajoute une interprétation de l'article 694-2 du code de procédure pénale propre au coagent de la Partie demanderesse⁵¹. Voilà les seuls arguments de la Partie demanderesse concernant le droit français.

9. Avant tout, il faut rappeler que, selon l'article 3, paragraphe 1, de la convention de 1986, les commissions rogatoires internationales doivent être exécutées par l'Etat requis «conformément à sa législation interne». La jurisprudence est également couverte par cette disposition, puisqu'il revient aux juridictions françaises d'interpréter la législation française.

10. Pour la question qui nous occupe, le code de procédure pénale français est parfaitement clair. Je rappelle ici certains points qui figurent également dans le contre-mémoire. D'après l'article 694-2 du code de procédure pénale, les demandes d'entraide sont exécutées par le procureur de la République sauf «lorsqu'elles nécessitent certains actes de procédure qui ne peuvent être ordonnés ou exécutés qu'au cours d'une instruction préparatoire»⁵². C'est dans ce cas que le procureur de la République transmet la demande au juge d'instruction. En effet, le juge d'instruction est seul compétent pour délivrer des copies de pièces de son dossier, compétence qui résulte des articles 81, alinéa 2, du code de procédure pénale, et de l'article 82 du code de procédure pénale⁵³ — l'article 81, qui est le plus important, figure dans votre dossier à l'annexe XIX.

11. De ce fait, le juge d'instruction est compétent pour refuser d'exécuter une demande d'entraide susceptible de porter atteinte aux intérêts essentiels de la France. Je rappelle d'ailleurs

⁴⁹ CMF, annexe XI.

⁵⁰ CR 2008/4, p. 23, par. 44 (Belliard).

⁵¹ CR 2008/6, p. 42, par. 19 (van den Biesen).

⁵² CMF, annexe XVII.

⁵³ CMF, annexe XVIII et annexe XIX.

au conseil de la République djiboutienne qu'il ne s'agit pas là de ma «propre interprétation» du droit français⁵⁴, mais de la position de la République française. L'arrêt de la cour d'appel de Paris du 19 octobre 2006, annexé par la République française à son contre-mémoire, vient confirmer cette analyse.

12. Au surplus, la République de Djibouti ne peut nier que la lettre de M. Le Mesle du 1^{er} octobre 2004, figurant à l'annexe 18 de son mémoire, et également reproduite dans votre dossier à l'annexe 17, faisait expressément référence au juge d'instruction dans la procédure d'examen des demandes d'entraide. Il y est écrit noir sur blanc que «le juge d'instruction chargé du dossier» est «seul compétent pour délivrer les copies de pièces».

13. Il est vrai que M^e van den Biesen tente de jeter un voile d'ombre sur ce passage essentiel, en recourant à une argumentation des plus fallacieuses. Elle consiste à lier à nouveau, et sur le plan de la procédure, les deux demandes djiboutiennes de transmission du dossier Borrel. Bien qu'il admette que ces demandes sont distinctes⁵⁵, il explique néanmoins que la seconde, la commission rogatoire internationale du 3 novembre 2004, doit tout simplement bénéficier de la procédure conduite à l'occasion de l'examen de la première demande, celle du 17 juin 2004. Dès lors, il n'y aurait plus eu qu'à accomplir la dernière étape, l'acceptation définitive de la demande par la lettre du 27 janvier 2005, interprétée évidemment selon les vœux de la République de Djibouti⁵⁶.

14. Madame le président, c'est faire bien peu de cas du droit français et, à travers lui, de l'article 3 de la convention de 1986 qui y renvoie ! Face à une telle désinvolture, je ne peux que répéter ce que j'avais dit précédemment à propos des deux demandes : il faut insister sur ce qui les distingue quant à la procédure et sur ce qui les rapproche quant au fond⁵⁷.

15. M^e van den Biesen a parfaitement admis que les deux demandes étaient distinctes du point de vue de la procédure⁵⁸. Pourquoi faudrait-il dès lors que la procédure interne suivie pour la commission rogatoire internationale se dispense de suivre les mêmes étapes que celle suivie pour la première demande djiboutienne ? Pourquoi faudrait-il que le passage par la juge d'instruction à

⁵⁴ CR 2008/6, p. 40, par. 15 (van den Biesen).

⁵⁵ CR 2008/6, p. 38, par. 4-5 (van den Biesen).

⁵⁶ CR 2008/6, p. 42-43, par. 19-21 (van den Biesen).

⁵⁷ CR 2008/4, p. 57, par. 45 (Ascensio).

⁵⁸ CR 2008/6, p. 38, par. 4-5 (van den Biesen).

l'occasion de la première démarche vaille blanc-seing pour la seconde, c'est-à-dire l'examen de la commission rogatoire internationale ? Chaque demande requiert la mise en œuvre de l'ensemble de la procédure, avec toutes les étapes prévues par le droit français. L'on s'en voudrait de rappeler pareille évidence si l'on n'y était contraint par la Partie demanderesse.

16. Le rapprochement entre les deux demandes est seulement dû à l'identité quant au fond, c'est-à-dire quant à l'objet de la demande. Deux demandes successives pour un même objet, voire pour un même but : voilà ce qui est, pour reprendre l'expression de M^e van den Biesen, «relevant in assisting us to better understand the facts of the case»⁵⁹.

17. Je poursuis rapidement mon relevé des curiosités exposées lors du second tour de la plaidoirie par M^e van den Biesen. Celui-ci explique avoir fait référence à des conversations tenues au palais de Justice de Paris entre le procureur de Djibouti et le procureur de la République de Paris en mai 2004 comme «evidence of a clear intention», alors que justement il n'a en particulier fourni aucune preuve du contenu de ces conversations⁶⁰.

18. Il fait dire à M. Le Mesle, dans sa lettre du 1^{er} octobre 2004 — lettre qui figure à votre dossier, toujours à l'annexe 17 — que le rôle du juge d'instruction se limiterait toujours à un contrôle des formes, alors que cette lettre se borne à dire qu'*en l'espèce* la première demande a été rejetée en raison du non-respect des formes par l'Etat demandeur⁶¹. On ne voit d'ailleurs aucun rapport entre le fait que le juge d'instruction est seul compétent pour réaliser une copie du dossier, comme l'indique l'article 81, alinéa 2, du code de procédure pénale, et le fait qu'il devrait se limiter à un contrôle formel.

19. Le conseil de la Partie demanderesse désigne la lettre de M. Le Mesle du 27 janvier 2005 comme une «letter of commitment»⁶², alors que le contenu de la lettre et son contexte montrent clairement que M. Le Mesle se plaçait au début de la procédure, lorsqu'il indiquait avoir demandé que tout soit «mis en œuvre» pour que la copie du dossier soit transmise⁶³.

⁵⁹ CR 2008/6, p. 38, par. 5 (van den Biesen).

⁶⁰ CR 2008/6, p. 42, par. 18 (van den Biesen).

⁶¹ CR 2008/6, p. 42, par. 19 (van den Biesen).

⁶² CR 2008/6, p. 42-43, par. 20 (van den Biesen).

⁶³ MD, annexe 21.

20. Enfin, le conseil de la Partie demanderesse mentionne l'arrêt de la Cour du 10 octobre 2002 dans l'affaire de la *Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria*, à propos de l'absence en droit international d'une obligation générale d'information quant à l'état du droit interne dans les autres Etats⁶⁴. Mais la question n'est pas là. Il existe une obligation juridique spécifique à l'article 3, paragraphe 1, de la convention de 1986, disposition que la République de Djibouti s'efforce décidément d'oublier. Elle requiert de l'Etat requis qu'il agisse selon son droit interne pour exécuter les commissions rogatoires internationales. Dès lors, l'on ne voit pas comment cela peut lui être reproché par l'Etat requérant.

II. Les argumentations subsidiaires de la Partie demanderesse à propos de la prétendue violation de la convention de 1986

21. Madame le président, j'en viens maintenant aux argumentations subsidiaires de la Partie demanderesse. Le débat juridique tourne autour de l'interprétation et la mise en œuvre des articles 2 et 17 de la convention, à savoir le motif du refus d'entraide d'une part (A), l'obligation de motiver d'autre part (B).

A. Le motif du refus d'entraide

22. Afin de répondre aux arguments du professeur Condorelli et de M^e van den Biesen concernant le motif du refus d'entraide, je m'intéresserai tout d'abord à l'interprétation générale de l'article 2 c) de la convention de 1986, puis aux motifs du refus de transmettre le dossier Borrel.

1) L'analyse générale de l'article 2 c)

23. Concernant l'article 2 c) de la convention de 1986, le conseil de la République de Djibouti a bien voulu me signaler que les paragraphes 143 à 150 du mémoire djiboutien mentionnaient cet article. Je l'en remercie, car cela est exact. Je me permettrai seulement à mon tour de lui signaler que ce passage traitait des intérêts essentiels de l'Etat comme une cause d'exonération de responsabilité⁶⁵, alors que la République française soutient, quant à elle, qu'elle n'a commis aucun acte illicite.

⁶⁴ CR 2008/6, p. 43, par. 22 (van den Biesen).

⁶⁵ MD, p. 53, par. 142, et p. 55, par. 150.

24. Mais ceci n'est sans doute pas fondamental. La question de l'autorité habilitée à définir ce que sont les intérêts essentiels de l'Etat au titre de l'article 2 c) est plus importante. A cet égard, le conseil de la Partie demanderesse soutient toujours que l'interprétation de cet article tel qu'il est, c'est-à-dire avec l'expression «l'Etat requis estime», conduirait à faire perdre tout effet utile à la convention de 1986. Cette affirmation est doublement erronée. Elle l'est *in abstracto* et elle l'est *in concreto*.

25. *In abstracto*, il n'est pas possible de rejoindre l'analyse présentée par le conseil de la Partie demanderesse à propos des clauses du type de celles figurant à l'article 2 c) de la convention de 1986. Il faut dire que le professeur Condorelli a une fâcheuse tendance à me faire dire ce que je n'ai pas dit, afin de me contredire. Il convoque alors l'«arbitraire absolu» et «le pouvoir discrétionnaire sans bornes», caricaturant la position de la République française⁶⁶, y compris lorsqu'il lui concède une «attitude pudique»⁶⁷ ! Lorsqu'on grossit le trait, la réponse devient forcément plus aisée ; mais ce n'est plus véritablement une réponse.

26. Tout d'abord, les éléments que la République française a estimé pouvoir inclure dans le dossier soumis à la Cour suffisent à démontrer que la transmission du dossier Borrel était de nature à porter atteinte aux intérêts essentiels de la France. Je reviendrai sur ces éléments dans un moment. Prendre position sur les clauses du type de celles figurant à l'article 2 c) ne serait véritablement utile que dans le cas où lesdits éléments ne suffiraient pas à démontrer que la République française n'a nullement violé la convention de 1986.

27. En deuxième lieu, il est bien évident que les dispositions d'un traité doivent être interprétées et exécutées de bonne foi, conformément au droit des traités. Là où l'interprétation française diverge de celle exposée par le professeur Condorelli, c'est à propos des effets que la Partie demanderesse souhaite faire produire à la bonne foi, alliée pour la circonstance au raisonnable.

28. Le conseil de la Partie demanderesse, dans son exposé oral du premier tour de plaidoiries, demandait à la Cour rien de moins que de «vérifier que les motifs ... pour justifier le

⁶⁶ CR 2008/6, p. 32, par. 13 (Condorelli).

⁶⁷ CR 2008/6, p. 32, par. 12 (Condorelli).

refus sont bien existants, qu'ils sont sérieux» et même «qu'ils sont *pertinents*»⁶⁸. Cette interprétation est la cause des demandes adressées par la République de Djibouti à la Cour, selon lesquelles elle devrait se substituer aux autorités nationales pour apprécier ce que sont les intérêts essentiels de l'Etat et enjoindre à la France de transmettre le dossier. Mais le professeur Pellet a déjà traité cette question ; aussi n'y reviendrai-je pas.

29. En revanche, il me faut répondre aux remarques faites hier matin à propos de la jurisprudence internationale relative à cette question. Le conseil de la Partie demanderesse a à nouveau mentionné l'arrêt rendu par la Cour en 1986 dans l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (fond)*⁶⁹. Pourtant son analyse, malgré ses grandes qualités, n'est pas parvenue à démontrer l'indémontrable, à savoir que la Cour traiterait ce genre de disposition comme si les termes «l'Etat ... estime que» n'y figuraient pas.

30. La Cour oppose très clairement dans son *dictum* deux types de clauses, celles réservant à l'Etat concerné l'exclusivité de l'interprétation et celles qui ne le font pas. Elle prend comme illustration des premières l'article XXI de l'accord général sur les tarifs douaniers et le commerce. Le passage pertinent est alors celui-ci :

«Que la Cour soit compétente pour déterminer si des mesures prises par l'une des Parties relève d'une exception ressort également *a contrario* de ce que le texte de l'article XXI du traité n'a pas repris le libellé antérieur ... de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce.» (*C.I.J. Recueil 1986*, p. 116, par. 222.)

31. Or, un argument *a contrario*, Madame et Messieurs de la Cour, n'est pas précisément la même chose qu'un argument suggérant une graduation entre des contrôles d'intensité différente, ce qui était la position du professeur Condorelli. *A contrario*, si la Cour est compétente dans un cas, c'est qu'elle est incompétente dans l'autre.

32. Le conseil de la Partie demanderesse m'a encore reproché ma présentation de la sentence arbitrale dans l'affaire *CMS c. Argentine*⁷⁰. Or, contrairement à ce qu'il affirme, et conformément à ce que j'affirmais, la sentence *CMS* se différencie grandement de la décision sur la responsabilité adoptée le 3 octobre 2006 par un tribunal arbitral CIRDI dans l'affaire *LG&E c. Argentine* à propos

⁶⁸ CR 2008/2, p. 24, par. 31 (Condorelli) ; les italiques sont de nous.

⁶⁹ CR 2008/6, p. 33, par. 14 (Condorelli).

⁷⁰ CR 2008/6, p. 33, par. 15 (Condorelli).

de la question juridique qui nous occupe. Dans l'affaire *LG&E*, au paragraphe 214 de la décision, qui était précisément le paragraphe cité par le professeur Condorelli dans sa plaidoirie du premier tour, les arbitres considèrent qu'un contrôle fondé sur la bonne foi mènerait à une forme de contrôle dont l'étendue ne se distinguerait en rien de celui qu'ils effectuent en l'espèce, c'est-à-dire un contrôle portant sur une disposition ne précisant pas expressément qu'il revient à l'Etat concerné de déterminer ce que sont ses intérêts essentiels.

33. En revanche, dans la sentence *CMS c. Argentine*, au paragraphe 374, les arbitres distinguent clairement deux types de situation : celles où il est possible d'effectuer un contrôle sur le fond, ce qui est le cas en l'absence d'une clause réservant à l'Etat concerné l'exclusivité de l'appréciation, et celle où ils devraient se contenter d'examiner si la mesure a été prise de bonne foi. Un peu plus haut, les arbitres citaient expressément le *dictum* de la Cour dans son arrêt *Nicaragua* de 1986, répété dans l'affaire des *Plates-formes pétrolières*⁷¹. Pour désigner l'examen au titre de la bonne foi, le professeur Condorelli a, quant à lui, parlé d'un «contrôle relatif tout au moins à la bonne foi»⁷². Mais, quels que soient les termes utilisés, cette position est bien différente du contrôle poussé que la République de Djibouti prônait lors du premier tour de plaidoiries.

34. Quant à l'affaire des *Emprunts norvégiens*, il me semble inutile de répéter mes remarques du premier tour de plaidoiries⁷³, qui restent parfaitement valides, sous la réserve bien connue de l'abus de droit. D'ailleurs, j'avais rappelé cette réserve lors du premier tour, à propos des motifs licites du refus d'accorder l'entraide⁷⁴.

35. Après l'approche *in abstracto*, venons-en à l'approche *in concreto* de l'article 2 c) de la convention de 1986. *In concreto*, il est évident que la convention est fort utile même pour les demandes aboutissant à un refus. En effet, l'obligation de moyen figurant à l'article 3 est pleinement applicable et requiert la mise en œuvre de la procédure interne. A titre d'illustration, dans l'affaire qui nous occupe, l'obligation de moyen a conduit à une décision de l'autorité judiciaire française, en l'occurrence de la juge d'instruction Sophie Clément, qui connaît

⁷¹ *CMS Gas Transmission Company c. Argentine Republic*, sentence du 12 mai 2005, par. 371 (www.worldbank.org/icsid).

⁷² CR 2008/6, p. 33, par. 15 (Condorelli).

⁷³ CR 2008/5, p. 13, par. 18 (Ascensio).

⁷⁴ CR 2008/4, p. 53, par. 33 (Ascensio).

l'intégralité du dossier. Ceci est une garantie indéniable pour toutes les parties concernées par la demande d'entraide.

36. De plus, il est absurde de sous-entendre que la France abuserait de la possibilité de dérogation offerte par l'article 2 c). La pratique des refus d'entraide est en effet extrêmement réduite. En 2007, sur un total de près de mille demandes d'entraide étrangères, la France a procédé à cinq refus fondés sur des motifs tels que ceux prévus par l'article 2 c) de la convention d'entraide en matière pénale du 27 septembre 1986. Je reviendrai un peu plus loin sur le contenu de la motivation alors communiquée à l'Etat requérant, ce qui me donnera l'opportunité de répondre à la question posée par M. le juge Simma.

37. Enfin, il faut préciser que les demandes de communication de l'intégralité d'un dossier d'information judiciaire, comme ce fut le cas à propos du dossier Borrel, sont particulièrement rares. En effet, dans l'immense majorité des cas, les demandes d'entraide portent sur la transmission de documents ou la réalisation par les autorités requises d'actes d'investigation dûment précisés dans la demande qui prend sa source dans une procédure judiciaire déjà avancée dans l'Etat requérant. A cet égard, et sur un strict plan statistique, la demande des autorités djiboutiennes est particulièrement originale.

2) Les motifs du refus de transmettre le dossier Borrel

38. Madame le président, il convient maintenant de s'intéresser aux motifs ayant conduit la République française à refuser de transmettre le dossier Borrel à la République de Djibouti. Ces motifs ont été exposés dans le contre-mémoire de la République française et lors du premier tour de plaidoiries. Ils figurent également dans le soit transmis de la juge d'instruction Sophie Clément en date du 8 février 2005 et constituant l'annexe XXI du contre-mémoire français. Je me limiterai donc à réfuter les étranges assertions du conseil de la Partie demanderesse relatives aux notes déclassifiées des services secrets français.

39. M^e van den Biesen prétend tout d'abord que la juge d'instruction Sophie Clément, dans son soit transmis du 8 février 2005⁷⁵, lequel est reproduit dans votre dossier à l'annexe XIII, ne se

⁷⁵ CMF, annexe XXI.

serait fondée que sur les deux pages de la note déclassifiée à laquelle il fait référence⁷⁶. Cela est tout simplement faux. Elle explique très exactement avoir sollicité «à plusieurs reprises» les ministères de l'intérieur et de la défense et avoir obtenu communication de «documents» — au pluriel — «classés secret-défense».

40. M^e van den Biesen explique ensuite que la France ne pourrait pas invoquer les vingt-cinq notes déclassifiées auxquelles il a omis de faire référence dans sa propre plaidoirie du premier tour, au motif que le contre-mémoire français n'en parlerait pas⁷⁷. Cela aussi est tout simplement faux. La lettre du directeur des affaires criminelles et des grâces du ministère de la justice au procureur de la République de Paris parlant de ces notes était expressément mentionnée au paragraphe 3.56 du contre-mémoire et le passage pertinent intégralement reproduit au paragraphe 3.57. L'ensemble du document était de surcroît annexé et il figure également dans votre dossier à l'annexe XIV⁷⁸.

41. M^e van den Biesen explique encore qu'il aurait fallu annexer au contre-mémoire français l'ensemble des avis de la commission consultative du secret de la défense nationale concernant les différentes demandes de déclassification⁷⁹. L'on ne voit pas pourquoi. La note n° 2005-01 du 27 janvier 2005 a été annexée au contre-mémoire afin d'illustrer la procédure française de déclassification. Quant aux autres avis, ils étaient aisément accessibles : ils sont publiés au *Journal officiel* de la République française et on les trouve également sur Internet, en consultant le site de Légifrance⁸⁰.

42. D'ailleurs, la République française en fournit aujourd'hui même la démonstration, puisqu'elle a inclus dans le dossier des juges les deux avis de la commission concernant les vingt-cinq notes ayant fait l'objet d'une demande de déclassification de la part de la juge d'instruction chargée de l'instruction de l'affaire Borrel. Il s'agit des annexes XV et XVI à votre dossier. Ces deux notes sont, tout d'abord, l'avis n° 2004-02 du 5 février 2004 et de l'avis n° 2004-12 du 2 décembre 2004. Le premier se prononce en faveur de la déclassification de dix

⁷⁶ CR 2008/6, p. 47, par. 34.

⁷⁷ *Ibid.*

⁷⁸ CMF, annexe XV.

⁷⁹ CR 2008/6, p. 47, par. 34.

⁸⁰ www.legifrance.gouv.fr

notes, pour un total de vingt et un feuillets, et ne se prononce pas sur deux notes supplémentaires n'ayant pas fait l'objet d'un marquage de classification. Le second avis se prononce en faveur de la déclassification de trois notes de la DGSE, pour un total de quatre feuillets, et de dix notes de la DPSD, pour un total de vingt-six feuillets.

43. M^e van den Biesen, enfin, s'interroge sur les effets de la déclassification, comme si tout à coup les informations déclassifiées ne posaient plus aucun problème au regard des intérêts essentiels de l'Etat. Force est, dès lors, de rappeler que la déclassification est faite à la demande d'une autorité judiciaire française ; la demande ne peut en aucun cas provenir d'une autorité étrangère. De plus, la portée de la décision de déclassification est limitée au juge ayant fait la demande et au dossier d'instruction concerné. Les informations transmises au juge sont ensuite protégées par le secret de l'instruction.

44. Il importe également de souligner que les informations contenues dans ces notes ne changent évidemment pas de nature du fait que les notes ont été déclassifiées. Leur communication à une autorité étrangère est tout autant susceptible de porter atteinte aux intérêts fondamentaux de la nation qu'auparavant, puisque c'est en raison d'un tel contenu qu'elles avaient fait l'objet d'une décision de classification.

Madame le président, je pense que l'heure est arrivée pour la pause.

Le PRESIDENT : Oui, c'est un bon moment pour la pause. La séance est suspendue pour quelques minutes.

L'audience est suspendue de 16 h 25 à 16 h 40.

Le PRESIDENT : Veuillez vous asseoir.

M. ASCENSIO :

B. L'obligation de motiver

45. Madame le président, il est maintenant temps d'en arriver à l'obligation de motiver le refus d'entraide, telle qu'elle figure à l'article 17 de la convention de 1986. Je commencerai par l'analyse générale de l'article 17 (1), avant d'observer son application au cas d'espèce (2).

1) L'analyse générale de l'article 17

46. Le conseil de la Partie demanderesse a critiqué l'importance, excessive à ses yeux, que la France accorde à la position de l'article 17 dans la convention de 1986⁸¹. Mais c'est que son unique argument relatif à la confusion des articles 2 et 17 consiste à invoquer le contexte ! Dès lors, si l'on s'intéresse au contexte, il faut bien relever le grand écart entre les deux dispositions, grand écart qui ne peut pas être accidentel. De plus, le sens ordinaire des termes figurant dans ces articles contredit de manière flagrante l'interprétation de la République de Djibouti, de même que l'analyse de l'objet et du but du traité.

47. Le professeur Condorelli a, de plus, peu goûté certaines remarques, pourtant relativement banales, quant au caractère lapidaire et peu détaillé de l'article 17. Là encore, l'outrance a tenu lieu de réaction. Pour y répondre, le mieux est sans doute d'exposer sereinement à la Cour quelles sont les caractéristiques concrètes de certains refus opposés par la France à des demandes d'entraide en matière pénale. Ceci me conduit à répondre à la question posée par M. le juge Simma.

48. Sur les mille demandes d'entraide environ reçues en 2007, la France a opposé cinq refus. Parmi ceux-ci, quatre ont été opposés à des demandes émanant de la Côte d'Ivoire. Ils ont été portés à la connaissance des autorités requérantes en indiquant simplement : «Le ministère informe l'ambassade que ces demandes d'entraide étant de nature à porter atteinte à la souveraineté et à la sécurité de la France, leur exécution n'est pas accordée par les autorités françaises.»⁸² J'ajoute que la convention franco-ivoirienne du 24 avril 1961 comporte des dispositions similaires à celles prévues par l'article 2 c) de la convention d'entraide franco-djiboutienne.

49. Le cinquième cas porte sur un refus opposé par la France à un Etat membre de l'Union européenne, en l'occurrence le Royaume-Uni. Les textes applicables en l'espèce prévoient le même type de dérogations et la même obligation de motivation que celles figurant aux articles 2 et 17 de la convention du 27 septembre 1986. La réponse française indique simplement qu'

⁸¹ CR 2008/6, p. 35, par. 18.

⁸² Note verbale du 16 mai 2007 adressée par le ministère des affaires étrangères, direction des Français à l'étranger et des étrangers en France, service des affaires civiles et de l'entraide judiciaire, à l'ambassade de la République de Côte d'Ivoire à Paris, et note verbale du 23 mai 2007 adressée par l'ambassade de France en Côte d'Ivoire au ministère ivoirien des affaires étrangères, direction du protocole.

«il ne pourra être donné suite à cette demande qui est de nature à porter atteinte à l'ordre public, s'agissant de journalistes dont les déclarations ont déjà été recueillies au cours de la procédure française et transmise à vos services sur commission rogatoire»⁸³.

50. A cet égard, et toujours dans le souci de répondre à la question du juge Simma, il peut être relevé que ce refus a été formulé dans ces termes alors même que les dispositions de la convention du 20 avril 1959, de l'action commune du 29 juin 1998 et celles pertinentes de la convention d'entraide en matière pénale entre Etats membres de l'Union européenne conclue le 29 mai 2000 étaient applicables. Eu égard aux références faites à l'action commune du 29 juin 1998 par la Partie demanderesse, il importe de souligner que cette action commune, tout comme la convention du 29 mai 2000 et la convention d'application des accords de Schengen du 19 juin 1990, n'interprète pas la convention du 20 avril 1959 mais la complète, et ce pour les relations entre les seuls Etats membres de l'Union européenne. En tout état de cause, il est certain qu'aucun de ces textes ne peut servir à interpréter la convention franco-djiboutienne du 27 septembre 1986, l'un des deux Etats parties à cette convention bilatérale n'étant pas membre de l'Union européenne.

51. Enfin, en sens inverse, les autorités françaises se sont déjà vues opposer, par le passé, des refus fondés sur les intérêts essentiels d'autres Etats. Ainsi, pour ne citer qu'un exemple, le Togo nous a imposé un tel refus en faisant valoir «que certaines communications sollicitées par vous sont de nature à porter atteinte à la souveraineté, à la sécurité ou à l'ordre public de l'Etat togolais»⁸⁴.

52. L'ensemble des documents auxquels nous nous référons sont évidemment tenus à la disposition de la Cour. Toutefois, le fait qu'il s'agit d'éléments tirés d'informations judiciaires en cours, et donc par nature non publics, nous obligera à les transmettre de manière totalement anonymisée. En outre, si la Cour accédait à la demande de la Partie requérante de pouvoir faire des observations par écrit, après la procédure orale, sur la réponse donnée par la France à la question du juge Simma, nous souhaiterions avoir communication de ces observations et pouvoir y répondre si nous l'estimions utile.

⁸³ Courrier adressé le 29 octobre 2007 par le sous-directeur de la justice pénale spécialisée, pour le directeur des affaires criminelles et des grâces du ministère de la justice à *Lord Justice Scott Baker*, royal coroner.

⁸⁴ Courrier adressé le 29 septembre 2003 par M. le doyen des juges d'instruction près le tribunal de grande instance de Lomé à M. Jacques Gazeaux, juge d'instruction au tribunal de grande instance de Paris.

2) L'application de l'article 17 à l'occasion du refus de transmission du dossier Borrel

53. Après l'analyse générale de l'article 17, j'en viens à son application à l'occasion du refus de transmission du dossier Borrel. Dans le contre-mémoire comme dans les plaidoiries du premier tour, la République française a présenté un premier élément d'importance, à savoir le courrier en date du 31 mai 2005 adressé par la direction des affaires criminelles et des grâces du ministère français de la justice à l'ambassadeur de Djibouti en France⁸⁵. Celui-ci mentionnait l'article 2 c) de la convention d'entraide judiciaire du 17 septembre 1986 et la décision de la juge d'instruction saisie. Au demeurant, et conformément au principe d'économie des moyens, il n'est nullement nécessaire pour satisfaire à l'obligation de motivation d'aller au-delà de la mention d'un motif en lui-même suffisant, nonobstant la présence éventuelle d'autres motifs.

54. Ce rappel me permet, Madame le président, de poursuivre en répondant à la question que vous avez posée à la République française à l'issue du premier tour de plaidoiries.

55. Ainsi que nous l'avons indiqué dans nos plaidoiries orales, il n'est pas d'usage d'adresser des lettres recommandées avec accusé de réception à nos homologues étrangers. Nous ne pouvons donc pas apporter la preuve de la réception de la lettre du 31 mai 2005 par l'ambassadeur de Djibouti en France.

56. Dès que nous avons appris, le 22 novembre 2007, que la Partie demanderesse contestait avoir reçu cette lettre, nous avons recherché des éléments permettant d'attester de l'envoi de cette lettre. Nos recherches n'ont que partiellement abouti. Nous avons retrouvé la trace d'un bordereau d'envoi, pour information, d'une copie de cette lettre à l'ambassadeur de France à Djibouti, ce qui établit en tout cas son existence. Nous tenons ce bordereau à disposition de la Cour. Il n'est pas exclu que la transmission de la lettre du 31 mai 2005 ait été effectuée au niveau politique.

57. En tout état de cause, quand bien même cette lettre ne serait pas parvenue à son destinataire, la République française a fait état, au cours de ses plaidoiries orales, d'un large faisceau d'éléments montrant que la République de Djibouti était parfaitement informée des motifs du refus de communication du dossier⁸⁶.

⁸⁵ CMF, annexe V.

⁸⁶ CR 2008/5, p. 20-21, par. 51-54 (Ascensio).

58. Les réponses fournies par la République de Djibouti lors du second tour de plaidoiries non seulement n'emportent pas la conviction, mais font apparaître un élément nouveau. A propos de la citation, dans le mémoire, de la lettre de la juge d'instruction Sophie Clément, le conseil de la République de Djibouti a déclaré : «We were wrong in assuming that there was such a letter.»⁸⁷

59. Que ne l'a-t-on su plus tôt ! La République française, à la lecture de la requête puis du mémoire, ne pouvait en toute bonne foi qu'estimer que la République de Djibouti était parfaitement informée des motifs du refus d'entraide, et ce d'autant qu'elle utilisait des guillemets comme si elle faisait effectivement référence à une lettre de la juge d'instruction. Cette appréhension du mémoire était exposée en toute clarté dans le contre-mémoire français, déposé au mois de juin 2007⁸⁸. Or, la République de Djibouti n'a nullement réagi, pas même lorsqu'elle a transmis au Greffe de la Cour un volumineux ensemble de documents additionnels au mois de novembre 2007. Elle n'en a pas dit mot non plus lors du premier tour de plaidoiries. Nous l'apprenons seulement au second tour, en réponse à une question posée par la Cour.

60. Quelles que soient les circonstances invoquées, le comportement de la République de Djibouti indique clairement ou à tout le moins a laissé accroire à la République française que les autorités djiboutiennes avaient connaissance du motif du refus d'entraide. Ces dernières se sont abstenues de détromper la République française lorsqu'elles en ont eu l'occasion. Elles ont laissé prospérer le différend, de manière préjudiciable pour la République française, qui n'a pas pu modifier sa position juridique à l'égard de la République de Djibouti.

61. Plus généralement, la République de Djibouti ne s'est jamais manifestée auprès des autorités françaises pour obtenir des précisions sur les raisons du refus, et ce depuis 2005, ce qui prouve bien qu'elle en avait connaissance.

62. Au surplus, la République française a, lors des plaidoiries devant la Cour, longuement communiqué à la République de Djibouti les raisons de son refus de transmettre le dossier Borrel, allant sans doute très au-delà de ce que requiert l'article 17 de la convention d'entraide judiciaire de 1986. Conformément à la jurisprudence de la Cour en l'affaire du *Cameroun septentrional* (C.I.J. Recueil 1963, p. 38, par. 58) et en l'affaire des *Essais nucléaires* (C.I.J. Recueil 1974,

⁸⁷ CR 2008/6, p. 46, par. 31 (van den Biesen).

⁸⁸ CMF, p. 38, par. 3.73.

p. 271, par. 58), il convient de constater que le différend n'a, en tout état de cause, plus d'objet pour sa partie relative à l'obligation de motiver le refus d'entraide. Aucun prononcé n'est plus nécessaire à ce propos.

*

* *

63. Madame le président, Messieurs les juges, je dois encore conclure en rappelant les principaux points sur lesquels la République française a fait porter l'ensemble de ses plaidoiries relativement aux allégations de violation du traité d'amitié et de coopération du 27 juin 1977 et de la convention d'entraide judiciaire en matière pénale du 27 septembre 1986 :

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

viii) enfin, comme l'a démontré le professeur Alain Pellet, une violation de la convention de 1986, quelle qu'en soit la cause, ne pourrait aucunement entraîner une obligation de transmission complète ou partielle du dossier.

Madame le président, Messieurs les juges, je vous remercie très vivement de votre attention. Je vous prie, Madame le président, de donner à nouveau la parole au professeur Pellet.

Le PRESIDENT : Je vous remercie, Monsieur le professeur Ascensio. Maintenant je donne la parole à M. le professeur Pellet.

M. PELLET :

**LES PRÉTENDUES ATTEINTES AUX IMMUNITÉS ET À LA DIGNITÉ DE
CERTAINS OFFICIELS DJIBOUTIENS**

1. Merci beaucoup. Madame le président, Messieurs les juges, j'en viens maintenant au second volet de l'affaire plaidée par la République de Djibouti — un volet «hors sujet» ou, plutôt, «hors objet» si je puis dire, puisque, comme je l'ai montré au début de l'après-midi, la Cour n'a pas compétence pour en connaître — alors même qu'il a longuement retenu l'attention de la Partie adverse⁸⁹. Il retiendra moins longuement la nôtre — non seulement à cause de ce «hors objet» manifeste, qui fait que nous n'en traitons au fond qu'à titre «subsidaire» (j'emploie le mot puisque M. van den Biesen me reproche de n'en point suffisamment faire usage...)⁹⁰ — mais aussi parce que je pense qu'il n'y a plus grand-chose à en dire à ce stade très avancé de la procédure.

2. Selon la pratique des deux Parties, je distinguerai à nouveau les prétendues atteintes, d'une part, à l'immunité, l'honneur et la dignité du chef de l'Etat défendeur (I) et, d'autre part, à la personne, la liberté et la dignité de personnes jouissant, prétendument, d'une protection internationale (II).

⁸⁹ Cf. CR 2008/6, p. 18-27 (van den Biesen) et p. 50-54 (Condorelli).

⁹⁰ *Ibid.*, p. 46, par. 30.

I. Les prétendues atteintes à l'immunité, l'honneur et la dignité du chef de l'Etat défendeur

3. En ce qui concerne les prétendues atteintes à l'immunité du président de la République de Djibouti, sans surprise, je traiterai successivement les problèmes posés par la «convocation à témoin» du 17 mai 2005 et ceux relatifs à l'invitation à déposer du 14 février 2007.

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

4. Au paragraphe 8 de sa plaidoirie sur cette partie (ou «non-partie»...) de l'affaire, M^e van den Biesen récapitule les diverses caractéristiques d'une convocation à témoin en vertu de l'article 101 du code français de procédure pénale. A la fin de son énumération — qui paraît exacte, même s'il va au-delà du seul article 101, qui n'en dit pas tant⁹¹, mon contradicteur indique : «e) the Article 101 procedure is, according to paragraph 3 of Article 101, secured under the threat of public force under Article 109»⁹².

5. Mais ce qu'il y a de tout à fait extraordinaire c'est que, à nouveau, il ne tient strictement aucun compte de ce dernier élément lorsque, immédiatement après s'être livré à cette analyse, il déclare : «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 file.»⁹³ Ce n'est tout simplement pas exact, Madame le président ! Le document adressé au président Guelleh ne fait aucune espèce de référence à l'article 109 — pas davantage d'ailleurs que celui adressé en 2004 à l'ambassadeur de Djibouti à Paris, et ceci en contraste flagrant, éclatant, avec le formulaire type, d'utilisation absolument générale (sauf lorsque le témoin convoqué est la victime d'une infraction). La convocation à témoin adressée à la désormais célèbre «Mme Foix» en est l'illustration et elle mentionne et l'article 109 du code de procédure pénale et l'article 434-15-1 du code pénal. La première de ces dispositions prévoit la possibilité d'une contrainte par la force publique ; la seconde, celle d'une amende.

⁹¹ Voir CMF, annexe XXV.

⁹² Cf. CR 2008/6, p. 19, par. 8 (van den Biesen).

⁹³ *Ibid.* (van den Biesen, renvoyant à MD, annexe 25 et aux documents additionnels du 21 novembre 2007, annexe 7).

6. Il est sans doute exact que la juge d'instruction qui a établi cette «convocation» a utilisé, au départ, le formulaire «tout fait» des convocations à témoin⁹⁴. Mais ce qui est infiniment plus important pour ce qui nous concerne, c'est qu'elle a pris grand soin d'éliminer de ce formulaire toute allusion à la possibilité d'une quelconque contrainte. Ceci est tout à fait différent de la convocation à témoin — une vraie convocation à témoin de l'article 101 — adressée à Mme Foix.

7. Contrairement à ce que l'avocat du demandeur veut à tout prix nous faire dire⁹⁵, il n'en résulte pas qu'il s'agissait d'une invitation à déposer de l'article 656 -- disposition dont vous avez à nouveau le texte dans le petit dossier des juges que nous avons préparé. Mais il résulte de ce soin mis par Mme Clément à effacer toute allusion à la contrainte, au moins trois choses :

- 1) que la juge d'instruction n'envisageait en aucune manière de recourir à la contrainte ;
- 2) que, donc, l'inviolabilité et l'immunité de juridiction pénale absolue dont jouit le président Guelleh n'étaient nullement ni menacées, ni, à plus forte raison, violées ; or
- 3) c'est tout ce qu'exige le droit international, dont j'ai montré la semaine dernière⁹⁶, sans être contredit, qu'il n'excluait nullement que le représentant d'une puissance étrangère pût être invité à témoigner, du moment qu'il le faisait librement et volontairement. Ceci est du reste reconnu du bout des lèvres par M^e van den Biesen pour lequel ce serait le lien avec le recours à la force publique qui seul aurait constitué «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»⁹⁷. Pas de contrainte ou de menace de contrainte, pas de violation.

8. C'est aussi pourquoi nous maintenons qu'il était parfaitement légitime⁹⁸ que le président de la République de Djibouti refusât d'apporter le témoignage qui lui était demandé. Et ce qu'il s'agisse de la «convocation à témoin» de 2005 ou de l'invitation à déposer de 2007 qui, j'y reviendrai très brièvement, était en tous points conforme aux exigences de l'article 656 du code de procédure pénale.

⁹⁴ Voir CR 2008/6, p. 19, par. 8 (van den Biesen).

⁹⁵ Voir CR 2008/6, p. 20, par. 10 (van den Biesen).

⁹⁶ Voir CR 2008/5, p. 28, par. 15 (Pellet).

⁹⁷ CR 2008/6, p. 22, par. 14.

⁹⁸ Voir CR 2008/6, p. 20, par. 9 (van den Biesen) ou p. 21, par. 12.

9. Nous convenons volontiers que ce n'était pas le cas de la première — sauf en ce qui concerne le problème, crucial, de la menace du recours à la contrainte. Mais l'irrégularité de la convocation de 2005 n'est avérée qu'au regard du droit français, pas du droit international qui, seul, est en cause dans cette enceinte.

10. Au demeurant l'irrégularité de la «convocation à témoin» du 17 mai 2005 au regard du seul droit français n'est pas sans conséquence dans notre affaire : comme l'implique la lettre du chef du protocole du ministère des affaires étrangères en date du 14 janvier 2005⁹⁹ par exemple, une telle convocation est nulle et non avenue en droit français du fait qu'elle ne respecte pas l'unique procédure prévue aux fins d'obtention du témoignage de représentants de puissances étrangères, à savoir celle de l'article 656 du code de procédure pénale, une procédure dont la régularité est subordonnée au respect de formalités substantielles. Bien que je ne connaisse pas de jurisprudence qui porte directement sur le non-respect des formalités imposées soit par l'article 101, soit par l'article 656 du code de procédure pénale, on peut penser, par analogie, à un arrêt du 16 novembre 1991 de la chambre criminelle de la cour de cassation qui confirme que le non-respect d'une formalité substantielle imposée par le code de procédure pénale (en l'espèce, il s'agissait de l'omission de faire prêter serment à un témoin) était contraire à l'ordre public et entachait de nullité l'acte de procédure en question¹⁰⁰.

11. La convocation ou invitation litigieuse — c'est une pure question de mots dès lors que, de toute manière, elle n'a été assortie d'aucune contrainte ni menace de contrainte — est donc nulle et non avenue en droit français et n'aurait pu produire aucun effet dans l'ordre juridique interne, ni, à plus forte raison, dans l'ordre international.

12. Mais il y a aussi deux autres motifs pour lesquels, en tout état de cause, la Cour ne saurait accueillir les conclusions de Djibouti concernant cet acte de procédure. Je les rappelle seulement puisque je les ai déjà évoqués dans ma première intervention :

— en premier lieu, les autorités de la République ont reconnu, publiquement et à plusieurs reprises, l'erreur commise par le juge d'instruction ;

⁹⁹ MD, annexe XXII ; voir aussi les déclarations du porte-parole du ministère des affaires étrangères des 18 et 19 mai 2005, CMF, annexes XXIX et XX.

¹⁰⁰ *Bull. crim.* 1991, n° 400.

— en second lieu, il n’y a pas lieu de «déclarer nulle et non avenue» l’invitation — ou la convocation — à témoigner du 14 mai 2005 qui, de toute façon, ne peut plus produire aucun effet — non seulement parce qu’elle indiquait une date précise, passée depuis longtemps, mais aussi et surtout parce qu’elle a été remplacée, en 2007, par une invitation à déposer, parfaitement régulière, ayant un objet comparable (qui d’ailleurs, je m’empresse de le préciser, n’est, elle non plus, plus en vigueur).

B. L’invitation à témoigner du 14 février 2007

13. Sur cette invitation de 2007, Madame le président, je peux être vraiment bref :

— le demandeur admet que ce document, qui figure à l’annexe XXXII du contre-mémoire, est conforme aux exigences de l’article 656 du code de procédure pénale¹⁰¹ et que la procédure suivie pour le transmettre à son haut destinataire a été parfaitement régulière¹⁰² ;

— il admet aussi, ce me semble, que celles-ci — je veux dire les exigences de l’article 656 —, à leur tour répondent pleinement aux principes et règles du droit international en matière de protection des immunités, de la dignité et de l’honneur des chefs d’Etat étrangers¹⁰³.

Ce qui veut dire, en clair, qu’il ne lui reproche rien et que cette invitation, courtoise et déférente, ne saurait engager la responsabilité de la République. J’ajoute que, ainsi que cela résulte de la lettre du ministère français des affaires étrangères à son homologue de la justice en date du 20 février 2007, le refus du président Guelleh de donner suite à cette demande a mis un point final à cette «affaire dans l’affaire» — dont M. van den Biesen ne m’empêchera pas de dire¹⁰⁴ (et de penser) qu’elle est vraiment trop artificielle pour retenir plus longtemps l’intérêt.

14. Comme est artificielle l’in vraisemblable construction échafaudée par mon contradicteur, qui vous demande de constater la responsabilité de la France pour un soi-disant «essai de répéter» l’atteinte qui aurait été portée en 2005 aux immunités, à l’honneur et à la dignité du président de la République de Djibouti¹⁰⁵ au prétexte que la presse aurait parlé d’une convocation adressée à ce

¹⁰¹ Cf. CR 2008/1, p. 48, par. 52-53 (van den Biesen), ou CR 2008/6, p. 18, par. 5 et p. 23-24, par. 21 (van den Biesen).

¹⁰² Cf. CR 2008/1, p. 46, par. 43 (van den Biesen).

¹⁰³ Cf. CR 2008/6, p. 20, par. 10.

¹⁰⁴ Voir CR 2008/6, p. 23, par. 20 (van den Biesen).

¹⁰⁵ Cf. CR 2008/6, p. 65, par. 3 des conclusions (Doualeh).

dernier avant que la juge d'instruction ne signe l'invitation à déposer — elle, bien réelle et figurant dans le dossier soumis à la Cour. Cela montre seulement une chose : que la presse, qui fait son travail d'investigation (que l'on s'en réjouisse ou qu'on le déplore, ceci est lié à sa fonction...) — que la presse, donc, n'était pas complètement informée dans la mesure où elle parlait à tort d'une «convocation à témoigner» ; mais je ne suis pas sûr qu'il faille beaucoup s'en émouvoir : même pour les juristes que nous sommes (et, en tout cas pour moi — je le dis en toute humilité, Madame le président), les arcanes de la procédure pénale ne sont pas toujours limpides lorsque l'on n'est pas pénaliste ; il n'y a guère de raison qu'elles le soient davantage pour des journalistes, qui n'avaient sans doute pas de formation juridique particulière.

15. Comment, de toute manière, la France aurait-elle pu engager sa responsabilité pour un acte de procédure qui n'a jamais été concrétisé ; dont personne n'a jamais vu la manifestation écrite ; et dont, jusqu'à plus ample informé, on ne peut vraiment parler que comme d'une convocation fantôme — dont l'imaginatif conseil de Djibouti semble avoir eu la révélation et qu'il aurait sûrement voulu voir exister, mais qui n'existe, décidément, que dans son imagination ? Et j'ajoute une dernière chose sur ce point : la «convocation à témoigner» de 2005 avait tout de même appelé de nombreux et secs désaveux de la part tant du ministère de la justice que de celui des affaires étrangères ; et, quand bien même elle n'enfreignait aucune règle de droit international, il aurait tout de même fallu un singulier aveuglement (ou beaucoup de persévérance dans l'erreur) de la part de son auteure, pour émettre à nouveau un acte de procédure du même type — alors même que l'omission délibérée de toute allusion à un possible recours à la contrainte dans celui de 2005 montrait qu'elle avait garde de ne pas porter atteinte aux immunités du chef de l'Etat djiboutien.

16. Je ne peux même pas dire, Madame le président, que j'admire l'imagination dont fait preuve mon contradicteur. Je pense simplement que, faute de pouvoir plaider «du concret», du «solide», il s'est égaré dans un monde déconnecté du réel. Assurément, la Cour ne s'y laissera pas entraîner.

II. Les atteintes prétendues à la personne, la liberté et la dignité de personnes jouissant prétendument d'une protection internationale

17. Madame le président, les faits sont évidemment plus solidement établis en ce qui concerne le second volet des allégations de la Partie djiboutienne en matière d'immunités : des

convocations à témoin assisté ont bien été adressées au procureur et au chef de la sûreté nationale de Djibouti dans le cadre d'une procédure de subornation de témoins instruite par un juge d'instruction auprès de tribunal de Versailles¹⁰⁶ ; et, les intéressés n'ayant pas déféré à cette convocation, ils ont fait l'objet de mandats d'arrêt décernés par la chambre de l'instruction de la cour d'appel de Versailles¹⁰⁷. Les faits ne sont pas discutés ; le droit, si.

18. Et je dois dire d'emblée, Madame le président, que je suis extrêmement troublé par le titre même que le professeur Condorelli a donné à sa plaidoirie sur ce point : «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*»¹⁰⁸. J'avoue ne pas comprendre : dans les paragraphes 137 et 138 de son mémoire, le demandeur, après avoir mentionné le paragraphe 51 de votre arrêt *Yerodia* de 2002, relatif à «certaines personnes occupant un rang élevé dans l'Etat» et qui cite notamment «une liste non exhaustive d'exemples» — c'est Djibouti qui l'écrivait — comme «le chef de l'Etat, le chef du gouvernement ou le ministre des affaires étrangères (*C.I.J. Recueil 2004, Mandat d'arrêt du 11 avril 2000, C.I.J. Recueil 2002, p. 20-21, par. 51*), le mémoire djiboutien ajoutait :

«*Dans cette perspective, l'émission et la diffusion de mandats d'arrêt par les autorités judiciaires françaises pour «subornation de témoins» contre MM. Djama Souleiman Ali et Hassan Saïd, respectivement Procureur de la République de Djibouti et chef de la sécurité nationale de Djibouti, constituent des violations supplémentaires du droit international coutumier.*»¹⁰⁹

Au surplus était-il écrit, toujours dans le mémoire : «Il convient de rappeler à nouveau à ce sujet que la Convention ... sur les missions spéciales confirme le principe de *l'inviolabilité* personnelle et juridictionnelle des membres de ces missions»¹¹⁰. C'est ce qui était écrit dans le mémoire de Djibouti.

19. Nous en avons déduit, innocemment, que la République de Djibouti considérait que les intéressés bénéficiaient du fait de leurs fonctions, d'une immunité personnelle (comparable à celles des chefs d'Etat ou de gouvernement ou des ministres des affaires étrangères, puisque le mémoire

¹⁰⁶ Voir MD, annexe 30, et documents additionnels du 21 novembre 2007, annexe 11.

¹⁰⁷ Voir CMF, annexe VII.

¹⁰⁸ CR 2008/6, p. 50 (Condorelli) ; les italiques sont de nous.

¹⁰⁹ MD, p. 52, par. 138 ; les italiques sont de nous.

¹¹⁰ *Ibid.*

se plaçait expressément «dans cette perspective»), ainsi, d'ailleurs, que dans celle du droit des missions spéciales. Le professeur Condorelli a démenti l'une comme l'autre de ces interprétations, taxant la première d'«hérétique» lors de sa plaidoirie du 25 janvier¹¹¹ et reconnaissant que les fonctions de procureur de la République et de chef de la sécurité nationale étaient, c'est lui qui le dit, «essentiellement internes»¹¹². Et, dans son intervention d'hier, il a rejeté le secours, au moins partiel, qu'aurait pu lui apporter le droit des missions spéciales : «la demande de Djibouti ... ne se fonde pas sur ... [l]e droit ... [des] missions spéciales»¹¹³. Exit donc l'immunité personnelle. Mais alors, Madame le président, sur quels fondements le défendeur entend-il faire échapper les intéressés au droit commun ? Sur l'idée (et sur cette idée seulement) que, (c'est lui qui parle),

«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»¹¹⁴. [Je n'arrive jamais à comprendre comment M. Conderelli peut lire de si longues phrases.]

C'est sûrement vrai en partie. Mais, pas sous cette forme absolue car cela reviendrait à réinventer la thèse de l'immunité absolue. Je suis désolé de donner un exemple qui me concerne mais M. Condorelli me le pardonnera sûrement, car il pourrait tout aussi bien le concerner. Si l'un de nous fait une conférence à l'étranger — ce qui entre tout à fait dans le cadre de nos fonctions —, il ne bénéficierait sûrement pas d'une quelconque protection internationale même si nous recevons un ordre de mission de nos universités qui sont des organismes publics. Seuls des comportements directement liés à l'exercice d'une mission de service public et assortie de l'exercice de prérogatives de puissance publique accomplis au nom et pour le compte de l'Etat, sont de nature à déclencher le phénomène immunitaire. Ceci étant, le conseil du demandeur concède que, de toute manière, ces personnalités ne sauraient bénéficier d'immunités absolues¹¹⁵, ce qui veut dire qu'il

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

¹¹² *Ibid.*, p. 8, par. 7 ; et p. 13, par. 19 (Condorelli).

¹¹³ CR 2008/6, p. 51, par. 4 (Condorelli).

¹¹⁴ *Ibid.*, p. 51, par. 5.

¹¹⁵ *Ibid.*, p. 50, par. 3.

faut (et je reprends les propres mots de mon contradicteur) «vérifier concrètement ce qu'il en est, bien entendu lorsque le problème de l'immunité est soulevé»¹¹⁶.

20. Fort bien. Mais, qui peut apprécier ceci ? Qui peut apprécier que ces conditions, tout de même strictes, sont remplies ? M. Condorelli n'avance pas l'idée que l'Etat, «d'origine» si je puis dire, bénéficierait de ce pouvoir et, en effet, dès lors qu'il ne s'agit pas d'immunité absolue, il ne saurait en être ainsi — en tout cas unilatéralement. J'avais, pour ma part, timidement fait valoir que ce pourrait être le juge interne de l'Etat du for. Après avoir dénoncé (c'est lui qui le dit) «cette thèse étonnante», mon contradicteur revient à plus de mansuétude :

«Certes [admet-il], 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.»¹¹⁷

Outre que, dans le cas d'espèce, la France n'a nullement consenti à la compétence de votre haute juridiction pour régler le différend relatif aux «immunités fonctionnelles» — je n'y reviens pas, ce différend n'est, s'agissant de ce point précis, de toute manière pas lié ou noué comme je le disais tout à l'heure.

21. Le professeur Condorelli montre qu'il est conscient du problème et tente de le désamorcer lorsqu'il dit qu'

«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 objet 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»¹¹⁸.

Présenté ainsi, c'est peut-être absurde — mais sur le fond, ce ne l'est pas. Dès lors que la question n'a jamais été évoquée, il n'existe (sur ce point) pas de différend que la Cour pourrait trancher. La France ne refuse pas forcément d'envisager que les intéressés agissaient peut-être dans le cadre de leurs fonctions officielles et d'une mission répondant aux caractéristiques que j'ai rappelées il y a un instant, à l'occasion des faits dont ils sont soupçonnés ; elle constate simplement que ni

¹¹⁶ *Ibid.*, p. 52, par. 7.

¹¹⁷ *Ibid.*, p. 53, par. 8.

¹¹⁸ *Ibid.*

eux-mêmes, ni Djibouti au plan diplomatique, ni dans sa requête, ni dans son mémoire, n'ont invoqué un tel argument et que, si M. Condorelli l'a fait valoir avec sa force de conviction (et d'indignation ... supposée) habituelle¹¹⁹, il n'a complètement réussi à me convaincre ni que les faits assez particuliers de la cause puissent relever des fonctions officielles d'un agent de l'Etat quel qu'il soit, ni, de toute manière, que vous disposiez, Madame et Messieurs les juges, d'éléments suffisants pour déterminer si, oui ou non, quel qu'ait été l'objet de leurs missions respectives — car, je le répète, ils bénéficient évidemment de la présomption d'innocence pour ce qui est de la qualification des faits, si oui ou non, ils agissaient dans le cadre de leurs fonctions officielles.

22. Il me semble d'ailleurs, Madame le président, que le simple fait que l'argument selon lequel les intéressés auraient bénéficié d'une immunité de juridiction du fait de leurs fonctions ne soit apparu que dans le cadre de la présente procédure (fort tardivement d'ailleurs) donne sérieusement à penser qu'il a été forgé *ex post* aux seules fins de celle-ci. A l'origine, Djibouti en avait invoqué un autre, entièrement distinct — qui a refait surface sous une forme un peu différente dans sa requête puis dans son mémoire.

23. Cet argument a d'abord été avancé par l'avocat de MM. Saïd et Souleiman pour justifier leur refus de déférer à la convocation du juge de Versailles. Dans une lettre en date du 11 octobre 2005 (dans laquelle il s'exprimait clairement aussi au nom de la République de Djibouti), il écrivait :

«J'ai le regret de vous informer que ces deux personnes, l'un fonctionnaire, l'autre magistrat, ne peuvent déférer à cette convocation.

Dans le cadre de la mort du Juge Borel (*sic*) et des procédures judiciaires qui en découlent, les autorités de la République de Djibouti ont toujours coopéré pleinement.

Les magistrats et les policiers français ont eu toute latitude pour mener à Djibouti toutes les investigations qu'ils ont jugé utiles et ce, jusqu'à dans les locaux de la Présidence de la République.

Les autorités de Djibouti n'ont pu en retour obtenir la coopération de la justice française.

Dans ces conditions, *la République de Djibouti*, état souverain, ne peut accepter que cette coopération avec l'ancienne puissance coloniale se fasse à sens unique et les deux personnes convoquées *ne sont donc pas autorisées à témoigner.*¹²⁰

¹¹⁹ CR 2008/3, p. 12, par. 17, et p. 14, par. 21 (Condorelli).

¹²⁰ MD, annexe 31 ; les italiques sont de nous.

24. De même, dans son mémoire, la Partie djiboutienne se plaint de ce que «d'une part, les autorités françaises ont bloqué unilatéralement la coopération judiciaire entre les deux Etats et d'autre part se sont estimés en droit de recourir à la coopération de Djibouti toujours dans le cadre de l'affaire «Borrel» en convoquant des ressortissants djiboutiens»¹²¹.

25. Au risque de me répéter, il me faut, une fois de plus, rappeler que l'amalgame effectué par Djibouti entre l'«affaire Borrel» (c'est-à-dire l'information judiciaire relative au décès de Bernard Borrel et instruite au tribunal de grande instance de Paris) et l'information ouverte du chef de subornation de témoins et instruite au tribunal de Versailles n'est pas correcte. Ce sont deux affaires distinctes et seule la première est concernée par le refus de donner suite à la commission rogatoire de novembre 2004. Mais il y a plus.

26. Comme je l'ai dit il y a quelques instants, la convocation de MM. Saïd et Souleiman en tant que témoins assistés a été transmise au ministère de la justice djiboutien dans la stricte application de la convention d'entraide judiciaire entre les deux pays de 1986. En refusant d'y donner suite la République de Djibouti a manqué à ses obligations en vertu de la convention et, en particulier, à celles résultant des paragraphes 1 et 2 de l'article 3, qui disposent que :

«1. *L'Etat requis fera exécuter, conformément à sa législation, les commissions rogatoires relatives à une affaire pénale qui lui seront adressées par les autorités judiciaires de l'Etat requérant et qui ont pour objet d'accomplir des actes d'instruction...*

2. *Si l'Etat requérant désire que les témoins ou les experts déposent sous serment, il en fera expressément la demande et l'Etat requis y donnera suite si sa législation ne s'y oppose pas.»*

27. Le refus de Djibouti de donner suite à la demande du juge d'instruction de Versailles ne repose pas sur ce motif, non plus que sur aucun de ceux envisagés par l'article 2 de la convention, dont le professeur Ascensio a longuement parlé la semaine dernière et tout à l'heure. Il constitue plutôt une sorte d'*exceptio non adimpleti contractu* qui ne dit pas son nom. Or les conditions qui pourraient justifier le jeu de ces exceptions ne sont nullement remplies.

28. Pour que les règles figurant dans l'article 60 de la convention de Vienne sur le droit des traités, qui, dans leurs grandes lignes en tout cas, codifient le droit en vigueur en matière

¹²¹ MD, p. 32, par. 77.

d'extinction ou de suspension de l'application d'un traité comme conséquence de sa violation, puissent s'appliquer, il faudrait que deux conditions au moins soient remplies :

- 1) que la violation alléguée de la convention de 1986 soit avérée — or, comme l'a montré mon collègue et ami Hervé Ascensio, il n'en est rien (et cela vaut également pour une argumentation qui serait fondée sur la notion de contre-mesures) ; et
- 2) que la République de Djibouti ait invoqué «la violation comme motif pour mettre fin au traité ou suspendre son application en totalité ou en partie»¹²² — or, loin de se prévaloir de la fin ou de la suspension de la convention de 1986, la Partie djiboutienne invoque ce traité et fonde l'essentiel de son argumentation sur ses dispositions ; comme l'a constaté l'arrêt du 26 septembre 2006 de la chambre de l'instruction de la cour d'appel de Versailles : «à aucun moment, les autorités judiciaires officielles de Djibouti n'ont entendu suspendre ou rompre les relations d'entraide judiciaire avec la France»¹²³ ; du reste, si dénonciation ou suspension il y avait eu, elle aurait dû être notifiée en suivant, au moins dans leur esprit, les directives des articles 65 à 67 de la convention de 1969¹²⁴. En interdisant aux deux personnalités intéressées de se rendre à la convocation du juge de Versailles sans aucune justification juridique, la République de Djibouti a clairement agi en violation de la convention d'entraide de 1986 à laquelle elle dit attacher tant de prix.

29. Il me reste à conclure en récapitulant, Madame le président :

- 1) D'une manière très générale, toutes les questions dont j'ai traité dans cette dernière plaidoirie, sans aucune exception, échappent à la compétence de la Cour ; les conclusions qui suivent à leur sujet n'ont donc qu'un caractère subsidiaire.
- 2) Le président Guelleh n'a fait l'objet d'aucune menace, ni, à fortiori, bien évidemment, d'aucune mesure de contrainte, qui aurait porté atteinte à ses immunités, à sa dignité ou à son honneur :
— la «convocation à témoin» du 14 mai 2005, bien qu'elle ne respectât point les prescriptions de l'article 656 du code de procédure pénale ne renvoyait nullement à la possibilité du recours à la force publique, en contraste frappant avec la pratique habituellement suivie, ce qui, par

¹²² Art. 60, par. 1, de la convention de Vienne de 1969.

¹²³ CMF, annexe VII, p. 12.

¹²⁴ Cf. *Projet Gabčíkovo-Nagymaros (Hongrie/Slovaquie)*, arrêt, C.I.J. Recueil 1997, p. 66, par. 109.

- soi-même, témoignait de la volonté délibérée de la juge d'instruction de ne pas se placer sur le terrain du droit commun ;
- du fait, précisément, qu'elle n'était pas conforme aux dispositions de l'article 656 du code de procédure pénale toujours, cette invitation n'en était pas moins nulle et non avenue ; et
 - en tout état de cause, elle a été remplacée par l'invitation à déposer, parfaitement régulière, du 14 février 2007, si bien qu'il n'y a, en tout cas pas lieu à statuer sur les demandes de Djibouti la concernant ;
 - subsidiairement, si, néanmoins, la Cour entendait se prononcer au fond à son égard, elle ne pourrait que constater qu'elle n'a violé — cette convocation de 2007 — aucun principe ni aucune règle de droit international ;
 - encore plus subsidiairement, si, «par impossible» — pour faire plaisir à M^e van den Biesen —, la Cour considérait qu'il en allait autrement, elle estimera, j'en suis convaincu, que les excuses présentées par les autorités officielles françaises constituent une réparation appropriée et suffisante ;
 - quant à l'invitation à déposer du 14 février dernier, le demandeur n'allègue en fait pas son illicéité ; dès lors, elle ne saurait, de quelque manière que ce soit, engager la responsabilité de la France et vous ne pourrez, Madame et Messieurs de la Cour, que le constater.
- 3) Pour ce qui est des prétendues atteintes aux immunités dont bénéficieraient le procureur de la République et le chef de la sûreté nationale de Djibouti,
- les convocations à témoin assisté qui leur ont été adressées ont, elles aussi, été supplantées par les mandats d'arrêt émis à l'encontre de ces deux personnalités ; il n'y a donc pas lieu pour la Cour de se prononcer à leur égard ;
 - quant aux mandats d'arrêt eux-mêmes, ils ne sont contraires à aucune règle du droit international et n'ont pu porter nulle atteinte à des immunités dont ces personnes ne bénéficient pas ; et,
 - de toute façon, puisque loin de se prévaloir de telles immunités devant le juge français, elles se sont fondées sur un prétendu manquement au principe de réciprocité — qui n'est pas pertinent en l'espèce, le contentieux n'est pas noué sur ce point — ceci indépendamment même de

l'incompétence manifeste de la Cour pour se prononcer sur tout le volet de l'affaire relatif aux immunités des officiels djiboutiens invoquées maintenant par le demandeur.

30. Madame et Messieurs les juges, ceci conclut ma plaidoirie. Je vous remercie de m'avoir prêté une oreille attentive. Je vous prie, Madame le président, de bien vouloir donner la parole à Mme Belliard, agent de la République française.

Le PRESIDENT : Je vous remercie Monsieur le professeur Pellet et maintenant je donne la parole à Mme Belliard, l'agent de la République française.

Mme BELLIARD :

CONCLUSION GÉNÉRALE

1. Madame le président, Messieurs les juges, il m'incombe maintenant de conclure le second tour de plaidoiries de la République française. Je serai brève, d'autant plus brève que nos contradicteurs n'ont guère apporté d'éléments nouveaux au cours de ce second tour.

2. En revanche, est plus clairement apparu leur objectif principal, qu'il est aisé de résumer. En effet, et tout simplement si j'ose dire, le demandeur paraît vouloir faire de votre prétoire une chambre d'appel contre des procédures conduites souverainement et en toute indépendance devant les juridictions françaises et ceci au risque de transformer la présente instance en une discussion hors sujet sur l'application nationale de procédures d'entraide judiciaire ou sur l'interprétation exacte de notre code de procédure pénale. Ceci, de toute évidence, n'est pas le rôle d'une cour internationale.

3. Cela étant, nous n'avons jamais prétendu — je l'indiquais déjà lors de ma plaidoirie introductive de jeudi dernier —, pouvoir tirer argument de notre droit interne pour nous exonérer de nos obligations internationales.

4. La France s'est bien au contraire présentée volontairement pour répondre devant votre Cour d'un différend précis l'opposant à la République de Djibouti et ne mettant en jeu que des questions de droit international. Au fond, et c'était là l'exacte limite à laquelle — nous l'espérions — aurait dû se tenir le débat, le demandeur nous fait un seul grief : ne pas lui avoir transmis la copie d'un dossier d'une information judiciaire en cours, le dossier de «l'affaire Borrel»

dont il convient par ailleurs qu'elle n'est pas en cause en tant que telle devant vous. Je reviendrai dans quelques instants sur ce grief. Je ne m'appesantirai pas, en revanche, sur l'étendue de la compétence de la Cour dans la présente espèce, si ce n'est pour souligner :

- d'une part, que l'article 38, paragraphe 5, du Règlement de la Cour impose de respecter les termes exacts de l'acceptation explicite de votre compétence sur le fondement de cet article ;
- d'autre part, que l'on voit mal, comme il a été abondamment démontré par le professeur Alain Pellet, où s'arrêterait la compétence de la Cour si l'on suivait le raisonnement du demandeur, sa thèse n'étant à cet égard ni raisonnable, ni praticable.

5. Avant d'en arriver au grief tiré du refus de communication du dossier de l'affaire Borrel, j'apporterai néanmoins un dernier commentaire sur les allégations d'atteintes aux immunités de personnalités djiboutiennes.

6. S'il est clair — nous n'avons pas de divergence sur ce point, fort heureusement — que le droit international coutumier reconnaît à un chef d'Etat en exercice l'inviolabilité et l'immunité totale en matière de juridiction pénale, il est non moins évident que les demandes djiboutiennes de voir reconnues des immunités étendues à des représentants officiels, tels le procureur général de la République de Djibouti ou le chef de sa sécurité nationale, vont bien au-delà de ce qu'exige le droit international. Les immunités n'ont aujourd'hui pas toujours bonne presse face au désir légitime de lutter contre l'impunité. A l'heure où un équilibre raisonnable doit être assuré entre les immunités et les risques d'impunité qu'elles entraînent, d'une part, et la nécessité, grâce à la protection qu'elles assurent aux plus hauts représentants des Etats, de permettre le fonctionnement harmonieux des relations entre Etats, d'autre part, il serait pour le moins paradoxal, et tout à fait contestable :

- de dénier à un Etat le droit de solliciter, sans bien sûr faire usage d'aucune contrainte, le témoignage du chef d'un autre Etat ;
- de reconnaître à tout fonctionnaire, quand bien même il serait placé très haut dans la hiérarchie administrative, un statut lui assurant des immunités de juridiction absolues et générales sans égard aucun pour les fonctions qu'il remplit ; et, enfin,

— de dénier au juge national la compétence pour apprécier si des actes accomplis par des personnes excipant d'immunités fonctionnelles entrent bien dans le cadre de leurs activités professionnelles accomplies pour le compte et au nom de leur Etat.

7. Toutes ces questions excédant manifestement votre compétence telle qu'acceptée par la République française sur le fondement de l'article 38, paragraphe 5, du Règlement de la Cour, je voudrais toutefois concentrer mon propos sur les seuls points sur lesquels vous avez à vous prononcer. En définitive, ceux-ci peuvent être résumés simplement en se posant successivement quatre questions.

Première question : La France avait-elle le droit de refuser, dans l'exécution d'une commission rogatoire internationale, de transmettre le dossier sollicité par les autorités djiboutiennes ?

8. La réponse positive à une telle question ne fait aucun doute. Djibouti a certes d'abord fait valoir que la France ne pouvait, en aucun cas, refuser la demande djiboutienne, avant de se raviser. Au risque de se contredire, elle a alors soutenu que la France aurait accepté de transmettre le dossier avant elle-même de se dédire.

9. Cette attitude contradictoire du demandeur traduit ses difficultés à réfuter la position claire, constante et parfaitement fondée en droit de la République française : le refus de faire droit à une demande d'entraide judiciaire est prévu dès l'article 2 de la convention d'entraide du 27 septembre 1986 pour certaines hypothèses qui, loin d'être propres à cette convention, sont prévues quasi systématiquement dans les conventions de même nature conclues en ce domaine. Une telle disposition, en outre, s'inscrit dans le prolongement logique d'une coopération qui, pour être «la plus large possible», ne saurait être absolue sans quoi, inévitablement, il ne s'agirait plus guère de coopération mais d'intégration pure et simple des ordres judiciaires entre deux Etats ; or, nous savons tous qu'en matière de coopération judiciaire dans le domaine pénal, nous n'en sommes pas là.

Deuxième question : Quels sont, sur le fond, les cas de dérogation prévus par la convention ?

10. Ces conditions figurent, et sont clairement énoncées, à l'article 2 de la convention. Sur les trois motifs de refus envisagés, on trouve expressément mentionnée, et c'est elle qui nous intéresse dans la présente affaire, l'hypothèse dans laquelle la demande est de nature à porter

atteinte aux intérêts essentiels de l'Etat requis. Cette dérogation, prévue au *litt. c)* de l'article 2 de la convention de 1986 est une disposition classique — je dirais même traditionnelle et constante — dans les conventions d'entraide pénale.

11. En effet, les questions pénales, plus que d'autres, sont de celles qui touchent à la souveraineté nationale des Etats et à leur sécurité ou à leur ordre public ; nul ne songerait à le contester. C'est donc fort logiquement que les Etats, lorsqu'ils décident de négocier et de conclure des accords d'entraide judiciaire en matière pénale, veillent, en y insérant des dispositions telles que celles de l'article 2 de la convention qui nous occupe, à ce que les engagements qu'ils prennent ne puissent porter atteinte à leur souveraineté, à leur sécurité, à leur ordre public ou à d'autres de leurs intérêts essentiels.

12. Je ne voudrais toutefois pas que l'on s'y méprenne : il ne s'agit pas d'affirmer que la seule nature pénale de la coopération autoriserait à elle seule l'Etat à déroger à son obligation en la matière. C'est bien évidemment lorsque, dans le cadre de cette coopération en matière pénale, sa souveraineté, sa sécurité, son ordre public ou d'autres de ses intérêts essentiels pourraient être affectés que l'Etat est en droit, s'il l'estime nécessaire, de recourir à la dérogation conventionnellement prévue.

13. Quant aux faits qui vous sont soumis, Madame et Messieurs de la Cour, je n'y reviendrai pas, sauf à rappeler que les autorités de mon pays tout comme celles de l'Etat demandeur étaient parfaitement conscientes, dès avant l'émission même de la commission rogatoire internationale, des difficultés que soulèverait inmanquablement la demande djiboutienne eu égard aux pièces frappées de «secret-défense» et déclassifiées pour être versées au «dossier Borrel». Ce n'est toutefois qu'après l'examen de la demande d'entraide, dans les formes requises, que la conclusion a dû et n'a pu qu'être tirée de l'impossibilité de transmettre le dossier à la Partie djiboutienne, et ceci me conduit à la troisième question à laquelle vous êtes appelés à répondre :

Troisième question : Qui est juge de ce qu'une demande est de nature à porter atteinte aux intérêts essentiels de l'Etat requis ?

14. Là encore, la réponse ne fait aucun doute, compte tenu de la rédaction extrêmement claire du *litt. c)* de l'article 2, de la convention : cette compétence est reconnue à l'Etat requis, et à lui seul.

15. Il est clair que dans l'esprit des Etats parties, et *le litt.* même des dispositions ainsi prévues le confirme, il s'agit, pour l'Etat requis, de se préserver une large marge d'appréciation pour juger lui-même, et seulement lui-même, du risque d'atteinte à ses intérêts essentiels. En se reconnaissant réciproquement une telle faculté, les Etats entendent ainsi assurer le respect mutuel de leur souveraineté dans un domaine particulièrement sensible.

16. Ceci ne signifie nullement que les Etats utilisent de telles clauses de dérogation sans discernement et, en particulier, sans se conformer au principe de bonne foi. Bien au contraire, ainsi que cela a été indiqué, cet usage est peu fréquent et c'est faire un procès d'intention à la République française que de soutenir, comme le font nos contradicteurs, qu'elle entendrait s'abriter systématiquement derrière cette clause pour refuser toute coopération judiciaire. Il est évident, au demeurant, que la notion d'intérêts essentiels, comme les mots mêmes le signifient, est une notion qui reste très circonscrite. Je rappelle que, jusqu'à cette demande, la France n'avait jamais refusé aucune demande d'entraide émanant des autorités djiboutiennes, prouvant, s'il en était besoin, que la République française ne fait pas un usage abusif de cette clause.

17. En l'espèce, la France a refusé la communication du dossier Borrel sur le fondement de cette clause. Elle a estimé en effet que cette communication serait de nature à porter atteinte à ses intérêts essentiels. Il me semble que la lecture des pièces soumises à la Cour par les deux Parties suffit à faire comprendre que ce refus n'était pas injustifié.

18. En outre, que le refus des autorités françaises n'a rien d'arbitraire est attesté, si tant est qu'il faille le démontrer, par le plein respect des formes prévues par la convention d'entraide judiciaire et il s'agit là de la quatrième et dernière question que soulève le présent différend :

Quatrième question : Quelle procédure les autorités françaises devaient-elles suivre pour répondre à la demande d'entraide ?

19. Deux précisions sont données par la convention :

— premièrement, c'est à l'article 3, l'Etat requis fait exécuter les commissions rogatoires «conformément à sa législation» ; en France, pour une commission rogatoire telle que celle en cause dans la présente espèce, c'est au juge d'instruction qu'il appartient, et à lui seul, lui seul pouvant disposer du dossier, de déterminer si la demande peut recevoir une réponse positive. Telle a été la procédure suivie en l'espèce ;

— deuxièmement, l'article 17 prévoit que «tout refus d'entraide judiciaire sera motivé». Les conseils de Djibouti tentent à cet égard de jongler avec les différentes pièces soumises à la Cour. S'appuyant ainsi sur l'une, la lettre du 31 mai 2005 du directeur des affaires criminelles et des grâces du ministère de la justice, ils semblent faire valoir, entre les lignes de leur argumentation, que le refus, bien que motivé (pas suffisamment à leur goût, néanmoins), n'a pas été notifié par la France, au motif que Djibouti n'aurait jamais reçu une telle lettre¹²⁵. Mais, en s'appuyant sur une autre pièce, la lettre du 6 juin 2005 de l'ambassadeur de France à Djibouti, les demandeurs soutiennent à l'inverse que le refus leur a bien été notifié, mais sans être, cette fois, motivé¹²⁶.

Ce savant équilibre me paraît en tout état de cause inutile. L'article 17 ne prévoit pas d'obligation de notification, ni donc, à plus forte raison, les modalités et les formes d'une possible notification, alors que d'autres conventions prévoient expressément une obligation de notification, comme a bien voulu le reconnaître un conseil du demandeur¹²⁷. Aussi est-il bien plus pertinent de s'en tenir au sens et à l'effet utile que poursuit cette disposition afin de vérifier que ceux-ci ont été pleinement respectés. A cet égard, la lecture des pièces produites devant la Cour comme la rédaction même du mémoire de la Partie djiboutienne, démontrent amplement que les raisons ont été fournies à la République de Djibouti pour motiver le refus de lui transmettre le dossier Borrel. Aucune violation de l'article 17, ni à fortiori d'une quelconque autre disposition de la convention, ne paraît ainsi avoir été établie par la Partie requérante.

20. Telles sont, il me semble, les questions auxquelles la Cour devra répondre. J'ajouterai néanmoins, avant de conclure, deux derniers points. Premier point : on ne saurait admettre la pétition de principe du demandeur selon laquelle le dossier pourra être scindé entre ce qui pourrait être communiqué et ce qui ne le pourrait pas et ceci, qui plus est, à l'aveugle. A cet égard, il me semble que, là encore, l'ensemble des éléments produits devant vous ainsi que le nombre de pièces du dossier Borrel ayant fait l'objet, qui plus est à différents moments de la procédure, d'une déclassification permettant de les verser au dossier, suffisent à convaincre du contraire. Le dossier

¹²⁵ CR 2008/2, p. 41-43, par. 45-51 (van den Biesen).

¹²⁶ *Ibid.*, p. 39-41, par. 37-44 (van den Biesen).

¹²⁷ CR 2008/2, p. 26, par. 35 (Condorelli).

forme un tout. Et, là encore, il n'appartient pas à l'Etat requérant de se substituer à la République française pour en juger.

21. Second point. Vider les dispositions du *litt. c)* de l'article 2 de la convention de 1986 de leur portée — ce à quoi aboutiraient les thèses des requérants — risquerait de compromettre la conclusion d'accords de coopération judiciaire et pourrait inciter des Etats à se dégager de ceux qui sont en vigueur. A cet égard, à n'en pas douter, la réponse qui sera donnée par la Cour sur ce point ira bien au-delà de la coopération judiciaire franco-djiboutienne, dès lors que, je le répète, ces clauses sont des clauses standard dans ce type d'accords.

22. Madame le président, Messieurs les juges, ainsi que je l'avais souligné lors de l'ouverture du premier tour de plaidoiries de la France, je ne peux que rejoindre la République de Djibouti lorsque celle-ci exprime la nécessité de préserver les liens de coopération et d'amitié existant entre nos deux pays. Je suis convaincue que la décision de votre Cour y contribuera.

23. Madame le président, je tiens, avant de clore, à adresser tous mes remerciements aux membres de la Cour pour l'attention dont ils ont bien voulu témoigner tout au long de cette procédure orale, au Greffe pour sa précieuse assistance à l'organisation de ces audiences ainsi qu'aux interprètes pour leur remarquable concours.

24. J'ai maintenant l'honneur de vous donner lecture des conclusions finales de la République française, laquelle, pour l'ensemble des motifs exposés dans son contre-mémoire et au cours des plaidoiries orales, et conformément aux conclusions qui ont été exposées par M. Alain Pellet et M. Hervé Ascensio, prie la Cour de bien vouloir :

- 1) *a)* se déclarer incompétente pour se prononcer sur les demandes présentées par la République de Djibouti à l'issue de ses plaidoiries orales qui dépassent l'objet du différend tel qu'exposé dans sa requête, ou les déclarer irrecevables ;
- b)* subsidiairement, déclarer ces demandes non fondées ;
- 2) rejeter l'ensemble des autres demandes formulées par la République de Djibouti.

Je vous remercie.

Le **PRESIDENT** : Je vous remercie, Madame l'agent. La Cour prend acte des conclusions finales dont vous venez de donner lecture au nom de la République française, tout comme elle a pris acte hier des conclusions finales de la République de Djibouti.

S'agissant de la réponse apportée cet après-midi par la France à la question posée par M. le juge Simma au terme de l'audience du 25 janvier, j'ajouterai que Djibouti pourra présenter par écrit, le vendredi 1^{er} février 2008 au plus tard, les observations qu'il voudrait faire sur cette réponse. Le texte des observations de Djibouti sera communiqué à la France. La Cour n'invitera pas la France à fournir d'autres observations.

Ceci nous amène à la fin de cette série d'audiences consacrées aux plaidoiries des Parties. Je tiens à adresser mes remerciements aux représentants des deux Parties pour l'assistance qu'ils ont apportée à la Cour par leurs exposés oraux au cours de ces audiences.

Je leur souhaite un bon retour dans leurs pays respectifs et, conformément à la pratique, je prierai les agents de bien vouloir rester à la disposition de la Cour. Sous cette réserve, je déclare close la présente procédure orale.

La Cour va maintenant se retirer pour délibérer. Les agents des Parties seront avisés en temps utile de la date à laquelle la Cour rendra son arrêt.

La Cour n'étant saisie d'aucune autre question aujourd'hui, la séance est levée.

L'audience est levée à 17 h 55.
