

COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE

RECUEIL DES ARRÊTS,
AVIS CONSULTATIFS ET ORDONNANCES

AFFAIRE RELATIVE À CERTAINES QUESTIONS
CONCERNANT L'ENTRAIDE JUDICIAIRE
EN MATIÈRE PÉNALE

(DJIBOUTI c. FRANCE)

ARRÊT DU 4 JUIN 2008

2008

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE

REPORTS OF JUDGMENTS,
ADVISORY OPINIONS AND ORDERS

CASE CONCERNING CERTAIN QUESTIONS
OF MUTUAL ASSISTANCE
IN CRIMINAL MATTERS

(DJIBOUTI v. FRANCE)

JUDGMENT OF 4 JUNE 2008

Mode officiel de citation:

*Certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale
(Djibouti c. France), arrêt, C.I.J. Recueil 2008,
p. 177.*

Official citation:

*Certain Questions of Mutual Assistance in Criminal Matters
(Djibouti v. France), Judgment, I.C.J. Reports 2008,
p. 177.*

ISSN 0074-4441
ISBN 978-92-1-071048-0

N° de vente: Sales number	939
------------------------------	------------

4 JUIN 2008

ARRÊT

CERTAINES QUESTIONS CONCERNANT L'ENTRAIDE
JUDICIAIRE EN MATIÈRE PÉNALE
(DJIBOUTI c. FRANCE)

CERTAIN QUESTIONS OF MUTUAL ASSISTANCE
IN CRIMINAL MATTERS
(DJIBOUTI v. FRANCE)

4 JUNE 2008

JUDGMENT

TABLE DES MATIÈRES

	<i>Paragraphes</i>
QUALITÉS	1-18
I. LES FAITS DE L'ESPÈCE	19-38
II. COMPÉTENCE DE LA COUR	39-95
1) Question préliminaire relative à la compétence et à la recevabilité	45-50
2) Compétence <i>ratione materiae</i>	51-64
a) Les positions des Parties	51-59
b) Le <i>forum prorogatum</i> en tant que fondement de la compétence de la Cour	60-64
3) La portée du consentement mutuel des Parties	65-95
a) La requête de Djibouti	66-75
b) La réponse de la France à la requête	76-79
c) Les conclusions de la Cour	80-95
III. LA VIOLATION ALLÉGUÉE DU TRAITÉ D'AMITIÉ ET DE COOPÉRATION ENTRE LA FRANCE ET DJIBOUTI DU 27 JUIN 1977	96-114
IV. LA VIOLATION ALLÉGUÉE DE LA CONVENTION D'ENTRAIDE JUDICIAIRE EN MATIÈRE PÉNALE ENTRE LA FRANCE ET DJIBOUTI DU 27 SEPTEMBRE 1986	115-156
1) L'obligation d'exécuter la commission rogatoire internationale	116-124
2) L'engagement allégué de la France d'exécuter la commission rogatoire internationale émanant de Djibouti	125-130
3) Le refus opposé par la France à l'exécution de la commission rogatoire internationale	131-156
V. LES VIOLATIONS ALLÉGUÉES DE L'OBLIGATION DE PRÉVENIR LES ATTEINTES À LA PERSONNE, LA LIBERTÉ OU LA DIGNITÉ D'UNE PERSONNE JOUISSANT D'UNE PROTECTION INTERNATIONALE	157-200
1) Les atteintes alléguées à l'immunité de juridiction ou à l'inviolabilité du chef de l'Etat de Djibouti	161-180
a) La convocation à témoigner adressée au chef de l'Etat de Djibouti le 17 mai 2005	162-175
b) La convocation à témoigner adressée au chef de l'Etat de Djibouti le 14 février 2007	176-180
2) Les atteintes alléguées aux immunités prétendument dues au procureur de la République et au chef de la sécurité nationale de Djibouti	181-200

178 QUESTIONS CONCERNANT L'ENTRAIDE JUDICIAIRE (ARRÊT)

VI. REMÈDES 201-204

VII. DISPOSITIF 205



COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE

ANNÉE 2008

2008
4 juin
Rôle général
n° 136

4 juin 2008

AFFAIRE RELATIVE À CERTAINES
QUESTIONS CONCERNANT L'ENTRAIDE
JUDICIAIRE EN MATIÈRE PÉNALE

(DJIBOUTI c. FRANCE)

ARRÊT

Présents: M^{me} 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*.

En l'affaire relative à certaines questions concernant l'entraide judiciaire en
matière pénale,

entre

la République de Djibouti,

représentée 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 Souleïman 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, doctorant à l'Université de Leyde, chercheur, Fondation des bourses de l'Etat de la République hellénique,
M. Paolo Palchetti, professeur associé à l'Université de Macerata (Italie),

M^{me} Souad Houssein Farah, conseiller juridique de la présidence de la République de Djibouti,
comme conseils,

et

la République française,
représentée par

M^{me} Edwige Belliard, directeur des affaires juridiques au 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;

M^{lle} 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,

LA COUR,

ainsi composée,

après délibéré en chambre du conseil,

rend l'arrêt suivant :

1. Le 9 janvier 2006, la République de Djibouti (dénommée ci-après «Djibouti») a déposé au Greffe de la Cour une requête, datée du 4 janvier 2006, contre la République française (dénommée ci-après la «France») au sujet d'un différend

«port[ant] sur le refus des autorités gouvernementales et judiciaires françaises d'exécuter une commission rogatoire internationale concernant la transmission aux autorités judiciaires djiboutiennes du dossier relatif à la procédure d'information relative à l'*Affaire contre X du chef d'assassinat*

sur la personne de Bernard Borrel et ce, en violation de la convention d'entraide judiciaire en matière pénale entre le Gouvernement [djiboutien] et le Gouvernement [français] du 27 septembre 1986, ainsi qu'en violation d'autres obligations internationales pesant sur la [France] envers ... Djibouti».

S'agissant du refus susmentionné d'exécuter une commission rogatoire internationale, la requête invoquait également la violation du traité d'amitié et de coopération conclu entre la France et Djibouti le 27 juin 1977.

La requête faisait en outre état de l'émission par les autorités judiciaires françaises de convocations à témoigner adressées au chef de l'Etat djiboutien et à de hauts fonctionnaires djiboutiens, convocations qui auraient méconnu les dispositions dudit traité d'amitié et de coopération, ainsi que les principes et règles relatifs aux privilèges et immunités diplomatiques énoncés dans la convention de Vienne du 18 avril 1961 sur les relations diplomatiques et les principes relatifs aux immunités internationales établis en droit international coutumier, tels que les reflète notamment la convention du 14 décembre 1973 sur la prévention et la répression des infractions contre les personnes jouissant d'une protection internationale, y compris les agents diplomatiques.

2. Dans sa requête, Djibouti indiquait qu'il entendait fonder la compétence de la Cour sur le paragraphe 5 de l'article 38 du Règlement de la Cour et était «confian[t] que la République française acceptera[it] de se soumettre à la compétence de la Cour pour le règlement du présent différend». Il s'était également réservé le droit, dans ladite requête,

«d'avoir recours à la procédure de règlement des différends prévue par les conventions en vigueur entre [lui]-même et la République française, telle la convention [du 14 décembre 1973] sur la prévention et la répression des infractions contre les personnes jouissant d'une protection internationale [, y compris les agents diplomatiques]».

3. Conformément au paragraphe 5 de l'article 38 du Règlement, le greffier a immédiatement transmis copie de la requête au Gouvernement français et a fait connaître aux deux Etats que, conformément à cette disposition, la requête ne serait pas inscrite au rôle général de la Cour et qu'aucun acte de procédure ne serait effectué tant que l'Etat contre lequel la requête était formée n'aurait pas accepté la compétence de la Cour aux fins de l'affaire.

4. Par lettre datée du 25 juillet 2006 et reçue au Greffe le 9 août 2006, le ministre français des affaires étrangères a informé la Cour que la France «accept[ait] la compétence de [celle-ci] pour connaître de la requête en application et sur le seul fondement de l'article 38, paragraphe 5», du Règlement, en précisant que cette acceptation «ne va[lait] qu'aux fins de l'affaire, au sens de l'article 38, paragraphe 5 précité, c'est-à-dire pour le différend qui fait l'objet de la requête et dans les strictes limites des demandes formulées dans celle-ci» par Djibouti. Le Greffe a immédiatement transmis copie de cette lettre au Gouvernement djiboutien, et l'affaire a été inscrite au rôle général de la Cour à la date du 9 août 2006, ce dont le Secrétaire général des Nations Unies a été informé le même jour.

5. Conformément au paragraphe 3 de l'article 40 du Statut de la Cour, tous les Etats admis à ester devant la Cour ont été informés de la requête.

6. Par lettres du 17 octobre 2006, le greffier a fait savoir aux Parties que le

membre de la Cour ayant la nationalité française avait indiqué à la Cour qu'il n'entendait pas participer au règlement de l'affaire, compte tenu des dispositions du paragraphe 2 de l'article 17 du Statut. En application de l'article 31 du Statut et du paragraphe 1 de l'article 37 du Règlement, la France a désigné M. Gilbert Guillaume pour siéger en qualité de juge *ad hoc* en l'affaire.

7. La Cour ne comptant sur le siège aucun juge de nationalité djiboutienne, Djibouti s'est prévalu du droit que lui confère l'article 31 du Statut de procéder à la désignation d'un juge *ad hoc* pour siéger en l'affaire: il a désigné à cet effet M. Abdulqawi Ahmed Yusuf.

8. Par ordonnance en date du 15 novembre 2006, la Cour a fixé au 15 mars 2007 et au 13 juillet 2007, respectivement, les dates d'expiration des délais pour le dépôt du mémoire de Djibouti et du contre-mémoire de la France; ces pièces ont été dûment déposées dans les délais ainsi prescrits.

9. Les Parties n'ayant pas jugé nécessaire la présentation d'une réplique et d'une duplique, et la Cour n'en ayant pas vu davantage la nécessité, l'affaire s'est ainsi trouvée en état.

10. Le 22 novembre 2007, Djibouti a déposé des documents additionnels qu'il souhaitait présenter en l'affaire. Par lettre datée du 4 décembre 2007, l'agent de la France a informé la Cour que son gouvernement ne voyait pas d'objection à la production de ces documents, tout en faisant observer, d'une part, que cette absence d'objection ne pouvait «être interprétée comme un consentement à une extension de la compétence de la Cour telle qu'elle a[vait] été acceptée par la France par la lettre du 25 juillet 2006» et, d'autre part, que «certains des documents présentés constitu[ai]ent des publications facilement accessibles au sens [du paragraphe 4] de l'article 56 du Règlement». Par lettres du 7 décembre 2007, le greffier a informé les Parties que la Cour avait décidé d'autoriser la production des documents en question et avait pris dûment note des observations formulées par l'agent de la France quant à l'interprétation à donner à son absence d'objection à ladite production.

11. Par lettre datée du 26 décembre 2007 et reçue au Greffe le 8 janvier 2008, la France, se référant à l'un des documents déposés par Djibouti le 22 novembre 2007 (voir paragraphe 10 ci-dessus), a expliqué qu'il constituait une pièce au dossier d'une procédure judiciaire actuellement pendante en France, dont le droit français interdit la publication avant qu'elle soit lue en audience publique. Elle demandait en conséquence à la Cour d'en différer la mise à disposition du public jusqu'au 13 mars 2008, date d'ouverture de l'audience devant le tribunal de première instance de Versailles. Par lettres du 18 janvier 2008, le greffier a porté à la connaissance des Parties que la Cour avait décidé: 1) que ledit document ne serait pas mis à la disposition du public avant le 13 mars 2008 ou toute autre date à laquelle pourrait être reportée l'ouverture de l'audience en question, de manière telle que l'interdiction de publication prévue par le droit français soit respectée; et 2) que, au cours de la procédure orale devant la Cour, les Parties ne pourraient en aucun cas se référer audit document ou commenter son contenu d'une manière qui pourrait être considérée comme équivalant à une publication.

12. Par lettre datée du 7 janvier 2008, la France a fait savoir à la Cour, conformément à l'article 57 du Règlement, qu'elle désirait faire entendre à l'audience M^{me} Elisabeth Borrel, veuve de Bernard Borrel (voir paragraphes 20 et 21 ci-après), en qualité de témoin. Par lettre datée du 10 janvier 2008, Djibouti s'est opposé à la demande de la France. Par lettres du 17 janvier 2008, le greffier a informé les Parties que la Cour avait considéré que la déposition envisagée de M^{me} Borrel n'apparaissait pas être celle d'un témoin appelé à établir

des faits de sa connaissance personnelle qui eussent aidé la Cour à trancher le différend tel que porté devant elle, et qu'en conséquence la Cour avait décidé de ne pas accueillir la demande de la France.

13. Conformément au paragraphe 2 de l'article 53 de son Règlement, la Cour, après s'être renseignée auprès des Parties, a décidé que des exemplaires des pièces de procédure et des documents annexés seraient rendus accessibles au public à l'ouverture de la procédure orale (voir cependant paragraphe 11 ci-dessus).

14. Des audiences publiques ont été tenues entre le 21 et le 29 janvier 2008, au cours desquelles ont été entendus en leurs plaidoiries et réponses :

Pour Djibouti : S. Exc. M. Siad Mohamed Doualeh,
M. Phon van den Biesen,
M. Luigi Condorelli.

Pour la France : M^{me} Edwige Belliard,
M. Alain Pellet,
M. Hervé Ascensio.

15. A l'audience, des membres de la Cour ont posé aux Parties des questions auxquelles il a été répondu oralement. Djibouti a présenté des observations écrites sur la réponse que la France avait fournie à l'une des questions qui lui avaient été posées.

*

16. Dans la requête, les demandes ci-après ont été formulées par Djibouti :

« En conséquence, tout en se réservant le droit de compléter et préciser la présente demande en cours d'instance, la République de Djibouti prie la Cour de :

Dire et juger :

- a) que la République française a l'obligation juridique internationale de favoriser toute coopération visant à promouvoir le règlement rapide de l'*Affaire contre X du chef d'assassinat sur la personne de Bernard Borrel* et ce, dans le respect du principe d'égalité souveraine entre Etats tel que proclamé par l'article 2, paragraphe 1, de la Charte des Nations Unies et par l'article premier du traité d'amitié et de coopération entre la République française et la République de Djibouti ;
- b) que la République française ne peut invoquer des principes ou doctrines de son droit interne (tels ceux relatifs à la séparation des pouvoirs) pour faire obstacle à l'exercice des droits conférés à la République de Djibouti par la convention [d']entraide judiciaire en matière pénale ;
- c) que la République française a l'obligation juridique internationale d'exécuter la commission rogatoire internationale concernant la transmission aux autorités judiciaires djiboutiennes du dossier relatif à la procédure d'information relative à l'*Affaire contre X du chef d'assassinat sur la personne de Bernard Borrel* ;
- d) que la République française a l'obligation juridique internationale d'agir conformément aux obligations prévues par la convention d'entraide judiciaire en matière pénale tant dans le cadre de la procédure d'information relative à l'*Affaire contre X du chef d'assassinat sur la personne de Bernard Borrel* que dans toute autre procédure qu'elle engagerait à l'avenir, que cette procédure soit entreprise par un pou-

- voir délégué, législatif, exécutif, judiciaire ou autre, que ce pouvoir occupe une place supérieure ou subordonnée dans l'organisation de la République française ou que les fonctions de ce pouvoir présentent un caractère international ou interne;
- e) que la République française a l'obligation juridique internationale de veiller à ce que le chef d'Etat de la République de Djibouti, en tant que chef d'Etat étranger, ne soit pas l'objet d'offenses et d'atteintes à sa dignité sur le territoire français;
 - f) que la République française a l'obligation juridique de veiller scrupuleusement au respect, au regard de la République de Djibouti, des principes et règles relatifs aux privilèges, prérogatives et immunités diplomatiques tels que reflétés dans la convention de Vienne du 18 avril 1961 sur les relations diplomatiques;
 - g) que la République française porte la responsabilité de la violation des obligations internationales susmentionnées;
 - h) que la République française est tenue de mettre fin immédiatement à la violation des obligations susmentionnées, et qu'à ce titre elle doit notamment :
 - i) exécuter sans plus tarder la commission rogatoire indiquée *supra*, point c), en remettant immédiatement en mains djiboutiennes le dossier précité, et
 - ii) retirer et mettre à néant les convocations en qualité de témoins assistés du chef d'Etat de la République de Djibouti et de ressortissants djiboutiens jouissant d'une protection internationale pour subornation de témoins dans l'*Affaire contre X du chef d'assassinat sur la personne de Bernard Borrel*;
 - i) que la République française doit réparation pour les préjudices causés à la République de Djibouti ainsi qu'à ses citoyens;
 - j) que la République française doit donner à la République de Djibouti la garantie que de tels actes illicites ne se reproduiront pas.»

17. Au cours de la procédure écrite, les conclusions ci-après ont été présentées par les Parties :

Au nom du Gouvernement djiboutien,

dans le mémoire :

«Pour les motifs ci-dessus, ainsi que pour les motifs présentés par sa requête introductive d'instance du 4 janvier 2006, la République de Djibouti, tout en se réservant le droit de compléter ou de modifier les présentes conclusions et de fournir à la Cour de nouvelles preuves et de nouveaux arguments juridiques pertinents dans le cadre du présent différend, prie la Cour de dire et juger :

1. que la République française a manqué aux obligations lui incombant en vertu de la convention d'entraide judiciaire en matière pénale entre le Gouvernement de la République de Djibouti et le Gouvernement de la République française du 27 septembre 1986, et en vertu du traité d'amitié et de coopération entre la République française et la République de Djibouti signé à Djibouti le 27 juin 1977 et des autres règles de droit international applicables au présent cas, par son refus de donner suite à la commission rogatoire demandée par la République de

Djibouti, plus spécifiquement par son refus de transmettre le dossier « Borrel » aux autorités judiciaires de Djibouti ;

2. que la République française a manqué aux obligations découlant des principes établis du droit international général et coutumier de prévenir les atteintes à la liberté, à la dignité et aux immunités d'une personne jouissant d'une protection internationale, du fait des convocations en tant que témoins assistés du chef de l'Etat djiboutien et de hauts responsables djiboutiens, ainsi que du fait de l'établissement de mandats d'arrêt internationaux contre ces derniers ;
3. que, par son comportement, la République française a engagé sa responsabilité internationale à l'égard de la République de Djibouti ;
4. que la République française est tenue de cesser son comportement illicite et de respecter scrupuleusement à l'avenir les obligations lui incombant ;
5. que la République française doit exécuter sans plus tarder la commission rogatoire indiquée *supra* en remettant immédiatement en mains djiboutiennes le dossier précité ;
6. que la République française doit retirer et mettre à néant les convocations en qualité de témoins assistés du chef d'Etat de la République de Djibouti et de ressortissants djiboutiens jouissant d'une protection internationale pour subornation de témoins dans l'*Affaire contre X du chef d'assassinat sur la personne de Bernard Borrel* ;
7. que la République française doit retirer et mettre à néant les mandats d'arrêt internationaux émis et diffusés contre des ressortissants djiboutiens jouissant d'une protection internationale ;
8. que la République française doit fournir à la République de Djibouti des assurances et garanties spécifiques de non-répétition des faits illícites dénoncés ;
9. que la République française est tenue envers la République de Djibouti de l'obligation de réparer tout préjudice causé à celle-ci par la violation des obligations imposées par le droit international et énumérées dans les conclusions aux points 1 et 2 ci-dessus ;
10. que la nature, les formes et le montant de la réparation seront déterminés par la Cour, au cas où les Parties ne pourraient se mettre d'accord à ce sujet, et qu'elle réserve à cet effet la suite de la procédure.

La République de Djibouti se réserve le droit de faire valoir tout moyen de droit et argument supplémentaires à l'occasion des plaidoiries orales.»

Au nom du Gouvernement français,

dans le contre-mémoire :

« Pour les raisons exposées dans le présent contre-mémoire et pour tous autres motifs à produire, déduire ou suppléer s'il échet, la République française prie la Cour internationale de Justice de bien vouloir :

- 1) déclarer irrecevables les demandes de la République de Djibouti formulées dans son mémoire et qui dépassent l'objet déclaré de sa requête ;
- 2) rejeter au fond l'ensemble des demandes formulées par la République de Djibouti. »

18. Au cours de la procédure orale, les conclusions ci-après ont été présentées par les Parties :

Au nom du Gouvernement djiboutien,

à l'audience du 28 janvier 2008 :

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

- 1) Que la République française a violé ses obligations en vertu de la convention de 1986 :
 - i) en n'ayant pas mis en œuvre son engagement en date du 27 janvier 2005 d'exécuter la demande de commission rogatoire de la République de Djibouti en date du 3 novembre 2004 ;
 - ii) ou, subsidiairement, en n'ayant pas exécuté son obligation en vertu de l'article premier de ladite convention suite à son refus illicite contenu dans la lettre du 6 juin 2005 ;
 - iii) ou, subsidiairement encore, en n'ayant pas exécuté son obligation en vertu de l'article premier de ladite convention suite à son refus illicite contenu dans la lettre du 31 mai 2005.
- 2) Que la République française doit immédiatement après le prononcé de l'arrêt de la Cour :
 - i) transmettre le « dossier Borrel » dans son intégralité à la République de Djibouti ;
 - ii) ou, subsidiairement, transmettre le « dossier Borrel » à la République de Djibouti dans les conditions et modalités déterminées par la Cour.
- 3) Que la République française a violé son obligation en vertu des principes du droit international coutumier et général de ne pas porter atteinte aux immunités, à l'honneur et à la dignité du président de la République de Djibouti, en :
 - i) envoyant une convocation à témoin au président de la République de Djibouti le 17 mai 2005 ;
 - ii) répétant l'atteinte ci-dessus, ou en essayant de répéter ladite atteinte, le 14 février 2007 ;
 - iii) rendant publiques les deux convocations par la transmission immédiate de l'information aux médias français ;
 - iv) ne répondant pas de manière appropriée aux deux lettres de protestation de l'ambassadeur de la République de Djibouti à Paris en date respectivement du 18 mai 2005 et du 14 février 2007.
- 4) Que la République française a violé son obligation en vertu des principes du droit international coutumier et général de prévenir les atteintes aux immunités, à l'honneur et à la dignité du président de la République de Djibouti.
- 5) Que la République française doit immédiatement après le prononcé de l'arrêt de la Cour annuler la convocation à témoin en date du 17 mai 2005 et la déclarer nulle et non avenue.
- 6) Que la République française a violé son obligation en vertu des principes du droit international coutumier et général de ne pas porter atteinte à la personne, à la liberté et à l'honneur du procureur général de la République de Djibouti et du chef de la sécurité nationale de Djibouti.
- 7) Que la République française a violé son obligation, en vertu des principes du droit international coutumier et général, de prévenir les atteintes à la personne, à la liberté et à l'honneur du procureur général

de la République de Djibouti et du chef de la sécurité nationale de la République de Djibouti.

- 8) Que la République française doit immédiatement après le prononcé de l'arrêt de la Cour annuler les convocations à témoin assisté et les mandats d'arrêt émis à l'encontre du procureur général de la République de Djibouti et du chef de la sécurité nationale de la République de Djibouti, ainsi que les déclarer nuls et nonavenus.
- 9) Que la République française, en agissant contrairement ou en manquant d'agir conformément aux articles premier, 3, 4, 6 et 7 du traité d'amitié et de coopération de 1977 pris individuellement ou cumulativement, a violé l'esprit et le but de ce traité ainsi que les obligations en découlant.
- 10) Que la République française doit cesser son comportement illicite et respecter scrupuleusement à l'avenir les obligations qui lui incombent.
- 11) Que la République française doit fournir à la République de Djibouti des assurances et garanties spécifiques de non-répétition des faits illécites dénoncés.»

Au nom du Gouvernement français,

à l'audience du 29 janvier 2008 :

«Pour l'ensemble des motifs exposés dans son contre-mémoire et au cours de ses plaidoiries orales, la République française 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.»

* * *

I. LES FAITS DE L'ESPÈCE

19. Les Parties s'accordent à estimer qu'il n'appartient pas à la Cour de se prononcer sur les faits et l'établissement des responsabilités dans l'affaire *Borrel*, et en particulier sur les circonstances du décès de Bernard Borrel. Elles conviennent cependant que ladite affaire est à l'origine du différend dont la Cour se trouve saisie, du fait de l'ouverture de plusieurs procédures judiciaires en France et à Djibouti et de la mise en œuvre de mécanismes conventionnels bilatéraux d'entraide judiciaire entre les Parties. Les faits, dont certains sont admis par les Parties tandis que d'autres sont contestés, ainsi que les procédures judiciaires engagées dans le cadre de cette affaire peuvent être décrits comme suit.

20. Le 19 octobre 1995, le corps du magistrat Bernard Borrel, de nationalité française, alors détaché auprès du ministère de la justice de Djibouti en tant que conseiller technique, a été découvert carbonisé à

80 kilomètres de la ville de Djibouti. Certains éléments liés au décès de M. Borrel étant demeurés inexpliqués, le procureur de la République de Djibouti a ouvert, le 28 février 1996, une information judiciaire sur les causes de la mort du magistrat français; celle-ci, concluant au suicide, a été clôturée le 7 décembre 2003.

21. En France, une information judiciaire en recherche des causes de la mort de Bernard Borrel a été ouverte, le 7 décembre 1995, au tribunal de grande instance de Toulouse. Le 3 mars 1997, la veuve de Bernard Borrel et ses enfants se sont constitués partie civile pour les mêmes faits et, à la suite de nouvelles expertises médico-légales mettant notamment en doute la thèse du suicide, une information judiciaire a été ouverte le 22 avril 1997 «contre X pour assassinat sur la personne de Bernard Borrel» devant le tribunal de grande instance de Toulouse. Ces deux procédures ont été jointes le 30 avril 1997. Le tribunal de grande instance de Toulouse a été dessaisi le 29 octobre 1997 par arrêt de la Cour de cassation au profit du tribunal de grande instance de Paris. Les magistrats instructeurs français, M^{me} Marie-Paule Moracchini et M. Roger Le Loire, ayant estimé nécessaire de recueillir divers pièces et témoignages, de procéder à une reconstitution des faits et de se rendre à ces fins sur les lieux, ont recouru à deux reprises aux mécanismes de la convention d'entraide judiciaire en matière pénale du 27 septembre 1986 entre la République de Djibouti et la République française (ci-après dénommée la «convention de 1986»). Les magistrats instructeurs ont émis deux commissions rogatoires internationales, l'une le 30 octobre 1998 et l'autre le 15 février 2000, auxquelles Djibouti a fait droit, y compris en autorisant l'accès aux locaux présidentiels djiboutiens. La seconde commission rogatoire a en particulier fait suite aux déclarations d'un témoin, M. Mohamed Saleh Alhoumekani, ancien officier de la garde présidentielle de Djibouti, selon lesquelles plusieurs ressortissants djiboutiens, dont M. Ismaël Omar Guelleh — actuel président de la République de Djibouti et alors chef de cabinet du président de la République de Djibouti, M. Hassan Gouled Aptidon —, auraient été impliqués dans l'assassinat de Bernard Borrel. Le témoignage de M. Mohamed Saleh Alhoumekani a été contesté par M. Ali Abdillahi Iftin, qui exerçait les fonctions de chef de la garde présidentielle de Djibouti en 1995, lequel est revenu sur ses déclarations en 2004 (voir paragraphe 35 ci-après). A l'issue de ces commissions rogatoires, l'hypothèse d'un homicide semblait, de l'avis des magistrats instructeurs, devoir être à nouveau écartée.

22. Par un arrêt en date du 21 juin 2000 dans lequel elle déclarait irrégulière la reconstitution effectuée à Djibouti en l'absence des parties civiles, la chambre d'accusation de la cour d'appel de Paris a dessaisi les magistrats instructeurs Moracchini et Le Loire au profit d'un autre juge d'instruction auprès du tribunal de grande instance de Paris, M. Jean-Baptiste Parlos. Aux fins de procéder à la reconstitution contradictoire des faits en présence des parties civiles, de recueillir des témoignages et des documents médicaux, ainsi que de conduire des investigations complémentaires nécessitant un déplacement sur les lieux, le juge Parlos a

décerné, le 15 mai 2001, une nouvelle commission rogatoire internationale, à laquelle les autorités judiciaires djiboutiennes ont à nouveau répondu favorablement.

23. Depuis juin 2002, M^{me} Sophie Clément, juge d'instruction auprès du tribunal de grande instance de Paris, instruit l'information judiciaire ouverte «contre X pour assassinat sur la personne de Bernard Borrel». A la date du prononcé de l'arrêt de la Cour en la présente affaire, cette instruction judiciaire était toujours en cours. Dans l'intervalle, divers médias français ont repris à leur compte la thèse de l'assassinat. Le 16 décembre 2003, le ministre djiboutien des affaires étrangères a écrit au ministre français des affaires étrangères en se plaignant des campagnes de presse dirigées en France contre Djibouti et son président de la République, et a demandé au Gouvernement français de «lever tout obstacle de nature à retarder l'aboutissement judiciaire de cette affaire qui n'a[vait] que trop duré, y compris le secret-défense avancé ... par la partie civile».

24. Selon Djibouti, l'éventualité d'une réouverture du dossier Borrel par les autorités judiciaires djiboutiennes a été évoquée le 6 mai 2004, à l'occasion d'une visite à Paris du président de la République de Djibouti, par le procureur de la République de Djibouti, M. Djama Souleiman Ali, avec le conseiller diplomatique du président de République française, le directeur de cabinet du ministre français de la justice et le procureur général près la cour d'appel de Paris. Cette rencontre aurait été à l'origine d'une première demande de communication du dossier de l'instruction menée par le juge Clément, transmise le 17 juin 2004 aux autorités françaises par le procureur de la République de Djibouti et formulée, selon Djibouti, en application de la convention de 1986. Le procureur de la République de Djibouti s'y plaignait à son tour de l'attitude de «la partie civile et de [certains] médias français» qui, «en mettant en cause les plus hautes autorités djiboutiennes de manière systématique et sur la base [de] déclarations fantaisistes, ... essay[aient] d'orienter l'instruction judiciaire ... en cours». Par une lettre faisant suite à une décision du juge Clément du 13 septembre 2004, le directeur de cabinet du ministre français de la justice a informé son homologue du ministère français des affaires étrangères que

«le juge d'instruction chargé du dossier, seul compétent pour délivrer les copies de pièces (ce qui matériellement représente 35 tomes), estime que [la demande de Djibouti du 17 juin 2004] ne revêt pas les formes requises par la convention franco-djiboutienne d'entraide judiciaire en matière pénale du 27 septembre 1986 et refuse d'exécuter cette demande.

Dès lors, un courrier exposant les difficultés rencontrées va être adressé par le procureur de Paris au procureur de Djibouti pour lui permettre de lui transmettre une commission rogatoire internationale répondant aux conditions de forme susmentionnées.

Cette demande de communication de pièces sera alors satisfaite,

en tenant compte du nécessaire délai qu'imposera la copie des 35 tomes de la procédure judiciaire.»

25. La demande djiboutienne du 17 juin 2004 ayant été effectuée, selon la France, «en dehors du champ» de la convention de 1986 et «en méconnaissance de ses dispositions», le ministère français de la justice a adressé aux autorités djiboutiennes, le 1^{er} octobre 2004, un ensemble de documents techniques devant permettre à ces dernières de formuler la demande de transmission du dossier en cause selon les termes de la convention.

26. A la suite de l'ouverture à Djibouti, le 3 novembre 2004, sur réquisition du procureur de la République de Djibouti en date du 20 octobre 2004, d'une nouvelle information judiciaire du chef d'assassinat sur la personne de Bernard Borrel, une seconde demande de transmission du dossier Borrel a été formulée le 3 novembre 2004 par M^{me} Leila Mohamed Ali, juge d'instruction près le tribunal de première instance de Djibouti, sous la forme d'une commission rogatoire internationale établie à l'intention des autorités judiciaires françaises et communiquée par la voie diplomatique le 6 décembre 2004. Le 28 décembre 2004, le ministère français des affaires étrangères a transmis cette commission rogatoire internationale au ministère français de la justice, qui l'a lui-même transmise, par courrier du 18 janvier 2005 de son directeur des affaires criminelles et des grâces, au procureur général près la cour d'appel de Paris, en invitant celui-ci à faire exécuter la demande en liaison avec le magistrat instructeur. Il attirait son attention «sur la nécessité d'exclure de la copie certifiée conforme [du dossier de l'instruction judiciaire] les pièces susceptibles de porter atteinte à [la] souveraineté, à [la] sécurité, à [l'] ordre public ou à d'autres intérêts essentiels de la nation». Dans son courrier, le directeur des affaires criminelles et des grâces mentionnait les pièces visées dans une note du ministre de la défense, à savoir vingt-cinq notes émanant de deux services de renseignement français. Il ajoutait que «la communication [de ces] documents des services de renseignement français ... aurait pour conséquence de porter à la connaissance d'une autorité politique étrangère des informations de nature à compromettre gravement les intérêts précédemment évoqués». Quelques jours auparavant, le 6 janvier 2005, le ministre français de la défense avait en effet fait connaître au ministre de la justice qu'il ne s'opposait pas à une communication partielle du dossier, expurgé de toutes les informations classées «secret-défense» et déclassifiées. Dans un courrier du 27 janvier 2005, en réponse à une note verbale du 6 décembre 2004 de l'ambassadeur de Djibouti en France, le directeur de cabinet du ministre français de la justice a précisé :

«J'ai demandé à ce que tout soit mis en œuvre pour que la copie du dossier de l'instruction judiciaire relative au décès de Monsieur Bernard Borrel soit transmise au ministre de la justice, des affaires pénitentiaires et musulmanes de la République de Djibouti avant la fin du mois de février 2005 (ce délai s'explique par le volume du dossier dont il y a lieu de faire la copie).

J'ai par ailleurs demandé au procureur de Paris de faire en sorte que ce dossier ne connaisse aucun retard injustifié.»

27. Dans un communiqué de presse publié deux jours plus tard, le 29 janvier 2005, le porte-parole du ministère français des affaires étrangères a indiqué ce qui suit :

«Une information judiciaire relative au décès du juge Bernard Borrel est actuellement en cours auprès du tribunal de grande instance de Paris, suite à la plainte déposée par sa veuve.

Contrairement aux affirmations avancées par divers organes de presse, il n'y a jamais eu d'information judiciaire relative à cette affaire ouverte par des autorités djiboutiennes. L'enquête en cours relève de la seule compétence du juge d'instruction français.

La France souligne à cet égard l'excellente coopération des autorités et de la justice djiboutiennes, qui ont toujours fait preuve de toute la transparence nécessaire au bon déroulement de l'instruction en France.

Les magistrats français qui se sont rendus à plusieurs reprises à Djibouti, dans le cadre de commissions rogatoires internationales, ont toujours bénéficié de l'entière collaboration des autorités djiboutiennes, qui leur ont assuré l'accès aux lieux, aux documents et aux témoignages nécessaires.

Dans le cadre de l'enquête en cours, des documents classifiés «secret-défense» ont fait l'objet de plusieurs décisions de déclassification. Contrairement à ce qui a pu être écrit encore récemment dans certains journaux, rien, dans ces documents, ne permet de conclure à la mise en cause des autorités djiboutiennes.

A la demande de ces mêmes autorités, une copie du dossier relatif au décès du juge Borrel sera prochainement transmise à la justice djiboutienne en vue de permettre aux autorités compétentes de ce pays de décider s'il y a lieu d'ouvrir une information judiciaire à ce sujet.»

28. Le 8 février 2005, par un soit-transmis adressé au procureur de la République de Paris, le juge Clément a présenté ses conclusions, qui peuvent être résumées comme suit. Aucun élément nouveau n'étant survenu depuis la clôture, en décembre 2003, de la première instruction judiciaire ouverte à Djibouti et aucune motivation n'ayant été donnée pour justifier l'ouverture de la nouvelle instruction judiciaire à Djibouti, celle-ci

«apparaissait] comme un détournement de procédure effectué dans l'unique 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 [judiciaire] suivie à Versailles ... dans [le cadre de laquelle] sa comparution personnelle était requise, avant toute audition par le juge saisi de cette affaire».

(Pour cette autre information judiciaire, voir paragraphes 35 et 36 ci-après.)

Le juge d'instruction a par ailleurs rappelé que :

«il est ... prévu par l'article 2 c) [de la convention de 1986] que l'Etat requis peut refuser l'entraide judiciaire s'il estime que l'exécution de la demande est de nature à porter atteinte à [la] souveraineté, à [la]sécurité, à [l']ordre public ou à d'autres ... intérêts essentiels [de la France]»,

et a conclu que «[t]el [était] le cas concernant la transmission de [cette] procédure». A ce titre, le juge Clément a indiqué avoir, dans le cadre de la conduite de ses investigations, sollicité à plusieurs reprises les ministères français de l'intérieur et de la défense aux fins d'obtenir la communication de documents classés «secret-défense», documents dont la commission consultative du secret de la défense nationale avait autorisé la déclassification. A cet égard, le juge a conclu comme suit :

«faire droit à la demande du juge djiboutien reviendrait à détourner les termes de la loi française en permettant la communication de pièces qui ne sont accessibles qu'au seul juge français. Communiquer notre dossier aurait pour conséquence de livrer indirectement des documents des services de renseignement français à une autorité politique étrangère. Sans concourir en aucune façon à la manifestation de la vérité, cette transmission compromettrait gravement les intérêts fondamentaux du pays et la sécurité de ses agents.»

Le juge Clément a ainsi informé le procureur de la République de Paris de son refus d'honorer la demande djiboutienne.

29. La décision du juge Clément a, selon la France, été portée à la connaissance de l'ambassadeur de Djibouti à Paris par un courrier du directeur des affaires criminelles et des grâces du ministère français de la justice en date du 31 mai 2005. Dans la copie de cette lettre produite par la France, la décision de refus est motivée par le fait que «l'article 2 c) de la convention franco-djiboutienne d'entraide pénale du 27 septembre 1986 devait recevoir application». Selon la France, par cette même lettre, le directeur des affaires criminelles et des grâces informait l'ambassadeur que la décision du juge était «souveraine» et «non susceptible de recours».

Djibouti a contesté, au cours de la procédure orale, que la France lui ait fait connaître par un tel courrier le refus du juge Clément d'exécuter la commission rogatoire internationale du 3 novembre 2004. Il a affirmé, comme il ressort de ses écritures, des documents qu'il a présentés à la Cour le 22 novembre 2007 (voir paragraphe 10 ci-dessus) et de ses plaidoiries, que son ambassadeur en France n'avait jamais reçu une lettre datée du 31 mai 2005 du ministère de la justice français.

La France a indiqué pour sa part qu'elle ne disposait d'aucune preuve de la réception par l'ambassadeur de Djibouti en France dudit courrier.

En réponse à une question posée par le président de la Cour à l'audience, la France a précisé qu'elle avait seulement «retrouvé la trace d'un bordereau d'envoi, pour information, d'une copie de [la lettre du 31 mai 2005] à l'ambassadeur de France à Djibouti, ce qui établi[ssait] en tout cas son existence».

30. Par courrier du 18 mai 2005 faisant référence à la lettre du directeur de cabinet du ministre français de la justice du 27 janvier 2005 (voir paragraphe 26 ci-dessus), le ministre djiboutien des affaires étrangères et de la coopération internationale a rappelé à son homologue français que, «à ce jour, [la France] n'[avait] pas honoré ses engagements». L'ambassadeur de France à Djibouti a répondu au ministre djiboutien des affaires étrangères, par un courrier du 6 juin 2005, en indiquant simplement ceci : «Après consultation de mes autorités, je suis au regret de vous informer que nous ne sommes pas en mesure de donner suite à [la] demande [d'exécution de la commission rogatoire internationale introduite par les autorités djiboutiennes le 3 novembre 2004].»

31. Dans le même temps, le juge Clément a poursuivi ses investigations et, suite aux déclarations de M. Mohamed Saleh Alhoumekani recueillies en 2000 par les juges Moracchini et Le Loire (voir paragraphe 21 ci-dessus), a délivré le 17 mai 2005, directement auprès de l'ambassade de Djibouti à Paris, une première convocation à témoigner à l'intention du président de la République de Djibouti, alors en visite officielle en France. Cette convocation à témoigner a été adressée au président Ismaël Omar Guelleh sans qu'il ait été fait application des dispositions de l'article 656 du Code de procédure pénale français, qui prévoit notamment que

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

Le président Ismaël Omar Guelleh n'a pas donné suite à cette convocation, et l'ambassadeur de Djibouti en France, tout en soulignant qu'elle était nulle et non avenue et ne respectait pas la loi française, a dès le lendemain appelé l'attention du ministre français des affaires étrangères sur le fait que la convocation avait été transmise à l'Agence France-Presse (AFP) vingt minutes seulement après lui avoir été communiquée le 17 mai 2005 par télécopie. Il estimait qu'il s'agissait là d'«une violation grave des règles les plus élémentaires dans le cadre d'une instruction judiciaire en général». Par une déclaration radiophonique du porte-parole du ministère des affaires étrangères et un communiqué de presse du 18 mai 2005, dont les textes ont été communiqués le lendemain à l'ambassadeur de Djibouti en France, le ministère français des affaires étrangères a rappelé, s'agissant de cette convocation, que «tout chef d'Etat en exercice bénéficie de l'immunité de juridiction dans ses déplacements à l'étranger», qu'«[i]l s'agit là d'un principe constant de droit international que la France entend faire respecter» et que «toute demande adressée à un

représentant d'un Etat étranger dans le cadre d'une procédure judiciaire obéit à des formes particulières prévues par la loi».

32. Le 14 février 2007, le juge d'instruction a fait connaître au ministre de la justice qu'il souhaitait recueillir le témoignage du président de Djibouti par l'intermédiaire du ministre des affaires étrangères. Selon Djibouti, l'information concernant cette demande aurait été communiquée par des sources judiciaires à l'AFP et à des journaux français avant même que le ministre des affaires étrangères ne l'ait fait parvenir aux représentants de Djibouti. Djibouti a réagi à cette seconde demande de témoignage par un communiqué du même jour de son ambassade en France, dans lequel il «rappel[ait] l'immunité de juridiction dont bénéficie tout chef d'Etat en exercice au cours de déplacements à l'étranger» et soulignait que, «dans le cadre d'une convocation adressée à un représentant d'Etat étranger, le juge d'instruction [était] tenu de respecter l'intégralité de la procédure, notamment par l'intermédiaire du ministère des affaires étrangères, ce qui n'a[vait] nullement été fait en ce cas précis». Le même jour, le ministère français de la justice a commenté dans un communiqué de presse cette convocation à témoigner, dans des termes rappelant ceux du communiqué de presse du ministère des affaires étrangères du 18 mai 2005. Le lendemain, la convocation a été transmise par le ministre français de la justice au ministre français des affaires étrangères, puis communiquée par le directeur de cabinet du président de la République française à la délégation djiboutienne présente en France à l'occasion de la tenue à Cannes de la conférence des chefs d'Etat de France et d'Afrique. La délégation djiboutienne a alors fait connaître le refus du président Ismaël Omar Guelleh de donner suite à cette nouvelle demande.

A l'audience, Djibouti a reconnu que le chef de l'Etat djiboutien avait, tant en 2005 qu'en 2007, été convoqué à témoigner en tant que simple témoin aux termes de la loi française et non en tant que «témoin assisté», comme Djibouti l'avait initialement prétendu dans sa requête. (Pour une définition de la qualité de «témoin assisté», voir paragraphe 184 ci-après.)

*

33. Cinq autres convocations à témoigner en qualité de témoin ou de témoins assistés ont par ailleurs été adressées à un diplomate et à deux hauts fonctionnaires djiboutiens dans le cadre de deux autres procédures judiciaires conduites en France. Il convient donc de faire ici état de ces deux procédures, connexes à l'information judiciaire principale ouverte contre X du chef d'assassinat sur la personne de Bernard Borrel. Une troisième procédure, également connexe à cette information judiciaire principale, revêt un intérêt pour la présente affaire et sera elle aussi mentionnée ci-après.

34. Dans la première de ces procédures, ouverte du chef de diffamation publique devant le tribunal de grande instance de Toulouse, puis dépaycée devant le tribunal de grande instance de Paris par arrêt du

15 janvier 2003 de la Cour de cassation, M^{me} Borrel a déposé, le 14 octobre 2002, une plainte avec constitution de partie civile contre le journal djiboutien *La Nation* à la suite de la publication par celui-ci d'un article qu'elle estimait diffamatoire à son égard. Cette procédure a conduit le juge d'instruction en charge de l'affaire, M. Baudouin Thouvenot, à adresser à l'ambassadeur de Djibouti en France, le 21 décembre 2004, une convocation à témoigner, sans faire application des dispositions de l'article 656 du Code de procédure pénale français. Par une note verbale du 7 janvier 2005, l'ambassade a informé le ministère français des affaires étrangères que, comme prévu par l'article 31 de la convention de Vienne sur les relations diplomatiques du 18 avril 1961, l'ambassadeur ne souhaitait pas apporter son témoignage, tout en faisant part de son étonnement quant au fait que la convocation avait pu «lui être adressée sans passer par l'intermédiaire du ministère [français] des affaires étrangères». En réponse, le chef du protocole du ministère a déploré que la déposition écrite de l'ambassadeur n'eût pas été demandée dans le respect des dispositions de l'article 656 du Code de procédure pénale français et a présenté les excuses des autorités françaises pour «cette entorse aux usages diplomatiques». Il a en outre informé l'ambassadeur de Djibouti, le 14 janvier 2005, que le juge d'instruction avait «reconnu son erreur» et «souhaitait que la convocation soit considérée comme nulle et non avenue». Cette procédure a fait l'objet d'un non-lieu confirmé le 27 avril 2007 par la cour d'appel de Paris.

35. Une deuxième procédure judiciaire a été ouverte du chef de subornation de témoins devant le tribunal de grande instance de Toulouse, puis dépaycée devant le tribunal de grande instance de Versailles par arrêt du 5 mars 2003 de la Cour de cassation. Cette procédure trouve son origine dans une plainte avec constitution de partie civile déposée par M^{me} Borrel le 19 novembre 2002 à l'encontre de M. Djama Souleiman Ali, alors procureur de la République de Djibouti, et de M. Hassan Said Khaireh, chef de la sécurité nationale de Djibouti. M. Djama Souleiman Ali était accusé d'avoir exercé diverses pressions sur M. Mohamed Saleh Alhoumekani en vue de le faire revenir sur de précédentes déclarations (voir paragraphe 21 ci-dessus). M. Hassan Said Khaireh était, quant à lui, accusé d'avoir exercé diverses pressions sur M. Ali Abdillahi Iftin afin qu'il produise un témoignage discréditant les déclarations de M. Mohamed Saleh Alhoumekani. Le 10 août 2004, le ministre djiboutien de la justice, dans un courrier de protestation adressé à son homologue français, s'est référé à l'instruction en cours à Versailles et a fait valoir que «[c]ette procédure aurait dû être déclarée irrecevable par le juge d'instruction de Versailles ou au moins être clôturée par une ordonnance de non-lieu» pour incompétence. Les 3 et 4 novembre 2004, le juge Pascale Belin a adressé à MM. Hassan Said Khaireh et Djama Souleiman Ali, respectivement, des convocations aux fins de les entendre en France, le 16 décembre 2004, en qualité de témoins assistés. Les intéressés n'ont pas déféré à ces convocations. Le 17 juin 2005, le juge Thierry Bellancourt a adressé de nouvelles convocations à MM. Hassan Said Khaireh et Djama Sou-

leiman Ali aux fins de les entendre, toujours en qualité de témoins assistés, le 13 octobre 2005. Par lettre du 11 octobre 2005, l'avocat des deux hauts fonctionnaires djiboutiens a informé le juge Bellancourt que «ces deux personnes, l'un fonctionnaire, l'autre magistrat, ne [pouvaient] déférer à cette convocation». Rappelant la pleine coopération de Djibouti dans le cadre de la conduite des procédures judiciaires menées par les autorités judiciaires dans l'affaire *Borrel* et l'absence de coopération «en retour» de la justice française, il concluait que, «dans ces conditions, la République de Djibouti, Etat souverain, ne [pouvait] accepter que cette coopération avec l'ancienne puissance coloniale se [fit] à sens unique et [que] les deux personnes convoquées [n'étaient] donc pas autorisées à témoigner». Le 27 septembre 2006, la chambre de l'instruction de la cour d'appel de Versailles a décerné des mandats d'arrêt européens à l'encontre de ces dernières.

36. Le 27 mars 2008, soit postérieurement à la clôture de la procédure orale devant la Cour en la présente espèce, la sixième chambre correctionnelle du tribunal de grande instance de Versailles a condamné MM. Djama Souleiman Ali et Hassan Said Khaireh, par défaut, à dix-huit mois et un an d'emprisonnement, respectivement, pour délit de subornation de témoins. Dans son arrêt, dont la Cour a pu avoir copie, la chambre correctionnelle a notamment indiqué que MM. Djama Souleiman Ali et Hassan Said Khaireh avaient accepté d'être jugés en leur absence et qu'ils avaient mandaté leur avocat pour les représenter. Elle a souligné qu'aucune immunité n'avait été invoquée à un quelconque moment de l'audience, et précisé que les mandats d'arrêt délivrés par la chambre de l'instruction le 27 septembre 2006 à l'encontre des deux intéressés continuaient à produire leurs effets. La Cour n'a reçu aucune observation des Parties sur ce jugement.

37. Enfin, les circonstances dans lesquelles les autorités françaises ont procédé à l'examen de la demande de commission rogatoire internationale adressée le 3 novembre 2004 par le juge djiboutien Leila Mohamed Ali dans l'affaire *Borrel* ont été à l'origine d'une troisième procédure judiciaire. Cette procédure judiciaire a été ouverte sur plainte de M^{me} Borrel déposée le 7 février 2005, avec constitution de partie civile, contre le porte-parole du ministère français des affaires étrangères, pour «commentaires visant à exercer des pressions en vue d'influencer la décision du magistrat instructeur». Le porte-parole avait déclaré, dans son communiqué du 29 janvier 2005 (voir paragraphe 27 ci-dessus), qu'«une copie du dossier relatif au décès du juge Borrel sera[it] prochainement transmise à la justice djiboutienne...», alors qu'aucune décision n'avait encore été prise quant à l'issue à donner à la demande djiboutienne. Le 2 septembre 2005, à la suite de la plainte de M^{me} Borrel, une information judiciaire a été ouverte du chef de pressions sur la justice devant le tribunal de grande instance de Paris. Alors que le procureur général près la cour d'appel de Paris avait considéré qu'il n'y avait pas motif à information judiciaire dans cette affaire, la cour d'appel de Paris a décidé, dans un arrêt du 19 octobre 2006, de confirmer la poursuite de la procédure. Dans

cet arrêt, la cour d'appel a notamment présenté comme suit la position adoptée par le procureur général de Paris :

«[S]eule l'autorité ministérielle est compétente pour déterminer si la demande d'entraide peut porter atteinte aux intérêts essentiels de la nation, et ... c'est à l'Etat requis de s'y opposer ou d'y donner suite. Le magistrat instructeur, qui a d'ailleurs exprimé son refus par un soit-transmis, ne disposait pas de pouvoir de décision juridictionnelle en matière d'entraide internationale, l'autorité judiciaire n'émettant qu'un simple avis...»

La cour d'appel, après avoir observé que «dans le silence de [la convention bilatérale du 27 septembre 1986] s'appliqu[ai]ent les dispositions de procédure pénale de droit interne de l'Etat requis», a écarté l'argumentation du procureur général de Paris pour les motifs suivants :

«[L]es dispositions de l'article 694-4 du Code de procédure pénale devant s'appliquer, [celles-ci] ont été immédiatement mises en œuvre, ce qui a eu pour effet de recueillir préalablement l'avis des autorités gouvernementales, seules compétentes pour apprécier les notions d'atteintes à la souveraineté, à la sécurité, à l'ordre public, ou aux autres intérêts essentiels de la Nation;

.....

[I]l se déduit [de la chronologie et de la teneur des courriers pertinents] que l'avis, exigé par les dispositions de l'article 694-4 du Code de procédure pénale, avait été formulé par les autorités gouvernementales compétentes, et qu'il appartenait dès lors au doyen des juges d'instruction, contrairement aux réquisitions de Monsieur le procureur général, ou à un juge subdélégué, de réserver à l'exécution de [la] demande d'entraide la suite qu'il apprécierait;

Il résulte plus particulièrement des termes de la lettre du 6 janvier 2005 (000262/DEF/CAB/CCL) du ministre de la défense au garde des sceaux que le premier ne s'oppose pas à une communication partielle du dossier, expurgé de toutes les informations classées secret-défense et déclassifiées, dont une éventuelle transmission serait de nature à compromettre gravement les intérêts supérieurs de l'Etat et de ses agents;

.....

Après avoir reçu l'avis circonstancié, via le parquet, des autorités gouvernementales, avis nécessaire mais non suffisant pour donner suite à une demande d'entraide, il appartenait au juge d'instruction ... de décider de la portée, des conséquences judiciaires de la réponse française en matière d'entraide internationale, au regard de l'évolution de la procédure française, ce qu'il a fait par son soit-transmis motivé du 8 février 2005;

En l'espèce, la délivrance et la transmission d'un entier dossier d'une procédure d'instruction ne sauraient être considérées comme

une décision dénuée de toute portée au regard de la bonne marche de l'enquête conduite en France, et notamment à Paris, voire également à Versailles;

Si certes, en droit interne, la décision de délivrance d'une copie d'une procédure ne saurait revêtir obligatoirement un caractère juridictionnel, la décision d'y faire droit relève de l'appréciation du magistrat instructeur, et la réponse du juge d'instruction de faire droit ou non à cette délivrance constituait ici la réponse positive ou négative à la demande d'entraide;

En conséquence, la réponse par soit-transmis, du 8 février 2005, de Madame Clément au doyen des juges d'instruction, de refuser de donner suite à la demande d'entraide des autorités judiciaires de Djibouti, sans avoir à distinguer les différents cas de modalités de transmission d'une demande d'entraide et sans avoir à se prononcer sur un éventuel détournement de la loi française concernant les pièces déclassifiées, constitue une décision, et non un simple avis, contrairement à ce qui est soutenu par Monsieur le procureur général.»

38. Et la cour d'appel de Paris de conclure qu'«il ne [pouvait] être exclu que la publication du communiqué du Quai d'Orsay ait pu ou aurait pu être de nature à constituer un commentaire tendant à exercer des pressions en vue d'influencer la décision du juge d'instruction».

* * *

II. COMPÉTENCE DE LA COUR

39. En l'absence d'une déclaration d'acceptation de la juridiction obligatoire de la Cour formulée par la France conformément au paragraphe 2 de l'article 36 du Statut, ou d'une clause compromissoire contenue dans un traité entre les Parties et applicable en l'espèce, Djibouti a entendu fonder la compétence de la Cour sur le paragraphe 5 de l'article 38 du Règlement. La France, par sa lettre du 25 juillet 2006, a accepté la compétence de la Cour «en application et sur le seul fondement de l'article 38, paragraphe 5», et a précisé que cette acceptation «ne [valait] qu'aux fins de l'affaire..., c'est-à-dire pour le différend qui a fait l'objet de la requête et dans les strictes limites des demandes formulées dans celle-ci».

40. Djibouti soutient que le différend porte sur l'interprétation et l'application d'engagements de nature coutumière et conventionnelle. Il déduit de ce qu'il qualifie de «consentement plein et entier» exprimé par les Parties que la compétence de la Cour pour trancher le différend est incontestable. A l'audience, citant l'arrêt rendu en l'affaire du *Détroit de Corfou (Royaume-Uni c. Albanie)*, Djibouti a rappelé que rien ne s'opposait à ce que l'acceptation de la juridiction de la Cour, «au lieu de se réaliser conjointement, par un compromis préalable, se fasse par deux actes

séparés et successifs» (*Détroit de Corfou (Royaume-Uni c. Albanie), exception préliminaire, arrêt, 1948, C.I.J. Recueil 1947-1948, p. 28*); il appartenait donc à la Cour d'établir dans quelle mesure un consentement sur «un objet unique et précis identifiant avec exactitude la sphère» de la compétence de la Cour se dégageait de ces actes distincts.

41. La France reconnaît le caractère «incontestable» de la compétence de la Cour pour trancher le différend en application du paragraphe 5 de l'article 38 du Règlement. S'agissant de son consentement à la compétence de la Cour, la France conteste néanmoins l'étendue *ratione materiae* et *ratione temporis* de ladite compétence pour connaître de certaines violations alléguées par Djibouti.

42. Dans sa requête, Djibouti a entendu à deux reprises se réserver le droit d'invoquer ultérieurement des bases supplémentaires de compétence de la Cour. Au paragraphe 4 de la requête, Djibouti a indiqué qu'il «se réserv[ait] le droit de compléter et préciser la présente demande en cours d'instance...». Au paragraphe 26, il a ajouté que «[l]a République de Djibouti se réserv[ait] le droit de modifier et de compléter la présente requête». Djibouti a initialement affirmé que ces réserves lui permettaient

«d'avoir recours à la procédure de règlement des différends prévue par les conventions en vigueur entre [lui]-même et la République française, telle la convention sur la prévention et la répression des infractions contre les personnes jouissant d'une protection internationale».

Dans son mémoire, Djibouti a réaffirmé son «droit d'invoquer le cas échéant d'autres instruments internationaux liant les Parties, qui seraient eux aussi pertinents pour fonder la compétence de la Cour aux fins du présent différend».

43. La France a pour sa part fait remarquer qu'il ne serait pas acceptable que la découverte tardive d'un «hypothétique» nouveau fondement juridique à la compétence de la Cour permette à Djibouti d'élargir la portée de sa requête ou de modifier le caractère de celle-ci, postérieurement à l'acceptation par le défendeur de ladite compétence aux fins de l'affaire.

*

44. La Cour relève d'une part qu'au cours de la procédure orale Djibouti a déclaré que le recours à d'autres bases de compétence de la Cour «n'appar[aisait] pas nécessaire en l'espèce pour que la Cour puisse décider de l'ensemble des demandes contenues dans la requête djiboutienne», et d'autre part que la France a pris bonne note de cette déclaration.

* *

1) *Question préliminaire relative à la compétence et à la recevabilité*

45. Dans son contre-mémoire, la France a présenté la conclusion suivante: «la République française prie la Cour internationale de Justice de

bien vouloir ... déclarer irrecevables les demandes de la République de Djibouti formulées dans son mémoire et qui dépassent l'objet déclaré de sa requête». A l'audience, la France a justifié ce libellé en invoquant le fait que, dans l'affaire des *Phosphates du Maroc*, la Cour permanente de Justice internationale, en retenant l'exception préliminaire de la France fondée sur des considérations *ratione temporis*, avait décidé que «la requête présentée ... par le Gouvernement italien [n'était] pas recevable» (*Phosphates du Maroc, arrêt, 1938, C.P.I.J. série A/B n° 74, p. 29*).

46. La France a ensuite indiqué qu'en la présente instance ses «objections ... à l'encontre de l'exercice par la Cour de sa juridiction [tenaient] à ce qu'elle n'y a[vait] pas consenti; or, conformément à la jurisprudence dominante de la Cour..., le consentement conditionne sa compétence et non la recevabilité de la requête». La France a spécifiquement invoqué l'affaire des *Activités armées sur le territoire du Congo (nouvelle requête: 2002) (République démocratique du Congo c. Rwanda) (compétence et recevabilité, arrêt, C.I.J. Recueil 2006, p. 39, par. 88)*. Enfin, la France a indiqué qu'elle serait «conduite à préciser, dans ses conclusions finales, qu'elle prie la Cour de constater à la fois son incompétence et l'irrecevabilité de la requête».

47. Au terme de ses plaidoiries, la France a reformulé ses conclusions comme suit:

«la République française ... 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...».

*

48. La Cour fera d'abord observer que, en déterminant l'étendue du consentement exprimé par l'une des parties, elle se prononce sur sa compétence et non sur la recevabilité de la requête. La Cour a confirmé, dans l'affaire des *Activités armées sur le territoire du Congo (nouvelle requête: 2002) (République démocratique du Congo c. Rwanda) (compétence et recevabilité, arrêt)*, que «sa compétence repose sur le consentement des parties, dans la seule mesure reconnue par celles-ci» (*C.I.J. Recueil 2006, p. 39, par. 88*), et que

«les conditions auxquelles [ce consentement] est éventuellement soumis doivent être considérées comme en constituant les limites... [L]examen de telles conditions relève en conséquence de celui de sa compétence et non de celui de la recevabilité de la requête.» (*Ibid.*)

Cela vaut que ledit consentement ait été exprimé dans une clause compromissoire insérée dans un accord international, comme il avait été sou-

tenu dans l'affaire des *Activités armées sur le territoire du Congo (nouvelle requête: 2002)* (*République démocratique du Congo c. Rwanda*), ou «par deux actes séparés et successifs» (*Détroit de Corfou (Royaume-Uni c. Albanie)*, *exception préliminaire, arrêt, 1948, C.I.J. Recueil 1947-1948*, p. 28), comme c'est le cas en l'espèce.

49. La Cour, se référant au libellé des conclusions finales de la France, estime que les conditions dans lesquelles les Parties ont exprimé leur consentement en l'espèce constituent une question relevant de sa compétence et non de la recevabilité de la requête ou de toute demande contenue dans celle-ci. Cela vaut pour toutes les exceptions d'incompétence soulevées par la France, qu'elles soient *ratione materiae* ou *ratione temporis*.

50. La Cour examinera maintenant les exceptions relatives à l'étendue de sa compétence *ratione materiae*, soulevées par la France.

* *

2) Compétence *ratione materiae*

a) *Les positions des Parties*

51. Selon la France, la Cour ne peut être compétente qu'à raison de faits directement liés à l'objet déclaré du différend; elle n'aurait pas compétence pour connaître de prétendues violations d'autres obligations, conventionnelles ou résultant du droit international général, en matière de prévention des atteintes à la personne, à la liberté ou à la dignité de personnes jouissant d'une protection internationale ou au respect des privilèges et immunités diplomatiques.

52. La France fait valoir que, dans la requête, la rubrique «objet du différend» (par. 2) mentionne uniquement son refus d'exécuter la commission rogatoire du 3 novembre 2004. La France relève certes que Djibouti se réfère à la violation alléguée des obligations de prévenir les atteintes à la personne du chef d'Etat djiboutien et de hauts fonctionnaires djiboutiens sous les rubriques «moyens de droit» (par. 3) et «nature de la demande» (par. 4). Mais elle affirme néanmoins que, si la convocation du chef de l'Etat et de hauts fonctionnaires djiboutiens — respectivement en tant que témoin et témoins assistés — et l'émission de mandats d'arrêt européens à l'encontre des hauts fonctionnaires sont bien liées à l'affaire *Borrel* au sens large, ces actes de procédure «n'ont aucun rapport avec la commission rogatoire internationale» en question.

53. La France soutient par ailleurs que le mémoire djiboutien va «au-delà des demandes formulées dans [la] requête» et que l'Etat demandeur ne saurait élargir l'objet du différend. Elle fait valoir à cet égard que, en ajoutant dans son mémoire quelques mots qui ne figuraient pas dans la requête, Djibouti a modifié la définition de l'objet du différend. Ce dernier porterait dorénavant sur «le refus des autorités ... françaises d'exécuter une commission rogatoire internationale ..., ainsi que sur la violation connexe ... d'autres obligations internationales ...» (au lieu de «en

violation d'autres obligations internationales»). La France affirme que le différend, tel que défini dans la requête, portait sur

«le refus des autorités gouvernementales et judiciaires françaises d'exécuter une commission rogatoire internationale concernant la transmission aux autorités judiciaires djiboutiennes du dossier relatif à la procédure d'information relative à l'*Affaire contre X du chef d'assassinat sur la personne de Bernard Borrel*»,

alors que, selon le mémoire de Djibouti, «toutes les demandes qui figurent dans la liste résultant des paragraphes [3, 4 et 5] de la requête ... re[le-vaient] incontestablement de la compétence *ratione materiae* de la Cour».

54. La France soutient que cette déclaration de Djibouti résulte d'une confusion entre les demandes et conclusions énoncées dans la requête, d'une part, et les moyens de droit venant à l'appui de celles-ci, d'autre part. Elle invoque à cet égard la jurisprudence de la Cour selon laquelle une distinction doit être «établi[e] entre le différend lui-même et les arguments utilisés par les parties à l'appui de leurs conclusions respectives sur ce différend», soulignant notamment que la compétence de la Cour «doit s'apprécier exclusivement par rapport à ces dernières».

55. La France conclut que tant les convocations à témoigner adressées au chef de l'Etat djiboutien et à de hauts fonctionnaires djiboutiens que les mandats d'arrêt délivrés à l'encontre desdits fonctionnaires échappent à la compétence de la Cour.

56. Se référant pour sa part aux termes de la lettre par laquelle la France a accepté la compétence de la Cour, Djibouti reconnaît que le champ de celle-ci est «rigoureusement délimit[é]» *ratione materiae* et que, «[s]ans aucun doute, la Cour est habilitée à se pencher uniquement sur les demandes telles que formulées dans la requête». Il soutient toutefois qu'«il y a accord entre les Parties à ce qu'elle puisse connaître de la totalité de ces demandes et les régler entièrement, sous tous leurs aspects et avec toutes leurs implications». Analysant le mécanisme du paragraphe 5 de l'article 38 du Règlement de la Cour comme la combinaison croisée de deux déclarations unilatérales portant sur la compétence de la Cour, Djibouti s'est appuyé à l'audience, afin de déterminer l'intention véritable de l'auteur de l'acceptation, sur la jurisprudence de la Cour en matière d'interprétation des déclarations unilatérales d'acceptation de la compétence obligatoire de la Cour au titre du paragraphe 2 de l'article 36 du Statut.

57. En ce qui concerne le libellé de sa requête et l'absence, sous la rubrique «objet du différend» qu'elle contient, de toute mention des immunités internationales que la France aurait violées, Djibouti, citant l'affaire des *Concessions Mavrommatis en Palestine*, rappelle que la Cour, exerçant une compétence internationale, n'est pas tenue d'attacher à des considérations de forme la même importance qu'elles pourraient avoir en droit interne (*Concessions Mavrommatis en Palestine, arrêt n° 2, 1924, C.P.J.I. série A n° 2, p. 34*). Djibouti fait de plus valoir que ses

demandes, sous la rubrique «nature de la demande», portent explicitement sur la violation des principes de droit international en matière d'immunités internationales. Les rubriques «objet du différend» et «nature de la demande» formeraient un «tout», démontrant l'intention de Djibouti de soumettre à la Cour non seulement la question de la violation des obligations en matière d'entraide judiciaire, mais un différend se décomposant en plusieurs demandes. Djibouti reconnaît sur ce point avoir, dans son mémoire, complété sa requête, comme il s'en était réservé le droit, mais maintient que ces ajouts n'ont entraîné aucune modification de l'objet de la requête.

58. De plus, Djibouti fait observer que le défendeur, lorsqu'il a accepté la compétence de la Cour en application du paragraphe 5 de l'article 38 du Règlement, était libre de ne consentir que partiellement à la compétence envisagée par la requête, ce que, selon Djibouti, la France n'a pas fait. Djibouti en conclut que la France a consenti à ce que toutes les demandes figurant dans la requête entrent dans la compétence *ratione materiae* de la Cour.

59. Djibouti affirme en outre qu'il existe un lien entre la procédure judiciaire pour subornation de témoins ouverte en France à l'encontre de hauts fonctionnaires djiboutiens et le refus des autorités judiciaires françaises d'exécuter la commission rogatoire adressée par Djibouti. Ce lien serait démontré par le soit-transmis du 8 février 2005, dans lequel le juge Clément invoque, comme premier motif de refus, la présence dans le dossier de documents en rapport avec l'information judiciaire ouverte du chef de subornation de témoins.

*

b) *Le forum prorogatum en tant que fondement de la compétence de la Cour*

60. La compétence de la Cour est fondée sur le consentement des Etats dans les conditions fixées par ceux-ci. Ni le Statut ni le Règlement de la Cour n'exigent cependant que le consentement des parties conférant ainsi compétence à la Cour s'exprime sous une forme déterminée (*Détroit de Corfou (Royaume-Uni c. Albanie), exception préliminaire, arrêt, 1948, C.I.J. Recueil 1947-1948, p. 27*). Le Statut mentionne expressément les voies par lesquelles les Etats peuvent exprimer leur acceptation de la compétence de la Cour. Ainsi, selon le paragraphe 1 de l'article 36 du Statut, une telle acceptation peut résulter d'un accord explicite des parties susceptible de se manifester de diverses manières. En outre, les Etats peuvent reconnaître la compétence de la Cour en faisant des déclarations à cette fin en application du paragraphe 2 de l'article 36 du Statut.

61. La Cour a également interprété le paragraphe 1 de l'article 36 du Statut comme permettant de déduire le consentement de certains actes, acceptant ainsi la possibilité du *forum prorogatum*. Cette modalité joue

lorsqu'un Etat défendeur a, par sa conduite devant la Cour ou dans ses relations avec la partie demanderesse, agi de manière telle qu'il a accepté la compétence de la Cour (*Droits de minorités en Haute-Silésie (écoles minoritaires)*, arrêt n° 12, 1928, C.P.J.I. série A n° 15, p. 24).

62. L'acceptation permettant à la Cour d'asseoir sa compétence doit être avérée. Cela vaut que sa compétence soit fondée sur le *forum prorogatum* ou non. Comme la Cour l'a rappelé récemment, quelle que soit la source du consentement, l'attitude de l'Etat défendeur doit «pouvoir être regardée comme une «manifestation non équivoque» de la volonté de cet Etat d'accepter de manière «volontaire, indiscutable» la compétence de la Cour» (*Activités armées sur le territoire du Congo (nouvelle requête: 2002) (République démocratique du Congo c. Rwanda)*, compétence et recevabilité, arrêt, C.I.J. Recueil 2006, p. 18; voir également *Détroit de Corfou (Royaume-Uni c. Albanie)*, exception préliminaire, arrêt, 1948, C.I.J. Recueil 1947-1948, p. 27; *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Yougoslavie)*, exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1996 (II), p. 620-621, par. 40; et *Droits de minorités en Haute-Silésie (écoles minoritaires)*, arrêt n° 12, 1928, C.P.J.I. série A n° 15, p. 24). Pour que la Cour soit compétente sur la base d'un *forum prorogatum*, l'élément de consentement doit être explicite ou pouvoir être clairement déduit de la conduite pertinente de l'Etat (*Anglo-Iranian Oil Co. (Royaume-Uni c. Iran)*, exception préliminaire, arrêt, C.I.J. Recueil 1952, p. 113-114; voir également *Or monétaire pris à Rome en 1943 (Italie c. France, Royaume-Uni et Etats-Unis d'Amérique)*, arrêt, C.I.J. Recueil 1954, p. 30).

63. La Cour observe que c'est la première fois qu'elle est amenée à trancher au fond un différend porté devant elle par une requête fondée sur le paragraphe 5 de l'article 38 de son Règlement. Cette disposition a été introduite par la Cour dans le Règlement en 1978. Il s'agissait de permettre à un Etat qui entend fonder la compétence de la Cour pour connaître d'une affaire sur un consentement non encore donné ou manifesté par un autre Etat de présenter une requête exposant ses demandes et invitant ce dernier à consentir à ce que la Cour les examine, sans que soit porté atteinte aux règles d'une bonne administration de la justice. Avant cette revision, la Cour traitait ce type de requête comme toute autre requête qui lui était adressée: le Greffe procédait aux notifications habituelles et l'«affaire» était inscrite au rôle général de la Cour. Elle ne pouvait être rayée du rôle que si l'Etat défendeur refusait de manière explicite la compétence de la Cour pour en connaître. La Cour devait donc inscrire à son rôle des «affaires» à l'égard desquelles elle n'avait manifestement pas compétence et auxquelles il ne pouvait, de ce fait, être donné aucune suite; elle était amenée par conséquent à rendre des ordonnances à seule fin de les rayer du rôle (voir *Traitement en Hongrie d'un avion des Etats-Unis d'Amérique et de son équipage (Etats-Unis d'Amérique c. Hongrie)*, ordonnance du 12 juillet 1954, C.I.J. Recueil 1954, p. 99; *Traitement en Hongrie d'un avion des Etats-Unis d'Amérique et de son équipage*

(*Etats-Unis d'Amérique c. Union des Républiques socialistes soviétiques*), ordonnance du 12 juillet 1954, C.I.J. Recueil 1954, p. 103; *Incident aérien du 10 mars 1953 (Etats-Unis d'Amérique c. Tchécoslovaquie)*, ordonnance du 14 mars 1956, C.I.J. Recueil 1956, p. 6; *Antarctique (Royaume-Uni c. Argentine)*, ordonnance du 16 mars 1956, C.I.J. Recueil 1956, p. 12; *Antarctique (Royaume-Uni c. Chili)*, ordonnance du 16 mars 1956, C.I.J. Recueil 1956, p. 15; *Incident aérien du 7 octobre 1952 (Etats-Unis d'Amérique c. Union des Républiques socialistes soviétiques)*, ordonnance du 14 mars 1956, C.I.J. Recueil 1956, p. 9; *Incident aérien du 4 septembre 1954 (Etats-Unis d'Amérique c. Union des Républiques socialistes soviétiques)*, ordonnance du 9 décembre 1958, C.I.J. Recueil 1958, p. 158; *Incident aérien du 7 novembre 1954 (Etats-Unis d'Amérique c. Union des Républiques socialistes soviétiques)*, ordonnance du 7 octobre 1959, C.I.J. Recueil 1959, p. 276). Le paragraphe 5 de l'article 38 prévoit désormais, d'une part, qu'aucune inscription au rôle général n'est opérée tant que l'Etat contre lequel la requête est formée n'a pas accepté la compétence de la Cour pour en connaître et, d'autre part, qu'à l'exception de la transmission de la requête audit Etat aucun acte de procédure n'est effectué. L'Etat qui est ainsi invité à consentir à la compétence de la Cour pour trancher un différend a toute liberté de répondre comme il l'entend; s'il accepte la compétence de la Cour, il lui appartient, le cas échéant, de préciser les aspects du différend qu'il consent à soumettre au jugement de celle-ci. Le caractère différé et *ad hoc* du consentement du défendeur, tel qu'envisagé au paragraphe 5 de l'article 38 du Règlement, fait de la procédure qui y est organisée une modalité d'établissement d'un *forum prorogatum*.

64. Le paragraphe 5 de l'article 38 du Règlement doit par ailleurs être lu et interprété à la lumière du paragraphe 2 du même article, ainsi conçu: «La requête indique autant que possible les moyens de droit sur lesquels le demandeur prétend fonder la compétence de la Cour; elle indique en outre la nature précise de la demande et contient un exposé succinct des faits et moyens sur lesquels cette demande repose.» L'expression «autant que possible» figurant dans cette disposition a été introduite dans le Règlement de la Cour permanente de Justice internationale en 1936, aux fins précisément de préserver la possibilité pour la Cour d'asseoir sa compétence par la voie du *forum prorogatum* (*Actes et documents relatifs à l'organisation de la Cour: Préparation du Règlement du 11 mars 1936, C.P.J.I., série D, troisième addendum au n° 2*, p. 159-160). Cette expression a été retenue dans le premier Règlement de la Cour internationale de Justice en 1946 et y est demeurée jusqu'à aujourd'hui. A l'évidence, la compétence de la Cour peut être fondée sur le *forum prorogatum* selon des modalités diverses, que le paragraphe 5 de l'article 38 du Règlement n'épuise nullement. La Cour ajoutera que, si des doutes ont pu exister à cet égard antérieurement, le libellé du paragraphe 2 de l'article 38, depuis la révision du Règlement en 1978, exclut que la locution «autant que possible» puisse également s'appliquer à l'exposé de la «nature précise de la demande» ou des «faits et moyens sur lesquels la

demande repose». Appliquer ainsi cette locution ne serait en tout état de cause pas compatible avec les motifs qui ont inspiré son insertion en 1936. Aucun demandeur ne saurait se présenter devant la Cour sans être en mesure d'indiquer dans sa requête l'Etat contre lequel la demande est formée et l'objet du différend, ainsi que la nature précise de cette demande et les faits et moyens sur lesquels cette dernière repose.

3) *La portée du consentement mutuel des Parties*

65. En la présente espèce, la France a, dans sa lettre d'acceptation datée du 25 juillet 2006, expressément consenti à la compétence de la Cour en application du paragraphe 5 de l'article 38 de son Règlement. L'expression par la France de son consentement doit toutefois être lue en conjonction avec la requête de Djibouti afin d'apprécier comme il convient la portée du consentement donné par les Parties à la compétence de la Cour et, partant, de parvenir à déterminer ce qui est commun dans l'expression de leur consentement respectif.

a) *La requête de Djibouti*

66. A la lumière de ce qui précède, la Cour examinera non seulement les termes de l'acceptation de la France, mais aussi ceux de la requête de Djibouti auxquels cette acceptation répond. C'est la seule manière de déterminer comme il convient quelles sont les demandes à l'égard desquelles la France a accepté la compétence de la Cour. Ainsi que Djibouti le reconnaît volontiers, lorsqu'un consentement est donné *post hoc* par un Etat, il peut tout à fait n'être que partiel et, dès lors, limiter la compétence de la Cour par rapport à ce qui avait été envisagé dans la requête. La Cour examinera donc les différentes demandes formulées dans la requête et recherchera dans quelle mesure le défendeur, dans sa lettre du 25 juillet 2006, a accepté la compétence de la Cour pour en connaître.

67. La France considère qu'elle a accepté la compétence de la Cour pour connaître seulement de l'objet déclaré de l'affaire, lequel est énoncé au paragraphe 2 de la requête, sous la rubrique «objet du différend», et nulle part ailleurs. S'agissant de la détermination de l'objet du différend, s'il est effectivement souhaitable que ce qui constitue cet objet pour le demandeur soit indiqué sous une telle rubrique dans la requête, la Cour doit néanmoins examiner cette dernière dans son ensemble.

68. Au paragraphe 2 de sa requête, Djibouti expose l'«objet du différend» comme suit :

«L'objet du différend porte sur le refus des autorités gouvernementales et judiciaires françaises d'exécuter une commission rogatoire internationale concernant la transmission aux autorités judiciaires djiboutiennes du dossier relatif à la procédure d'information relative à l'*Affaire contre X du chef d'assassinat sur la personne de Bernard Borrel* et ce, en violation de la convention d'entraide judi-

ciaire en matière pénale entre le Gouvernement de la République de Djibouti et le Gouvernement de la République française du 27 septembre 1986, ainsi qu'en violation d'autres obligations internationales pesant sur la République française envers la République de Djibouti.»

69. Ni l'article 40 du Statut ni l'article 38 du Règlement n'assujettissent la requête à des conditions de forme (par opposition à des conditions de fond) particulières quant à la manière selon laquelle les éléments qu'elle doit contenir sont à présenter. Dès lors, si la rubrique intitulée «objet du différend» ne circonscrit pas entièrement l'étendue des questions que l'on entend porter devant la Cour, l'objet du différend peut néanmoins être dégagé de la lecture de la requête dans son ensemble.

70. Se prononçant sur cette question en l'affaire du *Droit de passage sur territoire indien (Portugal c. Inde)*, la Cour, appelée à déterminer l'objet du différend, a indiqué qu'elle ne se cantonnerait pas à la formulation employée par le demandeur. Elle a ensuite défini l'objet du différend comme suit :

«Un passage de la requête intitulé «objet du différend» a présenté cet objet comme l'opposition de vues surgie entre les deux Etats quand, en 1954, l'Inde s'est opposée à l'exercice du droit de passage du Portugal. Si tel était l'objet du différend soumis à la Cour, la contestation de compétence soulevée ne pourrait être retenue. Mais il résultait déjà de la requête et il a été amplement confirmé par la suite de la procédure, les conclusions des Parties et les déclarations faites à l'audience que le différend soumis à la Cour a un triple objet...» (*Droit de passage sur territoire indien (Portugal c. Inde)*, fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1960, p. 33.)

La Cour a donc clairement indiqué que l'objet du différend ne devait pas être déterminé exclusivement par référence aux questions énoncées dans la rubrique correspondante de la requête.

*

71. Le paragraphe 2 de la requête de Djibouti, intitulé «objet du différend» (voir paragraphe 68 ci-dessus), vise la (non-)transmission à Djibouti du dossier de l'affaire *Borrel*. Ce paragraphe ne mentionne aucune autre question que Djibouti entend également porter devant la Cour, à savoir les différentes convocations adressées au président de Djibouti et à deux hauts fonctionnaires djiboutiens. Naturellement, ledit paragraphe ne fait référence ni à la convocation adressée au président de Djibouti le 14 février 2007 ni aux mandats d'arrêt délivrés à l'encontre des deux fonctionnaires précités le 27 septembre 2006, événements postérieurs au dépôt de la requête.

72. Un examen plus approfondi de la requête révèle par ailleurs que,

sous les rubriques «moyens de droit» et «nature de la demande», Djibouti mentionne en revanche les convocations antérieures au dépôt de la requête et sollicite des remèdes spécifiques, dans la mesure où il considère qu'elles constituent des violations du droit international.

73. Sous la rubrique «moyens de droit», Djibouti fait ainsi état, à l'alinéa c) du paragraphe 3 de sa requête, de la

«violation par la République française de l'obligation, découlant des principes établis du droit international général et coutumier, de prévenir les atteintes à la personne, la liberté ou la dignité d'une personne jouissant d'une protection internationale, que ce soit un chef d'Etat ou tout représentant, fonctionnaire ou personnalité officielle d'un Etat».

74. Puis, sous la rubrique «nature de la demande» (paragraphe 4 de la requête), Djibouti prie la Cour de dire et juger:

- «e) que la République française a l'obligation juridique internationale de veiller à ce que le chef d'Etat de la République de Djibouti en tant que chef d'Etat étranger ne soit pas l'objet d'offenses et d'atteintes à sa dignité sur le territoire français;
- f) que la République française a l'obligation juridique de veiller scrupuleusement au respect, au regard de la République de Djibouti, des principes et règles relatifs aux privilèges, prérogatives et immunités diplomatiques tels que reflétés dans la convention de Vienne du 18 avril 1961 sur les relations diplomatiques;
- g) que la République française est tenue de mettre fin immédiatement à la violation des obligations susmentionnées, et qu'à ce titre elle doit notamment:
- ii) retirer et mettre à néant les convocations en qualité de témoins assistés du chef d'Etat de la République de Djibouti et de ressortissants djiboutiens jouissant d'une protection internationale pour subornation de témoins dans l'*Affaire contre X du chef d'assassinat sur la personne de Bernard Borrel*».

75. La Cour observe que, en dépit d'une description sommaire de l'objet du différend au paragraphe 2 de la requête, celle-ci, prise dans son ensemble, a un objet plus large qui inclut la convocation adressée au président de Djibouti le 17 mai 2005 et celles adressées à d'autres responsables djiboutiens les 3 et 4 novembre 2004. Elle reviendra plus loin sur la convocation ultérieure adressée au président de Djibouti ainsi que sur les mandats d'arrêt décernés à l'encontre des autres responsables djiboutiens.

b) *La réponse de la France à la requête*

76. La Cour examinera maintenant, à la lumière du contenu de la requête de Djibouti, la lettre, datée du 25 juillet 2006 et reçue au Greffe le 9 août 2006, par laquelle la France lui a fait savoir qu'elle acceptait sa compétence aux conditions qui y sont indiquées.

77. Les passages pertinents de la réponse de la France à la requête de Djibouti sont reproduits ci-dessous dans leur intégralité :

«J'ai l'honneur de vous faire connaître que la République française accepte la compétence de la Cour pour connaître de la requête en application et sur le seul fondement de l'article 38, paragraphe 5, [du Règlement] susmentionné.

La présente acceptation de la compétence de la Cour ne vaut qu'aux fins de l'affaire, au sens de l'article 38, paragraphe 5 précité, c'est-à-dire pour le différend qui fait l'objet de la requête et dans les strictes limites des demandes formulées dans celle-ci par la République de Djibouti.»

78. Cette réponse à la requête de Djibouti a un double objet : en premier lieu, conférer compétence à la Cour pour connaître de la requête de Djibouti ; et, en second lieu, s'assurer que seul le différend objet de la requête, à l'exclusion de tout autre, soit examiné par la Cour.

79. Ce qu'aucune des Parties ne conteste, c'est que les demandes relatives à la commission rogatoire de Djibouti en date du 3 novembre 2004, et donc, en particulier, au respect de la convention d'entraide judiciaire en matière pénale de 1986, relèvent de la compétence de la Cour. La requête de Djibouti et la réponse de la France convergent sur ce point. Il reste cependant à déterminer si une telle convergence existe également en ce qui concerne les demandes relatives aux convocations adressées par la France au président de Djibouti, au procureur de la République de Djibouti et au chef de la sécurité nationale djiboutienne, ainsi qu'aux mandats d'arrêt délivrés à l'encontre de ces deux derniers responsables.

c) *Les conclusions de la Cour*

80. La Cour doit donc décider tout d'abord s'il ressort de la requête et de la réponse de la France à cette dernière, en date du 25 juillet 2006, que les demandes relatives à la convocation adressée au président de Djibouti le 17 mai 2005, ainsi qu'à celles adressées au chef de la sécurité nationale et au procureur de la République de Djibouti les 3 et 4 novembre 2004, respectivement, et le 17 juin 2005 relèvent de sa compétence.

81. La réponse, par laquelle la France a accepté la compétence de la Cour, a permis qu'une procédure contentieuse soit engagée devant celle-ci, sur la base de la requête de Djibouti. Dès réception de cette réponse, l'affaire a été inscrite au rôle général de la Cour. Il est clair que, au vu de

la requête de Djibouti, la France pouvait choisir soit d'accepter la compétence de la Cour également à l'égard des prétendues violations des privilèges et immunités dus selon Djibouti à son chef de l'Etat et à certains de ses hauts fonctionnaires, soit de refuser la compétence de la Cour sur ces points. La question qui se pose est donc de savoir ce que la France a décidé à ce sujet.

82. La France affirme que son consentement ne vaut que pour l'«objet du différend» tel qu'énoncé sous cette rubrique au paragraphe 2 de la requête, ce qui revient à dire qu'elle n'aurait consenti à conférer compétence à la Cour que pour connaître de la demande de Djibouti relative à la commission rogatoire.

83. La Cour estime cependant que la simple lecture de la lettre que la France lui a adressée révèle que le consentement du défendeur, du fait des termes que celui-ci a employés, n'est pas circonscrit au seul «objet du différend» tel qu'énoncé au paragraphe 2 de la requête.

Premièrement, ainsi qu'il a été relevé plus haut, il ressort de la requête, lue dans son ensemble, que l'objet du différend est plus large que celui qui est exposé au paragraphe 2. En outre, les expressions «objet de la requête» — que la France emploie dans sa lettre d'acceptation — et «objet du différend» ne sont pas équivalentes. Aussi, selon son sens ordinaire, le terme «requête» employé dans la lettre d'acceptation doit-il être entendu comme désignant l'intégralité de la requête. Enfin, rien dans la lettre d'acceptation de la France ne laisse entendre qu'elle souhaitait limiter, comme elle aurait pu le faire, la portée de son consentement à un aspect particulier de la requête. En faisant figurer dans sa lettre le membre de phrase «pour le différend qui fait l'objet de la requête *et* dans les strictes limites des demandes formulées *dans celle-ci*» (les italiques sont de la Cour), la France a entendu empêcher Djibouti de présenter, à un stade ultérieur de la procédure, des demandes qui, bien que pouvant rentrer dans l'objet du litige, auraient été nouvelles. S'agissant de l'emploi, dans le membre de phrase considéré, de la conjonction de coordination «et», la France a présenté divers arguments pour démontrer que les mots utilisés dans la lettre ont été «soigneusement pesés». Dans ces circonstances, la Cour estime que la France, qui avait une parfaite connaissance des demandes formulées par Djibouti dans sa requête, n'a pas cherché, lorsqu'elle a adressé sa lettre du 25 juillet 2006 à la Cour, à exclure de la compétence de la Cour certains aspects du différend faisant l'objet de la requête.

84. S'agissant de la compétence *ratione materiae*, la Cour estime que les demandes relatives aux deux questions auxquelles il est fait référence dans la requête de Djibouti, à savoir le refus de la France d'exécuter la commission rogatoire de Djibouti et les différentes convocations adressées par les autorités judiciaires françaises, d'une part au président de Djibouti le 17 mai 2005, et d'autre part à deux hauts fonctionnaires djiboutiens les 3 et 4 novembre 2004 et 17 juin 2005, relèvent de sa compétence.

85. La Cour examinera maintenant la question de sa compétence à

l'égard de la convocation à témoigner adressée en 2007 au président de Djibouti et des mandats d'arrêt délivrés en 2006 à l'encontre des hauts fonctionnaires djiboutiens. Elle rappellera que, dans son mémoire, Djibouti n'avait pas traité cette question. A l'audience, Djibouti a contesté que ses demandes fondées sur les violations des immunités internationales intervenues après le 9 janvier 2006 (date du dépôt de la requête) fussent, comme le prétend la France, irrecevables; il a fait valoir qu'il s'était réservé le droit, dans sa requête, de «modifier et de compléter la présente requête». Il a observé que les demandes fondées sur des violations du droit international en matière d'immunités survenues postérieurement au 9 janvier 2006 ne sont pas «nouvelle[s] et extrinsèque[s] par rapport aux demandes initiales» et qu'«elles se rapportent toutes à celles formulées dans la requête et se fondent sur les mêmes moyens de droit». Ces demandes ne transformeraient pas l'objet du différend tel qu'il a été originellement soumis à la Cour, ni ne l'étendraient. Djibouti prétend que les violations en question ne se seraient pas produites si la France s'était acquittée des obligations auxquelles la requête se réfère, et s'appuie à cet effet sur la jurisprudence de la Cour (*Compétence en matière de pêcheries (République fédérale d'Allemagne c. Islande)*, fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1974, p. 203). Lesdites violations constitueraient ainsi «un seul fait illicite continu».

86. La Cour rappellera également l'argument de la France selon lequel, même dans l'hypothèse où la Cour s'estimerait compétente pour connaître en principe des violations alléguées en matière de prévention des atteintes à la personne, à la liberté ou à la dignité des personnes jouissant d'une protection internationale, cette compétence ne pourrait s'exercer à l'égard de faits survenus postérieurement au dépôt de la requête. Il en irait ainsi de l'invitation à déposer adressée au président djiboutien le 14 février 2007 et des mandats d'arrêt délivrés le 27 septembre 2006 à l'encontre du chef de la sécurité nationale et du procureur de la République de Djibouti dans le cadre de la procédure ouverte du chef de subornation de témoins (voir paragraphe 35 ci-dessus). A ce sujet, la France rejette la thèse du demandeur, qui aboutit selon elle à l'élargissement progressif de la juridiction de la Cour de manière incompatible avec le principe du consensualisme.

87. Bien que la Cour n'ait pas jugé que le consentement de la France était limité au contenu du paragraphe 2 de la requête de Djibouti, il ressort clairement de la lettre de la France que son consentement ne s'étend pas au-delà de ce que contient ladite requête. Là où la compétence est fondée sur le *forum prorogatum*, une attention toute particulière doit être portée à l'étendue du consentement tel qu'il est circonscrit par l'Etat défendeur. Les mandats d'arrêt à l'encontre de deux hauts fonctionnaires djiboutiens ayant été délivrés postérieurement au dépôt de la requête de Djibouti, ils ne sont mentionnés nulle part dans celle-ci. Lorsque la Cour a examiné la question de sa compétence à l'égard de faits ou d'événements postérieurs au dépôt de la requête, elle a souligné la nécessité de déterminer si ceux-ci se rapportaient aux faits ou événements relevant

déjà de sa compétence et si leur prise en considération aurait pour effet de transformer la «nature du différend» (voir *Compétence en matière de pêcheries (République fédérale d'Allemagne c. Islande)*, fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1974, p. 203, par. 72; *LaGrand (Allemagne c. Etats-Unis d'Amérique)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2001, p. 483-484, par. 45; voir aussi *Certaines terres à phosphates à Nauru (Nauru c. Australie)*, exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1992, p. 264-267, par. 69-70; et *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo c. Belgique)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2002, p. 16, par. 36).

88. Dans aucune de ces affaires la compétence de la Cour n'était fondée sur un *forum prorogatum*. Dans la présente espèce, où tel est le fondement de sa compétence, la Cour est d'avis qu'il n'est pas pertinent de savoir si les éléments postérieurs en question «dépassent l'objet déclaré de [l]a requête» (comme l'a fait valoir la France, argument auquel Djibouti a répondu en renvoyant à la jurisprudence de la Cour concernant la faculté de modifier des conclusions). En ce qui concerne les mandats d'arrêt délivrés à l'encontre des hauts fonctionnaires djiboutiens, ce qui est décisif, selon la Cour, pour répondre à la question de savoir si elle est compétente pour connaître des demandes relatives à ces mandats n'est pas sa jurisprudence relative aux notions de «continuité» et de «connexité», qui constituent des critères pertinents pour déterminer les limites *ratione temporis* de sa compétence, mais ce que la France a expressément accepté dans sa lettre du 25 juillet 2006. Sur ce point, la France précise que son consentement ne vaut «qu'aux fins de l'affaire», c'est-à-dire «pour le différend qui fait l'objet de la requête et dans les strictes limites des demandes formulées dans celle-ci par la République de Djibouti».

Comme cela a déjà été mentionné, on ne trouve dans la requête de Djibouti aucune demande portant sur les mandats d'arrêt. Bien que ces mandats d'arrêt puissent être perçus comme un moyen d'exécuter les convocations à témoigner, ils représentent de nouveaux actes juridiques au sujet desquels la France ne peut être considérée comme ayant accepté implicitement la compétence de la Cour. Par conséquent, les demandes relatives aux mandats d'arrêt concernent des questions qui n'entrent pas dans le champ de la compétence *ratione materiae* de la Cour. Etant parvenue à cette conclusion, la Cour n'est pas tenue de se prononcer sur la question de savoir si ces demandes découlaient ou non directement de questions en litige au moment du dépôt de la requête.

89. La Cour examinera maintenant l'allégation du défendeur relative à la convocation (l'invitation) adressée au président de Djibouti le 14 février 2007.

90. En l'espèce, la France a, selon la procédure prévue au paragraphe 5 de l'article 38 du Règlement, accepté la compétence de la Cour pour statuer sur les demandes formulées dans la requête de Djibouti, déposée le 9 janvier 2006. La Cour examinera à présent ce que cela implique pour la convocation du 14 février 2007, c'est-à-dire un événement survenu après le 9 janvier 2006.

91. Une convocation initiale avait été transmise par télécopie au président de Djibouti le 17 mai 2005, à l'ambassade de Djibouti à Paris, alors qu'il était en visite officielle en France. Cette convocation a été rejetée par Djibouti, pour des raisons de forme et de fond. La seconde convocation a été adressée le 14 février 2007: elle portait sur la même affaire, l'invitation émanant du même juge, et concernait la même question juridique; mais elle respectait cette fois la forme requise en droit français. La convocation adressée le 14 février 2007 au président de la République de Djibouti n'était qu'une simple répétition de la précédente, quoique la forme en eût été rectifiée. Il apparaît dès lors qu'il s'agissait en substance de la même convocation.

92. La Cour doit rechercher si la seconde convocation relève du consentement mutuel tel que formulé dans la requête de Djibouti et dans la réponse de la France.

93. Djibouti énonce les moyens de droit sur lesquels il fonde sa requête au paragraphe 3 de celle-ci. Suivant cet énoncé, la requête est notamment fondée sur:

«c) [la] violation par la République française de l'obligation, découlant des principes établis du droit international général et coutumier, de prévenir les atteintes à la personne, la liberté ou la dignité d'une personne jouissant d'une protection internationale, que ce soit un chef d'Etat ou tout représentant, fonctionnaire ou personnalité officielle d'un Etat».

Ce moyen de droit, qui a trait à la demande de Djibouti relative aux convocations à témoigner, fait expressément référence aux atteintes portées à la personne d'un chef d'Etat et couvre, de ce fait, la convocation adressée au chef de l'Etat djiboutien en 2005.

94. La réponse française à la requête de Djibouti, comme cela a été mentionné plus haut, a été formulée afin de limiter le champ d'application de la compétence de la Cour. La lettre d'acceptation de la France ne contient cependant pas de restriction temporelle; en revanche, il y est précisé que la France a accepté la compétence de la Cour pour ce qui est des «demandes formulées» dans la requête de Djibouti.

95. Sur la base de son examen de la requête de Djibouti et de la réponse de la France, la Cour parvient à la conclusion que les Parties ont accepté sa compétence pour connaître de la convocation adressée au président de Djibouti le 17 mai 2005. Comme elle l'a indiqué plus haut (paragraphe 91), la Cour estime, s'agissant de la convocation envoyée au président le 14 février 2007, qu'il s'agit en substance de la même convocation, répétant simplement la précédente. La Cour conclut donc qu'elle a compétence pour examiner ces deux convocations.

* * *

III. LA VIOLATION ALLÉGUÉE DU TRAITÉ D'AMITIÉ ET DE COOPÉRATION
ENTRE LA FRANCE ET DJIBOUTI DU 27 JUIN 1977

96. Le traité d'amitié et de coopération entre la France et Djibouti a été signé le 27 juin 1977, date à laquelle Djibouti accéda à l'indépendance. Il a été ensuite ratifié par les parties et est entré en vigueur le 31 octobre 1982 (Nations Unies, *Recueil des traités*, vol. 1482, p. 194).

Djibouti soutient que la France a violé l'obligation générale de coopération prévue par le traité d'amitié et de coopération en ne coopérant pas avec lui dans le cadre de la procédure d'information judiciaire relative à l'affaire *Borrel*, en portant atteinte à la dignité et à l'honneur du chef de l'Etat djiboutien et d'autres autorités djiboutiennes, et en agissant ainsi au mépris des principes d'égalité, de respect mutuel et de paix énoncés à l'article premier du traité.

97. Dans le préambule du traité, les présidents des deux Etats expriment leur désir «de développer et renforcer les liens d'amitié entre leurs deux pays, et la coopération entre la République française et la République de Djibouti dans les domaines politique, militaire, économique, monétaire, culturel, social et technique». A l'article premier du traité, les parties «décident de fonder les relations de leurs deux pays sur l'égalité, le respect mutuel et la paix»; l'article 2 fait état de leur «ferme volonté de préserver et raffermir» l'amitié et la coopération existant entre leurs deux pays, d'œuvrer au renforcement de la paix et de la sécurité, ainsi que de «favoriser toute coopération internationale visant à promouvoir la paix et le progrès culturel, économique et social». Le premier paragraphe de l'article 3 comporte une obligation de concertation en vue de garantir la stabilité de la monnaie de Djibouti, tandis que le second contient des engagements relatifs au développement économique des deux pays. L'article 4 porte sur la coopération «dans les domaines de la culture, des sciences, de la technique et de l'éducation». A l'article 5, les parties s'engagent à favoriser la coopération, les échanges d'expériences et d'information entre leurs «organismes nationaux publics et privés» et entre leurs «institutions économiques, sociales et culturelles». L'article 6 prévoit l'établissement d'une «commission franco-djiboutienne de coopération», dont le fonctionnement est régi par les dispositions de l'article 7 du traité. La commission est chargée de «veiller à la mise en œuvre des principes et à la poursuite des objectifs définis dans le ... traité et dans les conventions et accords particuliers passés entre les deux gouvernements»; sa compétence s'étend à «[t]outes les relations de coopération ainsi qu'[à] l'application des différents accords conclus entre les deux Etats».

98. Se référant à l'affaire des *Plates-formes pétrolières (République islamique d'Iran c. Etats-Unis d'Amérique)* (C.I.J. Recueil 1996 (II), p. 814, par. 28), Djibouti soutient que l'article premier du traité doit être considéré comme «fixant un objectif à la lumière duquel les autres dispositions du traité doivent être interprétées et appliquées». Selon Djibouti, l'obligation générale de coopération découlerait de l'objet et du

but du traité interprété à la lumière de ses articles premier, 2 et 4, et de son préambule. Djibouti allègue également que l'objectif des Parties, lorsqu'elles ont choisi d'exprimer ces obligations sous la forme d'un traité, était de se lier «au moyen d'un véritable engagement juridique déclenchant tous les effets d'un authentique accord international». Djibouti note à ce propos que la majorité des dispositions du traité (articles premier à 5) sont libellées en termes d'obligations; selon lui, que le traité ait été ratifié par le président de la République française sans autorisation parlementaire «ne change rien au fait qu'il consacre des obligations de nature juridique».

99. Djibouti fait valoir que l'obligation générale de coopération prévue par le traité a un caractère synallagmatique et qu'il s'y est conformé en faisant preuve d'un «esprit de collaboration exemplaire» et en déployant de bonne foi tous les efforts possibles afin de faire la lumière sur l'affaire *Borrel*. La France, en revanche, aurait violé les obligations de réciprocité et de bonne foi lui incombant en matière de coopération.

100. Djibouti soutient également que, outre l'obligation générale de coopération, le traité prescrit des obligations spécifiques de coopérer dans tous les domaines visés par ses dispositions de manière indicative et non pas exhaustive. Djibouti prétend en conséquence que la coopération judiciaire en matière pénale relève des engagements découlant des articles 3 et 5 du traité. S'appuyant sur l'article 6 du traité, Djibouti affirme que celui-ci

««chapeaute» tous les autres accords bilatéraux successifs, dont la convention de 1986, et doit être observé dans tous les domaines dont ceux-ci s'occupent. Autrement dit, tous ces accords postérieurs à 1977 doivent être interprétés et appliqués à la lumière de l'objet et du but du traité de 1977 et des engagements en matière de coopération qui en découlent.»

Djibouti en déduit que toute violation grave d'un accord spécifique postérieur, tel que la convention de 1986, se traduirait automatiquement et simultanément par la violation du traité.

101. La France soutient que toute interprétation du traité aboutissant à la reconnaissance de l'existence d'une obligation générale de coopération qui lui serait juridiquement opposable dans l'exécution de la commission rogatoire internationale irait non seulement à l'encontre des termes du traité, mais aussi de son objet, de son but, de son contexte et de la volonté des parties. Se fondant sur les principes d'interprétation dégagés par la Cour dans le cas d'autres traités d'amitié et se référant aux affaires des *Plates-formes pétrolières (République islamique d'Iran c. Etats-Unis d'Amérique)* (C.I.J. Recueil 1996 (II), p. 814, par. 28) et des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique)* (C.I.J. Recueil 1986, p. 137, par. 273), la France souligne notamment que l'article premier du traité ne fait que poser de grands principes, que l'article 2 exprime une volonté commune de poursuivre certains objectifs qui ne peuvent constituer des

obligations juridiques, et que les obligations juridiques que le traité contient par ailleurs (articles 3 et 4) sont sans rapport avec la coopération judiciaire en matière pénale. En ce qui concerne l'article 5, la France remarque que son libellé ne traduit qu'une obligation de comportement «assez lâche», que les autorités judiciaires n'y sont pas visées et que le domaine de cet article «ne peut s'étendre au-delà du domaine du traité lui-même», qui ne vise pas la coopération judiciaire. La France ajoute que son interprétation du traité est étayée par le fait que celui-ci a été ratifié par le président de la République sans autorisation parlementaire; or, s'il avait — à l'instar de la convention de 1986 — comporté des obligations juridiques précises, une telle autorisation aurait été requise par l'article 53 de la Constitution française.

102. La France conteste par ailleurs que l'article 6 «chapeaute» tous les autres accords bilatéraux, notant en particulier que ni les dispositions du traité ni celles de la convention de 1986 n'établissent de lien juridique entre les deux instruments. De ce fait, aucune violation de la convention de 1986 ne pourrait avoir d'effet au titre du traité de 1977.

103. La France en déduit que les principes énoncés dans le traité de 1977 ne peuvent en eux-mêmes «être à l'origine d'une violation du droit international». Elle soutient enfin que le rattachement des principes de bonne foi et de réciprocité au traité est artificiel, sur le plan formel, et que ces principes doivent être appréciés en relation avec des obligations précises qui figurent, selon la requête, dans la convention de 1986, et non dans le traité de 1977. La France renvoie ainsi l'examen de la question de la réciprocité à l'analyse des violations de la convention de 1986 alléguées par Djibouti.

104. La Cour relève que, en dépit de l'intention générale de promouvoir le respect mutuel énoncée à l'article premier du traité de 1977, l'objet principal du traité est le développement de la coopération dans les domaines économique, monétaire, social et culturel. Les dispositions de fond du traité sont libellées en termes d'objectifs à atteindre, d'amitié à encourager et de bonne volonté à développer. Mais, si elles renvoient à la réalisation d'aspirations, elles n'en sont pas pour autant vides de contenu juridique. Les obligations mutuelles prévues par le traité sont des obligations juridiques, exprimées sous la forme d'obligations de comportement — en l'occurrence d'obligations de coopérer —, de caractère vague et général, qui imposent aux parties d'œuvrer en vue d'atteindre certains objectifs, lesquels sont définis comme des avancées dans des domaines donnés, ainsi qu'en matière de paix et de sécurité; certaines procédures et certains arrangements institutionnels doivent leur permettre d'atteindre ces objectifs. Que la France ait ratifié le traité sans juger nécessaire de le soumettre à l'approbation parlementaire ne change rien au fait que ledit traité crée des obligations juridiques qui relèvent de la catégorie définie ci-dessus.

105. L'entraide judiciaire en matière pénale, question qui fait l'objet de la convention de 1986, n'est pas mentionnée parmi les domaines de coopération énumérés dans le traité d'amitié de 1977. La coopération judi-

ciaire n'est ainsi pas visée par les engagements et les procédures régis par le paragraphe 2 de l'article 3 et les articles 5 et 6 du traité. Se pose donc la question de savoir si ce traité peut avoir un effet juridique sur la convention de 1986, alors même que celle-ci porte sur un type de coopération qui n'y est pas envisagé.

106. De l'avis du demandeur, une relation de cette nature existe entre les deux instruments à un double titre: premièrement, la convention d'entraide judiciaire de 1986 doit être interprétée à la lumière des liens d'amitié existant entre les Etats qui y sont parties et, deuxièmement, toute violation «grave» de la convention de 1986 doit être considérée comme constituant un manquement «majeur» au traité d'amitié de 1977.

107. La Cour a été amenée à examiner des questions semblables dans deux précédentes affaires. En l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique)*, au stade du fond, elle fut ainsi appelée à se prononcer sur le sens et la portée d'un traité d'amitié, de commerce et de navigation conclu en 1956 entre les deux Etats. Elle statua en ces termes:

«[L]a Cour est priée de dire qu'un Etat qui a conclu un traité d'amitié s'oblige par celui-ci, aussi longtemps qu'il reste en vigueur, à s'abstenir de tout acte envers l'autre partie qui puisse être considéré comme inamical, même s'il ne viole pas en lui-même une obligation internationale. Un tel engagement pourrait, bien entendu, être expressément stipulé dans un traité ou même paraître découler nécessairement de son texte: mais, dans le cadre du droit international coutumier, il n'est pas évident que la pratique effective des Etats témoigne de l'existence d'une règle d'une aussi vaste portée. Même lorsqu'un traité d'amitié est en cause, il doit nécessairement exister une distinction entre la grande catégorie des actes inamicaux et la catégorie plus étroite d'actes tendant à faire échouer le but et l'objet du traité. Ce but et cet objet sont de manifester une amitié effective dans les domaines précis prévus par le traité, et non une amitié en un sens vague et général.» (*Fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1986*, p. 136-137, par. 273.)

La Cour estima ainsi que, si l'article premier du traité conclu entre les Etats-Unis et le Nicaragua créait bien une obligation générale de se comporter envers l'autre partie de manière amicale, cette obligation ne s'étendait pas à l'ensemble des relations entre les parties, mais se limitait aux domaines précis régis par le traité.

108. De la même manière, dans sa décision préliminaire sur la compétence en l'affaire des *Plates-formes pétrolières (République islamique d'Iran c. Etats-Unis d'Amérique)*, la Cour fut appelée à interpréter l'article premier du traité d'amitié, de commerce et de droits consulaires conclu en 1955 entre l'Iran et les Etats-Unis, qui disposait: «Il y aura paix stable et durable et amitié sincère» entre les deux Etats. L'Iran soutenait que cet article imposait aux parties une obligation positive, alors

que, pour les Etats-Unis, l'article premier ne faisait qu'exprimer des aspirations.

109. La Cour entreprit là encore de replacer dans son contexte la clause générale énoncée à l'article premier. Elle considéra «qu'une formulation aussi générale ne [pouvait] être interprétée indépendamment de l'objet et du but du traité dans lequel elle [était] insérée» (*Plates-formes pétrolières (République islamique d'Iran c. Etats-Unis d'Amérique), exception préliminaire, arrêt, C.I.J. Recueil 1996 (II)*, p. 813, par. 27). Elle souligna ceci :

«L'article premier ne saurait ... être interprété comme incorporant dans le traité l'ensemble des dispositions du droit international concernant de telles relations... Par voie de conséquence, l'article premier doit être regardé comme fixant un objectif à la lumière duquel les autres dispositions du traité doivent être interprétées et appliquées.» (*Ibid.*, p. 814, par. 28.)

Dans ce contexte, la Cour conclut que

«l'objectif de paix et d'amitié proclamé à l'article premier du traité de 1955 [était] de nature à éclairer l'interprétation des autres dispositions du traité... L'article premier n'est ainsi pas sans portée juridique pour une telle interprétation, mais il ne saurait, pris isolément, fonder la compétence de la Cour.» (*Ibid.*, p. 815, par. 31.)

110. La Cour fait observer que, si, dans l'affaire des *Plates-formes pétrolières*, la question qu'elle était appelée à trancher était celle de savoir comment interpréter les dispositions d'un traité à la lumière de la clause générale contenue dans l'article premier de ce même traité, elle consiste, en l'espèce, à décider si le traité de 1977 peut avoir une incidence sur des obligations énoncées dans un autre traité (à savoir les obligations prévues par la convention de 1986). Cette question ne s'était posée dans aucune des deux affaires mentionnées plus haut. Conformément aux conclusions de la Cour dans les affaires des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* et des *Plates-formes pétrolières*, les principes énoncés d'un commun accord par Djibouti et par la France aux articles premier et 2 du traité de 1977 peuvent apporter un éclairage sur l'interprétation qu'appellent les autres dispositions de ce même traité. La question de savoir si ces principes peuvent également influencer sur l'interprétation et l'application d'obligations (à savoir celles énoncées dans la convention de 1986) dont le traité de 1977 ne fait pas état demeure en revanche à trancher.

111. Au regard de la jurisprudence mentionnée ci-dessus, la Cour pourrait répondre à cette question par l'affirmative si la convention de 1986 visait expressément la coopération dans un domaine qu'aurait spécifié au préalable le traité de 1977. Or, tel n'est pas le cas : le champ de coopération prévu par le traité ne couvre pas le domaine judiciaire.

112. De l'avis de la Cour, le paragraphe 3 de l'article 31 de la convention de Vienne sur le droit des traités du 23 mai 1969 est pertinent à cet égard. Cette disposition énonce que, aux fins de l'interprétation d'un traité, «[i]l sera tenu compte, en même temps que du contexte: ... c) de toute règle pertinente de droit international applicable dans les relations entre les parties». Elle doit être considérée comme une codification du droit international coutumier (voir *Ile de Kasikili/Sedudu (Botswana/Namibie)*, arrêt, *C.I.J. Recueil 1999 (II)*, p. 1075, par. 18) et, partant, elle s'applique aux relations conventionnelles entre Djibouti et la France examinées en l'espèce en dépit du fait que ni l'un ni l'autre ne sont parties à la convention de Vienne.

113. Les dispositions du traité d'amitié et de coopération de 1977 sont des «règle[s] pertinente[s]» au sens de l'alinéa c) du paragraphe 3 de l'article 31 de la convention de Vienne. Il en est ainsi en dépit du fait qu'elles sont formulées d'une manière large et générale, dans la mesure où elles expriment des aspirations. Conformément à la plus fondamentale de ces règles, les relations entre les deux pays doivent être régies par les principes d'égalité et de respect mutuel, et la coopération et l'amitié doivent être préservées et renforcées. Bien que ceci ne donne pas d'indication précise en ce qui concerne l'application concrète de la convention de 1986, cette dernière n'en doit pas moins être interprétée et appliquée d'une manière qui prenne en considération l'amitié et la coopération posées par la France et par Djibouti comme constituant le fondement de leurs relations mutuelles dans le traité de 1977.

114. La Cour reconnaît donc que le traité d'amitié et de coopération de 1977 a une certaine incidence sur l'interprétation et l'application de la convention d'entraide judiciaire en matière pénale de 1986. Mais là s'arrête, en termes juridiques, la relation entre les deux instruments. Une interprétation de la convention de 1986 prenant dûment en compte l'esprit d'amitié et de coopération mentionné dans le traité de 1977 ne saurait priver une partie à la convention de la possibilité d'en invoquer une clause autorisant, dans certaines circonstances, la non-exécution de l'une des obligations qu'elle impose. La Cour ne peut donc faire siennes les conclusions de plus ample portée avancées par le demandeur quant à l'effet du traité de 1977 sur la convention de 1986.

* * *

IV. LA VIOLATION ALLÉGUÉE DE LA CONVENTION D'ENTRAIDE JUDICIAIRE EN MATIÈRE PÉNALE ENTRE LA FRANCE ET DJIBOUTI DU 27 SEPTEMBRE 1986

115. La requête déposée par Djibouti le 9 janvier 2006 porte par ailleurs sur la violation alléguée de la convention d'entraide judiciaire en matière pénale signée le 27 septembre 1986 entre la France et Djibouti, et

entrée en vigueur entre les deux Etats le 1^{er} août 1992 (Nations Unies, *Recueil des traités*, vol. 1695, p. 298). La violation de cette convention serait constituée par le refus de la France d'exécuter la commission rogatoire décernée le 3 novembre 2004 par les autorités judiciaires djiboutiennes.

Djibouti a tout d'abord allégué que, selon l'article premier de la convention, la France est tenue d'exécuter la commission rogatoire internationale. Il a ajouté en deuxième lieu que la France s'est engagée à procéder à cette exécution en janvier 2005 et qu'elle n'a pas respecté cet engagement. Enfin, Djibouti a soutenu, à titre subsidiaire, que la France a violé l'obligation en question lorsque, par la suite, elle lui a fait connaître son refus d'exécuter la commission rogatoire.

La Cour examinera successivement ces trois points.

* *

1) *L'obligation d'exécuter la commission rogatoire internationale*

116. Selon Djibouti, l'obligation d'exécuter la commission rogatoire internationale est prévue à l'article premier de la convention de 1986, qui dispose :

«Les deux Etats s'engagent à s'accorder mutuellement, selon les dispositions de la présente convention, l'entraide judiciaire la plus large possible dans toute procédure visant des infractions dont la répression est, au moment où l'entraide est demandée, de la compétence des autorités judiciaires de l'Etat requérant.»

Il en découle, de l'avis du demandeur, la réciprocité dans les engagements et l'obligation d'exécuter la commission rogatoire internationale.

117. Djibouti considère que cet article impose aux deux parties l'obligation de réciprocité dans la mise en œuvre de la convention. Il ajoute que les autorités judiciaires françaises ont bénéficié de son assistance et de sa coopération à maintes reprises depuis 1996 et qu'il était en droit d'en attendre la réciprocité lorsqu'il a introduit, le 3 novembre 2004, sa propre commission rogatoire internationale.

118. La France ne conteste pas que Djibouti ait parfaitement exécuté les commissions rogatoires internationales émanant de ses autorités judiciaires, mais elle estime que les demandes d'entraide judiciaire doivent être appréciées, comme le prévoit la convention de 1986, au cas par cas. Pour la France, le différend qui l'oppose à Djibouti porte sur l'exécution d'une commission rogatoire précise, sans que puisse être invoquée, à son sujet, la question de la réciprocité.

*

119. La Cour examinera maintenant l'argument de la réciprocité dans la mise en œuvre de la convention de 1986, tel qu'invoqué par Djibouti.

Dans les relations entre Djibouti et la France, l'article premier de la convention de 1986 prévoit que les obligations qu'elle énonce seront mises en œuvre de façon mutuelle.

Il faut donc en revenir aux dispositions conventionnelles pour apprécier au cas par cas si l'Etat a failli ou non à ses obligations en matière d'entraide judiciaire. La Cour fait observer que, dans la présente espèce, le concept de réciprocité a été invoqué en vue d'étayer la thèse selon laquelle, si un Etat donne suite à une demande d'entraide judiciaire, l'autre doit, en conséquence, faire de même. La Cour estime cependant que, s'agissant de la convention de 1986, chaque demande d'entraide judiciaire doit être appréciée, selon ses mérites propres, par chaque Partie. De plus, le concept de réciprocité tel qu'invoqué par Djibouti priverait de tout effet les exceptions énumérées à l'article 2. La Cour relève qu'il n'est prescrit nulle part dans ce texte que l'octroi par un Etat d'une assistance dans un dossier donné impose à l'autre de faire de même lorsqu'il est sollicité à son tour.

La Cour considère, en conséquence, que Djibouti ne peut se fonder sur le principe de réciprocité pour demander l'exécution de la commission rogatoire internationale qu'il a introduite auprès des autorités judiciaires françaises.

* *

120. La Cour en vient maintenant à l'examen de l'obligation d'exécuter la commission rogatoire internationale prévue à l'article premier de la convention de 1986 et précisée, selon Djibouti, à l'article 3, paragraphe 1, de celle-ci, dans les termes suivants :

«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 ou de communiquer des pièces à conviction, des dossiers ou des documents.»

121. Pour Djibouti, le libellé de cet article confirme que l'Etat requis est tenu d'exécuter la commission rogatoire internationale, dans la mesure où il contient une «obligation de résultat». Le demandeur ajoute que, si ce texte prévoit que l'exécution doit se faire «conformément à la législation» de l'Etat requis, il ne faut voir là qu'une indication de la procédure à suivre pour la réalisation de cette «obligation de résultat» et non un moyen de s'y soustraire. A ce propos, Djibouti estime que la France ne peut invoquer son droit interne pour se soustraire à son obligation d'exécuter la commission rogatoire internationale. Il s'appuie à ce sujet sur l'article 27 de la convention de Vienne sur le droit des traités, qui codifie le droit coutumier en la matière, selon lequel : «Une partie ne peut invoquer les dispositions de son droit interne comme justifiant la non-exécution d'un traité.»

122. La France, de son côté, affirme que, selon le sens naturel et ordinaire de l'article 3 de la convention, le résultat recherché, à savoir la transmission du dossier Borrel, est rattaché au moyen d'y parvenir, consistant à respecter la procédure interne du pays requis. Dans ces conditions, un tel moyen conditionne le résultat, qui n'est jamais acquis tant que la procédure n'a pas été menée à son terme. La France ajoute que l'article 3 en question doit être lu dans son contexte, par référence à l'article premier, qui prévoit que l'entraide judiciaire est «la plus large possible», et à l'article 2, selon lequel celle-ci «pourra être refusée». Il faut par ailleurs tenir compte de l'objet et du but du traité, qui est l'entraide judiciaire en matière pénale «visant des infractions dont la répression est, au moment où l'entraide est demandée, de la compétence des autorités judiciaires de l'Etat requérant». Enfin, la France prétend n'avoir pas cherché à s'exonérer de sa responsabilité en s'abritant derrière sa législation interne, puisqu'elle a cherché, au contraire, à appliquer les termes de la convention, qui renvoie elle-même à ladite législation.

*

123. La Cour constate qu'il doit être satisfait à l'obligation d'exécuter les commissions rogatoires internationales, visée à l'article 3 de la convention de 1986, dans le respect de la procédure prévue par la législation de l'Etat requis. C'est ainsi que le sort qui doit être réservé à la demande d'entraide judiciaire en matière pénale dépend manifestement de la décision des autorités nationales compétentes, selon la procédure prévue par la législation de l'Etat requis. Celui-ci doit certes veiller à ce que sa procédure soit déclenchée, mais il n'en garantit pas pour autant le résultat, dans le sens de la transmission du dossier qui fait l'objet de la commission rogatoire. Interprété dans son contexte, comme le prévoit la règle coutumière reflétée au paragraphe 1 de l'article 31 de la convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités, l'article 3 de la convention de 1986 doit être lu en conjonction avec les articles premier et 2 de celle-ci. Si, selon l'article premier, l'entraide judiciaire doit être «la plus large possible», c'est qu'il existe des situations où elle ne pourra pas être envisagée. Quant à l'article 2, il prévoit des cas où «[l']entraide judiciaire pourra être refusée». Il en découle que ceux qui sont appelés à se prononcer sur ces questions le feront en appliquant les dispositions de l'article 2 ou d'autres articles de la convention pouvant conduire au rejet de la demande de l'Etat requérant.

124. La Cour, ayant ainsi précisé le sens de l'article 3 de la convention de 1986, ne voit pas en quoi la règle coutumière reflétée à l'article 27 de la convention de Vienne sur le droit des traités serait applicable en l'espèce. En fait, l'Etat requis invoque ici son droit interne non pas pour justifier la prétendue non-exécution des obligations internationales figurant dans la

convention de 1986, mais, bien au contraire, pour assurer l'application de celles-ci conformément aux termes de ladite convention.

* *

2) *L'engagement allégué de la France d'exécuter la commission rogatoire internationale émanant de Djibouti*

125. La Cour passera maintenant à l'examen de l'engagement qu'aurait pris la France d'exécuter la commission rogatoire internationale transmise par Djibouti.

Elle rappellera tout d'abord que, dans sa lettre du 17 juin 2004, le procureur de la République de Djibouti avait demandé au procureur de la République près le tribunal de grande instance de Paris de lui communiquer le dossier Borrel (voir paragraphe 24 ci-dessus). Le ministère français de la justice, par lettre du 1^{er} octobre 2004, a réagi comme suit à cette demande :

«le juge d'instruction chargé du dossier, seul compétent pour délivrer les copies des pièces (ce qui matériellement représente 35 tomes), estime que ce courrier ne revêt pas les formes requises par la convention franco-djiboutienne d'entraide judiciaire en matière pénale du 27 septembre 1986 et refuse d'exécuter cette demande».

C'est dans ces conditions que le juge d'instruction auprès du tribunal de première instance de Djibouti, M^{me} Leila Mohamed Ali, a ouvert, le 3 novembre 2004, une information judiciaire du chef d'assassinat sur la personne de Bernard Borrel et adressé aux autorités judiciaires françaises une commission rogatoire internationale demandant la transmission du dossier Borrel.

Sollicité de son côté par l'ambassadeur de Djibouti à Paris pour hâter la procédure, le directeur de cabinet du ministre français de la justice lui a répondu de la façon suivante, par lettre du 27 janvier 2005 :

«J'ai demandé à ce que tout soit mis en œuvre pour que la copie du dossier de l'instruction judiciaire relative au décès de Monsieur Bernard Borrel soit transmise au ministre de la justice et des affaires pénitentiaires et musulmanes de la République de Djibouti avant la fin du mois de février 2005 (ce délai s'explique par le volume du dossier dont il y a lieu de faire la copie).

J'ai par ailleurs demandé au procureur de Paris de faire en sorte que ce dossier ne connaisse aucun retard injustifié.»

126. Djibouti, se fondant sur cette lettre, soutient qu'il s'agissait là d'un engagement du directeur de cabinet (qui liait le ministère français de la justice et l'Etat français dans son ensemble) et que, au vu de cet engagement, il pouvait légitimement s'attendre à ce que le dossier lui soit transmis. Il ajoute qu'une déclaration du porte-parole du ministère

français des affaires étrangères du 29 janvier 2005 (voir paragraphe 27 ci-dessus) est venue confirmer la lettre du 27 janvier du directeur de cabinet du ministre de la justice.

Cette lettre est considérée par Djibouti comme la réponse officielle du ministère de la justice de l'Etat requis à la commission rogatoire de l'Etat requérant, et cela conformément au paragraphe 1 de l'article 14 de la convention de 1986, qui dispose que «[l]es commissions rogatoires prévues à l'article 3 seront adressées par le ministère de la justice de l'Etat requérant...». Le ministère de la justice français aurait également, selon Djibouti, donné des instructions au procureur de la République, responsable, d'après le droit français (article 694-2 du Code de procédure pénale français), de l'exécution des commissions rogatoires internationales. L'Etat français aurait donc pris l'engagement d'exécuter l'obligation prévue par la convention de 1986 et ne s'y serait pas conformé.

127. La France, pour sa part, dénie toute promesse ou engagement du ministère français de la justice, qui ne pouvait intervenir en violation de l'article 3 de la convention de 1986, selon lequel l'exécution de la commission rogatoire doit se faire «conformément à [l]a législation» de l'Etat requis, ce qui implique, selon elle, une décision préalable du juge d'instruction.

*

128. La Cour note, tout d'abord, que les termes de la lettre du 27 janvier 2005, pris dans leur sens ordinaire, ne comportent pas d'engagement formel, de la part du directeur de cabinet du ministre de la justice, de transmettre le dossier Borrel; il s'agissait plutôt d'informer l'ambassadeur de Djibouti en France de ce qu'il avait fait afin de déclencher la procédure légale rendant possible cette transmission. Il est vrai que, en précisant que tout serait mis en œuvre pour qu'une telle transmission soit opérée avant la fin du mois suivant (février 2005), le directeur de cabinet a pu laisser croire à ses interlocuteurs que ce n'était qu'une question de formalités à accomplir et que la procédure déboucherait automatiquement sur la transmission du dossier.

129. Il ne faut toutefois pas perdre de vue que le directeur de cabinet répondait à une demande pressante de l'ambassadeur pour hâter la transmission du dossier. De toute façon, il ne pouvait s'engager définitivement puisque la législation française (article 694-2 du Code de procédure pénale français) réserve l'exécution des commissions rogatoires au juge d'instruction, par exception à l'exécution par le procureur de la République, dans les cas où celles-ci concernent les actes de l'instruction elle-même (ce que le directeur de cabinet du ministre de la justice avait rappelé à son homologue des affaires étrangères dans sa lettre susmentionnée du 1^{er} octobre 2004 (voir paragraphe 125) et ce dont Djibouti avait connaissance). Cette compétence exclusive du juge d'instruction en la matière a été affirmée par l'arrêt du 19 octobre 2006 de la chambre

de l'instruction de la cour d'appel de Paris, qui souligne que la décision de délivrer une copie du dossier «relève de l'appréciation du magistrat instructeur» (voir paragraphe 37 ci-dessus).

130. En conséquence, la Cour considère que la lettre du 27 janvier 2005, de par son contenu et les circonstances de fait et de droit dans lesquelles elle a été préparée, ne comporte pas, en elle-même, d'engagement juridique de la France d'exécuter la commission rogatoire internationale qui lui a été transmise par Djibouti le 3 novembre 2004.

* *

3) *Le refus opposé par la France à l'exécution de la commission rogatoire internationale*

131. Djibouti a d'abord fait observer dans son mémoire que la France ne pouvait pas invoquer les dispositions de l'article 2, alinéa c), de la convention de 1986. En premier lieu, il paraîtrait fort discutable selon lui qu'un juge d'instruction puisse être seul en mesure d'apprécier si les intérêts fondamentaux d'un Etat peuvent être compromis par l'exécution d'une commission rogatoire internationale. Djibouti considère que ce type d'appréciation, portant sur un risque éventuel pour la souveraineté, la sécurité, l'ordre public ou d'autres intérêts essentiels d'un Etat, doit par nature relever des organes les plus élevés de cet Etat. Tout en ayant pris acte ultérieurement, au cours de la procédure orale, de l'arrêt de la chambre de l'instruction de la cour d'appel de Paris du 19 octobre 2006 (voir paragraphe 37 ci-dessus), Djibouti fait observer que, selon lui, le droit français ne pouvait être interprété comme accordant au seul juge d'instruction autorité pour juger des intérêts essentiels de l'Etat. De l'avis de Djibouti, le principe de l'indépendance de la justice ne doit pas conduire un Etat à ignorer complètement les règles de coopération de bonne foi et d'égalité entre Etats qui s'imposent à lui en vertu du droit international général.

132. S'agissant des motifs du refus mentionnés dans le soit-transmis, Djibouti soutient qu'aucun détournement de la loi française ne saurait résulter du fait que des pièces déclassifiées seraient communiquées à une autorité étrangère (et non pas seulement au juge français), dès lors que le dossier est accessible aux parties à l'instruction judiciaire ouverte en France et que les documents déclassifiés en question n'apparaîtraient pas de nature à compromettre les intérêts essentiels de la France. Djibouti conteste par ailleurs que puisse être invoquée à l'encontre de sa demande l'impossibilité d'une transmission même partielle du dossier. Il fait valoir à cet égard que les quelques pages déclassifiées et versées audit dossier ne peuvent avoir «imprégné l'ensemble» de celui-ci.

133. En outre, Djibouti rappelle que son ambassadeur en France n'a jamais reçu la lettre du 31 mai 2005 qui lui aurait été envoyée par le directeur des affaires criminelles et des grâces du ministère français de la jus-

tice, informant Djibouti du refus par le juge d'instruction de la demande d'entraide judiciaire. Il souligne également que la France, dans la lettre adressée le 6 juin 2005 par son ambassadeur à Djibouti au ministre djiboutien des affaires étrangères, a omis de motiver son refus «unilatéral» d'entraide judiciaire, en violation de l'article 17 de la convention de 1986. Ce faisant, Djibouti rappelle qu'il n'a pris connaissance des motifs réels du refus, tels que reflétés par le soit-transmis du juge Clément du 8 février 2005, que du fait du dépôt par la France de son contre-mémoire le 13 juillet 2007, ce qui ne saurait être pris en compte rétroactivement en tant qu'élément constitutif d'un refus au titre de la convention.

134. La Cour observe que les deux Parties conviennent que l'article 2 et l'article 17 doivent être lus en conjonction l'un avec l'autre, même si elles n'en tirent pas les mêmes conséquences. Selon Djibouti, l'obligation de motiver est une condition de la validité du refus. Il observe à ce sujet que la simple référence à l'article 2, alinéa *c*), doit être considérée au mieux comme une forme de «notification» très générale qui, à son sens, n'équivaut certainement pas à une «motivation». Cette observation s'appliquerait *a fortiori* en l'absence de toute mention explicite de l'une des raisons énoncées à l'article 2, alinéa *c*).

135. Djibouti admet enfin que l'article 2, alinéa *c*), donne une grande marge d'appréciation à l'Etat requis lorsque celui-ci décide de refuser l'entraide judiciaire, puisque c'est lui qui «estime que l'exécution de la demande est de nature à porter atteinte à sa souveraineté, à sa sécurité, à son ordre public ou à d'autres de ses intérêts essentiels». Mais, selon Djibouti, même dans l'exécution de ce qu'il qualifie de «self-judging clause», l'Etat requis doit agir de façon raisonnable et de bonne foi. Il ajoute que, de toute façon, l'obligation de motiver impose à l'Etat requis d'aller au-delà de la simple référence à l'article 2, alinéa *c*), et de donner les raisons qui, dans le cas d'espèce, justifient sa décision; faute de quoi celle-ci ne serait pas valide.

136. Concernant la compétence du magistrat instructeur pour apprécier seul les intérêts fondamentaux de la France, celle-ci souligne qu'il n'appartient pas à un autre Etat de déterminer de quelle manière elle doit organiser ses propres procédures, ni d'interpréter le droit français de manière contraire à l'arrêt que la cour d'appel de Paris a rendu le 19 octobre 2006 ou au soit-transmis du juge d'instruction Clément, qui confirment la position de la France à ce sujet.

La France fait observer que les questions pénales sont de celles qui, plus que d'autres, touchent à la souveraineté nationale des Etats et à leur sécurité, à leur ordre public, ou à d'autres intérêts essentiels, tels que visés à l'article 2, alinéa *c*), de la convention de 1986.

137. S'agissant des motifs invoqués dans le soit-transmis et qui auraient fondé son refus de transmission du dossier à Djibouti, la France soutient que, aux termes de la loi du 8 juillet 1998 instituant une commission consultative du secret de la défense nationale, seule l'autorité judiciaire française peut disposer des documents déclassifiés qu'elle a le pouvoir de solliciter, et que la transmission, même après déclassification, de notes

émises par les services de renseignement français à une autorité étrangère est de nature à compromettre les intérêts essentiels de la France. La France prétend que la protection du « secret-défense » relève des motifs énoncés à l'article 2, alinéa *c*), de la convention de 1986. Pour justifier son choix de ne pas même transmettre une partie du dossier, elle fait valoir que les notes déclassifiées ont été utilisées par le juge d'instruction de manière telle que l'ensemble de ce dossier a été imprégné des informations qu'elles contenaient, et qu'il n'était dès lors plus possible de transmettre celui-ci simplement expurgé desdites informations. La France ajoute à ce propos qu'il ne s'agit pas, comme le prétend Djibouti, de deux pages de documents déclassifiés, mais de près de vingt-cinq notes transmises au juge.

138. La France affirme en outre avoir non seulement informé Djibouti dès le 31 mai 2005, par une lettre du directeur des affaires criminelles et des grâces du ministère de la justice à l'ambassadeur de Djibouti en France, de la décision négative du magistrat instructeur quant à la demande d'entraide judiciaire en question, mais avoir également motivé explicitement son refus, en mentionnant l'article 2, alinéa *c*), de la convention de 1986.

139. L'article 17 n'imposant, selon elle, aucune obligation de notification, la France soutient par ailleurs qu'il suffit que le refus se réfère explicitement à l'article 2, alinéa *c*), cette référence constituant la motivation prévue à l'article 17. Elle considère que l'obligation de motiver le refus d'entraide judiciaire n'est pas une condition de la licéité du refus aux termes de l'article 2, alinéa *c*), mais une condition distincte résultant de l'article 17 de la convention. La France précise que ces deux dispositions sont éloignées l'une de l'autre dans le texte de la convention de 1986, et que la validité de la décision de refus de l'entraide au titre de l'article 2, alinéa *c*), n'est pas affectée par l'absence de motivation au titre de l'article 17. La France rejette en outre l'idée qu'elle aurait dû aller au-delà d'une simple référence à l'article 2, alinéa *c*), afin de motiver sa décision de refus.

*

140. La Cour se doit de rappeler dans quelles conditions les autorités judiciaires françaises ont pris la décision de refuser l'exécution de la commission rogatoire internationale et comment cette décision a été notifiée à Djibouti. La commission rogatoire internationale du 3 novembre 2004 a été d'abord transmise, par lettre du 18 janvier 2005, au procureur général près la cour d'appel de Paris par le directeur des affaires criminelles et des grâces au ministère de la justice. Le procureur a été chargé de l'exécuter « en liaison avec le juge d'instruction chargé du dossier ». Le directeur a tenu, en outre, à souligner que ce dossier contenait « des pièces susceptibles de porter atteinte à [la] souveraineté, à [la] sécurité, à [l']ordre public ou à d'autres intérêts essentiels de la nation » et il a mentionné l'article 2, alinéa *c*), de la convention du 27 septembre 1986, qui permet à l'Etat requis de refuser d'exécuter l'entraide judiciaire.

Le juge d'instruction Clément fut ensuite saisi par le procureur de la République et elle lui fit connaître sa décision par lettre du 8 février 2005 à laquelle était jointe une copie du document intitulé «soit transmis», adressé le même jour au doyen des juges d'instruction. Ce document a été considéré par la chambre de l'instruction de la cour d'appel de Paris, dans son arrêt du 19 octobre 2006, comme une décision, relevant de l'appréciation du seul juge d'instruction, en réponse à la demande d'entraide judiciaire de Djibouti. Cette décision n'a pas été transmise aussitôt aux autorités djiboutiennes; il a fallu attendre le 31 mai 2005 pour que, selon la France, le directeur des affaires criminelles et des grâces en informe par lettre l'ambassadeur de Djibouti à Paris en ces termes:

«Après un examen attentif, le juge d'instruction a, par décision judiciaire non susceptible de recours, estimé que l'article 2 c) de la convention franco-djiboutienne d'entraide pénale du 27 septembre 1986 devait recevoir application et ne permettait pas de réserver une réponse favorable à la demande de vos autorités judiciaires.»

141. Djibouti nie que son ambassadeur à Paris ait jamais reçu cette lettre et affirme ne pas avoir eu connaissance de son contenu avant que le défendeur ne la soumette à la Cour (voir paragraphe 133 ci-dessus); celle-ci devrait donc, selon lui, être ignorée et considérée comme inexistante.

142. A la question que le président Higgins lui a posée à l'audience, quant à savoir si elle gardait trace des lettres qu'elle adressait à des représentants d'autres Etats, la France a répondu que son ministère des affaires étrangères n'avait pas pour pratique d'adresser à ses «homologues étrangers» des lettres recommandées avec accusé de réception et qu'elle n'était, en conséquence, pas en mesure d'attester l'envoi de la lettre du 31 mai 2005 à l'ambassadeur de Djibouti en France. Elle a dès lors indiqué ne pas pouvoir apporter la preuve que celui-ci l'avait reçue. La France admet que le seul élément de preuve qu'elle a produit au sujet de la transmission de la lettre du 31 mai 2005 est un bordereau d'envoi adressé à l'ambassadeur de France à Djibouti par le ministère des affaires étrangères portant la date du 16 juin 2005 et mentionnant la lettre du 31 mai 2005. Elle affirme que ce bordereau confirme, en tout état de cause, l'existence de ladite lettre.

*

143. La Cour relève que la France n'allègue pas que la lettre du 31 mai 2005 ait été remise à l'ambassadeur de Djibouti à Paris ou à l'un de ses collaborateurs par les voies diplomatiques usuelles. Elle n'apporte pas la preuve que cette lettre aurait été envoyée par la voie postale ou acheminée par porteur. Elle ne fournit même pas la preuve que le départ de la lettre aurait été enregistré dans un bureau d'ordre du ministère de la

justice ou du ministère des affaires étrangères, selon la pratique en usage au sein des administrations françaises. Compte tenu de la nature de cette lettre et des circonstances ainsi rappelées, la Cour n'est pas en mesure de prendre en considération ce document dans l'examen de la présente affaire.

144. La Cour relève par ailleurs que, peu de temps auparavant, le ministre des affaires étrangères de Djibouti avait, le 18 mai 2005, écrit à l'ambassadeur de France à Djibouti pour lui rappeler que la France n'avait toujours pas honoré «ses engagements» de transmettre le dossier visé par la commission rogatoire. En réponse, l'ambassadeur de France adressa au ministre, le 6 juin 2005, une lettre de refus ainsi libellée: «je suis au regret de vous informer que nous ne sommes pas en mesure de donner suite à cette demande». La Cour note que Djibouti n'a pas répondu à cette lettre pour s'inquiéter des motifs d'un tel refus.

*

145. La Cour entamera l'examen de l'article 2 de la convention de 1986 en relevant que, même si la France est fondée à dire que les termes de l'article 2 donnent un très large pouvoir discrétionnaire à l'Etat requis, l'exercice de ce pouvoir demeure soumis à l'obligation de bonne foi codifiée à l'article 26 de la convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités (voir *Certains intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise*, fond, arrêt, 1926, C.P.J.I. série A n° 7, p. 30, et *Zones franches de la Haute-Savoie et du Pays de Gex*, arrêt, 1932, C.P.J.I. série A/B n° 46, p. 167; sur la compétence de la Cour à l'égard de dispositions accordant un large pouvoir discrétionnaire, voir *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique)*, fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1986, p. 116, par. 222, et *Plates-formes pétrolières (République islamique d'Iran c. Etats-Unis d'Amérique)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2003, p. 183, par. 43). Il doit ainsi être démontré que les motifs du refus d'exécution de la commission rogatoire relevaient des cas prévus par l'article 2. De plus, la convention dispose (à l'article 3) que la décision de ne pas y donner suite doit avoir été prise par les personnes investies de cette autorité selon le droit de l'Etat requis. La Cour examinera l'ensemble de ces éléments.

146. La Cour ne saurait accepter l'argument de Djibouti selon lequel, en droit français, les questions de sécurité et d'ordre public ne pourraient être réglées par le seul pouvoir judiciaire. La Cour n'ignore pas qu'à un certain moment le ministère de la justice a joué un rôle très actif dans le traitement de ces questions. Cependant, la chambre de l'instruction de la cour d'appel de Paris, dans son arrêt du 19 octobre 2006, a désigné l'organe habilité à répondre en dernier ressort aux demandes de commission rogatoire. Elle a jugé que la question de l'application d'une façon ou d'une autre de l'article 2 de la convention de 1986 à une demande formulée par un Etat relevait du seul juge d'instruction (qui dispose d'informations émanant des services gouvernementaux concernés).

La cour d'appel a en outre conclu qu'une telle décision du juge d'instruction constituait une décision judiciaire, et non un avis donné au pouvoir exécutif. La présente Cour ne peut faire autrement que d'accepter les conclusions de la cour d'appel de Paris sur ce point.

147. Pour ce qui est de la question de savoir si les autorités compétentes ont pris leur décision de bonne foi et en conformité avec l'article 2 de la convention de 1986, la Cour rappelle que, dans son soit-transmis du 8 février 2005, le juge Clément expose les motifs de sa décision de ne pas faire droit à la demande d'entraide. Le juge Clément y explique que la transmission du dossier avait été estimée «contraire aux intérêts essentiels de la France» dans la mesure où celui-ci contenait des documents «secret-défense» qui avaient été déclassifiés, ainsi que des informations et des témoignages sur une autre affaire en cours. Cette motivation est formulée notamment comme suit :

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

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

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

Faire droit à la demande du juge djiboutien reviendrait à détourner les termes de la loi française en permettant la communication de pièces qui ne sont accessibles qu'au seul juge français.

Communiquer notre dossier aurait pour conséquence de livrer indirectement des documents des services de renseignement français à une autorité politique étrangère.

Sans concourir en aucune façon à la manifestation de la vérité, cette transmission compromettrait gravement les intérêts fondamentaux du pays et la sécurité de ses agents.»

148. Il n'apparaît pas clairement, à la lecture de ce soit-transmis, pourquoi le juge Clément a estimé qu'il n'était pas possible de ne transmettre qu'une partie du dossier, même après avoir retiré ou noirci certains documents, comme cela a été suggéré par Djibouti au cours de la procédure orale. Ce n'est que par les écritures et les plaidoiries de la France que la Cour a appris que les documents et informations provenant des services de renseignement étaient indissociables de l'ensemble du dossier. La Cour estime néanmoins que les motifs qui ont été invoqués par le juge Clément entrent dans les prévisions de l'article 2, alinéa *c*), de la convention de 1986.

149. La Cour se penchera maintenant sur l'argument de Djibouti selon lequel la France a violé l'article 17 de la convention de 1986, qui dispose que «[t]out refus d'entraide judiciaire sera motivé».

150. La Cour ne saurait admettre, comme la France le soutient, qu'il n'y aurait eu aucune violation de l'article 17, au motif que Djibouti aurait

en tout état de cause été informé que l'article 2, alinéa *c*), avait été invoqué. La France cite à cette fin le paragraphe 146 du mémoire de Djibouti, dans lequel il est fait allusion à une lettre du 11 février 2005 en ces termes :

«comme semblerait l'indiquer une lettre du juge d'instruction parisien, M^{me} Sophie Clément, en date du 11 février 2005, le refus d'exécution de la commission rogatoire demandée par Djibouti serait motivé par le fait que la justice française considère la transmission du dossier Borrel aux autorités judiciaires djiboutiennes comme étant «contraire aux intérêts fondamentaux de la France»».

En réponse à une question du juge *ad hoc* Guillaume, le conseil de Djibouti a répondu que la Partie djiboutienne n'était pas en possession de la lettre évoquée dans le mémoire, et qu'elle avait supposé, sur la base d'informations diffusées par les médias français, qu'une telle lettre, soulevant une question d'intérêt fondamental, avait été envoyée à cette période par le juge Clément. La Cour ne peut conclure, comme la France le lui demande, que Djibouti savait que l'article 2, alinéa *c*), avait été invoqué. Si Djibouti a certes pu disposer en fin de compte de certaines informations à travers la presse, un tel mode de diffusion d'informations ne saurait être pris en compte aux fins de l'application de l'article 17.

151. La Cour ne peut pas davantage retenir l'argument de la France selon lequel, Djibouti ayant eu connaissance des motifs du refus de la demande dans le cadre de la présente procédure, il n'y aurait pas eu violation de l'article 17. L'obligation juridique de motiver le refus d'exécuter une commission rogatoire ne saurait être remplie du seul fait que l'Etat requérant a pris connaissance des documents pertinents dans le cadre du procès de nombreux mois plus tard.

152. Aucun motif n'ayant été avancé dans la lettre du 6 juin 2005 (voir paragraphe 144 ci-dessus), la Cour conclut que la France a manqué à son obligation au titre de l'article 17 de la convention de 1986.

La Cour fait observer que, même si elle avait acquis la conviction que la lettre du 31 mai 2005 avait été transmise, la simple référence à l'article 2, alinéa *c*), qu'elle était censée contenir n'aurait pas suffi à satisfaire à l'obligation incombant à la France au titre de l'article 17. Quelques brèves explications supplémentaires auraient été de mise. Il ne s'agit pas là simplement d'une question de courtoisie. L'Etat requis dispose ainsi de la possibilité de démontrer sa bonne foi en cas de refus de la demande. Cela peut aussi permettre à l'Etat requérant de déterminer si sa demande de commission rogatoire pourrait être modifiée de manière à éviter les obstacles à son exécution énoncés à l'article 2.

153. Ayant estimé que les raisons pour lesquelles la France avait invoqué l'article 2, alinéa *c*), relevaient de cette disposition, mais que la France n'avait pas satisfait à son obligation au titre de l'article 17, la Cour examinera maintenant la question de savoir si, comme l'affirme Djibouti, une violation de l'article 17 exclut tout recours à l'article 2, alinéa *c*), qui aurait autrement été possible. La Cour rappelle que la France

a soutenu que les articles 2 et 17 imposent des obligations distinctes et dépourvues de lien entre elles, faisant notamment valoir qu'ils sont éloignés l'un de l'autre dans le texte de la convention (voir paragraphe 139 ci-dessus).

La réponse à cette question est à rechercher dans une interprétation de la convention de 1986 à la lumière des règles coutumières telles que reflétées par les articles 31 et 32 de la convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités.

154. Le fait que les articles 2 et 17 soient, d'une certaine manière, liés est indéniable. L'article 2 indique quelles sont les exceptions à la mise en œuvre de l'entraide judiciaire et l'article 17 se réfère à l'obligation de donner les motifs qui justifient l'invocation de telles exceptions en cas de refus d'entraide. Le lien juridique qui existe entre ces articles ne saurait être établi par l'interprétation de l'une ou de l'autre de ces dispositions «suivant [son] sens ordinaire», étant donné que la convention ne contient aucune disposition consacrée à un tel lien. Sachant que les termes d'un traité doivent être interprétés «dans leur contexte et à la lumière de son objet et de son but», la Cour observera ce qui suit.

155. L'objet de la convention d'entraide judiciaire en matière pénale de 1986 est de prévoir l'entraide judiciaire la plus large possible (article premier), les refus étant limités à une série d'exceptions autorisées.

156. La Cour relève que les articles 2 et 17 figurent dans des sections différentes de la convention de 1986. Elle note à cet égard que celle-ci contient d'autres dispositions qui, tout comme l'article 2, autorisent dans certains cas un refus de l'entraide judiciaire devant être motivé en vertu de l'article 17. Ainsi, le paragraphe 2 de l'article 10 précise les cas dans lesquels le «transfèrement [d'une personne détenue]» au sens du paragraphe 1 dudit article peut être refusé. La Cour note au surplus qu'il est courant, dans des conventions comparables, que de telles dispositions soient ainsi agencées (voir par exemple la convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale du 20 avril 1959 (Nations Unies, *Recueil des traités*, vol. 472, art. 2 et 19); la convention relative à l'entraide judiciaire en matière pénale entre la France et l'Espagne du 9 avril 1969 (*ibid.*, vol. 746, art. 4, 7 et 14); et la convention d'entraide judiciaire en matière pénale entre le Mexique et la France du 27 janvier 1994 (*ibid.*, vol. 1891, art. 4 et 20)). La Cour considère dès lors qu'aucune conséquence juridique ne peut être déduite de l'agencement du texte de la convention.

Par ailleurs, la Cour observe qu'un certain lien existe entre les articles 2 et 17, en ceci que les raisons pouvant motiver un refus d'entraide judiciaire, raisons que l'article 17 impose de donner, couvrent les cas énoncés à l'article 2. Cependant, les articles 2 et 17 prévoient des obligations distinctes et il ne ressort pas des termes de la convention que le recours à l'article 2 est subordonné au respect de l'article 17. Du reste, si telle avait été l'intention des parties, cela aurait été expressément stipulé dans la convention.

La Cour estime dès lors que la France, bien que n'ayant pas respecté l'article 17, pouvait se prévaloir de l'article 2, alinéa *c*), et que, par voie de conséquence, il n'y a pas eu violation de l'article premier de la convention.

* * *

V. LES VIOLATIONS ALLÉGUÉES DE L'OBLIGATION DE PRÉVENIR
LES ATTEINTES À LA PERSONNE, LA LIBERTÉ OU LA DIGNITÉ
D'UNE PERSONNE JOUISSANT D'UNE PROTECTION INTERNATIONALE

157. Djibouti considère que la France, en adressant des convocations à témoigner au chef de l'Etat de Djibouti et à de hauts fonctionnaires de ce pays, a violé «l'obligation, découlant des principes établis du droit international général et coutumier, de prévenir les atteintes à la personne, la liberté ou la dignité d'une personne jouissant d'une protection internationale». Pour Djibouti, il s'agit, d'une part, d'une obligation de caractère négatif de ne pas commettre d'actes susceptibles de porter atteinte à la protection de ces personnes et, d'autre part, d'une obligation positive de prendre toutes les mesures appropriées pour prévenir les atteintes à la liberté, à l'honneur et la dignité de ces personnes. Djibouti invoque, à l'appui de ses allégations de violation, la convention sur la prévention et la répression des infractions contre les personnes jouissant d'une protection diplomatique, y compris les agents diplomatiques, signée à New York le 14 décembre 1973.

158. La France fait valoir que la convention de 1973 est sans pertinence en l'espèce, dans la mesure où elle concerne exclusivement la prévention des infractions définies à l'article 2, soit :

«Le fait intentionnel :

- a) de commettre un meurtre, un enlèvement ou une autre attaque contre la personne ou la liberté d'une personne jouissant d'une protection internationale;
- b) de commettre, en recourant à la violence, contre les locaux officiels, le logement privé ou les moyens de transport d'une personne jouissant d'une protection internationale une attaque de nature à mettre sa personne ou sa liberté en danger.»

Pour la France, les infractions visées par cette convention n'ont rien à voir avec les faits en cause dans cette affaire, à savoir les atteintes alléguées aux immunités de juridiction et à l'honneur et à la dignité de personnalités djiboutiennes.

*

159. La Cour relève que la convention de 1973 a pour objet la prévention des infractions graves contre les personnes jouissant d'une protection

internationale et la poursuite pénale d'auteurs présumés de ces infractions. Elle n'est pas applicable, en conséquence, à la question spécifique de l'immunité de juridiction à l'égard d'une convocation à témoigner adressée à certaines personnes dans le cadre d'une instruction pénale, et la Cour ne peut la prendre en considération dans la présente affaire.

160. La Cour examinera en premier lieu les atteintes alléguées à l'immunité de juridiction ou à l'inviolabilité du chef de l'Etat de Djibouti, puis celles alléguées aux immunités des autres ressortissants djiboutiens.

* *

*1) Les atteintes alléguées à l'immunité de juridiction
ou à l'inviolabilité du chef de l'Etat de Djibouti*

161. Djibouti met en cause deux convocations à témoigner émises dans l'affaire *Borrel* par le juge d'instruction français Clément à l'encontre du président de la République de Djibouti, le 17 mai 2005 et le 14 février 2007 respectivement. La Cour examinera successivement ces deux convocations.

*a) La convocation à témoigner adressée au chef de l'Etat de Djibouti
le 17 mai 2005*

162. C'est au cours d'une visite officielle que le chef de l'Etat de Djibouti rendait, à Paris, au président de la République française que le juge d'instruction en charge de l'affaire *Borrel* a adressé, le 17 mai 2005, par simple télécopie, à l'ambassade de Djibouti en France, une convocation à témoigner au président de Djibouti, l'invitant à se présenter en personne à son bureau le lendemain, le 18 mai 2005, à 9 h 30 du matin.

163. D'après Djibouti, outre le fait que cette convocation était inacceptable dans la forme, elle constituait un élément de contrainte puisque, selon l'article 101 du Code de procédure pénale français: «Lorsqu'il est cité ou convoqué, le témoin est avisé que, s'il ne comparait pas ou s'il refuse de comparaître, il pourra y être contraint par la force publique en application des dispositions de l'article 109.» Djibouti relève, certes, que cet avertissement n'a été mentionné ni dans cette convocation du 17 mai 2005 ni dans celle adressée auparavant à l'ambassadeur de Djibouti en France, le 21 décembre 2004, mais fait observer qu'il figure bien dans une autre convocation, celle destinée à M^{me} Geneviève Foix, également citée à témoigner dans le cadre de l'affaire *Borrel*. Cette convocation, adressée à M^{me} Foix le 15 octobre 2007 à l'hôpital Bouffard de Djibouti, comportait le passage suivant:

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

Le témoin est également informé que l'article 434-15-1 du Code

pénal punit d'une amende de 3750 euros le fait de ne pas comparaître sans excuses ni justifications devant nous.»

Cependant, selon Djibouti, même si cet avertissement n'a pas été inclus dans la convocation adressée à son chef de l'Etat, l'article 109 du Code de procédure pénale ou l'article 434-15-1 du Code pénal français restent applicables et, par conséquent, le défaut du chef de l'Etat à comparaître est également punissable en droit français et peut conduire à l'usage de la force publique.

164. En outre, Djibouti relève que, dès le 18 mai 2005, son ambassadeur à Paris a adressé une lettre au ministre français des affaires étrangères protestant contre la convocation adressée au chef de l'Etat, la considérant comme «nulle et non avenue dans le fond et dans la forme», et demandant que les mesures nécessaires soient prises à l'encontre du juge d'instruction. L'ambassadeur indiquait au ministre que la télécopie de convocation avait été envoyée le 17 mai 2005 à 15 h 51 et que, à 16 h 12, l'Agence France-Presse en faisait une annonce publique. Djibouti fait remarquer que le ministre n'a pas répondu à l'ambassadeur ni adressé de lettre d'excuses au chef de l'Etat comme cela avait été fait précédemment, par lettre du 14 janvier 2005, lorsque l'ambassadeur lui-même avait fait l'objet d'une convocation à témoigner. Le ministre des affaires étrangères français s'est contenté de faire parvenir à l'ambassadeur de Djibouti la transcription d'un entretien accordé par son porte-parole sur une station de radio française rappelant que «tout chef d'Etat en exercice bénéficie de l'immunité de juridiction lors de son déplacement à l'étranger». C'est ce que le porte-parole du ministre français des affaires étrangères devait réitérer dans son point de presse du 19 mai 2005.

165. Djibouti déduit de l'absence d'excuses et de la non-annulation de la convocation que l'atteinte à l'immunité ainsi qu'à l'honneur et à la dignité du chef de l'Etat s'est poursuivie. Il ajoute que la France est tenue de prendre des mesures préventives afin de préserver l'immunité et la dignité d'un chef d'Etat en visite officielle sur son territoire, en se fondant sur l'article 29 de la convention de Vienne sur les relations diplomatiques. Pour Djibouti, la France s'est rendue coupable «de faits illicites internationaux consistant en des manquements aux principes de la courtoisie internationale et aux règles coutumières et conventionnelles afférentes aux immunités».

166. La France, de son côté, rappelle qu'elle «reconnaît pleinement, et sans restriction, le caractère absolu de l'immunité de juridiction et, à plus forte raison, d'exécution dont disposent les chefs d'Etat étrangers», tout en soutenant que la convocation à témoigner d'un chef d'Etat étranger ne porte en aucune manière atteinte à celui-ci.

Elle souligne à cet effet que le chef d'Etat de Djibouti a été convoqué comme simple témoin, c'est-à-dire comme une personne dont la déposition paraît utile au juge d'instruction pour la manifestation de la vérité (alinéa 1 de l'article 101 du Code de procédure pénale français); cela par opposition à la convocation en qualité de témoin assisté, c'est-à-dire

comme une personne sur laquelle pèsent des indices de participation, «comme auteur ou complice, à la commission des infractions dont le juge d'instruction est saisi» (alinéa 2 de l'article 113-2 du Code de procédure pénale français).

167. Se référant à l'arrêt de la Cour dans l'affaire du *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo c. Belgique)* (arrêt, *C.I.J. Recueil 2002*, p. 29-30, par. 70-71), la France prétend que seule la limitation de la liberté d'action nécessaire à un chef d'Etat étranger pour s'acquitter de sa fonction est de nature à méconnaître l'immunité de juridiction pénale et l'inviolabilité dont il jouit.

168. Selon la France, c'est l'article 656 du Code de procédure pénale français qui s'applique à la déposition d'un chef d'Etat. Cette disposition prévoit que

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

La convocation à témoigner adressée au chef de l'Etat de Djibouti n'est, d'après la France, qu'une simple invitation qui ne lui impose aucune obligation. Elle n'est, selon le défendeur, ni contraignante ni exécutoire, et ne peut, de ce fait, porter atteinte à l'immunité de juridiction pénale ou à l'inviolabilité dont jouit le chef de l'Etat. Et si, selon l'article 31, paragraphe 2, de la convention de Vienne sur les relations diplomatiques du 18 avril 1961, «[l]'agent diplomatique n'est pas obligé de donner son témoignage», rien, selon la France, n'interdit de le lui demander. Elle admet cependant que la convocation du chef de l'Etat de Djibouti n'a pas respecté dans la forme les prescriptions de l'article 656 du Code de procédure pénale français.

169. La France, dans ses plaidoiries, a accepté de reprendre à son compte la formule de la résolution adoptée par l'Institut de droit international sur «Les immunités de juridiction et d'exécution du chef d'Etat et de gouvernement en droit international» à sa session de Vancouver en 2001, selon laquelle les autorités d'un Etat étranger doivent prendre «toutes mesures raisonnables pour empêcher qu'il soit porté atteinte à [la personne d'un chef d'Etat étranger], à sa liberté ou à sa dignité». Mais elle considère cependant qu'il n'y a pas d'atteinte à la liberté ou à la dignité du président de Djibouti dans le fait de l'inviter à «[d]ire toute la vérité», dans la mesure où il «est entièrement libre de garder sa part de vérité s'il le souhaite sans que nul ne puisse le lui reprocher».

*

170. La Cour a déjà rappelé dans l'affaire du *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo c. Belgique)* «qu'il est clairement établi en droit international que ... certaines personnes occupant un rang élevé dans l'Etat, telles que le chef de l'Etat..., jouissent

dans les autres Etats d'immunités de juridiction, tant civiles que pénales» (*arrêt, C.I.J. Recueil 2002*, p. 20-21, par. 51). Un chef d'Etat jouit en particulier «d'une immunité de juridiction pénale et d'une inviolabilité totales» qui le protègent «contre tout acte d'autorité de la part d'un autre Etat qui ferait obstacle à l'exercice de ses fonctions» (*ibid.*, p. 22, par. 54). Ainsi, pour apprécier s'il y a eu atteinte ou non à l'immunité du chef de l'Etat, il faut vérifier si celui-ci a été soumis à un acte d'autorité contraignant; c'est là l'élément déterminant.

171. En l'occurrence, la Cour constate que la convocation adressée par le juge d'instruction français, le 17 mai 2005, au président de la République de Djibouti n'était pas assortie des mesures de contrainte prévues par le Code de procédure pénale français en son article 109; il s'agissait en effet d'une simple invitation à témoigner, que le chef de l'Etat pouvait accepter ou refuser librement. Par conséquent, il n'a pas été porté atteinte, de la part de la France, aux immunités de juridiction pénale dont jouit le chef de l'Etat, puisque aucune obligation ne lui a été imposée dans le cadre de l'instruction de l'affaire *Borrel*. Le porte-parole du ministère français des affaires étrangères, dans ses déclarations des 17 et 18 mai 2005, a rappelé le respect par la France de ces immunités. Quant à la convocation en question, elle n'a pas eu de suite, ayant été dès le départ considérée par Djibouti, dans une lettre du 18 mai 2005 adressée par son ambassadeur à Paris au ministre français des affaires étrangères, comme «nulle et non avenue dans le fond comme dans la forme», et «ne respect[ant] même pas les dispositions de la loi française».

172. Cependant, la Cour se doit de relever que le juge d'instruction Clément a adressé la convocation au président de Djibouti sans tenir compte des procédures formelles prévues par l'article 656 du Code de procédure pénale français, qui porte sur la «déposition écrite d'un représentant d'une puissance étrangère». La Cour considère que, en invitant un chef d'Etat à déposer par simple télécopie et en lui fixant d'autorité un délai extrêmement bref pour se présenter à son bureau, le juge d'instruction Clément n'a pas agi conformément à la courtoisie due à un chef d'Etat étranger. En outre, la législation française elle-même prend en compte les exigences de la courtoisie internationale lorsqu'elle impose des procédures particulières pour recueillir le témoignage des représentants des puissances étrangères, en prévoyant par exemple que la transmission de toute demande de témoignage devra être effectuée par le biais du ministère des affaires étrangères et que le témoignage devra être reçu par le premier président de la cour d'appel (article 656 du Code de procédure pénale français) (voir paragraphe 31 ci-dessus).

Il est regrettable que ces procédures n'aient pas été respectées par le juge d'instruction et que, tout en en étant conscient, le ministère français des affaires étrangères n'ait pas présenté des excuses au président de Djibouti, comme il l'avait fait précédemment à l'ambassadeur de Djibouti en France, qui s'était trouvé dans une situation similaire (voir paragraphe 34 ci-dessus).

173. La Cour a pris acte de toutes les imperfections de forme qui

entourent, au regard du droit français, la convocation adressée le 17 mai 2005 par le juge Clément au chef de l'Etat de Djibouti; elle considère cependant que celles-ci ne constituent pas, en elles-mêmes, une violation par la France de ses obligations internationales relatives à l'immunité de juridiction pénale et à l'inviolabilité des chefs d'Etat étrangers. Néanmoins, ainsi que la Cour l'a indiqué plus haut, des excuses s'imposaient de la part de la France.

174. La Cour rappelle que la règle de droit international coutumier reflétée à l'article 29 de la convention de Vienne sur les relations diplomatiques, bien que concernant les agents diplomatiques, est nécessairement applicable aux chefs d'Etat. Cette disposition est ainsi rédigée :

« La personne de l'agent diplomatique est inviolable. Il ne peut être soumis à aucune forme d'arrestation ou de détention. L'Etat accréditaire le traite avec le respect qui lui est dû, et prend toutes mesures appropriées pour empêcher toute atteinte à sa personne, sa liberté et sa dignité. »

Elle se traduit par des obligations positives à la charge de l'Etat d'accueil, pour ce qui est des actes de ses propres autorités, et par des obligations de prévention concernant les actes éventuels de particuliers. Elle impose notamment aux Etats d'accueil l'obligation de protéger l'honneur et la dignité des chefs d'Etat, en relation avec leur inviolabilité.

175. Djibouti a fait valoir que la communication à l'Agence France-Presse, en violation du secret de l'instruction, d'informations relatives à la convocation à témoigner de son chef de l'Etat doit être considérée comme une atteinte à l'honneur ou à la dignité de celui-ci. La Cour fait observer que, s'il avait été prouvé par Djibouti que ces informations confidentielles avaient été communiquées aux médias par des instances judiciaires françaises, cela aurait pu, dans les circonstances de la visite officielle du chef de l'Etat de Djibouti en France, constituer non seulement une violation du droit français, mais aussi une violation par la France de ses obligations internationales. Cependant, la Cour doit reconnaître qu'elle ne dispose d'aucune preuve convaincante établissant que les instances judiciaires françaises sont à l'origine de la diffusion des informations confidentielles en question.

* *

b) *La convocation à témoigner adressée au chef de l'Etat de Djibouti le 14 février 2007*

176. La Cour constate, en ce qui concerne cette seconde convocation, que le juge d'instruction a cette fois adressé une lettre, le 14 février 2007, au ministre de la justice, dans laquelle il exprimait le souhait de « recueillir le témoignage de M. Ismaël Omar Guelleh, président de la République de Djibouti, dans le cadre de l'instruction [du chef d'assassinat de Bernard Borrel] ». Le juge a demandé au ministre de prendre l'attache de son

homologue des affaires étrangères afin «qu'il sollicite l'agrément de M. Ismaël Omar Guelleh pour cette déposition». Dans la lettre qu'il a adressée le 15 février 2007 au ministre des affaires étrangères, le ministre de la justice souligne que la demande du juge a été formulée «sur le fondement de l'article 656 du Code de procédure pénale». La demande en question a été acheminée à son destinataire par l'intermédiaire du service de transmission de la présidence de la République française. Le 20 février 2007, le ministre des affaires étrangères a informé son homologue de la justice que «le président Guelleh n'entendait pas répondre à cette requête [du juge d'instruction pour recueillir son témoignage]».

177. Djibouti considère que «la suite donnée aux faits survenus le 14 février 2007 semble avoir pris la tournure d'une démarche se rapprochant de la procédure définie à l'article 656», mais il conteste le moment qui a été choisi par le juge d'instruction pour y procéder. Il rappelle ainsi que cette seconde convocation a été émise le 14 février 2007 lors du séjour du président de Djibouti en France à l'occasion de la vingt-quatrième conférence des chefs d'Etat d'Afrique et de France qui devait se tenir à Cannes les 15 et 16 février 2007. Pour Djibouti, le juge d'instruction a cherché le meilleur moment pour médiatiser sa demande. Quant au ministère français des affaires étrangères, il aurait pu, selon Djibouti, attendre que le président Ismaël Omar Guelleh soit rentré à Djibouti pour lui adresser une invitation à déposer par écrit. En outre, Djibouti affirme que les autorités judiciaires ont informé la presse très tôt puisque l'information a été relayée le jour même, le 14 février 2007, par de nombreux organes de presse, certains indiquant la détenir de «sources judiciaires». En tout état de cause, Djibouti considère que le président a été placé dans une situation «d'autant plus embarrassante que le défendeur n'a pas jugé bon à l'époque de présenter des excuses» et qu'il n'a pas, de ce fait, cherché à remédier «aux atteintes à l'immunité, à l'honneur et à la dignité du président djiboutien».

178. La France, pour sa part, considère que, en ce qui concerne la convocation du 14 février 2007, le juge d'instruction a suivi la procédure prévue par l'article 656 du Code de procédure pénale français et que, de toute façon, le refus du président de la République d'y donner suite a mis un point final à cet épisode. Dans ces conditions, une telle invitation à déposer par écrit «ne saurait être considérée comme méconnaissant les immunités dont bénéficie un chef d'Etat ... ou comme portant atteinte en quoi que ce soit à sa dignité».

Après avoir rappelé que la presse était libre, même si l'on peut regretter certains échos donnés à ces actes de procédure, la France estime que sa responsabilité ne s'en trouve pas engagée. La convocation du 14 février 2007 a, selon elle, été adressée avec tous les égards dus au président Ismaël Omar Guelleh et ne pouvait nullement porter atteinte à son honneur ou à sa dignité.

*

179. La Cour constate que l'invitation à déposer du 14 février 2007 adressée par le juge Clément au président de Djibouti a été effectuée en suivant la procédure prévue à l'article 656 du Code de procédure pénale français et donc dans le respect de la législation française. L'agrément du chef d'Etat est ici expressément sollicité pour cette demande de témoignage, qui a été transmise par l'intermédiaire des autorités et selon les formes prévues par la loi. Cet acte n'a pu porter atteinte aux immunités de juridiction du chef de l'Etat de Djibouti.

180. Par ailleurs, la Cour ne considère pas qu'il y ait eu atteinte à l'honneur ou à la dignité du président du seul fait que cette invitation lui a été adressée alors qu'il se trouvait en France pour participer à une conférence internationale. La Cour fait à nouveau observer que, s'il avait été prouvé par Djibouti que des informations confidentielles avaient été communiquées aux médias par des instances judiciaires françaises, cela aurait pu, dans les circonstances de la participation du chef de l'Etat de Djibouti à une conférence internationale en France, constituer non seulement une violation du droit français, mais aussi une violation par la France de ses obligations internationales. Cependant, la Cour doit à nouveau reconnaître, comme elle l'a fait précédemment au sujet de la convocation du 17 mai 2005 (voir paragraphe 175 ci-dessus), qu'elle ne dispose d'aucune preuve convaincante établissant que les instances judiciaires françaises sont à l'origine de la diffusion des informations confidentielles en question.

* *

2) Les atteintes alléguées aux immunités prétendument dues au procureur de la République et au chef de la sécurité nationale de Djibouti

181. Dans la requête qu'il a déposée le 9 janvier 2006, Djibouti se réfère aux convocations en qualité de témoins assistés qui ont été adressées à de hauts fonctionnaires djiboutiens. Djibouti soutient que ces convocations à témoigner violent des obligations internationales, tant conventionnelles que découlant du droit international général, notamment les principes et règles relatifs aux privilèges, prérogatives et immunités diplomatiques énoncés dans la convention de Vienne du 18 avril 1961 sur les relations diplomatiques et les principes établis dans la convention du 14 décembre 1973 sur la prévention et la répression des infractions contre des personnes jouissant d'une protection internationale, y compris les agents diplomatiques. Ces demandes ont été développées dans le mémoire de Djibouti.

182. MM. Djama Souleiman Ali et Hassan Said Khaireh avaient été convoqués par le juge Belin afin de comparaître en France le 16 décembre 2004 en qualité de témoins assistés. Deux autres convocations leur ont été adressées par le juge Bellancourt, juge d'instruction auprès du tribunal de grande instance de Versailles, aux fins d'être entendus, toujours en qualité

de témoins assistés, le 13 octobre 2005; ces convocations ont été transmises au ministre de la justice de Djibouti par son homologue français.

183. Le juge Bellancourt a été informé par lettre du 11 octobre 2005, émanant de l'avocat des deux personnes convoquées aux fins d'être entendues, que «ces deux personnes, l'un fonctionnaire, l'autre magistrat, ne [pouvaient] déférer à cette convocation». Après avoir rappelé toute la coopération déjà offerte par Djibouti dans le cadre de l'affaire *Borrel*, cette lettre ajoutait que «la République de Djibouti, Etat souverain, ne [pouvait] accepter que cette coopération avec l'ancienne puissance coloniale se fasse à sens unique et [que] les deux personnes convoquées [n'étaient] donc pas autorisées à témoigner».

184. La Cour rappelle que, selon la législation française,

«[t]oute personne mise en cause par un témoin ou contre laquelle il existe des indices rendant vraisemblable qu'elle ait pu participer, comme auteur ou complice, à la commission des infractions dont le juge d'instruction est saisi» (article 113-2 du Code de procédure pénale français)

peut faire l'objet d'une convocation à témoigner en qualité de témoin assisté. L'hypothèse ici envisagée par le droit français est celle où des soupçons pèsent sur la personne concernée sans que ceux-ci soient considérés comme suffisants pour procéder à sa «mise en examen». L'intéressé est dans l'obligation de se présenter devant le juge sous peine d'y être contraint par la force publique (article 109 du Code de procédure pénale français), au moyen d'un mandat d'arrêt émis à son encontre. Comme la Cour l'a déjà indiqué ci-dessus (paragraphe 35), les deux mandats d'arrêt européens qui ont été émis le 27 septembre 2006 contre MM. Djama Souleiman Ali et Hassan Said Khaireh ne relèvent pas de sa compétence en la présente espèce.

185. Djibouti a tout d'abord soutenu que le procureur de la République et le chef de la sécurité nationale bénéficiaient d'immunités de juridiction pénale et de l'inviolabilité à titre personnel. Par la suite, au cours de la procédure orale, le demandeur a «excl[u] totalement ... que l'on puisse prétendre que des personnes revêtant la qualité d'organe d'un Etat, même de rang élevé, jouissent d'immunités personnelles (dites *ratione personae*)». Il s'est alors placé sur le terrain «des immunités fonctionnelles, ou *ratione materiae*» qui auraient été «seules en jeu» en ce qui concerne les deux fonctionnaires. Selon Djibouti, c'est un principe de droit international que nul ne peut être tenu pénalement responsable des actes accomplis à titre d'organe de l'Etat, et, si un tel principe connaît quelques exceptions, il ne fait aucun doute que ces dernières ne jouent pas en l'espèce.

S'étant placé sur le terrain de l'immunité *ratione materiae*, Djibouti — hormis une brève mention dans son mémoire — n'a plus évoqué, à l'appui des immunités dont devraient bénéficier les deux fonctionnaires, la convention du 8 décembre 1969 sur les missions spéciales, convention à laquelle d'ailleurs ni lui-même ni le défendeur ne sont parties.

186. La France considère tout d'abord, en réponse à l'argumentation

initiale de Djibouti, que, du fait de leurs fonctions essentiellement internes, le procureur de la République et le chef de la sécurité nationale ne bénéficient pas d'une immunité de juridiction pénale et d'une inviolabilité absolues *ratione personae*.

187. C'est à l'audience que Djibouti a, pour la toute première fois, reformulé ses demandes concernant le procureur de la République et le chef de la sécurité nationale. Il a alors été soutenu que le procureur de la République et le chef de la sécurité nationale bénéficiaient d'immunités fonctionnelles :

«Ce que la Partie djiboutienne demande à la Cour[, c']est de reconnaître qu'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, en effet, sont à considérer, en droit international, comme attribuables à l'Etat pour le compte duquel l'organe agit, et non pas à l'individu-organe.»

*

188. La Cour relève que soutenir une telle thèse revient, en substance, à invoquer l'immunité de l'Etat djiboutien, dont le procureur de la République et le chef de la sécurité nationale seraient censés bénéficier.

189. La France, en réponse à cette nouvelle formulation de la thèse de Djibouti selon laquelle ses fonctionnaires bénéficieraient d'une immunité de juridiction pénale à l'égard de la France, a indiqué que cette prétention appelait une décision au cas par cas par les juges nationaux. Une solution contraire aurait selon la France «une portée dévastatrice et signifierait qu'il suffit à tout fonctionnaire, quels que soient son grade et ses fonctions, d'affirmer qu'il agissait dans le cadre de ses fonctions pour échapper à toute poursuite pénale dans un Etat étranger». Les immunités fonctionnelles n'étant pas absolues, c'est, selon la France, à la justice de chaque pays qu'il appartient d'apprécier, en cas de poursuites pénales à l'encontre d'une personne, si celle-ci, du fait des actes de puissance publique accomplis par elle dans le cadre de ses fonctions, devrait bénéficier, en tant qu'agent de l'Etat, de l'immunité de juridiction pénale reconnue aux Etats étrangers (la France a illustré son propos en faisant référence à l'arrêt de la chambre criminelle de la Cour de cassation française du 23 novembre 2004 dans l'affaire du naufrage du pétrolier *Erika*). Or, selon la France, les deux hauts fonctionnaires concernés ne se sont jamais prévalus, devant le juge pénal français, des immunités aujourd'hui invoquées en leur nom par Djibouti; la Cour ne dispose donc pas, de ce fait, d'éléments suffisants pour se prononcer. En conséquence, en les convoquant aux fins de les entendre en qualité de témoins assistés, le juge d'instruction n'a enfreint, selon la France, aucune obligation internationale.

190. La Cour relève en outre que Djibouti a par la suite répondu en ces termes :

«Quant aux fonctionnaires, soit ils agissent ès qualités, et alors leur responsabilité pénale personnelle ne peut être invoquée; soit ils agissent en leur capacité personnelle, auquel cas aucune immunité fonctionnelle ne saurait jouer à leur avantage. Ici aussi, il n'y a donc pas de place à vrai dire pour une quelconque présomption qui fasse pencher *a priori* et *in abstracto* la balance d'un côté ou de l'autre. La question n'est pas de présumer quoi que ce soit, mais de vérifier concrètement ce qu'il en est, bien entendu lorsque le problème de l'immunité est soulevé.»

191. La Cour note qu'il n'a pas été «concrètement vérifié» devant elle que les actes à l'origine des convocations à témoigner adressées aux intéressés en qualité de témoins assistés par la France étaient effectivement des actes accomplis dans le cadre de leurs fonctions en tant qu'organes de l'Etat.

192. La Cour relève que, lors de son premier tour de plaidoiries, Djibouti a soutenu que l'immunité découlant du fait que MM. Djama Souleiman Ali et Hassan Said Khaireh bénéficiaient, dans l'exercice de leurs fonctions, du statut d'organes de l'Etat djiboutien était désormais le seul argument invoqué par Djibouti concernant ces derniers. Au second tour de plaidoiries, Djibouti est quelque peu revenu sur cette position, se référant à cet argument comme constituant sa «thèse principale» à l'égard des immunités dont bénéficiaient MM. Djama Souleiman Ali et Hassan Said Khaireh.

193. Dans le même temps, il ne ressort pas clairement du libellé des conclusions finales de Djibouti que l'immunité de l'Etat constitue son moyen principal, les moyens relatifs aux immunités diplomatiques ou autres immunités personnelles du procureur de la République et du chef de la sécurité nationale ayant été abandonnés; dans sa septième conclusion finale, Djibouti prie en effet la Cour de dire et juger

«[q]ue la République française a violé son obligation [découlant] des principes du droit international coutumier et général de prévenir les atteintes à la personne, à la liberté et à l'honneur du procureur général de la République de Djibouti et du chef de la sécurité nationale de la République de Djibouti».

Ces conclusions finales ne sont pas formulées en des termes montrant clairement s'il s'agit d'immunités diplomatiques ou d'immunités de l'Etat. Il ne semble donc pas évident pour la Cour que l'argument selon lequel M. Djama Souleiman Ali et M. Hassan Said Khaireh bénéficiaient d'immunités fonctionnelles en tant qu'organes de l'Etat demeure la thèse unique ou la thèse principale avancée par Djibouti.

194. La Cour constate tout d'abord qu'il n'existe en droit international aucune base permettant d'affirmer que les fonctionnaires concernés étaient admis à bénéficier d'immunités personnelles, étant donné qu'il ne

s'agissait pas de diplomates au sens de la convention de Vienne de 1961 sur les relations diplomatiques et que la convention de 1969 sur les missions spéciales n'est pas applicable en l'espèce.

195. La Cour doit aussi faire observer que ces diverses demandes en matière d'immunité n'ont été portées à la connaissance de la France, aux fins d'étayer les protestations émises contre l'émission des convocations en question, ni dans le cadre d'échanges diplomatiques ni devant un organe judiciaire français. Ainsi qu'il a été rappelé plus haut, les autorités françaises ont au contraire été informées que, si le procureur de la République de Djibouti et le chef de la sécurité nationale de Djibouti n'allaient pas déférer aux convocations qui leur étaient adressées, c'était en raison du refus de la France d'accéder à la demande de transmission du dossier Borrel aux autorités judiciaires djiboutiennes.

196. A aucun moment les juridictions françaises (devant lesquelles on aurait pu s'attendre à ce que l'immunité de juridiction fût soulevée), ni d'ailleurs la Cour, n'ont été informées par le Gouvernement de Djibouti que les actes dénoncés par la France étaient des actes de l'Etat djiboutien, et que le procureur de la République et le chef de la sécurité nationale constituaient des organes, établissements ou organismes de celui-ci chargés d'en assurer l'exécution.

L'Etat qui entend invoquer l'immunité pour l'un de ses organes est censé en informer les autorités de l'autre Etat concerné. Cela devrait permettre à la juridiction de l'Etat du for de s'assurer qu'elle ne méconnaît aucun droit à l'immunité, méconnaissance qui pourrait engager la responsabilité de cet Etat. Par ailleurs, l'Etat qui demande à une juridiction étrangère de ne pas poursuivre, pour des raisons d'immunité, une procédure judiciaire engagée à l'encontre de ses organes assume la responsabilité pour tout acte internationalement illicite commis par de tels organes dans ce contexte.

197. Compte tenu de tous ces éléments, la Cour ne saurait accueillir les sixième et septième conclusions finales de Djibouti.

*

198. La Cour observe que Djibouti, parmi les moyens de droit invoqués concernant le traitement réservé à MM. Djama Souleiman Ali et Hassan Said Khaireh, a également contesté la licéité de la compétence alléguée par la France à l'égard des événements ayant abouti à l'émission, le 8 septembre 2005, des convocations à témoigner en qualité de témoins assistés des deux intéressés.

M. Djama Souleiman Ali, procureur de la République de Djibouti, s'est rendu à Bruxelles au début de 2002, et peut-être en décembre 2001, pour, est-il soutenu, convaincre M. Mohamed Saleh Alhoumekani, un ancien membre de la garde présidentielle, en présence de l'avocat de celui-ci, de revenir sur son témoignage (voir paragraphe 35 ci-dessus).

199. Cela devait par la suite constituer un motif essentiel de la plainte avec constitution de partie civile en subornation de témoins engagée le

19 novembre 2002 par M^{me} Borrel. M. Hassan Said Khaireh a été accusé d'avoir exercé, à Djibouti, diverses pressions sur M. Ali Abdillahi Iftin afin qu'il produise un témoignage discréditant les déclarations de M. Mohamed Saleh Alhoumekani (voir paragraphe 35 ci-dessus).

Djibouti a contesté la compétence de la France sur ces questions, étant donné que les faits s'étaient produits hors de France et mettaient en cause des personnes ne possédant pas la nationalité française.

200. La Cour fait remarquer que Djibouti ne l'a pas priée, dans sa requête du 9 janvier 2006, de dire et juger que la France n'avait pas compétence pour connaître des actes qui auraient été commis par MM. Djama Souleiman Ali et Hassan Said Khaireh à Bruxelles et à Djibouti respectivement. Dès lors, une telle affirmation ne saurait entrer dans le cadre de ce que la France, aux termes de la lettre qu'elle a adressée à la Cour le 25 juillet 2006, a accepté de voir trancher par celle-ci. En conséquence, la Cour s'abstiendra de toute observation sur l'argumentation consacrée par chacune des Parties à cette question.

* * *

VI. REMÈDES

201. Dans ses conclusions finales, Djibouti a sollicité un certain nombre de remèdes qui constitueraient selon lui une réparation appropriée pour les violations alléguées de la convention de 1986 et d'autres règles du droit international.

202. Ayant conclu que les motifs que la France a invoqués, de bonne foi, au titre de l'article 2, alinéa *c*), entraînent dans les prévisions de la convention de 1986, la Cour n'ordonnera pas la communication du dossier Borrel expurgé de certaines pages, comme Djibouti l'avait demandé à titre subsidiaire et précisé plus avant en réponse à la question posée à l'audience par le juge Bennouna. N'ayant aucune connaissance du contenu de ce dossier, la Cour n'aurait en tout état de cause pas été en mesure d'ordonner une telle communication.

203. La Cour a conclu qu'il y avait eu violation, de la part de la France, de l'obligation qu'elle tient de l'article 17 de la convention de 1986. S'agissant des remèdes possibles, la Cour n'ordonnera pas la publication des motifs indiqués dans le soit-transmis du juge Clément, à l'origine du refus de la demande d'entraide judiciaire, ceux-ci ayant été entre-temps rendus publics.

204. La Cour considère que sa conclusion selon laquelle la France a violé l'obligation qui était la sienne envers Djibouti au titre de l'article 17 constitue une satisfaction appropriée.

* * *

VII. DISPOSITIF

205. Par ces motifs,

LA COUR,

1) S'agissant de la compétence de la Cour,

a) A l'unanimité,

Dit qu'elle a compétence pour statuer sur le différend relatif à l'exécution de la commission rogatoire adressée par la République de Djibouti à la République française le 3 novembre 2004;

b) Par quinze voix contre une,

Dit qu'elle a compétence pour statuer sur le différend relatif à la convocation en tant que témoin adressée le 17 mai 2005 au président de la République de Djibouti, et aux convocations en tant que témoins assistés adressées les 3 et 4 novembre 2004 et 17 juin 2005 à deux hauts fonctionnaires djiboutiens;

POUR : M^{me} Higgins, *président*; M. Al-Khasawneh, *vice-président*; MM. Ranjeva, Shi, Koroma, Buergenthal, Owada, Simma, Tomka, Keith, Sepúlveda-Amor, Bennouna, Skotnikov, *juges*; MM. Guillaume, Yusuf, *juges ad hoc*;

CONTRE : M. Parra-Aranguren, *juge*;

c) Par douze voix contre quatre,

Dit qu'elle a compétence pour statuer sur le différend relatif à la convocation en tant que témoin adressée le 14 février 2007 au président de la République de Djibouti;

POUR : M^{me} Higgins, *président*; M. Al-Khasawneh, *vice-président*; MM. Shi, Koroma, Buergenthal, Owada, Simma, Keith, Sepúlveda-Amor, Bennouna, Skotnikov, *juges*; M. Yusuf, *juge ad hoc*;

CONTRE : MM. Ranjeva, Parra-Aranguren, Tomka, *juges*; M. Guillaume, *juge ad hoc*;

d) Par treize voix contre trois,

Dit qu'elle n'a pas compétence pour statuer sur le différend relatif aux mandats d'arrêt délivrés le 27 septembre 2006 à l'encontre de deux hauts fonctionnaires djiboutiens;

POUR : M^{me} Higgins, *président*; M. Al-Khasawneh, *vice-président*; MM. Ranjeva, Shi, Koroma, Parra-Aranguren, Buergenthal, Simma, Tomka, Keith, Sepúlveda-Amor, Bennouna, *juges*; M. Guillaume, *juge ad hoc*;

CONTRE : MM. Owada, Skotnikov, *juges*; M. Yusuf, *juge ad hoc*;

2) S'agissant des conclusions finales présentées par la République de Djibouti au fond,

a) A l'unanimité,

Dit que la République française, en ne motivant pas le refus qu'elle a

adressé à la République de Djibouti d'exécuter la commission rogatoire présentée par celle-ci le 3 novembre 2004, a manqué à son obligation internationale au titre de l'article 17 de la convention d'entraide judiciaire en matière pénale entre les deux Parties, signée à Djibouti le 27 septembre 1986, et que la constatation de cette violation constitue une satisfaction appropriée;

b) Par quinze voix contre une,

Rejette le surplus des conclusions finales présentées par la République de Djibouti.

POUR : M^{me} Higgins, *président*; M. Al-Khasawneh, *vice-président*; MM. Ranjeva, Shi, Koroma, Parra-Aranguren, Buergenthal, Owada, Simma, Tomka, Keith, Sepúlveda-Amor, Bennouna, Skotnikov, *juges*; M. Guillaume, *juge ad hoc*;

CONTRE : M. Yusuf, *juge ad hoc*.

Fait en français et en anglais, le texte français faisant foi, au Palais de la Paix, à La Haye, le quatre juin deux mille huit, en trois exemplaires, dont l'un restera déposé aux archives de la Cour et les autres seront transmis respectivement au Gouvernement de la République de Djibouti et au Gouvernement de la République française.

Le président,

(*Signé*) Rosalyn HIGGINS.

Le greffier,

(*Signé*) Philippe COUVREUR.

MM. les juges RANJEVA, KOROMA et PARRA-ARANGUREN joignent à l'arrêt les exposés de leur opinion individuelle; M. le juge OWADA joint une déclaration à l'arrêt; M. le juge TOMKA joint à l'arrêt l'exposé de son opinion individuelle; MM. les juges KEITH et SKOTNIKOV joignent des déclarations à l'arrêt; M. le juge *ad hoc* GUILLAUME joint une déclaration à l'arrêt; M. le juge *ad hoc* YUSUF joint à l'arrêt l'exposé de son opinion individuelle.

(*Paraphé*) R.H.

(*Paraphé*) Ph.C.