

DISCOURS PRONONCÉ PAR S. EXC. MME ROSALYN HIGGINS, PRÉSIDENT DE LA COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE, À L'OCCASION DE LA SOIXANTIÈME SESSION DE LA COMMISSION DU DROIT INTERNATIONAL

LE 22 JUILLET 2008

Monsieur le président,

Mesdames et Messieurs,

Chers amis et confrères,

C'est avec un réel plaisir que je prends la parole devant la Commission du droit international à l'occasion de sa soixantième session. J'adresse mes félicitations aux membres qui ont été élus à la fin de l'an dernier ainsi qu'aux nouveaux membres du bureau, en particulier le président, M. Edmundo Vargas Carreño.

Voici deux mois, j'ai eu le privilège de prendre la parole à l'occasion du soixantième anniversaire de la Commission du droit international. Aujourd'hui, j'ai le plaisir de maintenir la tradition qui veut que, depuis maintenant dix ans, le président de la Cour internationale de Justice s'exprime lors de la séance plénière et se livre à un échange de vues avec les membres de la Commission.

Ainsi que je l'ai fait ces deux dernières années, je m'exprimerai aujourd'hui sur les décisions rendues par la Cour internationale de Justice au cours de l'année écoulée, en ayant soin, à chaque fois, d'attirer votre attention sur les aspects présentant une pertinence particulière pour les travaux de la CDI.

Depuis la dernière fois où je vous ai adressé la parole, en juillet dernier, la Cour a rendu cinq décisions : trois arrêts sur le fond, un arrêt sur des exceptions préliminaires et une ordonnance en indication de mesures conservatoires. Les cinq affaires dont il s'agissait concernaient des États d'Amérique latine, d'Amérique du Nord, d'Asie, d'Europe et d'Afrique et portaient sur des questions allant de la délimitation de zones maritimes à l'entraide judiciaire en matière pénale, en passant par la détermination de la souveraineté sur des formations maritimes et l'interprétation d'un arrêt antérieur.

Je commencerai par l'arrêt rendu en octobre dernier sur le fond de l'affaire du *Différend territorial et maritime entre le Nicaragua et le Honduras dans la mer des Caraïbes (Nicaragua c. Honduras)*. Le Nicaragua avait prié la Cour de déterminer le tracé de la frontière maritime unique entre les mers territoriales, les portions de plateau continental et les zones économiques exclusives relevant respectivement du Nicaragua et du Honduras dans la mer des Caraïbes. Or, l'une des premières études que l'Assemblée générale avait confiées à la CDI était consacrée au droit de la mer, laquelle a servi de base aux négociations tenues lors de la conférence des Nations Unies sur le droit de la mer de 1958 et à l'adoption de quatre conventions distinctes.

Le Nicaragua soutenait en cette affaire que la frontière maritime n'avait jamais été délimitée, alors que le Honduras soutenait qu'existait, le long du 15^e parallèle, une ligne traditionnellement reconnue, découlant du principe de l'*uti possidetis juris*. A titre subsidiaire, le Honduras faisait valoir qu'existait une frontière convenue tacitement entre les Parties le long du 15^e parallèle. Lors des plaidoiries, le Nicaragua a spécifiquement prié la Cour de trancher la question de la souveraineté sur les cayes situées dans la zone en litige, au nord du 15^e parallèle. Bien que la demande fût formellement nouvelle, la Cour l'a jugée recevable parce qu'inhérente à la demande initiale. «Puisque la terre domine la mer», la Cour devait, pour arrêter le tracé de la

frontière maritime, d'abord déterminer à quel Etat revenait la souveraineté sur les îles et rochers situés dans la zone en litige, ce qui aurait nécessairement des conséquences sur le plan territorial.

S'agissant de la souveraineté sur les quatre cayes, le Honduras invoquait le principe de l'*uti possidetis juris* en tant que base de souveraineté. La Cour a fait observer que ce principe pouvait, en théorie, s'appliquer aux possessions territoriales situées au large des côtes et aux espaces maritimes (*Différend frontalier terrestre, insulaire et maritime (El Salvador/Honduras ; Nicaragua (intervenant)), arrêt, C.I.J. Recueil 1992*). Il devait néanmoins être démontré que la Couronne espagnole avait attribué les îles en litige à l'un ou l'autre des ses territoires coloniaux. Les Parties n'ayant ni rapporté de preuves indiquant clairement si les îles avaient été attribuées, avant l'indépendance ou au moment de celle-ci, à la province coloniale du Nicaragua ou à celle du Honduras, ni convaincu la Cour de l'existence d'effectivités coloniales, il n'était pas établi, a conclu la Cour, que le Honduras ou le Nicaragua possédait un titre sur ces îles en vertu du principe de l'*uti possidetis*. Après avoir examiné les éléments de preuve, la Cour a conclu que le Honduras avait la souveraineté sur les quatre îles, sur la base des effectivités postcoloniales.

S'agissant de la délimitation des espaces maritimes entre les deux Etats, la Cour a examiné les arguments présentés à titre subsidiaire par le Honduras relativement au principe de l'*uti possidetis juris* et à l'accord tacite. Elle a écarté l'argument fondé sur ce principe, concluant que la sentence arbitrale de 1906, laquelle était en effet fondée sur celui-ci, ne portait pas sur la délimitation maritime entre le Nicaragua et le Honduras. S'agissant de l'accord tacite, la Cour a examiné attentivement les éléments de preuve produits par le Honduras, au nombre desquels figuraient des déclarations sous serment de plusieurs pêcheurs attestant que, pour ceux-ci, le 15^e parallèle représentait et continuait de représenter la frontière maritime. La Cour a saisi cette occasion, comme elle l'avait déjà fait, notamment dans le cadre de son arrêt de 2004 en l'affaire *Congo c. Ouganda*, de préciser les critères à l'aune desquels elle appréciait certains types d'éléments de preuve. Elle a fait observer ce qui suit :

«L]es dépositions de témoins produites sous la forme de déclarations sous serment doivent être traitées avec prudence. En examinant ces déclarations, la Cour doit tenir compte d'un certain nombre de facteurs. Elle doit examiner notamment si les déclarations émanent d'agents de l'Etat ou de particuliers qui n'ont pas d'intérêts dans l'issue de la procédure, et si telle ou telle déclaration atteste l'existence de faits ou expose seulement une opinion sur certains événements. La Cour note que, dans certains cas, les témoignages qui datent de la période concernée peuvent avoir une valeur particulière. Des déclarations sous serment faites pour les besoins de la cause par un agent de l'Etat concernant des faits passés auront moins de poids que des déclarations sous serment contemporaines des faits. Dans d'autres circonstances où des particuliers n'avaient aucune raison de témoigner plus tôt, la Cour examinera les déclarations sous serment, même établies pour les besoins de la cause, tant pour déterminer si le témoignage a été influencé par ceux qui l'ont recueilli que pour apprécier l'utilité des propos tenus.» (Par. 244.)

Ayant examiné l'ensemble de la pratique portée à sa connaissance, la Cour a conclu qu'il n'existait pas d'accord tacite entre les Parties de nature à établir une frontière maritime juridiquement obligatoire. Ainsi lui fallait-il tracer la frontière elle-même.

Comme vous le savez, la règle applicable en matière de délimitation des mers territoriales entre deux Etats dont les côtes sont adjacentes se trouve à l'article 15 de la convention des Nations Unies sur le droit de la mer (CNUDM). Celle-ci prévoit le recours à la méthode de l'équidistance, sauf dans les cas où un titre historique ou des «circonstances spéciales» entrent en jeu. Au-delà de la mer territoriale, ce sont les dispositions, délibérément ambiguës, des articles 74 et 83 de la CNUDM qui s'appliquent. En ce qui concerne la zone économique exclusive, le paragraphe 1 de l'article 74 prévoit que la délimitation «est effectuée par voie d'accord conformément au droit international tel qu'il est visé à l'article 38 du Statut de la Cour internationale

de Justice, afin d'aboutir à une solution équitable». Cette même formule (que tous s'accordent à juger insatisfaisante, mais la seule sur laquelle il y ait eu consensus, à l'époque) est reprise au paragraphe 1 de l'article 83 à propos de la délimitation du plateau continental.

Comme vous le savez aussi, au cours des dernières années, la Cour, dans une série d'affaires — dont l'affaire *Qatar c. Bahreïn* (2001) et l'affaire *Cameroun c. Nigeria* (2002) — a nettement dit que la méthode privilégiée en matière de délimitation de la ZEE, du plateau continental et des mers territoriales consistait à tracer une ligne d'équidistance ajustée.

Dans l'affaire *Nicaragua c. Honduras*, il était demandé à la Cour de tracer une frontière maritime unique entre les mers territoriales, les portions de plateau continental et les zones économiques exclusives des deux Parties jusqu'à la zone dans laquelle pourraient être en cause les droits de certains Etats tiers. Or, nous avons pu constater que procéder à la délimitation sur la base de la méthode de l'équidistance était loin d'être chose aisée. Le cap Gracias a Dios, où prend fin la frontière terrestre entre le Nicaragua et le Honduras, est une projection territoriale très convexe touchant à un littoral concave de part et d'autre. Cela limitait le choix des points de base que la Cour pouvait utiliser et toute variation ou erreur dans leur emplacement aurait été amplifiée de manière disproportionnée dans le tracé de la ligne d'équidistance qui en serait résulté. En outre, l'embouchure du fleuve Coco, qui débouche dans la mer au cap Gracias a Dios, se caractérise par un morphodynamisme très prononcé, et, au fil du temps, des îles instables s'y sont formées, déplacées ou y ont disparu. Compte tenu de l'ensemble de ces éléments, la Cour n'a pas pu suivre la pratique qu'elle privilégie — celle qui consiste à établir une ligne d'équidistance. Pour ce qui était de la mer territoriale, il y avait des «circonstances spéciales», au sens de l'article 15 de la CNUDM. Nous nous sommes penchés sur les travaux réalisés par la CDI au moment de la rédaction de la convention de 1958 sur la mer territoriale et la zone contiguë et avons constaté que la configuration spéciale de la côte était une circonstance pouvant appeler l'application d'une méthode différente de celle de l'équidistance (par. 280).

La Cour a donc décidé de tracer une bissectrice, estimant que cette méthode aboutissait à une ligne de délimitation plus stable — car moins sujette aux changements caractérisant la zone du cap Gracias a Dios — et qu'elle réduisait aussi considérablement le risque d'erreur. Impossible, ensuite, de revenir à la méthode de l'équidistance aux fins de délimiter le plateau continental et la ZEE dès lors que la ligne partant de la côte n'était pas tracée suivant ce principe. On a donc eu recours à la méthode de la bissectrice pour l'intégralité de la frontière. On a ensuite ajusté la ligne afin de prendre en considération les mers territoriales des quatre cayes. On doit considérer l'utilisation de la méthode de la bissectrice comme une dérogation nécessaire à la règle aujourd'hui bien établie qui veut que l'on recoure à la méthode de l'équidistance. Et la Cour a veillé à ce qu'il ressorte clairement du libellé de l'arrêt que le principe général de l'équidistance reste intact.

L'un des passages intéressants de l'arrêt concerne le choix des côtes pertinentes aux fins du tracé de la bissectrice. Le Honduras a proposé de retenir de très petits segments de côte, tandis que le Nicaragua soutenait que la *totalité* du littoral, côté caraïbe, de chacun des Etats devait servir de point de référence. Au bout du compte, la Cour a choisi des façades côtières, ce qui lui permettait d'éviter que la ligne traverse le territoire hondurien et offrait en même temps une façade côtière suffisamment longue pour rendre compte correctement de la configuration côtière de la zone en litige.

*

Deux mois plus tard, la Cour a rendu un arrêt sur les exceptions préliminaires dans une autre affaire introduite par le Nicaragua : l'affaire du *Différend territorial et maritime (Nicaragua c. Colombie)*. L'affaire, au fond, concernait la souveraineté sur des îles et des cayes des Caraïbes occidentales et le tracé d'une frontière maritime unique entre les portions de plateau

continental et les zones économiques exclusives. La Colombie a soulevé deux exceptions préliminaires sur le fondement du pacte de Bogotá et de la clause facultative du Statut de la Cour. Il s'agissait d'une affaire éminemment complexe et technique, et je ne m'arrêterai que sur certaines des questions présentant un intérêt tout particulier.

Tout d'abord, la Cour devait se prononcer sur l'objet du différend. S'en sont suivies des discussions entre les Parties sur le point de savoir quels étaient les aspects «réglés juridiquement» (et qui ne pouvaient dès lors faire l'objet d'un différend) et ceux qui restaient sans réponse. Pour la Colombie, les questions soulevées par le Nicaragua avaient déjà été réglées par un «traité de règlement territorial» conclu entre les deux pays en 1928 et son protocole de 1930. Le Nicaragua répondait quant à lui que la question de savoir si le traité de 1928 avait réglé toutes les questions opposant les Parties constituait «l'objet même du différend» et «le fond de l'affaire». La Cour a jugé que la question de savoir si le traité de 1928 et le protocole de 1930 avaient réglé certaines questions *ne* constituait *pas* l'objet même du différend entre les Parties et que, dans les circonstances de l'espèce, elle devait donc être considérée comme préliminaire. Les questions qui constituaient l'objet du différend avaient en réalité trait, premièrement, à la souveraineté territoriale (c'est-à-dire la souveraineté sur les îles et autres formations maritimes revendiquées par les Parties) et, deuxièmement, au tracé de la frontière maritime entre elles.

Ayant précisé ce point, la Cour est passée à l'examen de la première exception préliminaire de la Colombie, selon laquelle, aux termes des articles VI et XXXIV du pacte de Bogotá, la Cour n'avait pas compétence pour connaître du différend qui lui était soumis par le Nicaragua au titre de l'article XXXI de cet instrument. L'article VI du pacte dispose que les procédures de règlement des différends prévues par cet instrument

«ne pourront ... s'appliquer ni aux questions déjà réglées au moyen d'une entente entre les parties, ou d'une décision arbitrale ou d'une décision d'un tribunal international, ni à celles régies par des accords ou traités en vigueur à la date de la signature du présent pacte».

La Colombie soutenait que le traité de 1928 et le protocole de 1930 avaient réglé les questions entre les Parties à la date de la signature du pacte en 1948. Le Nicaragua soutenait que le traité de 1928 était nul ou avait pris fin et que, même à supposer que tel n'était pas le cas, il ne visait pas l'ensemble des points qui se trouvaient alors en litige entre les Parties.

La Cour a jugé que le traité de 1928 était valide et en vigueur à la date de la conclusion du pacte de Bogotá en 1948. Elle pouvait dès lors trancher la question de savoir quels étaient les aspects qui, le cas échéant, avaient été réglés par le traité de 1928. Trois îles étaient présentées comme colombiennes dans le traité de 1928 : San Andrés, Providencia et Santa Catalina. La Cour a jugé qu'il y avait eu un règlement de la question de la souveraineté à leur égard par le traité au sens de l'article VI du pacte de Bogotá et a, en conséquence, retenu la première exception préliminaire soulevée par la Colombie à ce sujet. C'est une conclusion que la Cour pouvait rendre au stade des exceptions préliminaires ; elle était même tenue de le faire alors. Toutefois, diverses autres questions qui lui étaient soumises — celle de l'étendue et de la composition du reste de l'archipel de San Andrés, de la souveraineté sur certaines cayes et de la délimitation maritime — n'avaient pas, selon elle, été réglées par le traité de 1928 ; la Cour avait donc compétence pour en connaître, mais au stade du fond.

Autre question juridique intéressante examinée par la Cour dans le cadre de l'affaire *Nicaragua c. Colombie* : la relation entre deux titres de compétence, l'un fondé sur un traité, l'autre sur le Statut de la Cour. Cette question s'est posée parce que le Nicaragua avait fait valoir que la compétence de la Cour était fondée à la fois sur le pacte de Bogotá et sur le paragraphe 2 de l'article 36 du Statut, ou «clause facultative». La Cour a dit que, au vu des deux titres de compétence invoqués, elle ne pouvait les examiner en même temps. Aussi, a-t-elle décidé d'aller du particulier au général, mais elle n'a pas voulu dire par là que le pacte de Bogotá prévalait

sur le second titre de compétence et excluait celui-ci. Les dispositions du pacte de Bogotá et les déclarations faites en vertu de la clause facultative constituaient deux bases distinctes de compétence de la Cour qui n'étaient pas mutuellement exclusives.

La Cour ayant conclu qu'il ne subsistait pas de différend juridique entre les Parties quant à la question de la souveraineté sur les trois îles visées, elle ne pouvait être compétente pour connaître de cette question ni sur la base du pacte de Bogotá, ni sur celle des déclarations faites en vertu de la clause facultative. Il n'aurait servi à rien concrètement de poursuivre l'examen des autres questions soulevées par la seconde exception préliminaire de la Colombie.

Nous en sommes maintenant au stade du fond de l'affaire et la Cour a fixé au mois de novembre prochain la date d'expiration du délai pour le dépôt du contre-mémoire de la Colombie. Il convient de remarquer que le pacte de Bogotá est invoqué en tant que base de compétence dans trois autres affaires inscrites à notre rôle et pendantes. Il s'agit de l'affaire du *Différend relatif à des droits de navigation et des droits connexes (Costa Rica c. Nicaragua)*, de l'affaire du *Différend maritime (Pérou c. Chili)*, et de celle relative aux *Epanrages aériens d'herbicides (Equateur c. Colombie)*.

Les ambassadeurs d'Amérique latine sont nombreux dans la grande salle de justice, qui suivent avidement chacune de ces affaires.

Après cette série d'affaires auxquels étaient parties des Etats d'Amérique latine, la Cour a rendu, en mai, un arrêt sur le fond entre deux Etats asiatiques en l'affaire relative à la *Souveraineté sur Pedra Branca/Pulau Batu Puteh, Middle Rocks et South Ledge (Malaisie/Singapour)*. Cette instance a été introduite **par** un compromis entre les Parties. Ainsi que j'en avais préalablement avisé l'une des Parties, je me suis récusée en l'affaire et le vice-président, le juge Al-Khasawneh, a exercé la présidence.

Le différend visait une nouvelle fois la souveraineté sur des formations maritimes : Pedra Branca/Pulau Batu Puteh (une île granitique sur laquelle se trouve le phare Horsburgh), Middle Rocks (constituée de plusieurs rochers découverts de manière permanente) et South Ledge (un haut-fond découvrant). L'affaire a été riche en données factuelles, comme l'a été *Nicaragua c. Honduras*, comportant plus de quatre mille pages d'écritures.

La Malaisie soutenait qu'elle détenait un titre originaire sur Pedra Branca/Pulau Batu Puteh (remontant à l'époque de son prédécesseur, le Sultanat de Johor) et qu'elle le possédait encore, tandis que Singapour soutenait que l'île était *terra nullius* au milieu du XIX^e siècle, lorsque le Royaume-Uni (son prédécesseur) avait pris possession licite de l'île afin d'y construire un phare. Après avoir examiné les éléments de preuve produits par les Parties, la Cour a conclu que le domaine territorial du Sultanat de Johor englobait bien en principe l'ensemble des îles et îlots situés dans le détroit de Singapour et comprenait donc Pedra Branca/Pulau Batu Puteh. Aucune autre puissance de la région n'ayant jamais contesté que ces îles aient été en la possession du Sultanat de Johor, cette possession satisfaisait par conséquent à la condition de l'«exercice continu et pacifique de la souveraineté territoriale». La Cour a ainsi conclu que le Sultanat de Johor détenait un titre originaire sur Pedra Branca/Pulau Batu Puteh. Ce titre ancien était confirmé par la nature et l'importance de l'autorité que le sultan de Johor exerçait sur les Orang Laut («le peuple de la mer», qui vivaient ou se rendaient sur les îles du détroit de Singapour, dont Pedra Branca/Pulau Batu Puteh, et qui s'étaient établis dans cet espace maritime).

La Cour s'est ensuite penchée sur la question de savoir si les faits survenus entre 1824 et 1840 avaient eu quelque incidence sur ce titre, parmi lesquels la conclusion de plusieurs traités ainsi que l'envoi d'une lettre par le sultan Abdul Rahman dans laquelle il «cédait» à son frère certains territoires qui relevaient déjà de la sphère d'influence britannique. Après avoir examiné attentivement les effets juridiques de ces faits, la Cour a conclu qu'aucun d'eux ne venait modifier le titre originaire.

La Cour a ensuite examiné la situation juridique de Pedra Branca/Pulau Batu Puteh après les années 1840 afin de décider si la Malaisie et son prédécesseur avaient conservé la souveraineté sur l'île. Pour cela, elle a étudié les circonstances qui ont entouré le processus de sélection de l'emplacement du phare et la construction de celui-ci, ainsi que le comportement des prédécesseurs des Parties entre 1852 et 1952, mais elle n'a pas été en mesure d'en tirer une conclusion aux fins de l'affaire.

La Cour a accordé une grande importance à une lettre écrite le 12 juin 1953 au conseiller britannique du sultan de Johor dans laquelle le secrétaire colonial de Singapour demandait des renseignements sur la situation de Pedra Branca/Pulau Batu Puteh aux fins de déterminer les limites des «eaux territoriales de la colonie». Dans une lettre datée du 21 septembre 1953, le secrétaire d'Etat par intérim du Johor répondait que le «Gouvernement du Johore ne revendiqu[ait] pas la propriété» de l'île. La Cour a conclu que la réponse du Johor montrait que, en 1953, celui-ci considérait qu'il n'avait pas la souveraineté sur Pedra Branca/Pulau Batu Puteh.

Enfin, la Cour a considéré le comportement des Parties à l'égard de l'île après 1953. Elle a conclu que certains actes, notamment les enquêtes menées par Singapour sur les naufrages survenus dans les eaux territoriales de l'île et les autorisations accordées le cas échéant par Singapour à des représentants malaisiens souhaitant mener une étude dans les eaux entourant l'île, pouvaient être considérés comme l'expression d'un comportement à titre de souverain. La Cour a par ailleurs conclu que l'on pouvait accorder un certain poids au comportement des Parties à l'appui de la prétention de Singapour. La Cour a conclu que, en 1980 (date à laquelle le différend s'est cristallisé), la souveraineté sur Pedra Branca/Pulau Batu Puteh était passée à Singapour et que celui-ci en était toujours titulaire.

En ce qui concerne Middle Rocks, la Cour a fait observer que les circonstances particulières qui l'avaient amenée à conclure que la souveraineté sur Pedra Branca/Pulau Batu Puteh revenait à Singapour ne valaient pas pour Middle Rocks. Elle a jugé par conséquent que la Malaisie, en sa qualité de successeur du Sultanat de Johor, devait être considérée comme ayant conservé le titre originaire sur Middle Rocks. S'agissant de South Ledge, elle a noté que ce haut-fond découvrant relevait des eaux territoriales générées par Pedra Branca/Pulau Batu Puteh et par Middle Rocks, eaux territoriales qui semblaient se chevaucher. Rappelant qu'elle n'avait pas reçu des Parties la mission de tracer la ligne de délimitation de leurs eaux territoriales, la Cour a conclu que la souveraineté sur South Ledge revenait à l'Etat dans les eaux territoriales duquel il était situé.

Après cette série de différends territoriaux et maritimes, la Cour a rendu un arrêt le mois dernier dans une affaire d'une toute autre nature : *Certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale (Djibouti c. France)*. Je m'attarderai un peu sur cette affaire, qui soulève un certain nombre de questions juridiques qui pourraient intéresser les membres de cette Commission.

A l'origine de l'affaire *Djibouti c. France* il y a la mort du magistrat Bernard Borrel, un citoyen français qui avait été détaché auprès du ministère de la Justice de Djibouti en qualité de conseiller technique. Le 19 octobre 1995, le corps du juge Borrel a été découvert à 80 kilomètres de la ville de Djibouti. De nombreuses informations judiciaires en recherche des causes de la mort du juge Borrel ont été ouvertes à Djibouti et en France. Dans ce dernier pays, cette procédure a été connue sous l'intitulé *Affaire contre X du chef d'assassinat sur la personne de Bernard Borrel*. Les deux Parties ont convenu qu'il n'appartenait pas à la Cour internationale de Justice de se prononcer sur les circonstances du décès du juge Borrel. Au contraire, le différend dont la CIJ se trouvait saisie concernait la mise en œuvre de mécanismes conventionnels bilatéraux d'entraide en matière pénale entre les Parties.

Le 9 janvier 2006, Djibouti a déposé une requête contre la France au sujet d'un différend portant sur le refus des autorités gouvernementales et judiciaires françaises d'exécuter une

commission rogatoire internationale concernant la transmission aux autorités judiciaires djiboutiennes du dossier relatif à la procédure d'information relative à l'*Affaire contre X du chef d'assassinat sur la personne de Bernard Borrel* et ce, en violation de deux traités bilatéraux : la convention d'entraide judiciaire en matière pénale de 1986, et le traité d'amitié et de coopération de 1977.

La requête faisait en outre état de l'émission, par les autorités judiciaires françaises, de convocations à témoigner adressées au chef de l'Etat djiboutien et à de hauts fonctionnaires djiboutiens, convocations qui auraient méconnu notamment les principes et règles relatifs aux privilèges et immunités diplomatiques.

Par une lettre en date du 25 juillet 2006, le ministre français des affaires étrangères a informé la Cour que la France «accept[ait] la compétence de [celle-ci] pour connaître de la requête en application et sur le seul fondement de l'article 38, paragraphe 5» du Règlement de la Cour, en précisant que cette acceptation ne «va[lait] 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 Djibouti.

C'était la première fois que la Cour était amenée à trancher au fond un différend porté devant elle sur la base du *forum prorogatum*. Le paragraphe 5 de l'article 38 a été introduit dans le Règlement de la Cour y a trente ans. (Une autre affaire inscrite au rôle de la Cour a été introduite sur cette base : *Certaines procédures pénales engagées en France (République du Congo c. France)*). La Cour a dit que «l'acceptation permettant à la Cour d'asseoir sa compétence doit être avérée. Cela vaut, que sa compétence soit fondée sur le *forum prorogatum* ou non» (par. 62). La Cour a ensuite examiné la portée du consentement mutuel des Parties, tel qu'exprimé dans la requête de Djibouti et dans la lettre de la France, et a conclu que, par cette lettre, la France ne cherchait pas à limiter la compétence de la Cour au refus d'exécuter la commission rogatoire, mais la reconnaissait au regard de l'ensemble de la requête, y compris des arguments relatifs aux convocations à témoigner adressées au chef de l'Etat djiboutien et à des hauts fonctionnaires de ce pays. Cependant, la Cour a dit que les mandats d'arrêt émis à l'encontre de hauts fonctionnaires djiboutiens échappaient à sa compétence. Ces mandats avaient été émis postérieurement au dépôt de la requête. La Cour a conclu qu'il ressortait clairement de la lettre de la France que son consentement ne valait que dans les limites des demandes formulées dans la requête. Bien que ces mandats d'arrêt puissent être perçus comme un moyen d'exécuter les convocations à témoigner (ce qui relevait de la compétence de la Cour), ils constituaient de nouveaux actes juridiques au sujet desquels la France ne pouvait être considérée comme ayant accepté implicitement la compétence de la Cour.

Pour ce qui est du fond, cette affaire a soulevé un certain nombre de questions juridiques intéressantes, dont celle du rôle du droit interne d'un Etat en cas de différend portant sur le respect d'un traité qui renvoie au droit interne, l'obligation de motiver un refus de coopérer, prévue dans un traité, et l'immunité de juridiction pénale à l'étranger, réservée aux hauts fonctionnaires d'un Etat. Je soulignerai le raisonnement de la Cour au regard de ces thèmes.

Aux termes de l'article 3 de la convention d'entraide judiciaire en matière pénale de 1986, l'Etat à qui est adressée une demande d'entraide judiciaire «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». Pour Djibouti, cette disposition crée une obligation de résultat, et en imposant à l'Etat requis l'obligation d'exécuter les commissions rogatoires internationales «conformément à sa législation», elle précise simplement les modalités d'exécution à suivre par l'Etat requis. Pour Djibouti, cette interprétation était conforme aux dispositions de l'article 27 de la convention de Vienne sur le droit des traités, selon lequel «une partie ne peut invoquer les dispositions de son droit interne comme justifiant la non-exécution d'un traité». De son côté, la France a soutenu qu'en réalité, l'article 3 de la

convention de 1986 renvoyait directement à la législation nationale de l'Etat requis et qu'en conséquence le moyen utilisé conditionnait le résultat. En d'autres termes, pour la France, il ne peut être satisfait à l'obligation d'exécuter la commission rogatoire «conformément à [l]a législation» de l'Etat tant que la procédure interne de cet Etat n'a pas été menée à son terme.

La Cour a conclu ce qui suit :

«Le sort qui doit être réservé à la demande d'entraide judiciaire en matière pénale dépend manifestement de la décision des autorités nationales compétentes, selon la procédure prévue par la législation de l'Etat requis. Celui-ci doit certes veiller à ce que sa procédure soit déclenchée, mais il n'en garantit pas pour autant le résultat, dans le sens de la transmission du dossier qui fait l'objet de la commission rogatoire.» (Par. 123.)

La Cour n'a pas vu en quoi la règle coutumière codifiée par l'article 27 de la convention de Vienne sur le droit des traités serait applicable en l'espèce. En fait, l'Etat requis invoque ici son droit interne, *non pas* pour justifier la prétendue non-exécution des obligations internationales figurant dans la convention de 1986, mais, bien au contraire, pour assurer l'application de celles-ci conformément aux termes de ladite convention.

La Cour a ensuite examiné la nature de l'obligation de motiver le refus d'entraide judiciaire. Elle n'a pu retenir la thèse de la France selon laquelle, Djibouti ayant eu connaissance des motifs du refus de la demande dans le cadre de la présente procédure, il n'y aurait pas eu violation de l'article 17. L'obligation juridique de motiver le refus d'exécuter une commission rogatoire ne saurait être remplie du seul fait que l'Etat requérant a pris connaissance des documents pertinents dans le cadre du procès, de nombreux mois plus tard. La Cour a ajouté que la simple référence à l'exception contenue dans la convention ne suffisait pas à satisfaire à l'obligation de motiver, et que quelques brèves explications supplémentaires auraient été de mise. Il ne s'agissait pas là simplement d'une question de courtoisie. L'Etat requis disposait ainsi de la possibilité de démontrer sa bonne foi en cas de refus de la demande. Cela pouvait aussi permettre à l'Etat requérant de décider si sa demande de commission rogatoire pourrait être modifiée de manière à parvenir à un meilleur résultat.

La Cour a donc conclu que la France avait, de bonne foi, invoqué des motifs conformes aux dispositions de la convention de 1986 pour justifier son refus de transmettre la copie du dossier de l'instruction judiciaire relative à l'affaire *Borrel* aux autorités djiboutiennes, mais qu'en omettant de motiver son refus d'exécuter la commission rogatoire demandée, elle avait violé l'obligation qu'elle tenait de la convention de 1986. Les motifs de ce refus ayant été entre-temps rendus publics, la Cour a conclu que «sa conclusion selon laquelle la France a [v]iolé l'obligation [susmentionnée] constitu[ait] une satisfaction appropriée», et qu'il n'y avait pas lieu d'ordonner la publication de ces motifs.

Outre les demandes relatives à la commission rogatoire, la Cour a examiné la thèse de Djibouti selon laquelle, en adressant des convocations à témoigner au chef de l'Etat djiboutien et à de hauts responsables djiboutiens, la France avait violé les immunités dont ils bénéficient. La question de l'immunité de juridiction pénale étrangère accordée aux hauts fonctionnaires d'un Etat est à l'ordre du jour de cette session de la CDI, dont M. Kolodkin a été désigné rapporteur spécial. Comme je vais l'expliquer, les faits de l'affaire *Djibouti c. France* n'ont pas donné à la Cour la possibilité de procéder à un examen approfondi de cette question. Néanmoins, les conclusions de droit auxquelles nous sommes parvenus sont pertinentes au regard de l'analyse que vous ferez de cette question importante et difficile.

Concernant le chef de l'Etat, Djibouti a évoqué deux convocations à témoigner adressées au président Guelleh le 17 mai 2005 et le 14 février 2007 par un juge d'instruction français. Les deux convocations différant par leur forme, la Cour les a examinées séparément. Celle du 17 mai a été délivrée alors que le président Guelleh rendait une visite officielle, à Paris, au président de la République française. Le juge d'instruction adressa cette convocation par télécopie à l'ambassade

de Djibouti en France, invitant le président à se présenter en personne à son bureau, le lendemain, à 9 h 30 du matin. Citant des dispositions du code de procédure pénale français, Djibouti a fait valoir que cette convocation constituait un élément de contrainte. La France a répondu que le président Guelleh avait été convoqué comme simple témoin, et non en qualité de témoin assisté, c'est-à-dire comme une personne sur laquelle pèsent des indices de participation comme auteur ou complice. La France a reconnu que cette convocation comportait certains vices de forme, mais a soutenu qu'elle ne constituait qu'une simple invitation n'imposant aucune obligation au président Guelleh.

La Cour a rappelé l'observation suivante qu'elle avait faite dans l'affaire du *Mandat d'arrêt (République démocratique du Congo c. Belgique)* : «il est clairement établi en droit international que ... certaines personnes occupant un rang élevé dans l'Etat, telles que le chef de l'Etat..., jouissent dans les autres Etats d'immunités de juridiction, tant civiles que pénales» (*arrêt, C.I.J. Recueil 2002*, p. 20-21, par. 51). Un chef d'Etat jouit en particulier «d'une immunité de juridiction pénale et d'une inviolabilité totales» qui le protègent «contre tout acte d'autorité de la part d'un autre Etat qui ferait obstacle à l'exercice de ses fonctions» (*ibid.*, p. 22, par. 54). Dans l'affaire *Djibouti c. France*, la Cour a relevé que «la règle de droit international coutumier reflétée à l'article 29 de la convention de Vienne sur les relations diplomatiques, bien que concernant les agents diplomatiques, [était] nécessairement applicable aux chefs d'Etat» (par. 174 de l'arrêt).

La Cour a conclu que la convocation du 17 mai 2005 n'était pas assortie des mesures de contrainte prévues par le code de procédure pénale français ; il s'agissait, en effet, d'une simple invitation à témoigner que le chef de l'Etat pouvait accepter ou refuser librement. Par conséquent, il n'a pas été porté atteinte, de la part de la France, aux immunités de juridiction pénale dont jouit le chef de l'Etat. La Cour a cependant constaté que la convocation avait été adressée d'une manière non conforme à la courtoisie due à un chef d'Etat étranger, et que pour cette raison, «des excuses s'imposaient».

La convocation à témoigner du 14 février 2007 a été émise conformément au droit français. Cette fois, le juge d'instruction ne s'est pas mis directement en rapport avec le président Guelleh, mais il a plutôt envoyé une lettre exprimant le vœu d'obtenir le témoignage écrit du président au ministre français de la Justice et demandant à celui-ci de communiquer avec le ministre des affaires étrangères. La Cour a jugé que cette convocation à témoigner n'a pu porter atteinte aux immunités juridictionnelles dont jouit le chef d'Etat djiboutien.

Djibouti a fait état des fuites concernant les mandats aux médias français. Par exemple, la télécopie contenant la convocation du 17 mai 2005 avait été envoyée à 15 h 51, et l'Agence France-Presse l'a diffusée au grand public à 16 h 12 le même jour. La Cour a observé que si Djibouti avait prouvé que ces renseignements confidentiels avaient été communiqués aux médias par des personnes rattachées à la magistrature française, de tels agissements auraient constitué de la part de la France une violation non seulement de la loi française, mais aussi de ses obligations internationales. Cependant, dans cette affaire, on n'avait pas produit les preuves tendant à établir que les autorités judiciaires françaises étaient à l'origine de la dissémination des renseignements confidentiels en cause.

En ce qui concerne les immunités de représentants de l'Etat, Djibouti a soutenu que l'émission de convocations à titre de témoins assistés au procureur de la République de Djibouti et au chef de la sécurité nationale constituait une violation de leurs immunités. Les convocations avaient trait aux allégations de subornation de témoin. Djibouti a d'abord soutenu que le procureur de la République et le chef de la sécurité nationale jouissaient d'immunités de juridiction et d'invulnérabilité personnelles. A cet égard, la Cour a fait l'observation suivante :

«La Cour constate tout d'abord qu'il n'existe en droit international aucune base permettant d'affirmer que les fonctionnaires concernés étaient admis à bénéficier d'immunités personnelles, étant donné qu'il ne s'agissait pas de diplomates au sens de

la convention de Vienne de 1961 sur les relations diplomatiques et que la convention de 1969 sur les missions spéciales n'est pas applicable en l'espèce.» (Par. 194.)

Au cours de la phase orale de la procédure, Djibouti a reformulé ses thèses et a soutenu que le procureur de la République et le chef de la sécurité nationale bénéficiaient d'immunités fonctionnelles, et il a demandé à la Cour de reconnaître qu'«un Etat ne saurait considérer une personne revêtant la qualité d'organe d'un autre Etat comme pénalement responsable, à titre individuel, des actes accomplis en cette qualité officielle, c'est-à-dire dans l'exercice de ses fonctions. Ces actes, en effet, sont à considérer, en droit international, comme attribuables à l'Etat pour le compte duquel l'organe agit, et non pas à l'individu-organe.» En substance, on faisait valoir que l'Etat djiboutien avait droit à l'immunité, et donc qu'elle profitait au procureur de la République et au chef de la sécurité nationale.

La France a répondu que, lorsque l'on invoque cette thèse, il revient au juge interne de se prononcer au cas par cas. Les immunités fonctionnelles n'étant pas absolues, c'est, selon la France, à la justice de chaque pays qu'il appartient d'apprécier, en cas de poursuites pénales à l'encontre d'une personne, si celle-ci, du fait des actes de puissance publique accomplis par elle dans le cadre de ses fonctions, devrait bénéficier, en tant qu'agent de l'Etat, de l'immunité de juridiction pénale reconnue aux Etats étrangers. Comme les deux hauts fonctionnaires concernés ne s'étaient jamais prévalus, devant le juge pénal français, des immunités qui étaient aujourd'hui invoquées en leur nom par Djibouti, la Cour ne disposait donc alors pas, selon la France, d'éléments suffisants pour se prononcer.

La Cour a noté qu'il n'avait jamais été vérifié devant elle que les actes à l'origine des convocations à témoigner en qualité de témoin assisté adressées aux intéressés par la France étaient effectivement des actes accomplis par eux dans le cadre de leurs fonctions en tant qu'organes de l'Etat. Elle a ajouté que Djibouti n'avait jamais invoqué ces immunités au su de la France, aux fins d'étayer les protestations émises contre l'émission des convocations en question, fût-ce dans le cadre d'échanges diplomatiques ou devant un organe judiciaire français (par. 195). A aucun moment les juridictions françaises (devant lesquelles on aurait pu s'attendre à ce que l'immunité de juridiction fût soulevée), ni d'ailleurs la Cour, n'ont été informées par le Gouvernement de Djibouti que les actes dénoncés par la France étaient des actes de l'Etat djiboutien, et que le procureur de la République et le chef de la sécurité nationale constituaient des organes, établissements ou organismes de celui-ci chargés d'en assurer l'exécution. La Cour a fait l'observation suivante :

«L'Etat qui entend invoquer l'immunité pour l'un de ses organes est censé en informer les autorités de l'autre Etat concerné. Cela devrait permettre à la juridiction de l'Etat du for de s'assurer qu'elle ne méconnaît aucun droit à l'immunité, méconnaissance qui pourrait engager la responsabilité de cet Etat. Par ailleurs, l'Etat qui demande à une juridiction étrangère de ne pas poursuivre, pour des raisons d'immunité, une procédure judiciaire engagée à l'encontre de ses organes, assume la responsabilité pour tout acte internationalement illicite commis par de tels organes dans ce contexte.» (Par. 196.)

*

Enfin, la semaine dernière, la Cour a rendu une ordonnance en indication de mesures conservatoires dans une affaire opposant le Mexique aux Etats-Unis. Le 5 juin 2008, le Mexique a déposé une demande en interprétation de l'arrêt *Avena*, dans laquelle il avait été statué «que les Etats-Unis avaient violé l'article 36 de la convention de Vienne sur la Convention sur les relations consulaires à l'égard de cinquante et un ressortissants mexicains [qui avaient été arrêtés, jugés et condamnés à mort aux Etats-Unis] en ne les informant pas ... de leurs droits à l'accès aux autorités consulaires et à l'assistance de ces dernières». La demande en interprétation du Mexique se

rapportait au paragraphe 153 (9) de l'arrêt, où était précisée la réparation imposée aux Etats-Unis, à savoir «assurer, par les moyens de leur choix, le réexamen et la revision des verdicts de culpabilité rendus et des peines prononcées» contre les ressortissants mexicains. Le Mexique soutenait qu'il y avait un différend entre les parties au sujet de la portée et du sens du paragraphe 153 (9). Le même jour, le Mexique a déposé une demande en indication de mesures conservatoires, affirmant que, depuis que la Cour eut rendu son arrêt dans l'affaire *Avena*, «des refus répétés ont été opposés à des demandes soumises par des ressortissants mexicains en vue du réexamen et de la revision de leur cas, prescrits par l'arrêt» et que l'Etat du Texas avait fixé la date d'exécution de l'un de ces ressortissants visés par l'arrêt *Avena*, M. Medellín, au 5 août 2008, tandis que quatre autres ressortissants mexicains pouvaient se faire notifier une date d'exécution sous peu. Le Mexique a donc demandé à la Cour d'ordonner la suspension de ces exécutions dans l'attente de sa décision définitive quant à la demande en interprétation.

Les Etats-Unis ont soutenu qu'il n'y avait aucun différend entre eux et le Mexique au sujet du sens et de la portée du paragraphe 153 (9), et que, *par conséquent*, la demande du Mexique devait être rejetée «pour défaut manifeste de compétence». *Les Etats-Unis ont insisté sur le fait que, comme le Mexique, ils considéraient le remède indiqué comme une obligation claire de résultat.* La Cour s'est penchée sur le libellé de l'article 60, lequel vise les demandes en interprétation, et elle a noté qu'il y avait un certain décalage entre les versions anglaise et française du texte : dans celle-ci, on parle de «contestation» tandis que dans celle-là, on parle de «dispute». La Cour a jugé que le terme «contestation» a une portée plus large que le terme «différend» et n'implique pas nécessairement le même degré d'opposition ; que, par rapport à la notion de «différend», celle de «contestation» s'entend, dans son application à une situation donnée de manière plus souple. La Cour a conclu que, s'il semblait que les deux Parties voyaient dans le point 9 du paragraphe 153 de l'arrêt *Avena* «une obligation internationale de résultat», elles n'en paraissent pas moins «diverger d'opinion quant au sens et à la portée de cette obligation de résultat — plus précisément quant à la question de savoir si cette communauté de vues est partagée par toutes les autorités des Etats-Unis, à l'échelon fédéral et à celui des Etats, et si cette obligation s'impose à ces autorités». Ayant conclu que toutes les autres conditions d'imposition de mesures conservatoires étaient remplies, la Cour a ordonné aux Etats-Unis de «[prendre] toutes les mesures nécessaires» pour que les cinq ressortissants mexicains en cause ne soient pas exécutés tant que n'aura pas été rendu l'arrêt sur la demande en interprétation, à moins et jusqu'à ce que ces cinq ressortissants mexicains aient bénéficié du réexamen et de la revision prévus par l'arrêt *Avena*. Nous poursuivons maintenant avec diligence l'instruction de la demande en interprétation.

*

Voilà qui conclut mon résumé des activités juridictionnelles de la Cour au cours de la dernière année.

En ce qui concerne les affaires pendantes, nous avons complété les audiences consacrées aux exceptions préliminaires dans l'affaire de l'*Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Croatie c. Serbie)*. Au cours des plaidoiries, les Parties ont invoqué abondamment le projet d'articles sur la responsabilité de l'Etat de la CDI. *Cet arrêt est en cours de préparation et les questions en litige sont complexes.* Après l'été, nous entendrons les arguments sur le fond dans une cause de délimitation maritime en mer Noire opposant la Roumanie et l'Ukraine.

Depuis le début de l'année, la Cour a été saisie de trois nouvelles affaires contentieuses. En janvier, le Pérou a introduit une instance relative à un différend maritime contre le Chili. En mars, l'Equateur a engagé une procédure contre la Colombie concernant les épandages aériens d'herbicides toxiques qu'aurait effectués celle-ci en des endroits situés à proximité, le long ou de l'autre côté de sa frontière avec l'Equateur. Et, comme je l'ai mentionné, le mois dernier, le Mexique a présenté une demande en interprétation de l'arrêt du 31 mars 2004 en l'affaire *Avena et*

autres ressortissants mexicains ainsi qu'une demande en indication de mesures conservatoires. A l'heure actuelle, il y a 12 affaires inscrites sur notre rôle.

Cela a été un plaisir pour moi d'être ici deux fois cette année, la première à l'occasion de votre soixantième anniversaire, et aujourd'hui dans le cadre du discours annuel du président de la CIJ. Au nom de la Cour, mes meilleurs vœux à la Commission pour ses travaux au cours des prochaines semaines.
