

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*

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

l'effet de la chose jugée¹. 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

¹ Cour permanente de Justice internationale, Comité consultatif de juristes, *Procès-verbaux des séances du Comité* (16 juin-24 juillet 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).

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»². 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.)

² 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.

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

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.

27. La majorité s'est prononcée en faveur d'une compétence plus large (*boni iudicis 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*³, 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

³ 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.

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.
