

## OPINION INDIVIDUELLE DE M. LE JUGE KOROMA

[Traduction]

*Importance du traité d'amitié et de coopération signé en 1977 dans la procédure d'information relative à l'Affaire contre X du chef d'assassinat sur la personne de Bernard Borrel — Questions soulevées — Coopération, égalité souveraine et respect mutuel — Convention d'entraide judiciaire en matière pénale de 1986 — Le droit interne n'est pas un motif de non-exécution d'une obligation conventionnelle — Réciprocité en tant que l'un des principes inhérents à la conclusion d'un tel traité et objectif de la convention — Inviolabilité de l'immunité du chef de l'Etat de Djibouti — Nécessité que des excuses soient prescrites en tant que remède dans le dispositif — Importance juridique du dispositif.*

1. J'ai souscrit au dispositif pour diverses raisons, parmi lesquelles figure la volonté de la France de donner son consentement, permettant ainsi à la Cour d'exercer le *forum prorogatum* en l'espèce. Malheureusement, la confiance que la France a placée dans la Cour a été déçue par une interprétation n'allant pas dans le sens de l'objet de la compétence conférée à la Cour. Aussi ferai-je les observations suivantes.

2. En l'espèce, Djibouti fait grief à la France d'avoir violé la convention d'entraide judiciaire en matière pénale conclue le 27 septembre 1986 par les deux Etats ainsi que le traité d'amitié et de coopération qu'ils signèrent le 27 juin 1977. Les violations de ces conventions découleraient du refus de la France d'exécuter une commission rogatoire internationale émanant d'un juge d'instruction djiboutien qui demandait que lui soit transmise une copie du dossier de la procédure d'information ouverte en France contre X du chef d'assassinat sur la personne de Bernard Borrel, ainsi que de l'émission, par les autorités judiciaires françaises, de convocations à témoigner adressées au chef de l'Etat de Djibouti.

3. Djibouti a également prié la Cour de dire et juger 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 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; 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*; et 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.

4. Répondant à l'argument de Djibouti selon lequel, en n'exécutant pas la commission rogatoire internationale, la France a violé le traité d'amitié et de coopération liant les deux pays, 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 de celui-ci est le développement de la coopération dans les domaines économique, monétaire, social et culturel; que, même si ces dispositions qui expriment des aspirations ne sont pas vides de contenu juridique, l'assistance mutuelle en matière pénale que réglemente la convention de 1986 n'est pas mentionnée parmi les domaines de coopération énumérés dans le traité de 1977; et que cette coopération judiciaire n'est donc pas visée par les engagements et les procédures régis par le traité. La Cour poursuit en indiquant qu'une interprétation de la convention de 1986 prenant en compte l'esprit d'amitié et de coopération mentionné dans le traité de 1977 ne peut priver une partie à la convention de la possibilité d'en invoquer une clause permettant, dans certaines circonstances, de ne pas exécuter l'une des obligations qu'elle impose.

5. J'estime que la question n'est pas de savoir si la convention de 1986 peut dispenser un Etat de l'exécution d'une obligation conventionnelle dans certaines circonstances mais si, lorsque la convention est appliquée dans le contexte d'une procédure d'information portant sur une allégation de crime grave — l'assassinat d'un ressortissant de l'une des parties à la convention —, le fait de faire appel au traité d'amitié et de coopération conclu entre les Parties en 1977, en particulier lorsque celui-ci est invoqué dans l'intention de faciliter la procédure en matière pénale et non de l'entraver ou d'y faire échec, peut être considéré comme faisant obstacle à ce qu'une partie s'appuie sur une disposition de la convention qui permet, dans certaines circonstances, de ne pas exécuter une des obligations énoncées par celle-ci. On ne saurait considérer, selon moi, que faire appel au traité dans ces conditions empêche de recourir à une clause permettant de ne pas exécuter une obligation conventionnelle. J'estime que, si le traité d'amitié et de coopération est invoqué dans le but de faciliter la procédure d'information, cela non seulement sert globalement les intérêts des parties au traité mais s'accorde aussi avec l'objet, le but et l'esprit de celui-ci. Les deux parties au traité ont intérêt à découvrir les faits et les circonstances qui entourent la mort de Bernard Borrel, et le fait d'invoquer à la fois le traité d'amitié et de coopération et la convention de 1986 n'aurait donné que sens et efficacité à leurs efforts.

6. De plus, outre l'obligation de coopérer qui incombe aux deux Parties, le traité de 1977 reconnaît également l'égalité et le respect mutuel comme fondements des relations entre les deux pays.

7. En conséquence, lorsqu'il y a lieu d'appliquer la convention de 1986 entre les deux pays, il faut tenir dûment compte de ces principes solidement établis qui constituent, entre autres, les fondements de la relation entre les deux pays.

8. Tel est particulièrement le cas lorsque Djibouti, dans un esprit de coopération, d'égalité et de respect mutuel, a accédé aux demandes de la

France tendant à l'exécution des commissions rogatoires relatives à l'assassinat de M. Borrel. La France, ainsi qu'elle l'a elle-même indiqué, a bénéficié d'une excellente coopération de la part des autorités politiques et judiciaires de Djibouti, qui ont toujours fait preuve de la bonne volonté nécessaire pour que la procédure d'information en France puisse être menée sans encombre. Toujours selon la France, les magistrats français qui se sont rendus à plusieurs reprises à Djibouti dans le cadre des commissions rogatoires ont toujours bénéficié de la pleine coopération des autorités de Djibouti, qui leur ont permis d'accéder aux documents, témoins et sites nécessaires, y compris au palais présidentiel, et, contrairement à ce qui a pu être écrit dans certains journaux, ces documents ne contenaient rien qui accusât les autorités de Djibouti.

9. Dès lors, force est de se demander quelle conclusion aurait pu être tirée si Djibouti avait refusé de coopérer en ne donnant pas suite à la précédente demande de la France tendant à l'exécution de la commission rogatoire concernant l'affaire? Non seulement Djibouti aurait-il manifestement manqué à son obligation de coopérer, comme le prévoit le traité, à la procédure d'information sur la mort de M. Borrel, mais les conséquences auraient été pires encore. Il fallait donc considérer que l'objectif de la demande de Djibouti tendant à ce que sa commission rogatoire soit exécutée respectait les termes et l'esprit du souhait déclaré par les deux Parties de coopérer pour découvrir les faits entourant la mort tragique de Bernard Borrel. Dans ces conditions, l'exécution de la demande de Djibouti ne pouvait pas être regardée comme empêchant la France d'exercer son droit à ne pas s'acquitter de ses obligations conventionnelles dans certaines circonstances. En effet, la France elle-même s'est engagée, dans un communiqué de presse publié le 29 janvier 2005, à ce qu'une copie du dossier concernant la mort du juge Borrel soit transmise aux autorités judiciaires de Djibouti afin de permettre aux autorités compétentes de ce pays de décider s'il existait des motifs d'ouvrir une procédure d'information sur le sujet. Après qu'une partie a pris un tel engagement, le fait d'insister sur le respect par celle-ci de son obligation ne saurait être assimilé à celui de lui refuser le droit de s'appuyer sur une clause conventionnelle permettant de ne pas exécuter une obligation issue d'un traité. Tel est le cas même lorsque la clause fait référence au droit interne et qu'il est difficile de déterminer si cette référence porte sur les seuls moyens procéduraux d'exécuter l'obligation proprement dite, sans aucun effet sur celle-ci. Quoi qu'il en soit, une partie à un traité ne saurait invoquer des dispositions de son droit interne comme une justification de ne pas s'acquitter de son obligation internationale; le droit interne n'est pas non plus prioritaire par rapport à une obligation internationale.

10. Un signe supplémentaire de l'hésitation de la Cour à s'engager tout à fait dans l'examen des questions apparaît au paragraphe 119 de l'arrêt, où il est indiqué que le principe de réciprocité qu'invoque Djibouti à l'appui de son argument selon lequel il faudrait obliger la France à exécuter la commission rogatoire n'impose pas à la France d'agir de même. En d'autres termes, la Cour estime que Djibouti ne peut se fonder sur le

principe de réciprocité pour demander l'exécution de la commission rogatoire qu'il a introduite auprès de la France. La Cour ajoute, pour faire bonne mesure, qu'il n'est prescrit nulle part dans la convention que l'octroi par un État d'une assistance dans un dossier donné impose à l'autre de faire de même lorsqu'il est sollicité à son tour. Je juge cette réponse singulière, voire déraisonnable. En général, la réciprocité est l'un des principes qui fondent les traités bilatéraux, comme la convention de 1986, et qui leur est inhérent. Un État qui noue une relation conventionnelle attend de l'autre partie qu'elle s'acquitte des obligations qui en découlent. Même lorsqu'il n'est pas exprimé dans l'instrument, ce principe, comme celui de la bonne foi ou du *pacta sunt servanda*, est présumé fonder le traité. Par conséquent, s'il est indiqué, comme le fait la Cour dans son arrêt, que Djibouti ne peut se fonder sur le principe de réciprocité car le traité ne contient aucune stipulation en ce sens, cela revient à laisser entendre que de tels principes ne sont pas inhérents aux traités et qu'il n'y a pas lieu de les prendre en considération aux fins de l'interprétation et de l'application d'un traité, sauf s'ils sont expressément affirmés dans celui-ci. Pour être encore plus précis, j'estime qu'en vertu d'un traité, fût-il un traité d'assistance mutuelle, une partie est toujours tenue de faire ou de s'abstenir de faire quelque chose à l'égard de l'autre partie. A ce sujet, et comme je l'ai déjà indiqué, les demandes respectives de la France et de Djibouti concernant l'exécution de commissions rogatoires traitaient du même sujet et avaient la même finalité : faciliter la procédure d'information sur l'assassinat de Bernard Borrel. Il aurait donc fallu exiger des deux Parties qu'elles appuient ce processus, respectant ainsi le but principal de la convention.

11. Il devrait donc être évident que, en vertu de la convention, chaque partie est tenue de prêter assistance à l'autre sur des questions ayant trait à la coopération judiciaire dans le cadre d'une procédure d'information en matière pénale. Puisque la France avait pu, aux termes de la convention de 1986, obtenir la coopération de Djibouti dans la procédure d'information sur la mort de Bernard Borrel, Djibouti était en droit d'escompter que la France respecterait, sur la base de la réciprocité, sa demande tendant à l'exécution de la commission rogatoire relative à ce décès qu'elle lui avait adressée. Il est par conséquent erroné de conclure, que ce soit sur la base de principes juridiques ou au vu de l'objet et du but de la convention, que, puisque le principe de réciprocité n'a pas été exprimé dans la convention, la France n'avait pas l'obligation réciproque d'exécuter la commission rogatoire de Djibouti.

12. Il y a aussi lieu de relever la réponse donnée à Djibouti, qui alléguait que les deux convocations à témoigner émises dans l'affaire *Borrel* par le juge d'instruction français à l'intention du président de la République de Djibouti les 17 mai 2005 et 14 février 2007 avaient violé l'immunité de juridiction dont bénéficie le chef de l'État de Djibouti, et, en particulier, que la France avait violé son obligation de respecter l'honneur et la dignité du chef de l'État lorsque les convocations qui lui avaient été adressées ont été révélées à l'Agence France-Presse. A propos

de ces allégations, la Cour a reconnu que les convocations adressées au chef de l'Etat de Djibouti le 17 mai 2005 étaient entachées de vices de procédure et estime que la France aurait dû présenter des excuses à ce sujet. Mais la Cour a néanmoins décidé que ni les convocations de 2005 ni celle du 14 février 2007 ne constituaient une atteinte à l'honneur ou à la dignité du président.

13. La Cour parvient à cette conclusion après avoir noté que l'article 29 de la convention de Vienne sur les relations diplomatiques et consulaires est nécessairement applicable aux chefs d'Etat. L'article dispose que

«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.»

La Cour reconnaît ainsi que le droit international impose aux Etats d'accueil l'obligation de respecter l'inviolabilité, l'honneur et la dignité des chefs d'Etat. Par inviolabilité on entend l'immunité contre toute ingérence, que celle-ci se manifeste sous le couvert de la loi, d'un droit ou de quoi que ce soit d'autre, et l'inviolabilité renvoie à l'obligation expresse de protection contre une telle ingérence ou contre une simple insulte de la part de l'Etat d'accueil. Pourtant, la Cour s'est bornée à conclure que, en «invitant» par télécopie le chef de l'Etat à témoigner et en lui accordant, sans le consulter, un court délai pour se présenter au bureau du juge d'instruction, la France n'avait pas agi conformément à la courtoisie due à un chef d'Etat étranger. Selon moi, les faits reprochés ne concernaient pas simplement des questions de courtoisie; il s'agissait de l'obligation contenue implicitement dans l'*inviolabilité* et de la nécessité de respecter l'honneur et la dignité du chef de l'Etat, ainsi que d'assurer son immunité contre toute forme de procédure juridique, obligation qui a été violée lorsque les convocations à témoin lui ont été adressées, avec de surcroît l'aggravation tenant à la révélation d'informations dans la presse. L'intention était clairement de ne pas montrer le respect qui est dû à un chef de l'Etat et de violer délibérément sa dignité et son honneur. En conséquence, la Cour aurait dû examiner s'il avait été porté atteinte à l'inviolabilité du chef de l'Etat eu égard au respect auquel il avait droit en sa qualité; et si la Cour était parvenue à la conclusion qu'il y avait eu violation, quelle qu'en fût la forme — vices de forme ou autres —, alors des excuses, dont elle a estimé qu'elles s'imposaient de la part de la France, auraient dû figurer dans le dispositif en tant que remède à ladite violation, sous la forme d'une conclusion.

14. Les conclusions de la Cour équivalent à des décisions de sa part et figurent en général dans le dispositif de l'arrêt qui indique sa décision, lequel dispositif est important pour une partie en ce qu'il montre que la Cour est parvenue à une décision, que celle-ci a l'autorité de la chose jugée et que la partie en faveur de laquelle elle est rendue est en droit de

la voir appliquée ou exécutée. Il est donc particulièrement important que la conclusion de la Cour reconnaissant l'existence d'une violation de l'obligation figure dans le dispositif car celui-ci, dans la structure de l'arrêt, a une importance juridique propre.

*(Signé)* Abdul G. KOROMA.

---