

## OPINION INDIVIDUELLE DE M. LE JUGE TOMKA

Forum prorogatum — *Requête invitant l'Etat défendeur à accepter la compétence de la Cour (article 38, paragraphe 5, du Règlement) — Objet du différend — Moyen de droit — Demandes formulées dans la requête — Contradiction introduite par le demandeur entre l'objet du différend et les demandes — Interprétation de l'accord sur la compétence établie par deux actes unilatéraux — Compétence de la Cour ratione materiae — Compétence de la Cour ratione temporis.*

\* \* \*

1. L'arrêt que la Cour vient de rendre a une portée plus jurisprudentielle que pratique, parce que la Cour a été appelée à interpréter et à clarifier sa compétence établie par voie de *forum prorogatum*. On peut même se demander s'il était vraiment nécessaire de saisir l'organe judiciaire principal des Nations Unies afin qu'il se prononce, après plus de quatre mois de délibérations, sur le refus opposé par un juge d'instruction parisien à la demande, présentée sous la forme d'une commission rogatoire internationale, de transmettre les copies d'un dossier qu'elle instruit à son homologue djiboutien. A chacun de juger.

2. Bien que Djibouti ait déposé, le 2 septembre 2005, auprès du Secrétaire général des Nations Unies une déclaration, valide pour une période de cinq ans, reconnaissant la compétence de la Cour internationale de Justice, conformément à l'article 36, paragraphe 2, de son Statut, il savait bien que la Cour n'avait pas compétence pour connaître du différend qu'il voulait soumettre à la Cour, parce que la France n'était plus, depuis 1974, liée par une telle déclaration.

3. Djibouti a donc, en présentant sa requête introductive d'instance le 9 janvier 2006, entendu fonder la compétence de la Cour sur le consentement qu'il escomptait de la France. Une telle possibilité est prévue par l'article 38, paragraphe 5, du Règlement de la Cour.

4. Huit mois après que la copie de la requête de Djibouti eut été transmise au Gouvernement français, celui-ci a informé la Cour le 9 août 2006, par une lettre de son ministre des affaires étrangères en date du 25 juillet 2006, que «la République française accept[ait] la compétence de la Cour pour connaître de la requête en application et sur le seul fondement de l'article 38, paragraphe 5», du Règlement. Mais il a aussi précisé que l'acceptation de la compétence de la Cour

«ne va[lait] qu'aux fins de l'affaire, au sens de l'article 38, paragraphe 5, [du Règlement de la Cour], c'est-à-dire *pour le différend*

## SEPARATE OPINION OF JUDGE TOMKA

[Translation]

Forum prorogatum — Application inviting the Respondent to consent to the jurisdiction of the Court (Article 38, paragraph 5, of the Rules of Court) — Subject of the dispute — Legal grounds — Claims made in the Application — Contradiction introduced by the Applicant between the subject of the dispute and the claims — Interpretation of the agreement on jurisdiction established by two unilateral acts — Jurisdiction of the Court *ratione materiae* — Jurisdiction of the Court *ratione temporis*.

\* \* \*

1. The Judgment which the Court has just delivered is more jurisprudential than practical in scope because the Court has been called upon to interpret and clarify its jurisdiction established by *forum prorogatum*. It may even be wondered whether it was really necessary to seise the principal judicial organ of the United Nations for a ruling, after more than four months of deliberations, on the refusal by a Parisian investigating judge to comply with the request, presented in the form of an international letter rogatory, to transmit copies of the record of a case she was investigating to her Djiboutian opposite number. Each must take his own view.

2. Although on 2 September 2005 Djibouti filed a declaration with the United Nations Secretary-General, valid for a period of five years, recognizing the jurisdiction of the International Court of Justice, in accordance with Article 36, paragraph 2, of its Statute, it well knew that the Court did not have jurisdiction to entertain the dispute it wished to submit to the Court, because France had no longer been bound by such a declaration since 1974.

3. In submitting its Application introducing proceedings on 9 January 2006, Djibouti therefore sought to found the jurisdiction of the Court on the consent that it was counting on from France. This possibility is envisaged by Article 38, paragraph 5, of the Rules of Court.

4. Eight months after a copy of Djibouti's Application had been transmitted to the French Government, the latter informed the Court on 9 August 2006, by a letter from its Minister for Foreign Affairs dated 25 July 2006, that "the French Republic consents to the Court's jurisdiction to entertain the Application pursuant to, and solely on the basis of . . . Article 38, paragraph 5", of the Rules of Court. But it also specified that consent to the jurisdiction of the Court

"was valid only for the purposes of the case, within the meaning of Article 38, paragraph 5, [of the Rules of Court] i.e., *in respect of the*

*qui fait l'objet de la requête et dans les strictes limites des demandes formulées dans celle-ci»* par Djibouti (arrêt, par. 4; les italiques sont de moi).

5. La France a ainsi sans aucun doute accepté la compétence de la Cour en la présente affaire. Mais la question qui se pose est celle de l'étendue de cette compétence *ratione materiae* et *ratione temporis*, et cela d'autant plus que la France a soulevé dans son contre-mémoire une objection en soutenant que «le mémoire djiboutien va au-delà des demandes formulées dans la requête» (contre-mémoire de la France, p. 8, par. 2.3). La France, dans son contre-mémoire, fait valoir que

«la compétence de la [Cour internationale de Justice] est strictement limitée *ratione materiae* et *ratione temporis* aux faits liés à la commission rogatoire internationale du [3] novembre 2004 dont le refus d'exécution par les autorités françaises est présenté dans la requête comme constituant «[l']objet du différend»» (*ibid.*, p. 16, par. 2.26).

La France précise que la compétence de la Cour «ne saurait ... s'étendre à des demandes portant sur des faits postérieurs à la requête qui ne constituent pas la suite directe de la non-exécution alléguée de cette commission rogatoire internationale» (*ibid.*). Selon la France, la compétence de la Cour ne s'étend pas aux demandes de la République de Djibouti concernant les prétendues atteintes à des immunités dont devraient bénéficier certains officiels djiboutiens, y compris, en particulier, le président de la République de Djibouti (*ibid.*).

6. Pour établir l'étendue de la compétence de la Cour en la présente affaire, il faut se prononcer sur la portée de l'affaire qui a été soumise à la Cour par Djibouti le 9 janvier 2006, parce que l'acceptation française de la compétence «ne vaut qu'aux fins de l'affaire» c'est-à-dire, selon la France, «pour le différend qui fait l'objet de la requête et dans les strictes limites des demandes formulées dans celle-ci».

7. Les deux Parties conviennent qu'il s'agit pour la Cour de dire

«dans quelle mesure de ces actes distincts [i.e. la requête de Djibouti, la lettre d'acceptation de la France] formulés par des mots différents se dégage un réel consentement, ... c'est-à-dire un accord sur un objet unique et précis identifiant avec exactitude la sphère de compétence [de la Cour]» (CR 2008/1, p. 23, par. 8 (Condorelli); CR 2008/4, p. 33, par. 20 (Pellet)).

8. Le différend est circonscrit par son objet et par ses parties. Les termes «l'objet du différend» ont été choisis pour le Statut de la Cour en 1920, prioritairement aux termes «la nature du différend» parce qu'ils étaient considérés comme plus précis et plus utiles du point de vue de

*dispute forming the subject of the Application and strictly within the limits of the claims formulated therein*” by Djibouti (Judgment, para. 4, emphasis added).

5. There is thus no doubt that France consented to the jurisdiction of the Court in the present case. But the question which arises is that of the scope of that jurisdiction *ratione materiae* and *ratione temporis*, all the more so since, in its Counter-Memorial, France raised an objection, asserting that “Djibouti’s Memorial goes beyond the claims formulated in the Application” (Counter-Memorial of France (CMF), p. 7, para. 2.3). In its Counter-Memorial, France asserts that

“the jurisdiction [of the International Court of Justice] is strictly limited *ratione materiae* and *ratione temporis* to facts connected to the international letter rogatory of [3] November 2004, of which the French authorities’ refusal of execution is described in the Application as being [t]he subject of the dispute” (*ibid.*, p. 16, para. 2.26).

France states that the jurisdiction of the Court “cannot extend to claims involving facts arising subsequent to the Application which are not the direct consequence of the alleged non-execution of this international letter rogatory” (*ibid.*). According to France, the jurisdiction of the Court does not extend to the claims by the Republic of Djibouti concerning alleged violations of immunities said to be enjoyed by certain Djiboutian officials, including, in particular, the President of the Republic of Djibouti (*ibid.*).

6. In order to establish the scope of the Court’s jurisdiction in this case, a determination is required on the scope of the case submitted to the Court by Djibouti on 9 January 2006, because the French consent to jurisdiction “is valid only for the purposes of the case”, in other words, according to France, “in respect of the dispute forming the subject of the Application and strictly within the limits of the claims formulated therein”.

7. Both Parties agree that it is for the Court to declare

“to what extent these distinct acts [i.e. Djibouti’s Application, France’s letter of acceptance], employing different words, give rise to a real consent . . . that is to say an agreement on a single, specific subject precisely delineating the scope of the Court’s jurisdiction” (CR 2008/1, p. 23, para. 8, (Condorelli); CR 2008/4, p. 33, para. 20, (Pellet)).

8. The dispute is circumscribed by its subject and by its parties. The term “the subject of the dispute” was chosen for the Statute of the Court in 1920, in preference to the term “the nature of the dispute”, because it was regarded as more exact and more suitable from the point of view of

l'effet de la chose jugée<sup>1</sup>. Ce sont les parties et l'objet du différend qui circonscrivent une affaire donnée. La règle de l'autorité de la chose jugée est énoncée dans l'article 59 du Statut: un arrêt ne vaut que «pour les parties en litige et dans le cas qui a été décidé».

9. Djibouti a identifié la République française en tant que Partie contre laquelle il entendait introduire une instance devant la Cour. Il a aussi clairement indiqué, à plusieurs reprises, que le refus d'exécuter la commission rogatoire internationale (en date du 3 novembre 2004) constitue l'objet du différend.

10. En premier lieu, le président de Djibouti a donné, le 28 décembre 2005, pleins pouvoirs à M. Djama Souleïman Ali

«[à] l'effet de déposer, auprès de la Cour internationale de Justice, la requête de la République de Djibouti contre la République française au sujet de la violation par cette dernière de ses obligations internationales envers la République de Djibouti *et notamment la violation de la convention entre la République de Djibouti et le Gouvernement de la République française, en date du 27 septembre 1986*» [la convention d'entraide judiciaire en matière pénale] (requête introductive d'instance, p. 36; les italiques sont de moi).

11. Puis le ministre des affaires étrangères et de la coopération internationale de Djibouti a informé le président de la Cour internationale de Justice que

«conformément au paragraphe 1 de l'article 42 du Statut de la Cour et au paragraphe 2 de l'article 40 du Règlement de la Cour, le Gouvernement de la République de Djibouti a nommé comme agent M. Djama Souleïman Ali, ... dans *l'affaire suivante*: République de Djibouti contre République française, *concernant la violation* par la République française envers la République de Djibouti *de ses obligations internationales découlant 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» (*ibid.*, p. 38; les italiques sont de moi).

12. Finalement, l'agent de Djibouti a communiqué au président de la Cour internationale de Justice

«une requête par laquelle la République de Djibouti introduit *une instance* contre la République française *au sujet de la violation* par cette dernière *de ses obligations* internationales envers la République de Djibouti, *relative à l'entraide judiciaire en matière pénale*» (*ibid.*, p. 2; les italiques sont de moi).

13. La requête de Djibouti est ainsi intitulée: «Requête de la République de Djibouti contre la République française pour *violation*, envers

<sup>1</sup> Cour permanente de Justice internationale, Comité consultatif de juristes, *Procès-verbaux des séances du Comité* (16 juin-24 juillet 1920), p. 734.

*res judicata*<sup>1</sup>. It is the parties and the subject of the dispute which circumscribe a particular case. The *res judicata* rule is set out in Article 59 of the Statute: the decision of the Court has no binding force except between “the parties and in respect of that particular case”.

9. Djibouti identified the French Republic as the Party against which it was seeking to bring proceedings before the Court. It has also clearly indicated, on a number of occasions, that the refusal to execute the international letter rogatory (dated 3 November 2004) constitutes the subject of the dispute.

10. To begin with, on 28 December 2005, the President of Djibouti granted full powers to Mr. Djama Souleiman Ali

“[f]or the purpose of filing with the International Court of Justice the Application by the Republic of Djibouti against the French Republic concerning the violation by the latter of its international obligations towards the Republic of Djibouti, notably the violation of the Convention between the Republic of Djibouti and the Government of the French Republic dated 27 September 1986” [the Convention on Mutual Assistance in Criminal Matters] (Application instituting proceedings, p. 37; emphasis added).

11. Then the Djiboutian Minister for Foreign Affairs and International Co-operation informed the President of the International Court of Justice that

“in accordance with Article 42, paragraph 1, of the Statute of the Court and Article 40, paragraph 2, of the Rules of Court, the Government of the Republic of Djibouti has appointed Mr. Djama Souleiman Ali . . . as Agent in the following case: Republic of Djibouti v. the French Republic, concerning the violation by the French Republic of its international obligations to the Republic of Djibouti under the Convention on Mutual Assistance in Criminal Matters between the Government of the Republic of Djibouti and the Government of the French Republic, of 27 September 1986” (*ibid.*, p. 39; emphasis added).

12. Lastly, the Agent of Djibouti communicated to the President of the International Court of Justice

“an Application whereby the Republic of Djibouti is instituting proceedings against the French Republic concerning the violation by the latter of its international obligations to the Republic of Djibouti in respect of mutual assistance in criminal matters” (*ibid.*, p. 3; emphasis added).

13. Djibouti’s Application is entitled: “Application by the Republic of Djibouti against the French Republic for the violation, vis-à-vis the

---

<sup>1</sup> Permanent Court of International Justice, Advisory Committee of Jurists, *Procès-verbaux* of the Proceedings of the Committee (16 June-24 July 1920), p. 734.

la République de Djibouti, *de ses obligations internationales se rattachant à l'entraide judiciaire en matière pénale*» (requête introductive d'instance, p. 4, par. 1; les italiques sont de moi). Ce qui est important dans l'intitulé de la requête est que *les obligations prétendument violées par la France se rattachaient à l'entraide judiciaire en matière pénale*. Le différend devrait donc porter sur la violation (alléguée) des obligations assumées par la France dans le domaine de l'entraide judiciaire en matière pénale vis-à-vis de Djibouti, et non pas d'autres obligations internationales de la France. Apparemment, c'est bien ainsi que la Cour comprenait l'affaire lorsqu'elle fut inscrite à son rôle général sous le titre «Affaire relative à *Certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale (Djibouti c. France)*». Et ce titre est resté inchangé malgré les conclusions auxquelles la Cour est parvenue quant à sa compétence.

14. Djibouti a précisé, dans sa requête, conformément à l'article 40, paragraphe 1, du Statut de la Cour, *l'objet du différend*. Selon Djibouti,

«*L'objet du différend porte sur le refus des autorités gouvernementales et judiciaires françaises d'exécuter une commission rogatoire internationale concernant la transmission aux autorités judiciaires djiboutiennes du dossier relatif à la procédure d'information relative à l'Affaire contre X du chef d'assassinat sur la personne de Bernard Borrel et ce, en violation de 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, ainsi qu'en violation d'autres obligations internationales pesant sur la République française envers la République de Djibouti*» (requête introductive d'instance, p. 4, par. 2; les italiques sont de moi).

Bien que l'article 40 du Statut se borne à exiger l'indication de l'objet du différend, Djibouti a été, dans sa requête, tout à fait spécifique. Pour lui, «l'objet du différend porte sur le refus ... d'exécuter *une* commission rogatoire internationale». L'acte qui est à l'origine du différend est défini par Djibouti lui-même comme le refus par la France de donner une suite favorable à la commission rogatoire internationale. Par ce refus, la France aurait violé, selon Djibouti, plusieurs de ses obligations, les obligations découlant de la convention d'entraide judiciaire en matière pénale entre Djibouti et la France, ainsi que certaines autres obligations. Ces autres obligations sont énumérées dans la requête dans la section intitulée «moyens de droit»: y sont mentionnés les obligations prévues par le traité d'amitié et de coopération de 1977, les obligations «découlant des principes ... de prévenir les atteintes à la personne, la liberté ou la dignité d'une personne jouissant d'une protection internationale», ainsi que le «principe selon lequel un Etat ne peut invoquer les principes ou doctrines de son droit comme justifiant la non-exécution d'un traité» (requête, p. 4, par. 3).

Republic of Djibouti, *of its international obligations in respect of mutual assistance in criminal matters* (Application instituting proceedings, p. 5, para. 1; emphasis added). What is important in the title of the Application is the fact that the *obligations allegedly breached* by France *related to mutual assistance in criminal matters*. The focus of the dispute was therefore intended to be the (alleged) violation of the obligations assumed by France with respect to mutual assistance in criminal matters vis-à-vis Djibouti, and not of other international obligations of France. This would indeed seem to be how France understood the case when it was entered in the General List under the title “Case concerning *Certain Questions of Mutual Assistance in Criminal Matters (Djibouti v. France)*”. And this title has remained unchanged, despite the Court’s conclusions as to its jurisdiction.

14. In its Application, and in accordance with Article 40, paragraph 1, of the Statute, Djibouti indicated *the subject of the dispute*. According to Djibouti,

“*The subject of the dispute concerns the refusal* by the French governmental and judicial authorities *to execute an international letter rogatory* regarding the transmission to the judicial authorities in Djibouti of the record relating to the investigation in the ‘*Case against X for the murder of Bernard Borrel*’, in violation of the Convention on Mutual Assistance in Criminal Matters between the Government of the Republic of Djibouti and the Government of the French Republic, of 27 September 1986, and in breach of other international obligations borne by the French Republic to the Republic of Djibouti.” (Application instituting proceedings, p. 5, para. 2; emphasis added.)

Although Article 40 of the Statute merely requires that the subject of the dispute shall be indicated, Djibouti was quite specific in its Application. For it, “[t]he subject of the dispute concerns the refusal . . . to execute *an international letter rogatory*”. The act at the origin of the dispute is defined by Djibouti itself as the refusal by France to act upon the international letter rogatory. According to Djibouti, France breached a number of its obligations by that refusal: those arising from the Convention on Mutual Assistance in Criminal Matters, as well as certain other obligations. These other obligations are enumerated in the Application in the section entitled “Legal Grounds”: mentioned here are the obligations laid down in the 1977 Treaty of Friendship and Co-operation, the obligation “deriving from . . . principles . . . to prevent attacks on the person, freedom or dignity of an internationally protected person”, and “the principle . . . that a State may not invoke principles or doctrines under its internal law as justification for its failure to perform a treaty” (Application, p. 5, para. 3).



15. L'expression «moyens de droit» (requête, p. 4, par. 3) ne figure pas dans le Statut mais dans le Règlement de la Cour (art. 38, par. 2), qui prévoit que la requête «indique en outre la nature précise de la demande et contient un exposé succinct des faits et moyens sur lesquels cette demande repose». On a introduit pour la première fois l'exigence d'indiquer les «moyens sur lesquels cette demande repose» dans le Règlement en 1936; on mettait ainsi en œuvre l'article 63 du Statut de la Cour. Les documents préparatoires révèlent que, par «moyens», on avait à l'esprit «l'indication des stipulations de l'interprétation desquelles dépend la solution de l'affaire» et que «[la] pratique a démontré l'utilité ... de ces indications eu égard aux dispositions de l'article 63 du Statut»<sup>2</sup>. Les moyens de droit ne sont que les arguments juridiques qui, selon le requérant, étayent ses demandes.

16. Bien que la Cour enseigne qu'«aucun demandeur *ne saurait se présenter devant la Cour sans être en mesure d'indiquer dans sa requête l'Etat contre lequel la demande est formée et l'objet du différend ...*» (arrêt, par. 64; les italiques sont de moi), elle relativise malgré tout cette exigence puisque, «s'il est effectivement souhaitable que ce qui constitue cet objet pour le demandeur soit indiqué sous une telle rubrique dans la requête, la Cour doit néanmoins examiner cette dernière dans son ensemble» (*ibid.*, par. 67).

17. La Cour se réfère à son observation dans l'affaire du *Droit de passage sur territoire indien (Portugal c. Inde)* (C.I.J. Recueil 1960, p. 33) pour conclure «que l'objet du différend ne devait pas être déterminé exclusivement par référence aux questions énoncées dans la rubrique correspondante de la requête» (arrêt, par. 70).

18. Cette jurisprudence concernant la détermination du différend et de son objet a été rappelée par la Cour il y a dix ans dans l'affaire de la *Compétence en matière de pêcheries (Espagne c. Canada)*, où elle a observé qu'«[il] incombe à la Cour, tout en consacrant une attention particulière à la formulation du différend utilisée par le demandeur, de définir elle-même, sur une base objective, le différend qui oppose les parties, en examinant la position de l'une et de l'autre» (*compétence de la Cour, arrêt, C.I.J. Recueil 1998*, p. 448, par. 30). Elle a poursuivi :

«Il ressort de la jurisprudence de la Cour que celle-ci ne se contente pas de la formulation employée par le demandeur, lorsqu'elle détermine l'objet du différend. Ainsi, dans l'affaire du *Droit de passage sur territoire indien*, la Cour, pour apprécier sa compétence, a précisé l'objet du litige.» (*Ibid.*, p. 449, par. 30.)

<sup>2</sup> C.P.J.I. série D n° 2, p. 868-869. L'article 63 du Statut confère aux Etats tiers le droit d'intervenir au procès lorsqu'il s'agit de l'interprétation d'une convention à laquelle ont participé non seulement les parties en litige mais aussi d'autres Etats.

15. The expression “legal grounds” (Application, p. 5, para. 3) is not included in the Statute but does appear in the Rules of Court (Art. 38, para. 2), which stipulate that the Application “shall also specify the precise nature of the claim, together with a succinct statement of the facts and grounds on which the claim is based”. The requirement to indicate the “grounds on which the claim is based” was first introduced in the 1936 Rules of Court, which thus implemented Article 63 of the Court’s Statute. The preparatory documents reveal that “grounds” meant “the indication of the stipulations of the interpretation on which the solution of the case depends” and that “practice has shown the usefulness . . . of these indications with regard to the provisions of Article 63 of the Statute”<sup>2</sup>. The legal grounds are merely the legal arguments which, according to the Applicant, support its claims.

16. Although the Court teaches that “[n]o applicant *may come to the Court without being able to indicate*, in its Application, the State against which the claim is brought and *the subject of the dispute*. . .” (Judgment, para. 64; emphasis added), it nevertheless limits this requirement, since “while indeed it is desirable that what the Applicant regards as the subject-matter of the dispute is specified under that heading in the Application, nonetheless, the Court must look at the Application as a whole” (*ibid.*, para. 67).

17. The Court refers to its observation in the case concerning *Right of Passage over Indian Territory (Portugal v. India)* (*I.C.J. Reports 1960*, p. 33), in order to conclude “that the subject of the dispute was not to be determined exclusively by reference to matters set out under the relevant section heading of the Application” (Judgment, para. 70).

18. This jurisprudence concerning the determination of the dispute and its subject was recalled by the Court ten years ago in the case concerning *Fisheries Jurisdiction (Spain v. Canada)*, in which it observed that “[i]t is for the Court itself, while giving particular attention to the formulation of the dispute chosen by the Applicant, to determine on an objective basis the dispute dividing the parties, by examining the position of both parties” (*Jurisdiction of the Court, Judgment, I.C.J. Reports 1998*, p. 448, para. 30). It went on to say that

“The Court’s jurisprudence shows that the Court will not confine itself to the formulation by the Applicant when determining the subject of the dispute. Thus, in the case concerning the *Right of Passage over Indian Territory*, the Court, in order to form a view as to its jurisdiction, defined the subject of the dispute.” (*Ibid.*, p. 449, para. 30.)

<sup>2</sup> *P.C.I.J., Series D, No. 2*, pp. 868-869 [translation by the Registry]. Article 63 of the Statute confers on third States the right to intervene in the proceedings when what is at issue is the interpretation of a convention in which not only the parties to the dispute have participated but other States also.

19. Je doute que l'on puisse suivre cette jurisprudence dans le cas où la compétence de la Cour est établie, comme en la présente espèce, sur la base du *forum prorogatum*. Dans l'affaire de la *Compétence en matière de pêcheries (Espagne c. Canada)* et dans les affaires qui y sont mentionnées (*C.I.J. Recueil 1998*, p. 447-449, par. 29-31), c'est-à-dire *Nauru*, *Interhandel*, *Droit de passage sur territoire indien*, *Essais nucléaires*, on invoquait comme bases de compétence les déclarations unilatérales reconnaissant la juridiction de la Cour faites en vertu de l'article 36, paragraphe 2, du Statut. Les déclarations avaient été faites bien avant la naissance des différends soumis unilatéralement à la Cour. On peut comprendre que l'Etat qui a saisi la Cour en invoquant les déclarations faites en vertu de l'article 36, paragraphe 2, du Statut, soutienne vigoureusement que le différend relève de la compétence de celle-ci. Il s'ensuit qu'il définit ce différend de manière à amener la Cour à conclure qu'elle est compétente. Le défendeur, par ses objections, fait valoir que, à la lumière des diverses déclarations unilatérales et des réserves qui y sont contenues, le différend (ou au moins certains de ses aspects et les demandes s'y rattachant) échappe à la compétence de la Cour. La Cour doit dans tous ces cas déterminer elle-même le différend qui oppose les parties et son objet afin qu'elle puisse décider s'il relève, ou non, de sa compétence vu les termes des déclarations unilatérales faites, y compris les différentes «réserves» (ou plutôt limitations) que les Etats parfois ajoutent à ces déclarations.

20. La Cour a rappelé sa jurisprudence élaborée dans le cadre des affaires portées devant elle en vertu de l'article 36, paragraphe 2, du Statut, bien que la présente espèce soit visée par le paragraphe 1 de l'article 36 du Statut; cela a donné à la Cour l'occasion d'exposer sa perception de l'objet du différend opposant les Parties.

Ainsi, la Cour rappelle les moyens de droit invoqués dans la requête djiboutienne (arrêt, par. 73) ainsi que certaines demandes y formulées (*ibid.*, par. 74) pour parvenir à la conclusion

«que, en dépit d'une description sommaire de l'objet du différend au paragraphe 2 de la requête, celle-ci, prise dans son ensemble, a un objet plus large qui inclut la convocation adressée au président de Djibouti le 17 mai 2005 et celles adressées à d'autres responsables djiboutiens les 3 et 4 novembre 2004» (*ibid.*, par. 75).

21. C'est la Cour qui donne à l'objet du différend une portée plus large malgré le fait que Djibouti en a fait valoir dans sa requête une vision plus réduite. Il n'est pas certain que la France, quand elle a accepté la compétence de la Cour, a perçu l'objet du différend de la même manière que la Cour dans son arrêt.

22. On trouve dans le dossier des éléments tendant à indiquer que la France, dès le départ, pensait que le différend, pour lequel elle avait accepté la compétence de la Cour, concernait «l'interprétation donnée

19. I doubt whether this jurisprudence can be followed where the jurisdiction of the Court is established, as in the present case, on the basis of *forum prorogatum*. In the case concerning *Fisheries Jurisdiction (Spain v. Canada)* and in the other cases mentioned there (*I.C.J. Reports 1998*, pp. 447-449, paras. 29-31), in other words, *Nauru*, *Interhandel*, *Right of Passage over Indian Territory* and *Nuclear Tests*, the unilateral declarations recognizing the jurisdiction of the Court made under Article 36, paragraph 2, of the Statute were relied on as the basis of jurisdiction. Those declarations had been made long before the birth of the disputes unilaterally submitted to the Court. It is understandable that a State which has seised the Court relying on the declarations made under Article 36, paragraph 2, of the Statute should vigorously assert that the dispute falls within the Court's jurisdiction. It follows that it defines that dispute in such a way as to prompt the Court to conclude that it has jurisdiction. Through its objections, the Respondent will argue that, in the light of the various unilateral declarations and the reservations they contain, the dispute (or at least some aspects of it and the related claims) eludes the jurisdiction of the Court. In all these cases, the Court must itself determine the dispute between the parties and its subject, so as to be able to decide whether or not it falls within its jurisdiction, given the terms of the unilateral declarations made, including the various "reservations" (or rather limitations) which States sometimes add to them.

20. The Court has recalled its jurisprudence developed in the cases brought before it under Article 36, paragraph 2, of the Statute, even though the present case is covered by Article 36, paragraph 1, of the Statute; that gave the Court an opportunity to set out its perception of the subject of the dispute between the Parties.

Hence the Court recalls the legal grounds relied on in Djibouti's Application (Judgment, para. 73), as well as certain claims made in it (*ibid.*, para. 74), before concluding

"that, despite a confined description of the subject of the dispute (its '*objet*') in the second paragraph of the Application, the said Application, taken as a whole, has a wider scope which includes the summonses sent to the Djiboutian President on 17 May 2005 and those sent to other Djiboutian officials on 3 and 4 November 2004" (*ibid.*, para. 75).

21. It is the Court which gives the subject of the dispute a wider scope, despite the fact that Djibouti adopted a narrower view of it in its Application. It is not certain that, when it consented to the jurisdiction of the Court, France perceived the subject of the dispute in the same way as the Court does in its Judgment.

22. There are elements in the case pointing to the fact that, from the outset, France thought that the dispute, for which it had accepted the jurisdiction of the Court, concerned "the interpretation given by each

par chacune des parties à la mise en œuvre de la convention d'entraide judiciaire entre la France et Djibouti» (mémoire de Djibouti, annexe 32, communiqué du ministère français des affaires étrangères, 20 octobre 2006).

Quelques jours plus tard, le 15 novembre 2006, la ministre déléguée à la coopération, au développement et à la francophonie a déclaré à l'Assemblée nationale :

«Compte tenu des difficultés que nous avons à mettre en œuvre la convention d'entraide judiciaire entre la France et Djibouti, la Cour internationale de Justice a été saisie par Djibouti de cette question. Nous avons fait savoir que nous étions d'accord pour que la Cour règle ce différend entre nos deux pays, qui repose essentiellement sur des problèmes de procédures.» (Mémoire de Djibouti, annexe 33.)

23. Néanmoins, selon l'interprétation de la Cour, l'acceptation par la France de la compétence de la Cour «pour le différend qui fait l'objet de la requête et dans les strictes limites des demandes formulées dans celle-ci» constitue un consentement dont la portée n'est pas limitée «à un aspect particulier de la requête» (arrêt, par. 83).

24. Je suis d'avis que la France a accepté la compétence de la Cour pour «le différend qui fait l'objet de la requête», c'est-à-dire pour le différend tel que circonscrit par Djibouti dans sa requête. Et chaque différend est circonscrit par son objet et ses parties. Nul doute que les volontés des deux Parties se chevauchent pour que la Cour tranche le différend concernant le refus de la France d'exécuter la commission rogatoire internationale.

25. La Cour enseigne que «[l']acceptation permettant à la Cour d'asseoir sa compétence doit être avérée» (*ibid.*, par. 62). Je ne suis pas certain que tel est le cas pour ce qui est des questions relatives à l'immunité du chef de l'Etat et de certains hauts fonctionnaires djiboutiens. On relève dans la requête une contradiction entre l'objet du différend déclaré *expressis verbis* et les arguments de droit et les demandes. Le requérant ne devrait pas bénéficier d'une ambiguïté qui lui est imputable. Il fallait donc à mon avis accorder plus de poids aux termes précis de la requête; la sécurité juridique l'exige. Autrement, l'Etat qui a été invité à accepter la compétence de la Cour et qui y a consenti risque de découvrir plus tard que la Cour donne au différend et à son objet une définition différente de la sienne au moment où il a exprimé son acceptation en se fondant sur les termes exprès de la requête.

26. La Cour pouvait ainsi conclure que sa compétence était limitée *ratione materiae* au différend relatif au refus de la France d'exécuter la commission rogatoire internationale concernant la transmission à Djibouti du dossier relatif à la procédure d'information dans l'affaire contre X du chef d'assassinat sur la personne de Bernard Borrel.

party to the implementation of the Convention on Mutual Assistance in Criminal Matters between France and Djibouti” (Memorial of Djibouti (MD), Ann. 32, Statement from the French Ministry of Foreign Affairs, 20 October 2006).

A few days later, on 15 November 2006, the Minister of State for Co-operation, Development and Francophony declared to the National Assembly:

“In view of the difficulties we have had in implementing the Convention on Mutual Assistance between France and Djibouti, this issue has been brought before the International Court of Justice by Djibouti. We have announced that we agree to the Court settling the dispute between our two countries, which essentially concerns questions of procedure.” (MD, Ann. 33.)

23. However, according to the interpretation of the Court, France’s acceptance of the Court’s jurisdiction “in respect of the dispute forming the subject of the Application and strictly within the limits of the claims formulated therein” constitutes consent whose scope is not limited “to any particular aspect of the Application” (Judgment, para. 83).

24. In my view, France accepted the jurisdiction of the Court in respect of “the dispute forming the subject of the Application”, in other words, in respect of the dispute as circumscribed by Djibouti in its Application. Every dispute is circumscribed by its subject and its parties. There is no doubt that the wishes of the two Parties overlap in wanting the Court to settle the dispute concerning France’s refusal to execute the international letter rogatory.

25. The Court teaches that “[t]he consent allowing for the Court to assume jurisdiction must be certain” (*ibid.*, para. 62). I am not sure that this is the case as regards the questions concerning the immunity of the Head of State and of certain senior Djiboutian officials. One notes a contradiction in the Application between the subject of the dispute declared *expressis verbis* and the legal arguments and claims. The Applicant should not benefit from any ambiguity on its part. In my view, therefore, greater importance should have been given to the precise terms of the Application; legal security requires it. Otherwise, the State which has been invited to accept the jurisdiction of the Court, and has consented to it, runs the risk of later discovering that the Court is giving the dispute and its subject a different definition from its own at the time when it declared its acceptance on the basis of the express terms of the Application.

26. The Court was thus in a position to conclude that its jurisdiction was limited *ratione materiae* to the dispute concerning France’s refusal to execute the international letter rogatory regarding the transmission to Djibouti of the record relating to the investigation in the *Case against X for the murder of Bernard Borrel*.

27. La majorité s'est prononcée en faveur d'une compétence plus large (*boni judicis est ampliare jurisdictionem*). Elle pouvait le faire parce que la France, dans sa lettre d'acceptation, un peu elliptique, n'a pas pris la peine de souligner les contradictions contenues dans la requête et de préciser l'étendue de son consentement sans équivoque. Après une longue réflexion, je me suis rallié, mais non sans hésitation, à la majorité de la Cour.

28. Mais je ne peux pas souscrire à la conclusion de la Cour (arrêt, par. 95 et 205, point 1, alinéa *c*) selon laquelle elle a compétence pour examiner aussi la deuxième convocation en tant que témoin envoyée au président de la République de Djibouti le 14 février 2007, c'est-à-dire plus d'un an après le dépôt de la requête djiboutienne et plus de cinq mois après l'acceptation par la France de la compétence de la Cour «pour le différend qui fait l'objet de la requête et dans les strictes limites des demandes formulées dans celle-ci par la République de Djibouti».

Pour justifier sa conclusion, la Cour souligne que «[l]a lettre d'acceptation de la France ne contient cependant pas de restriction temporelle» (*ibid.*, par. 94).

29. La Cour, pour cet aspect du différend, assimile la lettre d'acceptation de la France à une véritable déclaration de reconnaissance de la compétence obligatoire de la Cour au sens de l'article 36, paragraphe 2, du Statut, ce qu'elle n'est évidemment pas.

30. La Cour ajoute que ce qui est décisif en l'espèce est ce que la France a expressément accepté dans sa lettre du 25 juillet 2006 (*ibid.*, par. 88). J'abonde dans ce sens.

Mais je vois mal comment la France pouvait expressément accepter la compétence de la Cour pour un différend concernant un fait qui ne s'était pas encore produit. La France a accepté la compétence de la Cour «pour les demandes formulées dans la requête de Djibouti», déposée le 9 janvier 2006. Les demandes concernaient les prétendues violations qui auraient été déjà commises avant le dépôt de la requête. Selon la majorité, la convocation du 14 février 2007 répétait simplement la précédente en date du 17 mai 2005; cela ne me paraît pas convaincant. Il en irait autrement s'il s'agissait d'un acte continu qui aurait commencé en mai 2005 et se serait poursuivi jusqu'en février 2007. Mais tel n'est pas le cas. Chaque convocation constituait un acte distinct. Par conséquent, il m'était impossible de voter en faveur de l'alinéa *c*) du point 1 du dispositif.

31. L'affaire est arrivée à son terme. Quelles leçons peut-on en tirer? Malgré l'apparente souplesse du *forum prorogatum*<sup>3</sup>, cette affaire montre que l'Etat qui est invité à accepter la compétence de la Cour selon la procédure prévue dans l'article 38, paragraphe 5, du Règlement doit rédiger

<sup>3</sup> Voir M. Bedjaoui, «Le *forum prorogatum* devant la Cour internationale de Justice : les ressources d'une institution ou la face cachée du consensualisme», *C.I.J. Annuaire 1996-1997*, p. 230-248.

27. The majority voted for a broader jurisdiction (*boni iudicis est ampliare jurisdictionem*). It was able to do so because France, in its somewhat elliptical letter of acceptance, did not take the trouble to underline the contradictions in the Application and to specify unequivocally the scope of its consent. After long consideration, but not without some hesitation, I voted with the majority of the Court.

28. But I cannot subscribe to the Court's finding (Judgment, paras. 95 and 205 (1) (*c*)) that it has jurisdiction also to consider the second witness summons sent to the President of the Republic of Djibouti on 14 February 2007, in other words, over a year after the filing of Djibouti's Application and over five months after France's acceptance of the jurisdiction of the Court "in respect of the dispute forming the subject of the Application and strictly within the limits of the claims formulated therein by the Republic of Djibouti".

To justify its finding, the Court emphasizes that "[t]he French letter of acceptance did not, however, contain a temporal limitation" (*ibid.*, para. 94).

29. For this aspect of the case, the Court treats France's letter of acceptance as a genuine declaration recognizing the compulsory jurisdiction of the Court within the meaning of Article 36, paragraph 2, of the Statute, which it patently is not.

30. The Court adds that what is decisive in this case is what France expressly accepted in its letter of 25 July 2006 (*ibid.*, para. 88). I fully concur with that.

But I find it hard to see how France could expressly accept the jurisdiction of the Court in respect of a dispute concerning a fact which had not yet occurred. France accepted the jurisdiction of the Court "for the claims described in Djibouti's Application", filed on 9 January 2006. The claims concerned the alleged violations supposedly committed before the filing of the Application. According to the majority, the summons of 14 February 2007 simply reiterated the preceding one dated 17 May 2005; this does not strike me as convincing. Matters would be different if it had been a continuous act having started in May 2005 and continued until February 2007. But that is not the case. Each summons constituted a separate act. It was therefore impossible for me to vote in favour of subparagraph (1) (*c*) of the operative clause.

31. The case is now closed. What lessons does it hold? Despite the apparent flexibility of *forum prorogatum*<sup>3</sup>, this case shows that a State which is invited to accept the jurisdiction of the Court according to the procedure laid down in Article 38, paragraph 5, of the Rules of Court

---

<sup>3</sup> See M. Bedjaoui, "The *forum prorogatum* before the International Court of Justice: The resources of an institution or the hidden face of consensualism", *I.C.J. Yearbook 1996-1997*, No. 51, pp. 216-234.



méticuleusement sa réponse positive s'il veut éviter toute surprise de la part de la Cour. Je demeure convaincu qu'il est toujours préférable, au lieu d'accepter la compétence de la Cour par cette procédure, de proposer à l'Etat requérant de conclure un compromis spécifiant clairement les questions juridiques que les Parties en litige désirent voir tranchées par la Cour.

*(Signé)* Peter TOMKA.

---

must be meticulous in the drafting of its positive response if it wishes to avoid any surprises on the part of the Court. I remain convinced that it is always preferable, instead of accepting the jurisdiction of the Court by means of this procedure, to propose that the Applicant should conclude a special agreement, clearly specifying the legal matters which the Parties in contention wish to see settled by the Court.

*(Signed)* Peter TOMKA.

---