

CR 2008/3

**Cour internationale
de Justice**

LA HAYE

**International Court
of Justice**

THE HAGUE

ANNÉE 2008

Audience publique

tenue le mardi 22 janvier 2008, à 15 heures, au Palais de la Paix,

sous la présidence de Mme Higgins, président,

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

COMPTE RENDU

YEAR 2008

Public sitting

held on Tuesday 22 January 2008, at 3 p.m., at the Peace Palace,

President Higgins presiding,

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

VERBATIM RECORD

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

M. Couvreur, greffier

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

 Registrar Couvreur

Le Gouvernement de la République de Djibouti est représenté par :

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

comme agent ;

M. Phon van den Biesen, avocat, Amsterdam,

comme agent adjoint ;

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

comme conseil et avocat ;

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

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

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

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

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

comme conseils.

Le Gouvernement de la République française est représenté par :

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

comme agent ;

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

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

comme conseils ;

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

comme conseiller ;

The Government of the Republic of Djibouti is represented by:

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

as Agent;

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

as Deputy Agent;

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

as Counsel and Advocate;

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

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

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

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

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

as Counsel.

The Government of the French Republic is represented by:

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

as Agent;

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

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

as Counsel;

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

as Adviser;

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

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

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

comme assistants.

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

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

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

as Assistants.

LE PRESIDENT : Veuillez vous asseoir. L'audience est ouverte. La Cour se réunit cet après-midi pour entendre la fin du premier tour de plaidoiries de la République de Djibouti. Conformément aux dispositions relatives à l'organisation de la procédure qui ont été arrêtées par la Cour, Djibouti disposera à cet effet d'un temps de parole maximum d'une heure et demi. Je donne maintenant la parole à M. le professeur Condorelli.

M. CONDORELLI :

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

2. Le cas du procureur général de la République de Djibouti

7. Merci Madame le président, sur la base de ces prémisses je m'en vais présenter à la Cour le cas du procureur général de la République de Djibouti. Le premier élément à mettre au clair à son sujet concerne les fonctions qui sont les siennes d'après l'ordre juridique national de Djibouti. Il est indéniable que — comme l'observe d'ailleurs le contre-mémoire — ses fonctions sont «essentiellement internes»¹. Il est en effet le plus haut magistrat du parquet de la République, ayant la responsabilité de diriger le ministère public. Toutefois, d'une part, il convient de souligner aussitôt que «essentiellement» ne signifie pas du tout «exclusivement» : loin de là, ainsi qu'on le verra tout de suite. D'autre part, le fait que les fonctions du procureur général de la République soient dans une mesure prépondérante de caractère interne ne préjuge en rien la question de savoir si, oui ou non, il faut considérer qu'en droit international il jouit d'une forme d'immunité fonctionnelle en ce qui concerne ses actes accomplis à ses qualités.

8. Concernant le premier aspect, j'aimerais prier la Cour de bien vouloir consulter l'annexe 9 de la liste de documents additionnels déposés par le demandeur le 21 novembre 2007. Cette annexe donne à titre d'exemples un aperçu du nombre, de l'importance et de la variété des missions officielles de caractère international qui sont fort souvent confiées au procureur général et qui l'obligent à se rendre constamment à l'étranger pour s'en acquitter. De plus, il faut ajouter que le

¹ CMF, p. 57, par. 4.32.

procureur général de la République est souvent amené à se déplacer en mission en France, dans le cadre de l'intense coopération bilatérale requise pour la mise en œuvre de l'entraide judiciaire internationale prévue par la convention franco-djiboutienne de 1986 dont nous vous avons longuement entretenu aujourd'hui même.

9. A ce sujet, d'ailleurs, le demandeur prend note très soigneusement de ce que le défendeur admet très explicitement dans son contre-mémoire² : la France reconnaît que (quelle que soit l'issue du présent différend) lors de ses déplacements en mission officielle le procureur général doit pleinement bénéficier, d'après les principes pertinents de droit international, de toutes les immunités nécessaires aux membres des missions spéciales pour pouvoir s'acquitter sans entraves de leur tâche. Il va donc sans dire que, si la mission est à accomplir en territoire français, la France est assujettie à l'obligation d'adopter toutes les mesures qui s'imposent afin de garantir au procureur général de la République la pleine jouissance des immunités en question pendant toute la durée de cette mission.

10. Concernant le deuxième aspect, relatif à la question de l'immunité fonctionnelle couvrant les actes accomplis par un organe d'Etat agissant *ès qualités*, il conviendra d'en traiter une seule fois à l'égard, cumulativement, des deux hauts responsables djiboutiens en cause. Ici et maintenant il faut en revanche mettre au clair, pour ce qui est du procureur général d'abord, quel est l'acte auquel se rapporte l'ouverture de l'information pour subornation de témoin dans le cadre de laquelle tant la convocation à témoin assisté que le mandat d'arrêt ont été établis. Il suffit, aux fins de la présente plaidoirie, de prendre connaissance de la description de l'acte en question — qui serait constitutif de l'infraction de subornation de témoin — telle qu'on peut la trouver dans l'arrêt de la cour d'appel de Versailles du 27 septembre 2006. Cet arrêt figure en tant qu'annexe VII du contre-mémoire : je rappelle qu'il s'agit de l'arrêt que j'ai déjà cité auparavant, autorisant l'émission des mandats d'arrêt à l'encontre du procureur général et du chef de la sécurité nationale.

11. L'arrêt de la cour d'appel de Versailles indique que l'information ouverte aurait permis de rassembler des éléments sur les pressions qu'aurait exercées le procureur général de la

² CMF, p. 59, par. 4.34.

République sur M. Alhoumekani, un témoin qualifié par la cour d'appel de «capital» dans l'affaire relative au décès du juge Borrel. Pour mémoire, je rappelle que l'individu en question — ainsi que l'agent du demandeur l'a indiqué hier dans son introduction — est aujourd'hui un ministre du soi-disant «Gouvernement en exil» de Djibouti, alors qu'il était auparavant un membre de rang de la garde présidentielle de Djibouti. Les pressions sur M. Alhoumekani auraient eu lieu en janvier 2002 à Bruxelles³. Autrement dit, le procureur général de la République, s'étant déplacé en Belgique pour rencontrer ledit sieur Alhoumekani, aurait au cours de ces contacts tenté de le forcer à modifier ou à rétracter son témoignage précédent.

12. Permettez-moi, Madame le président, d'attirer l'attention de la Cour sur les renseignements factuels incontestés qu'on vient de glaner. L'information judiciaire pour subornation de témoin, qui est en cours en France, porte donc essentiellement, pour ce qui est du procureur général, sur des pressions qui auraient été exercées en territoire belge par un ressortissant djiboutien à l'encontre d'un autre ressortissant djiboutien, afin d'obtenir de ce dernier qu'il modifiât son témoignage au sujet de faits s'étant déroulés à Djibouti.

13. On pourrait, me semble-t-il, se poser de sérieuses interrogations quant à cette sorte d'étonnante compétence universelle, bien exorbitante à première vue, qui permettrait au juge pénal français d'exercer son pouvoir répressif à l'encontre d'un étranger accusé d'infractions n'ayant manifestement rien à voir avec des crimes internationaux, qui auraient été commises à l'étranger, au préjudice d'une victime elle aussi étrangère, laquelle aurait été impliquée dans des événements prétendument intervenus toujours à l'étranger ! Par ailleurs, il est souhaitable que votre Cour prenne connaissance à ce sujet d'un intéressant document figurant parmi les annexes soumis par le demandeur le 21 novembre 2007, que l'agent de Djibouti a déjà eu l'occasion de citer, et qui va fort curieusement en sens contraire : il s'agit de l'ordonnance de non-lieu d'un juge d'instruction du tribunal de grande instance de Paris du 7 février 2002, qui constate l'incompétence des juridictions françaises à connaître de l'infraction de faux témoignage adressée à l'encontre de M. Alhoumekani, justement en raison du fait que «l'infraction ... a[ur]ait été commise [en Belgique] par un

³ CMF, annexe VII, p. 12.

ressortissant djiboutien au préjudice de deux de ses compatriotes»⁴. En somme, quand pour le même fait M. Alhoumekani est accusé de faux témoignage, le juge français se déclare incompétent, alors que quand c'est lui, voire la partie civile, qui font valoir qu'il a été la victime de la subornation, alors le juge français va jusqu'à décerner des mandats d'arrêt contre les prétendus suborneurs... Voilà un exemple impressionnant de double standard !

The PRESIDENT: Professor Condorelli, can you assist those following in English to not miss anything you say by speaking a little more slowly? Thank you.

M. CONDORELLI :

14. Revenons sur l'information judiciaire pour subornation de témoin ouverte à l'encontre du procureur général et aux interrogations qu'on est en droit de se poser à son sujet quant au caractère exorbitant de la compétence du juge français devant lequel cette procédure se déroule. Je ne résiste pas à l'envie de citer une phrase tirée de l'opinion séparée commune de trois juges de votre Cour jointe à l'arrêt de 2002 en l'affaire *Yerodia*, qui se sont exprimés ainsi : «Il est ... nécessaire que la compétence pénale universelle ne soit exercée qu'à l'égard des crimes considérés comme les plus odieux par la communauté internationale» (*Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo c. Belgique)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2002, p. 81, par. 60, opinion individuelle commune de Mme Higgins, M. Koojijmans et M. Buergenthal). Sans doute partagerez-vous l'opinion qu'une subornation de témoin, si tant est qu'elle ait vraiment eu lieu, est certes un acte pénalement répréhensible, mais ne saurait être perçue comme ayant une gravité comparable même de très loin à un génocide, à un crime contre l'humanité ou à un crime de guerre !

15. Encore une citation pertinente, tirée de l'opinion individuelle du président jointe au même arrêt :

«Les Etats exercent avant tout leur compétence juridictionnelle pénale sur leur territoire. Dans le droit international classique, ils ne peuvent normalement connaître d'une infraction commise à l'étranger que si le délinquant ou, à la rigueur, la victime a leur nationalité ou si le crime porte atteinte à leur sûreté intérieure ou extérieure. Ils le peuvent en outre en cas de piraterie et dans les hypothèses de compétence universelle subsidiaire prévues par diverses conventions si l'auteur de l'infraction se trouve sur leur territoire. Mais en dehors de ces cas, le droit international n'admet pas la

⁴ Ordonnance de non-lieu, tribunal de grande instance de Paris, 7 février 2002, documents soumis à la Cour, 21 novembre 2007, annexe 8, p. 65-68.

compétence universelle ; il admet encore moins la compétence universelle par défaut.»
(*Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo c. Belgique)*,
arrêt, C.I.J. Recueil 2002, p. 43-44, par. 16, opinion individuelle de M. Guillaume).

16. Je n'en dis pas plus sur cet aspect. En effet, je souhaitais seulement exprimer de l'étonnement face à une manière de procéder dont on pourrait sérieusement se demander si elle est conforme aux principes de droit international, sans compter ceux proclamés à l'article 113-6 du code pénal français... ! Mais je me garde d'aller plus loin : je suis conscient, en effet, qu'une telle question échappe à la compétence de la Cour en la présente affaire.

17. La question qui, en revanche, (comme je l'ai démontré hier) est assurément assujettie à la compétence de la Cour, j'entends celle relative aux immunités, doit être posée en fonction d'une constatation tout à fait élémentaire. Personne ne saurait prétendre que le procureur général s'était rendu à Bruxelles en voyage de plaisir et qu'il y avait rencontré par hasard M. Alhoumekani au cours de ses balades. Bien au contraire, c'est indiscutablement dans le plein exercice de ses fonctions officielles de procureur de la République de Djibouti que, suite à un rendez-vous organisé par l'entremise de l'avocat du sieur Alhoumekani au moyen de contacts noués avec le palais de justice de Djibouti, notre haut responsable djiboutien s'était déplacé afin de s'entretenir avec le sieur Alhoumekani dans le bureau de son avocat et en présence de celui-ci. Autrement dit, ici la question centrale dont votre Cour est saisie est de savoir si la France est en droit de soumettre à la juridiction de son juge pénal le procureur général de la République de Djibouti, et mettre en cause sa responsabilité pénale personnelle, à propos de conduites rentrant indiscutablement dans l'exercice de ses activités officielles menées par lui dans un pays tiers en sa qualité d'organe d'un Etat étranger agissant *ès qualités*. Ainsi qu'on le verra plus en détail sous peu, la réponse ne saurait qu'être négative, le principe étant que tout Etat doit considérer les actes de l'organe d'un Etat étranger agissant *ès qualités* comme attribuables à cet Etat, et non pas à la personne revêtant la qualité d'organe, qui ne saurait en être tenue comme pénalement responsable à titre individuel.

3. Le cas du chef de la sécurité nationale de la République de Djibouti (CSNRD)

18. Passons maintenant si vous le voulez bien au chef de la sécurité nationale. Son cas présente d'importantes analogies avec celui du procureur général, mais aussi de notables différences.

19. Concernant les fonctions qui sont les siennes, la France a raison de souligner qu'elles sont «essentiellement internes», tout autant que celles du procureur général. Il convient cependant de compléter les indications données à ce sujet par le défendeur dans son contre-mémoire⁵. S'il est vrai que le chef de la sécurité nationale est le secrétaire du Conseil national de la défense de Djibouti, il convient de ne pas ignorer qu'il est aussi le chef du cabinet militaire du président et qu'à ces titres il est le supérieur hiérarchique des corps militaires de l'Etat, en particulier de la garde présidentielle ; il est également le directeur des services de renseignements extérieurs et intérieurs. Pour ces informations il convient de se référer à l'annexe 10 de la liste de documents produits par le demandeur le 21 novembre 2007. Cette même annexe montre par ailleurs que le chef de la sécurité nationale est appelé lui aussi à se rendre bien souvent à l'étranger en mission pour des rencontres internationales de nature diverse, quoique tournant en grande majorité autour de la coopération entre Etats dans la lutte contre le terrorisme international. Et il va de soi que pour le chef de la sécurité nationale également il s'impose de reconnaître ce que la France admet d'ailleurs explicitement sans aucune difficulté (comme je l'ai noté auparavant) pour tous les organes d'Etat se rendant à l'étranger pour le compte de leur Etat dans le cadre d'une mission officielle : à savoir, qu'ils jouissent *pro tempore* des immunités nécessaires pour leur permettre de s'acquitter librement des missions spéciales que l'Etat d'appartenance leur a confiées.

20. La principale différence, par rapport au cas du procureur général, telle que la tire au clair l'arrêt de la cour d'appel de Versailles que j'ai déjà cité, a trait au fait que la subornation de témoin a eu lieu en l'espèce à Djibouti même, et non pas dans un pays tiers. Entre fin 1999 et début 2000, le chef de la sécurité nationale aurait contacté à Djibouti l'un de ses compatriotes, le sieur Iftin (lui aussi aujourd'hui membre du soi-disant «gouvernement en exil» de Djibouti, alors qu'il était à l'époque le chef de la garde présidentielle), et l'aurait induit à faire un faux témoignage au sujet d'événements auxquels celui-ci aurait assisté et de déclarations qu'il aurait entendues, dont on déduirait que M. Borrel aurait été peut-être assassiné. Autrement dit, cette fois-ci tout est djiboutien : djiboutiens sont tant le suborneur que le suborné présumés, djiboutien est le lieu de l'hypothétique subornation, djiboutien est encore le lieu où se seraient déroulés les faits que le

⁵ CMF, p. 57, par. 4.32.

suborné présumé, en cédant aux pressions du présumé suborneur, aurait fait semblant de connaître, voire feint d'ignorer. En somme, il apparaît que le juge pénal français est en train d'exercer sa juridiction sur un étranger prétendument auteur d'une infraction commise dans son propre pays à l'encontre d'une victime de ce même pays qui serait impliquée dans des événements ayant eu lieu toujours dans le pays en question. Là aussi une surprenante compétence pénale universelle, donc ; voire, pour ainsi dire, plus universelle encore, puisque cette fois-ci il n'y a même pas un pays tiers en jeu... !

21. Pour les raisons auxquelles j'ai fait allusion il y a un instant, je ne vais pas m'alourdir sur cet étonnant profil de l'affaire. Je m'arrêterai en revanche sur un point précis : l'information judiciaire pour subornation de témoin en cours en France à l'encontre du chef de la sécurité nationale, et dans ce contexte sa convocation comme témoin assisté, puis l'émission du mandat d'arrêt, représentent clairement l'exercice par le juge pénal français de sa juridiction sur le chef de la sécurité nationale au sujet d'activités diligentées en territoire national à l'encontre du chef de la garde présidentielle par son supérieur hiérarchique. De toute évidence, en somme, le chef de la sécurité nationale agissait dans l'exercice de ses fonctions officielles d'organe étatique responsable au plus haut niveau de la sécurité du pays et du commandement de ses forces armées exercé sur délégation du chef de l'Etat. Dans ce cas également on a toutes les raisons de se demander si la France ne viole pas manifestement le principe d'après lequel, en règle générale, tout Etat doit considérer les actes de l'organe d'un Etat étranger agissant *ès qualités* comme attribuables à cet Etat, et non pas à la personne revêtant la qualité d'organe, qui ne saurait en être tenue comme pénalement responsable à titre individuel.

4. Les principes de droit international applicables *in casu*

22. Madame le président, je viens de cerner la question centrale que le demandeur pose à la Cour concernant les violations par la France de ses obligations en matière de prévention des atteintes à la personne, à la liberté et à la dignité d'une personne jouissant de la protection internationale. Il est grand temps que j'en vienne maintenant à une analyse ponctuelle des obligations en question. Des obligations dont le défendeur conteste l'existence, sous la réserve — que j'ai déjà soulignée — de la reconnaissance par la France que, lors de leurs déplacements en

mission officielle pour le compte de leur Etat, le procureur général comme le chef de la sécurité nationale bénéficient à titre temporaire des seules immunités garanties aux membres des missions spéciales. En revanche, d'après le contre-mémoire français, il ne serait «nullement établi que [ces personnes] soient couvert[e]s par l'immunité de juridiction dont bénéficient en droit international coutumier le chef de l'Etat, le chef du gouvernement ou le ministre des affaires étrangères...»⁶.

23. Mais, Madame le président, Messieurs les juges, jamais, jamais le demandeur n'a allégué pareille hérésie ! Le demandeur exclut totalement lui aussi que l'on puisse prétendre que des personnes revêtant la qualité d'organe d'un Etat, même de rang élevé, jouissent d'immunités personnelles (dites *ratione personae*) tant soit peu comparables à celles que le droit international garantit en faveur des organes suprêmes des Etats ! Le problème n'est toutefois pas là : l'on ne saurait pas confondre, en effet, ce qu'on appelle couramment les immunités personnelles, ou *ratione personae*, avec les immunités fonctionnelles, ou *ratione materiae*, seules en jeu présentement. Il est regrettable que le défendeur mélange des questions qui doivent être par contre soigneusement distinguées. Ici personne ne demande à la Cour de reconnaître qu'à l'instar d'un chef d'Etat ou d'un agent diplomatique, le PGRD et le CSNRD jouiraient à l'étranger pendant la durée de leurs fonctions d'une immunité de juridiction et d'une inviolabilité totales, couvrant également leurs actes privés. Ce que la Partie djiboutienne demande à la Cour 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.

24. Le défendeur ne saurait ignorer que, si l'on consulte l'opinion des experts de renom ayant étudié ce thème, on est impressionné par la constatation que leur très grande majorité partage un même point de vue. De Kelsen à Fox, de Morelli⁷ et Quadri^{8,9} à Dahm, Bothe¹⁰, Akehurst¹¹,

⁶ CMF, p. 59, par. 4.35.

⁷ Morelli, *Diritto processuale civile internazionale*, Padoue, 1954, p. 201.

⁸ Quadri, *Diritto internazionale pubblico*, Naples, 1968, p. 614 et suiv.

⁹ Dahm, *Voelkerrecht*, Stuttgart, 1958, vol. I, p. 225, 303 et suiv.

Cassese¹², et à beaucoup d'autres encore¹³, tous sont convaincus de l'existence d'un principe de droit international établissant que les organes d'Etat jouissent de l'immunité de la juridiction des Etats étrangers pour leurs actes accomplis dans l'exercice de fonctions d'organes. Ceci tout au moins en règle générale et à quelques exceptions près ; des exceptions qui, cependant, n'ont aucune pertinence aux fins du présent différend. Ainsi, par exemple, on reconnaît très largement que le principe ne s'applique pas en cas de crimes de guerre, d'espionnage, de sabotage perpétrés à l'étranger.

25. Mais revenons à la règle. Voilà, à titre d'exemple, ce qu'en écrivait un grand maître comme Hans Kelsen en 1952 :

«[T]he principle that no state has jurisdiction over another state must be interpreted to mean that a state must not exercise jurisdiction through its own courts over acts of another state, unless the other state consents. Hence the principle applies not only in case a state as such is sued in a court of another state, but also in case an individual is the defendant or the accused and the civil or criminal delict for which the individual is prosecuted has the character of an act of state. Then the delict is to be imputed to the State not to the individual.»¹⁴

26. Et voilà ce qu'écrit une spécialiste reconnue en la matière, Hazel Fox, cinquante ans plus tard :

«A suit against an individual identified with and acting on behalf of a foreign State is the practical equivalent of a suit against the sovereign authority itself. To allow a suit against such person so acting would allow the litigant indirectly to circumvent the immunity accorded to the State which they represent.»¹⁵

27. Je ne pense pas qu'il convienne d'allonger plus avant ma liste de citations. Je me bornerai à ajouter deux références jurisprudentielles. La première concerne le Tribunal pénal pour l'Ex-Yougoslavie, qui s'est ainsi exprimé en 1997 dans l'affaire *Blaskic* :

«[E]ach State is entitled to claim that acts or transactions performed by one of its organs in its official capacity be attributed to the State, so that the individual organ

¹⁰ Bothe, *Die strafrechtliche Immunität fremder Staatsorgane*, in *Zeitschrift fuer auslaendisches oeffentliches Recht und Voelkerrecht*, 1971, p. 246.

¹¹ Akehust, *Jurisdiction in International*, in *British Yearbook of International Law*, 1972-73, p. 241 s.

¹² Cassese, *International Law*, Oxford, 2003, p. 110 et suiv.

¹³ Voir par exemple, Van Panhuys, *In the Borderline Between the Act of State Doctrine and Questions of Jurisdictional Immunity*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 1964, p. 1202 ; Verdross, Simma, *Universelles Voelkerrecht*, 3^e éd., Berlin, 1984, p. 773 ; Wickremasinghe, *Immunities Enjoyed by Officials of States and International Organization*, in Evans (dir. publ.), *International Law*, Oxford, 2003, p. 388-391, 403-404.

¹⁴ Kelsen, *Principles of International Law*, London, 1952, p. 235.

¹⁵ Fox, *The Law of State Immunity*, Oxford, 2002, p. 353.

may not be held accountable for those acts or transactions. The general rule under discussion is well established in international law and is based on the sovereign equality of States (*par in parem non habet judi imperium*).»¹⁶

28. L'opinion plus récente du tribunal fédéral suisse dans l'affaire *Adamov* mérite également d'être rappelée :

«Immunity under public international law should notably prevent a state from limiting the sovereignty of another state by extending its jurisdiction to apply to the sovereign acts of the second state and its organs of state.»¹⁷

29. J'ai parlé d'opinion nettement majoritaire, Madame le président, et non pas d'opinion unanime. En effet, il faut bien admettre qu'il y a de rares voies discordantes dans la doctrine¹⁸. Il y a surtout des tendances de la pratique montrant que des Etats ont refusé de se considérer liés en toute circonstance par l'obligation de ne pas soumettre à la juridiction de leurs juges pénaux des organes d'Etats étrangers ayant agi ès qualités. Mais il suffit de passer très rapidement en revue le type de situations auquel ces tendances se réfèrent pour se rendre compte qu'aucune d'entre elles ne saurait mettre en doute l'applicabilité pleine du principe en question dans l'affaire qui nous occupe ici.

30. Ainsi, c'est à peine le cas de rappeler le grand débat qui est toujours en cours autour de la question de savoir si l'immunité fonctionnelle ou *ratione materiae* joue en cas de «*core crimes*», à savoir les crimes les plus graves qui frappent la communauté internationale dans son ensemble : le génocide, les crimes contre l'humanité, les crimes de guerre, la torture, l'esclavage, la traite d'êtres humains, etc. Bien entendu, aucune pertinence en l'espèce. Il en va assurément de même pour la question des intrusions non autorisées de l'organe d'un Etat dans le territoire d'un autre, certains Etats considérant, comme on le sait, que dans ce cas l'organe étranger intrusif pourrait être assujéti à la juridiction de l'Etat territorial. Et encore, aucune pertinence non plus ne saurait avoir la constatation que des Etats ont considéré pouvoir soumettre à leur juridiction pénale des organes d'Etats étrangers auteurs de crimes graves de droit commun (homicide, incendie dolosive, etc.) perpétrés pour le compte de l'Etat d'appartenance dans le cadre d'une présence non autorisée dans leur territoire, comme ce fut le cas de l'affaire du *Rainbow Warrior*.

¹⁶ *Le procureur c. Blaškić*, Chambre d'appel, arrêt du 29 octobre 1997, par. 41-42.

¹⁷ *Evgeny Adamov v. Federal Office of Justice*, Swiss Federal Supreme Court, 1st Public Law Chamber, Nr 1A.288/2005, partly published as *BGE* 132 II 81.

¹⁸ Par exemple, De Sena, *Diritto internazionale e immunità funzionali degli organi statali*, Milan 1966.

31. Je pense, Madame le président, qu'il n'y a pas besoin que j'en dise davantage pour confirmer la conclusion que voici. Le demandeur prie la Cour de bien vouloir dire et juger que par la convocation à témoin assisté et par l'émission de mandats d'arrêt à l'encontre du procureur général de la République de Djibouti et du chef de la sécurité nationale de la République de Djibouti, la France a violé et continue de violer ses obligations envers la République de Djibouti en matière de prévention des atteintes contre la personne, la dignité et la liberté de personnes jouissant d'une protection internationale.

J'en ai terminé. Je vous remercie de votre attention et je vous prie, Madame le président, de bien vouloir donner la parole à Maître Phon van den Biesen.

Le PRESIDENT : Merci bien, Monsieur le professeur. And now, I call Maître van den Biesen.

Mr. van den BIESEN:

REMEDIES

Introductory remarks

1. Madam President, Members of the Court, in the previous two sessions we have established and further demonstrated that the French Republic has indeed violated its obligations flowing from both the 1986 Convention d'entraide judiciaire en matière pénale and the 1977 Traité d'Amitié et de Coopération and that the Respondent has, wrongly so, not respected the immunity of Djibouti's Head of State, nor the immunity of both its *Procureur Général* and its Chief of National Security. Therefore, it is time to discuss the legal consequences thereof.

2. Basically, Djibouti wants the Court to tell the Respondent to fully comply with all of its obligations as discussed during the previous sessions, to undo the results of the violations committed, to discontinue this unlawful behaviour and to affirm that it will not happen again. While in its written proceedings Djibouti did include a request for compensation, by now it has decided not to burden a possible constructive resolution of the issues at stake with a divisive debate on financial compensation. Therefore, Djibouti no longer persists in its financial demands.

3. Between the two Parties there does not seem to be much of a difference of opinion as to the competence — as such — of the Court to decide on remedies and to, possibly, rule against the

French Republic in this respect. Djibouti made reference to the relevant case law in paragraph 157 of its Memorial and the Respondent does not seem to have objections in this matter. Also, there does not seem to be much of a difference of opinion as regards the applicable law.

4. As to the type and the nature of the remedies which would be appropriate in the present case, assuming that the Court agrees with Djibouti that the alleged breaches of international law by the French Republic were, indeed, committed and, therefore, entail its international responsibility¹⁹, there seems to be an almost total disagreement between the Parties.

5. Here, again, the Respondent demonstrates a preference for interpreting the law in such a way that the law loses all of its possible practical effects. Djibouti, however, assumes that the law is meant to produce effective results in the real world and especially now that violations of the law have occurred. Djibouti is also of the opinion that discussing the law in a case before the International Court of Justice is not merely an academic exercise, not merely a debate *in abstracto*, but is at all times — if breaches of the law are established by the Court — aimed at a substantial result aspiring to make up for these breaches, and to heal the wounds.

6. During this section of our pleadings I will elaborate on what Djibouti stated earlier in Chapter IV of its Memorial and, while doing so, I will discuss the objections to our position raised by the French Republic.

The Borrel file as requested

7. Since we are discussing the Applicant's request that the Court decide that the Respondent shall transfer "the Borrel file" the Applicant would like to clarify what it means by "the" file.

8. Obviously, the Applicant has never seen the physical file, but the various communications between the Parties has made it clear that it is a sizeable collection of documents. In the initial request the Djibouti judge of instruction requested:

“nous transmettre la copie certifiée conforme de la procédure d'information instruite au Tribunal de Grande Instance de Paris au cabinet de Madame le Juge d'Instruction Sophie Clément du chef d'assassinat contre X, dans la mort de Bernard Borrel”²⁰.

¹⁹Article 1 of the International Law Commission's Articles on the Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, Report of the ILC on the work of its 53rd Session, 23 April-1 June and 2 July-10 August 2001, United Nations doc. A/56/10, p. 63.

²⁰MD, Ann. 20.

9. Therefore, between the Parties there has not been any misunderstanding about the topic which is central to the requested file: the murder investigation against X with respect to the death of Bernard Borrel, as conducted by Judge Clément.

10. In his letter to his counterpart at the French Ministry of Foreign Affairs of 1 October 2004 the Director of the Cabinet of the French Minister of Justice mentioned that, at that time, the file counted 35 volumes²¹.

11. Through this letter we know that the French side was not about to hand over the original file, but rather a photocopied version thereof. Djibouti, obviously, never expected anything other than that and, also today, takes the position that receiving certified copies would be entirely in line with the Convention.

12. The Respondent seems to assume that Djibouti wanted to receive, under the heading of the same request, other files as well. On page 67 of its Counter-Memorial the Respondent refers to the existence of three additional criminal investigations, relating to the *Borrel* case, which are currently being conducted, and the Respondent goes on to stipulate that these other three may not be considered to be part of the present case before this Court. Djibouti fully agrees: only the file with respect to the death of Bernard Borrel, currently being instructed under the responsibility of Judge Clément, is part of the present case.

13. With respect to the precise characteristics of the file requested one more issue needs to be addressed: that of the time span covered by the request. In its Memorial the Applicant stated that, obviously, Djibouti would not have to renew its request for legal assistance consisting of the handing over of this particular file time and again on a periodic basis. The background for this proposition is that the very character of mutual assistance is that in a specific case the parties to the Convention co-operate — co-operate continuously — in order to help each other to resolve a particular case. If a request for legal assistance would be submitted in relation to, for example, the hearing of specific witnesses, it is clear that follow-up requests with respect to the same or other witnesses should take the form of a new rogatory commission. However, if the aim of the rogatory commission is to share the content of a file central to a criminal investigation being conducted in

²¹*Ibid.*, Ann. 18.

both States, such a request cannot otherwise be explained than that of it being of a continuous nature, stretching out to the moment in time in which the case will be closed.

14. The Respondent has objected to this part of the request, stating that this would imply that the Court would in doing so, on the date of a judgment, also make a final determination with respect to *all* the documents which would be added to the file in the future²². Here, the Respondent seems to entirely ignore the requirement of good faith, which is a requirement for both sides²³. Obviously, it is not to be excluded that at a given moment items may have been added to the file, which may give rise to the Respondent considering that one of the exceptions under Article 2 of the Convention would be at stake. However, at that point, the appropriate thing to do for the Respondent would be to have recourse to a good faith solution. Only if that would not lead to a satisfactory solution, the Respondent may go ahead and consider having recourse to one of the Article 2 exceptions. This, then, needs to be done in good faith and in full respect of Article 17 and of the language and the spirit of the Convention as a whole.

Continued duty of performance

15. Djibouti has made it perfectly clear to the French authorities that it is not looking for a further deterioration of the mutual relationship. It is also not considering to seek termination of the Convention nor of the Friendship Treaty. It will continue to honour its obligations flowing from these treaties and it expects the French Republic to do the same.

16. Actually, there can be no doubt that the French Republic remains fully bound by its obligations flowing from these two treaties. This is not only the case since the obligations remain in place despite the Respondent having violated them, but also because, in the view of the Respondent, nothing has changed since the French Republic considers its not handing over the Borrel file to be lawful under these two treaties. The same is true, *mutatis mutandis*, for the international obligations incumbent upon the Respondent with respect to the immunities discussed in this case.

²²CMF, p. 68, para. 5.10,

²³Phon van den Biesen, "The bilateral treaties applied to the facts of this case", pleadings of 22 January 2008, pp. 20-21, para. 78. Professor Luigi Condorelli, "Principes et règles de la Convention d'entraide judiciaire", pleadings of 22 January 2008, p. 16, para. 38.

17. The existence of this continuity is also clearly stipulated in Article 29 of the Articles on State Responsibility:

“The legal consequences of an internationally wrongful act under this Part do not affect the continued duty of the responsible State to perform the obligation breached.”²⁴

In its Commentary on this provision the International Law Commission observed:

“As a result of the internationally wrongful act, a new set of legal relations is established between the responsible State and the State or States to whom the international obligation is owed. But this does not mean that the pre-existing legal relation established by the primary obligation disappears. Even if the responsible State complies with its obligations under Part Two to cease the wrongful conduct and to make full reparation for the injury caused, it is not relieved thereby of the duty to perform the obligation breached.”²⁵

It is relevant to reaffirm this, in itself rather obvious, notion, given the continued, respectively repetitive nature of the French violations. Obviously, as far as remedies are concerned, this will translate into the demands seeking cessation respectively assurances and guarantees of non-repetition.

Cessation

18. As discussed this morning, both State parties to the 1986 Convention have, through Article 1 of it, accepted the obligation to provide each other with the widest possible judicial assistance in criminal matters. In principle, this obligation is in response to a request for assistance of a continuous character. The obligation is only lifted when it is established that one of the exceptions of Article 2 is fulfilled. We have also demonstrated that the available facts do not provide for the Respondent’s having legitimate recourse to the exception laid down in Article 2 (c). And also, that no other valid reasons are possibly available which would and/or could justify the non-execution of the international letter rogatory of Djibouti of 3 November 2004. In other words, with respect to the Borrel file, Djibouti continues to be deprived of the benefits to which it is entitled under the Convention. The Respondent needs to put an end to this situation. In the present

²⁴Article 29 of the International Law Commission’s Articles on the Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, Report of the ILC on the work of its 53rd Session, 23 April-1 June and 2 July-10 August 2001, United Nations doc. A/56/10, p. 214.

²⁵*Id.*, Commentary, pp. 214-215, para. 2.

case the most appropriate way to do so, is to immediately transmit the Borrel file to the Djiboutian authorities.

19. As has been noted by Judge Keith in his separate opinion in the *Rainbow Warrior Arbitration*²⁶ as well as by the International Law Commission, it is not at all times perfectly clear whether a particular remedy should be classified under the heading “cessation” or under the heading “reparation”²⁷. For that reason the same demand will be repeated and further discussed, when I come to talk about reparation.

20. Cessation also comes into play with respect to the other violations which are at stake in the present case: the disrespect for the immunity of the President of Djibouti as well as the disrespect for the immunity of the *Procureur Général* and of the Chief of National Security of Djibouti.

21. With respect to the President, the French Republic has clearly shown, through the acts of its organs including the acts of its judiciary, to be rather persistent in its disrespect. Not only was the *convocation à témoin* of 17 May 2005 never repealed nor was ever any apology offered, but this same sort of approach was demonstrated by the same judge of instruction who, on 14 February 2007, again initiated steps which were meant to enable this judge to hear the President, in person, as a witness in the *Borrel* case. Although, it seems that the judge did not succeed, apparently the French judiciary did manage to — more or less immediately — get the message published in the national media. Again, there have been no formal apologies from the French side.

22. It is clear that the Respondent needs to cease and desist from this continued behaviour. Also, it is clear that, apparently, there is a need for France to be told so by this Court. The International Law Commission has pointed out that Article 30 under (a) not only relates to wrongful acts having a continuing character but also is relevant when violations occurring on a series of occasions are at stake²⁸. The February 2007 infringement shows that the violations were

²⁶*Rainbow Warrior Arbitration (New Zealand v. France)*, 30 April 1990, separate opinion of Judge Kenneth Keith, 82 *ILR*, p. 584, para. 16, who stated that “Could I simply say I am not sure, for instance, about the validity of the distinction [of cessation and restitution] in theory and practice.”

²⁷Article 30, Commentary, paras. 7-8 of the International Law Commission’s Articles on the Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, Report of the ILC on the work of its 53rd Session, 23 April-1 June and 2 July-10 August 2001, United Nations doc. A/56/10, p. 218.

²⁸ILC Articles, *op. cit.*, Article 30, Commentary, p. 217, para. 3.

not restricted to one single incident and thus further demonstrates the need for a decision that the Respondent should cease these violations.

23. The disrespect for the immunity of the two high-level civil servants is continuing *to this very day*, with the Respondent explicitly taking the position that it is entitled to treat them as it does. Also here, it is clear that the Respondent needs to terminate this continued behaviour. It is self-explanatory that repealing the two arrest warrants through the appropriate channels would be the most appropriate form of cessation. Here, again, it must be noted that the line between cessation and reparation seems to be a thin one and that repealing the arrest warrants could be qualified as “reparation” as well. So, this issue will reappear under the heading “reparation” also.

Assurances and guarantees of non-repetition

24. There can be no doubt that the Applicant is entitled to demand assurances and guarantees of non-repetition and that these demands, as such, are admissible. The Court reaffirmed this in its 2002 Judgment in *Cameroon v. Nigeria*:

“Cameroon, however, is not only asking the Court for an end to Nigeria’s administrative and military presence in Cameroonian territory but also for guarantees of non-repetition in the future. Such submissions are undoubtedly admissible.” (*Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria (Cameroon v. Nigeria: Equatorial Guinea intervening)*, Judgment, *I.C.J. Reports 2002*, p. 452, para. 318.)²⁹

25. The Applicant has stipulated in its Memorial that the requested assurances and guarantees of non-repetition are strictly related to the issues that are at stake in this particular case³⁰. In other words, Djibouti is not intending to obtain assurances and guarantees covering *in general* the Respondent’s conduct with respect to rogatory commissions requested by Djibouti and with respect to the immunity of public officers in the public service of Djibouti. On the contrary, Djibouti’s requests are focused *in particular* on the Respondent’s conduct in the case at hand. This implies that there is no need for Djibouti to establish a general pattern of breaches beyond the case which is before the Court today, as the Court did require in the *Avena* case (*Avena and Other Mexican Nationals (Mexico v. United States of America)*, Judgment, *I.C.J. Reports 2004*, p. 60,

²⁹In anticipation of the French, we should probably consider that according to the *Avena* case (*Avena and Other Mexican Nationals (Mexico v. United States of America)*, Judgment, *I.C.J. Reports 2004*, p. 60, para. 149.)

³⁰MD, p. 61, para.169.

para. 149). At the same time, Djibouti has established the continued unlawfulness of the Respondent's conduct in this particular case.

26. As codified in Article 30 under (b) of the Articles the need for assurances and guarantees only arises "if circumstances so require"³¹. Given the fact that the Respondent does not seem to have the slightest doubt about the alleged appropriateness of its responding to a rogatory commission request through a two-lined letter basically saying nothing more than "No", it is not asking too much to demand that the Court instructs the French Republic to give assurances for the future and to make it clear that, as has been discussed this morning, a good faith execution of the Convention alone requires a properly reasoned reply instead of only "No", while the 1986 Convention even contains an explicit provision, Article 17, codifying such a requirement.

27. However, the assurances and guarantees requested by Djibouti are not limited to the obligation to motivate. This morning we have made it clear that in our view *la plus large possible* in Article 1 of the 1986 Convention is related to the practical aspects of the obligation to provide assistance rather than to the principled aspects thereof. We have demonstrated that the 1986 Convention does not provide for any exceptions to the obligation contained in Article 1 other than the ones listed in Article 2. The interpretation provided by the Respondent in its Counter-Memorial of 13 July 2007 is, in this respect, rather disturbing and, therefore, warrants the Court's ordering the Respondent to provide assurances and guarantees that from now on requests for assistance under the 1986 Convention will not be refused unless it is established that one of the exceptions listed in Article 2 is at stake.

28. In addition to this it does not seem to be unreasonable to understand the latter assurances and guarantees in such a way that, should the Respondent consider one of the exceptions of Article 2 to be at stake, this issue will be resolved in accordance with the principle of good faith. As Professor Condorelli has shown³², at the European Union level this principle found its translation into the European Union Joint Action on Good Practice in mutual legal assistance in

³¹Art.30, para. (b), of the International Law Commission's Articles on the Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, Report of the ILC on the work of its 53rd Session, 23 April-1 June and 2 July-10 August 2001, United Nations doc. A/56/10, p. 216.

³²Professor Luigi Condorelli, "Principes et règles de la Convention d'entraide judiciaire", pleadings of 22 January 2008, p. 16, para. 38.

criminal matters³³, which could serve as guidance, also within the relationship between Djibouti and the French Republic. “

29. In relation to the repetitious unlawful infringements on the immunity, the honour and the dignity of the Applicant's President, as well as of the two Djiboutian high State officials, the Respondent has until today not given the impression that it accepts the unlawfulness of its behaviour, let alone that it would have made any commitment showing an intent to refrain from this unlawful behaviour in the future. Madam President, in its Judgment in the *LaGrand* case, the Court made it perfectly clear that, even after the defendant in that case had already given general assurances, the particular nature of the infringements justified more specific assurances aimed at ensuring that the assurances would be effective (*LaGrand (Germany v. United States of America), Judgment, I.C.J. Reports 2001*, pp. 513-514, para. 125). If this would be warranted in the *LaGrand* situation, it is clear that the Applicant in our case is definitely entitled to receive unconditional assurances and guarantees regarding the respect to be given to the immunity, the honour and the dignity of Djibouti's Head of State, as well as of the two high State officials.

Reparation

Observations re Full Reparation

30. Between Djibouti and France it is not disputed that under international law it is well established that a State bearing responsibility for an internationally wrongful act is under an obligation to make full reparation for the injury caused³⁴.

31. Also, the Respondent has indicated in its Counter-Memorial that with respect to the arrest warrants *in abstracto* it would agree with the sort of remedy which the Court awarded in the *Arrest Warrant* case (Counter-Memorial, para. 5.13). This is what the Court decided in that particular case:

³³Joint Action 98/427/JHA, Joint Action of 29 June 1998 adopted by the Council of the European Union on the basis of Article K.3 of the Treaty on European Union, on good practice in mutual legal assistance in criminal matters, *Official Journal of the European Communities*, L 191/1, 7.7.1998, at p. 191/2, para. 3 (d).

³⁴*Factory at Chorzów, Jurisdiction, 1927, P.C.I.J., Series A, No. 9*, p. 21; *Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia), Judgment, I.C.J. Reports 1997*, p. 81, para. 152; *Avena and Other Mexican Nationals (Mexico v. United States of America), Judgment, I.C.J. Reports 2004*, p. 59, para. 119; *Armed Activities on the Territory of the Congo, Judgment, I.C.J. Reports 2005*, p. 82, para. 259; *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Judgment of 26 February 2007*, para. 460; *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 2004*, pp. 197-198, paras. 151-152.

“The Court

.....

Finds that the Kingdom of Belgium must, by means of its own choosing, cancel the arrest warrant of 11 April 2000 and so inform the authorities to whom that warrant was circulated.” (*Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium)*, *Judgment, I.C.J. Reports 2002*, p. 33, para. 78 (3).)

32. Recently, the Court reaffirmed, in its Judgment in the case of *Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro* that the language used by the Permanent Court 80 years ago, indeed, reflects the law as it is:

“The principle governing the determination of reparation for an internationally wrongful act is as stated by the Permanent Court of International Justice in the *Factory at Chorzów* case: that ‘reparation must, so far as possible, wipe out all the consequences of the illegal act and reestablish the situation which would, in all probability, have existed if that act had not been committed’.” (*Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*, Judgment of 26 February 2007, para. 460.)

33. The better part of Djibouti’s claims in this case is precisely aimed at that: reaching the situation that would have existed if it were not for the unlawful acts committed by the Respondent.

34. Clearly, with respect to the international letter rogatory, a mere declaratory finding by the Court that the French Republic has violated its obligation under Article 1 *juncto* Article 3 of the 1986 Convention cannot be considered as “full reparation”, because that would still leave Djibouti empty-handed with respect to the Borrel file. Since Djibouti is entitled to “full reparation” this, then, leads to the same conclusion as to that at which we arrived when discussing cessation: Djibouti requests that the Court decide, along the lines mentioned earlier, that the Respondent shall hand over the Borrel file to Djibouti immediately after the Court has delivered its judgment.

35. While “full reparation” is what Chapter II of the Articles on State Responsibility is all about and while “full reparation” are the opening words of the introductory provision of this Chapter, i.e., of Article 34, the Articles do not seem to provide a clear answer as to which category this sort of “full reparation” would belong. A decision of the Court instructing the Respondent to *comply* with its commitment as well as with its obligation to, in short, hand over the Borrel file, does seem to fit better into the general notion of “wiping out all the consequences” than into one of

the three forms of reparation listed in Article 34 of the Articles: restitution, compensation and satisfaction³⁵.

36. Article 35 defines “restitution” as “to reestablish the situation which existed before the wrongful act was committed”³⁶. “Re-establishing”, then, seems to imply that this is merely a matter of setting the clock back to just before the violation was committed, while the full reparation Djibouti wants in this respect is about complying, it is about carrying out a commitment and a duty which, wrongly so, have not been carried out yet. In its Commentary on Article 35 the International Law Commission stipulates that “restitution”, as meant in Article 35, should be interpreted narrowly³⁷. This implies that, in Article 35, “reestablish the situation which existed before” does not include “which would have existed if the wrongful act would not have been committed”.

37. Article 36 of the Articles seems to define “compensation” exclusively in financial terms, which is confirmed by the International Law Commission in its Commentary on the provision. Apparently, being forced by a judgment of the Court to, indeed, comply with an obligation, the violation of which lies at the heart of the dispute, is not considered to qualify as a partial compensation *in natura*, which in the present case the transmitting of the Borrel file certainly would be.

38. In the system of the Articles this leaves only “satisfaction” as the form of reparation which would cover “full reparation” in the “*Factory at Chorzów* sense”³⁸. The International Law Commission seems to want to reserve this particular form of reparation to various sorts of moral reparation, given its commentary on this provision. However, this Court seems to have taken a different approach in the *Bosnia* case. Bosnia had asked the Court to, among other things, tell Serbia to comply with its pertinent treaty obligation and to hand over persons suspected of having committed genocide to, in short, the ICTY in The Hague. The Court did, indeed, do so. A

³⁵International Law Commission, Articles on State Responsibility, *op. cit.*, Art. 34, p. 235.

³⁶*Id.*, Art. 35, p. 237.

³⁷*Id.*, Art. 35, Commentary, para. (2), p. 238.

³⁸*Id.*, Art. 37, para. 1; see also, Art. 37, Commentary, para. (1).

summarized version of paragraph 8 of the operative clause of the Judgment delivered in that case reads as follows:

“(8) by fourteen votes to one,

Decides that Serbia shall immediately take effective steps to ensure full compliance with its obligation under the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide . . . and to transfer individuals accused of genocide . . .” (*Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*, Judgment of 26 February 2007, para. 471 (8).)

Earlier in this Judgment the Court considered:

“It will be clear from the Court’s findings above on the question of the obligation to punish under the Convention that it is satisfied that the Respondent has outstanding obligations as regards the transfer to the ICTY of persons accused of genocide, in order to comply with its obligations under Articles I and VI of the Genocide Convention, in particular in respect of General Ratko Mladić . . . The Court will therefore make a declaration in these terms in the operative clause of the present Judgment, which will in its view constitute *appropriate satisfaction*.” (*Ibid.*, para. 465; emphasis added.)

39. The conclusion must be that this part of Djibouti’s demands should be categorized under the full reparation in the “*Factory at Chorzów* sense”, while it may also be seen as a form of obtaining “appropriate satisfaction”.

40. The Respondent has raised an entirely different issue with respect to this particular request of Djibouti and offers that it would be in itself impossible for the Court to even begin to envisage that the request to hand over the Borrel file could be honoured. The Respondent states:

“La France tient cependant à souligner qu’il lui paraît exclu que la Haute Juridiction ordonne la remise, en tout ou en partie, du dossier requis à l’Etat demandeur : ceci signifierait que la Cour estimerait pouvoir se substituer à la République française pour apprécier ses ‘intérêts essentiels’, en dépit des termes clairs de l’article 2 c) de la Convention d’entraide judiciaire du 27 septembre 1986 ; ce n’est guère envisageable.”³⁹

In other words, in the view of the Respondent, it would be excluded for this Court to decide that the French Republic should effectively comply with its obligation to honour the rogatory commission requested under Article 3 of the Convention.

41. When it was first suggested that Djibouti refer this dispute to the World Court, such a suggestion did not imply that this would never possibly help Djibouti as to the substance of the

³⁹CMF, pp. 70-71, para. 5.16.

dispute: that of receiving or not receiving the file. The idea was never to go to court only in order to — as a result — obtain a renewed motivation of the French refusal, but nothing else.

42. Besides this, the Respondent is just plainly wrong in suggesting that the Court would, when honouring Djibouti's requests, substitute itself for the French Republic. When reaching a judgment in line with the requests of the Applicant, the Court would do what the Court is called upon for: interpret the meaning of the relevant law, next, apply the law on the available facts and judge that these do not allow for the Respondent to have recourse to any of the exceptions under Article 2 (c) of the 1986 Convention. Therefore, the Applicant asks the Court to, in no uncertain terms, reject this proposition presented by the Respondent.

43. In addition to the various aspects of "full reparation", which I have just discussed, I would like to make several remarks regarding restitution and satisfaction.

Restitution

44. This morning we have provided the Court with the facts relating to the rogatory Commission, beginning on 6 May 2004 and ending towards the end of June 2005. Also, we have demonstrated that the Respondent, through the Director of the Cabinet of the Minister of Justice, made a clear and unconditional commitment to transmit the file before the end of February 2005, a commitment which was shortly thereafter reconfirmed by the Ministry of Foreign Affairs by means of its press communiqué of 29 January 2005, which was consecutively repeated by the French Ambassador in Djibouti⁴⁰. Thus, Djibouti had received a formal and positive reply from its French counterparts. We have also demonstrated that the apparent change of this position, evidenced by the letter of 6 June 2005, was unlawful, in the first place because the 1986 Convention does not allow for such a change of position after a commitment to act positively on an international letter rogatory has been communicated to the requesting State and in the second, subsidiary place because the refusal contained in the letter of 6 June 2005 was unlawful in itself. Seen from the perspective of the 6 June letter, Djibouti's demands in this case may also be formulated in terms of reverting to the *status quo ante*, i.e., in terms of restitution as codified in Article 35 of the Articles on State Responsibility.

⁴⁰CMF, Ann. XI, p. 3 of the Judgment of the *cour d'appel de Paris*.

45. Restitution as a means of re-establishing the *status quo ante* is also fitting the demands with respect to the violation of the immunity of the two public servants. This is similar to the situation decided by the Court in the *Arrest Warrant* case (*Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium)*, *Judgment, I.C.J. Reports 2002*, p. 33, para. 78 (3). See also, p. 32, para. 76). This would, then, entail annulling the convocations of 8 September 2005 with regard to the *Procureur Général* and the Chief of National Security⁴¹ and the arrest warrants dated 20 October 2006⁴². The latter is in itself indispensable given the composite nature of the acts involved.

46. At first sight one may deem it unnecessary for the Court to do the same with respect to the *convocation à témoin* of the President of Djibouti dated 17 May 2005⁴³. However, as discussed yesterday, this convocation has never been annulled. The fact that the President has — rightly so — ignored this convocation is punishable as a criminal act under French law, as is clarified in the *convocation à témoin* issued to Madam Foix⁴⁴. This turns the President into a person, possibly suspected of a criminal offence, which leaves the President within the hands of the French judiciary, who could try and engage the President in any successive step foreseen under French criminal law. The Applicant does not consider it to be necessary to further explain to the Court that this situation is in need of effective redress. It is for these reasons that Djibouti, in its final submissions, is also asking the Court to declare this *convocation à témoin* dated 17 May 2005 null and void.

47. It is obvious that a judgment of this Court, which would include a decision that the Respondent shall transfer the Borrel file to Djibouti and that the Respondent shall annul the *convocation à témoin* sent to the Applicant's President on 17 May 2004 and that the Respondent shall annul the convocations and arrest warrants intended for the two public servants, will imply a judgment on the unlawfulness of the Respondent's conduct in these matters. Such a judgment

⁴¹Additional Documents submitted to the Court by the Republic of Djibouti, letter of 21 November 2007, Ann. 11, pp. 102-103, 112-113

⁴²*Mandats d'arrêt émis le 20 octobre 2006 à l'encontre de MM. Djama Souleiman Ali et Hassan Said*, CMF, Ann. VIII.

⁴³MD, Ann. 28.

⁴⁴Additional Documents submitted to the Court on behalf of the Republic of Djibouti, letter of 21 November 2007, *Convocation à témoin de Mme Geneviève Foix, 15 octobre 2007*, Ann. 7, p. 60; CR 2008/1, p. 38, paras. 17-19 (van den Biesen).

would, as such, also provide for a considerable measure of satisfaction. Thus, the need to have recourse to satisfaction as one of the forms to obtain full reparation, would be substantially decreased.

48. However, given the Applicant's position that in this case no financially assessable damage has been suffered, but rather that damage has been suffered of a moral or immaterial nature, satisfaction as part of obtaining full reparation still has a role to play. As confirmed in the *Rainbow Warrior Award*:

“There is a long established practice of States and international Courts and Tribunals of using satisfaction as a remedy or form of reparation (in the wide sense) for a breach of an international obligation. This practice relates particularly to the case of moral or legal damage done directly to the State, especially as opposed to the case of damage to persons involving international responsibilities.”⁴⁵

49. It goes without saying that first communicating a commitment to hand over the file, then turning around and saying “No” in a two-line letter, and then two years later providing a motivation which includes accusing Djibouti, in an unsubstantiated manner, of *détournement de procédure* and, next, turning this unsubstantiated accusation into a justification of a violation of its obligations should be qualified as a behaviour, as a collection of acts that are not only unlawful, but which are also causing moral and legal damage to the applicant State. From this perspective a declaratory judgment establishing these violations would serve as a proper remedy in the form of satisfaction.

50. It also goes without saying that sending a *convocation à témoin* to the President, then not repealing this same convocation, not offering any public apologies for the acts of the judge of instruction, which particular acts under international law are to be attributed to the respondent State, that allowing for this to be more or less repeated two years later, that not offering any formal nor public apologies for this second event, while the media, apparently notified by the French Republic's judiciary, are publishing widely about this second *convocation à témoin*, is not only to be qualified as causing serious damage to the integrity, the honour and the dignity of the person of the President of Djibouti, but at the same time this needs to be qualified as causing moral and legal damage to the applicant State. Also, from this perspective a declaratory judgment establishing these violations would serve as a proper remedy, in the form of satisfaction.

⁴⁵*Rainbow Warrior (New Zealand/France)*, United Nations, *Reports of International Arbitral Awards (RIAA)*, Vol. XX, p. 217 (1990), pp. 272-273, para. 122.

51. Against the background of these two infringements, even without any further explanation, it is clear that sending out convocations and arrest warrants intended for Djibouti's *Procureur Général* and Djibouti's Chief of National Security is, indeed, creating an image that part of the leadership of Djibouti is involved in the commission of criminal acts, in spite of the fact that, at the same time, official spokespersons of the French Republic keep stating that

“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.”⁴⁶

This behaviour, these acts, also need to be qualified as causing moral and legal damage to the applicant State. Also from this perspective a declaratory judgment establishing this violation would serve as a proper remedy, in the form of satisfaction.

52. The fact that all of these three infringements are occurring in the context of the very same issue further enhances the moral and/or legal damage done directly to the applicant State. From this perspective a declaratory judgment establishing this violation would serve as a proper remedy, in the form of satisfaction.

53. Seen from these perspectives the remedy under the form of satisfaction by means of a declaratory judgment, in this case, should be considered as having two different functions. The first one being a demand “in the alternative”, in case the Court would agree that the violations, alleged by the applicant State, have indeed been committed, but that other forms of redress requested by the Applicant will not be awarded. In the second place as a complement to the other demands of Djibouti, since awarding the other forms of redress in itself does not entail the clear message that the respondent State has, indeed, damaged the moral integrity as well as the dignity of the applicant State.

54. In his second report on State Responsibility, Special Rapporteur Mr. Arangio-Ruiz, made a distinction between moral damage to the State as such and moral damage to the State through

⁴⁶Communiqué de presse, déclaration du porte-parole du Ministère des Affaires Étrangères, Paris, 29 Jan. 2005, Ann. 22.

moral damage to individuals acting on behalf of the State⁴⁷. In this case, the Applicant restricts its demands based on moral damage to the first category, i.e. to moral damage to the State as such.

55. Apart from the foregoing, in this particular case there does exist another compelling reason to award the request for a declaratory judgment stating the unlawfulness of the acts committed by the respondent State. In this particular case, both States clearly expect guidance from the Court. It is for precisely that purpose that seeking a judgment of this Court came to be discussed between the two Parties. Thus, a declaratory judgment as requested by Djibouti would, aside from the other requests aimed at obtaining effective and full reparation, provide for substantial directions for both States as to how to conduct their bilateral relationship with respect to the matters that are central to this case.

At this point, Madam President, we are coming to a closure of the Applicant's first round in these oral proceedings and I would appreciate your giving the floor to the Agent of Djibouti for his concluding remarks.

The PRESIDENT: Thank you, Maître van den Biesen. Je donne la parole à M. l'agent Doualeh.

M. DOUALEH :

CONCLUSIONS ET DEMANDES DE LA RÉPUBLIQUE DE DJIBOUTI

1. Madame le président, Messieurs les juges, l'honneur me revient de présenter à la Cour les conclusions et demandes de la République de Djibouti. Pour ce qui a trait à ses demandes, la République de Djibouti souhaite les faire connaître dès cette étape de la procédure à la Partie défenderesse. La République de Djibouti est consciente que, conformément au Règlement de la Cour, les conclusions et demandes finales doivent être formellement présentées à la fin du second tour de plaidoiries orales. Toutefois, pour des considérations de courtoisie à l'égard de la Partie française, elle souhaite présenter ses demandes à ce stade de la procédure. Un certain nombre de modifications ayant été apportées aux demandes contenues dans son mémoire suite à l'étude du

⁴⁷Geatano Arangio-Ruiz, Special Rapporteur of the International Law Commission on State Responsibility, *Second Report on State Responsibility*, Report of the International Law Commission on the work of its 41st Session, *Yearbook of the International Law Commission*, 1989, Vol. II (1), United Nations, doc. A/CN.4/425 & Corr. and Add. 1 & Corr. 1., pp. 4-7, paras. 13-18.

contre-mémoire français, Djibouti estime qu'il serait judicieux de les porter dès à présent à la connaissance de la France afin que celle-ci puisse éventuellement présenter ses observations au stade du premier tour de plaidoiries. Je rappelle à ce sujet que dans la requête introductive d'instance la République de Djibouti avait indiqué qu'elle se réservait le droit de «modifier et de compléter» ses demandes.

2. Avant de présenter spécifiquement les demandes de la République de Djibouti, permettez-moi, Madame le président, de formuler quelques mots de conclusion. Une journée et demie de plaidoiries intenses a permis à la République de Djibouti de présenter à la Cour une description analytique des faits et agissements qui sont à l'origine du différend opposant les deux Parties et de mettre en évidence les violations diverses du droit international dont les autorités françaises se sont rendues responsables. La République française a enfreint ses obligations envers la République de Djibouti telles qu'elles découlent du traité d'amitié de 1977 et de la convention de 1986, notamment en refusant de manière inattendue d'exécuter la commission rogatoire internationale en date du 3 novembre 2004 en dépit d'engagements et d'assurances réitérés. Pis, les violations du traité de 1977 et de la convention de 1986 se sont accompagnées d'une autre série de faits illicites internationaux consistant en des manquements aux principes de la courtoisie internationale et aux règles coutumières et conventionnelles afférentes aux immunités.

3. Face à ces manquements graves et manifestes au mépris de l'amitié et de la coopération de bonne foi qui devraient présider aux relations entre Djibouti et la France, la République de Djibouti est fermement convaincue qu'un arrêt de votre Cour couvrant l'essentiel des points soulevés dans la requête et le mémoire djiboutiens contribuerait grandement à détendre les relations franco-djiboutiennes. Madame le président, Messieurs les juges, pendant cette journée et demie de plaidoiries plusieurs thèmes ont été évoqués, certains ayant demandé plus que d'autres des analyses extrêmement poussées. Il a fallu d'abord clarifier la question de la compétence de votre illustre juridiction avant de se pencher tour à tour sur les questions essentielles du *modus operandi* du traité de 1977 et de la convention de 1986 ainsi que sur le champ des immunités en l'espèce. La République de Djibouti espère que les éclaircissements qu'elle a apportés sur les questions de compétence sont de nature à lever toute ambiguïté en la matière. Dès lors, elle souhaite que l'attention de la Cour soit tournée sur le cœur du présent différend qui, comme on le sait, a trait à

trois types de manquements attribuables aux autorités françaises. Permettez-moi, Madame le président, de les rappeler au moyen des demandes qui suivent.

4. Du fait de ces manquements et pour les motifs évoqués dans ses plaidoiries, la République de Djibouti prie la Cour de bien vouloir dire et juger :

1. Que la République française a violé ses obligations en vertu de la convention de 1986 :
 - i) en n'ayant pas mis en œuvre son engagement en date du 27 janvier 2005 à exécuter la demande de commission rogatoire de la République de Djibouti en date du 3 novembre 2003 ;
 - ii) ou subsidiairement, en n'ayant pas exécuté son obligation en vertu de l'article 1 de ladite convention suite à son refus illicite contenu dans la lettre du 6 juin 2005 ;
 - iii) ou subsidiairement encore, en n'ayant pas exécuté son obligation en vertu de l'article 1 de ladite convention suite à son refus illicite contenu dans la lettre du 31 mai 2005.
2. Que la République française doit immédiatement après le prononcé de l'arrêt de la Cour :
 - i) transmettre le «dossier Borrel» dans son entièreté 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 non avenue.
9. Que la République française, en agissant contrairement ou en manquant d'agir conformément aux articles 1, 3, 4, 6 et 7 du traité d'amitié et de coopération de 1977 pris individuellement ou cumulativement, a violé l'esprit et le but de ce traité ainsi que les obligations en découlant.
10. Que la République française doit cesser son comportement illicite et respecter scrupuleusement à l'avenir les obligations qui lui incombent.
11. Que la République française doit fournir à la République de Djibouti des assurances et garanties spécifiques de non-répétition des faits illicites dénoncés.

Madame le président, Messieurs de la Cour, cela met fin au premier tour de plaidoiries de la République de Djibouti. Je vous remercie pour votre attention.

Le PRESIDENT : I thank you, Your Excellency, for your concluding comments. Je vous remercie.

Ceci met fin au premier tour de plaidoiries de la République de Djibouti. Les audiences reprendront le jeudi 24 janvier à 15 heures pour entendre la République française en son premier tour de plaidoiries. Je vous remercie. La séance est levée.

L'audience est levée à 16 h 25.
