

OPINION INDIVIDUELLE DE M. LE JUGE *AD HOC* YUSUF

I. Compétence de la Cour — II. La violation par la France de la convention d'entraide judiciaire de 1986 en matière pénale (CEJMP) — A. La violation par la France de l'article premier, paragraphe 1, de la convention d'entraide judiciaire en matière pénale — B. La violation par la France des articles 2, 3, paragraphe 1, et 17 de la convention d'entraide judiciaire en matière pénale — III. Les atteintes à l'immunité de juridiction et à l'inviolabilité du chef de l'Etat de Djibouti — A. La convocation à témoigner du 17 mai 2005 — B. La convocation à témoigner du 14 février 2007.

1. Même si j'ai voté en faveur des alinéas *a)*, *b)* et *c)* du point 1, et de l'alinéa *a)* du point 2 du dispositif, je suis en désaccord avec la Cour sur des points essentiels de la décision, s'agissant notamment de la question de la compétence *ratione temporis* de la Cour, de l'étendue des violations par la France de la convention d'entraide judiciaire en matière pénale du 27 septembre 1986, et des atteintes à l'immunité, à l'inviolabilité, à l'honneur et à la dignité du chef de l'Etat djiboutien.

I. COMPÉTENCE DE LA COUR

2. Je souscris aux alinéas *a)* et *b)* du point 1 du dispositif, dans lesquels la Cour dit qu'elle a compétence pour statuer non seulement sur le différend relatif à l'exécution de la commission rogatoire adressée par la République de Djibouti à la France le 3 novembre 2004, mais aussi sur celui concernant les convocations à témoigner adressées au président de la République de Djibouti le 17 mai 2005 et à deux hauts fonctionnaires djiboutiens les 3 et 4 novembre 2004 et le 17 juin 2005. Je souscris également à l'alinéa *c)* du point 1 du dispositif, dans lequel la Cour dit qu'elle a compétence pour statuer sur le différend relatif à la convocation à témoigner adressée au président de la République de Djibouti le 14 février 2007. Je suis en revanche en désaccord sur le raisonnement qui a conduit la Cour à la formulation de cette conclusion. Par ailleurs, je ne souscris pas à l'alinéa *d)* du point 1 du dispositif car j'estime que la Cour avait compétence pour connaître du différend relatif aux mandats d'arrêt délivrés le 27 septembre 2006 à l'encontre de deux hauts fonctionnaires djiboutiens.

3. Le raisonnement de la Cour présente des incohérences tant sur le plan de la logique que sur celui du droit. La Cour fait valoir que sa compétence pour connaître de faits postérieurs à la date du dépôt de la requête est déterminée par ce que la France a expressément accepté dans sa lettre du 25 juillet 2006. Le consentement de la France ne vaudrait

SEPARATE OPINION OF JUDGE *AD HOC* YUSUF

[Translation]

I. Jurisdiction of the Court — II. Violation by France of the 1986 Convention on Mutual Assistance in Criminal Matters (CMACM) — A. Violation by France of Article 1, paragraph 1, of the Convention on Mutual Assistance in Criminal Matters — B. Violation by France of Articles 2 and 3, paragraph 1, and Article 17 of the Convention on Mutual Assistance in Criminal Matters — III. Attacks on the immunity from jurisdiction and inviolability of the Head of State of Djibouti — A. The witness summons of 17 May 2005 — B. The witness summons of 14 February 2007.

1. Even though I have voted in favour of paragraph 1 (*a*), (*b*) and (*c*) and paragraph 2 (*a*) of the operative part, I disagree with the Court on key points in the decision, in particular the issue of the Court's jurisdiction *ratione temporis*, the extent of the violations by France of the Convention on Mutual Assistance in Criminal Matters of 27 September 1986, and the attacks on the immunity, inviolability, honour and dignity of the Djiboutian Head of State.

I. JURISDICTION OF THE COURT

2. I accept paragraph 1 (*a*) and (*b*) of the operative part, in which the Court states that it has jurisdiction to entertain not only the dispute relating to execution of the letter rogatory addressed by the Republic of Djibouti to France on 3 November 2004 but also that relating to the witness summonses addressed to the President of the Republic of Djibouti on 17 May 2005 and to two senior Djiboutian officials on 3 and 4 November 2004 and 17 June 2005. I also accept paragraph 1 (*c*) of the operative part, in which the Court states that it has jurisdiction to adjudicate upon the dispute concerning the witness summons addressed to the President of the Republic of Djibouti on 14 February 2007. On the other hand, I disagree with the Court over the reasoning that led it to that conclusion. Also, I do not accept paragraph 1 (*d*) of the operative part, because in my view the Court had jurisdiction to adjudicate upon the dispute concerning the arrest warrants issued on 27 September 2006 against two senior Djiboutian officials.

3. The reasoning of the Court displays inconsistencies both in logic and in law. The Court asserts that its jurisdiction to entertain acts subsequent to the filing of the Application is governed by what France expressly accepted in its letter of 25 July 2006. France's consent was valid "only for the purposes of the case", i.e., "regarding 'the dispute forming

«qu'aux fins de l'affaire», c'est-à-dire «pour le différend qui fait l'objet de la requête et dans les strictes limites des demandes formulées dans celle-ci par la République de Djibouti» (arrêt, par. 88). Estimant qu'«on ne trouve, dans la requête de Djibouti, aucune demande portant sur les mandats d'arrêt» (*ibid.*, par. 88) délivrés à l'encontre des hauts fonctionnaires djiboutiens le 27 septembre 2006, la Cour conclut qu'elle n'a pas compétence pour en connaître. Elle parvient pourtant à la conclusion inverse s'agissant de la convocation adressée au président de la République de Djibouti le 14 février 2007 — fait également postérieur à la date de dépôt de la requête — dans la mesure où celle-ci «n'[est] qu'une simple répétition de la précédente, quoique la forme en eût été rectifiée» (*ibid.*, par. 91).

4. Pour la Cour,

«ce qui est décisif ... pour répondre à la question de savoir si elle est compétente pour connaître des demandes relatives [aux mandats d'arrêt délivrés à l'encontre des hauts fonctionnaires djiboutiens] n'est pas sa jurisprudence relative aux notions de «continuité» et de «connexité», qui constituent des critères pertinents pour déterminer les limites *ratione temporis* de sa compétence, mais ce que la France a expressément accepté dans sa lettre du 25 juillet 2006» (*ibid.*, par. 88).

La Cour se fonde pourtant sur ce même critère de «connexité» pour établir sa compétence pour examiner la convocation à témoigner adressée au président djiboutien le 14 février 2007.

5. Il ne fait pas de doute que la juridiction de la Cour est basée sur le consentement des Parties et «ne saurait subsister en dehors des limites dans lesquelles ce consentement a été donné...» (affaire des *Concessions Mavrommatis en Palestine*, arrêt n° 2 du 30 août 1924, C.P.J.I., série A n° 2, p. 16). La Cour semble toutefois affirmer que, lorsque le consentement est donné sur la base du *forum prorogatum*, prévu à l'article 38, paragraphe 5, de son Règlement, la détermination de sa compétence doit obéir à des critères complètement différents de ceux qui doivent être utilisés pour les autres modes d'expression du consentement à sa juridiction. J'estime, pour ma part, que le fait qu'un consentement ait été donné sur la base de l'article 38, paragraphe 5, du Règlement n'affecte pas la pertinence des critères que la Cour a, par le passé, considérés comme décisifs pour la détermination de sa compétence *ratione temporis* à l'égard de faits ou d'événements postérieurs à la date du dépôt de la requête.

6. La Cour a ainsi constamment reconnu que sa compétence pour connaître de faits postérieurs à la date de dépôt d'une requête était conditionnée, d'une part, par l'existence d'un lien étroit entre ces faits et ceux relevant déjà de sa compétence et, d'autre part, par l'absence d'un effet transformateur de ces faits sur la nature du différend (voir notamment *Certaines terres à phosphates à Nauru* (*Nauru c. Australie*), exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1992, p. 266, par. 67; *Temple de Préah Vihéar* (*Cambodge c. Thaïlande*), fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1962, p. 36;

the subject of the Application strictly within the limits of the claims formulated therein by the Republic of Djibouti” (Judgment, para. 88). Taking the view that “in Djibouti’s Application there are no claims relating to arrest warrants” (*ibid.*, para. 88) issued against senior Djiboutian officials on 27 September 2006, the Court finds that it has no jurisdiction to entertain them. However, it comes to a contrary finding regarding the summons addressed to the President of the Republic of Djibouti on 14 February 2007 — a fact also subsequent to the filing of the Application — because it “was but a repetition of the preceding one, even though it had been corrected as to form” (*ibid.*, para. 91).

4. In the opinion of the Court,

“what is decisive is that the question of its jurisdiction over the claims [relating to the arrest warrants issued against the senior Djiboutian officials] is not to be answered by recourse to jurisprudence relating to ‘continuity’ and ‘connexity’, which are criteria relevant for determining limits *ratione temporis* to its jurisdiction, but by that which France has expressly accepted in its letter of 25 July 2006” (*ibid.*, para. 88).

However, the Court relies on the same criterion of “connexity” to establish its jurisdiction to consider the witness summons addressed to the Djiboutian President on 14 February 2007.

5. There is no doubt that the jurisdiction of the Court is based on the consent of the Parties and “only exists in so far as this consent has been given . . .” (*Mavrommatis Palestine Concessions, Judgment No. 2, 1924, P.C.I.J., Series A, No. 2*, p. 16). However, the Court seems to be saying that when consent is given on the basis of *forum prorogatum* as laid down in Article 38, paragraph 5, of its Rules, determining its jurisdiction must meet criteria completely different from those that have to be used for other ways of expressing consent to its jurisdiction. However, I take the view that the fact that consent has been given pursuant to Article 38, paragraph 5, of the Rules does not affect the relevance of the criteria regarded by the Court in the past as decisive in determining its jurisdiction *ratione temporis* in respect of acts or events subsequent to the filing of the Application.

6. Thus the Court has consistently recognized that its jurisdiction over acts subsequent to the filing of an Application was dependent on the one hand on the existence of a close link between those acts and those already within its jurisdiction, and on the other by the absence of any effect which would transform the nature of the dispute (see, *inter alia*, *Certain Phosphate Lands in Nauru (Nauru v. Australia), Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 1992*, p. 266, para. 67; *Temple of Preah Vihear (Cambodia v. Thailand), Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1962*, p. 36;

Compétence en matière de pêcheries (République fédérale d'Allemagne c. Islande), fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1974, p. 203, par. 72).

7. Ces critères sont applicables en l'espèce. Il ne fait pas de doute en effet que les mandats d'arrêt délivrés à l'encontre des hauts fonctionnaires djiboutiens sont des faits découlant directement des questions qui font l'objet de la requête, et plus particulièrement de celles relatives à l'immunité des hauts fonctionnaires djiboutiens. Les mandats d'arrêt susvisés ont été délivrés consécutivement au refus des deux hauts fonctionnaires djiboutiens de déférer aux convocations à témoigner en tant que témoins assistés qui leur avaient été adressées les 3 et 4 novembre 2004, puis le 17 juin 2005. La Cour admet ainsi que, d'après la législation française (article 109 du Code de procédure pénale français), une personne convoquée en qualité de témoin «est dans l'obligation de se présenter devant le juge sous peine d'y être contraint[e] par la force publique ... au moyen d'un mandat d'arrêt émis à son encontre» (arrêt, par. 184). La Cour refuse toutefois d'en tirer les conséquences dans le sens du constat de l'existence d'une «connexité» entre le refus de déférer aux convocations à témoigner et l'émission des mandats d'arrêt. Il est pourtant clair que ces mandats d'arrêt représentaient un moyen d'exécuter les convocations à témoigner au sujet desquelles Djibouti avait soutenu, dans sa requête, qu'elles violaient les obligations internationales liant la France en matière d'immunités. Ces mandats d'arrêt, bien qu'ils aient été délivrés postérieurement à la date du dépôt de la requête, relèvent donc bien de la compétence *ratione temporis* de la Cour.

8. La Cour a d'ailleurs appliqué le critère de «connexité» dans le cas d'espèce au sujet de la convocation à témoigner adressée au chef de l'Etat djiboutien le 14 février 2007. Elle a jugé que cette convocation était identique «en substance» à la convocation du 17 mai 2005, car elle «portait sur la même affaire», «émana[it] du même juge» et «concernait la même question juridique» (*ibid.*, par. 91). Il existait donc un lien étroit entre la convocation du 14 février 2007 et celle du 17 mai 2005. La Cour ayant par ailleurs reconnu qu'elle était compétente pour connaître de la première convocation, il ne pouvait raisonnablement en être autrement s'agissant de la seconde. La Cour aurait donc dû offrir le même traitement aux deux faits postérieurs à la date du dépôt de la requête (les mandats d'arrêt délivrés à l'encontre des deux hauts fonctionnaires djiboutiens et la convocation du 14 février 2007 adressée au chef de l'Etat djiboutien) et affirmer sa compétence pour en connaître.

II. LA VIOLATION PAR LA FRANCE DE LA CONVENTION D'ENTRAIDE JUDICIAIRE DE 1986 EN MATIÈRE PÉNALE (CEJMP)

9. J'ai voté en faveur de l'alinéa *a)* du point 2 du dispositif, dans lequel la Cour dit que la France a manqué à son obligation internationale au titre de l'article 17 de la convention d'entraide judiciaire en matière pénale. J'estime toutefois que la France a également violé d'autres dispo-

Fisheries Jurisdiction (Federal Republic of Germany v. Iceland), *Merits, Judgment*, *I.C.J. Reports 1974*, p. 203, para. 72).

7. These criteria are applicable in the present case. There is no doubt that the arrest warrants issued against senior Djiboutian officials are acts stemming directly from issues that are the subject of the Application, more particularly those relating to the immunity of senior Djiboutian officials. The above-mentioned arrest warrants were issued following the two senior Djiboutian officials' refusal to answer the summonses to appear as *témoins assistés* addressed to them on 3 and 4 November 2004 and then on 17 June 2005. Thus the Court accepts that according to French legislation (Article 109 of the French Code of Criminal Procedure) a person called as a witness "is obliged to appear before the judge, on pain of being compelled to do so by the law enforcement agencies . . . through the issuing of an arrest warrant against him" (Judgment, para. 184). However, the Court refuses to draw the conclusions in terms of a finding of "connexity" between the refusal to answer to the witness summonses and the issue of the arrest warrants. It is nevertheless clear that these arrest warrants were a way of executing the witness summonses which, according to Djibouti in the Application, violated international obligations relating to immunities binding on France. So these arrest warrants, though issued after the date of the filing of the Application, are certainly within the Court's jurisdiction *ratione temporis*.

8. Moreover, the Court has applied the "connexity" criterion in the present case to the witness summons addressed to the Djiboutian Head of State on 14 February 2007. It considered this summons "identical in substance" to the summons of 17 May 2005 because it was "in relation to the same case", "was issued by the same judge" and "was in relation to the same legal question" (*ibid.*, para. 91). So there was a close connection between the summons of 14 February 2007 and the summons of 17 May 2005. Also, since the Court had recognized that it had jurisdiction to entertain the first summons, the situation could not reasonably be otherwise with the second. Therefore the Court should have dealt with both acts subsequent to the date of the filing of the Application (the arrest warrants issued against the two senior Djiboutian officials and the summons of 14 February 2007 addressed to the Djiboutian Head of State) in the same way, stating that it had jurisdiction to entertain them.

II. VIOLATION BY FRANCE OF THE 1986 CONVENTION ON MUTUAL ASSISTANCE IN CRIMINAL MATTERS (CMACM)

9. I voted in favour of paragraph 2 (*a*) of the operative part, in which the Court states that France was in breach of its international obligation under Article 17 of the Convention on Mutual Assistance in Criminal Matters. However, I consider that France has also violated other provi-

sitions de la convention, notamment ses articles premier, paragraphe 1, 2, alinéa c), et 3, paragraphe 1. J'en exposerai les raisons ci-dessous.

A. La violation par la France de l'article premier, paragraphe 1, de la convention d'entraide judiciaire en matière pénale

10. Il résulte des termes de l'article premier, paragraphe 1, de la convention d'entraide judiciaire en matière pénale que les deux parties s'engagent

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

L'engagement à «s'accorder mutuellement ... l'entraide judiciaire la plus large possible» constitue une obligation essentielle des Etats parties à la convention qui doit être appréciée à la lumière de l'objet et du but de celle-ci. En effet, la convention a pour objet et pour but de faciliter «l'entraide judiciaire» [«*mutual assistance*» en anglais] en matière pénale. La mise en œuvre de cette obligation doit se faire de manière réciproque et sur une base d'égalité et de coopération entre les deux parties.

11. L'expression «la plus large possible» caractérise l'étendue de l'entraide judiciaire que chaque partie s'engage à accorder à l'autre partie. Elle vise la coopération la plus ouverte et la plus complète possible, en ce qui concerne tant les conditions nécessaires à la réalisation de l'entraide que l'exécution matérielle de certaines formes d'entraide, telles les commissions rogatoires. L'expression «s'accorder mutuellement» renvoie, pour sa part, à l'obligation de réciprocité qui incombe aux parties à la convention. Elle signifie que chaque partie qui s'acquitte de bonne foi de son obligation de coopération est en droit d'attendre de l'autre une conduite similaire.

12. La Cour admet que «l'article premier de la convention de 1986 prévoit que les obligations qu'elle énonce seront mises en œuvre de façon mutuelle» (arrêt, par. 119). Elle considère pourtant que «Djibouti ne peut se fonder sur le principe de réciprocité pour demander l'exécution de la commission rogatoire internationale qu'il a introduite auprès des autorités judiciaires françaises» (*ibid.*). Même si l'on considérait qu'une distinction était à opérer entre la mise en œuvre des obligations «de façon mutuelle» et «de façon réciproque», ce qui n'est pas le cas, force est de constater que la France n'a pas, dans la présente espèce, rempli son obligation d'accorder à Djibouti «l'entraide judiciaire la plus large possible», comme le prévoit l'article premier de la convention.

13. La France a refusé, à deux reprises, d'accéder à une demande d'entraide judiciaire en provenance de Djibouti dans le cadre de l'affaire *Borrel*. La première demande, présentée par le procureur de la Répu-

sions of the Convention, *inter alia* Articles 1, paragraphs 1 and 2 (c) and 3, paragraph 1. I will set out my reasons below.

A. Violation by France of Article 1, paragraph 1, of the Convention on Mutual Assistance in Criminal Matters

10. It follows from the wording of Article 1, paragraph 1, of the Convention on Mutual Assistance in Criminal Matters that the two parties undertake

“to afford each other, in accordance with the provisions of this Convention, the widest measure of mutual assistance in proceedings in respect of offences the punishment of which, at the time of the request for assistance, falls within the jurisdiction of the judicial authorities of the requesting State”.

The undertaking “to afford each other . . . the widest measure of mutual assistance” is a fundamental duty of the States parties to the Convention, which must be assessed in the light of its object and purpose. And the object and purpose of the Convention is to facilitate “mutual assistance” in criminal matters. This duty must be discharged mutually and on the basis of equality and co-operation between the two parties.

11. The expression “the widest measure” describes the extent of the mutual assistance in criminal matters that each party undertakes to afford the other. Its aim is the fullest and most open co-operation, both as regards the conditions necessary for providing mutual assistance and the practical implementation of certain forms of mutual assistance, such as letters rogatory. As for the expression “to afford mutual assistance”, it refers to the duty of reciprocity incumbent on the parties to the Convention. It means that each party discharging its duty to co-operate in good faith is entitled to expect similar conduct from the other.

12. The Court accepts that “Article 1 of the Convention of 1986 refers to mutuality in the performance of the obligations laid down therein” (Judgment, para. 119). However, it considers that “Djibouti cannot rely on the principle of reciprocity in seeking execution of the international letter rogatory it submitted to the French judicial authorities” (*ibid.*). Even if it took the view that a distinction was to be made between the performance of duties “mutually” and “reciprocally”, which is not the case, it must be acknowledged that in the present case France has not fulfilled its obligation to afford Djibouti “the widest measure of mutual assistance” as laid down in Article 1 of the Convention.

13. France refused to comply with a request for mutual assistance from Djibouti in the context of the *Borrel* case on two occasions. The first request, submitted by the *procureur de la République* of Djibouti on

blique de Djibouti le 17 juin 2004, a été refusée par les autorités françaises au motif qu'elle aurait été effectuée «en dehors du champ» de la convention et «en méconnaissance de ses dispositions» (arrêt, par. 25). Cette affirmation ne reflète pourtant pas la réalité.

14. D'après l'article premier de la convention, les deux parties s'engagent à «s'accorder mutuellement» «l'entraide judiciaire la plus large possible» dans «toute procédure visant des infractions dont la répression est, au moment où l'entraide est demandée, de la compétence des autorités judiciaires de l'Etat requérant». L'on peut, par ailleurs, déduire des termes de l'article 13 de la convention que les demandes d'entraide judiciaire peuvent revêtir différentes formes, la commission rogatoire représentant l'une d'elles. L'article 13, paragraphe 1, énonce, pour sa part, que les demandes d'entraide doivent contenir les indications suivantes: l'autorité dont émane la demande, l'objet et le motif de la demande, l'identité et la nationalité de la personne en cause (dans la mesure du possible), ainsi que le nom et l'adresse du destinataire s'il y a lieu ou le plus grand nombre de renseignements permettant son identification et sa localisation. L'article 13, paragraphe 2, exige le respect de conditions supplémentaires dans le cas où la demande d'entraide revêt la forme d'une commission rogatoire. Il s'agit, en particulier, de la mention de l'inculpation et d'un exposé sommaire des faits.

15. La première demande d'entraide judiciaire formulée par Djibouti le 17 juin 2004 respectait les formes prescrites par l'article 13, alinéa 1, de la convention. La France a toutefois refusé d'accéder à cette demande et a insisté pour qu'elle prenne la forme d'une commission rogatoire internationale. Il semblerait que, par souci de coopération, Djibouti ait accepté de présenter, le 3 novembre 2004, sa seconde demande sous cette forme. Cette dernière a également été refusée par les autorités françaises.

16. S'il est vrai qu'un Etat partie peut refuser d'accéder à une demande d'entraide judiciaire, un tel refus ne peut être qu'exceptionnel et devra en tout état de cause être dûment motivé. Tel n'a pas été le cas en l'espèce. En l'absence de réciprocité et de coopération mutuelle, la convention ne serait plus une convention d'entraide judiciaire, mais un instrument d'assistance à l'une des deux parties. Elle serait en effet vidée de toute signification et ne répondrait plus que pour l'une des deux parties seulement (en l'occurrence, la France) à l'objet pour lequel elle a été conclue.

17. La nécessité que les deux parties se conforment à l'obligation fondamentale et réciproque de s'«accorder mutuellement l'entraide judiciaire la plus large possible» relève donc de l'essence même de la convention. Djibouti était en droit d'exiger l'exécution de la commission rogatoire introduite auprès des autorités judiciaires françaises sur le fondement du principe de réciprocité posé à l'article premier, paragraphe 1, de la convention d'entraide, dès lors qu'il avait lui-même accordé l'entraide judiciaire la plus large possible à la France en exécutant les trois commissions rogatoires demandées par les autorités françaises dans l'affaire *Borrel*.

17 June 2004 was rejected by the French authorities on the ground that it was “outside the framework” of the Convention and “without regard for its provisions” (Judgment, para. 25). This statement, however, does not reflect the reality.

14. According to Article 1 of the Convention, the parties undertake “to afford each other” “the widest measure of mutual assistance in proceedings in respect of offences the punishment of which, at the time of the request for assistance, falls within the jurisdiction of the judicial authorities of the requesting Party”. Also, it can be inferred from the wording of Article 13 of the Convention that requests for mutual assistance may take various forms, the letter rogatory being one of them. Meanwhile, Article 13, paragraph 1, states that requests for mutual assistance must indicate: the authority making the request, the object of and the reason for the request, the identity and the nationality of the person concerned (where possible), and where necessary, the name and address of the person to be served or as much information as possible allowing for the person to be identified and located. Article 13, paragraph 2, requires compliance with additional conditions when the request for mutual assistance takes the form of a letter rogatory, in particular a statement of the offence and a summary of the facts.

15. The first request for mutual assistance by Djibouti, on 17 June 2004, was in the form prescribed by Article 13, paragraph 1, of the Convention. France nevertheless refused to execute this request and insisted that it should be in the form of an international letter rogatory. It would seem that Djibouti agreed to submit a second request in that form on 3 November 2004, in the interests of co-operation. This was also refused by the French authorities.

16. While it is true that a State party may refuse to comply with a request for mutual assistance in criminal matters, such a refusal may only be exceptional, and must in any event be based on proper grounds. This was not so in the present case. Without reciprocity and mutual co-operation the Convention would no longer be a convention for mutual assistance, but merely an instrument to assist one of the parties. It would be devoid of all meaning and would answer the purpose for which it was concluded for one of the parties only (in this case France).

17. So the necessity for both parties to comply with the fundamental and reciprocal duty “to afford each other the widest measure of mutual assistance” is at the very heart of the Convention. Djibouti was entitled to demand execution of the letter rogatory submitted to the French judicial authorities on the basis of the principle of reciprocity stated in Article 1, paragraph 1, of the Convention on Mutual Assistance, since it had itself afforded France the widest measure of mutual assistance by executing the three letters rogatory requested by the French authorities in the *Borrel* case.

B. La violation par la France des articles 2, 3, paragraphe 1, et 17 de la convention d'entraide judiciaire en matière pénale

18. L'article 3, paragraphe 1, de la convention d'entraide judiciaire en matière pénale pose le principe suivant :

«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.» (Les italiques sont de moi.)

19. La Cour constate qu'«il doit être satisfait à l'obligation d'exécuter les commissions rogatoires internationales, visée à l'article 3 de la convention de 1986, dans le respect de la procédure prévue par la législation de l'Etat requis» (arrêt, par. 123). Elle en déduit que «le sort qui doit être réservé à la demande d'entraide judiciaire en matière pénale dépend ... de la décision des autorités nationales compétentes, selon la procédure prévue par la législation de l'Etat requis» (*ibid.*). La Cour s'abstient pourtant d'examiner si la France a rempli ses obligations au titre de l'article 3 de la convention de 1986, et plus particulièrement si elle a exécuté la commission rogatoire délivrée par Djibouti dans le respect de la procédure prévue par la législation française.

20. L'article 3, paragraphe 1, de la convention représente un cas typique de renvoi du droit international au droit interne. Il en est ainsi lorsque le droit international fait du respect du droit interne une condition de son application. En l'occurrence, l'article 3, paragraphe 1, de la convention impose à Djibouti et à la France l'obligation d'exécuter leurs commissions rogatoires respectives en conformité avec leurs législations respectives. La conformité avec le droit interne est pertinente sous l'angle de la responsabilité internationale «parce que la règle de droit international la rend pertinente, par exemple en intégrant la norme de conformité avec le droit interne dans la norme internationale applicable ou un aspect de celle-ci» («Commentaires, article 3 des articles de la CDI sur la responsabilité de l'Etat», in J. Crawford, *Les articles de la CDI sur la responsabilité de l'Etat*, Paris, Pedone, 2003, p. 107). Le respect des dispositions de la convention d'entraide judiciaire franco-djiboutienne, et plus particulièrement de celles relatives aux commissions rogatoires, est conditionné par le respect de la procédure pénale française y relative. Le non-respect de sa procédure pénale par la France peut donc engager sa responsabilité internationale.

21. La Cour est compétente pour rechercher si la procédure prescrite par le droit interne (dans ce cas, le Code de procédure pénale français) a été observée dans la décision du refus d'exécution par la France de la commission rogatoire requise par Djibouti. Si, d'ordinaire, il n'appartient pas aux juridictions internationales de vérifier le respect du droit interne par les autorités nationales, il en va autrement dans les cas où une

B. Violation by France of Articles 2, 3, paragraph 1, and Article 17 of the Convention on Mutual Assistance in Criminal Matters

18. Article 3, paragraph 1, of the Convention on Mutual Assistance in Criminal Matters states the following principle:

“The requested State shall execute *in accordance with its law* any letters rogatory relating to a criminal matter and addressed to it by the judicial authorities of the requesting State for the purpose of procuring evidence or transmitting articles to be produced in evidence, records or documents.” (Emphasis added.)

19. The Court observes that “the obligation to execute international letters rogatory laid down in Article 3 of the 1986 Convention is to be realized in accordance with the procedural law of the requested State” (Judgment, para. 123). It deduces from this that “the ultimate treatment of a request for mutual assistance in criminal matters . . . depends on the decision by the competent national authorities, following the procedure established in the law of the requested State” (*ibid.*). However, the Court refrains from considering whether France fulfilled its obligations under Article 3 of the 1986 Convention, more specifically whether it executed the letter rogatory issued by Djibouti in accordance with French procedural law.

20. Article 3, paragraph 1, of the Convention is a typical case of *renvoi* by international law to internal law. This occurs when international law makes compliance with internal law a condition for its application. In this case Article 3, paragraph 1, of the Convention imposes upon Djibouti and France the obligation to execute their respective letters rogatory in accordance with their respective laws. Conformity with internal law is relevant from the viewpoint of international responsibility “because the rule of international law makes it relevant, e.g., by incorporating the standard of compliance with internal law as the applicable international standard or as an aspect of it” (J. Crawford, *The International Law Commission’s Articles on State Responsibility*, Cambridge, Cambridge University Press 2002, p. 89). Compliance with the provisions of the Franco-Djiboutian Convention on Mutual Assistance, more specifically those relating to letters rogatory, is dependent on compliance with French criminal procedure relating thereto. Failure by France to comply with its criminal procedure may therefore engage its international responsibility.

21. The Court has jurisdiction to ascertain whether the procedure prescribed by internal law (in this case the French Code of Criminal Procedure) was complied with in the decision by France to refuse to execute the letter rogatory requested by Djibouti. Although normally it is not for international courts to check whether internal law has been complied with by national authorities, the situation is otherwise in cases where a

convention renvoie directement à ce droit. Dans ces cas, le non-respect des procédures de droit interne entraîne la violation de la convention, et la Cour, dans le cas où elle est saisie par les parties à une telle convention, peut et doit exercer un certain contrôle. Dans le présent arrêt, la Cour n'a pourtant pas procédé à un tel contrôle.

22. En l'espèce, la licéité du comportement de la France aurait dû être évaluée sur la base de la conformité de celui-ci avec les procédures prévues par sa législation interne. Or, la France n'a pas agi en conformité avec ces procédures, en particulier pour ce qui concerne l'autorité dont relève, d'après le Code de procédure pénale français, le pouvoir d'appréciation des notions d'atteinte à la souveraineté, à la sécurité et à l'ordre public. En effet, le Code de procédure pénale français ne prévoit pas la possibilité pour le juge d'instruction de rejeter, de sa seule initiative, une demande d'entraide de nature à porter atteinte à l'ordre public et aux intérêts essentiels de la France, ou d'apprécier l'incidence d'une telle demande sur ces intérêts, même s'il peut soumettre, sur la base de l'article 694-9 du Code de procédure pénale, l'utilisation des informations qu'il transmet à des conditions déterminées.

23. La disposition pertinente à laquelle le renvoi est opéré par l'article 3, paragraphe 1, de la convention, au cas où une demande d'entraide judiciaire internationale est considérée de nature à porter atteinte à l'ordre public ou aux intérêts essentiels de la France, est l'article 694-4 du Code de procédure pénale français. D'après cette disposition,

«si l'exécution d'une demande d'entraide émanant d'une autorité judiciaire étrangère est de nature à porter atteinte à l'ordre public ou aux intérêts essentiels de la nation, le procureur de la République saisi de cette demande ou avisé de cette demande en application du troisième alinéa de l'article 694-1 la transmet au procureur général qui détermine, s'il y a lieu, d'en saisir le ministre de la justice et donne, le cas échéant, avis de cette transmission au juge d'instruction. S'il est saisi, le ministre de la justice informe l'autorité requérante, le cas échéant, de ce qu'il ne peut être donné suite, totalement ou partiellement, à sa demande...»

24. Il ressort de cette disposition que, dans l'hypothèse où le procureur de la République estime qu'une demande d'entraide judiciaire «est de nature à porter atteinte à l'ordre public ou aux intérêts essentiels de la nation», il transmet celle-ci au procureur général. Ce dernier, s'il considère que cet avis est fondé, saisit le ministre de la justice, qui prend, en fonction des informations dont il dispose, la décision de donner ou non suite à la demande d'entraide. Il appartient donc au ministre de la justice, et à lui seul, de déterminer si la demande est de nature à porter atteinte à l'ordre public ou aux intérêts essentiels de la France. Le juge d'instruction n'intervient à aucun stade de cette décision: il ne lui appartient ni de saisir le ministre de la justice ni de refuser l'exécution de l'entraide judiciaire, lorsque la demande de l'Etat requérant est considérée comme étant de nature à porter atteinte à la souveraineté ou à d'autres intérêts essen-

convention refers directly to that law. In these cases failure to comply with internal legal procedures entails a violation of the Convention, and when the Court is seised by the parties to such a convention it can and must exercise a measure of control. In the present Judgment, however, the Court has not done so.

22. In the present case the legality of France's conduct should have been assessed on the basis of whether it was in conformity with the procedures laid down by its internal law. France has not acted in accordance with these procedures, especially with regard to judgmental authority which, according to the French Code of Criminal Procedure is responsible for assessing the concepts of threats to sovereignty, security and *ordre public*. The French Code of Criminal Procedure makes no provision for an investigating judge, on his own initiative, to reject a request for mutual assistance likely to prejudice the *ordre public* or the fundamental interests of France, or to assess the effect of such a request on these interests, even though, on the basis of Article 694-9 of the Code of Criminal Procedure, he may make the information forwarded subject to certain conditions.

23. The relevant provision to which the *renvoi* is made by Article 3, paragraph 1, of the Convention when a request for international mutual assistance is deemed likely to prejudice the *ordre public* or the fundamental interests of France is Article 694-4 of the French Code of Criminal Procedure. According to this provision,

“if the enforcement of a request for judicial assistance coming from a foreign judicial authority is liable to prejudice *ordre public* or the fundamental interests of the nation, the district prosecutor seised of this request in accordance with the third paragraph of Article 694-1 sends this to the prosecutor general who decides, if appropriate, to seise the Minister of Justice and gives, where applicable, notice of this reference to the investigating judge. If he is seised, the Minister of Justice informs the authority which made the request, if appropriate, that no action, total or partial, may be taken in relation to the request . . .”

24. According to this provision, should the *procureur de la République* take the view that a request for mutual assistance “is likely to prejudice *ordre public* or the fundamental interests of the nation”, he forwards it to the *procureur général*. If the latter considers this opinion to be justified, he seises the Minister of Justice, who, on the basis of the information he has, decides whether or not to give effect to the request for mutual assistance. Thus it is for the Minister of Justice, and for him alone, to determine whether the request is likely to prejudice *ordre public* or the fundamental interests of France. The investigating judge is not involved at any stage in this decision: it is not for him either to seise the Minister of Justice or to refuse to execute the request for mutual assistance when the request from the requesting State is considered likely to prejudice the sovereignty or other fundamental interests of France. At most he may be

tiels de la France. Tout au plus peut-il être informé de la transmission de la demande du procureur de la République au procureur général si la demande le concerne.

25. La décision d'exécuter ou non une demande d'entraide judiciaire de nature à porter atteinte à l'ordre public et aux intérêts essentiels de la France ne relève donc pas de la compétence d'un juge d'instruction. Aussi le gouvernement apprécie-t-il seul l'opportunité de transmettre ou de refuser de transmettre les pièces d'exécution à l'Etat requérant. Le contrôle des juridictions françaises porte seulement sur la régularité, au regard des règles de procédure françaises, des actes d'instruction exécutés à la demande des autorités étrangères. En effet, les juridictions françaises se sont reconnu un certain pouvoir de contrôle des actes exécutés en France sur commission rogatoire internationale. Le contrôle fut expressément consacré dans un arrêt du 24 juin 1997 de la chambre criminelle de la Cour de cassation française. En l'espèce, la chambre criminelle a reconnu le principe selon lequel les modalités d'exécution en France d'une commission rogatoire internationale sont soumises aux formes prévues par la législation de l'Etat requis. Elle en a déduit le contrôle, par les juridictions de cet Etat, de la régularité de l'exécution des commissions rogatoires internationales.

26. La chambre criminelle s'est également prononcée sur l'étendue des pouvoirs du juge d'instruction en matière de refus d'exécution d'une commission rogatoire internationale. Dans un arrêt du 30 mars 1999, elle a considéré que le juge d'instruction chargé d'exécuter une commission rogatoire délivrée en application de la convention franco-sénégalaise d'entraide judiciaire en matière pénale avait excédé ses pouvoirs en refusant d'effectuer les actes demandés en raison de la nature politique des infractions poursuivies. La solution retenue par la haute juridiction française semble signifier que le juge d'instruction requis n'avait pas à porter d'appréciation sur ce point. La décision de rejeter une demande d'entraide judiciaire relèverait donc ainsi exclusivement de la compétence du ministre de la justice. Il serait donc possible de soutenir que: «Seule devrait échapper au juge délégué l'appréciation, assez peu juridique, tenant aux incidences possibles de l'entraide sur la sécurité, l'ordre public ou les intérêts essentiels de la nation.» (Voir *Etude de M. F. Desportes, conseiller référendaire à la Cour de cassation, site Internet: <http://www.courdecassation.fr/article5791.html>.*)

27. Dans le cas d'espèce, le procureur de la République de Paris a interprété l'article 694-4 du Code de procédure pénale de cette façon lorsqu'il a déclaré que le juge d'instruction chargé de la commission rogatoire internationale ne pouvait émettre qu'un avis quant à la compatibilité des mesures sollicitées avec l'ordre public et les intérêts essentiels de la nation, la décision de ne pas donner suite à une commission rogatoire relevant du ministère de la justice. Le procureur général a confirmé cette interprétation en soutenant que seule l'autorité ministérielle était compétente pour déterminer si la demande d'entraide pouvait porter atteinte aux intérêts essentiels de la France, le magistrat instructeur ne disposant

informed that the request has been forwarded by the *procureur de la République* to the *procureur général* if the request concerns him.

25. Thus the decision whether or not to execute a request for mutual assistance likely to prejudice *ordre public* or the fundamental interests of France is not within the jurisdiction of an investigating judge. So the government alone assesses whether it is appropriate to forward the documents to the requesting State or to refuse. Control by the French courts extends only to whether investigations at the request of foreign authorities have been properly conducted from the viewpoint of French procedural rules. In fact the French courts have assumed a measure of control over the execution of international letters rogatory in France. That control was expressly recognized in a judgment of 24 June 1997 by the Criminal Division of the French *Cour de cassation*. In that case the Criminal Division recognized the principle that the procedure in France for the execution of an international letter rogatory is subject to the formalities prescribed by the law of the requested State. It deduced from this that the courts of that State may control whether international letters rogatory are properly executed.

26. The Criminal Division has also ruled on the extent of the powers of an investigating judge as regards refusing to execute an international letter rogatory. In a judgment of 30 March 1999 it found that the investigating judge responsible for executing a letter rogatory issued pursuant to the Franco-Senegalese Convention on Mutual Assistance in Criminal Matters had exceeded his powers by refusing to perform the acts requested owing to the political nature of the offences concerned. The solution adopted by the highest French court seems to mean that it was not for the investigating judge requested to pass judgment on this point. The decision to reject a request for mutual assistance thus allegedly falls within the exclusive jurisdiction of the Minister of Justice. It is therefore possible to assert “the possible effects of mutual assistance on the security, *ordre public* or the fundamental interests of the nation are the only, not very legal, matters which the delegated judge should not assess” (see Study by M. F. Desportes, Assistant Judge at the *Cour de cassation*, Internet site: <http://www.courdecassation.fr/article5791.html>). [*Translation by the Registry.*]

27. In the present case, the *procureur de la République* in Paris interpreted Article 694-4 of the Code of Criminal Procedure in this way, declaring that the investigating judge dealing with the international letter rogatory could do no more than express an opinion on the compatibility of the measures requested with the *ordre public* and the fundamental interests of the nation, because the decision not to execute a letter rogatory was a matter for the Ministry of Justice. The *procureur général* confirmed this interpretation, maintaining that only the Minister was competent to determine whether the request for mutual assistance might be prejudicial to the fundamental interests of France, the investigating judge

pas de pouvoir de décision en matière d'entraide internationale. La chambre d'instruction de la cour d'appel de Paris a elle-même déclaré, dans son arrêt du 19 octobre 2006, que les autorités gouvernementales étaient les seules compétentes pour apprécier les notions d'atteinte à la souveraineté, à la sécurité, à l'ordre public ou aux autres intérêts essentiels de la nation. Elle a ajouté que les dispositions de l'article 694-4 du Code de procédure pénale :

« met[t] en place les conditions qui permettent à l'autorité gouvernementale d'apprécier *in fine*, au regard de l'ordre public ou des intérêts essentiels de la nation, si elle doit s'opposer ou donner satisfaction à la demande d'entraide étrangère, par la transmission ou non des pièces d'exécution » (voir contre-mémoire de la France, annexe XI).

28. La demande d'entraide judiciaire djiboutienne a été transmise par le ministère des affaires étrangères de Djibouti au ministère des affaires étrangères français par le biais de l'ambassade de France à Djibouti. La demande a ensuite été communiquée au procureur de la République de Paris. Le directeur des affaires criminelles et des grâces du ministère de la justice aurait déjà, à ce stade, attiré l'attention de ce dernier sur la nécessité d'exclure du dossier les pièces susceptibles de porter atteinte à la souveraineté, à la sécurité, à l'ordre public ou à d'autres intérêts essentiels de la France, en application de l'article 2, alinéa *c*), de la convention d'entraide judiciaire franco-djiboutienne. Il ressort toutefois d'une lettre datée du 27 janvier 2005 et adressée par le cabinet du ministre de la justice français aux autorités djiboutiennes que celui-ci aurait déclaré avoir demandé à ce que « tout soit mis en œuvre pour que la copie du dossier de l'instruction judiciaire relative au décès de M. Bernard Borrel soit transmise au ministre de la justice ... de la République de Djibouti avant la fin du mois de février 2005 ».

29. Il aurait en outre « demandé au procureur de Paris de faire en sorte que ce dossier ne connaisse aucun retard non justifié ». Le 8 février 2005, le juge d'instruction français a refusé la transmission du dossier « Borrel » au motif que celle-ci était de nature à porter atteinte aux intérêts fondamentaux de la France, en application de l'article 2, alinéa *c*), de la convention bilatérale de 1986. Le 6 juin 2005, l'ambassadeur de France à Djibouti a informé le ministre djiboutien des affaires étrangères que la France n'était pas en mesure de faire exécuter la commission rogatoire internationale.

30. Il ressort de l'examen de ces éléments que la décision du refus de l'entraide judiciaire n'a pas été prise par la personne compétente en droit français, cela en violation des articles 3, paragraphe 1, et 2, alinéa *c*), de la convention. Le juge d'instruction n'était pas fondé à apprécier les intérêts fondamentaux de la France auxquels l'exécution de la commission rogatoire pouvait porter préjudice et refuser la demande d'entraide sur cette base. Le Code de procédure pénale français, auquel renvoie l'article 3, paragraphe 1, de la convention, ne prévoit en effet pas la possibilité

having no decision-making powers in matters of international mutual assistance. The *chambre d'instruction* of the Court of Appeal in Paris itself declared in its judgment of 19 October 2006 that government authorities alone were competent to assess the concepts of prejudice to the sovereignty, security, *ordre public* or other fundamental interests of the nation. It added that the provisions of Article 694-4 of the Code of Criminal Procedure:

“establish[ed] the conditions on which the government authority may ultimately determine, in the light of the *ordre public* or the essential interests of the Nation, whether it is to oppose compliance with the foreign request for mutual assistance by transmitting or not transmitting the items requested therein” (see Counter-Memorial of France, Ann. XI).

28. The Djiboutian request for mutual assistance was transmitted by the Foreign Minister of Djibouti to the French Minister for Foreign Affairs through the Embassy of France in Djibouti. The request was then transmitted to the *procureur de la République* in Paris. At this stage the Ministry of Justice's Director of Criminal Affairs and Pardons had already drawn the Ministry's attention to the need to omit from the record any documents likely to prejudice the sovereignty, the security, the *ordre public* or other essential interests of the Nation, pursuant to Article 2, paragraph (c), of the Franco-Djiboutian Convention on Mutual Assistance. However, a letter dated 27 January 2005 sent by the French Minister of Justice's Principal Private Secretary to the Djiboutian authorities shows that he had asked “for all steps to be taken to ensure that a copy of the record of the investigation into the death of Mr. Bernard Borrel is transmitted to the Minister of Justice . . . of the Republic of Djibouti before the end of February 2005”.

29. He also allegedly “asked the *procureur de la République* in Paris to ensure that there is no undue delay in dealing with this matter”. On 8 February 2005 the French investigating judge refused to transmit the Borrel file on the ground that this was likely to compromise the fundamental interests of France, pursuant to Article 2, paragraph (c), of the 1986 bilateral Convention. On 6 June 2005 the Ambassador of France to Djibouti informed the Djiboutian Foreign Minister that France was not in a position to comply with the request to execute the international letter rogatory.

30. An examination of these factors shows that the decision to refuse mutual assistance was not taken by a person competent under French law, in violation of Articles 3, paragraph 1, and 2 (c), of the Convention. The investigating judge had no basis for assessing the fundamental interests of France that might be compromised by execution of the letter rogatory or for refusing the request for mutual assistance on that basis. The French Code of Criminal Procedure, to which Article 3, paragraph 1, of the Convention refers, makes no provision for an investigating

pour le juge d'instruction de rejeter de sa seule initiative une demande d'entraide même s'il peut soumettre, sur la base de l'article 694-9 du Code de procédure pénale, l'utilisation des informations qu'il transmet à des conditions déterminées. Le droit pénal français ne prévoit pas que le juge d'instruction puisse s'opposer à la transmission desdites informations ni même que son avis soit sollicité sur ce point. Cette décision du juge d'instruction par lettre du 8 février 2005 aurait ensuite été transmise aux autorités djiboutiennes par lettre du 31 mai 2005. Les termes de la lettre laissent toutefois penser que le ministère de la justice s'est en fait contenté de faire connaître aux autorités djiboutiennes la décision du juge d'instruction français de refuser la transmission du dossier Borrel sur le fondement de l'article 2, alinéa *c*), de la convention d'entraide. Il n'aurait donc pas décidé lui-même de refuser cette transmission. La lettre est rédigée en ces termes :

«Après un examen attentif, le juge d'instruction a, par décision judiciaire non susceptible de recours, estimé que l'article 2 *c*) de la convention franco-djiboutienne d'entraide pénale du 27 septembre 1986 devait recevoir application et ne permettait pas de réserver une réponse favorable à la demande de vos autorités judiciaires. Je ne puis que vous faire part de cette décision souveraine de l'autorité judiciaire compétente.» (Contre-mémoire de la France, annexe V.)

La Cour a, en tout état de cause, considéré qu'elle «n'[était] pas en mesure de prendre en considération ce document dans l'examen de la présente affaire» pour les raisons suivantes : la France n'aurait pas allégué que cette lettre aurait «été remise à l'ambassadeur de Djibouti à Paris ou à l'un de ses collaborateurs par les voies diplomatiques usuelles», elle n'aurait pas apporté la preuve que cette lettre «aurait été envoyée par la voie postale ou acheminée par porteur», enfin, elle n'aurait pas fourni «la preuve que le départ de la lettre aurait été enregistré dans un bureau d'ordre du ministère de la justice ou du ministère des affaires étrangères, selon la pratique en usage au sein des administrations françaises» (arrêt, par. 143).

31. La dernière lettre dans laquelle le refus d'entraide judiciaire a été évoqué est la lettre adressée par l'ambassadeur de France à Djibouti au ministre djiboutien des affaires étrangères. Dans cette lettre, datée du 6 juin 2005, l'ambassadeur affirmait que, «[a]près consultation de [ses] autorités», la France n'était pas en mesure de donner suite à cette demande d'entraide judiciaire. Cette lettre ne faisait pas apparaître les motifs pour lesquels la France refusait d'accorder l'entraide.

32. Il apparaît en conséquence que, par sa lettre du 6 juin 2005, la France a violé les articles 3, paragraphe 1, et 2, alinéa *c*), de la convention, dans la mesure où elle a fait connaître aux autorités djiboutiennes le refus du juge d'instruction de donner suite à la demande d'entraide, alors que cette autorité n'était pas compétente pour prendre une telle décision.

33. La France a en outre violé l'article 17 de la convention, dans la

judge to reject a request for mutual assistance on his own initiative, even though, on the basis of Article 694-9 of the Code of Criminal Procedure, he may make the information subject to certain conditions. French criminal law makes no provision for an investigating judge to oppose the forwarding of the said information, or even for his opinion to be sought on this matter. This decision by the investigating judge by letter of 8 February 2005 was allegedly then forwarded to the Djiboutian authorities by letter of 31 May 2005. However, the wording of the letter suggests that the Ministry of Justice confined itself to informing the Djiboutian authorities of the decision by the French investigating judge to refuse to forward the Borrel file on the basis of Article 2, paragraph (c), of the Mutual Assistance Convention. The suggestion was therefore that it had not itself decided to refuse to forward the record. The letter is worded as follows:

“After giving the matter careful attention, the investigating judge, by a judicial decision not open to appeal, considered that Article 2 (c) of the Convention on Mutual Assistance in Criminal Matters between France and Djibouti of 27 September 1986 had to be applied and that this did not allow a favourable response to be given to the request from your judicial authorities. I have no alternative but to inform you of this sovereign decision of the competent judicial authority.” (Counter-Memorial of the French Republic, Ann. V.)

In any event the Court found that it “[c]ould] not take this document into consideration in its examination of the present case” for the following reasons: France did not allege that this letter “was delivered to Djibouti’s Ambassador in Paris or to a member of his staff through the usual diplomatic channels”, did not adduce evidence that the letter “was sent by post or conveyed by courier” and lastly did not offer “evidence that the despatch of the letter was recorded in a mail registry at the Ministry of Justice or the Ministry of Foreign Affairs, in accordance with French administrative practice” (Judgment, para. 143).

31. The last letter in which there was a reference to the refusal of mutual assistance was the one addressed by the Ambassador of France in Djibouti to the Djiboutian Foreign Minister. In this letter, dated 6 June 2005, the Ambassador stated that “after consulting [my] authorities”, France was not in a position to comply with this request for mutual assistance. This letter did not reveal the grounds on which France was refusing to afford mutual assistance.

32. It is therefore apparent that, by its letter of 6 June 2005, France violated Articles 3, paragraph 1, and 2 (c) of the Convention in that it informed the Djiboutian authorities of the refusal by the investigating judge to comply with the request for mutual assistance, although that official was not competent to take such a decision.

33. France also violated Article 17 of the Convention in that the letter

mesure où la lettre du 6 juin 2005 était dépourvue de toute motivation. Si cette disposition figure dans une section de la convention séparée de celle où figure l'article 2, cela ne veut pas dire qu'il n'y a pas de lien direct et effectif entre les deux dispositions en question, car il s'agit d'une disposition commune à toutes les formes d'entraide judiciaire prévues par la convention. En effet, l'article 2 n'est pas la seule disposition de la convention qui prévoit la possibilité de refuser l'entraide judiciaire. Par exemple, l'article 5 prévoit que l'Etat requis «pourra surseoir à la remise des objets, dossiers ou documents dont la communication est demandée, s'ils lui sont nécessaires pour une procédure pénale en cours». L'article 10 sur le transfèrement est même plus spécifique et prévoit que le transfèrement pourra être refusé sous certaines conditions. Donc, l'article 17 s'applique à toutes les dispositions prévoyant un refus éventuel et dispose que «tout refus d'entraide judiciaire» (qu'il soit de nature générale ou de nature spécifique) doit être motivé. Si le refus n'est pas motivé, il constitue une violation de la convention. Le non-respect de l'article 17 par la France entraîne donc une violation de l'article premier de la convention, étant donné que la France ne peut se prévaloir de l'article 2, alinéa *c*), sans donner les raisons de son refus.

34. Par ailleurs, tout refus non motivé conformément à l'article 17 de la convention ne peut produire d'effets juridiques. La coopération et l'assistance mutuelle que Djibouti était en droit d'attendre en vertu de la convention ne sont satisfaites ni par la lettre du 31 mai 2005, qui ne doit pas être prise en considération, ni par celle du 6 juin 2005, dans laquelle l'ambassadeur de France à Djibouti a écrit au ministre des affaires étrangères djiboutien ce qui suit : «je suis au regret de vous informer que nous ne sommes pas en mesure de donner suite à cette demande». La simple référence par la France, dans la lettre du 31 mai 2005, à l'article 2, alinéa *c*), de la convention, ainsi que le refus pur et simple contenu dans la lettre du 6 juin 2005, constituent un manquement à ses obligations internationales au titre de l'article premier et de l'article 17 de la convention, étant donné que ni l'obligation de «s'accorder mutuellement ... l'entraide judiciaire la plus large possible» ni celle de motiver tout refus n'ont été respectées.

35. Je regrette que la Cour n'ait pas voulu relever ces violations de la convention qui engagent la responsabilité internationale de la France, et qu'elle ait décidé de rejeter les conclusions présentées par la République de Djibouti concernant la violation par la France des règles afférentes à l'entraide judiciaire prévues par la convention de 1986, abstraction faite de sa conclusion à l'alinéa *a*) du point 2 du dispositif sur le manquement par la France à son obligation au titre de l'article 17 de la convention. La constatation par la Cour de l'ensemble des violations décrites ci-dessus aurait pu contribuer au retour des deux Etats à une meilleure coopération dans leurs relations, en général, ainsi qu'à une assistance mutuelle plus efficace en matière judiciaire et sur des bases juridiques plus claires. Le fait que ces deux Etats aient voulu soumettre leur différend à la Cour par consentement mutuel et par la voie du *forum prorogatum* témoigne

of 6 June 2005 gave no reasons whatever. Although this provision is in a section of the Convention separate from the one containing Article 2, it does not mean that there is no direct and effective link between the two provisions, because this is a provision common to all the forms of mutual assistance covered by the Convention. In fact, Article 2 is not the only provision in the Convention that provides for a possible refusal of mutual assistance. For example, Article 5 lays down that the requested State “may delay the handing over of any property, records or documents requested, if the said property, records or documents are required in connection with pending criminal proceedings”. Article 10 on transfer is even more specific, and states that transfer can be refused under certain conditions. Thus Article 17 applies to all provisions envisaging a possible refusal, stating that reasons must be given for “any refusal of mutual assistance” (whether general or specific). Giving no reasons for a refusal constitutes a violation of the Convention. France’s failure to comply with Article 17 therefore involves a violation of Article 1 of the Convention, given that France cannot rely on Article 2 (*c*), without giving reasons for its refusal.

34. Also, any refusal without giving reasons in conformity with Article 17 of the Convention is devoid of legal effect. The co-operation and mutual assistance that Djibouti was entitled to expect under the Convention are not given, either by the letter of 31 May 2005, which should not be taken into account, or by the letter of 6 June 2005, in which the Ambassador of France to Djibouti wrote to the Djiboutian Foreign Minister as follows: “I regret to inform you that we are not in a position to comply with this request.” The mere reference by France in the letter of 31 May 2005 to Article 2 (*c*), of the Convention and the refusal pure and simple in the letter of 6 June 2005 amount to a breach of its international obligations under Article 1 and Article 17 of the Convention, given that neither the obligation to “afford each other . . . the widest measure of mutual assistance” nor the obligation to give reasons for any refusal was complied with.

35. I regret that the Court did not wish to take up these violations of the Convention that engage France’s international responsibility, and that it decided to reject the submissions by the Republic of Djibouti regarding the violation by France of the rules relating to mutual assistance laid down by the 1986 Convention, leaving aside its conclusion in paragraph 2 (*a*) of the operative part on the breach by France of its obligation under Article 17 of the Convention. Had the Court taken note of all the violations described above, this might have helped the two States to return to better co-operation in their relations in general, and to more effective mutual assistance in legal matters and on firmer legal bases. The fact that these two States were willing to submit their dispute to the Court by mutual consent and by way of *forum prorogatum* is evidence of their willingness to find a complete and final solution

de leur volonté de trouver une solution intégrale et définitive à ce différend dans le but de renforcer les liens traditionnels d'amitié entre les deux pays.

III. LES ATTEINTES À L'IMMUNITÉ DE JURIDICTION ET À L'INVIOLABILITÉ DU CHEF DE L'ÉTAT DE DJIBOUTI

36. La Cour traite des atteintes aux immunités et à l'inviolabilité du chef de l'Etat de Djibouti comme des faits appartenant au passé et présentés à la Cour seulement pour des raisons historiques. Les convocations à témoin adressées au chef de l'Etat djiboutien en 2005 et 2007 n'ont jamais été retirées par les autorités judiciaires françaises. Donc, au lieu de dire dans les motifs de l'arrêt que «des excuses s'imposaient», la Cour aurait dû inclure l'exigence des excuses dans le dispositif même de l'arrêt et demander à la France de retirer les deux convocations. Il y a en effet eu violation par la France de ses obligations internationales relatives à l'immunité de juridiction et à l'inviolabilité du chef d'Etat de Djibouti, violation qui méritait une décision ferme et claire de la part de la Cour, cela afin d'éviter la continuation de celle-ci ainsi que sa répétition dans l'avenir.

37. La valeur coutumière de l'immunité du chef d'Etat à l'étranger a été reconnue par plusieurs conventions. Ainsi, l'article 21, alinéa 1, de la convention sur les missions spéciales et l'article 3, alinéa 2, du projet d'articles sur les immunités juridictionnelles des Etats et de leurs biens reconnaissent expressément l'immunité conférée par le droit international général aux chefs d'Etat. La convention de Vienne sur les relations diplomatiques du 18 avril 1961 ne contient aucune disposition consacrée en particulier aux chefs d'Etat. Toutefois, elle codifie de nombreux aspects du statut dont jouissent les agents diplomatiques lorsqu'ils se trouvent dans l'Etat accréditaire. Or, les chefs d'Etat sont, par définition, les plus hauts représentants des Etats qu'ils dirigent. Par conséquent, les règles présentes dans cette convention peuvent s'appliquer dans de nombreux cas à ces derniers. L'article 29 de cette convention dispose en particulier ce qui suit :

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

38. L'immunité reconnue aux chefs d'Etat peut être de différents types : l'inviolabilité personnelle, l'immunité de juridiction et l'immunité d'exécution. L'inviolabilité et l'immunité de juridiction pénale du chef d'Etat visent, en particulier, à empêcher celui-ci de faire l'objet de mesures de contrainte lorsqu'il est en visite à l'étranger. L'article premier de la résolution de l'Institut de droit international du 26 août 2001 résume assez clairement ce type d'immunité :

to this dispute in order to strengthen the traditional ties of friendship between them.

III. ATTACKS ON THE IMMUNITY FROM JURISDICTION AND INVIOABILITY OF THE HEAD OF STATE OF DJIBOUTI

36. The Court treats attacks on the immunity and inviolability of the Head of State of Djibouti as acts in the past, submitted to the Court solely for historical reasons. The witness summonses addressed to the Djiboutian Head of State in 2005 and 2007 have never been withdrawn by the French judicial authorities. Therefore, instead of saying in the reasons for the judgment that “an apology [was] due”, the Court should have included the requirement for apologies in the operative part of the judgment itself and should have asked France to withdraw both summonses. There was indeed a violation by France of its international obligations regarding the immunity from jurisdiction and inviolability of the Head of State of Djibouti, a violation worthy of a firm, clear decision by the Court in order to avoid continuing violation as well as a repetition of it in the future.

37. The customary validity of the immunity of a Head of State abroad has been recognized by several conventions. Thus Article 21, paragraph 1, of the Convention on Special Missions and Article 3, paragraph 2, of the Draft Articles on Jurisdictional Immunities of States and Their Property expressly recognize the immunity conferred upon Heads of State by general international law. The Vienna Convention on Diplomatic Relations of 18 April 1961 contains no provision specifically devoted to Heads of State. However, it does codify many aspects of the status enjoyed by diplomatic representatives when they are in a receiving State. Heads of State are by definition the highest representatives of the States that they lead. Therefore the rules in this Convention may be applied to them in many cases. Article 29 of this Convention states in particular:

“The person of a diplomatic agent shall be inviolable. He shall not be liable to any form of arrest or detention. The receiving State shall treat him with due respect and shall take all appropriate steps to prevent any attack on his person, freedom or dignity.”

38. The immunity granted to Heads of State may be of various types: personal inviolability, immunity from jurisdiction and immunity from execution. The inviolability and immunity from criminal jurisdiction of a Head of State are aimed in particular at protecting him from any form of coercion when on a visit abroad. Article 1 of the resolution of the Institut de droit international of 26 August 2001 summarizes the type of immunity quite clearly:

«La personne du chef d'Etat est inviolable sur le territoire d'un Etat étranger. Elle ne peut y être soumise à aucune forme d'arrestation ou de détention. Les autorités de celui-ci traitent ce chef d'Etat avec le respect qui lui est dû et prennent toutes mesures raisonnables pour empêcher qu'il soit porté atteinte à sa personne, à sa liberté ou à sa dignité.»

39. La Cour reconnaît dans le présent arrêt, conformément à sa jurisprudence récente, que la règle de droit international coutumier reflétée à l'article 29 de la convention de Vienne sur les relations diplomatiques se «traduit par des obligations positives à la charge de l'Etat d'accueil, pour ce qui est des actes de ses propres autorités, et par des obligations de prévention concernant les actes éventuels de particuliers» (arrêt, par. 174). Elle impose en outre aux Etats d'accueil «l'obligation de protéger l'honneur et la dignité des chefs d'Etat, en relation avec leur inviolabilité» (*ibid.*).

40. L'examen des convocations à témoigner adressées au chef de l'Etat djiboutien le 17 mai 2005 et le 14 février 2007 amène pourtant la Cour à conclure que la France n'a pas porté atteinte aux règles relatives à l'immunité de juridiction pénale et à l'inviolabilité qui s'appliquent à lui. Il est toutefois manifeste que ces convocations constituent non seulement un manquement à la «courtoisie due à un chef d'Etat étranger», mais également une violation de l'obligation qui incombait à la France de protéger l'honneur et la dignité des chefs d'Etat étrangers.

41. La Cour constate en premier lieu que la convocation adressée au chef de l'Etat djiboutien le 17 mai 2005 «n'était pas assortie de mesures de contrainte prévues par le Code de procédure pénale français en son article 109». Il s'agissait, au contraire, d'une «simple invitation à témoigner que le chef de l'Etat pouvait accepter ou refuser librement» (*ibid.*, par. 171). Cette déclaration n'est pas fondée, dans la mesure où cette convocation était bien assortie de mesures de contrainte qui portaient atteinte à l'immunité du chef de l'Etat djiboutien.

A. La convocation à témoigner du 17 mai 2005

42. La convocation à témoigner du 17 mai 2005 portait sur l'«assassinat sur la personne de M. Bernard Borrel, les 18 ou 19 octobre 1995 à Djibouti, faits prévus et réprimés par les articles 113-7, 221-1, 221-3, 221-8, 221-9 et 221-11 du Code pénal». La question qui se pose est de savoir si cette procédure relevait de l'article 101 ou de l'article 656 du Code de procédure pénale car, dans le premier cas seulement, la France aurait porté atteinte aux immunités de juridiction et à l'inviolabilité du chef de l'Etat djiboutien. L'article 656 du Code de procédure pénale énonce ce qui suit:

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

“When in the territory of a foreign State, the person of the Head of State is inviolable. While there, he or she may not be placed under any form of arrest or detention. The Head of State shall be treated by the authorities with due respect and all reasonable steps shall be taken to prevent any infringement of his or her person, liberty, or dignity.”

39. The Court recognizes in the present Judgment, in accordance with its recent jurisprudence, that the rule of customary international law reflected in Article 29 of the Vienna Convention on Diplomatic Relations “translates into positive obligations for the receiving State as regards the actions of its own authorities, and into obligations of prevention as regards possible acts by individuals” (Judgment, para. 174). It also imposes on receiving States “the obligation to protect the honour and dignity of Heads of State, in connection with their inviolability” (*ibid.*).

40. However, examination of the witness summonses addressed to the Djiboutian Head of State on 17 May 2005 and 14 February 2007 lead the Court to conclude that France had not infringed the rules on immunity from criminal jurisdiction and inviolability applicable to him. Nevertheless it is clear that these summonses are not merely a breach of the “courtesy due to a foreign Head of State”, but also violate the duty incumbent on France to protect the honour and dignity of foreign Heads of State.

41. The Court finds first that the summons addressed to the Djiboutian Head of State on 17 May 2005 “was not associated with the measures of constraint provided for by Article 109 of the French Code of Criminal Procedure”. On the contrary, it was “merely an invitation to testify which the Head of State could freely accept or decline” (*ibid.*, para. 171). This statement is unsound, because the summons was certainly associated with measures of constraint which infringed the immunity of the Djiboutian Head of State.

A. The witness summons of 17 May 2005

42. The witness summons of 17 May 2005 related to “the murder of Mr. Bernard Borrel on 18 or 19 October 1995 in Djibouti, punishable under Articles 113-7, 221-1, 221-3, 221-8, 221-9 and 221-11 of the Penal Code”. The question that arises is whether these proceedings fall under Article 101 or Article 656 of the Code of Criminal Procedure, because France allegedly infringed the immunities from jurisdiction and the inviolability of the Djiboutian Head of State in the former case only. Article 656 of the Code of Criminal Procedure states:

“The written statement of the representative of a foreign Power is requested through the intermediary of the Minister for Foreign Affairs. If the application is granted, the statement is received by the president of the appeal court or by a judge delegated by him.”

43. En l'espèce, le président djiboutien a été invité à se présenter au cabinet du juge d'instruction pour être entendu en qualité de témoin. Il n'a pas été invité par le ministre des affaires étrangères à faire une déposition écrite. La procédure n'a donc clairement pas été menée sur la base de l'article 656 du Code de procédure pénale, qui requiert une demande de déposition écrite par l'entremise du ministre des affaires étrangères. Elle correspond davantage à la procédure prévue par l'article 101 du même code.

44. Aux termes du paragraphe premier de l'article 101 du Code de procédure pénale, «[l]e juge d'instruction fait citer devant lui, par un huissier ou par un agent de la force publique, toutes les personnes dont la déposition lui paraît utile. Une copie de leur citation est délivrée.» En l'espèce, le juge d'instruction a bien fait citer devant lui le président djiboutien. Une copie de cette citation lui a bien été délivrée. Le paragraphe 3 de cet article précise que, «[l]orsqu'il est cité ou convoqué, le témoin est avisé que, s'il ne comparaît pas ou qu'il refuse de comparaître, il pourra y être contraint par la force publique en application des dispositions de l'article 109». L'article 109 du Code de procédure pénale prévoit en effet que «[t]oute personne citée pour être entendue comme témoin est tenue de comparaître, de prêter serment et de déposer sous réserve des dispositions des articles 226-13 et 226-14 du Code pénal [qui concernent le secret professionnel]». «Si le témoin ne comparaît pas ou refuse de comparaître, le juge d'instruction peut, sur les réquisitions du procureur de la République, l'y contraindre par la force publique.» L'article 434-15-1 du Code pénal précise en outre :

«Le fait de ne pas comparaître, de ne pas prêter serment ou de ne pas déposer, sans excuse ni justification, devant le juge d'instruction ou un officier de police judiciaire agissant sur commission rogatoire par une personne qui a été citée par lui pour y être entendue comme témoin est puni de 3750 euros d'amende.»

45. Le président djiboutien a naturellement refusé de donner suite à cette convocation. Il pouvait donc être contraint par la force publique à comparaître et être passible de sanctions pénales, cela en violation des règles relatives à l'immunité de juridiction pénale et d'inviolabilité des chefs d'Etat. Cette immunité dont bénéficient les chefs d'Etat est censée couvrir toutes les étapes de la procédure pénale. En conséquence, un chef d'Etat ne devrait pas pouvoir être convoqué à témoigner. Seule une déposition écrite peut lui être demandée par l'entremise du ministre des affaires étrangères (article 656 du Code de procédure pénale). Or, cela n'a pas été fait en l'espèce.

46. La Cour de cassation française avait reconnu, dans un arrêt du 10 octobre 2001, l'incompatibilité entre le statut du président de la République française et l'obligation de comparaître en tant que témoin. Elle avait déclaré ce qui suit :

«Le Président de la République ne peut, pendant la durée de son

43. In this instance the Djiboutian President was invited to attend in person the judge's chambers to be heard as a witness. He was not invited by the Minister for Foreign Affairs to make a written statement. Thus the procedure was clearly not based on Article 656 of the Code of Criminal Procedure, which requires a request for a written statement through the intermediary of the Minister for Foreign Affairs. It is closer to the procedure laid down by Article 101 of the Code.

44. According to the first paragraph of Article 101 of the Code of Criminal Procedure, "The investigating judge summons any person whose statement appears useful to him before him through a bailiff or a police officer. A copy of this summons is handed over to the person." In this case the investigating judge did indeed summon the Djiboutian President before him. A copy of the summons was indeed handed over to him. Paragraph 3 of this Article states that "[w]here he is summoned or sent for, the witness is informed that if he does not appear or refuses to appear, he can be compelled to by the law enforcement agencies in accordance with the provisions of Article 109". Article 109 of the Code of Criminal Procedure provides that "[a]ny person summoned to be heard in the capacity of a witness is obliged to appear, to swear an oath, and to make a statement, subject to the provisions of Articles 226-13 and 226-14 of the Penal Code [which relate to professional secrecy]". "If the witness does not appear or refuses to appear, the investigating judge may, on the request of the district prosecutor, order him to be produced by the law enforcement agencies." Also, Article 434-15-1 of the Penal Code states that:

"Any person, summoned by an investigating judge or a judicial police officer acting in the exercise of a rogatory commission in order to be heard as a witness, who refuses to appear, to take the oath or to make a deposition without justification or excuse, is punished by a fine of €3,750."

45. The Djiboutian President naturally refused to comply with this summons, so he could have been compelled to appear by the law enforcement agencies and liable to penal sanctions, in breach of the rules on the immunity from criminal jurisdiction and inviolability of Heads of State. This immunity enjoyed by Heads of State is supposed to cover all the stages of criminal proceedings. Consequently it should not be possible for a Head of State to be summoned to testify. He can only be requested to make a written statement through the intermediary of the Minister for Foreign Affairs (Article 656 of the Code of Criminal Procedure). This was not done in the present case.

46. In a judgment of 10 October 2001, the French *Cour de cassation* recognized the incompatibility between the status of the President of the French Republic and the duty to appear as a witness. It stated:

"during his term of office the President of the Republic cannot be

mandat, être entendu comme témoin assisté ni être mis en examen, cité ou renvoyé pour une infraction quelconque devant une juridiction pénale de droit commun, [qu']il n'est pas davantage soumis à l'obligation de comparaître en tant que témoin prévu par l'article 101 du Code de procédure pénale dès lors que cette obligation est assortie par l'article 109 dudit code d'une mesure de contrainte par la force publique et qu'elle est pénalement sanctionnée.»

La raison invoquée par la Cour de cassation à propos de l'impossibilité pour le président de témoigner est donc bien le fait que cette obligation soit assortie d'une mesure de contrainte par la force publique et qu'elle soit pénalement sanctionnée.

47. Etant donné que les tribunaux français ne peuvent ni citer ni faire comparaître le président de leur propre pays pendant la durée de son mandat, il est difficilement admissible qu'ils puissent inviter des chefs d'Etat étrangers à se présenter dans leurs bureaux pour être entendus en qualité de témoins. La Cour avait, dans la présente espèce, l'opportunité de déclarer clairement et sans ambiguïté que cette pratique constituait une violation du droit international et que, en agissant ainsi, les juges français engageaient la responsabilité internationale de la France. Le langage utilisé dans les conclusions de la Cour, ainsi que l'absence d'une décision claire dans le dispositif, pourraient malheureusement conduire à une répétition de cette pratique irrespectueuse du droit international.

48. Par ailleurs, dans l'affaire du *Mandat d'arrêt (République démocratique du Congo c. Belgique)*, la Cour a déclaré que l'émission et la diffusion du mandat d'arrêt à l'encontre de M. Yerodia, alors ministre des affaires étrangères du Congo, avaient méconnu son immunité de juridiction pénale et son inviolabilité au motif que ces deux actes, «compte tenu de la nature et de l'objet du mandat [d'arrêt]», avaient «vocation à permettre l'arrestation» de l'intéressé sur le territoire belge et à l'étranger. En l'espèce, la convocation à témoigner avait vocation à l'exécution d'une mesure de contrainte par la force publique à l'encontre du chef de l'Etat djiboutien dès lors que celui-ci exerçait son droit légitime de refuser de ne pas déférer à la convocation à témoigner.

49. L'ensemble de ces éléments démontre que la convocation à témoigner du 17 mai 2005 portait bien atteinte aux règles de droit international relatives à l'immunité des chefs d'Etat. La Cour a reconnu que cette convocation ne respectait pas les formes prescrites par l'article 656 du Code de procédure pénale, qui porte sur la déposition écrite «d'un représentant d'une puissance étrangère». Elle s'est toutefois contentée de noter que, «en invitant un chef d'Etat à déposer par simple télécopie et en lui fixant d'autorité un délai extrêmement bref pour se présenter à son bureau, le juge d'instruction ... n'a[vait] pas agi conformément à la courtoisie due à un chef d'Etat étranger» (arrêt, par. 172). Or, l'immunité et l'inviolabilité du chef de l'Etat ne relèvent pas simplement de la courtoisie diplomatique, mais sont des règles solidement ancrées en droit international conventionnel et coutumier.

heard as a *témoin assisté* or indicted, summoned or brought before any criminal court for any offence whatever, neither is he subject to the duty to appear as a witness laid down by Article 101 of the Code of Criminal Procedure because that duty is associated with a measure of constraint by the law enforcement agencies provided for by Article 109 of the French Code of Criminal Procedure and punishable under criminal law". [Translation by the Registry.]

The reason relied on by the *Cour de cassation* to demonstrate the impossibility for the President to testify is certainly the fact that this duty is associated with a measure of constraint by the law enforcement agencies and punishable under criminal law.

47. Given the fact that the French courts can neither summon nor subpoena the President of their own country during his term of office, it is difficult to accept that they could ask foreign Heads of State to attend at their offices in order to be heard as witnesses. The Court had the opportunity in the present case to state clearly and unambiguously that this practice was a violation of international law and that by acting in this way French judges engaged the international responsibility of France. Unfortunately the language used in the Court's conclusions, as well as the lack of a clear decision in the operative part, might lead to a repetition of this disrespectful practice of international law.

48. Also, in the case concerning the *Arrest Warrant (Democratic Republic of the Congo v. Belgium)*, the Court stated that the issue and circulation of the arrest warrant against Mr. Yerodia, who was then Minister for Foreign Affairs of the Congo, had infringed his immunity from criminal jurisdiction and his inviolability on the ground that these two actions, "given the nature and purpose of the [arrest] warrant" had been "intended to enable the arrest" of the person concerned on Belgian territory and abroad. In the present case the witness summons was intended to enforce a measure of constraint by law enforcement agencies against the Djiboutian Head of State when he was exercising his legal right to refuse to comply with the witness summons.

49. All these factors clearly show that the witness summons of 17 May 2005 did indeed infringe the rules of international law relating to the immunity of Heads of State. The Court recognized that this summons did not observe the form prescribed by Article 656 of the Code of Criminal Procedure, which refers to a written statement "by a representative of a foreign Power". Yet it confined itself to noting that "by inviting a Head of State to give evidence simply through sending him a facsimile and by setting him an extremely short deadline without consultation to appear at her office, [the investigating judge had] failed to act in accordance with the courtesies due to a foreign Head of State" (Judgment, para. 172). The immunity and inviolability of a Head of State are not simply matters of diplomatic courtesy, but derive from rules firmly anchored in international conventional and customary law.

50. La France, elle-même, a reconnu que la convocation à témoigner de 2005 ne respectait pas la procédure prévue en matière de dépositions de représentants d'une puissance étrangère. Si elle a considéré que cet acte de procédure était nul et non avenue car il ne respectait pas les dispositions de l'article 656 du Code de procédure pénale, la France n'a pas présenté d'excuses au chef de l'Etat djiboutien, contrairement à ce qu'avait fait le ministère français des affaires étrangères lorsqu'une convocation similaire avait été adressée à l'ambassadeur de Djibouti en France en 2004. Celui-ci s'était en effet excusé pour cette «entorse aux usages diplomatiques», ajoutant que le juge d'instruction concerné «avait «reconnu son erreur» et «souhaitait que la convocation soit considérée comme nulle et non avenue»». La Cour a, pour sa part, jugé simplement «regrettable» que la procédure n'ait pas été respectée et que, «tout en étant conscient, le ministère français des affaires étrangères n'ait pas présenté des excuses au président de Djibouti, comme il l'avait fait précédemment à l'ambassadeur de Djibouti en France, qui s'était trouvé dans une situation similaire» (arrêt, par. 172). A mon avis, la Cour aurait tout de même dû exiger que la France présente des excuses au chef de l'Etat djiboutien.

51. Par ailleurs, il est clair que la communication à l'Agence France-Presse, en violation du secret de l'instruction, d'informations relatives à la convocation à témoigner du chef de l'Etat djiboutien doit être considérée comme une atteinte à la dignité de celui-ci. L'Agence France-Presse avait en effet fait une annonce publique au sujet de la convocation à témoigner du chef de l'Etat djiboutien à peine quelques minutes après que celui-ci en eut pris connaissance. Cela indique que l'action des instances judiciaires françaises visait clairement à porter atteinte à la dignité et à l'honneur du chef d'Etat djiboutien.

B. La convocation à témoigner du 14 février 2007

52. La convocation à témoigner du 14 février 2007 a été émise lors du séjour du président djiboutien en France à l'occasion de la vingt-quatrième conférence des chefs d'Etat d'Afrique et de France qui devait se tenir à Cannes les 15 et 16 février.

53. La convocation du 14 février 2007 ne semble qu'en apparence suivre la procédure prévue à l'article 656 du Code de procédure pénale français. Cette disposition régit les *dépositions écrites* des représentants d'une puissance étrangère. Or, dans le cas d'espèce, le juge d'instruction a demandé à recueillir le *témoignage* du chef de l'Etat djiboutien. La France, en ne respectant pas les dispositions de sa propre législation, a agi en violation des règles coutumières du droit international relatives aux immunités des chefs d'Etat.

54. Par ailleurs, il convient de noter que la médiatisation de cette convocation ainsi que son émission lors du séjour du président djiboutien en France à l'occasion d'une conférence qui rassemblait de nombreuses délégations d'Afrique, mais aussi des représentants de l'Organisation des Nations Unies et de l'Union africaine, témoignent d'une intention déli-

50. France itself has recognized that the witness summons of 2005 did not comply with the procedure laid down for statements by representatives of a foreign Power. While it regarded this summons as null and void because it did not comply with the provisions of Article 656 of the Code of Criminal Procedure, France offered no apologies to the Djiboutian Head of State, contrary to what the French Minister for Foreign Affairs had done when a similar summons was addressed to the Ambassador of Djibouti in France in 2004. He had apologized for this “infringement of diplomatic usage”, adding that the investigating judge concerned “had acknowledged his mistake and wished the summons to be null and void”. The Court, meanwhile, simply regarded it as “regrettable” that the procedure was not complied with and that “whilst being aware of that fact, the French Minister for Foreign Affairs did not offer apologies to the Djiboutian Head of State, as he had done previously to Djibouti’s Ambassador when he found himself in a similar situation” (Judgment, para. 172). In my opinion, the Court should indeed have required France to offer its apologies to the Djiboutian Head of State.

51. Also, it is clear that the leaking to Agence France-Presse, in breach of confidentiality of the investigation, of information about the witness summons to the Djiboutian Head of State should be regarded as an attack on his dignity. Agence France-Presse had made a public announcement about the witness summons to the Djiboutian Head of State only minutes after he had been informed of it. This shows that the action by the French legal authorities was clearly meant as an attack on the dignity and honour of the Djiboutian Head of State.

B. The witness summons of 14 February 2007

52. The witness summons of 14 February 2007 was issued during the Djiboutian President’s stay in France on the occasion of the 24th Conference of the Heads of State of Africa and France, to be held in Cannes on 15 and 16 February.

53. The summons of 14 February 2007 seems only outwardly to follow the procedure laid down in Article 656 of the Code of Criminal Procedure. This provision governs *written statements* by representatives of a foreign Power. In this case the investigating judge expressed the wish to obtain the *testimony* of the Djiboutian Head of State. By failing to comply with the requirements of its own legislation, France acted in violation of the rules of customary international law relating to the immunities of Heads of State.

54. Furthermore, it should be noted that media coverage of this summons and its publication during the Djiboutian President’s stay in France on the occasion of a conference attended by many delegations from Africa, as well as by representatives of the United Nations Organization and the African Union, was evidence of a deliberate intention to embar-

bérée d'embarrasser le chef de l'Etat djiboutien. En effet, la presse française (*L'Express*, *Le Monde* et l'AFP) a attribué l'origine de l'information concernant la convocation du chef de l'Etat djiboutien à des «sources judiciaires» avant même que la lettre du ministère des affaires étrangères français n'ait été envoyée à l'ambassade de Djibouti à Paris. Cela montre que des fuites délibérées concernant un acte couvert par le secret de l'instruction avaient bel et bien été orchestrées aux fins de porter atteinte à l'honneur et à la dignité du chef d'Etat djiboutien, et de faire croire au public que celui-ci était impliqué, d'une manière ou d'une autre, dans le décès du juge Borrel.

55. Tous ces éléments démontrent que les autorités françaises ont bien porté atteinte à l'honneur et à la dignité du chef d'Etat djiboutien, et qu'elles n'ont pas pris toutes les mesures nécessaires pour protéger son immunité de juridiction et sa personne pendant ses visites dans leur pays. Par conséquent, la Cour aurait dû demander à la France de faire cesser le fait illicite en annulant les deux convocations à témoigner adressées au chef d'Etat djiboutien et d'offrir à Djibouti des excuses et des garanties tendant, à l'avenir, à la non-répétition des atteintes à l'honneur et à la dignité de son chef d'Etat.

56. En conclusion, j'estime que l'étendue de la violation par la France de la convention d'entraide judiciaire en matière pénale était beaucoup plus large que celle reconnue par la Cour dans le présent arrêt. Je considère par ailleurs que la France a porté atteinte aux règles coutumières relatives à l'immunité, à l'inviolabilité, à l'honneur et à la dignité du chef de l'Etat djiboutien et que la Cour aurait dû, non seulement dans ses motifs, mais aussi dans son dispositif, lui enjoindre de formuler des excuses publiques.

(Signé) Abdulqawi A. YUSUF.

pass the Djiboutian Head of State. The French press (*L'Express*, *Le Monde* and AFP) attributed the origin of the information on the summons served on the Djiboutian Head of State to "legal sources", even before the letter from the French Ministry of Foreign Affairs had been sent to the Embassy of Djibouti in Paris. This shows that deliberate leaks about a summons covered by the confidentiality of the investigation had been well and truly orchestrated in order to attack the honour and dignity of the Djiboutian Head of State and lead the public to believe that he was involved in one way or another in the death of Judge Borrel.

55. All these factors demonstrate that the French authorities did indeed attack the honour and dignity of the Djiboutian Head of State and did not take all necessary steps to protect his immunity from jurisdiction and his person during his visits to France. Consequently the Court should have called upon France to put an end to the unlawful act by cancelling both witness summonses addressed to the Djiboutian Head of State and to offer Djibouti apologies and guarantees seeking to avoid a repetition of the attacks on the honour and dignity of its Head of State in the future.

56. In conclusion, I take the view that the violation by France of the Convention on Mutual Assistance in Criminal Matters was much more extensive than was recognized by the Court in the present Judgment. Furthermore, I consider that France has infringed customary rules relating to the immunity, inviolability, honour and dignity of the Djiboutian Head of State and that the Court should have required France to offer public apologies, both in its reasons and in the operative part of the Judgment.

(Signed) Abdulqawi A. YUSUF.
