

*CR 2008/2*

**Cour internationale  
de Justice**

**LA HAYE**

**International Court  
of Justice**

**THE HAGUE**

**ANNÉE 2008**

*Audience publique*

*tenue le mardi 22 janvier 2008, à 10 heures, au Palais de la Paix,*

*sous la présidence de Mme Higgins, président,*

*en l'affaire relative à Certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale  
(Djibouti c. France)*

---

**COMPTE RENDU**

---

**YEAR 2008**

*Public sitting*

*held on Tuesday 22 January 2008, at 10 a.m., at the Peace Palace,*

*President Higgins presiding,*

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

---

**VERBATIM RECORD**

---

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

---

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

---

***Le Gouvernement de la République de Djibouti est représenté par :***

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

*comme agent ;*

M. Phon van den Biesen, avocat, Amsterdam,

*comme agent adjoint ;*

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

*comme conseil et avocat ;*

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

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

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

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

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

*comme conseils.*

***Le Gouvernement de la République française est représenté par :***

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

*comme agent ;*

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

M. Hervé Ascencio, professeur à l'Université de Paris I (Panthéon-Sorbonne),

*comme conseils ;*

M. Samuel Laine, chef du bureau de l'entraide pénale internationale au ministère de la justice,

*comme conseiller ;*

***The Government of the Republic of Djibouti is represented by:***

Mr. Siad Mohamed Doualeh, Ambassador of the Republic of Djibouti to the Swiss Confederation,

*as Agent;*

Mr. Phon van den Biesen, Attorney at Law, Amsterdam,

*as Deputy Agent;*

Mr. Luigi Condorelli, Professor at the Faculty of Law of the University of Florence,

*as Counsel and Advocate;*

Mr. Djama Souleiman Ali, Public Prosecutor of the Republic of Djibouti,

Mr. Makane Moïse Mbengue, Doctor of Law, Researcher, Hauser Global Law School Program,  
New York University School of Law,

Mr. Michail S. Vagias, Ph.D. Cand. Leiden University, Scholar of the Greek State Scholarships  
Foundation,

Mr. Paolo Palchetti, Associate Professor at the University of Macerata (Italy),

Ms Souad Houssein Farah, Legal Adviser to the Presidency of the Republic of Djibouti

*as Counsel.*

***The Government of the French Republic is represented by:***

Ms Edwige Belliard, Director of Legal Affairs, Ministry of Foreign and European Affairs,

*as Agent;*

Mr. Alain Pellet, Professor at the University of Paris X-Nanterre, Member and former Chairman of  
the United Nations International Law Commission, Associate of the Institut de droit  
international,

Mr. Hervé Ascencio, Professor at the University of Paris I (Panthéon-Sorbonne),

*as Counsel;*

Mr. Samuel Laine, Head of the Office of International Mutual Assistance in Criminal Matters,  
Ministry of Justice,

*as Adviser;*

Mlle Sandrine Barbier, chargée de mission à la direction des affaires juridiques du ministère des affaires étrangères et européennes,

M. Antoine Ollivier, chargé de mission à la direction des affaires juridiques du ministère des affaires étrangères et européennes,

M. Thierry Caboche, conseiller des affaires étrangères à la direction de l'Afrique et de l'océan Indien du ministère des affaires étrangères et européennes,

*comme assistants.*

Ms Sandrine Barbier, Chargée de mission, Directorate of Legal Affairs, Ministry of Foreign and European Affairs,

Mr. Antoine Ollivier, Chargé de mission, Directorate of Legal Affairs, Ministry of Foreign and European Affairs,

Mr. Thierry Caboche, Foreign Affairs Counsellor, Directorate for Africa and the Indian Ocean, Ministry of Foreign and European Affairs,

*as Assistants.*

Le **PRESIDENT** : Veuillez vous asseoir. L'audience est ouverte, la Cour se réunit aujourd'hui pour entendre la suite du premier tour de plaidoiries de la République de Djibouti et je donne la parole à M. le professeur Condorelli.

M. **CONDORELLI** :

**PRINCIPES ET RÈGLES DE LA CONVENTION D'ENTRAIDE JUDICIAIRE EN MATIÈRE PÉNALE  
ENTRE LE GOUVERNEMENT DE LA RÉPUBLIQUE DE DJIBOUTI ET LE GOUVERNEMENT  
DE LA RÉPUBLIQUE FRANÇAISE DU 27 SEPTEMBRE 1986**

**1. Les principes de la convention de 1986**

1. Madame le président, Messieurs de la Cour, le moment est venu de centrer l'attention sur la convention d'entraide judiciaire en matière pénale de 1986. Je rappelle que ma mission à cet égard est de relever les principes et les règles de la convention qui sont pertinents aux fins du règlement du présent différend et de présenter à la Cour le point de vue de Djibouti quant à leur interprétation. Bien entendu, l'exposé qui suit vise à mettre en lumière les points d'accord et de désaccord entre les Parties en la matière, ainsi qu'à élucider les raisons qui devraient permettre à la Cour de rejeter l'interprétation prônée par la France et de faire droit aux arguments du demandeur. Ensuite, avec votre permission, Madame le président, je céderai la place à la barre à l'agent adjoint de Djibouti, M<sup>e</sup> van den Biesen, qui — ainsi que je l'ai déjà annoncé — analysera les faits de l'affaire et démontrera que la France a violé en l'espèce l'obligation centrale découlant de la convention d'accorder à Djibouti l'entraide judiciaire «la plus large possible» en refusant d'exécuter la commission rogatoire demandée par la Partie djiboutienne concernant le «dossier Borrel».

2. Madame le président, on peut utiliser comme point de départ le constat qu'il y a accord entre les Parties quant au fait que la convention de 1986 est toujours en vigueur entre elles et les lie pleinement. Les écritures des Parties permettent aussi de constater qu'elles concordent à reconnaître que les dispositions principales jouant un rôle direct aux fins du litige qui les oppose sont les articles 1 (par. 1), 2, 3 (par. 1) et 17. En bref, l'article 1 engage les deux Etats à s'accorder mutuellement «l'entraide judiciaire la plus large possible». L'article 2 indique les raisons au nom desquelles l'entraide pourrait être refusée. L'article 17 établit que tout refus de l'entraide sera



«motivé». Enfin, l'article 3 s'occupe en particulier des «commissions rogatoires» et prescrit que l'Etat requis «fera exécuter, conformément à sa législation» ces commissions rogatoires. Il s'agit là d'un régime juridique assez usuel dans les traités de ce genre et — à première vue du moins — simple et clair. En reliant ces divers éléments dans une synthèse d'ensemble, on pourrait dire qu'il y a une règle, à savoir celle d'après laquelle l'Etat requis doit accomplir tous les efforts possibles pour accorder l'entraide demandée (y compris en matière de commissions rogatoires), et une exception : celle qui lui permet de refuser l'entraide requise, mais seulement pour l'une ou l'autre des trois raisons listées. Cependant, il ne saurait y avoir refus de l'entraide sans motivation.

3. La République de Djibouti est parfaitement consciente des obligations que l'article 60 du Règlement de la Cour fait peser sur les Parties concernant les exposés oraux, ceux-ci devant s'inspirer de la nécessité d'une bonne administration de la justice et porter essentiellement «sur les points qui divisent encore les parties». Dans ce but, afin d'aider la Cour à identifier exactement les questions d'interprétation de la convention de 1986 sur lesquelles les Parties s'opposent réellement dans leurs écritures, et sont donc à trancher par la Cour, il me semble opportun de suggérer d'entrée de jeu que les vrais points litigieux tournent tous principalement autour de l'interprétation des articles 1, 2 *litt. c*), et 17 de la convention et, bien entendu, du rapport existant entre leurs prescriptions relatives. Pour le reste, si l'on regarde la substance en laissant de côté les différences même prononcées de ton ou de vocabulaire, et si l'on refuse d'accorder trop d'importance aux détails mineurs et aux propos de caractère polémique portant essentiellement sur l'usage de certaines expressions de part et d'autre, on ne saurait dire à mon sens qu'il y a vrai désaccord fondamental.

4. Prenons pour commencer l'article 1, première des «dispositions générales», applicables dans tous les domaines couverts par la convention : il y est question de l'engagement des parties «à s'accorder mutuellement, selon les dispositions de la présente convention, l'entraide judiciaire la plus large possible». Selon le contre-mémoire français, si les Parties ont pris soin d'établir que l'entraide doit être la plus large possible, «c'est qu'ils envisageaient des cas où cela serait impossible, tout en souhaitant que ces cas soient peu fréquents»<sup>1</sup>. Eh bien, Madame le président,

---

<sup>1</sup> CMF, p. 27, par. 3.35.

nul ne saurait contester une telle évidence ! Comme nul ne saurait contester que l'entraide doit être accordée «selon les dispositions de la convention», ce qui fait renvoi à la suite du document, «y compris l'article 2 sur le refus d'entraide», c'est ce que souligne la France<sup>2</sup>. C'est très bien dit, comme il est très bien dit que les dispositions générales des articles premier et 2 sont évidemment applicables aux commissions rogatoires internationales dont il est question à l'article 3, ainsi qu'à toutes les autres formes d'entraide judiciaire régies par la convention<sup>3</sup>, ceci impliquant alors incontestablement que les commissions rogatoires doivent être exécutées elles aussi dans la mesure «la plus large possible», à l'exception des seuls cas où un refus serait justifié sur la base de l'article 2. En somme, même si, d'après le libellé de l'article 3, sur l'Etat requis pèse l'obligation de répondre positivement aux demandes de commission rogatoire, une telle obligation ne saurait être qualifiée d'«obligation de résultat absolue»<sup>4</sup>, ainsi que la France le suggère à juste titre, puisque l'article 2 admet justement la possibilité qu'une certaine demande ne soit pas satisfaite pour une raison admise expressément par la convention.

5. Il est toutefois important de souligner que l'obligation de s'accorder mutuellement l'entraide judiciaire «la plus large possible» ne doit pas être interprétée de façon trop étriquée, comme semble le faire le défendeur. La convention de 1986, en effet, demande à chaque partie de faire le maximum d'effort pour subvenir aux besoins de l'autre partie en matière d'entraide judiciaire. Autrement dit, il serait réducteur de lire l'article 1 comme se bornant à prescrire que l'entraide doit être accordée quand aucun motif de refus ne subsiste. L'article 1 va bien au-delà de ça : il a un rôle et une portée bien plus larges et significatifs, puisqu'il engage les deux Etats à une coopération pleine, sincère, prompte et efficace en la matière, s'inspirant de l'amitié et du respect mutuel qui doivent caractériser leurs relations d'après le traité de 1977, dont j'ai présenté hier à la Cour les aspects davantage pertinents aux fins du règlement du présent différend.

6. Je reviens aux points d'accord entre les Parties, que j'évoquais il y a un instant. Une mise au point s'impose à ce sujet. C'est que nulle part le contre-mémoire n'affirme en toutes lettres, avec la limpidité qui serait souhaitable que, puisque l'entraide doit être la plus large possible, les

---

<sup>2</sup> *Ibid.*

<sup>3</sup> CMF, p. 27, par. 3.36.

<sup>4</sup> *Ibid.*

seuls et uniques cas dans lesquels il est permis par la convention de faire valoir qu'elle est impossible sont ceux résultant de la liste, exhaustive et fermée, figurant à l'article 2. Certes, la France n'ose alléguer nulle part à mots ouverts que d'ultérieures causes de refus seraient admissibles. Mais elle entretient au demeurant une sorte de flou artistique à ce sujet, par exemple quand elle affirme que «[t]rois motifs de refus sont *distingués* à l'article 2». Mais non, Madame le président : l'article 2 ne *distingue* pas trois motifs, en les mettant en évidence parmi d'autres qui seraient pour ainsi dire «*indistincts*» ! L'article 2 fixe et délimite les seuls trois motifs de refus auxquels les parties pourraient avoir recours, et interdit de ce fait même de faire appel à d'autres motifs quels qu'ils soient. Egalement, il est fort approximatif et fourvoyant d'énoncer que l'article 2 dispose expressément que «l'entraide judiciaire peut être refusée»<sup>5</sup>. Point à la ligne. Mais non, Madame le président ! L'article 2 dispose expressément que l'entraide pourra être refusée *si* (et seulement *si*) l'un des trois motifs énumérés est correctement invoqué ! Je suis certain que la Cour trouvera l'occasion de tirer au clair tout cela, notamment si la France persiste à utiliser un langage si ambigu.

## **2. La signification des termes d'après lesquels l'Etat requis doit exécuter la commission rogatoire demandée «conformément à sa législation»**

7. Une autre mise au point est nécessaire, concernant cette fois-ci l'article 3, dont un membre de phrase souligne que l'exécution par l'Etat requis d'une commission rogatoire demandée par l'autre partie se fera «conformément à la législation» du premier. La Partie défenderesse lance toutes sortes d'accusations virulentes contre le demandeur, qui se rendrait coupable de méconnaître l'ensemble du sens de l'article<sup>6</sup> et en donnerait une interprétation erronée méritant d'être qualifiée de «regrettable»<sup>7</sup>. Mais où est l'erreur ? Djibouti n'a jamais soutenu que la commission rogatoire devrait être exécutée par l'Etat requis sans passer par la procédure prévue à cet effet par son droit interne ! Djibouti soutient en revanche, et confirme maintenant avec pleine assurance sous les yeux de la Cour, que la convention de 1986 interdit explicitement que cette procédure, dont il est indéniable qu'elle doit être suivie, aboutisse à un refus de l'entraide pour des motifs autres que

---

<sup>5</sup> *Ibid.*

<sup>6</sup> CMF, p. 25, par. 3.26.

<sup>7</sup> CMF, p. 26, par. 3.30.

ceux admis par l'article 2. Si cela devait arriver, l'Etat requis se rendrait de ce fait même l'auteur d'une violation de la convention et engagerait sa responsabilité internationale pour fait illicite : ai-je besoin de rappeler l'article 27 de la convention de Vienne sur le droit des traités, qui codifie le principe coutumier incontestable et — que je sache — incontesté d'après lequel un Etat ne saurait s'abriter derrière son droit interne afin de justifier son manquement quant au respect de ses obligations conventionnelles ? Chacun sait, en effet, que si le droit interne d'un Etat fait obstacle à l'observation par lui d'un traité international auquel il a souverainement décidé de se lier, alors l'Etat concerné doit modifier son droit interne, seule manière d'éviter la responsabilité internationale pour violation du traité en question.

8. Cette dernière remarque, sur laquelle — j'en suis sûr — le défendeur voudra très certainement convenir, donne l'occasion à Djibouti d'apporter une précision, et d'enlever un malentendu, concernant les sacro-saints principes constitutionnels internes de la séparation des pouvoirs et de l'indépendance de la magistrature : aux dires du défendeur, l'interprétation de la convention de 1986 prônée par Djibouti «réduirait à néant» les principes en question<sup>8</sup>. Mais la France interprète mal le point de vue exprimé par le demandeur. Celui-ci n'a jamais prétendu que pour respecter la convention, la France devrait violer les principes en question en faisant en sorte que ses organes exécutifs empiètent sur les prérogatives de ses organes judiciaires afin de leur imposer l'exécution d'une commission rogatoire, alors que — nous assure-t-on — d'après la législation française la décision d'exécuter ou de refuser une telle commission rogatoire relève de la compétence exclusive des organes judiciaires. La question n'est pas là : la question est que, quelle que soit l'autorité interne compétente à octroyer ou à refuser la commission rogatoire d'après la législation de l'Etat requis, sa décision doit être respectueuse des obligations pesant sur l'Etat aux termes de la convention, sans quoi la responsabilité internationale de l'Etat serait engagée ; et cela fait plaisir de constater que la France reconnaît en passant tout cela<sup>9</sup>.

9. Autrement dit, chaque Etat s'organise souverainement à sa façon et est partant libre de décider comment distribuer les diverses fonctions et compétences entre ses divers organes exécutifs et judiciaires, y compris suivant sa propre manière de concevoir le principe constitutionnel de la

---

<sup>8</sup> CMF, p. 26, par. 3.32.

<sup>9</sup> CMF, p. 26, par. 3.33.

séparation des pouvoirs. Mais ce principe, toujours d'après l'article 27 de la convention de Vienne, ne saurait justifier une quelconque violation des obligations internationales incombant à l'Etat en tant qu'unité, en tant que sujet de droit international, et ce quel que soit l'organe (exécutif, judiciaire ou autre) du même Etat qui en est l'auteur. Là encore, c'est à peine le cas de rappeler l'article 4, paragraphe 1, des articles sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite, d'après lequel «[l]e comportement de tout organe de l'Etat est considéré comme un fait de l'Etat d'après le droit international, que cet organe exerce des fonctions législative, exécutive, judiciaire ou autres, quelle que soit la position qu'il occupe dans l'organisation de l'Etat». Y compris donc, cela va de soi, si la position que l'organe occupe dans l'organisation de l'Etat comporte un degré plus ou moins important d'indépendance par rapport à l'exécutif du même Etat. Votre Cour l'a souligné en 1999 par ces mots : «[L]e comportement d'un organe d'Etat — même indépendant du pouvoir exécutif — doit être regardé comme un fait de cet Etat.» (*Différend relatif à l'immunité de juridiction d'un rapporteur spécial de la Commission des droits de l'homme, avis consultatif*, C.I.J. Recueil 1999, p. 88, par. 63.)

10. Il faut par ailleurs relever que les exigences de la vie internationale, et l'intérêt évident qu'a chaque Etat d'éviter autant que possible d'encourir dans la responsabilité internationale pour violation des engagements internationaux pesant sur lui, doivent normalement amener les gouvernements des Etats souverains, au vu des compétences centrales qui leur reviennent en matière de relations internationales d'après la plupart des constitutions nationales, à se soucier du respect desdits engagements de la part de l'ensemble de l'appareil organique de l'Etat et à veiller à ce que les diverses activités et fonctions de cet appareil organique se déroulent en conformité avec le droit international. Il faut donc s'attendre des gouvernements des Etats qu'ils prennent toutes les mesures permises par leur législation afin d'obtenir de tous les organes internes des conduites respectueuses des obligations internationales pesant sur l'Etat. C'est ce qu'entendait mettre en évidence le mémoire de Djibouti dans un passage qui a scandalisé à tort le défendeur<sup>10</sup> : mais si pour la France scandale il y a, ce n'est certes pas le demandeur qui en porte la responsabilité, mais bien la Cour ! En effet, Djibouti n'a fait que reprendre votre enseignement en la matière.

---

<sup>10</sup> Mémoire de Djibouti, p. 36, par. 87; CMF, p. 26, par. 3.32.

11. Permettez-moi de m'expliquer sur ce point. Il se peut effectivement que le droit interne d'un Etat n'accorde pas au gouvernement de moyens efficaces lui permettant d'obtenir de tous les organes internes des conduites respectueuses des obligations internationales pesant sur l'Etat : il pourrait en aller de la sorte, par exemple, à l'égard du parlement national légiférant de manière à violer le droit international, voire au regard de juges internes contredisant par leurs décisions des engagements internationaux de l'Etat. Ainsi, le défendeur nous informe aujourd'hui dans son contre-mémoire que le refus d'accorder une réponse favorable à la demande de commission rogatoire décernée par l'autorité judiciaire djiboutienne relève en France de la «décision souveraine de l'autorité judiciaire compétente»<sup>11</sup> et que les autorités exécutives ne peuvent rien ordonner aux autorités judiciaires en droit interne<sup>12</sup>, à ce sujet tout au moins. Cela implique alors que, si la «décision souveraine» de l'autorité judiciaire française enfreint l'article 2 de la convention, la responsabilité internationale de la France est de ce fait engagée sans que le Gouvernement français puisse faire quoi que ce soit pour l'éviter. Une telle condition d'impuissance, toutefois, ne saurait, ni alléger le poids des obligations internationales de l'Etat, ni justifier leur violation. Ainsi, dans l'affaire *LaGrand*, la Cour a maintenu que «la responsabilité internationale d'un Etat est engagée par l'action des organes et autorités compétents agissant dans cet Etat, quels qu'ils soient» et a souligné qu'en conséquence la responsabilité internationale des Etats-Unis était engagée, dans le cas d'espèce, même si la mise en œuvre des engagements internationaux pertinents relevait de la compétence de l'un des Etats fédérés (l'Arizona) et non pas de celle de l'Etat fédéral (*LaGrand (Allemagne c. Etats-Unis d'Amérique), mesures conservatoires, ordonnance du 3 mars 1999, C.I.J. Recueil 1999*, p. 16, par. 28). La Cour de surcroît — ne l'oublions pas — n'a pas ménagé ses mots : elle a rappelé que, même face à des autorités internes indépendantes d'après la Constitution fédérale, tels les gouvernements des Etats fédérés, «les Etats-Unis doivent prendre toutes les mesures dont ils disposent» afin d'obtenir de ces autorités le respect des engagements internationaux pesant sur les Etats-Unis mêmes. La France aurait dû, me semble-t-il, se souvenir de cet important *dictum* de la Cour, au lieu de critiquer âprement le point de vue analogue qu'a exprimé le demandeur.

---

<sup>11</sup> CMF, annexe 5.

<sup>12</sup> CMF, p. 26, par. 3.33.

### **3. L'attribution à la France des assurances reçues par Djibouti quant à la réussite de la demande de commission rogatoire**

12. En somme, il convient de répéter que tous les comportements, actes et décisions d'organes tant judiciaires qu'exécutifs français tombant sous l'emprise de la convention de 1986 sont à qualifier de faits de l'Etat en droit international et en engageant la responsabilité internationale s'ils en enfreignent les obligations. Cette vérité évidente est de mise non seulement pour la décision de refus de l'entraide judiciaire, quel que soit l'organe habilité à l'adopter suivant la législation française : elle s'applique aussi aux déclarations des organes exécutifs français ayant donné de pleines assurances à Djibouti quant à la réussite imminente de la démarche visant à obtenir la transmission aux autorités djiboutiennes du dossier Borrel. Nul ne saurait contester que de telles assurances — sur l'effet juridique desquelles dans notre affaire le prochain orateur reviendra sous peu — sont en droit international un fait attribuable à l'Etat français, et ce même au cas où l'organe les ayant données aurait agi *ultra vires* en les donnant, c'est-à-dire s'il avait «outrepass[é] sa compétence», comme nous le rappelle l'article 7 des articles sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite.

13. Par connexion, et sans vouloir anticiper sur ce que la prochaine plaidoirie dira au sujet desdites assurances de réussite adressées à Djibouti par de hauts responsables gouvernementaux français, il vaut la peine d'attirer d'ores et déjà l'attention de la Cour sur un bien curieux argument en matière d'attribution (qu'on aurait envie de qualifier, avec tout le respect, de «cocasse») dont la France tente de se servir concernant la lettre du 27 janvier 2005 du directeur de cabinet du garde des sceaux à l'ambassadeur de Djibouti en France<sup>13</sup>. Cette lettre, nous signale-t-on<sup>14</sup>, «est écrite à la première personne du singulier» et comporte des expressions comme «j'ai l'honneur de porter à votre connaissance», «j'ai demandé», «je tenais à vous indiquer». Et alors ? Alors, voilà l'époustouflante conclusion que le contre-mémoire suggère avec le plus grand sérieux : puisque «la République française n'est pas, grammaticalement parlant, le sujet d'aucune des phrases figurant dans la lettre», «[d]ès lors, il est évident que le directeur de cabinet du garde des sceaux n'engageait nullement la République Française»<sup>15</sup>. Il serait intéressant de comprendre d'où la

---

<sup>13</sup> MD, p. 137, annexe 21.

<sup>14</sup> CMF, p. 43, par. 3.89.

<sup>15</sup> CM, p. 43, par. 3.89-3.90

France tire cette théorie inédite d'après laquelle l'acte d'un organe de l'Etat agissant ès qualité et adressé à un autre Etat ne serait pas attribuable à celui-là s'il a été rédigé en utilisant la première personne du singulier, alors qu'il le serait sans doute en cas d'emploi de la première personne du pluriel... La Commission du droit international n'avait pas eu l'idée de songer à la grammaire comme critère d'attribution !

14. Madame le président, cet effort véritablement désespéré du défendeur visant à neutraliser la lettre du 27 janvier 2005 du directeur de cabinet du garde des sceaux de la République française à l'ambassadeur de Djibouti en France en dit long, en réalité, quant à son importance. Comme mon ami et collègue Phon van den Biesen le montrera tout à l'heure, cette lettre représente, en effet, la réponse officielle du ministère de la justice de l'Etat requis, la France, à la commission rogatoire adressée par l'Etat requérant, Djibouti, par la voie officielle prescrite par l'article 14 de la convention de 1986. Cet article, rappelons-le, prévoit que «[l]es commissions rogatoires prévues à l'article 3 seront adressées par le ministère de la justice de l'Etat requérant au ministère de la justice de l'Etat requis et renvoyées par la même voie». La lettre en question n'est donc pas seulement un acte indiscutablement attribuable à la France d'après les principes de droit international : elle est aussi l'acte réunissant les conditions nécessaires pour produire les effets prévus à l'article 14. Cela sera démontré sous peu à votre Cour.

15. Tout ce que viens d'observer jusqu'ici relève cependant — je l'ai indiqué au début — des désaccords de détail entre les Parties au sujet de l'interprétation des dispositions pertinentes de la convention de 1986. Venons-en finalement aux questions fondamentales qui les opposent, toujours en matière d'interprétation de la convention : on sait que celles-ci portent essentiellement sur les articles 2, *litt. c*), et 17.

#### **4. L'article 2 de la convention de 1986 et le refus de l'entraide**

16. L'article 2, d'abord. On sait que cette disposition énumère de façon exhaustive les seuls trois cas dans lesquels une partie peut refuser l'entraide demandée : aucun autre motif de refus n'est autorisé. La lettre de l'article 2 est d'une clarté exemplaire en ce sens, et elle l'est d'autant plus dès qu'on en relève l'étroite connexion avec l'autre disposition générale qui précède : l'article 1. Celui-ci prescrit la règle (à savoir, l'obligation des parties contractantes de s'accorder



mutuellement l'entraide la plus large possible), alors que l'article 2 identifie les seules exceptions admissibles.

17. Y a-t-il besoin de prouver ultérieurement cette évidence, concernant le caractère «fermé» de la liste figurant à l'article 2 ? Sans doute non ! Mais par excès de prudence, face à l'ambiguïté déjà observée et critiquée qu'entretient le contre-mémoire français, il convient de faire au moins une brève référence à la convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale de Strasbourg du 20 avril 1959<sup>16</sup>. Cette convention célèbre — qui a eu, on le sait, beaucoup de succès — est intéressante dans notre cas parce qu'elle représente le modèle à l'image duquel la convention de 1986 a été rédigée : en particulier, toutes les dispositions de cette dernière qui sont pertinentes dans notre cas ont été recopiées mot à mot de la convention européenne, avec une seule variante à l'article 2 ; la variante étant que dans la convention européenne deux seuls motifs de refus de l'entraide sont consacrés en son article 2 (qui est là aussi une disposition générale se référant à toutes les formes d'entraide), et non pas trois comme dans la convention bilatérale de 1986. Toutefois, le motif figurant à l'article 2, *litt. c)*, de la convention de 1986, qui nous intéresse davantage ici, est libellé exactement comme l'article 2, *litt. b)*, de la convention européenne, virgules comprises. Or, il est très instructif d'observer que, cette convention étant multilatérale et ouverte, nombreux sont les Etats qui ont ressenti le besoin de se garantir la possibilité de refuser l'entraide pour des raisons supplémentaires à celles énumérées à l'article 2. Ils ont alors formulé des réserves précises et bien explicites dans ce but, ce qui implique clairement que l'article 2 de la convention européenne est unanimement interprété comme prescrivant une liste close des raisons admises de refus. Il serait — me semble-t-il — paradoxal que l'on interprète autrement son jumeau, l'article 2 de la convention franco-djiboutienne de 1986 !

##### **5. L'article 2, *litt. c)*, de la convention de 1986 : une «self-judging clause» ?**

18. Ce point étant, j'espère, définitivement acquis, il faut maintenant se tourner vers l'argument central sur lequel se fonde essentiellement l'allégation du défendeur suivant laquelle il n'aurait nullement violé la convention de 1986 : l'argument est que le refus d'exécuter la

---

<sup>16</sup> Toutes ces informations concernant la convention européenne de 1959, y compris pour ce qui est de la large pratique en matière de réserves relatives à son article 2, sont tirées de M. Pisani, F. Mosconi, D. Vigoni, *Codice delle Convenzioni di estradizione e di assistenza giudiziaria in materia penale*, 4<sup>e</sup> éd., Milan 2004, p. 571 et suiv.

commission rogatoire requise par Djibouti concernant le dossier Borrel serait justifié grâce à la clause de la convention d'après laquelle

«[l]'entraide pourra être refusée :

.....

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

On pourrait résumer la thèse de la France en trois mots : pour elle, celle de l'article 2, *litt. c)* n'est, ni plus ni moins, qu'une «self-judging clause», c'est-à-dire une clause permettant des «possibilités de dérogation, dont le propre est de relever de l'appréciation exclusive de l'Etat qui entend la mettre en œuvre»<sup>17</sup>. Et la France d'insister :

«L'alinéa *c)* dont la mise en œuvre par la France est au cœur du présent différend, est particulièrement explicite. Non seulement il commence par «[s]i l'Etat requis estime», mais l'utilisation d'une suite d'adjectifs possessifs renforce l'idée d'un pouvoir exclusif d'appréciation conservé par l'Etat requis. Lui seul détermine si une demande d'entraide judiciaire est de nature à porter atteinte à «sa» souveraineté, à «sa» sécurité, à «son» ordre public ou à d'autres de «ses» intérêts essentiels.»<sup>18</sup>

19. La thèse que ce pouvoir d'appréciation est «exclusif», c'est-à-dire que l'Etat requis en est le dépositaire unique, à l'exclusion de toute possibilité de vérification de quelque intensité que ce soit de la part d'autrui, a des implications évidentes et inévitables, même si le contre-mémoire a la prudence (ou la pudeur peut-être) de ne pas les articuler explicitement. La première est que l'Etat requérant ne disposerait d'aucune sorte de moyen pour contrôler si les intérêts essentiels de l'Etat requis sont correctement invoqués ou non. La seconde, sans doute plus impressionnante encore, est que votre Cour se trouverait elle aussi automatiquement mise hors jeu. En effet, malgré la pleine compétence que les Parties lui ont reconnue quant au règlement du présent différend, il serait absolument interdit à votre juridiction d'exercer réellement cette compétence : la Cour devrait donner raison à la France, quant à la légalité de son refus d'exécuter la commission rogatoire demandée par Djibouti, non pas suite à une vérification autonome du respect par la France de la convention de 1986, mais parce que la France a décidé de son propre chef et de façon totalement discrétionnaire que son refus respecte la convention.

---

<sup>17</sup> CMF, p. 28, par. 3.39.

<sup>18</sup> CMF, p. 28, par. 3.40

20. Madame le président, face à une telle interprétation on aurait grande envie d'évoquer, avec sir Hersch Lauterpacht, la notion de «condition potestative pure» et de répéter à sa suite qu'«un engagement dans lequel la partie qui s'engage se réserve le droit exclusif de déterminer la portée ou l'existence même de son obligation n'est pas un engagement juridique» (*Certains emprunts norvégiens (France c. Norvège)*, C.I.J. Recueil 1957, p. 48, opinion individuelle de sir Hersch Lauterpacht). Au fond, il faut le dire d'emblée : si votre Cour acceptait le point de vue français, l'entière convention de 1986 et toutes ces obligations qu'elle prescrit se trouveraient simplement réduites à néant, puisque chaque partie aurait toujours le droit de décider souverainement de refuser l'entraide demandée au nom de son ordre public et de ses intérêts essentiels, sans avoir à rendre le moindre compte à personne, y compris votre Cour, d'une telle décision. S'agit-il d'une conception saine, sensée ? N'est-elle pas en contradiction flagrante avec les principes mêmes du traité d'amitié et de coopération de 1977, dont on a souligné qu'ils doivent jouer un rôle central dans l'interprétation et l'application des instruments bilatéraux postérieurs, telle la convention de 1986 ? Ne contredit-elle pas de front le principe de l'effet utile, qui impose de ne pas privilégier une interprétation d'un traité dont le résultat serait de vider le texte de tout effet juridique ? N'implique-t-elle pas, en particulier, que la liste exhaustive des motifs de refus fixée à l'article 2 perdrait tout son sens, étant donné que pour n'importe quel autre motif ou prétexte, y compris le plus saugrenu et arbitraire, cet argument pourrait jouer librement au travers de la «self-judging clause» du *litt. c)* ?

21. Il est vrai qu'à l'appui de sa thèse, que je me permets de qualifier de «potestative pure», la France peut invoquer certains de vos *obiter dicta*, dont elle fait pour l'heure une utilisation fort discrète et en sourdine dans son contre-mémoire<sup>19</sup>, alors qu'on peut supposer qu'elle leur réservera sans doute un rôle de *prima donna* lors de ses prochaines plaidoiries orales. En effet, la Cour s'est penchée en 1986 (*Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*), et est ensuite revenue beaucoup plus rapidement en 2003 (*Plates-formes pétrolières (République islamique d'Iran c. Etats-Unis d'Amérique)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2003, p. 183, par. 43), sur certaines dispositions de traités bilatéraux d'amitié permettant à chacune des parties de déroger à

---

<sup>19</sup> CMF, p. 28-29, par. 3.41 et note 22.

des obligations conventionnelles pour appliquer les mesures «nécessaires ... à la protection des intérêts vitaux» de cette partie. Face à la prétention que le recours à de telles clauses relèveraient de l'appréciation subjective de la partie intéressée, la Cour s'est exprimée ainsi en 1986 :

«Cet article ne peut pas s'interpréter comme faisant échapper à la compétence de la Cour le présent différend sur la portée du traité. En effet cette disposition, étant l'une de celles qui constituent le traité, est régie par l'article XXIV aux termes duquel tout différend sur «l'interprétation et l'application du traité» est de la compétence de la Cour. L'article XXI définit les cas dans lesquels le traité prévoit lui-même des exceptions au caractère général de ses autres dispositions, mais il ne tend nullement à faire échapper l'interprétation et l'application de ses propres termes à la compétence de la Cour prévue par l'article XXIV. Que la Cour soit compétente pour déterminer si des mesures prises par l'une des Parties relèvent d'une exception ressort également *a contrario* de ce que le texte de l'article XXI du traité n'a pas repris le libellé antérieur de l'article XXI de l'accord général sur les tarifs douaniers et le commerce. Cette disposition du GATT, prévoyant des exceptions au jeu normal de l'accord général, précise que celui-ci ne sera pas interprété comme empêchant une partie contractante de prendre «toutes mesures qu'elle estimera nécessaires à la protection des intérêts essentiels de sa sécurité», dans des domaines comme la fission nucléaire, les armements, etc. Le traité de 1956 fait simplement état au contraire des mesures «nécessaires» et non pas de celles considérées comme telles par une partie.» (*Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique)*, fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1986, p. 116, par. 222.)

22. Et plus loin la Cour a ajouté que,

«d'après les termes du traité lui-même, la question de savoir si une mesure est nécessaire à la protection des intérêts vitaux de sécurité d'une partie ne relève pas de l'appréciation subjective de la partie intéressée, ainsi que la Cour l'a déjà souligné (paragraphe 222 ci-dessus) : le texte ne vise pas ce que la partie «estime nécessaire»» (*ibid.*, p. 141, par. 282).

23. Indiscutablement, votre Cour a attribué une importance considérable au fait que, dans l'affaire qui lui était soumise à l'époque, la clause conventionnelle à interpréter donnait la possibilité à une partie d'apporter des dérogations à ses obligations conventionnelles en cas de «mesures nécessaires ... à la protection de [ses] intérêts vitaux», et non pas en cas de mesures que cet Etat «estime nécessaire[s]». Elle a dit assurément que dans le premier cas la question de savoir si la mesure est nécessaire ou non «ne relève pas de l'appréciation subjective de la partie intéressée», alors qu'il en va différemment dans l'autre cas, à savoir le cas des mesures que la partie «estime nécessaires». Toutefois, la Cour n'avait pas à décider et s'est bien gardée d'affirmer que dans ce second cas l'appréciation subjective de l'Etat ne rencontrerait aucune sorte de limite et ne serait susceptible d'aucune espèce de contrôle de quelque nature et de quelque portée que ce soit : ceci notamment lorsque les parties ont, comme ici, habilité la Cour à trancher un différend

portant sur une telle question. Certes, une marge d'appréciation est laissée à l'Etat dans ce cas de figure, mais la Cour n'a ni déclaré ni laissé entendre qu'il n'y aurait aucune marge du tout ! La Cour n'a pas jugé que l'Etat intéressé disposerait d'un pouvoir d'appréciation, non pas «subjectif», mais absolu, face à l'exercice duquel, même totalement arbitraire, il ne resterait au juge international compétent qu'à mettre bas son chapeau !

24. Madame et Messieurs les juges, je crois que le présent différend est une occasion de choix pour que la Cour dise finalement son mot sur l'interprétation qu'il convient de donner à des clauses d'un accord international qui, à l'instar de l'article 2, *litt. c*), de la convention de 1986, autorisent exceptionnellement les Etats parties à déroger à la plus fondamentale des obligations qu'ils ont souscrites au moyen de cet accord (dans notre cas, l'obligation de s'accorder l'entraide la plus large possible) lorsqu'ils «estiment» qu'une telle dérogation est nécessaire pour la préservation de leur ordre public et de leurs intérêts essentiels. Il s'agit, en effet, d'un problème d'interprétation qui soulève inévitablement des interrogations de caractère général concernant la latitude du pouvoir discrétionnaire de l'Etat qui entend se prévaloir d'une «self-judging clause» ; il vaut donc sans doute la peine de présenter d'abord quelques observations sur ces aspects généraux. Mais il va sans dire que c'est surtout à la lumière des principes et des spécificités du traité particulier dont une telle clause fait partie intégrante qu'il faut raisonner concrètement : autrement dit, l'attention doit être centrée ici principalement sur la convention de 1986, afin de relever dans celle-ci les indications permettant de déterminer la signification objective de la clause en question.

## **6. Remarques générales sur les «self-judging clauses» et sur les limites de l'appréciation subjective**

25. Pour ce qui est des observations générales, la première à faire est la suivante : une chose est reconnaître qu'un Etat partie, face à une clause conventionnelle du genre de la nôtre, jouit indiscutablement d'une marge d'appréciation, alors qu'une chose totalement différente est de prétendre qu'une telle appréciation subjective s'imposerait aux autres parties au traité, ainsi qu'à ce tiers impartial qu'est le juge international, dans tous les cas de figure et sans la moindre limite. Cette thèse équivaldrait à affirmer en substance, on l'a dit, qu'aucune vraie obligation n'a pris naissance du traité. Parfaitement pertinente est donc ici la remarque méthodologique d'un ancien président de la Cour, le juge Spender, lorsqu'il observait :

«Il nous faut être constamment sur nos gardes, afin que rien de ce que l'on pourrait dire — ou de ce que l'on pourrait omettre de dire — ne vienne donner crédit à l'idée que les nations ont le droit, en invoquant «l'ordre public», de déterminer leurs propres critères pour définir les obligations qui leur incombent en vertu de conventions ou de traités internationaux.» (*Application de la convention de 1902 pour régler la tutelle des mineurs (Pays-Bas c. Suède)*, arrêt, C.I.J. Recueil 1958, p. 121.)

26. Quelle limite alors ? Votre Cour a déjà donné une ébauche de réponse à cette interrogation. Dans son arrêt de 1952 en l'affaire des *Droits des ressortissants des Etats-Unis d'Amérique au Maroc*, la Cour, devant juger à qui reviendrait le pouvoir de choisir les critères nécessaires pour déterminer la valeur des marchandises aux fins douaniers, s'exprima ainsi : «le pouvoir d'évaluer appartient aux autorités douanières, mais elles doivent en user raisonnablement et de bonne foi» (*Droits des ressortissants des Etats-Unis d'Amérique au Maroc (France c. Etats-Unis d'Amérique)*, arrêt, C.I.J. Recueil 1952, p. 212). Le propos est clair : lorsqu'un Etat a le pouvoir d'apprécier unilatéralement les conditions lui permettant d'exercer un droit, il a alors l'obligation d'agir dans le respect des principes de la raisonnable et de la bonne foi.

27. Sur ce même concept a insisté également le juge Lauterpacht, par une prise de position qui apparaît spécialement pertinente ici, puisque la question sur le tapis en l'espèce portait justement sur l'invocation par un Etat d'une clause de dérogation faisant référence à l'ordre public. Sir Hersch a souligné que l'Etat intéressé «ne saurait alors se borner à prouver d'une manière générale que la loi en vertu de laquelle il a agi relève de l'exception permise : il doit prouver que cette exception a été appliquée d'une manière raisonnable et de bonne foi» (*Application de la convention de 1902 pour régler la tutelle des mineurs (Pays-Bas c. Suède)*, arrêt, C.I.J. Recueil 1958, p. 99, opinion individuelle de sir Hersch Lauterpacht).

28. On peut aussi tirer des confirmations fort suggestives de la pleine validité de cette approche de tout un groupe de sentences arbitrales récentes en matière d'investissements dans lesquelles il était question justement de «self-judging clauses»<sup>20</sup>, c'est-à-dire de ce genre de dispositions conventionnelles dont l'application, à l'instar de l'article 2, *litt. c)*, de la convention franco-djiboutienne de 1986, semble dépendre entièrement, à première vue, de l'appréciation subjective de l'Etat qui l'invoque. En effet, les conclusions auxquelles les tribunaux arbitraux

---

<sup>20</sup> *Enron Corporation Ponderosa Assets v. Argentine Republic*, sentence du 22 mai 2007, par. 322-345 ; *CMS Gas Transmission Company v. Argentine Republic*, sentence du 12 mai 2005, par. 353-378 ; *Sempra Energy International v. Argentine Republic*, sentence du 28 septembre 2007, par. 364-391.

parviennent montrent deux choses : d'une part, qu'il y a une tendance claire à interpréter ces clauses dans le sens qu'elles n'excluent nullement la compétence de l'arbitre à vérifier le bien-fondé *in facto* du recours à l'exception; et, d'autre part, que comme *ultima ratio* il s'impose en tout cas de reconnaître la possibilité de vérifier la bonne foi de l'Etat souhaitant s'abriter derrière une telle exception. Sans aucun doute, l'affirmation de loin la plus intéressante pour nous est celle qu'on peut lire dans la sentence du 3 octobre 2006, rendue en l'affaire *LG&E c. Argentine*. Le tribunal, à propos d'une clause d'exception contenue dans un traité bilatéral d'investissement entre l'Argentine et les Etats-Unis, s'est lancé dans la remarque suivante : «Were the Tribunal to conclude that the provision is self-judging, Argentina's determination would be subject to a good faith review anyway, which does not significantly differ from the substantive analysis presented here.»<sup>21</sup> Aussi synthétique qu'il soit, l'*obiter dictum* cité confirme bien qu'en tout cas le choix subjectif de l'Etat recourant à une clause d'exception (y compris celle libellée avec les mots «si l'Etat estime») peut être assujéti au minimum à un contrôle extérieur «substantiel» portant sur son caractère raisonnable et sur la bonne foi. Un contrôle par l'autre partie et, bien entendu, par le juge international, si les Etats concernés ont consenti à lui soumettre le différend, comme c'est le cas présentement.

#### **7. La «self-judging clause» de l'article 2, *litt. c*), de la convention de 1986 et le rôle de l'obligation de motiver**

29. Mais il s'agissait jusqu'ici d'observations générales sur le phénomène des «self-judging clauses». Il nous faut maintenant passer à l'analyse de la clause spécifique de l'article 2, *litt. c*), de la convention de 1986, qui doit être évidemment interprétée «dans son contexte», c'est-à-dire à la lumière du «tout» dont elle fait partie intégrante et inséparable : le traité dans son entier. Ce qui saute aux yeux dans cette optique est que le régime du refus de l'entraide n'est pas formé par le seul article 2 : l'autre composante essentielle de ce régime est représentée par l'article 17, établissant, par une formule tranchante et sans nuances, déjà citée à plusieurs reprises, que «tout refus d'entraide judiciaire sera motivé».

---

<sup>21</sup> In *ICSID Review – Foreign Investment Journal*, vol. 21, p. 255, par. 214.

30. Une telle formule est courante dans les traités bilatéraux de ce genre, qui sont milliers, même si elle n'est pas présente dans tous : en témoigne l'ouvrage d'un auteur qui s'est penché en profondeur sur ce thème dans une importante monographie récente<sup>22</sup>. Ainsi, par exemple, une brève recherche menée sur les traités bilatéraux d'entraide judiciaire en matière pénale conclus par l'Italie m'a permis d'en identifier quelques-uns dans lesquels l'obligation de motivation ne figure pas<sup>23</sup>.

31. Que vient faire alors une telle obligation, quand elle est prévue ? Quel est le rôle que lui confie l'accord qui la consacre ? L'auteur que je viens de citer est formel à ce sujet :

«Toutes les circonstances qui donnent, ou peuvent donner lieu à un refus de l'entraide demandée impliquent une appréciation qui appartient avant tout à l'Etat requis. Dans cette optique, l'obligation de motivation vaut pour l'Etat requérant en tant qu'instrument de contrôle sur la licéité, selon l'instrument international applicable, de la décision de refus (et, partant, sur le respect de l'obligation d'entraide qu'il établit).»<sup>24</sup>

C'est donc parfaitement arbitraire, et contraire au principe de l'interprétation harmonieuse ou systématique des traités internationaux, de prétendre de manière apodictique — comme le fait le défendeur — que «[l']obligation de motiver ... n'est pas une condition de licéité [du] refus, ... mais une obligation distincte, résultant de l'article 17 de la convention» et que «[l]a position de cette disposition dans la convention témoigne de la volonté des Etats parties de distinguer entre, d'une part, le refus et, d'autre part, la motivation du refus»<sup>25</sup>. Voilà un discours bien formaliste ! Certes, le lieu où l'obligation de motivation est inscrite est distinct, mais cela ne l'empêche nullement de jouer le rôle d'instrument permettant à l'autre partie, et maintenant à votre Cour, de vérifier que les motifs devant être obligatoirement allégués pour justifier le refus sont bien existants, qu'ils sont sérieux, qu'ils sont pertinents et qu'ils ne comportent aucun abus de droit.

---

<sup>22</sup> Annalisa Ciampi, *L'assunzione di prove all'estero in materia penale*, Padoue, 2004, p. 174.

<sup>23</sup> Recherche effectuée en utilisant l'ouvrage de M. Pisani, F. Mosconi, D. Vigoni, *Codice delle Convenzioni di estradizione e di assistenza giudiziaria in materia penale*, 4<sup>e</sup> éd., Milan, 2004. Les traités en question sont : Italie-Maroc, 12 février 1971, art. 11 (p. 244) ; Italie-Mexique, 22 mai 1899 (remis en vigueur en 1948), art. 18 (p. 263) ; et Italie-Pérou, 24 février 1999, art. 4 (p. 294).

<sup>24</sup> Annalisa Ciampi, *op. cit.*, p. 175. L'original en italien est ainsi formulé :

*“Tutte le circostanze che danno, o possono dare, luogo ad un rifiuto dell'assistenza richiesta implicano una valutazione, che spetta innanzitutto allo Stato richiesto. In questa prospettiva, l'obbligo di motivazione vale per lo Stato richiedente come strumento di controllo sulla liceità, secondo lo strumento internazionale applicabile, della decisione di rifiuto (e, quindi, sul rispetto degli obblighi di assistenza ivi sanciti).”*

<sup>25</sup> CMF, p. 29, par. 3.42.



32. La logique du système que forment les articles 1, 2 et 17 de la convention de 1986 est, en somme, parfaitement identifiable. L'article 1 établit la règle de base liant les parties contractantes : elles sont assujetties à l'obligation de s'accorder mutuellement l'entraide la plus large possible ; l'article 2 octroie cependant à chacune d'entre elles la possibilité de se soustraire exceptionnellement à une telle obligation par décision unilatérale, en invoquant l'une des trois raisons de refus admises ; cependant, sur cette partie incombe alors l'*onus probandi* — au moyen d'une motivation convaincante, requise par l'article 17 — que le refus se justifie. Il vaut la peine de rappeler ici ce qui représente un *locus classicus* du droit international, datant de la fin du XVIII<sup>e</sup> siècle : «Whoever will derive to himself advantage by the exception to a general rule, or by an interference with the generally acknowledged rights of another, is bound to prove that his case is completely within the exception.»<sup>26</sup>

#### **8. L'article 17 de la convention de 1986 et le contenu de la motivation**

33. Quant au contenu de la motivation, il faut noter aussitôt que le contre-mémoire se contredit remarquablement ! Après avoir prétendu tirer d'étranges conséquences de la position distincte de l'article 17 dans la convention de 1986, le défendeur amorce un virage complet et nous explique quelques lignes plus loin que la disposition en question «prend un sens dans son contexte, c'est-à-dire en la mettant en relation avec les autres dispositions de la convention...», et que par conséquent l'article 17 «doit être lu en conjonction avec l'article 2, puisque ce sont les deux seules dispositions à évoquer le refus d'entraide judiciaire»<sup>27</sup>. Voilà qui est fort bien dit ici, Madame le président ! Mais la France ne va pas alors prétendre que l'article 17 doit être lu en conjonction avec l'article 2, alors que l'article 2 ne devrait pas être, quant à lui, lu en conjonction avec l'article 17 ! La vérité est que la «conjonction» entre ces deux dispositions est effectivement très étroite, puisque l'une, l'article 17, prescrit la condition essentielle devant être remplie par l'Etat requis pour pouvoir profiter valablement du droit de refuser à titre exceptionnel l'entraide demandée par l'Etat requérant.

---

<sup>26</sup> *Neptune Arbitration*, 1797 (United Kingdom/United States, Jay Treaty Arbitrations 1794) (cité par Cheng, *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals* (1953), p. 306.

<sup>27</sup> CMF, p. 29, par. 3.44.

34. La prochaine plaidoirie de M<sup>e</sup> van den Biesen montrera que le refus par la France d'exécuter la commission rogatoire demandée par Djibouti concernant le «dossier Borrel» n'est accompagné en réalité d'aucune sorte de motivation : même pas l'indication de la lettre *a*), *b*) ou *c*) de l'article 2 à laquelle on faisait appel. Tout ce qui a été communiqué est que la commission rogatoire n'aurait pas lieu, un point c'est tout<sup>28</sup> ! Une telle conduite constitue déjà en soi une violation flagrante de la convention de 1986. Il a fallu à Djibouti attendre le contre-mémoire de la France pour en savoir officiellement un peu plus : mais ce plus, comme on le verra d'ici peu, est toujours loin de satisfaire les exigences prescrites par les articles 2 et 17 de la convention.

35. Quelles sont ces exigences ? C'est une question à laquelle le contre-mémoire ne dédie que quelques lignes hâtives, desquelles on déduit que tout ce que l'Etat requis devrait faire est de mentionner le motif de refus retenu, sans besoin «d'aller plus avant dans la motivation»<sup>29</sup>. Madame le président, soutenir que l'Etat requis, au titre de l'article 17, n'aurait qu'à communiquer «le motif de refus retenu», signifie bel et bien confondre deux concepts distincts : celui de «motivation» et celui de «notification». Deux concepts dont la différence devrait être bien connue de la France, puisque nombre de ses propres traités bilatéraux d'entraide en matière pénale prescrivent que «tout refus d'entraide judiciaire est motivé et notifié à la partie requérante» : ainsi est formulé, par exemple, l'article 21 de la convention d'entraide judiciaire en matière pénale entre la France et le Paraguay de 1997<sup>30</sup>. En somme, prétendre transformer l'obligation de motivation prévue à l'article 17 de la convention franco-djiboutienne de 1986 en une simple obligation de notification contredirait manifestement la lettre de cette disposition et la viderait en substance de tout effet utile.

36. Il n'est point besoin de mettre ici en lumière combien le défendeur se contredit encore une fois à ce sujet aussi, puisque, après avoir énoncé cette thèse surprenante, dans le même contre-mémoire il finit par donner bien tardivement une série de détails, toujours très insatisfaisants au demeurant — ainsi qu'on le verra incessamment — mais des détails quand même ! Ceci alors qu'il avait soutenu expressément n'avoir aucune obligation «d'aller plus avant dans la

---

<sup>28</sup> Lettre du 6 juin 2005 de l'ambassadeur de France à Djibouti au ministre des affaires étrangères et de la coopération internationale, CMF, annexe XXII.

<sup>29</sup> CMF, p. 30, par. 3.45.

<sup>30</sup> Pour le texte de la convention: <http://www.doc.diplomatie.gouv.fr/pacte/index.html>.

motivation» ! S'agit-il finalement de la reconnaissance implicite qu'une telle position n'aurait pas été défendable devant votre Cour ? On peut se le demander, Madame et Messieurs les juges !

37. Il nous reste tout de même à expliciter encore la position de Djibouti, quant à l'interprétation à donner de l'obligation de motiver le refus d'entraide, prescrite à l'article 17. Le fait que les Parties aient décidé de réserver à cette obligation une place importante dans la convention de 1986 et d'en faire l'instrument unique pour contrôler la légalité de la décision de refus de l'entraide suggère que l'article 17 doit permettre une vérification de cette décision pouvant aller au-delà du seul respect des principes de la bonne foi et du caractère raisonnable de la mesure : ces dernières vérifications, on l'a vu, seraient de toute façon possibles, même en l'absence d'une disposition explicite comme l'article 17. Le refus d'entraide représentant une dérogation exceptionnelle à la règle de l'article 1 de la convention, il est logique de penser que l'Etat requis a l'obligation de fournir toutes les informations nécessaires pour permettre à l'Etat requérant de comprendre pourquoi l'autre Etat a estimé nécessaire de donner une réponse négative à la demande d'entraide. C'est bien là l'interprétation qu'impose, entre autres, la prise en compte des principes du traité bilatéral d'amitié et de coopération de 1977, dont je me suis permis de souligner hier le rôle important s'agissant d'interpréter la convention de 1986.

38. Ici aussi la traduction anglaise non officielle de la convention de 1986, préparée par le Greffe de la Cour, offre une confirmation d'autant plus suggestive qu'elle reprend intégralement l'article 17 de la version anglaise officielle de l'article 19 de la convention européenne de 1959 que j'ai déjà citée : «Tout refus de l'entraide judiciaire sera motivé» est rendu en anglais par les mots «Reasons shall be given for any refusal of mutual assistance». Cela met bien en évidence que la motivation due doit détailler et expliquer de manière satisfaisante les raisons véritables ayant convaincu l'Etat requis à répondre par la négative à la demande d'entraide. Dans ce sillage, la Cour voudra sans doute prendre note de l'interprétation que les Etats de l'Union européenne (y compris — cela va sans dire — la France) donnent de l'obligation de motiver le refus d'entraide judiciaire dans leurs relations réciproques, leurs relations européennes : l'action commune du 29 juin 1998, adoptée par le Conseil de l'Union européenne et relative aux «bonnes pratiques

d'entraide judiciaire en matière pénale»<sup>31</sup>, enregistre parmi ces «bonnes pratiques» la suivante : «lorsque tout ou partie de l'aide demandée ne peut être exécutée, adresser aux autorités requérantes un rapport écrit ou oral expliquant la difficulté et proposant, si possible, d'examiner avec elles les moyens de la résoudre»<sup>32</sup>.

39. Madame le président, il y a de quoi se poser des questions : on a le droit — me semble-t-il — de s'étonner quand on constate que la France interprète l'obligation de motivation dans le contexte européen de cette façon exemplaire, parfaitement en harmonie avec les exigences de la bonne foi, alors qu'elle donne une interprétation radicalement différente de l'article 17 de la convention franco-djiboutienne de 1986, lequel est pourtant formulé exactement comme l'article 19 de la convention européenne de 1959 ?

40. Madame et Messieurs les juges, j'en ai terminé avec la présentation du droit applicable dans les relations entre Djibouti et la France en matière d'entraide judiciaire relative aux commissions rogatoires. Je vous serais reconnaissant, Madame le président, de bien vouloir donner maintenant la parole à l'agent adjoint de la République de Djibouti, M<sup>e</sup> Phon van den Biesen. Merci.

The PRESIDENT: Thank you very much, Professor Condorelli. I now call to the Bar, Maître van den Biesen.

Mr. van den BIESEN:

#### **THE BILATERAL TREATIES APPLIED TO THE FACTS OF THIS CASE**

##### **Introductory remarks**

1. Madam President, Members of the Court, now that my friend and colleague, Luigi Condorelli, has provided the Court with a thorough exposé on the law on mutual assistance in criminal matters in general, and also on the particulars of both the Convention of 1986 and the Friendship Treaty of 1977, I will discuss the conclusions to which, in our case and in our view, a proper application of the law will have to lead.

---

<sup>31</sup> *JOCE*, L 191/1 du 7.7.98.

<sup>32</sup> Art. 3 e).

### **Chronology of relevant events**

2. In our Memorial we mentioned three international letters rogatory presented by the French Republic in relation to the *Borrel* case<sup>33</sup>. Actually, there were two earlier ones as well, but for the essence of our case these do not change the picture. This is a picture of an unreserved, constructive approach practised by the Djibouti authorities with respect to each one of the consecutive international letters rogatory<sup>34</sup>. These covered a period of more than six years — from the beginning of 1996 to half way through 2002 — while in substance these covered just about every thinkable variation of assistance: transmitting copies, including copies of fingerprints and copies of hundreds of photographs; hearing of witnesses in Djibouti; personal inspections of several premises in Djibouti — including the presidential palace — providing reports produced by the telephone company; organizing reconstructions of the known facts around the death of Judge Borrel, etc.

3. Throughout this period and with respect to each and every topic of the various requests, the Djibouti authorities provided, indeed, the widest possible mutual assistance, meaning that at all times they went out of their way to generously satisfy the French investigators, including the French judicial authorities. On 19 April 2004 a spokesperson of the French Ministry of Foreign Affairs acknowledged this and declared:

“nous tenons à réaffirmer l’excellente coopération dont ont fait preuve dans cette affaire les autorités djiboutiennes, notamment dans le cadre de commissions rogatoires internationales. En particulier, chaque fois que le concours des autorités djiboutiennes a été demandé, celles-ci l’ont accordé sans délai.”<sup>35</sup>

The Respondent has since then only repeated this position and has never changed it nor distanced itself from it. Therefore, from a perspective of reciprocity alone Djibouti was entitled to nothing less than, indeed, “*la plus large possible*” assistance. However, how peculiar is it, Madam President, to now see that the Respondent, when it comes to its own compliance with the Article 1 obligation of the 1986 Convention, adheres to a totally different perception of what “*la plus large possible*” entails, claiming that “*la plus large possible*” may also be interpreted as “zero” assistance<sup>36</sup>. Clearly, this interpretation is, to put it modestly, entirely implausible and

---

<sup>33</sup>MD, Ann. II.2.

<sup>34</sup>*Ibid.*

<sup>35</sup>MD, Ann.15.

<sup>36</sup>CMF, paras. 3.34-3.35.

cannot be accepted as a starting-point for a proper assessment of the lawfulness of the Respondent's position.

4. In this respect it is not unimportant to note that from early 2000 onwards several parts of the French media were strongly criticizing the way in which the French judiciary had conducted the Borrel investigation. At the same time, these media sources began to openly incriminate high-placed Djibouti authorities with respect to the alleged murder of Judge Borrel. All of this, obviously, did not go unnoticed in Djibouti, but it did not affect the openness with which the Djibouti authorities co-operated in response to the French international letters rogatory.

5. It was only in December 2003 that the Djibouti Minister for Foreign Affairs made it known to his French counterpart, His Excellency Monsieur de Villepin, that, indeed, enough is enough<sup>37</sup>. He suggested that it seemed time that — after eight years of investigations — the judicial investigation could be brought to a conclusion. And he wondered why the French authorities remained silent vis-à-vis the untruthful attacks on the Djibouti President. Also, he suggested that those documents qualified as *secret-défense*, could be declassified if that would help to speed up the ongoing investigations.

6. Apparently in response to this letter, on 20 April 2004, the spokespersons of both the Ministry of Foreign Affairs and the Ministry of Defence issued the following statement:

“Dans le cadre de l'enquête en cours sur le décès du Juge Borrel, des documents classifiés 'secret-défense' ont récemment fait l'objet d'une décision de déclassification. Cette mesure avait été demandée par les autorités de Djibouti elles-mêmes. Elle a permis de verser ces documents au dossier d'instruction.

Contrairement aux affirmations avancées par divers organes de presse, rien dans ces documents ne permet de conclure à la mise en cause des autorités djiboutiennes.

Toute autre déclaration n'est pas conforme à la réalité.”<sup>38</sup>

7. This statement, although appreciated as such by the Djiboutian authorities, did not help to moderate the media attacks on Djibouti's Head of State. In this context, the *Procureur de la République* of the Applicant took a rather rational decision. Obviously, he was aware of the fact that the Djiboutian judiciary earlier had closed its investigation on the death of Judge Borrel by concluding that the cause of death was suicide. On the other hand, the presumption on which the

---

<sup>37</sup>MD, Ann. 13.

<sup>38</sup>MD, Ann. 14.

attacks were founded was that Judge Borrel was murdered. The persistence of this murder presumption no longer excluded that the outcome of the earlier Djibouti investigation did not provide for the final word and therefore the *Procureur* called for a reopening of the Djibouti investigations.

8. Since it was likely that, if any serious foundation for the murder presumption would be available at all, the French investigation could assist in getting a reopened Djibouti investigation started, the *Procureur de la République* sent a request to his French counterpart in order to obtain copies of the Borrel file. This he did through his letter of 17 June 2004<sup>39</sup>.

9. Given the history of the mutual co-operation with respect to the *Borrel* case the Djibouti authorities expected to receive an immediate, positive response from the French side. An expectation which was, obviously, also for objective reasons justified. After all, the alleged murder would have been committed on Djibouti territory, while — allegedly — Djibouti individuals would be implicated. In other words, this was precisely a case of the sort for which both parties had agreed to accept a series of obligations laid down in the 1986 Convention.

10. Besides this, on 6 May 2004, the Djiboutian *Procureur de la République* met with the French State Prosecutor, Monsieur Yves Bot, at the Palace of Justice in Paris. He discussed with his French colleague his resolution to have the Borrel file reopened. At that meeting the French State Prosecutor confirmed to his Djibouti counterpart, that the French Borrel file would be transmitted to Djibouti as soon as an official request arrived in Paris<sup>40</sup>. The French Prosecutor did not suggest at all that such a request would be “outside the framework of the 1986 Convention and without regard for its provisions”, a position which the Respondent seems to entertain now<sup>41</sup>.

11. In conformity with this undertaking of the French State Prosecutor, Monsieur Le Mesle, Director of the Cabinet of the Minister of Justice in Paris, through his letter of 1 October 2004 to the Director of the Cabinet of the French Foreign Minister, made it known: “Cette demande de communication de pièces sera alors satisfaite, en tenant compte du nécessaire délai qu’imposera la

---

<sup>39</sup>MD, Ann. 16.

<sup>40</sup>MD, pp. 25, 26, para. 58.

<sup>41</sup>CMF, para. 3.50 (Eng. translation provided by the Registry of the Court).

copie des 35 tomes de la procédure judiciaire.”<sup>42</sup> This letter also informed the French Foreign Ministry about the fact that the judge of instruction in charge of the Borrel file had, earlier, refused to even look into the request since it did not meet the requirements of form required by the 1986 Convention. This problem would be taken care of soon, so wrote the Director of the Cabinet.

12. On that same day, 1 October 2004, the Cabinet of the Minister of Justice sent the Djiboutian Ambassador a set of technical documents<sup>43</sup>. The letter of Monsieur Le Mesle, which I just mentioned, was among those documents, meaning that the substance thereof was, indeed, communicated to Djibouti along the formal lines of communication. This led to the international letter rogatory of the Djibouti judge of instruction, Madam Leïla Mohamed Ali, dated 3 November 2004<sup>44</sup>. The request was transmitted to the French Ministry of Foreign Affairs by *missive* dated 6 December 2004<sup>45</sup>. This Ministry transferred the request to the French Ministry of Justice on 28 December 2004<sup>46</sup>.

13. Thus, 6 December 2004 was the date on which the international letter rogatory, of 3 November 2004 was formally transmitted to the French authorities. Obviously, at this point in time, the French authorities had been aware that this request would be coming for more than half a year, i.e., since the Paris meeting between the two State Prosecutors on 6 May 2004.

14. On 27 January 2005 the Director of the Cabinet of the Minister of Justice responded, a response that constituted an affirmation of a message which had already been transmitted. This is what his letter to the Ambassador of Djibouti says (the letter is in the judges’ folder):

“Suite à notre récente rencontre et ainsi que nous en avons convenu, j’ai l’honneur de porter à votre connaissance la suite réservée à votre note verbale du 6 décembre 2004.

J’ai demandé à ce que tout soit mis en œuvre pour que la copie du dossier de l’instruction judiciaire relative au décès de Monsieur Bernard Borrel soit transmise au ministre de la justice des affaires pénitentiaires et musulmanes de la République de Djibouti avant la fin du mois de février 2005 (ce délai s’explique par le volume du dossier dont il y a lieu de faire la copie).

---

<sup>42</sup>MD, Ann. 18.

<sup>43</sup>MD, Ann. 19.

<sup>44</sup>MD, Ann. 20.

<sup>45</sup>CMF, Ann. XIV, p. 2.

<sup>46</sup>CMF, Ann. XIV.



J'ai par ailleurs demandé au Procureur de Paris de faire en sorte que ce dossier ne connaisse aucun retard injustifié.”<sup>47</sup>

In other words, through this official communication the Respondent informed the Applicant that the response to its request was positive and that the execution of this decision would take as little time as possible.

15. Two days after that, the spokesperson of the Ministry of Foreign Affairs publicly confirmed the commitment laid down in the letter just quoted. The Ministry issued a press statement containing a declaration, which said, among other things:

“A la demande de ces mêmes autorités, une copie du dossier relative au décès du juge Borrel sera prochainement transmise à la justice djiboutienne en vue de permettre aux autorités compétentes de ce pays de décider s'il y a lieu d'ouvrir une information judiciaire à ce sujet.”<sup>48</sup>

This statement then became central to a procedure in which Madam Borrel filed a civil action against the press people of the Ministry for alleged unlawful influencing of a judicial decision. The judgment of the *cour d'appel de Paris*, delivered in this case on 19 October 2006 recalls this entire press statement and it acknowledges that the French Ambassador in Djibouti had, indeed, repeated this same communiqué in Djibouti<sup>49</sup>. Thus, the Ambassador of the French Republic provided for the second confirmation of the decision to transmit the Borrel file, laid down in the mentioned letter of 27 January 2005. The judgment of the *cour d'appel* is among the materials in the folder.

16. Then, silence. There was no transfer of the Borrel file before the end of February and no transfer after the end of February either.

17. From the Counter-Memorial we have learned that in the meantime, on 8 February 2005, judge of instruction Clément sent a *Soit Transmis* to the dean of the judges of instruction, in which she gave as her opinion that the transfer of the file should be refused<sup>50</sup>. According to the *cour d'appel de Paris* such a *Soit Transmis* should be considered to be *the* response to a request for legal assistance; also, according to the same judgment such a *Soit Transmis* is to be considered as a decision rather than as an advice<sup>51</sup>.

---

<sup>47</sup>MD, Ann. 21, p. 137.

<sup>48</sup>MD, Ann. 22, p. 141.

<sup>49</sup>CMF, Ann. XI, p. 3 of the Judgment.

<sup>50</sup>CMF, Ann. XXI.

<sup>51</sup>Arrêt de la chambre de l'instruction de la cour d'appel de Paris en date du 19 octobre 2006, Counter-Memorial, Ann. XI.

18. Madam President, on 18 May 2005, the Djibouti Minister for Foreign Affairs, sent a letter to his French counterpart, in which he referred to the commitments made on 27 January 2005 by the Minister of Justice through its Director of the Cabinet, and he stated: “j’ai l’honneur de porter à votre connaissance qu’à ce jour la partie française n’a pas honoré ses engagements”<sup>52</sup>.

19. According to the Respondent’s Counter-Memorial, on 31 May 2005 a letter would have been sent to the Ambassador of Djibouti in Paris, by the Director of Criminal Affairs of the French Ministry of Justice<sup>53</sup>. The letter would have informed the Ambassador that judge of instruction Clément had decided against honouring the request on the grounds laid down in Article 2 (c) of the Convention. This decision, so says this letter, is not open for appeal. The letter concludes: “Je ne puis que vous faire part de cette décision souveraine de l’autorité judiciaire compétente.”<sup>54</sup>

20. This letter, Madam President, has never been received by the Djibouti Ambassador, as he has confirmed in his letter to the *Procureur de la République* dated 25 July 2007<sup>55</sup>. If the Respondent would have intended to persist with its position with respect to this, alleged, letter it should have provided proof that the 31 May 2005 letter was, indeed, sent. This it did not do. Therefore, it is proven that this letter — for the purposes of the present case — is non-existent.

21. There is, however, Madam President, no doubt that the Respondent, eventually, announced not to be able to honour the international letter rogatory of 3 November 2004. The letter of the French Ambassador in Djibouti, addressed to Djibouti’s Foreign Minister and dated 6 June 2005, is evidence of this<sup>56</sup>. The refusal contained in this letter reflects and demonstrates a clear-cut change of position and it touches upon the essence of the violations of the 1986 Convention.

22. Madam President, maybe this is a time suitable for a short pause.

---

<sup>52</sup>MD, Ann. 23, p. 143.

<sup>53</sup>CMF, p. 36, para. 3.68; Ann. V.

<sup>54</sup>CMF, Ann. V.

<sup>55</sup>Letter of the Ambassador of the Republic of Djibouti in Paris to Mr. Djama Souleiman Ali, *Procureur de la République de Djibouti*, 25 July 2007, with annex; see Additional Documents submitted to the Court by the Republic of Djibouti, 21 Nov. 2007, Ann. 4, p. 10.

<sup>56</sup>MD, Ann. 24.

The PRESIDENT: Yes. We shall take the mid-morning pause now and resume shortly.  
The Court now rises.

*The Court adjourned from 11.25 a.m. to 11.40 a.m.*

The PRESIDENT: Please be seated. Yes, Maître van den Biesen.

Mr. van den BIESEN: Madam President, before the pause I summarized the chain of events relevant to this section of our pleadings. Now I would like to turn to an assessment of these facts.

### **Object and purpose of the request**

23. Before I do so, I do need to recall the object and the purpose of the request for assistance, since the Respondent has raised some doubts about these. According to the international letter rogatory of 3 November 2004, the Djibouti judge of instruction asked to:

“Nous transmettre la copie certifiée conforme de la procédure d’information instruite au Tribunal de Grande Instance de Paris au cabinet de Madame le Juge d’Instruction Sophie Clément du chef d’assassinat contre X, dans la mort de Bernard Borrel”<sup>57</sup>

So, there should be no lack of clarity here: the judge was only aiming at obtaining a certified copy of the French Borrel file, being, at the time and also today, handled by judge of instruction, Madam Sophie Clément. The request did not aim to obtain copies of additional files relevant to other criminal investigations, however relevant they may be to some of the matters which seem to have become issues in the course of the Borrel investigations.

24. The purpose of the request also follows from the international letter rogatory of 3 November 2004, which explicitly refers to the fact that the judge had been requested to reopen the Borrel file in order to investigate the murder of the late Judge Borrel, which was quite a step on the part of the Djiboutian judiciary, that earlier had concluded that this was a suicide case and that the file, accordingly, could be closed<sup>58</sup>.

---

<sup>57</sup>MD, Ann. 20, p. 134.

<sup>58</sup>MD, Ann. 16, 7 Dec. 2003.

### **Response to Djibouti's international letter rogatory**

25. The Applicant has indicated all along that the 27 January 2005 commitment letter constituted the formal — positive — response to its request of 3 November 2004. Next the Applicant has perceived the letter of 6 June 2005 as putting an end to Djibouti's waiting for the execution of the commitment of 27 January, since it clearly contained a change of position and informed that the French were not going to honour the request to transmit the Borrel file.

26. Now, what exactly has been the nature of these responses, given by the Respondent to the Applicant's international letter rogatory. First, we will look at the commitments made by the Respondent, then we will analyse the French refusal.

### **Commitment**

27. As set out before, the French were aware of Djibouti's being prepared to reopen its Borrel investigation. Since the French investigations seemed to be the source for a continuous flow of reports in the French media suggesting or, more often, stating this was a murder case and suggesting or, more often, stating that this murder was ordered by those in high places in Djibouti, the Djiboutian judiciary sought to use the substance of these investigations as a starting-point for their renewed efforts. The French side, clearly — rather: obviously, seen from the perspective and concept of mutual assistance — sympathized with this approach and made it known to the Djibouti authorities, orally as well as in writing<sup>59</sup>, that the copies of the file would be transmitted soon.

28. If the oral commitments made by the French State Prosecutor to the *Procureur de la République* during the meeting of 6 May 2004<sup>60</sup> in the Palais de Justice in Paris and if the letter of 1 October 2004<sup>61</sup> sent by the Director of the Cabinet of the French Minister of Justice to his colleague at the Ministry of Foreign Affairs, a copy of which was forwarded to the Djibouti Ambassador on the same date, if those may be interpreted as expressions of a clear intention, there can be no doubt as to the meaning of the 27 January 2005 letter<sup>62</sup>. This letter was sent by the highest office holder of the French Ministry of Justice. This letter was addressed to Djibouti's

---

<sup>59</sup>See above, para. 15.

<sup>60</sup>See above, para. 10.

<sup>61</sup>MD, Ann. 18, p. 121.

<sup>62</sup>MD, Ann. 21, p. 135.

official representative in the French Republic, i.e., His Excellency the Ambassador. This letter was a direct response to the Ambassador's *missive* dated 6 December 2004, transmitting the international letter rogatory of 3 November 2004 to the French authorities. And it says — and the letter is in your materials — it says: “J’ai l’honneur de porter à votre connaissance la suite réservée à votre note verbale du 6 décembre 2004.”<sup>63</sup> After which the central message follows, which I will, this time, read in the translation provided by the Registry:

“I have asked for all steps to be taken to ensure that a copy of the record of the investigation into the death of Mr. Bernard Borrel is transmitted to the Minister of Justice and Penal and Muslim Affairs of the Republic of Djibouti before the end of February 2005 (such time being required because of the volume of material to be copied).”

29. This letter, this response, was — according to its wording — entirely unconditional. No reference, whatsoever, was made to any specifics flowing from French legislation. No reference to any other executive or judicial authority that would still have to endorse the transmission of the file. Nothing of the kind; “it’s a matter of photocopying”, that is what the letter conveyed. This letter contains a crystal clear and unreserved commitment — commitment by the Respondent to honour Djibouti’s international letter rogatory in full.

30. Earlier, Professor Condorelli has dealt with procedural aspects, laid down in Article 14 of the 1986 Convention<sup>64</sup>. This provision stipulates that communications with respect to international letters rogatory are to take place between the two Ministries of Justice. At the French side this issue was handled at the highest level of the Ministry of Justice, i.e., by the Cabinet of the Minister: see the initial response of 1 October 2004 to the letter of the *Procureur de la République* of Djibouti. So, from a procedural perspective the letter of 27 January is Article 14 of the Convention at work: the Ministry of Justice of France confirming that action is being taken in response to an international letter rogatory and stipulating that this action will, indeed, lead to the Borrel file being sent to the Ministry of Justice in Djibouti before a certain date.

31. It was probably in the light of the widest measure requirement of Article 1, paragraph 1, of the 1986 Convention that, in the same letter, the Cabinet Director added that he had told — on

---

<sup>63</sup>CMF, Ann. XIV, p. 2.

<sup>64</sup>CR 2008/2, p. 16, para. 14 (Condorelli).

top of the commitment — the *Procureur de Paris* to see to it that this file would not see any unjustified delay.

32. It is clear that the follow up to this letter would have been nothing other than the actual transmission of several boxes containing the copied file, which would have been accompanied by a simple cover letter referring back to the 27 January letter. This, evidently, would have been the case if it weren't for the blockade raised later on by the judge of instruction. I will get back to that blockade later.

33. Two days after the Ministry of Justice transmitted its commitment to the Djibouti authorities the French position was made public through a press communiqué of the French Ministry of Foreign Affairs. The language used in this public statement of 29 January 2005 is entirely unambiguous — you will find the statement in the materials in the folder: “A la demande de ces mêmes autorités, une copie du dossier relative au décès du juge Borrel *sera* prochainement transmise . . .”<sup>65</sup> Again, no conditionality attached. Again, no reference, whatsoever, to internal legal requirements which would first have to be met. The press communiqué, in itself reflecting the French position, provides clear evidence as to the fact that the letter of 27 January 2005 indeed, says what it says: the file *will be* transmitted. Madam President, yesterday we have seen that the French authorities consider their press communiqués as evidence of the official French position: when the Djiboutian Ambassador protested against the convocation of his President, the authorities responded by means of a press communiqué<sup>66</sup>. I mentioned just a minute ago that, as recalled by the *cour d'appel de Paris*, the French Ambassador in Djibouti repeated the press communiqué to Djibouti, which constituted the second confirmation of the commitment made<sup>67</sup>.

34. In other words, towards the end of January 2005 both Parties acted in complete agreement as to the consequences originating from the 1986 Convention. In this context it is relevant, indeed, that at the time this press communiqué was issued the French executive authorities were firmly of the opinion that only the executive was, in the end, able to decide on the fate of an international letter rogatory. In other words, both the Ministry of Justice and the Ministry of

---

<sup>65</sup>MD, Ann. 22, p. 139; emphasis added.

<sup>66</sup>CR 2008/1, p. 47, para. 47 (van den Biesen).

<sup>67</sup>CMF, Ann. XI, p. 3 of the Judgment.

Foreign Affairs were convinced that it was up to the executive to reach a decision. Both the letter and the communiqué, indeed, transmitted the decision they had reached with respect to Djibouti's request. And this position of both the Ministry of Foreign Affairs and the Ministry of Justice follows on from the fact that still in 2006 the French *Procureur de la République* persisted with his opinion, with his position in the case leading to the judgment of 19 October 2006 of the *cour d'appel de Paris*<sup>68</sup>, which judgment I have mentioned before.

35. Madam President, the Convention does not provide for a mechanism to come back and withdraw a commitment, once it has been made in compliance with its provisions. One may think of a more general reason which could possibly, under certain extraordinary circumstances, justify such a withdrawal after a commitment has been made, such as unforeseen circumstances arising subsequently. However, the Respondent has not offered any of those in its Counter-Memorial. On the contrary, the Respondent now bases its refusal on the consequences of its own national law, but it goes without saying that those consequences cannot possibly qualify as unforeseen circumstances.

36. For all these reasons, it is clear that this case is in the first place aimed at making the Respondent comply with its explicit commitment made under the 1986 Convention. The following, what I am going to say (i.e. para. 37 through para. 79), is, therefore, to be considered as the Applicant's *subsidiary* position with regard to the Respondent's obligations under the Convention.

### **The letter of 6 June 2005**

37. As Professor Condorelli set out earlier this morning, the obligations under Article 1 are absolute in the sense that this provision only permits for a few exceptions, exceptions that are listed— exhaustively listed in Article 2. The party wishing to have recourse to one of the exceptions has the burden of proof that the exception is, indeed, given the factual circumstances, available to it. In other words, the Article 1 obligation only yields to a *valid* recourse to one of the Article 2 exceptions.

---

<sup>68</sup>CMF, Ann. XI.

38. On 6 June 2005 the French Ambassador in Djibouti sent a letter to the Applicant's Minister for Foreign Affairs<sup>69</sup>. The substantive part of the letter — it is in the materials that we provided this morning — is barely two lines and reads as follows: “Après consultation de mes autorités, je suis au regret de vous informer que nous ne sommes pas en mesure de donner suite à cette demande.”<sup>70</sup> So, this is the letter, Madam President, that would have to be considered as holding the Respondent's official response to the international letter rogatory of 3 November 2004, a response which basically comes down to a bleak: “No, you won't get what you asked for.” This letter implied that the Respondent had entirely reversed its earlier position, a reversal which is, as stated before, without any basis in law.

39. In the letter no reference is made to the commitment letter sent by the head of the Minister of Justice's Cabinet, on 27 January, while no reference is made either to the alleged letter of 31 May 2005, which I will discuss later. The 6 June letter is not only in substance, but also in form quite different from the commitment letter of 27 January 2005<sup>71</sup>. The earlier one was in accordance with Article 14 of the Convention since it contained a communication from the Ministry of Justice with a message to Djibouti's Ministry of Justice. The 6 June 2005 letter does not contain, neither in the letter itself nor in the form of an attachment, any reference to a point of view of the French Minister of Justice. It does not include a request to transmit the contents thereof to the Djibouti Minister of Justice either, while no message to the Ministry is implied. The letter is, therefore, not in conformity with Article 14, for which reason alone, it, simply as to the form, may not be considered to constitute a valid recourse to one of the exceptions of Article 2. In other words, from a legal perspective this letter may be considered as non-existent, which implies that the obligation to honour the international letter rogatory was not blocked by it.

40. As Professor Condorelli set out, the parties to the Convention may only have valid recourse to one of the exceptions of Article 2 if a proper motivation, holding a reasoned

---

<sup>69</sup>MD, Ann. 24, p. 147.

<sup>70</sup>MD, Ann. 24, p. 147.

<sup>71</sup>MD, Ann. 21, p. 135.



justification, is part of the response<sup>72</sup>. This also follows from Article 17 of the Convention, which reinforces the inherent obligation to justify availing oneself of one of the exceptions of Article 2.

41. Whichever way one may wish to read the 6 June 2005 letter, for example by putting a maximum of good faith into the mind of the addressee of the letter, the letter does not provide for any reason to even *think* that its basis is to be found in Article 2 of the Convention, let alone that it would provide for *any* specifics with respect to the precise exception involved, let alone that it would provide for an *explanation* as to why one of the Article 2 exceptions would be a solid, a valid, ground to justify the refusal.

42. Again, the only message this letter conveys is a message which could have been contained in a rubber stamp saying “*refus, 6 juin 2005*”, except that, here, the stamp is wrapped in a diplomatic apology.

43. It is probably an understatement to say that the Convention of 1986, more specifically Article 1 thereof, does not provide for any reason to think that the parties to the Convention would have envisaged that this would be the accepted way to not fulfil its core obligation, which — let it be repeated — comes down to an obligation to *generously* provide assistance once asked to do so.

44. The conclusion, therefore, must be that the refusal contained in the letter of 6 June 2005 cannot be accepted as a valid non-compliance with the Article 1 obligation.

#### **The alleged letter of 31 May 2005**

45. As I stated earlier and as declared by the Ambassador of Djibouti in his letter of 25 July 2007<sup>73</sup>, the other letter, the letter of 31 May 2005, was not known to the Applicant before the Respondent submitted it to the Court<sup>74</sup>. Just a minute ago I concluded that this letter must, for the purposes of our case — be ignored as non-existent. So, it is only in the alternative, that I will now have a look at the contents thereof. As the 6 June letter, the present one also needs to be tested against the requirements of form and substance that flow from the 1986 Convention.

46. Although this letter emanates from the Ministry of Justice, this time the sender is not the Director of the Cabinet of the Minister, who, through his earlier communication with the Applicant

---

<sup>72</sup>CR 2008/2, pp. 25-27, paras. 33-37.

<sup>73</sup>Document 4 of the documents submitted to the Court on 21 November 2007.

<sup>74</sup>CMF, Ann. V.

had made it clear that this issue was being handled at the highest level of the Ministry. Actually, the letter of 31 May does not even seem to bother to refer back to the earlier letter of the highest official of the Ministry. Apart from that, it does not contain a message for the Djibouti Ministry of Justice, nor does it contain the sender's wish that the Ambassador would transmit the message to his Minister of Justice. So for this letter also, the conclusion must be that it cannot be seen as part of the communications prescribed by Article 14 of the Convention and, therefore, cannot be considered to constitute a valid recourse to one of the exceptions of Article 2.

47. The contents of the letter of 31 May 2005 are clearly somewhat more elaborate than those of 6 June. It contains information about the procedure followed by the Ministry, i.e., it says that the international letter rogatory was transmitted to the judge of instruction in charge of the Borrel file. Then it continues to inform that the judge of instruction had judged that Article 2 (c) of the 1986 Convention would apply to the request of Djibouti of 3 November 2004 and that this provision "ne permettait pas de réserver une réponse favorable". The letter concludes by stating that the Director of the *Direction des Affaires Criminelles et des Grâces* is not able to do anything else other than "vous faire part de cette décision souveraine de l'autorité judiciaire compétente".

48. Madam President, if we examine the substance of this letter against the requirements of the Convention only, the paragraph in which reference is being made to Article 2 is relevant. The paragraph referring to the transmission of the request to Judge Clément for consideration is informative only as to the internal procedure followed by the Respondent. The paragraph stipulating the sovereign nature of the — negative — decision delivered by the Respondent's judicial authority may be relevant for the Respondent's executive branch; for the Applicant this is different, since in its relation with the Respondent this decision *as such* is not the final word. It is, in the end, not relevant which procedure the Respondent has followed to reach a position on the international letter rogatory. At all times it is only the *result* that counts, it is the *result* that needs to be tested against the substantive requirements of the Convention. Actually, this does not seem to be disputed by the Respondent, who, albeit implicitly, displays the same view<sup>75</sup>. The conclusion is that the letter of 31 May 2005 only contains one paragraph which could be relevant for the current

---

<sup>75</sup>CMF, para. 3.30.

case. This is the paragraph stating that Article 2 (c) of the Convention does not permit a positive response to Djibouti's request.

49. Indeed, contrary to the 6 June letter, the current one does provide for a reference indicating that Article 2 (c) would be at play. But, then, the letter stops right there. The reference to Article 2 (c) could only be considered as being the first step in demonstrating that this, indeed, would be a case in which the exception prevails above the rule. Taking this first step implies that it is, consequently, incumbent upon the Respondent to provide the justification of the exception it is invoking. This duty falls squarely upon the shoulders of any requesting State, according to the maxim *actori probatio incumbit*<sup>1</sup>; in the present case, this is even more so given the earlier commitments provided by the Respondent's representatives.

50. As Professor Condorelli explained earlier the burden of proof rests upon the party wishing to have recourse to one of the exceptions of Article 2 (c)<sup>76</sup>. So, a mere reference to a particular provision cannot be accepted as valid justification. The mere mention of Article 2 (c) is at best to be considered as a very general sort of "notification", which is definitely not the same as "motivation" or "justification". Besides that, the notification at hand leaves the addressee guessing as to which specific part of this provision the sender would be referring. We know that Article 2 (c) is about essential interests and we also know that it includes three distinct, potential, refusal grounds: sovereignty, security, *ordre public* and, next to those, one general ground referring to "other of its essential interests". So, if the Respondent wishes to have recourse to one of the exceptions covered by Article 2 under (c) it needs to be specific and, most importantly, it needs to demonstrate why the particular ground chosen, indeed, justifies the recourse to the exception. The letter of 31 May 2005 contains nothing of the kind and is basically nothing more than an expanded version of the rubber-stamp response given in the 6 June letter: "*refus article 2 c) — 31 mai 2005*", this time without apologies.

51. So, here also, the conclusion must be that the refusal contained in the, non-existent, letter of 31 May 2005 cannot be accepted as a valid dishonouring of the Article 1 obligation.

---

<sup>76</sup>Prof. L. Condorelli, pleadings of 22 January 2008, p. 19, para. 68 (*sic*).

***Soit Transmis of 8 February 2005***

52. Madam President, I just mentioned that the, alleged, letter of 31 May 2005 contained a reference to a decision of Judge Clément. However, the letter did not provide for any details of that decision: the date was not provided, the form was not clarified, while the contents of the decision were not revealed either, in spite of the fact that, apparently, in fact — or at least in substance — that decision would precisely embody the Respondent's response to the Applicant's request. Only through its Counter-Memorial of 13 July 2007, has the Respondent provided this information. In other words, for the Respondent it took the setting of a dispute before this Court to — more than two years late — unveil what is now presented as the motivation for the refusal<sup>77</sup>.

53. Clearly, this manner of proceeding amounts to totally ignoring what the 1986 Convention aimed to establish between the two parties to this treaty. Professor Condorelli has already elaborated on the conjunction between the Article 2 and Article 17 provisions<sup>78</sup>. The present case perfectly demonstrates that leaving aside this conjunction would lead to rather absurd consequences, since a motivation for a refusal which is only offered two years after the refusal has been communicated cannot be considered as part of that refusal, let alone that it could, retroactively, heal the invalidity of that refusal. A motivation, indeed, serves as a means for the addressee to, firstly, verify if the refusal is in conformity with the terms of the Convention and to, secondly, oppose the refusal if it deems it to be violating the terms of the Convention. At the same time, such a motivation would assist both parties to discuss possible solutions for the problem which, apparently, the requested State encountered. If it were to be accepted that a proper motivation of a refusal does not need to be provided as an inherent part of the refusal itself, but that, indeed, it may be submitted after an indefinite period of time, this would entirely undermine the very purpose as well as the structure of the Convention, since that would, then, allow for non-motivated refusals to be as such and alone decisive.

54. The Respondent now suggests that the Applicant had been perfectly aware of this decision of the judge all along, since the Applicant did refer to it in paragraphs 146 and 147 of its Memorial. However, the text of paragraph 146 of our Memorial shows that the Applicant was only

---

<sup>77</sup>CMF, paras. 3.66-3.67.

<sup>78</sup>CR 2008/2, pp. 23-25, paras. 29-32. (Condorelli).

aware of the existence of some intervention by the judge of instruction. It also shows that Djibouti had no knowledge of the specifics of what — as we learned now through the Counter-Memorial — turned out to be a *Soit Transmis*. Djibouti did, indeed, make reference to “essential interests” being the reason for the refusal, but from what follows in our Memorial it is clear that the Applicant was not provided with any insight at all as to why and how the essential interests were seen to be relevant.

55. Madam President, when discussing the reasons for which it did, after all, not transmit the Borrel file to Djibouti, the Respondent relies heavily on the alleged exclusivity it would possess in determining whether any of the exceptions of Article 2 are at stake<sup>79</sup>. Professor Condorelli has spoken about this earlier today<sup>80</sup>. Certainly, a margin of appreciation is left to the State party that wishes to have recourse to one of the Article 2 exceptions to the rule laid down in Article 1. Certainly, the words used in Article 2 “*considérées*” in 2 (a) and “*estime*” in 2 (c) do reflect the presence of a margin of appreciation. But, then, rather than explaining to what extent this margin would create latitude for the Respondent, the Respondent takes several big steps at one time and claims that providing reasons would be impossible given the Article 2 (c) label that it just had put on its refusal<sup>81</sup>. This seems to be a rather simplistic way of looking at the issue, while at the same time this approach undermines the very idea of having a convention regulating mutual legal assistance. The consequence of the Respondent’s view is that a State would be able, indeed, to arbitrarily refuse any international letter rogatory as long as it puts one of the Article 2 labels on the refusal. A refusal like that, then, may or may not be in conformity with the Convention, but — in the view of the Respondent — it would in any event be entirely untouchable.

56. This interpretation is not only quite unlikely, but the Respondent shows through the very same Counter-Memorial that, in fact, there is no need to claim this exclusivity as to the reasons of recourse to the exception. Like the, alleged, letter of 31 May 2005 the Counter-Memorial provides one sole reason for which Article 2 (c) would apply: the *Soit Transmis* of Judge Clément. The

---

<sup>79</sup>CMF, paras. 3.38-3.41.

<sup>80</sup>CR 2008/2, pp. 21-23, paras. 25-28 (Condorelli).

<sup>81</sup>CMF, paras. 3.45.

Respondent now, i.e., only now, provides the *Soit Transmis* as an annex, which illustrates that it is, in itself, perfectly possible to provide further reasons for the refusal.

57. The precise legal status of this *Soit Transmis* does not become clear from the language used. The document is among the materials we handed over this morning. In the view of the French Public Prosecutor, submitted on 12 June 2006, this *Soit Transmis* should be considered as an advice, an advice rather than as a judgment or a decision<sup>82</sup>. The Public Prosecutor submitted this opinion to the *cour d'appel de Paris*, which thereafter decided that this *Soit Transmis* would not have the status of an advice, but that it constitutes a decision of the independent judiciary<sup>83</sup>. The consequences of this judgment of the *cour d'appel de Paris* may seem peculiar, since it means that it is left to any French judge of instruction to decide — within the context of explicitly stipulated friendly relations between France and another State — whether the French Republic's helping the other State would be a threat to the French Republic's essential interests. A decision which is final, since according to the French national legislation no appeal against such a decision is possible. But, however peculiar the Applicant may think that this is, actually this is the reality with which also the Applicant — and, for that matter, the French executive authorities — have to live.

58. I will now analyse the *Soit Transmis* as providing the reasons, i.e., the only reasons, which would in the view of the Respondent justify its having recourse to the exception of Article 2 (c) of the Convention. Actually, the judge of instruction considered two reasons:

- *Détournement de procédure*;
- Grounds provided in Article 2 (c) of the Convention.

Besides those two, the judge of instruction introduced an additional criterion which is, without any further explanation, to be considered as entirely outside the boundaries of the 1986 Convention. At the very end of the *Soit Transmis* the judge considered: “*Sans concourir en aucune façon à la manifestation de la vérité, cette transmission compromettrait gravement les intérêts fondamentaux du pays et la sécurité de ses agents.*”<sup>84</sup> However, Madam President, a request for mutual assistance

---

<sup>82</sup>CMF, Ann. XI, see *Rappel de la procédure*.

<sup>83</sup>CMF, Ann. XI.

<sup>84</sup>CMF, Ann. XXI; emphasis added.

is aimed at assisting the requesting State in discovering the truth, not the requested State, so this consideration cannot help the Respondent as a further motivation of its decision not to provide the legal assistance requested by Djibouti.

***Détournement de procédure***

59. The reasoning developed by the French judge of instruction, leading to the thesis of *détournement de procédure* seems also to have taken the judge far beyond the scope of the 1986 Convention.

60. In the first place, the judge seems to entirely ignore the fact that the international letter rogatory was sent by, was signed by, a Djibouti judge of instruction, Madam Leïla Mohamed Ali. Judge Clément only seems to have formed an opinion based on her perception of the reasons for the Djibouti *Procureur de la République* to seek a reopening of the Djibouti Borrel file. This focus on the, alleged, motives of the Djiboutian *Procureur de la République* clearly has prevented Judge Clément to do what she, apparently according to French law, is supposed to do: consider the very request submitted by her colleague. Madam President, it does not seem to be the proper thing to do for a judge from the requested State to question the integrity and the independence of the requesting judge. For this reason alone the first reason given should be rejected and set aside as entirely outside of the terms of the Convention.

61. Besides that, Judge Clément restricts her thoughts about the motives the Djibouti *Procureur* may have had in seeking the reopening of the Borrel file to mere speculation, not supported by any factual evidence.

62. Why the Djibouti *Procureur de la République* decided to request a reopening of the Borrel file by a Djibouti judge of instruction is to be read in his initial request of 17 June 2004<sup>85</sup>, to which Judge Clément referred in the *Soit Transmis*: the ongoing reports in the French media that the death of Judge Borrel was a murder case, while the same reports seemed to imply that Djibouti citizens and high-ranking Djibouti officials were involved, brought the Djibouti *Procureur de la République* to seek a reopening of the file. Nothing more, nothing less, nothing else; those are the available facts.

---

<sup>85</sup>MD, Ann. 16.

63. In the few sentences leading to the *détournement de procédure* thesis, the judge seems to entirely distort the substance of the international letter rogatory. However, this is what the request of Judge Leïla Mohamed Ali said:

“Vu le Réquisitoire Introductif de Monsieur le Procureur de la République en date du 20 octobre 2004, tendant à ouvrir une information contre X du chef d’assassinat sur la personne de Bernard Borrel et à décerner une commission rogatoire internationale aux fins de demander la communication du dossier instruit à Paris au Cabinet de Madame le Juge d’Instruction Sophie Clément;”<sup>86</sup>

So, the Prosecutor wanted two things:

- the opening of an investigation into the murder of Judge Borrel, and
- the issuing of an international letter rogatory in order — in support of the reopened investigation — to obtain the French Borrel file.

These are entirely legitimate things for a prosecutor to initialize. However, this is what Judge Clément made of this: “le Procureur de la République de Djibouti ouvrait une nouvelle information ‘au fins de demander la communication du dossier instruit à Paris’”<sup>87</sup>. So, she translated the international letter rogatory issued by an independent Djibouti judge into a condensed operation of the Djibouti Prosecutor. The French judge plainly states that the Djibouti Prosecutor open a new investigation in order to obtain the French file. Then, the judge offers support for these suggestions by the fact that the international letter rogatory does not contain any other motivation for the new Djibouti investigation, nor any new facts since the earlier closure of the Djibouti Borrel file.

64. First of all, there are no specific requirements as to the substance of an international letter rogatory other than those listed in Article 13 of the Convention. “Reason” and “objects” need to be — only — indicated. In this case the reason is clearly given: the reopened investigation into the possible murder of Judge Borrel. The object is clearly given in the same context as well: the French Borrel file. Again, it is not for the requested State to question the wisdom, sensibility or prudence of the requesting State, let alone that it would be for the requested State to begin to question the integrity of the requesting judge.

---

<sup>86</sup>MD, Ann. 20, p. 131, see also p. 133, final paragraph.

<sup>87</sup>CMF, Ann. XXI, *Soit Transmis*, p. 2.,



65. Only for these reasons the entire *détournement de procédure* approach should be dismissed as lacking any basis, neither in fact, nor in law. Besides that, this must be repeated again, the 1986 Convention does not contain any other exceptions to the rule of Article 1 than those that are, exhaustively, listed in Article 2.

66. In fact the only thing that the reasoning leading to the *détournement de procédure* thesis demonstrates is that the mere existence of the French charges against the Djibouti Prosecutor has been, for this judge of instruction, the exclusive reason to refuse the honouring of the international letter rogatory. What other illustration do we need that, for the purposes of our case, these two issues are closely interconnected?

### **Grounds provided in Article 2 (c) of the Convention**

67. The second ground offered in the *Soit Transmis* reads as follows:

“il est également prévu par l’article 2-c que l’Etat requis peut refuser l’entraide judiciaire s’il estime que l’exécution de la demande est de nature à porter atteinte à sa souveraineté, à sa sécurité, à son ordre public ou à d’autres de ses intérêts essentiels.

Tel est le cas concernant la transmission de notre procédure.”<sup>88</sup>

Here, it is not specified which one of the grounds listed in Article 2 (c) would be at stake. The *Soit Transmis*, then, continues to provide a further explanation:

“Nous avons sollicité au cours de notre information à plusieurs reprises les ministères de l’intérieur et de la défense afin d’obtenir communication de documents classés Secret Défense.

La Commission Consultative du Secret de la Défense Nationale a donné un avis favorable à la déclassification de certaines pièces.

Les ministères susmentionnés, suivant cet avis, nous ont transmis ces documents.

Faire droit à la demande du juge djiboutien reviendrait à détourner les termes de la loi française en permettant la communication de pièces qui ne sont accessibles qu’au seul Juge français.

Communiquer notre dossier aurait pour conséquence de livrer indirectement des documents des services de renseignement français à une autorité politique étrangère.”

From this part of the *Soit Transmis* it is not immediately clear what this is about. However, through the Counter-Memorial the Respondent has provided some clarification. In paragraph 3.77,

---

<sup>88</sup>CMF, Ann. XXI, *Soit Transmis*, p. 2, last paragraph.

the Respondent further specifies the documents to which the judge of instruction referred, as well as to which advice of this Commission reference was being made. The advice dates from 27 January 2005 and is submitted by the Respondent as Annex XXIII. It is also in the judges' folder.

68. Before going into the question of the validity of the reasoning just quoted, we may first want to have a look at this advice of the *Commission consultative du secret de la défense nationale*<sup>89</sup>. The Commission apparently — so says the advice — examined “l'ensemble des documents classifiés” and it concluded that part of that file may be declassified. The part to be declassified is identified as Note No. 037, dated 25 January 2000; this Note counts two pages. So says the Commission in its advice.

69. From this point onwards, we are left to speculate about the importance of all of this. Many questions do arise. How large was the file examined by the Commission? How is it that only two pages are declassified? Would this imply that they are not important or that they were deemed to be indispensable for the Borrel investigation? Would this imply that only two pages of the file could have had any relevance to the *Borrel* case? Would the two pages out of the entire file support the murder presumption rather than the suicide thesis? The answers to these questions, obviously, we do not know. However, given the totality of the *Soit Transmis* and given the fact that it seems to be entirely focused on the role of the Prosecutor of Djibouti, it is more than likely that these pages are not related at all to the death of Judge Borrel.

70. In any event, we do need to note that the Respondent does not provide for a hint of reasoning as to why these two pages are so extremely important that they would justify recourse to one of the exceptions under Article 2 (c).

71. The only motive the Respondent puts forward in this respect is that transmitting documents produced by the French intelligence services to a foreign authority will compromise essential interests of the French Republic<sup>90</sup>. Why is that so? Why is that so “*de nature*”, as the Respondent says as the judge had said? Another way to look at this may be that it is more often than not in the nature of intelligence services to declare their products as classified “*de nature*”.

---

<sup>89</sup>CMF, Ann. XXIII.

<sup>90</sup>CMF, para. 3.78.

Therefore, declassifying two pages could very well mean that these two pages are not that sensitive at all. This, indeed, is also speculative, but it only goes to show that the issue warrants more reasoning, more motivation than just another rubber stamp-like approach.

72. It is the view of the Applicant that the motives provided by the Respondent with respect to the two pages at stake do not come close to meeting the standards to be applied when demonstrating that recourse to one of the exceptions listed in Article 2 (c) is at stake. In other words, the *Soit Transmis* together with the explanation submitted by the Respondent in paragraphs 3.77 and 3.78 of the Counter-Memorial do not justify the Respondent's complete change of position if compared to the commitment letter of 27 January 2005 nor the Respondent's refusal to honour its obligations vis-à-vis the international letter rogatory of 3 November 2004.

73. It is only in the alternative that Djibouti proposes that the Respondent submits the two pages concerned to the Court for a confidential assessment by the Court as to the validity of the Respondent's position with respect to these two pages. Obviously, the Applicant — for that purpose — would waive its rights to have access to these two pages, which would only change, also obviously, if the Court concludes that, indeed, there is no reason not to hand over the particular document to the Applicant.

74. Next, Madam President, two more issues remain to be discussed:

— The observation of Judge Clément with respect to, as she said, “détourner les termes de la loi française . . .”<sup>91</sup>;

— A partial transmission of the Borrel file.

The judge of instruction in the *Soit Transmis* also considers:

“Faire droit à la demande du juge djiboutien reviendrait à détourner les termes de la loi française en permettant la communication de pièces qui ne sont accessibles qu’au seul Juge français.”

This consideration is not repeated, let alone stressed by the Respondent in the Counter-Memorial. Besides that, the French law regulating the declassification of documents following a request of the judiciary, which law was submitted by the Respondent as Annex XXIV, is entirely silent on this issue. It is also rather unlikely that there would be a prohibition as advanced by the French judge.

---

<sup>91</sup>CMF, Ann. XXI, *Soit Transmis*, bottom of page 2.

From the paragraph I quoted earlier from the judgment of the *cour d'appel de Paris*, it appears that this Court at least took care to explicitly not pronounce on this issue<sup>92</sup>. The Applicant assumes — if this would be wrong, the Respondent will undoubtedly provide for a correction — that any document added to the file through the procedure followed with respect to these two pages, would after having been declassified receive the same status as the rest of the file: accessible to the parties directly involved in the investigation and open to transmission as part of providing mutual assistance to a foreign authority. Therefore, also this consideration of the judge of instruction does not come close to justifying recourse to Article 2 (c).

### **Partial transmission of the file**

75. This brings us to the final issue which needs to be addressed. Why? Why is it that the Respondent refuses to transmit an entire file counting 35 binders based on two, allegedly, especially sensitive pages?

76. Clearly, the 1986 Convention would allow for a partial refusal to transmit a requested file. The two pages called upon by the Respondent to back up the refusal to transmit the entire file, were added shortly after the advice of the *Commission consultative* dated 27 January 2005. Already in the fall of 2004 the Borrel file counted 35 binders. According to the Respondent these two pages would have permeated the entire file, which for that reason could not any longer be transmitted<sup>93</sup>. This, is just an entirely unlikely and therefore, unacceptable argument, especially if presented without any further explanation whatsoever. Also here, the judgment of the *cour d'appel de Paris* carefully and explicitly did not pronounce on this particular issue.

77. One could imagine that, after the two pages had been added to the file, new additions to the file may occasionally refer back to the two pages. But stating that 35 binders, covering a period of almost ten years of investigations, would in their entirety have referred forward to a Note containing two pages — a Note which was dated 25 January 2000 — the contents of which were not known until its declassification, is really pushing the Respondent's position towards one of being out of touch with reality.

---

<sup>92</sup>CMF, Ann. XI, p. 7 of the Judgment.

<sup>93</sup>CMF, para. 3.78.

78. Besides that, State practice within the European Union demonstrates that another approach, a good practice approach, is entirely accepted. The European Union Member States have issued statements of good practice in mutual legal assistance. I will just read sections of a few of those statements, in order to provide the Court with the general, accepted approach<sup>94</sup>. France has taken the position that:

“Where the request for assistance cannot be executed in whole or in part as it stands, [the requested State is] to advise the requesting authority of any amendment necessary as a result of national legislation, providing it, where appropriate, with a copy of the relevant legislative provisions likely to solve the problems encountered.”<sup>95</sup>

Similarly, Italy has taken the following view:

“Where the assistance requested cannot be executed in whole or in part, or where the relevant deadline cannot be met, the judge responsible for executing the request will inform the requesting authority of the fact in good time, indicating possible alternative solutions.”<sup>96</sup>

Germany, Ireland, Portugal and Finland accept that:

“Where the assistance requested cannot be executed in whole or in part, the requesting authorities will be given a written or oral report explaining the difficulty and where possible offering to consider jointly with the requesting authority how the difficulty might be overcome.”<sup>97</sup>

79. In the view of the Applicant, this approach perfectly illustrates what a truly good faith application of the 1986 Convention between France and Djibouti would entail. The good practices just quoted, therefore, also demonstrate that and how the Respondent, in this particular aspect, has failed to comply with its obligations flowing from the 1986 Convention.

## Conclusions

80. Madam President, Members of the Court, it is time to summarize and draw several conclusions. I will begin to underline that for a considerable period of time, the co-operation between both the Applicant and the Respondent with respect to the *Borrel* case has been excellent

---

<sup>94</sup>DG H, *Good Practice in Mutual Legal Assistance in Criminal Matters, Statements by the Member States of the EU*, European Judicial Network, SN 1371/00, available at [http://consilium.europa.eu/uedocs/cmsUpload/declaration\\_EN.pdf](http://consilium.europa.eu/uedocs/cmsUpload/declaration_EN.pdf) .

<sup>95</sup>*Id.*, France, p. 28, under 1 (*e*).

<sup>96</sup>*Id.*, Italy, p. 33, under (*d*).

<sup>97</sup>*Id.*, Germany, p. 22, under 3, Ireland, p. 31, Portugal, p. 45, under (*d*), Finland, p. 47, under (*d*).

and developed along the lines of as well as in the spirit of the 1977 Friendship Treaty and of the 1986 Convention.

81. At first, during a considerable amount of years, the French Republic availed itself of the benefits of the 1986 Convention. It did send the Djibouti authorities several consecutive international letters rogatory related to the *Borrel* case, which were honoured by Djibouti without exception. Indeed, Djibouti provided its assistance in the widest possible manner to which the French authorities testified in various press statements<sup>98</sup>.

82. When it came to Djibouti's turn to request the Respondent's assistance, the response to its international letters rogatory at first developed like a mirror image of the quality of co-operation that the Respondent had enjoyed first. This led to an unconditional commitment, made by the Respondent through the appropriate channels, to transmit the requested Borrel file before a certain date. Shortly thereafter, this commitment was, again unconditionally, confirmed by representatives of the Respondent at two separate occasions. There can be no doubt that the French executive authorities knew what they were doing when they made their commitments and that they were, indeed, about to transmit the entire file.

83. Then, time passed by and slowly, but surely the commitment appeared to turn into a broken commitment. This was indeed confirmed through this two-line letter of 6 June 2005.

84. Madam President, Members of the Court, on 27 January 2005 the Respondent, rightly so, formally accepted that it was under a legal obligation to honour the Applicant's international letter rogatory of 3 November 2004. On this date, the Respondent informed the Applicant through the appropriate channels that it would act accordingly. At that point the Respondent clearly implied that it had decided not to avail itself of one of the exceptions of Article 2 of the 1986 Convention. In other words, at that point the legal positions on both sides were defined in accordance with Article 1 of the 1986 Convention. From that point onwards, it was only a matter of actually, practically and materially implementing the Article 1 obligation.

---

<sup>98</sup>Statement by the Deputy Spokesman of the Quai d'Orsay, Paris, 19 Apr. 2004; MD, Ann. 15, Statement of the spokesman of the Ministry of Foreign Affairs, Paris, 29 Jan. 2005; MD, Ann. 22.

85. The failure to do so, absent any unforeseen circumstances which could possibly have provided for a justification, constitutes a clear violation by the Respondent of its main obligation, under Article 1 of the 1986 Convention.

86. The refusal letter of 6 June 2005 cannot possibly lead to annulling the earlier commitment constituting full compliance with the Respondent's obligations. This would only be different, if the Applicant would have agreed with that annulment, which is, however, not the case.

87. For these reasons, Djibouti is asking the Court to judge and declare that the Respondent's non-compliance with its obligations under the 1986 Convention with respect to the transmission of the Borrel file is unlawful and to decide that the French Republic shall effectively transmit the Borrel file to the Djiboutian authorities immediately after the Court has delivered its judgment.

88. In the alternative, the Applicant would ask the Court to judge and declare that the letter of 6 June 2005 cannot be considered to constitute a lawful refusal under Article 2 (c) in conjunction with Article 17 of the 1986 Convention and to decide that the French Republic shall transmit the Borrel file to the Djibouti authorities, effectively and immediately after the Court has delivered its judgment.

89. Thank you, Madam President, Members of the Court, for your attention. Madam President, we would appreciate your giving the floor to Professor Condorelli.

The PRESIDENT: Thank you, Maître van den Biesen. We now call Professor Condorelli. Vous avez la parole.

M. CONDORELLI: Madame le président, Messieurs les juges, vu l'heure, j'entends présenter une première partie de ma plaidoirie avant l'interruption et poursuivre dans l'après-midi — si vous m'y autorisez, Madame le président. Merci beaucoup.

**LA VIOLATION PAR LA FRANCE DE L'OBLIGATION DE PRÉVENIR LES ATTEINTES À LA  
PERSONNE, LA LIBERTÉ ET LA DIGNITÉ D'UNE PERSONNE JOUISSANT D'UNE  
PROTECTION INTERNATIONALE : LES CAS DU PROCUREUR GÉNÉRAL  
DE LA RÉPUBLIQUE DE DJIBOUTI ET DU CHEF DE  
LA SÉCURITÉ NATIONALE**

**1. Introduction**

1. Je reprends la parole pour une dernière fois dans ce premier tour de plaidoiries pour illustrer à la Cour le bien-fondé de la dernière des demandes présentées par la République de

Djibouti dans sa requête et complétées dans son mémoire : il s'agit pour moi de démontrer que la France a violé et viole ses obligations internationales à l'égard de Djibouti en portant atteinte aux immunités de hauts responsables djiboutiens jouissant d'une protection internationale.

2. Les agissements de la France, dont le demandeur demande à la Cour de dire et juger qu'ils constituent des faits internationalement illicites engageant la responsabilité internationale du défendeur, se rapportent à une information judiciaire pour subornation de témoin ouverte auprès du tribunal de grande instance de Paris, suite à la plainte déposée en novembre 2002, avec constitution de partie civile, par Mme Borrel. Cette procédure a été ensuite, par décision de la cour de cassation du 5 mars 2003<sup>99</sup>, dépaycée auprès du tribunal de grande instance de Versailles, où elle est actuellement en cours<sup>100</sup>. Dans ce cadre, deux séries de convocations à témoin assisté ont été adressées au procureur général de la République de Djibouti et au chef de la sécurité nationale de la République de Djibouti, respectivement le 4 novembre 2004 et le 17 juin 2005 pour ce qui est du procureur de la République, et le 3 novembre 2004 et le 17 juin 2005 en ce qui concerne le chef de la sécurité nationale<sup>101</sup>. Plus tard, à savoir le 20 octobre 2006, des mandats d'arrêt européens ont été décernés à l'encontre de ces deux personnalités<sup>102</sup>, suite à l'arrêt de la cour d'appel de Versailles du 27 septembre 2006<sup>103</sup>.

3. Avant de présenter à la Cour les arguments fondant la demande de Djibouti que je viens d'indiquer, je me bornerai à rappeler la démonstration que je me suis permis d'offrir hier après-midi concernant l'étendue de la compétence reconnue à la Cour. En effet, celle-ci couvre incontestablement les questions évoquées. Je voudrais rappeler, en particulier, qu'il est vrai que les mandats d'arrêt cités sont postérieurs à la saisine de la Cour par Djibouti ; toutefois, cela ne saurait aucunement exclure que votre Cour soit pleinement compétente pour constater qu'ils ont été décernés au mépris des engagements internationaux de la France envers Djibouti. Il s'agit, en effet, de nouvelles violations représentant la suite et la conséquence des violations précédentes, qui ne se

---

<sup>99</sup> CMF, annexe VII.

<sup>100</sup> CMF, p. 6, par. 1.10 et suiv.

<sup>101</sup> Document n° 11 soumis par la République de Djibouti à la Cour le 21 novembre 2007.

<sup>102</sup> CMF, annexe VIII.

<sup>103</sup> CMF, annexe VII.



seraient pas produites si la France s'était scrupuleusement acquittée de ses obligations internationales auxquelles la requête se réfère.

4. Au cours de la même plaidoirie j'avais également mis en évidence l'étroite connexion, d'une part, entre le refus par les autorités françaises d'exécuter la commission rogatoire internationale demandée par Djibouti concernant le dossier «Borrel» et, d'autre part, l'information ouverte auprès du tribunal de Versailles pour subornation de témoin. Comme vous l'avez entendu encore une fois, le refus a été motivé par le juge d'instruction du tribunal de grande instance de Paris en charge de l'affaire Borrel, dans son *Soit Transmis* du 8 février 2005, en se référant entre autres à la présence dans le dossier de documents relatifs justement à la procédure pour subornation de témoin à l'encontre du procureur de la République et du chef de la sécurité nationale de Djibouti. Il n'est donc point besoin de revenir encore sur cette question.

5. Madame le président, il va de soi que, dans la mesure où un Etat est soumis à l'obligation de garantir l'immunité de juridiction pénale et des mesures de contrainte à des personnes jouissant d'une protection internationale, cet Etat n'a évidemment pas le droit d'émettre des mandats d'arrêt visant ces personnes. Autrement dit, aucun besoin de démontrer — notamment après ce que votre Cour a relevé au paragraphe 70 de l'arrêt *Yerodia* de 2002 (*Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo c. Belgique)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2002, p. 29, par. 70) — que l'émission de mandats d'arrêt *per se* viole les immunités en question, si immunité il y a. En revanche, des éclaircissements préliminaires s'imposent concernant les convocations à témoin assisté. Il n'est toutefois pas nécessaire de s'attarder à ce sujet dans des analyses fines du droit pénal français. Il suffit d'utiliser les informations qu'offrent les écritures du défendeur.

6. Dans son contre-mémoire la Partie française explique, à la lumière des dispositions pertinentes du code de procédure pénale, quelle est la signification juridique d'une convocation à témoin assisté<sup>104</sup> : celle-ci implique, en effet, qu'il existe des indices rendant vraisemblable que la personne devant être entendue «ait pu participer, comme auteur ou complice, à la commission des infractions dont le juge d'instruction est saisi», c'est ce que proclame l'article 113-2, alinéa 2, du code. En d'autres termes, le témoin assisté est soupçonné d'être l'auteur ou le complice d'un crime

---

<sup>104</sup> CMF, p. 49, par. 4.7.

et sa convocation prélude à son inculpation aux fins de répression pénale. De plus, la personne en question, outre d'être engagée dans une procédure répressive, est sujette à la contrainte par la force publique afin d'obtenir qu'elle comparaisse devant le juge. La Cour est priée de se référer à l'annexe 11 de la liste des documents soumis au Greffe par le demandeur le 21 décembre 2007, où figurent les convocations à témoin assisté que j'ai déjà citées. Vous pourrez y lire l'avertissement explicite : «Si vous ne comparez pas ou si vous refusez de comparaître, vous pourrez y être contraint par la force publique en application de l'article 109 du Code de procédure pénale». En somme, il est clair : une convocation à témoin assisté ne saurait être adressée à une personne jouissant de l'immunité de juridiction pénale et des mesures de contrainte limitant sa liberté personnelle.

Madame le président, avec votre permission, je souhaiterais interrompre ici pour pouvoir vous présenter en entier le corps de ma plaidoirie dans l'après-midi. Puis-je faire comme cela ?

The PRESIDENT: Yes, that has to be a matter for your own assessment — bearing in mind the time available to you this afternoon. If that is your wish?

M. CONDORELLI : S'il vous plaît. Merci.

The PRESIDENT: The Court will certainly adhere to your request. So, jusqu'à ce moment, je vous remercie, Monsieur le professeur. C'est par cette plaidoirie que prend fin l'audience de ce matin. La séance est suspendue jusqu'à 15 heures cet après-midi.

*L'audience est levée à 12 h 55.*

---