

CR 2008/4

**Cour internationale
de Justice**

LA HAYE

**International Court
of Justice**

THE HAGUE

ANNÉE 2008

Audience publique

tenue le jeudi 24 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 Thursday 24 January 2008, at 3 p.m., at the Peace Palace,

President Higgins presiding,

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

VERBATIM RECORD

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

M. Couvreur, greffier

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

Le Gouvernement de la République de Djibouti est représenté par :

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

comme agent ;

M. Phon van den Biesen, avocat, Amsterdam,

comme agent adjoint ;

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

comme conseil et avocat ;

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

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

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

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

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

comme conseils.

Le Gouvernement de la République française est représenté par :

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

comme agent ;

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

M. Hervé 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 aujourd'hui pour entendre le premier tour de plaidoiries de la République française. Je donne maintenant la parole à l'agent de la France, Mme Belliard.

Mme BELLIARD :

1. Madame le président, Messieurs les juges, c'est pour moi un grand honneur de représenter aujourd'hui mon pays devant votre Cour.

2. A l'heure d'engager les plaidoiries orales de la République française dans la présente affaire, je tiens à souligner la confiance du Gouvernement français dans la sagesse de votre haute juridiction et dans la justice de vos décisions, confiance que reflète son acceptation de votre compétence dans cette affaire. Je remercie également MM. les professeurs Hervé Ascensio et Alain Pellet, qui, après moi, exposeront l'argumentation de la République française.

3. La République de Djibouti peut être assurée que la force avec laquelle la France entend exposer ses arguments et défendre la licéité des actes ou des comportements dont il lui est fait grief aujourd'hui — loin de porter atteinte aux liens historiques et amicaux entre nos deux pays — sera à la hauteur du respect mutuel dont ont toujours été empreintes nos relations bilatérales. Surtout, la France nourrit l'espoir que la présente procédure permette de dissiper certaines des incompréhensions qui, de part et d'autre, ont pu naître. Je suis convaincue qu'un tel objectif ne peut être mieux servi qu'en s'attachant à désigner et à nommer, avec la plus grande précision, les désaccords, parfois tus, qui ont pu donner lieu à des malentendus. Notre présence commune devant vous aura, j'en suis sûre, pour effet de renforcer et fortifier l'amitié qui préside traditionnellement aux relations entre nos deux pays.

4. Permettez-moi toutefois, Madame le président, de faire, dès à présent, quelques brèves remarques préalables au nom de ma délégation. Les conseils qui me succéderont cet après-midi à la barre comme moi-même, sommes pleinement conscients de l'importante mission que vous confère votre statut d'«organe judiciaire principal des Nations Unies». Dans l'exercice de votre compétence contentieuse, et pour paraphraser différentes dispositions du chapitre II du Statut de la Cour, vous êtes appelés à régler, conformément au droit international, les différends d'ordre juridique que vous soumettent les Etats et ayant pour objet l'interprétation d'un traité, tout point de

droit international, la réalité de tout fait qui, s'il était établi, constituerait la violation d'un engagement international ou encore la nature ou l'étendue de la réparation due pour la rupture d'un engagement international.

5. Je n'ai donc nul besoin d'expliquer ici que votre Cour ne saurait être appelée à établir la matérialité de faits faisant l'objet d'enquêtes criminelles au sein des Etats, non plus que leur incrimination au regard du droit pénal national ou encore les responsabilités individuelles liées à de tels actes. Si je rappelle les caractéristiques bien connues de votre juridiction, c'est avant tout pour signifier notre attachement, qui est partagé, j'en suis sûre, de l'autre côté de la barre, à ce que la Cour puisse remplir sereinement sa fonction à l'égard du différend juridique qui oppose nos deux Etats.

6. Vous n'êtes probablement pas sans savoir que les investigations judiciaires relatives au décès de Bernard Borrel, ainsi que les multiples autres procédures qui se sont ajoutées à celle-ci par la suite, ont connu un très fort retentissement médiatique tant en France qu'à Djibouti. Nos contradicteurs y ont trouvé parfois matière à se plaindre, parfois confirmation de leurs critiques à l'encontre des autorités françaises. Bien trop soucieuse de la liberté de la presse et de son indépendance, je ne crois pas que ce soit ici le lieu pour commenter les commentaires.

7. Il n'est également un mystère pour personne dans cette enceinte, que la marche de la justice, jugée parfois excessivement longue, n'obéit toujours pas au rythme que voudrait voir adopté l'opinion publique ni ne satisfait toujours assez rapidement le légitime besoin de vérité des individus directement touchés. Aussi est-il particulièrement important à mes yeux, dans de telles situations, que chacun prenne le soin ne pas confondre les compétences respectives de chaque institution et que la rigueur juridique prévale toujours quelles que soient les revendications multiples et parfois contradictoires exprimées au nom de la justice.

8. A cet égard, il en va de l'idée même que nous nous faisons de la justice que l'instruction relative au décès de Bernard Borrel puisse être conduite en toute indépendance, nonobstant les «questions d'entraide judiciaire en matière pénale» entre la France et Djibouti, selon la désignation justement choisie par la Cour pour la présente procédure. Mais il importe également, et réciproquement, que cette dernière procédure se poursuive en ne se référant à l'affaire actuellement

instruite par les juridictions internes que dans la stricte mesure nécessaire au règlement de la contestation élevée par la République de Djibouti à l'encontre de la France.

9. C'est dans un tel esprit qu'il me revient maintenant d'exposer le contexte général dans lequel le présent différend a été porté devant vous et, surtout, l'objet précis de ce différend dont la seule définition constituera, j'en suis intimement persuadée, une étape importante vers son règlement. Je conclurai ma présentation en récapitulant les différentes procédures judiciaires en cours actuellement en France et auxquelles ont fait référence les deux Parties lors des différentes phases de la procédure, étant entendu, comme je viens de le rappeler, qu'il ne s'agit nullement de porter devant vous des affaires pour lesquelles les juridictions internes sont compétentes.

Le consentement de la France à la soumission du différend à la Cour

10. Madame le président, la République de Djibouti a porté devant votre Cour la présente affaire en sachant qu'aucune base de compétence ne lui permettait d'attirer la France devant votre haute juridiction. Dans sa requête, datée du 9 janvier 2006, la République de Djibouti indique en effet qu'elle entend fonder la compétence de la Cour, en application de l'article 38, paragraphe 5, du Règlement de la Cour, sur le consentement exprès que pourrait donner la République française à soumettre au jugement de la Cour le différend visé dans ladite requête¹.

11. Je souhaite souligner ici que la France, après avoir examiné la requête, a souverainement décidé de consentir à la compétence de la Cour dans la présente affaire «en application et sur le seul fondement de l'article 38, paragraphe 5», du Règlement de la Cour. La République française l'a fait savoir par la plume de son ministre des affaires étrangères, dans une lettre adressée au greffier de la Cour le 25 juillet 2006.

12. En se présentant aujourd'hui volontairement devant vous, la France accomplit une démarche à bien des égards exceptionnelle. Pour la deuxième fois, à quelques années d'intervalle, la France donne ainsi la preuve de l'estime dans laquelle elle tient votre haute juridiction. En effet, l'importance qu'attache mon gouvernement à un tel acte ne doit pas être uniquement mesurée à l'aune des questions, parfois très techniques, touchant à la coopération judiciaire pénale entre Etats et qui sont en jeu dans la présente affaire. La République française, en acceptant de voir trancher

¹ Requête en date du 9 janvier 2006, p. 16, par. 20, (ci-après «requête»).

ces questions par la Cour, entend bien sûr manifester toute la confiance que lui inspire votre haute juridiction pour mener à bien sa fonction juridictionnelle et parvenir ainsi au règlement définitif du présent différend. Mais il importe également de voir dans cette décision la manifestation de l'attachement de mon pays aux principes qui fondent le développement harmonieux des relations internationales : le respect du droit international, l'exécution de bonne foi des engagements internationaux et le règlement pacifique des différends entre Etats selon les voies les plus appropriées.

13. Aussi est-ce dans cet esprit que la France a répondu positivement à la demande de Djibouti de s'en remettre au jugement de votre Cour. De l'avis de mon gouvernement, le débat ordonné, rigoureux et dépassionné que permet votre prétoire ainsi que la décision parfaitement motivée à laquelle vous parviendrez à l'issue de cette procédure permettront de régler le différend qui oppose nos deux pays.

14. Je ne peux que rejoindre la République de Djibouti lorsque celle-ci exprime, dans son mémoire, la nécessité de préserver les liens de coopération et d'amitié qui existent entre nos deux pays² et dont le litige qui nous occupe risquait de menacer la solidité et la sincérité. J'ajouterai cependant que, pour mon pays, cet objectif dépasse largement sa proclamation solennelle dans le traité d'amitié et de coopération que nous avons conclu en 1977 : bien plus que sur une simple disposition juridique, notre coopération et notre amitié sont fondées sur une histoire, une langue communes ainsi que sur des échanges approfondis dans les domaines les plus variés.

15. Fidèle à ces valeurs, la France ne vient toutefois pas devant votre Cour pour obtenir la confirmation qu'elle s'est scrupuleusement pliée aux exigences générales d'une coopération de bonne foi entre deux pays amis. Ceci, vous en conviendrez aisément, ne relève pas de la mission d'une Cour de justice, fût-elle la Cour mondiale. La République française se présente devant vous aux fins de voir établi, de manière incontestable, qu'aucun des griefs précis d'ordre juridique élevés devant vous contre elle ne peut être accueilli.

16. Cela m'amène à présent, Madame le président, à examiner l'objet précis du différend que la République française a accepté de soumettre à votre juridiction.

² Mémoire de Djibouti, p. 12, par. 12 (ci-après «MD»).

L'exacte définition des termes du différend soumis à la Cour

17. Madame le président, il me paraît utile d'insister sur l'importance que revêt, aux yeux de la République française, la définition exacte du litige qui vous est soumis. Il en va tout d'abord, en effet, de l'extension précise de votre compétence en la présente affaire et je sais que vous prendrez le plus grand soin, avant de vous prononcer, de vous assurer des pouvoirs exacts que vous ont conférés les deux Parties à cet égard. Mais il en va de même, par ailleurs, de la présentation objective des faits concrets sur lesquels vous êtes appelés à vous prononcer. Je commencerai par dire quelques mots sur ce second point avant de revenir, plus brièvement, sur le premier.

1. La définition de l'objet du différend

18. La définition du différend, la définition de son objet même, ne pose à priori aucune difficulté si l'on se penche sur la première pièce de procédure déposée par la République de Djibouti. Dès la page 4 de la requête introductive d'instance, en son paragraphe 2, le demandeur expose en effet, en le qualifiant comme tel, l'«objet du différend», à savoir le refus de la France de transmettre aux autorités djiboutiennes le dossier de l'affaire Borrel.

19. Il reviendra au professeur Hervé Ascensio de démontrer que la violation alléguée de la convention qui nous lie dans le domaine de l'entraide judiciaire en matière pénale avec Djibouti n'est nullement avérée et qu'aucune autre obligation internationale pesant sur la République française n'a pu être violée à l'occasion du refus de transmettre le dossier sollicité par les autorités judiciaires djiboutiennes. A ce stade, je voudrais simplement relever, pour le regretter, que la précision donnée à la définition du différend, dès les premières lignes de la requête, soit ensuite altérée dans le mémoire déposé par Djibouti le 15 mars 2007.

20. En effet, je crois déceler dans les écritures de nos contradicteurs des éléments susceptibles de fausser la bonne compréhension du différend qui, Madame le président, Messieurs les juges, vous est aujourd'hui soumis. Il s'agit, tout d'abord, dans leurs écrits et sous couvert de la description des «origines du différend entre la République de Djibouti et la République française»³, d'une très large présentation de la procédure judiciaire suivie depuis 1995 et relative aux causes du décès de Bernard Borrel. Il ne me paraît pas nécessaire de revenir plus amplement, à cet égard, aux

³ MD, p. 15.

considérations que je viens d'exposer concernant le strict départ qu'il convient d'opérer entre les procédures relevant de la compétence de juridictions internes, d'une part, et la procédure que nous suivons actuellement devant votre Cour, d'autre part. Le demandeur a cependant, à diverses reprises lors de ses plaidoiries orales, formulé de façon récurrente et quelque peu surprenante des critiques et des jugements de valeur à l'égard des juridictions françaises⁴, critiques sur lesquelles il nous faudra donc revenir, mais qui s'avèrent, de façon générale, hors sujet. En effet, nous avons noté, avec surprise, les développements d'un conseil de Djibouti contestant la compétence des juridictions françaises dans d'autres affaires impliquant des ressortissants djiboutiens⁵. Je ne pense pas qu'il soit nécessaire de répondre longuement à ces critiques. D'une part, le demandeur se dit conscient «qu'une telle question échappe» à votre compétence⁶. D'autre part, jamais, jusqu'à mardi dernier, les personnes mises en cause ou la Partie adverse n'avaient cru bon d'exciper de l'incompétence du juge français. Il est vrai qu'une telle contestation n'aurait eu guère de chance de prospérer : l'information ouverte du chef de subornation de témoin relève bien de la compétence des juridictions françaises dès lors que Mme Borrel, ressortissante française, s'était constituée partie civile dans cette affaire. Je relèverai donc simplement que les intéressés, conscients sans doute de la fragilité de telles argumentations, n'ont jamais contesté la compétence de la juridiction française saisie, non plus qu'ils n'ont fait valoir que les faits reprochés pourraient relever de leurs activités officielles.

21. Par ailleurs, il n'a pas échappé à la Cour que la République de Djibouti a consacré de longs développements de son mémoire, et encore lors des plaidoiries de ces derniers jours, à se justifier de sa «pleine et entière coopération de bonne foi» dans l'exécution de différentes commissions rogatoires internationales relatives à l'affaire Borrel⁷. Cette présentation est tout entière orientée vers la conclusion selon laquelle, en refusant d'exécuter la commission rogatoire internationale délivrée par l'autorité judiciaire djiboutienne, la France aurait manqué en quelque

⁴ CR 2008/3, p. 10-12, par. 12-16 (Condorelli).

⁵ *Ibid.*

⁶ *Ibid.*, p. 12, par. 16.

⁷ Voir MD, p. 17-25, par. 31-56. Voir aussi CR 2008/1, p. 16, par. 10, p. 18, par. 13 (Doualeh) et p. 61, par. 24 (Condorelli) ; CR 2008/2, p. 29, par. 2-3 (van den Biesen).

sorte à une obligation de réciprocité⁸. En accumulant les preuves de sa bonne coopération, le demandeur escompte établir un défaut de coopération de la part de la France et ainsi lui imputer la violation de ses engagements internationaux. Une telle stratégie, qui pourrait être rapprochée de la peinture «impressionniste» pour laquelle le sentiment de l'observateur ne résulte pas de la figuration exacte mais davantage de la suggestion, ne saurait, à mes yeux, emporter la conviction de la Cour.

22. Comme je vous l'ai déjà dit, je laisserai le soin à M. Ascensio de réfuter de manière exhaustive les arguments proprement juridiques soulevés par les représentants de Djibouti, s'agissant tant des violations alléguées du traité d'amitié et de coopération conclu en 1977 entre nos deux pays que de celles, pas davantage avérées, de la convention d'entraide judiciaire en matière pénale de 1986. Ce faisant, je crois, Madame le président, que la présentation parfois biaisée de notre litige qui est donnée par le demandeur ne détournera pas la Cour de l'examen objectif des conditions générales auxquelles doivent répondre les demandes d'entraide, de la procédure exacte qui doit être suivie pour y donner une suite, et des motifs comme des formes, au titre de la convention d'entraide de 1986, qui permettent aux autorités d'un pays de refuser d'y faire droit. Un tel examen ne devrait plus laisser planer de doute sur notre plein respect de nos obligations ainsi que sur notre bonne foi.

23. Le 19 octobre 1995, Bernard Borrel, magistrat français détaché en qualité de conseiller technique du ministre de la justice de la République de Djibouti, est retrouvé sans vie non loin de la capitale de Djibouti. Une information judiciaire est alors ouverte, à la demande du ministère public, auprès du tribunal de grande instance de Toulouse, lieu de domiciliation de la famille Borrel, et bien évidemment personne n'a jamais contesté la compétence des juridictions françaises pour connaître des circonstances et des causes de la mort d'un ressortissant français. Cette information judiciaire, initialement ouverte en «recherche des causes de la mort», voit son objet précisé, un an et demi plus tard, lorsque Mme Elisabeth Borrel, la veuve de Bernard Borrel, dépose elle-même plainte. Par cette plainte, Mme Borrel se constitue partie civile dans la procédure en cours au motif que son époux aurait été assassiné. En conséquence, la procédure est devenue une

⁸ MD, p. 25-30, par. 57-69.

information contre personne inconnue — couramment appelée procédure «contre X» — visant des faits d'assassinat commis sur la personne de Bernard Borrel. Ce type de procédure contre X est employé lorsque le procureur, au terme de sa propre enquête, n'a pas été en mesure d'identifier avec une probabilité suffisante les auteurs de l'infraction.

24. Telle est la procédure pénale, toujours en cours à l'heure actuelle, dont la République de Djibouti a demandé la communication du dossier sur le fondement de la convention d'entraide judiciaire en matière pénale conclue le 27 septembre 1986 entre nos deux pays. Les véritables «faits» du présent différend peuvent dès lors être résumés très succinctement, allant de la délivrance d'une commission rogatoire internationale par la juge d'instruction du tribunal de première instance de Djibouti, le 3 novembre 2004, au rejet de cette demande par la juge d'instruction du tribunal de grande instance de Paris, Mme Sophie Clément, le 8 février 2005, et à la communication, le 31 mai 2005, aux autorités djiboutiennes du refus d'exécuter la commission rogatoire internationale. Nous reviendrons, ce soir et demain, plus en détail sur chacune de ces étapes ayant conduit, pour reprendre les termes de la requête, au «refus des autorités gouvernementales et judiciaires françaises d'exécuter une commission rogatoire internationale concernant la transmission aux autorités judiciaires djiboutiennes du dossier relatif à la procédure d'information relative à l'*Affaire contre X du chef d'assassinat sur la personne de Bernard Borrel*»⁹. C'est là, en effet, l'objet même du différend qui nous occupe.

25. Permettez-moi néanmoins, Madame le président, de faire remarquer, dès à présent, que la façon dont le demandeur présente ces différentes étapes ne contribue pas toujours à bien en faire comprendre la signification juridique précise.

26. En premier lieu, la Partie requérante paraît confondre différentes démarches entreprises par ses autorités aux fins d'obtenir la communication du dossier de l'affaire Borrel avec la délivrance formelle de la commission rogatoire internationale par le juge d'instruction djiboutien, qui seule peut être prise en compte conformément à la convention de 1986 et conduire à l'examen par les autorités de l'Etat requis de la demande d'entraide. Une telle commission rogatoire internationale n'a pu en effet être émise — après que des indications furent d'ailleurs fournies aux

⁹ Requête, p. 4, par. 2.

autorités djiboutiennes à cette fin —, qu'une fois ouverte une information judiciaire au tribunal de grande instance de Djibouti. D'après le texte de la commission rogatoire internationale en date du 3 novembre 2004¹⁰, une information judiciaire a bien été ouverte conformément à un réquisitoire du procureur de la République de Djibouti en date du 20 octobre 2004 et ce afin, non seulement, d'ouvrir une information contre X du chef d'assassinat sur la personne de Bernard Borrel, mais également, je cite le mémoire, afin de «décerner une commission rogatoire internationale aux fins de demander la communication» du dossier Borrel¹¹.

27. De cette première étape, l'introduction formelle de la demande d'entraide, il me semble que deux enseignements doivent être tirés. Tout d'abord, cela va sans dire, mais aussi beaucoup mieux en le disant : la demande de communication du dossier ne peut être considérée comme ayant été valablement formée avant le 3 novembre 2004. Aussi, l'insistance mise par nos contradicteurs à souligner que des assurances auraient déjà été données par le Gouvernement français que le dossier Borrel serait transmis à Djibouti, n'est-elle rigoureusement d'aucune portée. Sauf à méconnaître purement et simplement les procédures d'entraide judiciaire établies par voie conventionnelle et subordonnées au respect des législations internes de chaque Etat, il ne pouvait être envisagé que le dossier soit transmis avant même que la demande en fût faite.

28. Le second point, en lien avec le précédent, qu'il importe de souligner ici, concerne l'attitude des autorités françaises précédemment à la délivrance de la commission rogatoire internationale. Tous les éléments pertinents à la présentation de la demande d'entraide ont été fournis aux autorités djiboutiennes, dans l'esprit de coopération qui doit d'ailleurs toujours prévaloir dans nos relations, et il paraît extrêmement paradoxal d'en tirer argument, comme le fait la République de Djibouti, pour imputer à la France une violation de ses obligations internationales¹². Au demeurant, bien loin de la «rupture unilatérale» de la coopération alléguée par le demandeur, les étapes suivantes de la procédure témoignent bien au contraire de ce que la France s'est pliée à ses obligations.

¹⁰ MD, annexe 20, p. 131.

¹¹ *Ibid.*

¹² MD, p. 40, par. 100.

29. La seconde étape, décisive au regard du différend qui vous est soumis, consiste dans la procédure ayant mené à la décision de la juge d'instruction, le 8 février 2005, de rejeter la demande de communication du dossier de l'affaire Borrel. Sans empiéter sur les explications qui vous seront données plus tard par le professeur Hervé Ascensio, je voudrais tout d'abord attirer l'attention de la Cour sur le délai raisonnable de trois mois dans lequel la demande d'entraide a pu être examinée par la juge d'instruction chargé de l'affaire Borrel. Par ailleurs, et quel que soit le tableau que voudrait dresser la Partie adverse, laissant accroire que la demande aurait pu être immédiatement satisfaite, il ne pouvait faire de doute qu'une telle demande d'une part nécessitait l'intervention du juge d'instruction disposant du dossier et, d'autre part, pouvait soulever des difficultés au regard des intérêts essentiels de la nation compte tenu des pièces classifiées que comporte le dossier d'instruction. Le demandeur ne pouvait ignorer aucun de ces deux paramètres, dont il a d'ailleurs été averti. En tout état de cause, il ne peut faire de doute qu'en refusant de transmettre le dossier de l'affaire Borrel, les autorités françaises n'ont commis aucune violation de la convention de 1986 qui prévoit, dès l'article 2, que, je cite :

«L'entraide judiciaire pourra être refusée :

.....

- c) si l'Etat requis estime que l'exécution de la demande est de nature à porter atteinte à sa souveraineté, sa sécurité, à son ordre public ou à d'autres de ses intérêts essentiels.»

30. Le droit de refuser, à certaines conditions, de communiquer le dossier paraît ainsi clairement incontestable au regard de la convention de 1986 et le demandeur n'a pas renouvelé oralement l'idée contraire qu'il avait suggéré tout au long de ses pièces écrites. Par un raisonnement nouveau par rapport à la requête comme au mémoire, les demandeurs soutiennent maintenant, de façon surprenante, que la lettre du 27 janvier 2005 du directeur de cabinet du ministre de la justice constituait en réalité la réponse — positive — à la commission rogatoire internationale. M. Hervé Ascensio reviendra plus longuement sur ce nouvel argument en vous exposant la procédure interne applicable à l'examen d'une demande d'entraide et le rôle incontournable du juge d'instruction, dans l'affaire qui nous occupe, pour décider de la transmission ou non du dossier dont il a la charge.

31. Le demandeur ne peut pas davantage établir un manquement des autorités françaises lors de la troisième étape de la procédure. Ici encore le raisonnement de Djibouti n'est pas exempt d'imprécisions : l'Etat requérant argue d'une part que la demande d'entraide ne pouvait en aucun cas être refusée mais allègue d'autre part et simultanément que les autorités françaises ont violé leur obligation de motivation de tout refus d'entraide judiciaire.

32. Les éléments abondent qui tous témoignent de la parfaite information dont ont disposé les autorités djiboutiennes sur le motif d'un tel refus. Formellement, dans une lettre datée du 31 mai 2005, le directeur des affaires criminelles et des grâces du ministère français de la justice a informé l'ambassadeur de Djibouti en France de la décision du juge d'instruction, en se référant notamment à l'article 2, *litt. c*), de la convention autorisant le refus d'entraide judiciaire. Il est vrai que la République de Djibouti explique aujourd'hui ne jamais avoir reçu une telle lettre. Une telle affirmation ne manque toutefois pas de surprendre lorsqu'on lit dans la requête du 9 janvier 2006 que «le juge d'instruction refuse la transmission du dossier Borrel aux autorités judiciaires djiboutiennes au motif que «la transmission de ce dossier est contraire aux intérêts fondamentaux de la France»¹³. Cette seule indication pourrait suffire à discréditer les allégations d'ignorance de la Partie adverse. Toutefois, la République française ne manquera pas dans la suite de ces plaidoiries de présenter à la Cour l'ensemble des éléments attestant de la parfaite information de la République de Djibouti quant au motif du rejet de sa demande de communication du dossier de l'affaire Borrel.

33. Madame le président, le différend qui vous est soumis peut se résumer, factuellement, aux trois étapes que je viens d'évoquer. Dès lors, aucune difficulté ne devrait se poser pour en cerner les limites. Pourtant, les plaidoiries de nos contradicteurs — et nous l'indiquons déjà dans nos écritures — excèdent largement ces limites. Ceci m'amène au second point pour lequel j'estime important de préciser l'objet exact du différend qui vous a été soumis, et sur lequel je pourrai être plus brève.

¹³ Requête, p. 10, par. 13.

2. Les limites de l'objet du différend

34. A vrai dire, le flou entretenu sur l'objet précis et nettement circonscrit du différend qui nous oppose ne porterait nullement à conséquence s'il suffisait d'apporter quelques observations et clarifications complémentaires. Il suffirait même de s'en remettre aux termes très clairs de la requête djiboutienne. Surtout, l'examen proprement juridique des allégations de l'Etat requérant devrait suffire à en montrer les nombreuses faiblesses. Il était néanmoins important, à mes yeux, de rappeler que mon gouvernement n'a pas accepté de soumettre à l'appréciation de la Cour l'ensemble de la procédure suivie dans l'affaire Borrel, ni à fortiori d'autres procédures pénales internes, ce qu'au demeurant il n'était pas en position de faire eu égard tant aux limites statutaires de votre compétence qu'au principe de l'indépendance de l'autorité judiciaire inscrit dans notre Constitution. Il est vrai que l'agent de la République de Djibouti a cru devoir s'interroger : faut-il parler de «l'affaire Borrel» au singulier ou «des affaires Borrel»¹⁴ ? Je rappelle que derrière les aspects juridiques de ce dossier, il s'agit de l'assassinat d'un homme et de la souffrance d'une famille et qu'il convient devant votre Cour de s'en tenir au seul et unique dossier relatif à cet assassinat : celui instruit près le tribunal de grande instance de Paris et dont la communication a été demandée par les autorités judiciaires djiboutiennes.

35. Quoi qu'il en soit des opinions de la Partie adverse quant au déroulement des investigations criminelles, sans pertinence ici, il serait en revanche contraire au consentement donné par mon gouvernement, d'en élargir indûment la portée en s'appuyant sur la formulation de demandes qui sont sans lien avec l'objet du différend, comme tente de le faire le demandeur. Au-delà, ce ne serait pas seulement le consentement donné par la France en l'espèce qui serait en jeu mais également l'attractivité de l'article 38, paragraphe 5, du Règlement de la Cour qui serait remise en cause si l'interprétation du consentement donné à la compétence de la Cour sur le fondement de cet article s'écartait des termes mêmes de l'acceptation.

36. Il en va ainsi des conclusions du demandeur relatives à de prétendues violations par les autorités françaises de leurs obligations de prévenir les atteintes à la personne, à la liberté ou à la dignité d'une personne jouissant d'une protection internationale. Ces conclusions, à peine étayées en fait dans la requête par la mention des convocations du chef de l'Etat djiboutien, du chef de la

¹⁴ CR 2008/1, p. 17, par. 12 (Doualeh).

sécurité nationale et du procureur de la République pour être entendus devant des juges français, sont à l'évidence dépourvues de lien avec le fait de savoir si les autorités françaises ont pu, au regard des règles gouvernant l'entraide judiciaire entre la France et Djibouti, refuser de communiquer le dossier de l'information judiciaire dans l'affaire Borrel¹⁵. En développant son argumentation relative à de telles conclusions dans son mémoire¹⁶ et, plus encore, dans ses plaidoiries¹⁷, le demandeur n'est pourtant pas parvenu à justifier leur inclusion dans le présent litige.

37. Sur ce point, comme nous avons eu l'occasion de le souligner dans notre contre-mémoire¹⁸, il convient pourtant de lire exactement les termes de la lettre du ministre français des affaires étrangères par laquelle votre compétence a été reconnue. Celui-ci a pris soin d'ajouter au fait que la République française acceptait la compétence de la Cour pour connaître de la requête, qu'une telle acceptation ne valait que, «pour le différend qui fait l'objet de la requête *et* dans les strictes limites des demandes formulées dans celle-ci par la République de Djibouti»¹⁹. Or, si certaines des demandes relatives aux atteintes aux immunités du président de la République de Djibouti ou d'autres personnalités officielles figurent incontestablement dans la requête, elles sont manifestement dénuées de tout lien avec l'objet du différend, sauf à considérer, une fois encore, que le demandeur cherche à remettre en cause, ensemble, la procédure relative aux causes du décès de Bernard Borrel et les autres procédures qui lui sont connexes et que tel est là le véritable objet du différend — mais ce n'est ce qui ressort ni de la description de «l'objet de la requête» par la requête elle-même, ni de ce que la République française a accepté.

38. Le professeur Alain Pellet démontrera, avec tout le talent qui est le sien, qu'une telle conception extensive de la compétence conférée à votre Cour dans la présente instance ne peut être admise au regard des règles et principes gouvernant la compétence de votre haute juridiction. D'un point de vue plus général, il est toutefois symptomatique de constater comment, en additionnant des allégations sans rapport avec la question d'entraide qui devrait seule nous occuper, le demandeur

¹⁵ Requête, p. 10, par. 13.

¹⁶ Voir MD, p. 13, par. 14.

¹⁷ CR 2008/1, p. 30, par. 22 (Condorelli).

¹⁸ CMF, p. 11-16, par. 2.13.-2.26.

¹⁹ MD, annexes, p. 13, annexe 2 ; les italiques sont de nous.

tend à accréditer l'idée d'une brusque «rupture unilatérale de la confiance réciproque et de la coopération» — ce sont ses termes²⁰ — attribuable aux autorités françaises. Si la France déplore évidemment que l'on ait pu parfois prêter à l'Etat français l'objectif de «déstabiliser un pays», en l'occurrence Djibouti²¹, comme cela est dit dans sa requête, et que l'on ait pu penser que la confiance et la coopération entre la République française et la République de Djibouti étaient rompues, de telles affirmations n'établissent nullement que la France a refusé d'exécuter une commission rogatoire internationale en violation de ses obligations internationales et, en premier lieu, de la convention bilatérale d'entraide de 1986.

39. Dans le souci de ne laisser aucune des allégations du demandeur sans réponse, nous prendrons toutefois soin, dans la suite de nos plaidoiries, d'examiner les faits que Djibouti a cru bon de porter à la connaissance de la Cour, allant même parfois au-delà des limites *ratione temporis* du consentement donné par la France à la juridiction de la Cour. Nous reviendrons en particulier sur les différentes allégations du demandeur selon lesquelles nous aurions, à plusieurs reprises, porté atteinte, ou manqué, à notre devoir de prévenir les atteintes à la personne, à la liberté ou à la dignité d'une personne jouissant d'une protection internationale. Nous reviendrons ainsi sur les différents actes pris dans le cours de procédures pénales, tels que les invitations à déposer adressées au chef de l'Etat djiboutien, et la convocation comme témoins assistés de personnalités officielles djiboutiennes. Nous montrerons que ces actes :

- soit ne sont nullement de nature à porter atteinte aux immunités dont jouit, personne ne le conteste, le président de la République de Djibouti,
- soit ne peuvent en tout état de cause constituer la violation alléguée du droit international dès lors que les personnes visées ne bénéficient pas, et cela n'est guère contestable, d'immunités en vertu du droit international.

40. C'est donc à des fins d'exhaustivité — bien que parfois uniquement à titre subsidiaire — que l'ensemble des allégations soulevées par l'Etat requérant feront l'objet d'une réfutation précise au cours de nos plaidoiries. Aussi, compte tenu de la démarche djiboutienne visant à une généralisation du différend à un ensemble de procédures judiciaires liées à l'affaire Borrel, paraît-il

²⁰ MD, p. 25.

²¹ Requête, p. 10, par. 11.

utile, dans un souci de clarté à l'égard de la Cour, de récapituler brièvement les procédures dont il sera fait mention d'ici la fin de notre premier tour de plaidoiries.

Rappel des procédures pénales en cours

41. Madame le président, je n'ai guère besoin de m'appesantir sur la seule procédure pénale en cause dans le différend qui doit nous occuper. Le demandeur a consacré déjà de longs développements au déroulement de cette procédure dans son mémoire²², y compris en donnant à la Cour maints détails concernant les investigations judiciaires menées sur le fond de cette affaire. Le demandeur a également produit, au nombre des documents additionnels présentés le 21 novembre 2007, certaines pièces sans grande utilité dans le différend qui nous occupe. Il ne nous a guère paru pertinent, dans nos pièces écrites, de nous étendre au-delà du strict nécessaire sur la chronologie de cette procédure. Et je ne reviendrai pas, à l'heure des plaidoiries orales, sur celle-ci ; les éléments pertinents figurent dans notre contre-mémoire²³. J'ai exposé en outre devant vous, il y a quelques instants, les différentes étapes de la procédure d'entraide judiciaire ayant conduit au refus de communiquer le dossier de cette affaire aux autorités judiciaires djiboutiennes. Il convient uniquement de rappeler ici que les deux invitations à déposer comme témoin (et non pas comme témoin assisté, comme l'a finalement concédé Djibouti à l'audience)²⁴, adressées en 2005 et en 2007 à M. Ismaël Omar Guelleh, président de la République de Djibouti, l'ont été par la juge d'instruction chargée de l'affaire Borrel et dans le cadre de son information. Ces deux invitations, comme il sera démontré, n'entrent pas dans l'objet du différend porté devant votre Cour.

42. Différentes autres informations judiciaires ouvertes devant des juridictions françaises doivent par ailleurs être mentionnées, dans la mesure où il y sera fait référence dans la suite de nos plaidoiries. Ainsi, les convocations comme témoins assistés, puis les mandats d'arrêt délivrés à l'encontre du procureur de la République et du chef de la sécurité nationale de Djibouti relèvent-ils d'une information judiciaire distincte conduite par un juge d'instruction près le tribunal de grande instance de Versailles pour des faits de subornation de témoins. Les mandats d'arrêt ont été décernés le 27 septembre 2006 par la chambre d'instruction de la cour d'appel de Versailles, après

²² MD, p. 15-25, par. 20-56.

²³ CMF, p. 4, par. 1.3-1.5.

²⁴ CR 2008/1, p. 37, par. 13 (Van den Biesen).

que les deux intéressés eurent refusé de déférer à une première convocation en qualité de témoins assistés dans cette affaire. Le procès doit s'ouvrir devant le tribunal correctionnel de Versailles à compter du 13 mars prochain, offrant d'ailleurs, je le signale en passant, une nouvelle possibilité aux personnes mises en cause de faire un plein usage des droits de la défense qui leur sont reconnus devant les juridictions françaises. Mais, devant votre Cour, et tout en n'ayant aucun doute sur le fait que, dans l'exercice normal de leurs fonctions, les intéressés ne peuvent prétendre au bénéfice d'immunités quelconques au regard du droit international, nous nous attacherons avant tout à souligner que les mandats d'arrêts incriminés par Djibouti excèdent la compétence *ratione temporis* de la Cour dans la présente affaire en ce qu'ils sont postérieurs à l'acceptation de la requête de Djibouti par la France. A cet égard, nous ne pouvons qu'être préoccupés à l'idée que la République de Djibouti puisse voir, dans toute procédure liée de près ou de loin à l'affaire Borrel et qui mettrait en cause à l'avenir des ressortissants djiboutiens, le «réceptacle», selon le mot de l'agent de Djibouti²⁵, de nouvelles prétendues violations du droit international.

43. Par ailleurs, une procédure, désormais close sur un non-lieu, était menée près le tribunal de grande instance de Toulouse, à la suite d'une plainte de Mme Elisabeth Borrel du chef de diffamation publique à raison d'un article publié dans le journal djiboutien *La Nation*. C'est au cours de cette information que l'ambassadeur de Djibouti en France fut invité à témoigner, le 21 décembre 2004, comme cela a été mentionné dans le mémoire du demandeur. Bien qu'elle ne soit pas visée expressément dans les conclusions de ce dernier, nous formulerons de brèves observations au sujet d'une telle invitation à témoigner en aucun cas attentatoire aux immunités dont jouit l'ambassadeur de Djibouti en France.

44. Comme nous l'indiquions dans notre contre-mémoire, une quatrième information judiciaire doit être mentionnée. Ouverte, à la suite d'une plainte de Mme Elisabeth Borrel du chef de «commentaire tendant à exercer des pressions en vue d'influencer la décision d'une juridiction d'instruction ou de jugement», cette procédure concerne une déclaration du porte-parole du ministère des affaires étrangères en date du 29 janvier 2005 relative au souhait de Djibouti d'obtenir copie du dossier d'instruction de l'affaire Borrel. Cette procédure a notamment donné

²⁵ CR 2008/1, p. 17, par. 12 (Doualeh).

lieu à l'arrêt de la cour d'appel de Versailles du 19 octobre 2006 confirmant la compétence du juge d'instruction aux fins de décider de la transmission ou non d'un dossier d'instruction en réponse à une commission rogatoire internationale²⁶.

45. Pour conclure, je voudrais faire quelques très brèves remarques :

- Je ne peux que partager avec les demandeurs l'affirmation selon laquelle tout Etat, quel qu'il soit, doit respecter les obligations qui s'imposent à lui en droit international, la France comme Djibouti, Djibouti comme la France. De même, tout Etat se doit d'avoir une justice indépendante et ceci, je crois, n'est remis en cause ou mis en doute par aucune des Parties devant votre Cour. La France, respectueuse d'un tel principe, ne saurait évidemment en tirer parti pour s'exonérer de ses obligations internationales, mais je ne veux pas croire que la République de Djibouti nous demande de réduire à néant un tel principe au mépris de notre convention bilatérale d'entraide judiciaire et en méconnaissance totale des procédures prévues par notre législation nationale à laquelle la convention renvoie.
 - Je relève en revanche, avec surprise et regret, que l'agent du Gouvernement de la République de Djibouti a soutenu que la République française ne respecterait pas le principe d'égalité entre Etats. Je répondrai simplement que la présence conjointe de nos deux Etats aujourd'hui devant votre Cour en est le parfait démenti.
 - Je voudrais enfin constater avec vous la curieuse attitude des conseils de Djibouti et qui a consisté, sur chacun des points qu'ils soulèvent, à adopter une argumentation en décalage, pour ne pas dire plus, avec le raisonnement tenu précédemment dans leur mémoire, et ceci alors même que la République de Djibouti était libre, après avoir pris connaissance de notre contre-mémoire, de demander un second échange de pièces écrites. Cette attitude, confirmée par la révision substantielle des conclusions finales du demandeur, peut être illustrée à l'aide des trois exemples suivants :
- 1) S'agissant de la compétence de la Cour et alors même que Djibouti paraissait, dans sa requête, réduire l'objet du différend à la seule question du refus de transmission du dossier de l'affaire Borrel, nos contradicteurs démultiplient cette affaire, soumettant potentiellement à votre Cour

²⁶ CMF, annexe XI.

tout développement futur de procédures judiciaires présentant un lien quelconque de rattachement avec Djibouti. C'est là, il me semble, une singulière approche lorsque l'on entend initialement se fonder sur la procédure nettement circonscrite de l'article 38, paragraphe 5, du Règlement de la Cour.

- 2) Ensuite, s'agissant des demandes excédant manifestement la compétence de la Cour, le demandeur, soucieux dans son mémoire de défendre une immunité absolue et personnelle du procureur de la République et du chef de la sécurité nationale, paraît désormais se retrancher derrière l'immunité de l'Etat.
- 3) Enfin, s'agissant du cœur du différend qui doit nous occuper, la République de Djibouti soutenait initialement, contre toute évidence, que la France n'était pas en droit de refuser d'exécuter la commission rogatoire internationale émanant de la République de Djibouti. Toutefois, à l'issue de son premier tour de plaidoiries, le demandeur, sans doute peu sûr de son bon droit, soutient désormais que la France aurait accepté d'exécuter la commission rogatoire avant de se rétracter. Mais quels que soient les divers *scenarii* très changeants ainsi avancés par le demandeur, la procédure d'entraide judiciaire ayant conduit au refus de transmettre le dossier a été parfaitement conforme tant à notre législation interne qu'aux prescriptions de la convention de 1986.

46. J'achèverai mon exposé, Madame le président, Messieurs de la Cour, en vous remerciant pour l'attention que vous avez bien voulu y porter. Après moi prendront successivement la parole, si vous le voulez bien, M. le professeur Alain Pellet, qui vous exposera nos observations concernant la compétence de la Cour et la recevabilité de la requête de la République de Djibouti dans la présente instance et M. le professeur Hervé Ascensio qui abordera le fond du différend soumis à votre Cour. M. Pellet reprendra la parole demain sur les prétendues atteintes aux immunités des représentants de Djibouti ainsi que sur les demandes de réparation formulées par le demandeur.

47. Je vous prie de bien vouloir donner maintenant la parole au professeur Alain Pellet et je vous remercie.

Le PRESIDENT : Je vous remercie Madame Belliard et Monsieur le professeur Pellet, vous avez la parole.

M. PELLET : Merci beaucoup Madame.

**A PROPOS DE QUELQUES QUESTIONS RELATIVES À LA COMPÉTENCE DE LA COUR
ET À LA RECEVABILITÉ DE LA REQUÊTE**

1. Madame le président, Messieurs les juges, même lorsque l'on a le privilège d'être un habitué de votre prétoire, plaider pour son propre pays est toujours un peu spécial, un peu «émouvant» et un peu «stressant» peut-être. Et ce l'est tout spécialement lorsque l'affaire en cause soulève, comme c'est le cas de celle-ci, des problèmes juridiques et moraux importants.

2. C'est d'ailleurs en partie parce qu'elle ne voulait pas laisser planer le doute sur les véritables tenants et aboutissants de l'affaire — que Mme Belliard vient de rappeler — que la France a, pour la seconde fois, accepté de se présenter devant vous sur le seul fondement de l'article 38, paragraphe 5, du Règlement de la Cour. Ce faisant, elle a voulu vous permettre, Madame et Messieurs les juges, de connaître de l'affaire que la République de Djibouti vous a soumise par sa requête introductive d'instance du 4 janvier 2006. De cette affaire, mais d'elle seule.

3. Or, ce qui nous soucie un peu c'est que nos adversaires, tout en se disant conscients que «l'étendue *ratione materiae* de la compétence de la Cour est rigoureusement limitée»²⁷, tentent d'élargir celle-ci au-delà du consentement donné par la France à l'exercice de votre juridiction. Comme l'a souligné la Cour permanente, «c'est la requête qui indique l'objet du différend ; le mémoire, tout en pouvant éclaircir les termes de la requête, ne peut pas dépasser les limites de la demande qu'elle contient» (*Administration du prince von Pless (exception préliminaire), ordonnance du 4 juillet 1933, C.P.J.I. série A/B n° 52*, p. 14) ; et cela vaut à fortiori s'agissant de la phase orale. Tout en se référant à cette jurisprudence²⁸, le demandeur n'en élargit pas moins cet objet, subrepticement mais clairement.

²⁷ MD, p. 13, par. 18.

²⁸ Voir CR 2008/1, p. 24, par. 9 (Condorelli).

4. Celui-ci, je me permets de le rappeler, résulte de la lettre du ministre français des affaires étrangères au greffier de la Cour en date du 25 juillet 2006²⁹ — cette lettre figure dans le petit dossier que nous avons préparé, à la fois en français et en anglais, dans sa traduction anglaise, sous l'onglet «compétence». Il y est dit très expressément :

«La présente acceptation de la compétence de la Cour ne vaut qu'aux fins de l'affaire, au sens de l'article 38, paragraphe 5 [du Règlement de la Cour], c'est-à-dire pour le différend qui fait l'objet de la requête et dans les strictes limites des demandes formulées dans celle-ci par la République de Djibouti.»³⁰

Il est difficile d'être plus clair.

5. Je ne pense pas, Madame le président, qu'il soit utile de m'appesantir sur le principe fondamental qui gouverne la juridiction de la Cour, fondée sur le consentement des Etats en litige. Comme elle l'a répété à l'envi, «[l]a Cour ne peut exercer sa juridiction à l'égard d'un Etat si ce n'est avec le consentement de ce dernier»³¹ (*Or monétaire pris à Rome en 1943 (Italie c. France, Royaume-Uni et Etats-Unis d'Amérique)*, arrêt, C.I.J. Recueil 1954, p. 32). Cette règle cardinale est, évidemment, d'application générale, mais sa mise en œuvre stricte s'impose de manière d'autant plus pressante que nous sommes dans l'hypothèse de l'article 38, paragraphe 5, du Règlement. On ne peut pas dire que cette disposition ait recueilli, jusqu'à présent, la faveur des Etats et une interprétation laxiste du principe du consensualisme ne manquerait pas de décourager les bonnes volontés.

6. Il va de soi que ce n'est pas parce que Djibouti a cru pouvoir se réserver «le droit de modifier et de compléter» sa requête — conformément à une très mauvaise habitude prise par les Etats qui vous saisissent — que la France doit être réputée avoir donné par avance son

²⁹ MD, annexe 2.

³⁰ Les italiques et le soulignement sont de nous.

³¹ Voir aussi, par exemple, *Droits de minorités en Haute-Silésie (écoles minoritaires)*, arrêt n° 12, 1928, C.P.J.I. série A n° 15, p. 22 ; *Usine de Chorzów, fond*, arrêt n° 13, 1928, C.P.J.I. série A n° 17, p. 37-38 ; *Interprétation des traités de paix conclus avec la Bulgarie, la Hongrie et la Roumanie, première phase, avis consultatif*, C.I.J. Recueil 1950, p. 71 ; *Anglo-Iranian Oil Co. (Royaume-Uni c. Iran), exception préliminaire*, arrêt, C.I.J. Recueil 1952, p. 102-103 ; *Ambatielos (Grèce c. Royaume-Uni), fond*, arrêt, C.I.J. Recueil 1953, p. 19 ; *Plateau continental (Jamahiriya arabe libyenne/Malte), requête à fin d'intervention*, arrêt, C.I.J. Recueil 1984, p. 22, par. 34 ; *Certaines terres à phosphates à Nauru (Nauru c. Australie), exceptions préliminaires*, arrêt, C.I.J. Recueil 1992, p. 260, par. 53 ; *Timor oriental (Portugal c. Australie)*, arrêt, C.I.J. Recueil 1995, p. 101, par. 26 ; *Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria (Cameroun c. Nigéria), exceptions préliminaires*, arrêt, C.I.J. Recueil 1998, p. 312, par. 79 ; *Plates-formes pétrolières (République islamique d'Iran c. Etats-Unis d'Amérique), fond*, C.I.J. Recueil 2003, p. 183, par. 42 ; *Activités armées sur le territoire du Congo (nouvelle requête : 2002) (République démocratique du Congo c. Rwanda), compétence de la Cour et recevabilité de la requête*, C.I.J. Recueil 2006, p. 31-32, par. 64 et 65, p. 39, par. 88 et p. 51-52, par. 125.

consentement à une extension de votre compétence qui résulterait d'un élargissement des demandes de l'Etat requérant. Elle l'a donné pour l'affaire, telle qu'elle a été présentée dans la requête, et certainement pas telle que Djibouti en viendrait à la modifier conformément au «droit» (mais je mets le mot entre guillemets) qu'elle s'est «réservé».

7. Et il ne peut faire aucun doute que les conclusions finales dont son agent a eu la courtoisie de nous donner la primeur mardi³² élargissent considérablement, quoique ses adroits conseils en disent, l'objet de la présente affaire. Pour des raisons de principe, la France ne saurait l'admettre.

8. Ces tentatives d'élargissement rampant de la juridiction de la Cour concernent ou ont concerné la base même de sa compétence et l'objet du différend, à la fois *ratione materiae* et *ratione temporis*.

9. Je me bornerai, pour l'essentiel, à l'examen de ces deux derniers points, puisque, par la voix de l'un de ses avocats, la République de Djibouti a fait savoir, lundi dernier, d'une manière qui se disait claire mais qui m'a paru un peu contournée, qu'elle maintenait «fermement son point de vue» sur la possibilité d'autres fondements à la compétence de la Cour en la présente affaire, tout en préférant «ne pas insister maintenant sur cet aspect»³³. Ceci,

— après que, au paragraphe 23 de sa requête, Djibouti a indiqué se réserver le droit — nos adversaires se réservent beaucoup de droits — «d'avoir recours à la procédure de règlement des différends prévue par les conventions en vigueur entre elle-même et la République française, telle la convention sur la prévention et la répression des infractions contre les personnes jouissant d'une protection internationale du 14 décembre 1973» ;

— et, après que, dans son mémoire, Djibouti a tenu «à déclarer formellement qu'elle se réserve ... le droit [encore !] d'invoquer le cas échéant d'autres instruments internationaux liant les Parties qui seraient eux aussi pertinents pour fonder la compétence de la Cour aux fins du présent différend»³⁴, mais sans, cette fois, mentionner la convention de 1973, et je le comprends.

³² CR 2008/3, p. 36-37 (Doualeh).

³³ CR 2008/1, p. 21, par. 4 (Condorelli) ; voir aussi p. 29, par. 20.

³⁴ MD, p. 13, par. 15.

10. En effet, aux termes de son article 2, cette convention concerne (exclusivement) les faits intentionnels :

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

et la menace ou la tentative de commettre ces actes ou le fait d'y participer en tant que complice.

11. Il n'est ni «plausible» (voir, *Ambatielos (Grèce c. Royaume-Uni)*, fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1953, p. 18), ni, d'ailleurs, allégué, que soit en cause l'intention de commettre un meurtre contre un officiel djiboutien ou une attaque mettant en danger une personne protégée par la convention. Et il est tout à fait évident que les faits de la présente affaire n'entrent pas dans ses «prévisions» (voir, *Plates-formes pétrolières (République islamique d'Iran c. Etats-Unis d'Amérique)*, exception préliminaire, arrêt, C.I.J. Recueil 1996 (II), p. 810, par. 16, et p. 820, par. 53 ; voir aussi l'opinion individuelle de Mme Higgins, *ibid.*, p. 847 et suiv.). Au surplus, la clause juridictionnelle de l'article 13 de la convention de 1973, que Djibouti a citée dans sa requête³⁵, impose des préalables à la saisine de la Cour qui, d'évidence, ne sont pas réalisés en l'espèce : des négociations au sujet d'un différend entre les parties «concernant l'interprétation ou l'application de la ... convention» — qui n'a jamais été fût-ce évoquée entre la France et Djibouti — et l'échec d'une demande d'arbitrage, que l'Etat demandeur n'a, bien sûr, jamais formulée.

12. Quant à d'hypothétiques autres traités innommés qui pourraient établir la compétence de la Cour dans la présente affaire, comme la France l'a indiqué dans son contre-mémoire³⁶, de deux choses l'une : ou bien ces traités (pour l'instant toujours mystérieux) n'ajoutent rien à la compétence de la Cour de céans et on voit mal à quoi leur invocation avancerait Djibouti, ou bien

³⁵ *Ibid.*, par. 23.

³⁶ CMF, p. 10, par. 2.7.

ils lui permettraient d'élargir la compétence de la haute juridiction et les conclusions supplémentaires formulées sur cette base ne sauraient être recevables à ce stade³⁷.

13. L'évocation d'autres bases de compétence que le consentement donné par la France dans le contexte de l'article 38, paragraphe 5, du Règlement est tellement fantaisiste, que l'on peut se demander pourquoi les conseils de Djibouti ont, cependant, éprouvé le besoin de s'y livrer avant de faire, à demi-mot, machine arrière au début de la procédure orale. La réponse est peut-être donnée par les prétentions finales de la demanderesse qui, quoiqu'elle en ait dit en plaidoiries, vont au-delà des demandes formulées dans sa requête dans le cadre de l'objet du différend, tel que celle-ci le définit. C'est cette tentative d'élargissement de l'objet du différend soumis à la Cour que je me propose d'aborder maintenant en distinguant, comme je l'ai dit, les chefs d'incompétence *ratione materiae*, d'une part, *ratione temporis* d'autre part. Mais auparavant, quelques mots sur les principes applicables.

1. Le principe fondamental : l'Etat demandeur ne saurait élargir l'objet du différend

14. Quel que soit le titre de compétence invoqué par la Partie demanderesse, le principe fondamental est clair et fermement établi : l'Etat demandeur ne saurait élargir l'objet du différend. Dans la présente instance, cet objet est décrit de la manière suivante dans la requête de Djibouti et ce petit passage figure lui aussi dans votre dossier :

«L'objet du différend porte sur le refus des autorités gouvernementales et judiciaires françaises d'exécuter une commission rogatoire internationale concernant la transmission aux autorités judiciaires djiboutiennes du dossier relatif à la procédure d'information relative à l'*Affaire contre X du chef d'assassinat sur la personne de Bernard Borrel* et ce, en violation de la convention d'entraide judiciaire en matière pénale entre le Gouvernement de République de Djibouti et le Gouvernement de la République française du 27 septembre 1986, ainsi qu'en violation [et je vous demande, Madame et Messieurs les juges, de garder ces mots en mémoire] d'autres obligations internationales pesant sur la République française envers la République de Djibouti.»³⁸

³⁷ Voir, *Administration du prince von Pless, ordonnance du 4 février 1933, C.P.J.I. série A/B n° 52*, p. 14 ; *Société commerciale de Belgique, arrêt, 1939, C.P.J.I. série A/B n° 78*, p. 173 ; *Certains emprunts norvégiens (France c. Norvège), arrêt, C.I.J. Recueil 1957*, p. 25 ; *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique), compétence et recevabilité, arrêt, C.I.J. Recueil 1984*, p. 427, par. 28 ; *Certaines terres à phosphates à Nauru (Nauru c. Australie), exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1992*, p. 266-267, par. 67-70 ; *Incident aérien du 10 août 1999 (Pakistan c. Inde), compétence de la Cour, arrêt, C.I.J. Recueil 2000*, p. 33, par. 49.

³⁸ Requête, par. 2.

15. Lors de sa plaidoirie de lundi dernier, le professeur Condorelli a admis que l'«on peut sans doute ... reprocher à la requête de Djibouti une formulation imparfaite pour ce qui est des lignes figurant sous la rubrique «objet du différend», puisque ces lignes se bornent à évoquer «le refus des autorités gouvernementales et judiciaires françaises d'exécuter une commission rogatoire, etc.»». Et il a concédé qu'«[i]l est vrai, en effet, qu'il n'y est pas fait référence aux atteintes aux immunités, privilèges et prérogatives du chef de l'Etat djiboutien et d'autres hauts responsables du demandeur»³⁹.

16. Or, Madame le président, contrairement à ce que la Partie adverse s'emploie à faire croire, cette limitation de l'objet du différend par la requête au refus d'exécution de la commission rogatoire internationale du 3 novembre 2004, n'est en aucune manière une simple maladresse relevant d'une inadvertance :

- en premier lieu, il serait peut-être possible d'admettre la thèse de la maladresse si elle s'était produite une fois ; mais ce n'est pas le cas : défini comme je l'ai dit, dans la requête, l'objet du différend est reproduit, presque à l'identique, dans le mémoire et cité à nouveau, cette fois entre guillemets et sans changement, dans l'introduction, par M. l'agent de la République Djibouti, des plaidoiries de ce pays lundi dernier⁴⁰ — *errare humanum est, sed perseverare...* ; la République de Djibouti persévère dans ce que son conseil appelle une «maladresse», alors même qu'elle s'en est visiblement aperçue ;
- en second lieu en effet, elle persévère «presque» mais pas complètement, en ce sens qu'elle tente de rattraper ce qu'elle pense, *ex post*, avoir été une erreur dans la définition de l'objet de la requête, car son mémoire introduit deux petits mots nouveaux dans la définition de l'objet du différend ; il y est dit — je lis la formulation du mémoire, mais en la résumant dans la mesure où son libellé est identique à celui du passage correspondant de la requête et je signale que les deux définitions de l'objet du litige par Djibouti dans sa requête d'abord, dans son mémoire ensuite sont reproduites dans le dossier des juges sur une page unique. Ceci vous permettra plus facilement, Madame et Messieurs les juges, de chercher l'erreur :

³⁹ CR 2008/1, 21 janvier 2008, p. 26, par. 15 (M. Condorelli).

⁴⁰ CR 2008/1, p. 10.

«L'objet du différend porte sur le refus des autorités ... françaises d'exécuter une commission rogatoire internationale concernant la transmission ... aux autorités judiciaires djiboutiennes du dossier relatif à ... l'«Affaire contre X du chef d'assassinat sur la personne de Bernard Borrel», et ce en violation de la convention d'entraide judiciaire [... de] 1986, ainsi que» — et c'est là qu'interviennent les deux mots nouveaux : «*sur la violation connexe* [«sur la violation connexe» au lieu de «en violation»] d'autres obligations internationales pesant sur la République française envers la République de Djibouti.»⁴¹

17. C'est que, entre-temps, la France avait accepté la compétence de la Cour en précisant «pour le différend *qui fait l'objet de la requête*»⁴², et la rencontre de la requête (qui définit son objet) et de l'acceptation de cet objet par la France noue le contentieux et constitue à la fois le fondement et la limite de la compétence de la Cour — ce que, du reste, la République de Djibouti semble admettre⁴³. Dès lors, il n'était pas (et il n'est pas) loisible au demandeur de modifier l'objet de sa requête. Le mémoire de Djibouti s'efforce clairement, même si subtilement, d'élargir cet objet, tel qu'il est défini au paragraphe 2 de celle-ci, en amorçant une extension à d'autres violations que celle qui serait constituée par le refus de donner suite à la commission rogatoire internationale de novembre 2004 ; et l'on prétend maintenant que ces violations sont «connexes» et sont «de trois types»⁴⁴.

18. Cette commission rogatoire internationale — dont le refus constitue le seul objet du différend soumis à la Cour par Djibouti — fait suite à la demande de transmission des «éléments du dossier Borrel instruit au cabinet de Mme la vice-présidente Sophie Clément»⁴⁵ présentée par le procureur de la République de Djibouti, très présent dans cette affaire, le 17 juin 2004. Cette commission rogatoire internationale a été formellement délivrée (avec l'assistance des autorités françaises), le 3 novembre 2004⁴⁶.

19. C'est donc le refus des autorités de la République de donner suite à cette commission rogatoire internationale (et seulement ce refus), qui constitue *l'objet* du différend, tel que Djibouti l'a décrit dans sa requête et pour lequel la France a accepté la compétence de la Cour. Il s'agit là,

⁴¹ Les italiques sont de nous. Voir CR 2008/3, p. 35, par. 2 (Doualeh).

⁴² Cf. la lettre du ministre français des affaires étrangères du 25 juillet 2006, MD, annexe 2 — les italiques et le soulignement sont de nous.

⁴³ Voir CR 2008/1, p. 23, par. 8 ; ou p. 24-25, par. 11 (Condorelli).

⁴⁴ Voir CR 2008/1, p. 19, par. 17 (Doualeh) et CR 2008/3, p. 36, par. 3 (Doualeh).

⁴⁵ MD, annexe 16 ; voir MD, p. 26, par. 59.

⁴⁶ MD, annexe 20 ; voir requête, par. 12, et MD, p. 28, par. 64.

pour reprendre l'expression de l'arrêt de 1998 dans l'affaire de la *Compétence en matière de pêcheries*, de l'«action spécifique ayant donné naissance au différend» ; c'est elle qui noue le litige que la Cour est appelée à trancher et pour lequel le consentement donné par la France «dans les strictes limites des demandes formulées» par Djibouti dans sa requête établit sa compétence.

20. Comme la Cour l'a dit à plusieurs reprises — et cette jurisprudence a été rappelée lundi par le professeur Condorelli, une déclaration par laquelle un Etat accepte la juridiction de la Cour «doit être interprétée telle qu'elle se présente, en tenant compte des mots effectivement employés» (*Anglo-Iranian Oil Co. (Royaume-Uni c. Iran), exception préliminaire, arrêt, C.I.J. Recueil 1952, p. 105 ; Compétence en matière de pêcheries (Espagne c. Canada), compétence de la Cour, arrêt, C.I.J. Recueil 1998, p. 454, par. 47*), et appliquée «telle qu'elle est» (*Certains emprunts norvégiens (France c. Norvège), arrêt, C.I.J. Recueil 1957, p. 27*). Il s'agit de dégager, pour reprendre la formule de mon contradicteur (avec lequel je suis d'accord — sur ce point), l'«accord sur un objet unique et précis identifiant avec exactitude la sphère de compétence de votre haute juridiction»⁴⁷. La France a accepté votre compétence, Madame et Messieurs les juges, «pour le différend qui fait l'objet de la requête». Le sens de cette acceptation est clair ; les mots pour la formuler sont clairs ; sa portée est claire.

21. Il me faut cependant ajouter deux choses en réponse à ce qu'a dit M. Condorelli lundi dernier.

22. En premier lieu, dans le cas de figure qui nous intéresse, c'est-à-dire dans le cadre de l'application de l'article 38, paragraphe 5, du Règlement, ce n'est pas tant l'intention de l'Etat demandeur — sur laquelle la Partie adverse met l'accent presque exclusivement — qui importe, que le consentement du défendeur ; c'est l'acceptation de ce dernier qui constitue le fondement de la compétence de la Cour et, comme l'a relevé le professeur Condorelli, ce consentement pourrait être limité, partiel⁴⁸. Je ne pense pas que ce soit le cas ici ; mais que ceci constitue ou non une limitation à la compétence de la Cour, le fait est que la France s'est expressément référée à l'objet de la requête et a clairement limité son acceptation à cet objet.

⁴⁷ CR 2008/1, p. 23, par. 8 (Condorelli).

⁴⁸ CR 2008/1, p. 25, par. 11 (Condorelli).

23. En second lieu, mon contradicteur tente de tourner la difficulté en essayant de faire prévaloir les demandes de la République de Djibouti sur l'objet de la requête tel que celle-ci le définit, et que la France a accepté aux fins du présent différend. S'appuyant sur ces demandes, le professeur Condorelli affirme : «En somme, l'intention inscrite dans la requête est indiscutablement celle de soumettre à la Cour un différend se décomposant en plusieurs demandes, et donc plus large que la seule question de la violation par la France de ses obligations en matière d'entraide judiciaire.»⁴⁹ Telle était peut-être l'intention de Djibouti, Madame le président, mais celle de la France était de limiter son acceptation de la compétence de la Cour à l'objet de la requête — et ce n'est que dans la mesure où ces deux volontés se rencontrent que la Cour peut exercer sa juridiction.

24. Pour prétendre le contraire, M. Condorelli se fonde sur la fin de la phrase par laquelle le ministre des affaires étrangères a accepté le 25 juillet 2006⁵⁰ la compétence de la Cour au nom de la France. Il y est précisée que «[l]a présente acceptation de la compétence de la Cour ne vaut ... [que] pour le différend qui fait l'objet de la requête *et* dans les strictes limites des demandes formulées dans celle-ci par la République de Djibouti». Sans qu'il soit nécessaire d'échafauder de vastes théories, cela signifie, conformément au sens naturel et ordinaire des mots — soigneusement pesés — figurant dans la lettre du ministre, que la France a limité son consentement à la requête telle qu'elle définit son propre objet *et* aux demandes qui y sont formulées. A ces dernières, à condition qu'elles entrent dans l'objet de la requête ; à celui-ci, dans la mesure où il se traduit par des demandes formulées dans la requête.

2. Les limites de la compétence de la Cour *ratione materiae*

25. *Ratione materiae*, votre compétence, Madame et Messieurs de la Cour, s'étend donc (mais ne s'étend que) au refus français de donner suite à la commission rogatoire internationale de novembre 2004 en violation prétendue de la convention de 1986, mais pas à d'autres violations prétendument connexes. Et il y a là plus qu'une nuance : Djibouti avait limité l'objet de sa requête au refus de donner suite à la commission rogatoire internationale de novembre 2004, présenté

⁴⁹ CR 2008/1, p. 27, par. 16 (Condorelli).

⁵⁰ MD, annexe 2.

comme contraire à la convention de 1986 et à «d'autres obligations internationales pesant sur la République française» — il s'agissait *d'une* violation — le refus de transmettre le dossier dans le cadre de la commission rogatoire internationale — d'obligations découlant de plusieurs sources. Maintenant, nos adversaires entendent ajouter de nouvelles *violations* (au pluriel) à celle alléguée initialement et dont elles seraient prétendument connexes. C'est, à l'évidence, un élargissement de l'objet de la requête. D'un fait internationalement illicite prétendu, constitué par la violation conjointe d'obligations fondées sur des sources diverses, on passe à plusieurs faits internationalement illicites — et, comme Djibouti sait bien qu'il s'agit de quelque chose de complètement différent, on couvre ces violations, nouvellement invoquées, du manteau commode de la «connexité».

26. Mais, Madame le président, il ne suffit pas de postuler l'existence d'une «connexité», il faut l'établir. Et, il ne suffit certainement pas que «[l]a requête [ait fait] en outre état de l'émission, par les autorités judiciaires françaises, de convocations à témoigner adressées au chef de l'Etat djiboutien et à de hauts fonctionnaires djiboutiens...» — comme l'a souligné M. l'agent de Djibouti⁵¹, pour qu'elle le soit. La Cour ne saurait se satisfaire, à cet égard, de simples affirmations.

27. Nous ne contestons pas bien sûr que certaines des conclusions du mémoire remplissent cette condition. Tel est certainement le cas de celles figurant aux paragraphes 1 et 5 des demandes djiboutiennes⁵², qui portent directement sur la commission rogatoire internationale — d'ailleurs, fait significatif, le paragraphe 1 — je parle du mémoire — reprend le libellé de la requête : le refus français d'accueillir la commission rogatoire serait contraire à la convention de 1986, au traité d'amitié de 1977 et aux «autres règles de droit international applicables au présent cas» ; la France a accepté la compétence de la Cour à cette fin. Mais ce n'est pas le cas s'agissant :

— de la deuxième conclusion, qui porte sur les «convocations en tant que témoins assistés du chef de l'Etat djiboutien et de hauts responsables djiboutiens, ainsi que [sur] l'établissement de mandats d'arrêt internationaux contre ces derniers» ; ce n'est pas non plus le cas

⁵¹ CR 2008/1, p. 10 (Doualeh).

⁵² MD, p. 67-68.

— de la sixième qui invite la Cour à décider que «la République française doit retirer et mettre à néant» ces convocations à témoigner pour subornation de témoins dans l'affaire Borrel ; ni non plus

— de la septième qui formule une demande semblable à propos des mandats d'arrêt.

28. Et les mêmes constatations s'imposent à propos des paragraphes 3 à 8 des conclusions que M. l'ambassadeur Doualeh a lues à la fin du premier tour des plaidoiries de Djibouti, qui ne relèvent pas de l'objet de la requête tel que le demandeur l'a défini et tel que le défendeur l'a accepté.

29. C'est que ni les convocations (dont certaines sont imaginaires – nous y reviendrons), ni les mandats d'arrêt visés par ces conclusions n'ont de rapport avec la commission rogatoire internationale du 3 novembre 2004. Celle-ci porte — *exclusivement* — sur les «éléments du dossier Borrel instruit au cabinet de Mme la vice-présidente Sophie-Clément du chef d'assassinat contre X, dans la mort de Bernard Borrel»⁵³. Comme la France l'a expliqué dans son contre-mémoire⁵⁴, et comme Mme Belliard l'a rappelé tout à l'heure, cette affaire est juridiquement et factuellement distincte

— et de l'information ouverte du chef de subornation de témoin, qui est instruite depuis 2003 par Mme Belin et M. Bellancourt, juges d'instruction au tribunal de grande instance de Versailles,

— et de la procédure ouverte du chef de diffamation instruite dans un premier temps par un juge d'instruction de Toulouse à la suite d'une plainte de Mme Borrel en 2002, dépaysée l'année suivante devant le tribunal de grande instance de Paris et instruite ensuite par M. Baudouin Thouvenot qui a rendu une décision de non-lieu le 16 janvier 2007, confirmée par la chambre d'instruction de la cour d'appel de Paris le 24 avril 2007⁵⁵.

30. Or c'est dans le cadre de la première de ces deux affaires — celle de la subornation de témoin — *et non dans celle instruite par Mme Clément* et visée par la commission rogatoire internationale de 2004 que les convocations à témoins et les mandats internationaux concernant MM. Saïd et Souleiman, que visent les conclusions djiboutiennes, ont été délivrés. Sans lien avec

⁵³ MD, p. 28, par. 64 ; voir aussi MD, annexe 20.

⁵⁴ CMF, p. 4-7.

⁵⁵ CMF, annexe X.

l'objet de la requête pour laquelle la France a accepté la compétence de la Cour, ces demandes, Madame et Messieurs les juges, ne peuvent qu'être écartées *in limine litis* pour incompétence.

31. Pour tenter d'échapper à cette conséquence, la Partie djiboutienne prétend que «l'ouverture d'une procédure pour subornation de témoin contre de hauts responsables djiboutiens auprès du tribunal de Versailles ... a joué un rôle direct et déterminant sur la décision de refus d'exécuter la commission rogatoire» car, dans la décision du 8 février 2005⁵⁶ de «la juge d'instruction du tribunal de grande instance de Paris en charge de l'«affaire Borrel», ... est évoquée, comme première raison qui justifierait ledit refus, la présence dans le dossier de documents relatifs à l'information ouverte au tribunal de Versailles pour subornation de témoin contre le procureur de la République et le chef de la sécurité nationale de Djibouti»⁵⁷ (c'est M. Condorelli qui l'a dit, et il a plus de souffle que moi !). Cette affirmation appelle trois brèves observations :

- dans son soit transmis du 8 février 2005, la juge d'instruction précise expressément qu'il s'agit d'«une *autre information* suivie à Versailles» ;
- du reste, lors de sa dernière plaidoirie, M^e van den Biesen est convenu de ce que le dossier qui nous concerne – «*the file*» as he put it, is «only the file with respect to the death of Bernard Borrel, currently being instructed under the responsibility of Judge Clément» this file alone «is part of the present case», while the «other three may not be considered to be part of the present case before this Court»⁵⁸ — les trois autres dossiers : y compris, donc, celui relatif à la subornation de témoins ; et
- même s'il est certainement justifié, ce n'est, en tout état de cause, pas sur ce motif du détournement de procédure que la juge d'instruction se fonde pour estimer que l'exécution de la demande est de nature à porter atteinte à des intérêts essentiels de l'Etat français en application de l'article 2, *litt. c*) de la convention de 1986.

32. Je le rappelle : c'est Djibouti qui a défini l'objet de sa requête ; et la France a consenti à votre juridiction, Madame et Messieurs de la Cour, «dans les limites strictes» ainsi définies — ce

⁵⁶ CMF, annexe XXI.

⁵⁷ CR 2008/1, p. 30, par. 22 et CR 2008/2, p. 57, par. 4 (Condorelli).

⁵⁸ CR 2008/3, p. 20, par. 12 (van den Biesen).

sont deux consentements, croisés, qui, dans la mesure où ils coïncident, établissent votre compétence. Contrairement à ce qu'insinue la Partie adverse⁵⁹, la France n'entend évidemment pas se soustraire à la compétence de la Cour *dans les strictes limites* dans lesquelles elle l'a acceptée. Et elle a pleine confiance que la portée de son consentement, que rien ne l'obligeait à donner, et qu'elle n'a pas souhaité donner au-delà des bornes indiquées par la lettre de son ministre des affaires étrangères du 25 juillet 2006, ne sera pas déformée.

Madame le président, voulez-vous que je termine ou que je m'arrête là pour une pause ?

The PRESIDENT: It would probably be convenient if you finished your section, which I imagine is about 10 minutes more? Do you think it is more?

M. PELLET: It would probably be 15 minutes. But 15 minutes is all right for me — if you can endure that?

The PRESIDENT: It may not be all right for us. We shall then take our small break now. La séance est levée pour quelques minutes.

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

Le PRESIDENT : Veuillez vous asseoir.

M. PELLET : Thank you very much. Donc, avant cette sacro-sainte pause, j'avais développé la question des limites de la compétence de la Cour *ratione materiae*. Je vais maintenant m'intéresser aux limites de la compétence de la Cour *ratione temporis*.

3. Les limites de la compétence de la Cour *ratione temporis*

33. En effet, pour surplus de droit, je me permets d'attirer votre attention, Madame le président, sur un autre aspect des plaidoiries de Djibouti qui pose des problèmes graves de compétence — cette fois dans une optique *ratione temporis*. L'Etat demandeur vise en effet expressément dans ses conclusions lues mardi dernier par son agent :

⁵⁹ Voir CR 2008/1, p. 29, par. 20 (Condorelli).

- «les convocations à témoin assisté et les mandats d'arrêts émis à l'encontre du procureur général de la République de Djibouti et du chef de la sécurité nationale de la République de Djibouti»⁶⁰ pour subornation de témoins le 27 septembre 2006⁶¹ ; et
- l'invitation à déposer, adressée au président de la République de Djibouti par Mme la juge Clément le 14 février 2007⁶².

34. Non seulement les mandats d'arrêt de septembre 2006 sont relatifs à l'affaire de la subornation de témoins et donc, comme je l'avais montré avant la pause, sans rapport de connexité avec la commission rogatoire internationale de novembre 2004, dont le refus par la France d'y donner suite est l'unique objet de la présente instance. Mais encore, tous ces actes, postérieurs à la requête (qui date du 4 janvier 2006), n'entrent manifestement pas dans cet objet et, par suite, ne sont évidemment pas couverts par le consentement donné par la République française. L'incompétence de la Cour pour en connaître est tout aussi manifeste.

35. A cet égard, je crains que le professeur Condorelli se soit fourvoyé en se plaçant non pas sur le terrain de la compétence *ratione temporis* mais sur celui de l'impossibilité pour un Etat de transformer un différend porté devant la Cour par requête «par voie de modifications apportées aux conclusions en un autre différend dont le caractère ne serait pas le même»⁶³ ; ce terrain n'est nullement spécifique à l'incompétence *ratione temporis*, mais renvoie, en réalité, à l'incompétence *ratione materiae*. Je n'y reviens pas.

36. S'agissant de l'incompétence *ratione temporis* en elle-même, comme l'écrit l'ambassadeur Shabtaï Rosenne, «[t]ime is a factor that influences the Court's jurisdiction in several ways ... *Ratione materiae* it is necessary that the events which gave rise to the reference to the Court occurred during the space of time in respect to which jurisdiction had been conferred on the Court»⁶⁴. Bien que la question se soit posée jusqu'à présent essentiellement en ce qui concerne

⁶⁰ Voir CMF, annexe VII.

⁶¹ Voir CMF, annexe VII.

⁶² Voir CR 2008/3, conclusions, p. 36, par. 3 ; voir aussi MD, p. 48, par. 127 ; p. 49, par. 128 et p. 50, par. 132.

⁶³ Voir CR 2008/1, p. 31, par. 24 (Condorelli, citant *Société commerciale de Belgique, arrêt, 1939, C.P.J.I., série A/B n° 78*, p. 173) ; voir aussi la jurisprudence citée *supra*, note 14.

⁶⁴ *The Law and Practice of the International Court of Justice, 1920-2005*, Nijhoff, Leiden/Boston, 4^e éd., 2006, vol. II, p. 562. Voir aussi sir Gerald Fitzmaurice, *The Law and Procedure of the International Court of Justice*, Grotius Publications Limited, Cambridge, 1986, vol. II, p. 435.

les faits antérieurs à l'acceptation de la juridiction de la Cour, on peut, à cet égard, paraphraser ce qu'a dit la Cour permanente dans l'affaire des *Phosphates du Maroc*, «[d]es situations ou des faits postérieurs à [l'expression du consentement de la France à la compétence de la Cour] ne déterminent la juridiction obligatoire que si c'est à leur sujet que s'est élevé le différend» (*Phosphates du Maroc, arrêt, 1938, série A/B n° 74, p. 24* ; voir aussi *Compagnie d'électricité de Sofia et de Bulgarie, arrêt, 1939, série A/B n° 78, p. 82*). Or, à l'évidence, le litige que la Cour est appelée à trancher aujourd'hui conformément au consentement qu'a donné la France ne s'est pas élevé au sujet des mandats d'arrêt ou d'une prétendue convocation à témoin qui sont postérieurs au dépôt de la requête.

37. Permettez-moi, Madame et Messieurs les juges, de vous inviter à réfléchir aux conséquences qu'aurait la thèse de Djibouti si, par impossible, vous deviez la suivre :

- Comme l'a rappelé l'agent de la France, tout à l'heure, le 13 mars prochain, le tribunal correctionnel de Versailles va examiner l'affaire de la subornation de témoins, dans le cadre de laquelle le procureur de la République et le chef de la sûreté nationale de Djibouti ont fait l'objet de mandats d'arrêt ; si le jugement qui sera rendu à l'issue de ces audiences n'a pas l'heur de plaire à la République de Djibouti, la Cour va-t-elle accepter de nouvelles conclusions du demandeur à ce sujet ?
- Si, demain, ou dans un an, ou dans dix, un juge djiboutien formule une nouvelle demande d'entraide judiciaire ou lance une nouvelle commission rogatoire, liée — plus ou moins étroitement — à l'«affaire Borrel» et si, pour une raison quelconque, la France refuse d'y faire droit pour un motif fondé sur l'article 2 de la convention de 1986 (ou pour une autre raison valide en droit international), Djibouti pourra-t-elle à nouveau saisir la Cour en se prévalant du consentement donné par la France en 2006 ? Où cela va-t-il s'arrêter ?
- Si, à l'avenir, l'instruction suivie au cabinet de Mme Clément débouche sur une demande d'audition de témoin, simple ou assisté, d'une personne dont les autorités djiboutiennes estimeraient qu'elle a agi en tant qu'organe de l'Etat dans le cadre de ses fonctions, votre Cour pourrait-elle en connaître sur le fondement du consentement exprimé par la France en 2006 ? Ce n'est tout simplement pas raisonnable.

— Plus généralement, l'extension qu'opère l'Etat requérant de la compétence de la Cour, tant *ratione materiae* que *temporis*, sur le fondement d'une «connexité» improbable postulée permettrait à un demandeur de procéder «par accréation» à des élargissements successifs de votre juridiction, pratiquement sans limites et de manière évidemment incompatible avec le principe du consensualisme consacré par votre jurisprudence constante⁶⁵.

38. Pour toutes ces raisons, Madame le président, Messieurs de la Cour, sans revenir, je le répète — même si c'est évident —, sur le consentement qu'elle a donné à votre compétence pour connaître de la requête de Djibouti, et dans les strictes limites de l'objet de celle-ci et des demandes qui y sont formulées et qui rentrent dans cet objet, la République française pense que vous ne pouvez vous prononcer :

— ni sur les conclusions de l'Etat demandeur qui portent sur un objet autre que celui défini, clairement et restrictivement, dans la requête — à savoir le refus de donner suite à la commission rogatoire internationale du 3 novembre 2004 (et cela concerne les paragraphes 3 à 8 des conclusions de Djibouti, que l'agent de cette Partie, a lues à l'audience de mardi après-midi⁶⁶) ;

— ni sur les demandes visant des faits ou des comportements de la République française postérieurs au dépôt de la requête, c'est-à-dire au 4 janvier 2006 (et cela concerne, en particulier, les mandats d'arrêt du 20 octobre 2006 et l'invitation à déposer adressée au président de la République de Djibouti le 14 février 2007 ; à l'égard de ces trois actes l'incompétence de la Cour est établie à la fois *ratione materiae* et *ratione temporis*).

39. J'en ai presque terminé, Madame le président ; mais, avec votre permission, je voudrais faire une dernière remarque, de nature à la fois générale et technique.

40. Dans l'affaire des *Phosphates du Maroc*, la Cour permanente a retenu l'exception préliminaire de la France fondée sur des considérations *ratione temporis* et décidé en conséquence que «la requête présentée ... par le Gouvernement italien [n'était] pas recevable» (*Phosphates du Maroc, arrêt, 1938, C.P.I.J. série A/B n° 74, p. 29*). Et c'est en ayant ceci à l'esprit que, dans les conclusions de son contre-mémoire, la France a prié la Cour «de bien vouloir 1) déclarer

⁶⁵ Voir *supra*, notes 14 et 44.

⁶⁶ CR 2008/3, p. 36-37 (Doualeh).

irrecevables les demandes de la République de Djibouti formulées dans son mémoire et qui dépassent l'objet déclaré de sa requête»⁶⁷. Au demeurant, on peut estimer que c'est autant, sinon plus, d'incompétence que d'irrecevabilité qu'il s'agit ; et je conviens que même le précédent de 1938 n'est pas limpide puisque, dans l'avant-dernier paragraphe des motifs de son arrêt, la Cour permanente indique qu'en conséquence du bien-fondé de l'exception préliminaire *ratione temporis* de la France «elle n'a pas *jurisdiction* pour se prononcer sur ce différend» (*Phosphates du Maroc, arrêt, 1938, C.P.I.J. série A/B n° 74*, p. 29 ; les italiques sont de nous).

41. Certes, «[n]ous savons bien», comme on l'a fait remarquer récemment, à propos d'une autre affaire «que les questions de compétence, les questions de recevabilité et les questions de fond ne sont pas des catégories séparées de façon hermétique» (*Différend territorial et maritime (Nicaragua c. Colombie), exceptions préliminaires, arrêt du 13 décembre 2007, opinion individuelle de M. le juge Ronny Abraham, par. 6*). Certes aussi, comme le dit l'auteur de la même opinion, que les motifs que j'ai avancés constituent «une cause d'incompétence ... ou un cas d'irrecevabilité de la demande ..., à vrai dire, ne fait guère de différence» (*ibid.*, par. 61) : dans les deux cas la Cour est empêchée de se prononcer au fond. Il n'en reste pas moins que les objections de la France à l'encontre de l'exercice par la Cour de sa juridiction tiennent à ce qu'elle n'y a pas consenti ; or, conformément à la jurisprudence dominante de la Cour rappelée en grands détails dans l'arrêt du 3 février 2006 dans l'affaire opposant la République démocratique du Congo au Rwanda⁶⁸, le consentement conditionne sa compétence et non la recevabilité de la requête. Comme la Cour l'a indiqué avec vigueur dans ce même arrêt :

«sa compétence repose sur le consentement des parties, dans la seule mesure reconnue par celles-ci ..., et ..., lorsque ce consentement est exprimé dans une clause compromissoire insérée dans un accord international [mais la même chose est vraie à

⁶⁷ CMF, p. 73.

⁶⁸ Cf. *Concessions Mavrommatis en Palestine, arrêt n° 2, 1924, C.P.J.I. série A n° 2*, p. 11-15 ; *Interprétation du statut du territoire de Memel, fond, arrêt, 1932, C.P.J.I. série A/B n° 49*, p. 327-328 ; *Compagnie d'électricité de Sofia et de Bulgarie, arrêt, 1939, C.P.J.I. série A/B n° 77*, p. 78-80 ; *Sud-Ouest africain (Ethiopie c. Afrique du Sud; Libéria c. Afrique du Sud), exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1962*, p. 344-346 ; *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique), compétence et recevabilité, arrêt, C.I.J. Recueil 1984*, p. 427-429, par. 81-83 ; *Actions armées frontalières et transfrontalières (Nicaragua c. Honduras), compétence et recevabilité, arrêt, C.I.J. Recueil 1988*, p. 88-90, par. 42-48 ; *Questions d'interprétation et d'application de la convention de Montréal de 1971 résultant de l'incident aérien de Lockerbie (Jamahiriya arabe libyenne c. Royaume-Uni), exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1998*, p. 16, par. 16-19 ; p. 24, par. 39-40 ; *Questions d'interprétation et d'application de la convention de Montréal de 1971 résultant de l'incident aérien de Lockerbie (Jamahiriya arabe libyenne c. Etats-Unis d'Amérique), exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1998*, p. 121-122, par. 15-19 ; p. 129, par 38-39.

fortiori s'agissant d'une requête «acceptée» au titre de l'article 38, paragraphe 5], les conditions auxquelles il est éventuellement soumis doivent être considérées comme en constituant les limites. De l'avis de la Cour, l'examen de telles conditions relève en conséquence de celui de sa compétence et non de celui de la recevabilité de la requête.» (*Activités armées sur le territoire du Congo (nouvelle requête : 2002) (République démocratique du Congo c. Rwanda), compétence et recevabilité, arrêt, C.I.J. Recueil 2006, p. 39, par. 88.*)

42. En conséquence, la France sera conduite à préciser, dans ses conclusions finales, qu'elle prie la Cour de constater à la fois son incompetence et l'irrecevabilité de la requête. Par loyauté pour la Partie adverse et afin de lui permettre de formuler les observations qui lui sembleraient utiles à cet égard, nous avons préféré l'indiquer dès à présent.

43. Cette précision met un point final à mon intervention de cet après-midi, que je vous remercie, Madame et Messieurs de la Cour, d'avoir écoutée avec votre bienveillance coutumière ; et je vous prie, Madame le président, de bien vouloir donner la parole au professeur Hervé Ascensio, qui parlera des prétendues violations du traité de 1977 et de la convention d'entraide judiciaire de 1986.

The PRESIDENT : Merci, Monsieur le professeur Pellet ; je donne la parole à M. le professeur Ascensio.

M. ASCENSIO :

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

Madame le président, Messieurs les juges, c'est un grand honneur pour moi d'apparaître pour la première fois devant votre Cour et de surcroît de m'y exprimer au nom de la République française, dont je suis un citoyen.

1. Il m'incombe de répondre aux moyens de droit sur lesquels la République de Djibouti s'est fondée pour alléguer que la République française aurait violé ses obligations internationales par son refus d'exécuter une commission rogatoire internationale. La commission rogatoire en cause est celle demandant la transmission d'une copie du dossier relatif à la procédure d'information instruite au tribunal de grande instance de Paris, contre X, du chef d'assassinat sur la personne de Bernard Borrel. Par commodité, ce dossier sera désigné dans cette plaidoirie comme

le «dossier Borrel». Toutefois, il faut souligner, comme l'a d'ailleurs fait très clairement la République de Djibouti dans son mémoire⁶⁹ et à nouveau dans ses plaidoiries, que le différend porté devant votre Cour ne concerne pas le fond de cette affaire, ni la procédure d'instruction en cours, mais seulement le refus des autorités françaises d'exécuter la commission rogatoire internationale mentionnée. C'est la République de Djibouti elle-même qui, dans sa requête introductive d'instance, a ainsi circonscrit l'objet du différend. Cela a été rappelé tout à l'heure par le professeur Pellet.

2. Dans son mémoire comme dans ses plaidoiries, la République de Djibouti a invoqué deux moyens de droit au soutien de son allégation de violation du droit international à propos du refus d'exécuter cette commission rogatoire, et deux moyens seulement. Elle a soutenu que la France aurait violé, d'une part, une obligation générale de coopération contenue dans le traité d'amitié et de coopération entre la République française et la République de Djibouti du 27 juin 1977⁷⁰ et, d'autre part, les règles et procédures d'entraide judiciaire prévues par la convention d'entraide judiciaire en matière pénale entre le Gouvernement de la République de Djibouti et le Gouvernement de la République française du 27 septembre 1986⁷¹. Par conséquent, pour répondre aux arguments développés par la République de Djibouti, il convient de démontrer que la République française n'a pas violé le traité d'amitié et de coopération de 1977 (I) et qu'elle n'a pas davantage violé la convention d'entraide judiciaire de 1986 (II).

I. L'ABSENCE DE VIOLATION DU TRAITÉ D'AMITIÉ ET DE COOPÉRATION DU 27 JUIN 1977

3. Madame la présidente, Messieurs les juges, le traité d'amitié et de coopération du 27 juin 1977 n'a aucunement été violé du fait du refus de transmettre le dossier Borrel aux autorités djiboutiennes. Pour qu'il en aille autrement, il faudrait que la France ait manqué à une obligation juridique susceptible de concerner l'exécution des commissions rogatoires internationales. Or, il est impossible de discerner une telle obligation dans le traité. Dire cela ne signifie évidemment pas que le traité ne comporte aucune obligation juridique. Si la République de Djibouti a besoin d'être rassurée à ce propos, elle peut se reporter au paragraphe 3.7 du contre-mémoire français, dont je me

⁶⁹ MD, p. 10, par. 5.

⁷⁰ MD, p. 38 et suiv.

⁷¹ MD, p. 42 et suiv.

limite à citer la première phrase : «Des obligations juridiques apparaissent dans le traité soit pour certains domaines de coopération sans rapport avec la coopération judiciaire en matière pénale, soit pour mettre en place une commission conjointe.»⁷²

4. A vrai dire, il n'est pas certain que la République de Djibouti soit d'un avis très différent. Elle ne discerne, elle non plus, aucune obligation juridique précise résultant des termes mêmes du traité et invocable dans la présente affaire. Voilà pourquoi elle est obligée d'imaginer une «obligation générale de coopération» aux effets juridiques aussi vastes qu'imprécis.

5. Cette obligation générale, nous dit-elle dans son mémoire, résulterait de la lecture combinée du préambule et de certains articles de la convention, à la lumière de l'objet et du but de cette convention. Pour consolider son interprétation, la République de Djibouti mentionne encore certains principes généraux, appliqués en relation avec le traité. Dans les plaidoiries, la méthode est quelque peu différente. Elle consiste à piocher des expressions au fil du traité pour en déduire qu'une obligation doit forcément résulter de tout cela mis bout à bout.

6. Une telle argumentation, Madame et Messieurs de la Cour, revient à admettre tout bonnement que cette «obligation générale de coopération», avec les effets juridiques que la République de Djibouti entend lui faire produire, n'existe pas dans le traité lui-même. Dès lors, il n'y a pas eu violation par la France de ce traité. Pour vous en convaincre, il me faut expliquer quel est le contenu du traité de 1977, avant de discuter les effets, à la vérité fort hypothétiques, allégués par la République de Djibouti.

A. Le contenu du traité d'amitié et de coopération

7. Le traité d'amitié et de coopération entre la France et Djibouti a été conclu peu après l'accession à l'indépendance de la République de Djibouti. Il s'agissait pour les deux Etats de poser les grands principes et les objectifs de leur coopération future, «avec quelque solennité» est-il écrit dans le contre-mémoire⁷³, car cela aussi a son importance. Aussi ne faut-il guère s'étonner du nombre limité des obligations juridiques qui y figurent, pas plus que de leur imprécision.

⁷² CMF, p. 19, par. 3.7.

⁷³ CMF, p. 20, par. 3.9.

8. Pour établir l'existence d'une «obligation générale de coopération», la République de Djibouti a mentionné dans son mémoire le préambule, ainsi que les articles 1, 2 et 4 du traité⁷⁴. Lors des plaidoiries, les mêmes articles ont été cités, ainsi que les articles 3, 5 et 6⁷⁵. La République de Djibouti nous invite ainsi à analyser l'intégralité du traité ou presque, ce qui fort heureusement peut être fait assez rapidement.

9. Le préambule du traité, l'article 1 et l'article 2 ne contiennent pas d'obligation juridique. Ils posent seulement de grands principes et expriment une volonté politique commune de poursuivre de vastes objectifs. L'article 6 du traité confirme cette analyse puisqu'il prévoit la création d'une commission de coopération afin de «veiller à la mise en œuvre des *principes* et à la poursuite des *objectifs* définis dans le présent traité», on ne saurait mieux dire.

10. Votre Cour s'est interrogée sur la portée juridique d'énoncés analogues dans l'affaire des *Plates-formes pétrolières*. Il s'agissait alors d'interpréter l'article premier du traité d'amitié, de commerce et de droits consulaires entre l'Iran et les Etats-Unis d'Amérique. La Cour a estimé que cet article devait : «être regardé comme fixant un *objectif* à la lumière duquel les autres dispositions du traité doivent être interprétées et appliquées» (*C.I.J. Recueil 1996*, p. 814, par. 28). Tel est également le cas pour le préambule et les articles 1 et 2 du traité d'amitié et de coopération entre la France et Djibouti. Ils fixent seulement des objectifs à la lumière desquels les seules obligations juridiques figurant effectivement dans le traité doivent être interprétées et appliquées.

11. Or, le traité ne pose aucune obligation juridique qui imposerait l'exécution d'une commission rogatoire internationale. L'article 3 est relatif à la stabilité monétaire et au développement économique, ce qui est, l'on conviendra, sans rapport avec l'entraide judiciaire. L'article 4 du traité pose certes une obligation de coopération. Mais le champ d'application de cette obligation ne couvre pas la coopération judiciaire en matière pénale. Seuls les domaines «de la culture, des sciences, de la technique et de l'éducation» sont visés. Elle n'est donc pas applicable à la présente affaire.

⁷⁴ MD, p. 39, par. 93 et 94.

⁷⁵ CR 2008/1, p. 55, par. 8, par. 9, et p. 57, par. 14 (Condorelli).

12. Concernant l'article 5 maintenant, la République de Djibouti a, dans ses plaidoiries, souligné l'utilisation du futur, dans cette disposition⁷⁶. Mais la conjugaison n'est pas tout ; il faut aussi s'intéresser au verbe ! En l'occurrence, il est difficile de prétendre que les verbes «favoriser» et «encourager» traduisent autre chose qu'une obligation de comportement assez lâche.

13. De plus, la coopération favorisée est celle d'«organismes nationaux publics et privés» et d'«institutions économiques, sociales et culturelles», expressions qui ne visent nullement les autorités judiciaires. Enfin, le domaine de l'article 5 ne peut s'étendre au-delà du domaine du traité lui-même. Or, l'objet du traité d'amitié et de coopération de 1977 ne couvre pas la coopération judiciaire en matière pénale. Le préambule ne mentionne que les «domaines politique, militaire, économique, monétaire, culturel, social et technique» et aucun article n'évoque la coopération judiciaire.

14. A ce propos, une remarque incidente doit être faite. La France a tenu à reproduire l'intégralité du traité en annexe XII à son contre-mémoire, elle figure également dans votre dossier, à l'annexe 3. Elle a souhaité le faire car le préambule avait été omis dans l'exemplaire produit par la République de Djibouti en annexe 1 de sa requête. Il est ainsi loisible d'observer dans le préambule la limitation du traité de 1977 à des domaines qui n'incluent pas la coopération judiciaire en matière pénale.

15. La volonté des Etats de ne pas inclure la matière pénale est d'ailleurs confirmée, du côté français, par la procédure suivie lors de la ratification. Dans sa plaidoirie, le professeur Condorelli a commenté l'instrument de ratification français⁷⁷, lequel comporte des formules tout à fait usuelles. Il est plus important de relever que le traité a été ratifié par le président de la République sans qu'il y ait eu besoin d'une autorisation parlementaire. Or, si le traité avait comporté des obligations juridiques précises dans le domaine pénal, une telle autorisation eût été requise par l'article 53 de la Constitution française. Cet article prévoit que ne peuvent être ratifiés ou approuvés qu'en vertu d'une loi certains types de traités, notamment ceux «qui modifient des dispositions de nature législative». Or, la matière pénale entre dans le domaine de la loi conformément aux termes de l'article 34 de la Constitution française. Un exemple d'application de

⁷⁶ CR 2008/1, p. 55, par. 9 (Condorelli).

⁷⁷ CR 2008/1, p. 54, par. 7 (Condorelli).

l'article 53 de la Constitution, est du reste fourni par la procédure suivie lors de la ratification de la convention d'entraide judiciaire en matière pénale entre Djibouti et la France du 27 septembre 1986.

16. Cette limitation de l'objet du traité de 1977 vaut également pour l'article 6, qui par ailleurs se limite à mettre en place une commission de coopération pouvant faire des recommandations aux deux gouvernements. L'article 6 a dès lors une fonction relativement modeste, ce qui n'a pas empêché le conseil de la République de Djibouti d'en tirer des effets tout à fait extraordinaires, alors que cette commission, d'après la Partie demanderesse elle-même, ne s'est plus réunie depuis fort longtemps⁷⁸.

17. L'article 6 démontrerait que le traité de 1977 «chapeaute» tous les autres accords bilatéraux⁷⁹. Ceci ne correspond à aucune réalité. Il n'existe aucune disposition dans le traité de 1977 et aucune disposition dans la convention d'entraide judiciaire en matière pénale de 1986 établissant un lien juridique entre les deux instruments. A fortiori, aucune disposition n'établit évidemment la moindre forme de hiérarchie entre eux.

18. L'interprétation des termes du traité par la République de Djibouti vise surtout à créer une impression générale, permettant de suggérer que le traité peut produire quelque effet dans la présente affaire. Cet effet n'est nullement généré par la violation d'une obligation juridique qui y serait contenue. D'ailleurs, l'agent de la République de Djibouti l'admet à demi-mot lorsqu'il énonce la liste des conclusions et demandes de la Partie demanderesse à l'issue de son premier tour de plaidoiries. Concernant le traité de 1977, il évoque une violation par la France de «l'esprit et [du] but de ce traité ainsi que des obligations en découlant»⁸⁰. Il reste à voir de quelle manière, en l'absence d'obligation précise du traité qui serait violé, la Partie demanderesse entend malgré tout faire produire un effet au traité de 1977 dans la présente affaire.

B. Les effets du traité allégués par la Partie demanderesse

19. Madame le président, lors des plaidoiries, la Partie demanderesse a assuré que «la France invoque ... à tort dans son contre-mémoire l'*obiter dictum* célèbre de [la] Cour en l'arrêt

⁷⁸ CR 2008/1, p. 57, par. 15 (Condorelli).

⁷⁹ CR 2008/1, p. 57, par. 14 (Condorelli).

⁸⁰ CR 2008/3, p. 37, par. 4, point 8 (Doualeh).

Nicaragua de 1986»⁸¹. Il s'agissait du passage de cet arrêt d'après lequel il doit exister une distinction «entre la grande catégorie des actes inamicaux et la catégorie plus étroite d'actes tendant à faire échouer le but et l'objet d'un traité». Quant à ces derniers, la Cour estimait qu'il était nécessaire de les rattacher à des «domaines précis», afin «de manifester une amitié effective» et non «une amitié en un sens vague et général» (*C.I.J. Recueil 1986*, p. 137, par. 273). La référence à cet arrêt ne serait pas — ou plus — nécessaire car la République de Djibouti n'invoquerait nullement l'idée selon laquelle des obligations juridiques résulteraient non pas des articles du traité, mais de son objet et de son but⁸².

20. Il me paraît cependant fort utile de garder en tête l'enseignement de la Cour car, désormais la République de Djibouti cherche à utiliser les termes vagues et généraux d'«amitié» et de «coopération», et quelques autres encore, pour faire produire au traité de 1977 des effets juridiques que son contenu ne justifie certainement pas.

21. Le conseil de la République de Djibouti mentionne ainsi, dans sa plaidoirie, l'hypothèse de «comportements inamicaux» qui, si l'on suit bien, alliés au principe du respect mutuel entre Etats, pourraient engendrer une violation «des obligations de coopération prescrites par le traité de 1977»⁸³. Il prétend ensuite que certaines violations, qualifiées de «graves», de la convention d'entraide judiciaire de 1986 pourraient constituer en même temps une violation du traité de 1977, tandis que le phénomène ne se produirait pas pour une violation «d'importance réduite»⁸⁴. D'après lui, il conviendrait également de prendre en considération un «contexte global» qui serait «caractérisé par d'autres actes gravement inamicaux»⁸⁵. Il ajoute enfin comme dernier ingrédient, je cite, «la portée de la référence à l'«égalité» et au «respect mutuel» qui est due entre les Parties lors de la mise en œuvre de la coopération dans l'ensemble des domaines couverts par le traité

⁸¹ CR 2008/1, p. 58, par. 17 (Condorelli).

⁸² CR 2008/1, p. 58, par. 17 (Condorelli).

⁸³ CR 2008/1, p. 60, par. 21 (Condorelli).

⁸⁴ CR 2008/1, p. 60, par. 22 (Condorelli).

⁸⁵ CR 2008/1, p. 60, par. 23 (Condorelli).

de 1977»⁸⁶. Tout cela constituerait un «point de vue assurément défendable», «*in abstracto*» précise-t-il, sans que l'on sache d'ailleurs quel est le point de vue *in concreto*⁸⁷.

22. L'objectif de cette succession d'expressions embrouillées est de permettre d'avancer une idée unique : le traité de 1977 pourrait avoir été violé «si la Cour ... qualifie la conduite de la France de violation grave de la convention de 1986»⁸⁸. Tel est donc le genre de violation du traité d'amitié et de coopération allégué par la République de Djibouti désormais.

23. Il nous semble que la Cour devrait s'inspirer de sa jurisprudence dans l'affaire *Nicaragua* et écarter une telle tentative de faire naître la responsabilité sur la base d'une accumulation de termes vagues et généraux. Au surplus, aucune disposition du traité de 1977 et aucune disposition de la convention d'entraide judiciaire de 1986 ne fait apparaître la moindre référence de l'une à l'autre. La violation de la seconde ne saurait donc avoir le moindre effet sur la première, d'autant que leurs objets sont différents et que les seules obligations juridiques concernant l'entraide judiciaire en matière pénale liant les Parties figurent dans la convention du 27 septembre 1986.

II. L'ABSENCE DE VIOLATION DE LA CONVENTION D'ENTRAIDE JUDICIAIRE EN MATIÈRE PÉNALE DU 27 SEPTEMBRE 1986

24. Madame le président, Messieurs les juges, il convient maintenant d'aborder le second moyen de droit invoqué par la République de Djibouti. Il porte sur la mise en œuvre de la convention du 27 septembre 1986 à l'occasion de l'examen par les autorités françaises de la commission rogatoire internationale demandant la transmission d'une copie du dossier Borrel.

25. Force est de constater que la présentation de ce moyen de droit par la Partie demanderesse a considérablement évolué entre la phase écrite et celle des exposés oraux. Cela a conduit à une modification substantielle des conclusions, qui a été exposée par l'agent de la République de Djibouti à l'issue du premier tour de plaidoiries de Djibouti. La thèse juridique défendue à titre principal est désormais la suivante : «[L]a République française a violé ses obligations ... en n'ayant pas mis en œuvre son engagement en date du 27 janvier 2005 à exécuter

⁸⁶ CR 2008/1, p. 61, par. 24 (Condorelli).

⁸⁷ CR 2008/1, p. 61, par. 25 (Condorelli).

⁸⁸ CR 2008/1, p. 61, par. 25 (Condorelli).

la demande de commission rogatoire de la République de Djibouti en date du 3 novembre 2003»⁸⁹ — en réalité il s'agit d'ailleurs du 3 novembre 2004. La République de Djibouti met ainsi en avant le rôle déterminant d'une lettre émanant du directeur de cabinet du ministre de la justice, lettre considérée comme marquant l'acceptation définitive par la France de la demande djiboutienne de transmission du dossier Borrel, conformément aux dispositions de la convention de 1986 et plus particulièrement de son article 14.

26. A titre subsidiaire, la République de Djibouti soutient que la France aurait violé ses obligations en vertu de l'article 1 de la convention en raison de son refus illicite de transmettre le dossier Borrel, refus contenu dans une lettre du 6 juin 2005 ou, et c'est là la seconde conclusion subsidiaire, dans une lettre du 31 mai 2005 — ces différentes lettres figurent dans votre dossier. L'illicite résulterait du fait que le motif du refus d'entraide aurait été, et continuerait à être, insuffisamment explicité.

27. De telles conclusions sont évidemment dépendantes de la façon dont la République de Djibouti interprète la convention de 1986 et dont elle applique ses dispositions à la demande de transmission du dossier Borrel. Là aussi, l'évolution a été considérable entre la requête et le mémoire d'une part, les exposés oraux d'autre part. Il est vrai que, dans leurs plaidoiries, les conseils de la Partie demanderesse ont cherché à définir des points d'accords et des divergences subsistant entre les deux Etats. Il s'agissait sans doute d'appliquer l'article 60 du Règlement de la Cour, selon lequel les parties doivent, dans leurs exposés oraux, se concentrer sur les points qui les divisent⁹⁰. Il va sans dire que la République française entend, elle aussi, se concentrer sur de tels points. Mais les analyses juridiques menées par les conseils de Djibouti avaient aussi pour fonction, ne nous le cachons pas, de présenter à la Cour un raisonnement juridique presque entièrement nouveau.

28. Dès lors, il est indispensable de préciser dans quelle mesure ce raisonnement est compatible avec les obligations figurant dans la convention d'entraide judiciaire de 1986 et de se demander s'il permet de soutenir que la France a manqué à l'une de ses obligations internationales, à l'occasion de l'examen par ses autorités de la commission rogatoire demandant la transmission du

⁸⁹ CR 2008/3, p. 36, par. 1 (Doualeh).

⁹⁰ CR 2008/2, p. 9, par. 3 (Condorelli).

dossier Borrel. La réponse peut d'ores et déjà être fournie à votre Cour : aucune des thèses désormais avancées par la Partie demanderesse ne permet de conclure, en droit, à une violation de la convention de 1986 par la France. Cela est vrai aussi bien pour l'argumentation conduisant à la conclusion principale de la République de Djibouti (A) que pour celle conduisant à ses conclusions subsidiaires (B).

A. L'argumentation principale de la Partie demanderesse

29. L'argumentation principale de la Partie demanderesse consiste à soutenir que la convention de 1986 a été violée en raison du refus de donner suite au supposé engagement constitué par la lettre du 27 janvier 2005. Or, aucune violation de ce genre n'est advenue. Il suffit, pour s'en convaincre, de rappeler brièvement quelles sont les dispositions pertinentes de la convention, avant de rappeler la procédure mise en œuvre par la République française à la suite de la demande djiboutienne de transmission du dossier Borrel.

1) Les dispositions pertinentes de la convention d'entraide judiciaire

30. Madame le président, l'interprétation faite désormais par la République de Djibouti des dispositions de la convention de 1986 s'est indéniablement rapprochée de celle exposée par la France dans son contre-mémoire.

31. Le rapprochement le plus remarquable réside dans le fait que l'article 2 de la convention n'est plus ignoré, alors que la République de Djibouti n'en disait pas un mot dans sa requête, pas plus que dans son mémoire. Cet article est celui qui permet à un Etat de refuser l'entraide judiciaire, et c'est précisément en application de l'article 2 que la France a refusé d'exécuter la commission rogatoire djiboutienne demandant la transmission du dossier Borrel. La République de Djibouti a ainsi dû se rendre à l'évidence : si l'article 1 de la convention prévoit que les Etats s'accordent l'entraide judiciaire «la plus large possible», cela signifie que, malgré tout, il est des cas où cela est impossible. Ces cas sont précisément ceux qui sont distingués à l'article 2 de la convention et j'utilise ici le verbe «distinguer» dans l'un de ses sens en français, à savoir que l'article 2 établit une distinction en énumérant trois cas, correspondant à trois motifs différents et tous trois licites de refuser l'entraide.

32. La République de Djibouti a également admis que l'article 2 faisant partie du titre intitulé «Dispositions générales» de la convention concerne donc toutes les formes d'entraide judiciaire, y compris les commissions rogatoires internationales, dont il est plus précisément question aux articles 3 à 5 de la convention.

33. Un autre point d'accord peut encore être discerné à propos du refus d'entraide permis par l'article 2. La République française considère en effet que, sous réserve bien entendu du respect des conditions de forme prévues à l'article 13 et des hypothèses couvertes par le droit international général comme l'abus de droit ou le détournement de pouvoir, un tel refus, pour être conforme à la convention, ne peut avoir pour motif que l'un de ceux énumérés dans cet article. Contrairement à ce qu'a soutenu la République de Djibouti dans ses plaidoiries, le contre-mémoire était dénué de toute ambiguïté à ce propos.

34. Enfin, la République française est parfaitement d'accord avec l'idée exprimée par le professeur Luigi Condorelli d'après laquelle «les dispositions principales jouant un rôle direct aux fins du litige qui les oppose [les deux Etats] sont les articles 1 (par. 1), 2, 3 (par. 1) et 17.»⁹¹ Peut-être faudrait-il seulement ajouter que la République de Djibouti a également mentionné l'article 14 de la convention et qu'elle en a fait une application sur laquelle il conviendra de revenir un peu plus loin dans cette plaidoirie.

35. Toutefois, malgré ces différents points d'accord, des divergences substantielles subsistent. Le conseil de la République de Djibouti a lui-même dressé une liste de ces divergences : «l'interprétation des articles 1, 2 *litt. c)* et 17 de la convention et, bien entendu, du rapport existant entre leurs prescriptions relatives»⁹². Par rapport aux articles jouant, selon le même conseil, un rôle direct dans le présent litige, on constate qu'un seul article a été écarté de la liste : l'article 3. Or, c'est précisément à propos de l'article 3 et de son application qu'il faut, au contraire, faire prioritairement des remarques. Et je dis prioritairement car son interprétation et sa mise en œuvre sont au cœur de l'argumentation soutenue à titre principal par la République de Djibouti. En effet, le seul moyen pour elle de soutenir que la lettre du 27 janvier 2005 constitue

⁹¹ CR 2008/2, p. 8, par. 2 (Condorelli).

⁹² CR 2008/2, p. 9, par. 3 (Condorelli).

une acceptation pure et simple de la demande djiboutienne est d'ignorer la procédure interne française, et donc d'escamoter l'article 3.

36. L'article 3, paragraphe 1, est la disposition principale de la convention parmi celles consacrées spécifiquement aux commissions rogatoires internationales. Il dispose :

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

37. L'article 3 renvoie donc expressément à la procédure interne pour la mise en œuvre des demandes d'entraide. Dans son mémoire, la République de Djibouti prétendait que la procédure interne n'était qu'une simple modalité d'exécution de la demande⁹³ et que l'article 3 de la convention poserait une «obligation de résultat»⁹⁴. Cela revenait à subordonner systématiquement la procédure au résultat. A l'inverse, selon l'interprétation donnée par la France de cette disposition, la conformité à la procédure interne est l'un des éléments essentiels de l'obligation. Il s'agit même d'une des principales garanties offertes par la convention. Le résultat recherché, la transmission des éléments demandés, ne peut avoir lieu qu'à l'issue de la procédure interne. Dire cela n'est pas faire preuve de formalisme mais au contraire du respect requis envers la règle de droit, qui s'impose à la fois au titre de l'article 3 de la convention et de la procédure pénale française.

38. L'objet et le but de la convention de 1986 impliquent d'ailleurs que l'accent soit mis sur les moyens employés, c'est-à-dire sur les procédures internes. L'objet du traité est l'entraide judiciaire en matière pénale, c'est-à-dire un processus de coopération entre deux Etats. D'après l'article 1, ce processus porte sur «toute *procédure* judiciaire visant des infractions dont la répression est, au moment où l'entraide est demandée, de la compétence des autorités judiciaires de l'Etat requérant». Le même article utilise deux fois l'adjectif «judiciaire», ce qui montre que les autorités judiciaires sont fortement impliquées dans ce processus. Quant au but de la convention, il consiste, selon le préambule, à «faciliter» le déroulement des procédures d'entraide judiciaire. Le verbe «faciliter» conduit plus naturellement à insister sur les moyens que sur le résultat, qu'il ne

⁹³ MD, p. 44, par. 114.

⁹⁴ MD, p. 44, par. 113.

garantit pas de manière absolue. Enfin, il convient de rappeler qu'une procédure d'entraide judiciaire est traditionnellement lourde et complexe. Elle requiert d'articuler deux procédures internes, celle de l'Etat requérant et celle de l'Etat requis, et d'assurer la coordination entre les autorités judiciaires de ces deux Etats, dans le respect des intérêts fondamentaux de chacun d'eux. Tel est précisément le but de la convention de 1986.

39. Sans que cela ait été dit très clairement, il semblerait que la République de Djibouti ait renoncé à sa première interprétation et adhère désormais, au moins en théorie, à la position française. En effet, elle a écarté l'idée d'une obligation de résultat absolue. De plus, son conseil a affirmé avec force : «Djibouti n'a jamais soutenu que la commission rogatoire devrait être exécutée par l'Etat requis sans passer par la procédure prévue à cet effet par son droit interne !»⁹⁵

40. Ceci étant, en admettant que Djibouti ne l'ait effectivement jamais soutenu auparavant, c'est exactement ce qu'elle fait dans la suite de ses exposés oraux. Car, il importe de le souligner, l'ensemble de l'argumentation djiboutienne conduisant à la conclusion principale selon laquelle la lettre du 27 janvier 2005 constitue un engagement d'exécuter la commission rogatoire djiboutienne est marquée par une profonde contradiction. Cette lettre ne constituait nullement le terme de la procédure interne, mais communiquait des informations relatives aux premières étapes de cette procédure. Dès lors, il est impossible de soutenir à la fois, comme le fait la République de Djibouti, que la France est engagée par cette lettre et que l'exécution de la demande doit «passer par la procédure prévue à cet effet par son droit interne».

41. Pour en convaincre pleinement la Cour, le plus simple est sans doute de reprendre la chronologie des événements concernant les demandes djiboutiennes de transmission du dossier Borrel, ainsi que les étapes de la procédure prévue par le droit français pour y répondre. Il apparaîtra alors clairement que la République de Djibouti n'est nullement fondée à soutenir que la France a violé la convention de 1986 en refusant de se conformer à un supposé «engagement».

⁹⁵ CR 2008/2, p. 11, par. 7 (Condorelli).

2) La mise en œuvre de la procédure d'entraide judiciaire par la France

42. Concernant la procédure française il faut, Madame le président, dissiper tout d'abord une équivoque quant à la chronologie des demandes djiboutiennes. Dans son mémoire⁹⁶, la République de Djibouti a parlé régulièrement de «commissions rogatoires internationales» au pluriel, comme si elle en avait émis plusieurs, de ces commissions rogatoires, demandant la transmission du dossier Borrel. Or, à proprement parler, il n'y a eu qu'une seule commission rogatoire internationale, celle émise par la juge Leïla Mohamed Ali le 3 novembre 2004.

43. Les plaidoiries sont, sur ce point, plus exactes, car M^e van den Biesen a utilisé l'expression de «the international letter rogatory» à propos de cette seule demande⁹⁷. Mais il a également rappelé la première démarche des autorités djiboutiennes, celle entreprise le 17 juin 2004 par le procureur de la République de Djibouti. Cette première démarche ferait en quelque sorte partie de la phase préparatoire de la commission rogatoire internationale du 3 novembre 2004. Ainsi, selon M^e van den Biesen :

«6 December 2004 was the date on which the international letter rogatory, of 3 November 2004 was formally transmitted to the French authorities. Obviously, at this point in time, the French authorities had been aware that this request would be coming for more than half a year...»⁹⁸

44. Pour être tout à fait exact, M^e van den Biesen fait même remonter cette phase préparatoire à des conversations entre le procureur de Djibouti et le procureur de Paris qui se seraient déroulées le 6 mai 2004⁹⁹. Mais comme la Partie demanderesse ne fournit pas le moindre élément de preuve quant au contenu de ces conversations, il est sans doute recommandable de s'en tenir au premier document figurant dans le dossier soumis à votre Cour et demandant la transmission du dossier Borrel, à savoir la lettre adressée le 17 juin 2004 par le procureur de la République de Djibouti au procureur de la République près le tribunal de grande instance de Paris.

45. Il est vrai que l'objet de cette première demande était identique à celui de la commission rogatoire internationale du 3 novembre 2004, c'est-à-dire la transmission d'une copie intégrale du dossier instruit par la juge d'instruction Sophie Clément. Il est vrai également qu'il existe une

⁹⁶ MD, p. 26, par. 59.

⁹⁷ CR 2008/2, p. 32, par. 12-13, p. 35, par. 24 (van den Biesen).

⁹⁸ CR 2008/2, p. 32, par. 13 (van den Biesen).

⁹⁹ CR 2008/2, p. 31, par. 11 (van den Biesen).

continuité dans la volonté de la Partie demanderesse d'obtenir la communication du dossier Borrel depuis le début du second semestre 2004. Dès lors, il convient de revenir sur le traitement de ces deux demandes successives, en insistant à la fois sur ce qui les distingue quant à la procédure et sur ce qui les rapproche quant au fond.

46. La première demande, celle du 17 juin 2004 tout d'abord, ne pouvait être assimilée à une commission rogatoire internationale. Elle ne s'inscrivait nullement dans le cadre de la convention d'entraide judiciaire de 1986, qui n'était en tout état de cause pas mentionnée. Les formes prévues à l'article 13 de la convention d'entraide judiciaire n'étaient pas respectées, et pour cause. Il n'existait alors aucune procédure pénale en cours relativement à la mort du juge Borrel à Djibouti. La première procédure djiboutienne, celle ayant conclu à un suicide, avait été clôturée le 7 décembre 2003 et la seconde n'était pas encore ouverte. Il ne s'agissait donc pas d'une commission rogatoire relative à une «affaire pénale» en cours à Djibouti, pour reprendre les termes de l'article 3 de la convention. Il n'y avait aucune «inculpation» et il était impossible de fournir un «exposé sommaire des faits», pour citer cette fois les termes de l'article 13, paragraphe 2, de cette convention.

47. Le courrier du 17 juin 2004 ne laissait en revanche aucun doute sur le fait que le procureur de Djibouti se situait sur un terrain non conventionnel. Il expliquait que la transmission des éléments du dossier Borrel servirait non pas à nourrir une information judiciaire en cours, mais à ouvrir, le cas échéant, une nouvelle procédure judiciaire à Djibouti. Surtout, il expliquait très clairement les motifs de la demande, à savoir la volonté de réagir aux mises en cause des autorités djiboutiennes par la partie civile et par certains médias français. Dans son mémoire, la République de Djibouti est tout aussi explicite, puisqu'elle présente la demande du 17 juin 2004 comme «*surtout*» motivée par «la détérioration progressive des relations entre la République française et la République de Djibouti du fait de la vaste campagne de dénigrement, d'accusation et de diffamation des plus hautes autorités djiboutiennes par médias interposés»¹⁰⁰. La demande ne correspondait donc à l'évidence pas au but poursuivi par la convention de 1986, à savoir la

¹⁰⁰ MD, p. 26, par. 60.

recherche, par le biais de l'entraide internationale, d'éléments de nature à enrichir une procédure pénale en cours dans l'Etat requérant.

48. Le procureur de la République française a alors mis en œuvre la procédure interne prévue pour l'examen des demandes d'entraide de ce type, procédure sur laquelle je reviendrai un peu plus loin, ce qui l'a conduit à saisir une première fois la juge d'instruction compétente. Comme l'on pouvait s'y attendre, la juge d'instruction a estimé que cette démarche ne remplissait pas les conditions de forme indispensables pour qu'il y soit fait droit. Les autorités exécutives ont alors fourni à la République de Djibouti des informations juridiques précises afin de répondre à leur souhait persistant d'obtenir des renseignements dans le cadre d'une procédure d'entraide judiciaire.

49. Parmi ces informations figurent certaines qui sont de première importance pour le différend porté devant la Cour. Je fais ici référence à un document interne à l'administration française, qui a été communiqué au parquet de Djibouti, et que la République de Djibouti elle-même a annexé à son mémoire. Il s'agit de l'annexe 18. Dans ce document, le directeur du cabinet du ministre de la justice explique que «le juge d'instruction chargé du dossier [est] seul compétent pour délivrer les copies de pièces». Et il ajoute que le juge d'instruction a, en l'occurrence, estimé que le courrier ne revêtait pas les formes requises pour entrer dans le champ de la convention de 1986.

50. La République de Djibouti n'a émis aucune protestation en raison du rejet de sa première démarche. Elle a, au contraire, accepté les remarques techniques des autorités françaises et a enclenché une nouvelle procédure respectueuse des formes de la convention. Ainsi, le 30 octobre 2004, une information judiciaire du chef d'assassinat sur la personne de Bernard Borrel a été ouverte à Djibouti¹⁰¹ et, quelques jours plus tard, le 3 novembre 2004, la juge d'instruction au tribunal de première instance de Djibouti a émis une commission rogatoire internationale demandant aux autorités françaises la transmission du dossier Borrel.

51. Il résulte de ces éléments :

— premièrement, que la République de Djibouti a parfaitement admis la position des autorités françaises ;

¹⁰¹ MD, annexe 20.

— deuxièmement, que la République de Djibouti a été dûment informée du rôle essentiel joué par le juge d'instruction dans la procédure d'examen des demandes d'entraide.

52. Compte tenu de son attitude, la République de Djibouti ne peut plus revenir aujourd'hui sur ce qu'elle a clairement indiqué aux autorités françaises, à savoir qu'elle admettait le bien-fondé de leur position à propos de la démarche du procureur de Djibouti.

53. A la suite de ces échanges, la France a été saisie, pour la première fois et conformément à la convention de 1986, d'une commission rogatoire internationale demandant la transmission du dossier Borrel dans le cadre d'une procédure judiciaire en cours à Djibouti. Elle a alors satisfait à son obligation au titre de l'article 3 de la convention de 1986, c'est-à-dire qu'elle a enclenché sa procédure interne.

54. Dans son contre-mémoire, la République française a expliqué de manière détaillée quelles étaient les règles du droit français applicables à l'examen des commissions rogatoires internationales¹⁰² et elle a fourni en annexes les documents administratifs et les actes judiciaires relatifs à l'examen de la demande djiboutienne¹⁰³. Sans doute n'est-il pas utile d'y revenir longuement, car ces éléments ont paru convaincre la Partie demanderesse. En effet, le professeur Condorelli, après avoir rappelé la position française selon laquelle «d'après la législation française la décision d'exécuter ou de refuser une telle commission rogatoire relève de la compétence exclusive des organes judiciaires», a conclu son raisonnement en déclarant «[I]a question n'est pas là»¹⁰⁴.

55. La plaidoirie du coagent de la République de Djibouti, M^e van den Biesen, est encore plus claire. Après s'être interrogé sur la nature juridique du soit transmis de la juge d'instruction Sophie Clément en date du 8 février 2005 et avoir rappelé que la cour d'appel de Paris avait estimé, dans un arrêt de 2006, que cet acte constituait une décision judiciaire, il conclut de la manière suivante : «[H]owever peculiar the Applicant may think that this is, actually this is the reality with which also the Applicant ... have to live.»¹⁰⁵

¹⁰² CMF, par. 3.56-3.63.

¹⁰³ CMF, annexes XIV, XV, XXI.

¹⁰⁴ CR 2008/2, p. 12, par. 8 (Condorelli).

¹⁰⁵ CR 2008/2, p. 46, par. 57 (van den Biesen).

56. Dès lors, il est admis par les deux Parties au présent différend qu'en vertu du code de procédure pénale français, et plus particulièrement en vertu de l'article 694-2 et de l'article 81, alinéa 2, la juge d'instruction en charge du dossier Borrel était seule compétente pour procéder à l'exécution de la demande et donc compétente pour se prononcer sur le refus d'entraide.

57. Au demeurant, tout cela n'a rien de surprenant, contrairement à ce que suggère la Partie demanderesse¹⁰⁶. Il faut bien qu'une autorité interne se prononce sur les cas de refus, comme sur les cas de non-refus d'ailleurs. Il se trouve que la procédure pénale française confie cette tâche au juge d'instruction chargé d'instruire l'affaire. Il appartient à la France et à elle seule d'organiser ses propres procédures comme elle l'entend, dès lors que cette organisation ne viole aucune disposition de la convention de 1986. D'ailleurs, confier au pouvoir judiciaire le soin de s'opposer de manière définitive aux demandes d'entraide judiciaire en matière pénale n'a rien d'arbitraire, bien au contraire.

58. Enfin, il faut souligner que la procédure a été conduite avec la plus grande célérité, puisque la commission rogatoire émise par la juge d'instruction djiboutienne a été communiquée à l'ambassade de France à Djibouti le 22 décembre 2004 et que la juge d'instruction en charge de l'affaire en France a informé de sa décision le procureur de la République de Paris dès le 8 février 2005. La décision rejette la demande au motif que son exécution serait de nature à porter atteinte à la souveraineté, la sécurité, l'ordre public ou à d'autres intérêts essentiels de la France¹⁰⁷. Cette décision, émanant de l'autorité judiciaire, a marqué le terme de la procédure interne.

59. Dès lors, on ne comprend pas comment la République de Djibouti peut prétendre que la procédure interne se serait arrêtée beaucoup plus tôt, le 27 janvier 2005, presque au moment où elle commençait, avec la lettre de M. Le Mesle. En soutenant son argumentation principale, la République de Djibouti ignore complètement le contexte procédural des différents échanges entre elle-même et la République française. Cela la conduit à présenter devant la Cour les réponses données à ses divers courriers et démarches comme s'il s'agissait de promesses ou de comportements susceptibles d'engager la France à transmettre le dossier Borrel.

¹⁰⁶ *Ibid.*

¹⁰⁷ CMF, annexe XXI.

60. Tel n'a jamais été le cas. La République de Djibouti savait pertinemment que les réponses des autorités exécutives françaises ne pouvaient porter que sur l'état d'avancement de la procédure et non sur son issue définitive. Cela résultait clairement des dispositions de la convention de 1986 et cela avait été précisé dès la première démarche des autorités djiboutiennes.

61. La compréhension de la lettre du 27 janvier 2005 et de ses effets par la République de Djibouti est non seulement surprenante, mais elle est également nouvelle. Dans son mémoire, la République de Djibouti avait certes fait référence à cette lettre en utilisant un grand nombre d'expressions telles que «engagement»¹⁰⁸, «assurances»¹⁰⁹, «engagement unilatéral» ou encore «promesse»¹¹⁰. Mais elle n'avait aucunement précisé quels effets juridiques elle entendait leur faire produire.

62. S'agissait-il de suggérer que cette lettre constituait un acte unilatéral de l'Etat, c'est-à-dire un acte créateur d'une obligation juridique nouvelle et distincte de celles figurant dans la convention de 1986 ? Les termes que je viens de mentionner pouvaient le laisser entendre. Mais nous savons désormais que ce n'est pas le cas. Cela eût été à vrai dire fort surprenant, pour ne pas dire cocasse, compte tenu de l'auteur de la lettre, des termes utilisés et des circonstances.

63. Mais la thèse développée par la République de Djibouti lors du premier tour de ses plaidoiries n'est pas moins étrange. Elle consiste à dire que cette lettre n'est rien d'autre que l'exécution de la demande d'entraide judiciaire djiboutienne, telle qu'elle est prévue par l'article 14 de la convention. Je me réfère ici à l'exposé du professeur Condorelli : «cette lettre représente, en effet, la réponse officielle du ministère de la justice de l'Etat requis, la France, à la commission rogatoire adressée par l'Etat requérant, Djibouti, par la voie officielle prescrite par l'article 14 de la convention de 1986»¹¹¹.

64. Voilà également pourquoi le même conseil mentionne dans sa plaidoirie les règles du droit international relatives à la responsabilité internationale de l'Etat pour fait internationalement illicite, notamment les règles d'attribution¹¹². La lettre du 27 janvier 2005 est donc appréhendée

¹⁰⁸ MD, p. 28, par. 65, p. 29, par. 67 et 69.

¹⁰⁹ MD, p. 45, par. 115.

¹¹⁰ MD, p. 45, par. 116.

¹¹¹ CR 2008/2, p. 16, par. 14 (Condorelli).

¹¹² CR 2008/2, p. 15, par. 12 (Condorelli).

comme un fait de l'Etat, en l'occurrence un acte d'exécution de la convention de 1986, et non pas comme un acte juridique international qui donnera naissance à une obligation nouvelle.

65. Une telle hypothèse est-elle crédible ? Certainement pas. Il suffit pour s'en convaincre de lire la lettre en question. Ceci étant, Madame le président, je m'interroge car il est bientôt 18 heures, il me semble que ce moment est opportun pour suspendre ma plaidoirie.

Le PRESIDENT : Mais j'ai l'impression que vous avez presque fini. Il ne vous reste que 5 à 7 minutes. Vous pouvez continuer.

M. ASCENSIO : D'accord. Très bien.

Je reprends donc. Cette hypothèse est-elle crédible ? Nullement, il suffit pour s'en convaincre de lire la lettre en question. La réponse donnée est, compte tenu du contexte, dépourvue d'ambiguïté. Le directeur de cabinet du ministre de la justice, M. Le Mesle, explique à l'ambassadeur de Djibouti à Paris l'état d'avancement de la procédure. Il précise avoir demandé que «tout soit mis en œuvre» pour répondre à la demande. Il se situait ainsi clairement sur le terrain du déclenchement de la procédure interne. On ne trouve dans la lettre aucune acceptation expresse, aucune réponse positive, contrairement à ce qu'allègue la Partie demanderesse¹¹³. De même, son souhait d'éviter les «délais injustifiés» montre son attachement personnel à ce que cette procédure progresse avec le maximum de célérité, pour la seule partie incombant au pouvoir exécutif. Par ailleurs, il est évident qu'il ne pouvait apporter d'information définitive quant à l'issue de la procédure, puisque celle-ci était toujours en cours à ce moment-là et qu'elle dépendait de l'appréciation de l'autorité judiciaire.

66. Selon le mémoire de la République de Djibouti, la France aurait dû l'avertir du fait que la mise en œuvre de son droit interne pouvait conduire à un refus d'entraide¹¹⁴. Le même reproche a été réitéré par M^e van den Biesen dans sa plaidoirie¹¹⁵. Mais depuis quand est-il juridiquement nécessaire d'avertir un Etat du fait qu'une convention sera appliquée conformément aux obligations qu'elle pose ? La conformité à la procédure interne est explicitement prévue par l'article 3 de la

¹¹³ CR 2008/2, p. 33, par. 14 (van den Biesen).

¹¹⁴ MD, p. 44, par. 114.

¹¹⁵ CR 2008/2, p. 37, par. 29 (van den Biesen).

convention et la possibilité d'un refus est prévue tout aussi explicitement à l'article 2 et à l'article 17. La République de Djibouti ne peut, de bonne foi, soutenir qu'elle n'avait pas connaissance de ces dispositions.

67. La République de Djibouti, dans son mémoire, est allée jusqu'à parler à ce propos de «forclusion»¹¹⁶. Une telle position manque là encore de la manière la plus élémentaire à la bonne foi dans l'exécution des traités. Si l'on y revient ici, c'est à seule fin de répondre entièrement aux griefs de la République de Djibouti ; mais la réponse peut être brève. L'attitude reprochée à la France est son silence. Mais, quand bien même ce silence serait avéré, il ne démontrerait rien. La Cour, dans son arrêt du 20 juillet 1989 en l'affaire de l'*Elettronica Sicula*, n'a pas exclu que le silence puisse «dans certaines circonstances» engendrer un *estoppel* (*Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI) (Etats-Unis d'Amérique c. Italie)*, arrêt, *C.I.J. Recueil 1989*, p. 44, par. 54). Mais l'arrêt précise : «lorsqu'il aurait fallu dire quelque chose». Or, dans le différend entre Djibouti et la France, il était inutile de dire quelque chose, puisque la référence à la législation interne est expressément mentionnée à l'article 3 de la convention d'entraide judiciaire entre les deux Etats.

68. Par ailleurs, le fait que le juge d'instruction est «seul compétent pour délivrer les copies de pièces» avait été rappelé par le même directeur de cabinet du ministère de la justice, M. Le Mesle, au tout début des échanges entre la République de Djibouti et la République française, dans la lettre du 18 octobre 2004 figurant en annexe du mémoire djiboutien¹¹⁷.

69. Faute de trouver un terrain suffisamment solide dans la lettre du 27 janvier 2005 au soutien de ses allégations, la Partie demanderesse est donc obligée de rechercher d'autres éléments. Elle tente alors d'utiliser un communiqué du porte-parole du ministère français des affaires étrangères, en date du 29 janvier 2005, en prétendant qu'il confirme la lettre du 27 janvier. Mais, là encore, le contenu comme le contexte du communiqué ne permettent en rien de soutenir cette thèse.

70. Le contexte était celui d'une procédure d'entraide judiciaire en cours. Dès lors, le communiqué de presse, pour la partie qui parlait de cette procédure, ne pouvait porter à la connaissance du public que des informations sur la position des autorités exécutives. Il ne pouvait

¹¹⁶ MD, p. 44, par. 115.

¹¹⁷ MD, annexe 18.

être compris comme annonçant une décision définitive, puisque celle-ci dépendait de la position du juge d'instruction saisi de l'affaire.

71. De surcroît, la déclaration pouvait d'autant moins engager les autorités exécutives qu'elle ne portait en réalité pas sur la commission rogatoire émise par la juge d'instruction djiboutienne et communiquée à l'ambassade de France à Djibouti le 22 décembre 2004. Les termes du communiqué montrent en effet qu'il n'y est pas question de cette commission rogatoire, mais de la première démarche djiboutienne, celle du 17 juin 2004. Ceci résulte des termes suivants utilisés tout à la fin du communiqué : «en vue de permettre aux autorités compétentes de ce pays de décider s'il y a lieu *d'ouvrir une information judiciaire* à ce sujet»¹¹⁸.

72. L'ouverture d'une nouvelle information judiciaire était l'enjeu de la première demande djiboutienne. Mais, pour la deuxième, la commission rogatoire internationale, l'information judiciaire en question avait été ouverte par la justice djiboutienne. Ceci montre que le porte-parole ne disposait pas de tous les éléments les plus récents, ou alors qu'il n'entendait pas les porter à la connaissance des médias. Dès lors, il est à peine besoin de souligner que la lettre de M. Le Mesle du 27 janvier 2005 n'est pas mentionnée dans ce communiqué, pas plus qu'une autre lettre ou déclaration d'ailleurs. On ne peut donc dire que la déclaration du porte-parole du ministère des affaires étrangères renforce quoi que ce soit. Il en va de même pour la reprise de ce texte par d'autres sources.

73. Madame le président, Messieurs les juges, puisque la lettre du 27 janvier 2005 ne peut en aucun cas être assimilée à une acceptation de la demande de transmission du dossier Borrel, pour la simple raison que la procédure interne venait seulement d'être enclenchée, l'argumentation principale de la République de Djibouti ne peut manquer d'être rejetée.

Madame le président, je pense qu'il est maintenant l'heure d'interrompre cette plaidoirie. Merci Messieurs les juges, Madame le président, de votre attention.

¹¹⁸ MD, annexe 22 ; les italiques sont de nous.

LE PRESIDENT : Je vous remercie Monsieur le professeur Ascencio. La Cour se réunira demain matin à 10 heures, pour entendre la suite du premier tour de plaidoiries de la République française. La séance est levée.

L'audience est levée à 18 h 5.
