

**DJF**

CR 2008/3 (translation)

CR 2008/3 (traduction)

Tuesday 22 January 2008 at 3 p.m.

Mardi 22 janvier 2008 à 15 heures

8 The PRESIDENT: Please be seated. The sitting is open. The Court meets this afternoon to hear the end of the first round of oral pleadings of the Republic of Djibouti. In accordance with the provisions relating to the organization of the proceedings decided on by the Court, Djibouti will have a maximum of an hour and a half for this purpose. I now give the floor to Professor Condorelli.

Mr. CONDORELLI:

**THE VIOLATION BY FRANCE OF THE OBLIGATION TO PREVENT ATTACKS ON THE PERSON,  
FREEDOM OR DIGNITY OF AN INTERNATIONALLY PROTECTED PERSON:  
THE CASES OF THE STATE PROSECUTOR OF THE REPUBLIC OF  
DJIBOUTI AND OF THE HEAD OF NATIONAL SECURITY**

**2. The case of the State Prosecutor of the Republic of Djibouti**

7. Madam President, after these introductory remarks, I am going to set out before the Court the case of the State Prosecutor of the Republic of Djibouti. The first element requiring explanation in this connection relates to what his duties are in the Djiboutian national legal order. There is no denying — as observed by the Counter-Memorial moreover — that his duties are “essentially internal”<sup>1</sup>. He is the senior justice in the Prosecutor’s Office of the Republic, and is responsible for it. However, it should immediately be emphasized that “essentially” in no way means “exclusively”: far from it, as we will see in a moment. Also, the fact that the duties of the State Prosecutor of the Republic are predominantly internal in no way prejudices the question whether, in international law, he should be regarded as enjoying a form of professional immunity for the acts he performs in an official capacity.

9 8. With respect to the first aspect, I would like to ask the Court to consult Annex 9 in the list of additional documents filed by the Applicant on 21 November 2007. This Annex gives an outline, with examples, of the number, importance and range of the official international missions frequently entrusted to the State Prosecutor, obliging him constantly to travel abroad. It should also be added that the State Prosecutor of the Republic often has to travel on mission to France, in connection with the intense bilateral co-operation required for implementation of the international

---

<sup>1</sup>CMF, p. 54, para. 4.32.

assistance laid down by the Franco-Djiboutian Convention of 1986, which we have discussed with you at length today.

9. Incidentally, on this topic, the Applicant carefully notes what the Respondent very explicitly admits in its Counter-Memorial<sup>2</sup>: France acknowledges that (regardless of the outcome of this dispute), when on official missions, the State Prosecutor, according to the relevant principles of international law, must fully enjoy all the immunities necessary for members of special missions to enable them to perform their duties unimpeded. It therefore goes without saying that, if the mission is on French territory, France is subject to the obligation to adopt all necessary measures to guarantee the State Prosecutor of the Republic full enjoyment of the immunities concerned for the duration of that mission.

10. As regards the second aspect, relating to the question of professional immunity covering the acts performed by an organ of State acting in an official capacity, both the Djiboutian senior officials concerned can usefully be dealt with together. Firstly, where the State Prosecutor is concerned, it needs to be clarified straight away which act the opening of the investigation for subornation of perjury — in connection with which both the summons to appear as a legally represented witness and the arrest warrant were drawn up — relates to. For the purposes of this oral pleading, one need only take note of the description of the act concerned — which allegedly constitutes the offence of subornation of perjury — as it appears in the Judgment of 27 September 2006 by the Versailles Court of Appeal. This Judgment is Annex VII of the Counter-Memorial: I would remind you that it concerns the Judgment I have already referred to, authorizing the issuing of arrest warrants against the State Prosecutor and the Head of National Security.

**10** 11. The Judgment of the Versailles Court of Appeal indicates that the investigation opened would have provided evidence on pressure allegedly brought to bear by the State Prosecutor of the Republic on Mr. Alhoumekani, a witness described by the Court of Appeal as “crucial” in the case relating to the death of Judge Borrel. For the record, I would remind you that the individual concerned — as the Applicant’s Agent said yesterday in his introduction — is today a minister in the so-called “Government in exile” of Djibouti, whereas he was previously an officer in the

---

<sup>2</sup>CMF, p. 59, para. 4.34.

Djiboutian presidential guard. The alleged pressure on Mr. Alhoumekani supposedly dates back to 2002 in Brussels<sup>3</sup>. In other words, the State Prosecutor of the Republic, having travelled to Belgium to meet Mr. Alhoumekani, allegedly endeavoured to force him to modify or retract his previous statement during those contacts.

12. Allow me, if you will, Madam President, to draw the attention of the Court to the undisputed factual information we have just gleaned. The judicial investigation for subornation of perjury which is being conducted in France therefore essentially relates, where the State Prosecutor is concerned, to the pressure allegedly brought to bear on Belgian territory by a Djiboutian national on another Djiboutian national to get the latter to modify his statement regarding events that took place in Djibouti.

13. One could, it seems to me, raise serious questions about this kind of peculiar universal jurisdiction, which is quite excessive at first sight, and which would enable a French criminal court to exercise its authority to prosecute a foreigner accused of offences manifestly unrelated to international crimes, which were allegedly committed abroad, against a victim, who was also foreign and was allegedly implicated in events also said to have happened abroad! Incidentally, your Court ought perhaps to take note, in this connection, of an interesting document included in the annexes submitted by the Applicant on 21 November 2007, which the Agent of Djibouti has already had occasion to quote, and which curiously points in the opposite direction: this is the decision not to proceed of 7 February 2002 issued by an investigating judge at the Paris *Tribunal de grande instance*, which finds that French courts lack jurisdiction to entertain the offence of false testimony with which Mr. Alhoumekani is charged, precisely because “the offence . . . had been committed [in Belgium] by a Djiboutian national against two of his compatriots”<sup>4</sup>. In short, when, for the same act, Mr. Alhoumekani is accused of false testimony, the French court declares that it lacks jurisdiction, yet when it is he, in other words the civil party, who claims to be a victim of subornation of perjury, the French court goes so far as to issue arrest warrants against those alleged to be guilty of subornation of perjury . . . That is an impressive example of double standards!

11

---

<sup>3</sup>CMF, Ann. VII, p. 12.

<sup>4</sup>Decision not to proceed, Paris *Tribunal de grande instance*, 7 February 2002, documents submitted to the Court, 21 November 2007, Ann. 8, pp. 51-53.

Le PRESIDENT : Monsieur Condorelli, pourriez-vous parler un peu plus lentement pour permettre à ceux qui suivent l'interprétation en anglais de ne rien manquer de votre exposé ?  
Merci.

Mr. CONDORELLI:

14. Let us return to the judicial investigation for subornation of perjury opened against the State Prosecutor and to the questions one is entitled to raise in this connection regarding the excessive scope of the jurisdiction of the French court which is hearing these proceedings. I cannot resist quoting a sentence taken from the joint separate opinion, appended to the Judgment of 2002 in the *Yerodia* case, by three judges of your Court, who stated the following: "It is . . . necessary that universal criminal jurisdiction be exercised only over those crimes regarded as the most heinous by the international community" (*Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium)*, *Judgment, I.C.J. Reports 2002*, p. 81, para. 60, joint separate opinion of Judges Higgins, Kooijmans and Buergenthal). You will probably share the view that subornation of perjury, if it ever actually took place, is certainly a criminally punishable act, but cannot be perceived as being of even remotely comparable gravity to genocide, to a crime against humanity or to a war crime!

15. A further relevant quotation, taken from the separate opinion of the President appended to the same Judgment:

12

"States primarily exercise their criminal jurisdiction on their own territory. In classic international law, they normally have jurisdiction in respect of an offence committed abroad only if the offender, or at least the victim, is of their nationality, or if the crime threatens their internal or external security. Additionally, they may exercise jurisdiction in cases of piracy and in the situations of subsidiary universal jurisdiction provided for by various conventions if the offender is present on their territory. But apart from these cases, international law does not accept universal jurisdiction; still less does it accept universal jurisdiction *in absentia*." (*Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium)*, *Judgment, I.C.J. Reports 2002*, p. 43-44, para. 16, separate opinion of Judge Guillaume).

16. I shall not say any more on this aspect. I merely wanted to express my surprise regarding a manner of proceeding whose conformity with the principles of international law, not to mention with the principles proclaimed in Article 113-6 of the French criminal code, could raise serious

questions . . . ! But I must not go any further, for I am aware that this question does not fall within the jurisdiction of the Court in the present case.

17. The question which, on the other hand, (as I showed yesterday) certainly is subject to the jurisdiction of the Court, namely the question of immunities, must be raised on the basis of a quite basic observation. No one could claim that the State Prosecutor travelled to Brussels for his own amusement and there happened to run into Mr. Alhoumekani while strolling about. On the contrary, it was indisputably in the full exercise of his official duties as State Prosecutor of the Republic of Djibouti that, following a meeting organized through Mr. Alhoumekani's lawyer via contacts with the *Palais de justice* in Djibouti, our senior Djiboutian official travelled there for a discussion with Mr. Alhoumekani in his lawyer's chambers and presence. In other words, here the central issue before your Court is whether France is entitled to make the State Prosecutor of the Republic of Djibouti subject to the jurisdiction of its criminal court, and to raise the issue of his personal criminal responsibility, in connection with conduct indisputably falling within the exercise of his official activities, performed by him in a third country, in his capacity as organ of a foreign State acting in an official capacity. As we will see in greater detail in a few moments, the reply can only be negative, the principle being that any State must regard the acts of the organ of a foreign State acting in an official capacity as attributable to that State, and not to the person possessing the status of organ, who cannot be held criminally liable for it as an individual.

### **3. The case of the Head of National Security of the Republic of Djibouti (HNSRD)**

18. Let us now turn, if we may, to the Head of National Security. The circumstances concerning him are in many ways similar to those of the Public Prosecutor, but there are also notable differences.

**13**

19. With respect to his functions, France is right to emphasize that, like those of the Public Prosecutor, they are "essentially internal". It is, however, necessary to add to the information provided on this matter by the Respondent in its Counter-Memorial<sup>5</sup>. While it is true that the Head of National Security acts as secretary to the National Defence Council of Djibouti, it should not be overlooked that he is also the head of the President's military private office and, in this respect, is

---

<sup>5</sup>CMF, p. 57, para. 4.32.

in charge of the State's armed forces, in particular the Presidential Guard; he is also the director of the external and internal intelligence services. For this information, reference can be made to Annex 10 of the list of documents produced by the Applicant on 21 November 2007. That same annex shows, moreover, that the Head of National Security is also very often required to travel on missions abroad to attend international meetings on various subjects, although the great majority of them are centred on co-operation between States in the fight against international terrorism. And it goes without saying that in regard to the Head of National Security also, the position that France, moreover, readily and explicitly admits (as I have previously noted) regarding all organs of State when travelling abroad, on behalf of their State and in connection with an official mission, namely that they benefit *pro tempore* from the necessary immunities in order to ensure the effective performance of the special missions assigned to them by their home State, must be acknowledged.

20. The major difference in relation to the situation concerning the Public Prosecutor, as brought to light by the judgment of the Versailles Court of Appeal which I have already cited, concerns the fact that the subornation of perjury took place in this instance in Djibouti itself, not in a third country. Between the end of 1999 and early 2000, the Head of National Security allegedly contacted one of his compatriots in Djibouti, Mr. Ifin (also now a member of the so-called "Government in Exile" of Djibouti, whereas he was, at the time, Head of the Presidential Guard), and induced him to give a false statement regarding events which he supposedly witnessed and declarations which he is said to have heard, which could have suggested that Mr. Borrel may have been murdered. In other words, everything is purely Djiboutian this time: both the suborner and the allegedly suborned person are Djiboutian; the place where the supposed subornation took place is in Djibouti; and the acts of which the allegedly suborned person, giving into pressure from the alleged suborner, is said either to have pretended to have knowledge or to have feigned ignorance, also occurred in Djibouti. In short, it appears that a judge in a French criminal court is in the process of exercising jurisdiction over a foreign citizen who is the alleged perpetrator of an offence committed, in his own country, upon a victim from that same country who is supposedly implicated in events which took place in that country. That is therefore also quite a surprising example of universal criminal jurisdiction; more universal even, so to speak, since this time there is not even a third country involved . . .

21. For the reasons to which I have only just alluded, I am not going to enter into further detail on the astonishing circumstances of this case. I will, however, end on one particular point: the judicial investigation into subornation of perjury being carried out in France against the Head of National Security and, in that connection, the summons for him to appear as a legally represented witness are clear manifestations of the exercise of jurisdiction by a judge in a French criminal court over the Head of National Security, in relation to acts carried out inside the territory of Djibouti vis-à-vis the Head of the Presidential Guard by the latter's superior. In short, it is quite clear that the Head of National Security was acting in the performance of his official duties, as a State organ responsible at the highest level for the security of the country and for command of the armed forces, by delegation from the Head of State. In this case, too, there is every reason to wonder whether France is not manifestly violating the principle that, as a general rule, any State must regard the acts of an organ of a foreign State acting in that capacity as attributable to that State, and not to the person enjoying the status of that organ, who cannot be held individually criminally liable for such conduct.

#### **4. The principles of international law applicable to the case**

22. Madam President, I have just defined the central question which the Applicant asks the Court concerning the violation by France of its obligations regarding the prevention of attacks on the person, freedom and dignity of internationally protected persons. It is high time that I now turn to a detailed analysis of the obligations concerned. The existence of such obligations is disputed by the Respondent, with the caveat, as I have already emphasized, of France's acknowledgment that, when travelling on official missions, on behalf of their State, both the Public Prosecutor and the Head of National Security benefit temporarily from those immunities granted to the members of special missions. In contrast, according to France's Counter-Memorial it is "in no way established that . . . [those persons] are covered by the immunity from jurisdiction that is enjoyed under customary international law by the Head of State, the Head of Government or the Minister for Foreign Affairs"<sup>6</sup>.

15

---

<sup>6</sup>CMF, p. 59, para. 4.35.



23. But Madam President, Members of the Court, the Applicant has never once alleged anything quite as heretical! The Applicant also entirely rejects the idea that it can be claimed that persons enjoying the status of an organ of State, even of a high rank, benefit from personal immunity (also known as *ratione personae*) in any way comparable to that which international law accords to the highest organs of States. But that is not the issue: indeed, there can be no confusion between what is commonly known as personal immunity, or *ratione personae*, and functional immunity, or *ratione materiae*, which is the only category concerned in the present instance. It is regrettable that the Respondent has mixed up matters which ought in fact to be kept strictly separate. Nobody here asks the Court to acknowledge that, like a Head of State or a diplomatic agent, the Public Prosecutor and the Head of National Security should benefit for the duration of their appointments from immunity from jurisdiction and complete inviolability abroad, extending to their private acts. What Djibouti requests of the Court is to acknowledge that a State cannot regard a person enjoying the status of an organ of another State as individually criminally liable for acts carried out in that official capacity, that is to say in the performance of his duties. Such acts, indeed, are to be regarded in international law as attributable to the State on behalf of which the organ acted and not to the individual acting as that organ.

24. The Respondent cannot overlook the fact that if one consults the writings of reputed experts who have analysed the subject, one is struck by the conclusion that the vast majority of them have the same point of view. From Kelsen and Fox to Morelli<sup>7</sup> and Quadri<sup>8</sup>, Dahm<sup>9</sup>, Bothe<sup>10</sup>, Akehurst<sup>11</sup>, Cassese<sup>12</sup> and still many more<sup>13</sup>, all are convinced of the existence of a principle of international law stipulating that organs of a State benefit from immunity from the

16

---

<sup>7</sup>Morelli, *Diritto processuale civile internazionale*, Padua, 1954, p. 201.

<sup>8</sup>Quadri, *Diritto internazionale pubblico*, Naples, 1968, pp. 614 *et seq.*

<sup>9</sup>Dahm, *Voelkerrecht*, Vol. I, Stuttgart, 1958, pp. 225, 303 *et seq.*

<sup>10</sup>Bothe, "Die staftrechtliche Immunitaet fremder Staatsorgane", in *Zeitschrift fuer auslaendisches oeffentliches Recht und Voelkerrecht*, 1971, p. 246.

<sup>11</sup>Akehurst, "Jurisdiction in International Law", in *British Year Book of International Law*, 1972-1973, pp. 241 *et seq.*

<sup>12</sup>Cassese, *International Law*, Oxford, 2003, pp. 110 *et seq.*

<sup>13</sup>See, for example, Van Panhuys, "In the Borderline between the Act of State Doctrine and Questions of Jurisdictional Immunity", in *International and Comparative Law Quarterly*, 1964, p. 1202; Verdross, Simma, *Universelles Voelkerrecht*, 3rd ed., Berlin, 1984, p. 773; Wickremasinghe, "Immunities Enjoyed by Officials of States and International Organizations", in Evans (ed.), *International Law*, Oxford, 2003, pp. 388-391, 403-404.

jurisdiction of foreign States for acts carried out in the performance of that function. That, in any case, is the general rule, subject to certain exceptions; those exceptions, however, are of no relevance to the present dispute. Thus, for example, it is very broadly recognized that the principle does not apply in the event of war crimes, espionage or sabotage perpetrated abroad.

25. But let us return to the rule. Here, for example, is what a grand master like Hans Kelsen wrote in 1952:

«[L]e principe selon lequel aucun Etat ne peut exercer sa juridiction sur un autre Etat doit être interprété comme signifiant qu'un Etat ne doit pas exercer sa juridiction à travers ses propres tribunaux sur les actes d'un autre Etat à moins que celui-ci n'y consente. En conséquence, le principe ne s'applique pas seulement lorsqu'un Etat en tant que tel est traduit devant un tribunal d'un autre Etat, mais aussi lorsque l'individu est le défendeur ou l'accusé et que le délit civil ou pénal pour lequel l'individu est poursuivi revêt le caractère d'un acte de puissance publique. Le délit doit alors être imputé à l'Etat et non à l'individu.»<sup>14</sup>

26. And this is what Hazel Fox, a recognized specialist on the subject, writes 50 years later:

«Une action intentée contre un individu assimilé à un Etat étranger et agissant au nom de celui-ci équivaut pratiquement à une action intentée à l'autorité souveraine elle-même. Autoriser une action contre une personne agissant de la sorte permettrait indirectement au plaideur de tourner l'immunité accordée à l'Etat qu'elle représente.»<sup>15</sup>

27. I do not think that it is necessary to add to my list of quotations. I will just limit myself to two examples of case law. The first concerns the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia, which gave the following opinion in the *Blaškić* case:

17

«[Chaque Etat] est en droit d'exiger que les actes ou opérations accomplis par l'un de ses organes agissant ès qualités soient imputés à l'Etat, si bien que l'organe en question ne peut être tenu de répondre de ces actes ou opérations. La règle générale en cause est bien établie en droit international et repose sur l'égalité souveraine des Etats (*par in parem non habet imperium*).»<sup>16</sup>

28. The most recent opinion given by the Swiss Federal Court in the *Adamov* case also warrants quotation:

«L'immunité en droit international public devrait notamment empêcher un Etat de limiter la souveraineté d'un autre Etat en étendant sa compétence pour qu'elle soit applicable aux actes souverain du second Etat et à ses organes.»<sup>17</sup>

---

<sup>14</sup>Kelsen, *Principles of International Law*, London, 1952, p. 235.

<sup>15</sup>Fox, *The Law of State Immunity*, Oxford, 2002, p. 353.

<sup>16</sup>*Prosecutor v. Blaškić*, Appeals Chamber, 29 October 1997, paras. 41-42.

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

29. I spoke of a distinct majority of opinions, Madam President, not of a unanimous opinion. Indeed, it must be admitted that there is the occasional dissenting view in legal literature<sup>18</sup>. There are above all trends in practice which indicate that some States have refused to regard themselves as bound in all circumstances by the obligation not to place the organs of foreign States having acted in that capacity under the jurisdiction of their criminal courts. However, a quick review of the type of situations concerned by those trends is all it takes to show that there can be no doubt about the full applicability of the principle in question to the case before us.

30. Thus there is almost no point in recalling the great and ongoing debate as to whether functional immunity or immunity *ratione materiae* has any effect in the event of *core crimes*, that is to say the most serious crimes to affect the international community as a whole: genocide, crimes against humanity, war crimes, torture, slavery, human trafficking, etc. Not relevant in the present case, of course. The same undoubtedly applies to unauthorized incursions by an organ of one State into the territory of another, with some States, as we know, taking the view that, in such cases, the intruding foreign organ could fall within the jurisdiction of the territorial State. It is equally irrelevant that some States have taken the view that they can refer to their criminal courts organs of foreign States which have perpetrated serious crimes under ordinary law (homicide, arson and so on) on behalf of their home State, when present in the territory of the former State, as happened in the *Rainbow Warrior* case.

**18**

31. I think, Madam President, that I need say no more to support the following submission. The Applicant requests the Court to adjudge and declare that by summoning as legally represented witnesses and by issuing arrest warrants for the Public Prosecutor of the Republic of Djibouti and the Head of National Security of the Republic of Djibouti, France violated and continues to violate its obligations towards the Republic of Djibouti with respect to the prevention of attacks on the person, dignity and freedom of internationally protected persons.

I have finished. I thank you for your attention and kindly ask you, Madam President, to give the floor to Mr. Phon van den Biesen.

The PRESIDENT: Thank you, Professor. J'appelle maintenant Maître van den Biesen.

---

<sup>18</sup>For example, De Sena, *Diritto internazionale e immunità funzionali degli organi statali*, Milan, 1966.

## REMÈDES DEMANDÉS

### Remarques liminaires

1. Madame le président, Messieurs de la Cour, lors des deux audiences précédentes, nous avons établi et plus amplement démontré que la République française avait effectivement manqué aux obligations qui lui incombent en vertu de la convention d'entraide judiciaire en matière pénale de 1986 et du traité d'amitié et de coopération de 1977 et qu'elle avait indûment porté atteinte à l'immunité du chef de l'Etat djiboutien et à celle du procureur général et du chef de la sécurité nationale de ce pays. Il convient donc à présent d'examiner les conséquences juridiques de ces faits.

2. En substance, Djibouti souhaite, comme il a été dit lors des audiences précédentes, que la Cour demande au défendeur de se conformer pleinement à toutes ses obligations, à remédier aux conséquences des violations commises, à cesser son comportement illicite tout en s'engageant à ce que cela ne se reproduise pas. Bien que Djibouti ait, dans ses écritures, formulé une demande d'indemnisation, il a finalement décidé de ne pas entraver une possible résolution constructive des questions en cause par un débat conflictuel sur une compensation financière. Djibouti renonce donc à ses demandes financières.

19 3. Il ne semble pas exister de grande divergence de vues entre les Parties au sujet de la compétence — en tant que telle — de la Cour pour se prononcer sur la question des remèdes et, éventuellement condamner la France. Djibouti invoque la jurisprudence pertinente, au paragraphe 157 de son mémoire, et le défendeur ne semble pas y voir d'objections. De même, les parties semblent largement s'accorder sur le droit applicable.

4. En revanche, dans l'hypothèse où la Cour approuverait le point de vue de Djibouti selon lequel la République française a bel et bien commis les violations du droit international qui lui sont imputées et que cela engage sa responsabilité internationale<sup>19</sup>, il semble exister un désaccord quasi-total entre les Parties sur la nature des remèdes appropriés en l'espèce.

5. Là encore, le défendeur manifeste une tendance à interpréter le droit d'une manière qui le prive de tout effet concret. Djibouti, quant à lui, part du principe que le droit est censé produire des

---

<sup>19</sup> Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa 53<sup>e</sup> session, 23 avril au 1<sup>er</sup> juin, 2 juillet au 10 août 2001. Chapitres sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite, article 1, Nations Unies, doc. A/56/10, p. 61.

résultats effectifs dans la réalité, ce d'autant plus que des violations du droit ont été commises. Djibouti estime également qu'examiner le droit dans une affaire portée devant la Cour internationale de Justice ne revient pas à se livrer à un exercice purement théorique ou à un débat abstrait, mais à parvenir en permanence — si des violations du droit sont établies par la Cour — à un résultat concluant visant à mettre fin à ces violations et à réparer les préjudices causés.

6. Dans cette partie de notre plaidoirie, je m'attarderai sur les arguments précédemment invoqués par Djibouti au chapitre IV de son mémoire et, par la même occasion, je répondrai aux objections formulées par la République française à l'encontre de notre position.

### **Le dossier Borrel tel que demandé**

7. Etant donné que nous examinons la demande de Djibouti visant à ce que la Cour déclare que le défendeur doit communiquer «le dossier Borrel» au demandeur, celui-ci souhaiterait préciser ce qu'il entend par «le» dossier.

8. De toute évidence, le demandeur n'a jamais eu le dossier entre les mains, mais il ressort clairement des diverses communications échangées entre les Parties qu'il est constitué d'une grande quantité de documents. Dans la demande initiale, le juge d'instruction djiboutien a réclamé ce qui suit : «Transmit to us a certified copy of the investigation at the *Tribunal de grande instance* in Paris, under investigating judge Sophie Clément, against X for the murder of Bernard Borrel»<sup>20</sup>.

20

9. Ainsi, il n'y a jamais eu de malentendu entre les Parties sur le sujet principal du dossier sollicité : l'information ouverte par le juge Clément contre X du chef d'assassinat sur la personne de Bernard Borrel.

10. Dans la lettre qu'il a adressée le 1<sup>er</sup> octobre 2004 à son homologue du ministère français des affaires étrangères, le directeur de cabinet du garde des sceaux français décrit ce dossier comme étant alors composé de 35 volumes<sup>21</sup>.

11. Il ressort de cette lettre que la France envisageait de transmettre des copies des pièces du dossier et non les originaux. Bien entendu, Djibouti s'attendait depuis le début à cette réponse et

---

<sup>20</sup> MD, annexe 20.

<sup>21</sup> *Ibid.*, annexe 18.

estime aujourd'hui que la transmission des copies certifiées conformes irait parfaitement dans le sens de la convention.

12. Le défendeur semble supposer que Djibouti souhaitait également recevoir d'autres documents au titre de la même demande. A la page 67 de son contre-mémoire, le défendeur mentionne l'existence de trois autres enquêtes pénales actuellement engagées dans le cadre de la mort du juge Borrel et précise que ces trois enquêtes ne peuvent être considérées comme étant rattachées à la présente affaire, dont est saisie la Cour. Djibouti est entièrement d'accord : la présente affaire ne porte que sur le dossier relatif à la mort de Bernard Borrel, actuellement instruit par le juge Clément.

13. Pour ce qui est des caractéristiques particulières du dossier sollicité, il convient de soulever un autre point : celui de la période sur laquelle porte la demande djiboutienne. Dans son mémoire, le demandeur affirme qu'il est évident qu'il ne serait pas amené à réitérer périodiquement sa demande d'entraide judiciaire visant la communication de ce dossier particulier. Cette affirmation repose sur l'idée que la nature même de l'entraide judiciaire implique que, dans une affaire donnée, les parties à la convention coopèrent — de manière constante — et s'entraident pour résoudre cette affaire. Si, par exemple, une demande d'entraide judiciaire était formulée relativement à l'audition de certains témoins, il va sans dire que les demandes de suivi afférentes à ces témoins ou à d'autres devraient prendre la forme d'une nouvelle commission rogatoire. Cependant, si une commission rogatoire a pour objet la communication d'un dossier qui est au cœur d'une enquête pénale menée dans les deux Etats, il va de soi que cette demande est continue et s'étend jusqu'au moment de la clôture de l'affaire.

21

14. Le défendeur s'est opposé à cette partie de la demande au motif que cela impliquerait qu'en y faisant droit, la Cour, au moment de prononcer son arrêt, rendrait une décision finale applicable à *tous* les documents qui seraient, par la suite, versés au dossier<sup>22</sup>. En l'espèce, le défendeur semble ne faire aucun cas du critère de bonne foi qui s'impose aux deux Parties<sup>23</sup>. Evidemment, l'on ne saurait exclure que des pièces, versées au dossier à un moment donné,

---

<sup>22</sup> CMF, p.68, par. 5.10.

<sup>23</sup> Phon van den Biesen, «the bilateral treaties applied to the facts of this case», exposé du 22 janvier 2008, p. 20-21, par. 78. M. Luigi Condorelli, «Principes et règles de la convention d'entraide judiciaire», plaidoirie du 22 janvier 2008, p. 16, par. 38.

pourraient inciter le défendeur à penser que l'une des exceptions visées à l'article 2 de la convention serait en jeu. Cependant, dans ce cas précis, il conviendrait que le défendeur s'en remette au principe de la bonne foi. Ce n'est que si ce principe ne se révélait pas satisfaisant que le défendeur pourrait poursuivre sa démarche et envisager d'avoir recours à l'une des exceptions prévues à l'article 2. Les Parties doivent donc agir de bonne foi et en parfaite conformité avec l'article 17 et avec la lettre et l'esprit de la convention dans son ensemble.

### **Maintien du devoir d'exécution**

15. Djibouti a fait savoir on ne peut plus clairement aux autorités françaises qu'il ne cherchait pas à voir se détériorer davantage leurs relations mutuelles. Il n'envisage pas non plus de dénoncer la convention de 1986 ou le traité d'amitié de 1977. Djibouti continuera d'honorer les obligations qui découlent, pour lui, de ces instruments et attend de la République française qu'elle fasse de même.

16. En réalité, il ne saurait faire de doute que la République française reste pleinement liée par les obligations découlant pour elle de ces deux traités. Et ce, non seulement parce que les obligations demeurent, en dépit de leur violation par le défendeur, mais également parce que, selon le défendeur, rien n'a changé, puisque la République française considère comme licite au regard de ces deux traités son refus de transmettre le dossier Borrel. Il en va de même, *mutatis mutandis*, des obligations internationales incombant au défendeur en ce qui concerne les immunités en cause en l'espèce.

**22**

17. L'existence d'une telle continuité est aussi clairement énoncée à l'article 29 des articles sur la responsabilité de l'Etat, qui dispose : «Les conséquences juridiques d'un fait internationalement illicite prévues dans la présente partie n'affectent pas le maintien du devoir de l'Etat responsable d'exécuter l'obligation violée.»<sup>24</sup>

Dans son commentaire sur cet article, la Commission du droit international fait observer ceci :

«Par suite du fait internationalement illicite, un nouvel ensemble de relations juridiques est établi entre l'Etat responsable et l'Etat ou les Etats auxquels l'obligation internationale est due. Cela ne signifie pas que la relation juridique préexistante

---

<sup>24</sup> Commission du droit international, article 29 des articles de la Commission du droit international sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite, rapport de la CDI sur les travaux de sa 53<sup>e</sup> session, 23 avril-1<sup>er</sup> juin et 2 juillet-10 août 2001, Nations Unies, doc. A/56/10, p. 231.

établie par l'obligation primaire disparaît. Même si l'Etat responsable respecte l'obligation prévue dans la deuxième partie de mettre fin au comportement illicite et de réparer intégralement le préjudice causé, il n'est pas dispensé de ce fait de son devoir d'exécuter l'obligation qu'il a violée.»<sup>25</sup>

Il convient de réaffirmer ce principe, en soi relativement évident, compte tenu de la nature continue et/ou répétée des violations commises par la France. De toute évidence, les remèdes prendront de ce fait la forme de demandes tendant à obtenir la cessation ou des assurances et garanties de non-répétition.

### **Cessation**

18. Ainsi que nous l'avons évoqué ce matin, les deux Etats parties à la convention de 1986 ont, en vertu de son article premier, accepté l'obligation de s'accorder mutuellement l'entraide judiciaire la plus large possible en matière pénale. En principe, cette obligation intervient en réponse à une demande d'aide de caractère continu. Elle n'est levée que lorsqu'il est établi que l'une des exceptions prévues à l'article 2 trouve à s'appliquer. Nous avons également démontré que les faits dont nous disposons ne justifient pas que le défendeur se prévale de l'exception énoncée à l'article 2 c). Nous avons en outre démontré qu'aucun autre motif ne pouvait valablement être invoqué pour justifier la non-exécution de la commission rogatoire internationale décernée par Djibouti le 3 novembre 2004. Autrement dit, en ce qui concerne le dossier Borrel, Djibouti continue d'être privé des prérogatives qui sont les siennes en vertu de la convention. Le défendeur doit faire cesser cette situation. En l'espèce, la meilleure manière de le faire consiste à transmettre immédiatement le dossier Borrel aux autorités djiboutiennes.

23

19. Ainsi que noté par le juge Keith, dans son opinion individuelle en l'affaire du *Rainbow Warrior*<sup>26</sup>, et par la Commission du droit international, il n'est pas toujours possible de savoir avec certitude si tel ou tel remède doit être classé dans la catégorie «cessation» ou

---

<sup>25</sup> *Ibid.*, commentaire, par. 2, p. 231.

<sup>26</sup> Affaire du *Rainbow Warrior (Nouvelle Zélande c. France)*, 30 avril 1990, opinion individuelle du juge Kenneth Keith, 82 *ILR*, p. 584, par. 16. Le juge Keith y indiquait : «Pourrais-je simplement préciser que je ne suis pas certain, par exemple, de la validité de la distinction [entre cessation et restitution] dans la théorie et dans la pratique ?» [Traduction du Greffe.]



«réparation»<sup>27</sup>. Je répéterai donc cette demande, et la développerai, lorsque j'aborderai la question de la réparation.

20. La cessation vaut aussi en ce qui concerne les autres violations qui sont en cause en l'espèce : le non-respect de l'immunité du président de Djibouti ainsi que le non-respect de l'immunité du procureur général et du chef de la sécurité nationale de Djibouti.

21. En ce qui concerne le président, la République française a clairement fait montre, à travers les actes de ses organes, y compris ceux de son pouvoir judiciaire, d'une certaine constance dans le non-respect. Outre que la convocation à témoin du 17 mai 2005 n'a jamais été annulée, et qu'aucune excuse n'a jamais été présentée, le même genre de démarche a été entrepris par le même juge d'instruction, qui, le 14 février 2007, a de nouveau pris des mesures devant lui permettre d'entendre le président, en personne, en qualité de témoin en l'affaire *Borrel*. S'il semble que le juge d'instruction ne soit pas parvenu à ses fins, la justice française a apparemment réussi — plus ou moins immédiatement — à faire paraître l'information dans les médias nationaux. Là encore, il n'y a eu aucune excuse officielle de la part de la France.

22. Il est clair que le défendeur doit mettre fin et renoncer à ce comportement continu. Il est également clair que la France doit se le voir ordonner par la Cour. La Commission du droit international a relevé que l'alinéa *a*) de l'article 30 ne se rapportait pas seulement aux faits illicites de caractère continu, mais valait également dans le cas de violations commises en plusieurs occasions<sup>28</sup>. L'épisode de février 2007 montre que les violations ne se limitaient pas à un incident unique, et apporte une nouvelle preuve de la nécessité d'une décision tendant à ce que le défendeur cesse ces violations.

24

23. Le non-respect de l'immunité des deux hauts fonctionnaires se poursuit *à ce jour*, le défendeur soutenant expressément qu'il est fondé à les traiter comme il le fait. Ici aussi, il est clair que le défendeur doit mettre fin à ce comportement continu. Il va de soi que l'annulation des deux mandats d'arrêt, par les voies appropriées, constituerait la forme de cessation la plus adaptée. Là encore, il convient de noter que la frontière entre cessation et réparation paraît mince et que

---

<sup>27</sup> Commission du droit international, commentaire de l'article 30 des articles sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite, par. 7-8, rapport de la CDI sur les travaux de sa 53<sup>e</sup> session, 23 avril-1<sup>er</sup> juin et 2 juillet-10 août 2001, Nations Unies Doc. A/56/10, p. 235-236.

<sup>28</sup> Articles de la CDI, *op. cit.*, article 30, commentaire, p. 233-234, par. 3.

l'annulation des mandats d'arrêt pourrait aussi être qualifiée de «réparation». Aussi y reviendrons-nous lorsque nous évoquerons cette question.

### **Assurances et garanties de non-répétition**

24. Il ne saurait faire aucun doute que le demandeur est en droit de réclamer des assurances et garanties de non-répétition, et que ces demandes, en tant que telles, sont recevables. La Cour a réaffirmé ce principe dans l'arrêt rendu en 2002 en l'affaire *Cameroun c. Nigéria* :

«Le Cameroun demande cependant à la Cour non seulement qu'il soit mis fin à la présence tant administrative que militaire du Nigeria en territoire camerounais, mais encore que des garanties de non-répétition lui soient données pour l'avenir. De telles conclusions sont certes recevables.» (*Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria (Cameroun c. Nigéria; Guinée équatoriale (intervenant))*, arrêt, C.I.J. Recueil 2002, p. 452, par. 318.)<sup>29</sup>

25. Le demandeur a indiqué dans son mémoire que les assurances et garanties de non-répétition demandées étaient strictement limitées aux questions en jeu dans la présente espèce<sup>30</sup>. Autrement dit, Djibouti n'entend pas obtenir des assurances et garanties couvrant, *en général*, la conduite du défendeur relative aux commissions rogatoires demandées par Djibouti et relative à l'immunité de représentants du service public de Djibouti. Au contraire, les demandes de Djibouti sont axées, *en particulier*, sur la conduite du défendeur en l'espèce. Par suite, Djibouti n'a nul besoin d'établir une pratique générale de violation qui dépasserait l'affaire portée devant la Cour aujourd'hui, contrairement à ce que celle-ci avait prescrit en l'affaire *Avena (Avena et autres ressortissants mexicains (Mexique c. Etats-Unis d'Amérique))*, arrêt, C.I.J. Recueil 2004, p. 60, par. 149). Dans le même temps, Djibouti a démontré l'illicéité continue de la conduite du défendeur en l'espèce.

26. Ainsi que cela est énoncé à l'article 30 b) des articles sur la responsabilité de l'Etat, ce n'est que «si les circonstances l'exigent»<sup>31</sup> que des assurances et garanties doivent être offertes. Le défendeur ne semblant pas douter un seul instant que l'on puisse répondre à une demande de

---

<sup>29</sup> En prévision du français, nous devrions probablement examiner cette question à la lumière de l'affaire *Avena (Avena et autres ressortissants mexicains (Mexique c. Etats-Unis d'Amérique))*, arrêt, C.I.J. Recueil 2004, p. 60, par. 149.)

<sup>30</sup> MD, p. 61, par. 169.

<sup>31</sup> Art. 30 b) des articles de la Commission du droit international sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite, rapport de la CDI sur les travaux de sa cinquante-troisième session, 23 avril-1<sup>er</sup> juin et 2 juillet-10 août 2001, Nations Unies, doc. A/56/10, p. 216.

commission rogatoire par une lettre de deux lignes se bornant à dire «non», il ne semble pas exagéré de prier la Cour d'enjoindre la République française d'offrir des assurances pour l'avenir et de préciser que, comme il en a été question ce matin, l'exécution de bonne foi de la convention exige à elle seule une réponse dûment motivée en lieu et place d'un simple «non», la convention de 1986 contenant même une disposition explicite à cet effet dans son article 17.

27. Toutefois, les assurances et garanties demandées par Djibouti ne se limitent pas à l'obligation de motiver le refus d'entraide. Ce matin, nous avons fait savoir que selon nous, l'expression «la plus large possible» contenue à l'article premier de la convention de 1986 concernait l'aspect pratique de l'obligation relative à l'entraide et non le principe de celle-ci. Nous avons démontré que la convention de 1986 ne prévoyait pas d'exceptions à l'obligation prescrite par l'article premier hormis celles visées à l'article 2. L'interprétation qu'en donne le défendeur dans son contre-mémoire du 13 juillet 2007 est, à cet égard, plutôt déconcertante ; partant, la Cour est fondée à ordonner au défendeur d'offrir les assurances et garanties qu'aucun refus ne sera dorénavant opposé aux demandes d'entraide formulées en vertu de la convention de 1986, à moins d'établir que l'une des exceptions visées à l'article 2 n'entre en jeu.

28. En outre, si le défendeur considère que l'une des exceptions de l'article 2 est en cause, il semble légitime d'interpréter ces dernières assurances et garanties comme signifiant que cette question sera réglée conformément au principe de bonne foi. Ainsi que M. Condorelli l'a montré<sup>32</sup>, au niveau de l'Union européenne, ce principe s'est traduit dans l'action commune relative aux bonnes pratiques d'entraide judiciaire en matière pénale<sup>33</sup>, dont les indications pourraient également s'appliquer à la relation entre Djibouti et la République française.

26

29. En ce qui concerne les atteintes à l'immunité, à l'honneur et à la dignité du président du défendeur et des deux hauts dirigeants de l'Etat djiboutien — atteintes illégales et répétées —, le défendeur n'a pas, à ce jour, donné à croire qu'il reconnaissait le caractère illicite de sa conduite, et encore moins pris l'engagement de s'abstenir d'une telle conduite à l'avenir. Madame le président, dans l'arrêt rendu en l'affaire *LaGrand*, la Cour a bien précisé, même après que le défendeur en

---

<sup>32</sup> CR 2008.2, p. 27, par. 38 (Condorelli).

<sup>33</sup> Action commune 98/427/JHA, action commune du 29 juin 1998 adoptée par le Conseil de l'Union européenne sur la base de l'article K.3 du traité sur l'Union européenne, relative aux bonnes pratiques d'entraide judiciaire en matière pénale, Journal officiel des Communautés européennes, L 191/1, 7.7.1998, p. 191-192, par. 3 d).

l'espèce eut donné des assurances générales, que le caractère particulier des violations justifiait des assurances plus spécifiques afin de s'assurer qu'elles seraient bien réelles (*LaGrand (Allemagne c. Etats-Unis d'Amérique)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2001, p. 513-514, par. 125). Si cela était justifié dans l'affaire *LaGrand*, il est clair que le demandeur en l'espèce est bien en droit de recevoir des assurances et garanties inconditionnelles relatives au respect de l'immunité, de l'honneur et de la dignité du chef d'Etat djiboutien et des deux hauts responsables de l'Etat.

## Réparations

### Observations relatives à la réparation intégrale

30. Djibouti et la France ne contestent pas qu'il est bien établi, en droit international, qu'un Etat responsable d'un fait internationalement illicite a l'obligation de réparer en totalité le préjudice causé<sup>34</sup>.

31. De même, le défendeur a indiqué dans son contre-mémoire que, s'agissant des mandats d'arrêt, *in abstracto*, il accepterait le type de remède accordé par la Cour dans l'affaire du *Mandat d'arrêt* (contre-mémoire, par. 5.13). Voici ce que la Cour avait décidé dans ce cas précis :

27

«La Cour

.....

*Dit que le Royaume de Belgique doit, par les moyens de son choix, mettre à néant le mandat d'arrêt du 11 avril 2000 et en informer les autorités auprès desquelles ce mandat a été diffusé.» (Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo c. Belgique), arrêt, C.I.J. Recueil 2002, p. 33, par. 78 3).*

32. La Cour a réaffirmé récemment, dans l'arrêt qu'elle a rendu en l'affaire *Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro*, que les termes employés quatre-vingt ans auparavant par la Cour permanente reflétaient effectivement le droit tel qu'il est :

«Le principe régissant le choix du mode de la réparation due à raison d'un acte internationalement illicite consiste, ainsi qu'énoncé par la Cour permanente de Justice internationale en l'affaire de l'*Usine de Chorzów*, en ceci que «la réparation doit, autant que possible, effacer toutes les conséquences de l'acte illicite et rétablir l'état qui aurait vraisemblablement existé si ledit acte n'avait pas été commis»»

---

<sup>34</sup> *Usine de Chorzów, compétence, 1927, C.P.J.I. série A n° 9, p. 21 ; Projet Gabčíkovo-Nagyymaros (Hongrie/Slovaquie), arrêt, C.I.J. Recueil 1997, p. 81, par. 152 ; Avena et autres ressortissants mexicains (Mexique c. Etats-Unis d'Amérique), mesures conservatoires, arrêt, C.I.J. Recueil 2004, p. 59, par. 119 ; Activités armées sur le territoire du Congo, arrêt, C.I.J. Recueil 2005, p. 82, par. 259 ; Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Yougoslavie), arrêt du 26 février 2007, par. 460 ; Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé, avis consultatif, C.I.J. Recueil 2004, p. 197-198, par. 151-152.*

(*Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro*), arrêt du 26 février 2007, par. 460.)

33. La plupart des demandes formulées par Djibouti en la présente espèce ont principalement pour but de rétablir la situation qui aurait existé en l'absence des faits illicites commis par le défendeur.

34. A l'évidence, en ce qui concerne la commission rogatoire internationale, un simple jugement déclaratoire de la Cour selon lequel la République française a violé l'obligation qui lui incombe en vertu de l'article premier *juncto* 3 de la convention ne saurait être considéré comme une «réparation intégrale», étant donné que Djibouti resterait sur sa faim en ce qui concerne le dossier Borrel. Comme Djibouti peut prétendre à une «réparation intégrale», cela nous mène alors à la même conclusion que celle à laquelle nous sommes parvenus en examinant la question de la cessation : Djibouti demande à la Cour de dire — sur la base de ce qui a été évoqué précédemment — que le défendeur doit transmettre le dossier Borrel à Djibouti dès que la Cour aura rendu son arrêt.

35. Si la «réparation intégrale» est l'objet du chapitre II des articles sur la responsabilité de l'Etat et si les termes «réparation intégrale» figurent au début de la disposition liminaire de ce chapitre — c'est-à-dire au début de l'article 34 —, les articles ne semblent pas indiquer clairement la catégorie dans laquelle se rangerait une «réparation intégrale» de ce type. Une décision de la Cour enjoignant au défendeur de *remplir* son engagement et son obligation de — en bref — transmettre le dossier Borrel, semble mieux correspondre à l'idée générale consistant à «effacer toutes les conséquences» qu'à l'une des trois formes de réparation énoncées à l'article 34 desdits articles : restitution, indemnisation et satisfaction<sup>35</sup>.

28

36. L'article 35 définit la «restitution» comme le «rétablissement de la situation qui existait avant que le fait illicite ne soit commis»<sup>36</sup>. Dans ces conditions, le «rétablissement» semble simplement constituer un retour en arrière, jusqu'au moment qui a précédé celui où la violation a été commise, alors que la réparation intégrale demandée par Djibouti à cet égard, c'est le respect, l'exécution, d'un engagement et d'un devoir qui — à tort, donc — n'ont pas encore été remplis.

---

<sup>35</sup> Commission du droit international, articles sur la responsabilité de l'Etat, *op. cit.*, art. 34, p. 235.

<sup>36</sup> *Id.*, art. 35, p. 237.

Dans son commentaire sur l'article 35, la Commission du droit international indique que la «restitution», telle que définie à l'article 35, devrait être interprétée de manière restrictive<sup>37</sup>. Il en découle que, à l'article 35, le «rétablissement de la situation qui existait avant que le fait illicite ne soit commis» ne recouvre pas celle «qui aurait existé si le fait illicite n'avait pas été commis».

37. L'article 36 des articles sur la responsabilité de l'Etat semble définir l'«indemnisation» exclusivement du point de vue financier, ce que confirme la Commission du droit international dans son commentaire au sujet de cette disposition. Manifestement, le fait d'être tenu, par un arrêt de la Cour, de remplir effectivement une obligation — dont la violation constitue le cœur du différend — n'est pas considéré comme valant indemnisation partielle *in natura*, laquelle, en la présente espèce, pourrait assurément consister en la transmission du dossier Borrel.

38. Dans le système desdits articles, la «satisfaction» constitue la seule forme de réparation susceptible de donner lieu à une «réparation intégrale» au sens de l'arrêt de l'*Usine de Chorzów*<sup>38</sup>. Il semble que, dans son commentaire sur cette disposition, la Commission du droit international voulait réserver la satisfaction à diverses sortes de réparation morale. La Cour internationale de Justice paraît toutefois avoir adopté une approche différente en l'affaire *Bosnie*. La Bosnie avait notamment prié la Cour de demander à la Serbie de s'acquitter des obligations conventionnelles pertinentes qui lui incombait et de transférer les personnes accusées de génocide au TPIY à La Haye. Ce que la Cour a effectivement fait. Voici une version abrégée du paragraphe 8 du dispositif de l'arrêt qu'elle a rendu dans cette affaire :

29

«8) par quatorze voix contre une,

*Décide* que la Serbie doit prendre immédiatement des mesures effectives pour s'acquitter pleinement de l'obligation qui lui incombe, en vertu de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide ... de transférer les personnes accusées de génocide...» (*Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro)*, arrêt du 26 février 2007, par. 471 8.)

Plus haut dans cet arrêt, la Cour avait déclaré ce qui suit :

«Des conclusions qu'elle a formulées ci-dessus sur la question de l'obligation de répression prévue par la Convention, il ressort clairement que la Cour tient pour établi que le défendeur doit encore, pour honorer les engagements qu'il a contractés

---

<sup>37</sup> *Id.*, art. 35, commentaire, par. 2, p. 238.

<sup>38</sup> *Ibid.*, art. 37, par.1; voir aussi art. 37, commentaire, par. 1 et art. 31, commentaire, par. 3.

aux termes des articles premier et VI de la convention sur le génocide, s'acquitter de certaines obligations en matière de transfert au TPIY de personnes accusées de génocide, notamment en ce qui concerne le général Ratko Mladić... La Cour inclura donc une déclaration ainsi libellée dans le dispositif du présent arrêt, déclaration constituant, selon elle, une *satisfaction appropriée*.» (*Ibid.*, par. 465 ; les italiques sont de moi.)

39. On doit en conclure que tout en pouvant être considérée comme un moyen d'obtenir une «satisfaction appropriée», cette partie des demandes de Djibouti appelle une réparation intégrale «au sens de l'arrêt de l'*Usine de Chorzów*».

40. La position du défendeur sur cette demande particulière de Djibouti est tout autre. Il a en effet déclaré que la Cour était loin de pouvoir ne serait-ce qu'envisager de faire droit à la demande tendant à la transmission du dossier Borrel. Voici ce qu'il affirme :

«However, France would emphasize that it seems impossible to it for the Court to order the handing over to the Applicant of the file requested, in whole or in part : this would mean the Court finding that it could act as a substitute for the French Republic in order to assess the latter's "essential interests", despite the clear terms of Article 2 (c) of the Convention on Mutual Assistance of 27 September 1986; that is hardly conceivable.»<sup>39</sup>

En d'autres termes, il est, pour le défendeur, exclu que la Cour décide que la République française doit, en vertu de l'article 3 de la convention, s'acquitter effectivement de son obligation d'exécuter la commission rogatoire qui lui a été adressée.

30

41. Lorsque Djibouti a, pour la première fois, laissé entendre qu'il envisageait de porter ce différend devant la CIJ, c'était dans l'espoir d'obtenir gain de cause sur le fond du différend : la transmission ou non du dossier. Djibouti n'a jamais envisagé de saisir la justice dans le seul but de se voir à nouveau opposer — pour toute réponse à sa requête — le refus de la France.

42. En outre, le défendeur se trompe tout à fait lorsqu'il prétend qu'en faisant droit aux demandes de Djibouti, la Cour se substituerait à la République française. Si elle devait rendre un arrêt favorable aux demandes de Djibouti, la Cour s'en tiendrait à ce qui lui a été demandé de faire : interpréter, dans un premier temps, le sens du droit pertinent, l'appliquer, dans un deuxième temps, aux faits en cause et, enfin, conclure que le défendeur n'est pas fondé à invoquer l'une quelconque des exceptions prévues à l'article 2 c) de la convention de 1986. En conséquence, le demandeur prie la Cour d'écarter, en des termes clairs, la thèse avancée par le défendeur.

---

<sup>39</sup> CMF, p. 70-71, par. 5.16.

43. Outre les divers aspects de la «réparation intégrale» que je viens d'évoquer, je voudrais faire plusieurs observations sur la restitution et la satisfaction.

### **Restitution**

44. Ce matin, nous avons présenté à la Cour les faits relatifs à la commission rogatoire, couvrant une période allant du 6 mai 2004 jusqu'à, environ, la fin juin 2005. Nous avons également démontré que le défendeur, par la voix du directeur de cabinet de son garde des sceaux, avait clairement et sans condition pris l'engagement de transmettre le dossier avant la fin du mois de février 2005 -- engagement qui, peu de temps après, a été confirmé par le ministère des affaires étrangères, dans son communiqué de presse du 29 janvier 2005, et qui a été répété ensuite par l'ambassadeur français à Djibouti<sup>40</sup>. Djibouti avait donc reçu une réponse officielle et affirmative des autorités françaises. Nous avons aussi démontré que le revirement manifeste du défendeur, attesté par la lettre du 6 juin 2005, était illicite, d'abord parce que la convention de 1986 ne prévoit pas la possibilité de changer ainsi de position alors qu'a déjà été communiqué à l'Etat à l'origine d'une demande de commission rogatoire internationale l'engagement d'y donner suite et, ensuite, et accessoirement, parce que le refus exprimé dans la lettre du 6 juin 2005 était en lui-même illicite. Au vu de la lettre du 6 juin, les demandes de Djibouti en l'espèce peuvent également être formulées en termes de retour au *statu quo ante* ou, autrement dit, en termes de restitution, telle que codifiée à l'article 35 des articles sur la responsabilité de l'Etat.

**31**

45. La restitution, en tant que moyen de rétablir le *statu quo ante*, vaut aussi en ce qui concerne les demandes portant sur la violation de l'immunité des deux hauts fonctionnaires, dont la situation est semblable à celle examinée par la Cour dans l'affaire du *Mandat d'arrêt (Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo c. Belgique), arrêt, C.I.J. Recueil 2002, p. 33, par. 78 3)*. Voir aussi, p. 32, par. 76). Elle supposerait donc d'annuler les convocations adressées le 8 septembre 2005 au procureur général et au chef de la sécurité nationale<sup>41</sup> et les mandats d'arrêt du 20 octobre 2006<sup>42</sup>. C'est là une condition indispensable compte tenu de la nature composite des actes en question.

---

<sup>40</sup> CME, annexe XI, p. 3 de l'arrêt de la cour d'appel de Paris.

<sup>41</sup> Documents additionnels soumis à la Cour par la République de Djibouti, lettre du 21 novembre 2007, annexe 11, p. 102-103, 112-113.



46. A première vue, il pourrait paraître inutile que la Cour fasse de même en ce qui concerne la convocation à témoin adressée le 17 mai 2005 au président de Djibouti<sup>43</sup>. Toutefois, ainsi qu'indiqué hier, cette convocation n'a jamais été annulée. Le fait que le président l'ait — à bon droit — ignorée est punissable en tant qu'acte criminel en droit français, ainsi qu'il ressort clairement de la convocation à témoin adressée à Mme Foix<sup>44</sup>. Cela fait du président une personne soupçonnée d'une infraction pénale et dès lors justiciable devant les tribunaux français, qui pourraient donc tenter de lui appliquer les différentes procédures prévues par le droit pénal français. Le demandeur ne juge pas nécessaire d'expliquer plus avant pourquoi un remède efficace à cette situation s'impose. Voilà pourquoi Djibouti, dans ses conclusions finales, prie également la Cour de déclarer nulle et non avenue cette convocation à témoin datée du 17 mai 2005.

47. Il va de soi qu'un arrêt de la Cour indiquant que le défendeur doit transmettre à Djibouti le dossier Borrel et annuler la convocation à témoin adressée à son président le 17 mai 2005, et qu'il doit en outre annuler les convocations et les mandats d'arrêt qui pèsent sur les deux hauts fonctionnaires, impliquera une décision sur l'illicéité de la conduite du défendeur à ces égards.

**32** Une telle décision offrirait également, en tant que telle, un degré appréciable de satisfaction. Il deviendrait ainsi nettement moins nécessaire d'avoir recours à la satisfaction en tant que moyen d'obtenir réparation intégrale.

48. Cependant, eu égard à la position du demandeur selon laquelle, en la présente affaire, le dommage subi n'est pas financièrement quantifiable mais moral ou immatériel, la satisfaction entre en ligne de compte aux fins de l'obtention d'une réparation intégrale. Ainsi que cela a été confirmé dans la sentence rendue en l'affaire du *Rainbow Warrior* :

«Il y a une habitude de longue date des Etats et des cours et tribunaux internationaux d'utiliser la satisfaction en tant que remède ou forme de réparation (au sens large du terme) pour les violations d'une obligation internationale. Cette habitude s'applique particulièrement aux cas de dommages moraux ou légaux du fait

---

<sup>42</sup> Mandats d'arrêt émis le 20 octobre 2006 à l'encontre de MM. Djama Souleiman Ali et Hassan Said, CMF, annexe VIII.

<sup>43</sup> MD, annexe 28.

<sup>44</sup> Documents additionnels soumis à la Cour par la République de Djibouti, lettre du 21 novembre 2007, convocation à témoin de Mme Geneviève Foix, 15 octobre 2007, annexe 7, p. 60 ; CR 2008/1, p. 38, par. 17-19 (van den Biesen).

direct d'un Etat, à l'inverse des cas de dommages aux personnes impliquant des responsabilités internationales.»<sup>45</sup>

49. Il va sans dire que s'engager tout d'abord à communiquer le dossier, avant de revenir sur cette décision et de dire «non» dans une lettre de deux lignes, puis — deux ans après — se justifier notamment en accusant Djibouti, sans preuve, de détournement de procédure, pour ensuite transformer cette accusation infondée en une justification de la violation de ses obligations devrait être considéré comme un comportement — comme un ensemble d'actes — non seulement illicite, mais ayant également causé un préjudice moral et juridique à l'Etat demandeur. De ce point de vue, un jugement déclaratoire constatant ces violations constituerait un remède adéquat, sous forme de satisfaction.

50. Il va également sans dire qu'adresser une convocation à témoin au président, sans ensuite l'annuler, ne pas présenter d'excuses publiques pour les actes du juge d'instruction — actes qui, en vertu du droit international, doivent être attribués à l'Etat défendeur —, laisser cela se reproduire plus ou moins à l'identique deux ans plus tard, ne présenter aucune excuse — formelle ou publique — en cette seconde occasion alors que les médias — apparemment informés par le pouvoir judiciaire de la République française — se font abondamment l'écho de cette seconde convocation à témoin, ne saurait seulement être considéré comme ayant causé un dommage sérieux à l'intégrité, à l'honneur et à la dignité du président de Djibouti, mais doit également être considéré comme ayant causé un dommage moral et juridique à l'Etat demandeur. De ce point de vue également, un jugement déclaratoire constatant ces violations constituerait un remède adéquat, sous forme de satisfaction.

**33**

51. Compte tenu de ces deux manquements, et même sans autre explication, il apparaît clairement qu'adresser des convocations et des mandats d'arrêt au procureur général et au chef de la sécurité nationale de Djibouti laisse accroire qu'une partie des dirigeants du pays sont impliqués dans la perpétration d'actes criminels, et ce bien que, dans le même temps, des porte-paroles officiels de la République française continuent d'indiquer que : «Contrary to what may have been written recently in certain newspapers, nothing in these documents points to the implication of the

---

<sup>45</sup> *Rainbow Warrior (Nouvelle Zélande/France)*, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XX, p. 217 (1990), p. 272-273, par. 122. Traduction RGDIP.

Djiboutian authorities.»<sup>46</sup> Ce comportement, ces actes, doivent eux aussi être considérés comme ayant causé un dommage moral et juridique à l'Etat demandeur. De ce point de vue également, un jugement déclaratoire constatant cette violation constituerait un remède adéquat, sous forme de satisfaction.

52. Le fait que ces trois manquements se soient tous produits dans le cadre de la même question accroît encore le dommage moral et/ou juridique directement causé à l'Etat demandeur. De ce point de vue, un jugement déclaratoire constatant cette violation constituerait un remède adéquat, sous forme de satisfaction.

53. Dans ce contexte, le remède que constituerait, sous forme de satisfaction, un jugement déclaratoire devrait, en la présente espèce, être considéré comme ayant deux fonctions différentes. La première correspondrait à une demande formulée «à titre subsidiaire», dans l'hypothèse où la Cour conviendrait que les violations alléguées par l'Etat demandeur ont bien été commises mais où il ne serait pas fait droit à d'autres formes de redressement demandées par ce dernier. Sa seconde fonction serait de compléter les autres demandes de Djibouti, dans la mesure où, en soi, faire droit à d'autres formes de redressement n'implique pas clairement que l'Etat défendeur a effectivement porté atteinte à l'intégrité morale et à la dignité de l'Etat demandeur.

34

54. Dans son deuxième rapport sur la responsabilité des Etats, le rapporteur spécial, M. Arangio-Ruiz, a établi une distinction entre le dommage moral causé à l'Etat en tant que tel et celui qu'il a subi par le biais d'un dommage moral causé aux personnes agissant en son nom<sup>47</sup>. En l'espèce, le demandeur limite ses demandes au titre du dommage moral à la première catégorie, c'est-à-dire au dommage moral causé à l'Etat en tant que tel.

55. Indépendamment de ce qui précède, il existe, en la présente affaire, une autre raison impérieuse de faire droit à la demande d'un jugement déclaratoire constatant le caractère illicite des actes commis par l'Etat défendeur. En la présente espèce, les deux Etats s'en remettent clairement à la Cour pour qu'elle les guide. C'est précisément dans cette perspective que les Parties en sont

---

<sup>46</sup> Communiqué de presse, déclaration du porte-parole du ministère des affaires étrangères, Paris, le 29 janvier 2005, annexe 22.

<sup>47</sup> Gaetano Arangio-Ruiz, rapporteur spécial de la Commission du droit international sur la responsabilité des Etats, *Deuxième rapport sur la responsabilité des Etats*, rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa 41<sup>e</sup> session, *Annuaire de la Commission du droit international*, 1989, vol. II (1), Nations Unies, doc. A/CN.4/425 & Corr. et Add. 1 & Corr. 1, p. 13-18.

venues à envisager de porter leur différend devant elle. En conséquence, un jugement déclaratoire tel que demandé par Djibouti, au-delà des autres demandes visant à obtenir une réparation effective et intégrale, fournirait aux deux Etats des lignes directrices claires quant à la manière de mener leurs relations bilatérales relativement aux questions qui sont au cœur de la présente espèce.

Nous en arrivons, Madame le président, au terme du premier tour de plaidoiries du demandeur, et je vous saurais gré de bien vouloir donner la parole à l'agent de Djibouti pour qu'il présente ses conclusions.

Le PRESIDENT : Je vous remercie, Monsieur van den Biesen. I give the floor to the agent M. Doualeh.

Mr. DOUALEH:

#### **CONCLUSIONS AND SUBMISSIONS OF THE REPUBLIC OF DJIBOUTI**

1. Madam President, Members of the Court, it is to me that the honour falls of presenting to the Court the conclusions and submissions of the Republic of Djibouti. With respect to the submissions, the Republic of Djibouti wishes to make them known to the Respondent as of the present phase of proceedings. The Republic of Djibouti is aware that, pursuant to the Rules of Court, final conclusions and submissions must officially be made at the end of the second round of oral argument. Nevertheless, out of courtesy towards the French Republic, it would like to present its submissions at this stage of proceedings. As a certain number of changes have been made to the submissions contained in the Memorial after analysis of France's Counter-Memorial, Djibouti is of the opinion that it would be advisable to make them known to France at present, so that the Respondent can put forward its observations during the first round of oral argument. I recall in this respect that the Republic of Djibouti indicated in the Application instituting proceedings that it reserved the right "to amend and supplement" its submissions.

35

2. Before specifically presenting the submissions of the Republic of Djibouti, allow me, Madam President, to say a few words in conclusion. A day and a half of intense oral argument has enabled the Republic of Djibouti to furnish the Court with an analytical description of the acts and conduct which lie at the origin of the dispute between the two Parties and to shed light on the

various violations of international law of which the French authorities have made themselves responsible. The French Republic has breached its obligations towards the Republic of Djibouti such as they result from the 1977 Treaty of Friendship and the 1986 Convention, *inter alia* by its unexpected refusal to execute the international letter rogatory dated 3 November 2004, despite repeated undertakings and assurances. Worse still, the violations of the 1977 Treaty and the 1986 Convention were accompanied by another series of internationally wrongful acts consisting of infringements of the principles of international comity and of the customary and conventional rules relating to immunities.

3. In the light of those serious and manifest breaches in contempt of the friendship and co-operation in good faith which should govern relations between Djibouti and France, the Republic of Djibouti is firmly convinced that a judgment of this Court covering most of the points raised in Djibouti's Application and Memorial would make a major contribution to relieving the tension in Franco-Djiboutian relations. Madam President, Members of the Court, during this last day and a half of presentations a number of subjects have been broached, some of which have required extremely exhaustive analysis to a greater extent than others. First, the issue of the jurisdiction of this honourable Court had to be clarified, before turning one after another to the essential matters of the *modus operandi* of the 1977 Treaty and of the 1986 Convention and the scope of immunities in the present case. The Republic of Djibouti hopes that the clarifications which it provided on the jurisdictional issues are such as to dispel any ambiguity on the subject. Consequently, it would like the Court to turn its attention to the core of the present dispute which, as we know, relates to three types of breach attributable to the French authorities. Allow me, Madam President, to recall them by way of the following submissions.

36

4. In view of those breaches and the reasons given in its pleadings, the Republic of Djibouti requests the Court to adjudge and declare:

1. that the French Republic has violated its obligations under the 1986 Convention:

- (i) by not acting upon its undertaking of 27 January 2005 to execute the letter rogatory addressed to it by the Republic of Djibouti dated 3 November 2003;

(ii) in the alternative, by not performing its obligation pursuant to Article 1 of the aforementioned Convention following its wrongful refusal given in the letter of 6 June 2005;

(iii) in the further alternative, by not performing its obligation pursuant to Article 1 of the aforementioned Convention following its wrongful refusal given in the letter of 31 May 2005;

2. that the French Republic shall immediately after the delivery of the Judgment by the Court:

(i) transmit the “Borrel file” in its entirety to the Republic of Djibouti;

(ii) in the alternative, transmit the “Borrel file” to the Republic of Djibouti within the terms and conditions determined by the Court;

3. that the French Republic has violated its obligation pursuant to the principles of customary and general international law not to attack the immunity, honour and dignity of the President of the Republic of Djibouti:

(i) by issuing a witness summons to the President of the Republic of Djibouti on 17 May 2005;

(ii) by repeating such attack or by attempting to repeat such attack on 14 February 2007;

(iii) by making both summonses public by immediately circulating the information to the French media;

(iv) by not responding appropriately to the two letters of protest from the Ambassador of the Republic of Djibouti in Paris dated 18 May 2005 and 14 February 2007 respectively;

**37** 4. that the French Republic has violated its obligation pursuant to the principles of customary and general international law to prevent attacks on the immunity, honour and dignity of the President of the Republic of Djibouti;

5. that the French Republic shall immediately after the delivery of the Judgment by the Court withdraw the witness summons dated 17 May 2005 and declare it null and void;

6. that the French Republic has violated its obligation pursuant to the principles of customary and general international law not to attack the person, freedom and honour of the Public Prosecutor of the Republic of Djibouti and the Head of National Security of Djibouti;

7. that the French Republic has violated its obligation pursuant to the principles of customary and general international law to prevent attacks on the person, freedom and honour of the Public Prosecutor of the Republic of Djibouti and the Head of National Security of the Republic of Djibouti;
8. that the French Republic shall immediately after the delivery of the Judgment by the Court withdraw the summonses to attend as *témoins assistés* [legally represented witnesses] and the arrest warrants issued against the Public Prosecutor of the Republic of Djibouti and the Head of National Security of the Republic of Djibouti and declare them null and void;
9. that the French Republic by acting contrary to or by failing to act in accordance with Articles 1, 3, 4, 6 and 7 of the Treaty of Friendship and Co-operation of 1977 individually or collectively has violated the spirit and purpose of that Treaty, as well as the obligations deriving therefrom;
10. that the French Republic shall cease its wrongful conduct and abide strictly by the obligations incumbent on it in the future;
11. that the French Republic shall provide the Republic of Djibouti with specific assurances and guarantees of non-repetition of the wrongful acts complained of.

Madam President, Members of the Court, that brings us to the end of the first round of oral argument by the Republic of Djibouti. I thank you for your attention.

The PRESIDENT: Merci, Votre Excellence, pour vos remarques de conclusion.

**38**

That marks the end of the first round of oral argument by the Republic of Djibouti. The hearings will resume on Thursday 24 January at 3 p.m. for the first round of oral argument of the French Republic. I thank you. The Court now rises.

*The Court rose at 4.25 p.m.*

---