

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

«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 Vihear* (*Cambodge c. Thaïlande*), fond, arrêt, C.I.J. Recueil 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-

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-

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*.

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

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-

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

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

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

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

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'INVIOIABILITÉ 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 :

«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.»

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

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.

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-

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.