

Le *forum prorogatum* devant la Cour internationale de Justice

L'affaire *Djibouti c. France*

*Vincent Pouliot**

Introduction

La république de Djibouti, ancien « territoire français des Afars et des Issas », est un petit État africain qui a obtenu son indépendance de la France en 1977. Sans aucune ressource naturelle et sous un climat désertique qui empêche tout développement agricole, ce pays de la taille du Rwanda et entouré de pays en guerre, ne dispose que de son exceptionnelle position stratégique à la sortie du détroit Bab Al-Mandeb entre la mer Rouge et le golfe d'Aden. L'économie de Djibouti dépend essentiellement de son port en eau profonde, seul accès fiable de l'Éthiopie à la mer. Au-delà, le territoire draine une partie du commerce de toute l'Afrique orientale jusqu'au Kenya.

Plus de 30 ans après l'indépendance, les relations entre Djibouti et la France sont encore extrêmement étroites. Bien que les investissements étrangers s'y multiplient, la France reste le premier bailleur de fond de Djibouti et son premier partenaire commercial. Pour reprendre les mots du président Jacques Chirac à son homologue djiboutien en 2005 : « nos relations sont excellentes à tous points de vue. Il n'existe qu'une seule ombre à ce tableau : l'affaire Borrel »¹.

Le 9 janvier 2006, cette ombre au tableau des relations franco-djiboutiennes a franchi un nouveau pallier avec l'ouverture par Djibouti, d'une procédure devant la Cour internationale de Justice (CIJ) à La Haye. Il n'est assurément pas simple de résumer la série de péripéties qui a amené ce petit pays surendetté et miné par un taux de chômage de plus 60 % à poursuivre son premier soutien financier devant la CIJ. La procédure de La

* Vincent Pouliot est chercheur à l'Institut Asser et rédacteur au *Portail judiciaire de La Haye*.

¹ Notes de travail de la direction Afrique du quai d'Orsay destinées à préparer la rencontre Chirac-Guelleh du 17 mai 2005.

Haye cache en effet un curieux embrouillamini politique et diplomatique vieux de plus de dix ans.

En portant plainte devant la CIJ, Djibouti explique que la France aurait violé ses obligations internationales en refusant de transmettre aux autorités judiciaires djiboutiennes, le dossier relatif à l'affaire contre X du chef d'assassinat sur la personne de Bernard Borrel. Ce qui semblerait à première vue une simple formalité administrative se révèle être une affaire judiciaire complexe, mêlant les intérêts politiques et stratégiques des deux États. Avant d'aborder l'arrêt de la CIJ à proprement parler, nous nous intéresserons donc aux dessous de cette affaire et plus particulièrement à l'épisode judiciaire qui est au centre du conflit : l'affaire Borrel².

I. L'affaire Borrel

Pour comprendre l'affaire *Djibouti c. France*, il convient donc de remonter au 19 octobre 1995, lorsque le corps de Bernard Borrel, magistrat français et coopérant au ministère djiboutien de la justice est retrouvé à moitié calciné au pied d'une falaise, à 80 km de Djibouti-ville. Treize ans après les faits, c'est peut-être le seul élément sur lequel les parties impliquées sont d'accord. D'après la justice djiboutienne, qui conclura quelques semaines plus tard au suicide, le juge français se serait aspergé d'essence et se serait immolé avant de dévaler un à-pic. Une version que la justice française ne partage plus.

1. L'escalade judiciaire

Dès 1995, la veuve du juge français est à l'origine de l'ouverture d'une information judiciaire en France. En 2000, la justice française confirme dans un premier temps la thèse djiboutienne du suicide. En 2002, après une nouvelle expertise médico-légale, la thèse de l'assassinat est finalement privilégiée par les juges français. En 2004, l'hypothèse d'un assassinat politique sur ordre du pouvoir djiboutien est ouvertement évoquée en France.

Le dossier est donc progressivement devenu une affaire d'État. En 2005, l'actuel président djiboutien, Ismaël Omar Guelleh, est mis en cause par des témoins, puis convoqué comme témoin par un juge français. En 2006, le procureur de la république de Djibouti, Djama Souleiman³ et le chef de la sécurité nationale, Hassan Saïd, sont mis en

² La Cour a présenté dans son arrêt, les procédures judiciaires engagées en France et à Djibouti dans le cadre de cette affaire. Voir Cour internationale de Justice, *Certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale (Djibouti c. France)*, Arrêt, 4 juin 2008, (ci-après, Arrêt) paras. 19-38, pp. 10-19. Disponible sur : <http://www.haguejusticeportal.net/eCache/DEF/9/388.TD1GUg.html> .

³ Djama Souleiman Ali a été nommé par le ministre des affaires étrangères de Djibouti comme agent de Djibouti aux fins de la présente instance devant la CIJ.

examen en France pour subornation de témoin⁴. En 2007, malgré son statut de chef d'État, le président Guelleh est à nouveau convoqué comme témoin par le juge en charge du dossier Borrel, alors qu'il est en voyage en France pour assister à un sommet France-Afrique.

Depuis 2004, la justice djiboutienne, qui a clos le dossier Borrel après avoir conclu au suicide, se dit prête à rouvrir l'affaire si la France dispose de nouveaux éléments. Pour cela, il faudrait que les autorités judiciaires françaises acceptent de lui transmettre le dossier. Une demande que les juges français ne veulent satisfaire puisqu'elle émane des personnes même qui sont mises en cause en France.

Dans le même temps, la justice djiboutienne a développé sa propre thèse. Pour elle, le juge Borrel aurait enquêté sur un réseau pédophile impliquant de hauts dignitaires français. Se sont ces derniers qui auraient voulu se débarrasser du juge Borrel. En 2007, plusieurs convocations adressées à des Français ont été rendues publiques. Dans cette escalade entre les justices française et djiboutienne, l'exécutif français marche sur des charbons ardents.

2. *Les enjeux géopolitiques sous-jacents*

En effet, la situation géographique de Djibouti en fait un maillon essentiel du dispositif militaire français. L'ancienne colonie accueille la plus grande base militaire française à l'étranger, avec 2 800 hommes qui disposent via ce port, d'un accès privilégié à la mer Rouge, à l'océan Indien et au golfe Persique. Le pays n'a d'ailleurs obtenu son indépendance qu'en 1977, soit 17 ans après la plupart des colonies françaises d'Afrique. Depuis le 11 septembre 2001, les Américains y ont aussi implanté une base de près de 2 000 hommes, la seule en Afrique sub-saharienne. Djibouti joue ouvertement de cette « ouverture à la concurrence » pour faire pression sur la France.

Depuis 2003, Paris paie un loyer de 30 millions d'euros par an à Djibouti, alors qu'elle ne payait rien jusqu'à cette date. La construction du nouveau complexe portuaire djiboutien et de sa zone franche a été concédée à *Dubai Ports International*. Les capitaux chinois s'y sont aussi multipliés, notamment dans le domaine hôtelier. Même si Paris reste le principal pourvoyeur de fonds de Djibouti, le président Ismaël Omar Guelleh affiche ouvertement que « Djibouti n'a plus besoin de la France »⁵.

⁴ Le jugement dans cette affaire a été rendu par contumace le 27 mars 2008. La chambre correctionnelle du tribunal de grande instance de Versailles est allée beaucoup plus loin que ce que le parquet avait requis (un an de prison avec sursis) en condamnant (par défaut) Djama Souleiman à 18 mois de prison ferme et Hassan Saïd à un an de prison ferme. Les deux dignitaires djiboutiens ont été reconnus coupables de subornation de témoins, pour avoir fait pression sur deux témoins dans l'enquête sur l'assassinat du juge Borrel dans le but d'annuler ou de discréditer un témoignage mettant en cause l'actuel président de Djibouti, Ismaël Omar Guelleh. L'ambassade de Djibouti en France a dénoncé ce jugement comme « ouvertement raciste ».

⁵ « Djibouti n'a plus besoin de la France », www.jeuneAfrique.com, 3 février 2008.

Il semblerait pourtant que l'exécutif français ait tant bien que mal tenté d'être accommodant avec son partenaire stratégique, afin de protéger ses intérêts dans la zone⁶. Des membres du ministère français des affaires étrangères et du ministère français de la justice sont soupçonnés d'avoir tenté de communiquer des éléments de l'enquête à Djibouti⁷.

C'est parce que le gouvernement en France n'a pas le pouvoir de forcer les magistrats français à transférer ce dossier brûlant à Djibouti que cette dernière se serait alors orientée vers la CIJ. La Cour internationale de Justice s'est bien gardée de juger sur le fond de cet inextricable roman judiciaire. À ce titre, l'arrêt que la CIJ a rendu le 4 juin 2006 ne permettra en rien de résoudre le fond du différend entre Djibouti et la France, à savoir que les juges français continuent à soupçonner l'exécutif djiboutien. Pour autant, l'arrêt du 4 juin 2008 n'en soulève pas moins des questions intéressantes de droit. C'est notamment la première fois que la CIJ avait à se prononcer au fond sur un différend porté devant elle en vertu de l'article 38-5 de son règlement.

II. L'affaire *Djibouti c. France* devant la CIJ

Le 4 juin 2008, la CIJ a donc rendu son arrêt dans l'affaire relative à *Certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale* (Djibouti c. France). L'objet du différend devant la Cour portait 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 »⁸. C'est-à-dire le refus de la France de transférer à Djibouti le dossier Borrel. Djibouti soutenait que ce refus constituait une violation des obligations internationales de la France découlant du Traité d'amitié et de coopération signé entre les deux États en 1977 et de la Convention d'entraide judiciaire en matière pénale entre la France et Djibouti de 1986. Djibouti indiquait encore qu'en convoquant certains dignitaires djiboutiens en qualité de témoins assistés, la France avait violé son obligation de prévenir les atteintes à la personne, la liberté ou la dignité de personnes jouissant d'une protection internationale⁹.

La république de Djibouti demandait principalement deux choses à la CIJ : dire et juger que la République française doit « exécuter sans plus tarder la commission rogatoire [...] en remettant immédiatement en mains djiboutiennes le dossier [Borrel] » et « retirer et

⁶ Cour internationale de Justice, *Certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale* (*Djibouti c. France*), Mémoire de la République de Djibouti, 15 mars 2007 (ci-après, Mémoire), para. 81, p. 34. Disponible sur : <http://www.icj-cij.org/docket/files/136/14390.pdf> (Consulté le 20/10/2008).

⁷ Arrêt, paras. 37-38, p. 18. En 2005, une procédure est engagée contre l'État français. Au printemps 2007, en pleine campagne présidentielle en France, le ministère des affaires étrangères et le ministère de la justice sont perquisitionnés tandis que les juges se voient refuser l'accès au palais de l'Élysée.

⁸ Cour internationale de Justice, *Certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale* (*Djibouti c. France*), Requête introductive d'instance (ci-après, Requête), para. 2, p. 4. Disponible sur : <http://www.haguejusticeportal.net/eCache/DEF/5/036.TD1GUg.html>.

⁹ Requête, para. 3, p. 4.

mettre à néant les convocations [...] du chef de l'État de la république de Djibouti et de ressortissants djiboutiens jouissant d'une protection internationale [...] »¹⁰.

1. Les questions de compétence de la Cour et le forum prorogatum

La France a accepté la compétence de la Cour en vertu de l'article 38, paragraphe 5 du règlement de la CIJ, par une lettre du ministère français des affaires étrangères adressée au Greffe de la Cour¹¹. Comme la Cour l'a fait observer, c'est la première fois qu'elle était amenée à trancher au fond un différend porté devant elle par une requête fondée sur cette disposition de son règlement¹². L'article 38-5 se lit comme suit :

« Lorsque le demandeur entend fonder la compétence de la Cour sur un consentement non encore donné ou manifesté par l'Etat contre lequel la requête est formée, la requête est transmise à cet Etat. Toutefois, elle n'est pas inscrite au rôle général de la Cour et aucun acte de procédure n'est effectué tant que l'Etat contre lequel la requête est formée n'a pas accepté la compétence de la Cour aux fins de l'affaire. »

Trois caractéristiques de l'article 38-5 doivent être soulignées avant toute autre considération. Tout d'abord, (1) l'article 38-5 permet ni plus ni moins à la CIJ de transmettre à un État, une requête formulée contre lui. Ainsi, (2) la Cour n'effectue aucun acte de procédure tant que ce consentement n'a pas été explicitement donné. C'est-à-dire qu'elle n'est à proprement parler « saisie » qu'une fois que l'État défendeur a exprimé ce consentement. Enfin, l'État qui est invité à consentir à la compétence de la Cour pour trancher un différend a (3) toute liberté de répondre comme il l'entend. Le consentement du défendeur à la compétence de la Cour a un caractère différé et *ad hoc*. C'est ce qui en fait une modalité d'établissement du *forum prorogatum*.

a. Caractéristiques du forum prorogatum

La compétence du juge international repose uniquement sur le consentement des États. Pour autant, la déclaration d'acceptation de la compétence obligatoire de la Cour, en vertu de l'article 36, paragraphe 2 de son statut, n'est qu'un moyen parmi d'autres d'expression du consentement d'un État à la compétence de la CIJ. Mais de toutes ces formes de consentement, l'institution du *forum prorogatum* est de loin la plus souple¹³.

Dans l'*affaire du génocide*, M. Lauterpacht, juge *ad hoc*, a fourni dans son opinion individuelle du 13 septembre 1993, une définition particulièrement claire du *forum*

¹⁰ Mémoire, V. 2 Demandes, paras. 5-6, p. 68.

¹¹ Cour internationale de Justice, *Certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale (Djibouti c. France)*, Lettre du ministre des affaires étrangères de la République française (Acceptation de la compétence de la Cour pour connaître de la requête en application du paragraphe 5 de l'article 38 du règlement de la Cour), 25 juillet 2006, disponible sur : <http://www.icj-cij.org/docket/files/136/13916.pdf>.

¹² Arrêt, para. 63, p. 25.

¹³ Voir notamment, Mohammed Bedjaoui, Fatsah Ouguergouz, « Le *forum prorogatum* devant la Cour internationale de Justice : les ressources d'une institution ou la face cachée du consensualisme », *African Yearbook of International Law*, 1997, Vol. 5, pp. 91-114.

prorogatum devant la CIJ : « si un État, l'État A, introduit une instance contre un autre État, l'État B, sur une base de compétence inexistante ou défectueuse, le *forum prorogatum* consiste en la possibilité pour l'État B d'y remédier en adoptant un comportement valant acceptation de la compétence de la Cour »¹⁴.

C'est à la Cour permanente de Justice internationale (CPJI), l'ancêtre de la CIJ, qu'il revient d'attribuer la paternité de la transposition du *forum prorogatum* en droit international¹⁵. À l'occasion de la révision, en 1934, de l'article 35 du règlement de la CPJI relatif aux mentions que devrait contenir une requête introductive d'instance, plusieurs juges avaient insisté sur le fait que l'institution du *forum prorogatum* était dans l'intérêt de la justice internationale, dans la mesure où elle permettait une certaine souplesse quant aux conditions à remplir par un État qui voudrait s'adresser à la Cour pour régler un différend¹⁶.

La CIJ ne tardera pas, dès 1948 avec l'affaire du *Détroit de Corfou* entre le Royaume-Uni et l'Albanie¹⁷, à reprendre à son compte cette institution pratique, dans des formes tout à fait identiques à la jurisprudence de la CPJI. De 1948 à 1952, une série d'arrêts vient ainsi confirmer les caractéristiques principales du *forum prorogatum* devant la CIJ¹⁸ :

- D'abord, l'expression du consentement des parties n'est soumise à aucune condition de forme. Dans l'affaire du *Détroit de Corfou*, la CIJ a déduit le consentement de l'Albanie à sa compétence d'une simple lettre adressée à la Cour¹⁹.

¹⁴ Cour internationale de Justice, *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide* (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro), Ordonnance du 13 septembre 1993 (Nouvelles demandes en indication de mesures conservatoires), Opinion individuelle de M. Lauterpacht, juge *ad hoc*, p. 416, para. 24.

¹⁵ C'est d'ailleurs plus d'une transformation, que d'une transposition qu'il faut parler. En effet, le concept original de *forum prorogatum*, qui nous vient du droit romain, correspond strictement parlant à une « prorogation de compétence » : c'est-à-dire l'*extension* de la compétence d'un tribunal, qui lui permet de statuer sur un litige qui n'aurait pas dû être porté devant lui. En droit international, l'acceptation postérieure de la compétence de la CIJ par un État a pour effet *stricto sensu* de créer, d'établir, la compétence de la Cour. Sur ces questions, voir notamment : Bohdan Winiarski, « Quelques réflexions sur le soi-disant *forum prorogatum* en droit international », *Mélanges Spiropoulos*, 1947.

¹⁶ Sur ces questions, voir notamment : Shabtai Rosenne, « The Forum Prorogatum in the International Court of Justice », *Revue hellénique de droit international*, 1953, pp. 1-26 et Bedjaoui, *op. cit.*

¹⁷ Cour internationale de Justice, *Détroit de Corfou* (Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord c. Albanie), 1947-1948, Rapport 15, voir documents sur : <http://www.haguejusticeportal.net/eCache/DEF/6/287.c2V0TGZlZz1FTiZMPUVO.html>.

¹⁸ Pour un rappel succinct de cette jurisprudence, voir Jacques Soubeyrol, « "Forum prorogatum" et Cour internationale de Justice : de la procédure contentieuse à la procédure consultative », *Revue générale de droit international public*, Volume 76, 1972, pp. 1098-1104. Pour une analyse comparée de la jurisprudence de la CPJI et de la CIJ sur le *forum prorogatum*, voir Pierre Stillmunkes, « Le forum prorogatum devant la Cour permanente de Justice internationale et la Cour internationale de Justice », *Revue générale de droit international public*, Volume 68, 1964, pp. 665-686.

¹⁹ Voir *Détroit de Corfou*, Arrêt sur l'exception préliminaire, 25 mars 1948, *C. I. J. Recueil 1947-1948*, p. 27. Pour la jurisprudence de la CPJI sur ce point, voir *Concessions Mavrommatis à Jérusalem*, Série A, n° 5, Arrêt, 26 mars 1925, p. 27 et *Droits de minorités en Haute-Silésie (écoles minoritaires)*, Série A, n° 15, Arrêt n° 12, 26 avril 1928, p. 23.

- Plus encore, ce consentement peut être exprès ou implicite. Il peut notamment être déduit de l'attitude des Parties. Dans l'affaire *Haya de la Torre*, par exemple, la Cour avait estimé que plaider sur le fond valait acceptation tacite de sa compétence²⁰.
- A contrario, le simple fait de participer à l'instance ne saurait constituer une « manifestation non équivoque », a fortiori lorsque l'objet même de la participation à la procédure est de contester la compétence. L'une des contreparties à la souplesse de l'expression du consentement est bien que ce consentement ne saurait être équivoque²¹.
- Enfin, une fois le consentement des Parties donné à la Cour, il ne saurait lui être retiré de manière unilatérale. L'affaire du *Détroit de Corfou* est très significative à cet égard et reprend les termes de l'arrêt de la CPIJ dans l'affaire des *Droits de minorités en Haute-Silésie (écoles minoritaires)*²².

b. Quelques critiques

Le nœud gordien de l'établissement du *forum prorogatum* réside donc dans la manière dont la Cour détermine que la partie défenderesse consent à sa compétence, plus particulièrement lorsque la Cour se fonde sur un consentement tacite. Sur ce point comme sur d'autres, le recours au *forum prorogatum* n'est pas sans soulever de nombreuses questions²³. Notamment, il semble ouvrir la porte à un usage abusif du recours à la CIJ, autorisant les États à saisir la Cour sans réel fondement juridique et à des fins politiques. De fait, le *forum prorogatum* peut sembler n'être rien d'autre que la régularisation *a posteriori*, d'une saisine infondée de la CIJ. On comprend donc comment il peut être utilisé

²⁰ Cour internationale de Justice, *Haya de la Torre* (Colombie c. Pérou), Arrêt du 13 juin 1951 : C. I. J. Recueil 1951, p. 78, disponible sur : <http://www.icj-cij.org/docket/files/14/1936.pdf>. Cette notion avait déjà été exprimée en des termes on ne peut plus clairs par la CPIJ dans *Droits de minorités en Haute-Silésie (écoles minoritaires)*, *op. cit.*, p.24 : « il ne semble point douteux que la volonté d'un État de soumettre un différend à la Cour puisse résulter, non seulement d'une déclaration expresse, mais aussi d'actes concluants. Il paraît difficile de nier que le fait de plaider le fond, sans faire de réserve sur la compétence, ne doive être regardé comme une manifestation non équivoque de la volonté de l'État d'obtenir une décision sur le fond de l'affaire ».

²¹ Voir *Anglo-Iranian Oil Co. (Royaume-Uni c. Iran)*, Exception préliminaire, Arrêt, C.I.J. Recueil 1952, p. 114 : « le principe du *forum prorogatum* devrait être fondé sur quelque acte ou déclaration du Gouvernement de l'Iran impliquant un élément de consentement à l'égard de la compétence de la Cour. Mais ce Gouvernement n'a pas cessé de contester la compétence de la Cour. [...] Aucun- élément de consentement ne saurait être déduit de l'attitude adoptée par l'Iran. [...] La Cour en vient donc à la conclusion qu'elle n'est pas compétente pour connaître de l'instance introduite par le Royaume-Uni », disponible sur : <http://www.icj-cij.org/docket/files/16/1996.pdf>. Cet arrêt est le premier dans lequel la CIJ utilise le terme même de « forum prorogatum », consacrant ainsi son usage.

²² Voir *Détroit de Corfou*, *op. cit.*, p. 29 et *Droits de minorités en Haute-Silésie (écoles minoritaires)*, *op. cit.*, p. 25. Sur l'affaire du *Détroit de Corfou* et le *forum prorogatum* devant la CIJ, voir notamment Humphrey Waldock, « Forum Prorogatum or acceptance of a unilateral summons to appear before the international Court », *The International Law Quarterly*, Volume 2, No. 3, 1948, pp. 377-391.

²³ Voir notamment, Yee Sienho, « *Forum prorogatum* returns to the International Court of Justice », *Leiden Journal of International Law*, 16 (2003), pp. 701-713.

à des fins politiques, pour forcer un État, soit à accepter la compétence de la Cour, soit à reconnaître qu'il ne veut pas régler pacifiquement un différend²⁴.

De nombreuses voix ont également exprimé des doutes quant aux conséquences juridiques d'une saisine en vertu du *forum prorogatum* lorsque la Cour s'appuie sur un consentement implicite des Parties, notamment lorsqu'il s'agit de savoir quels organes de l'État ont la capacité de conférer compétence à la Cour. Ainsi, statuer que plaider sur le fond est un consentement tacite à la compétence de la Cour revient à conférer aux agents des États des pouvoirs au mépris du droit interne de ces États²⁵. C'est peut-être pour ces raisons que le *forum prorogatum* n'a été jusqu'à présent que peu privilégié par les États et la CIJ. Entre l'affaire *Haya de la Torre* en 1951 et l'affaire *Certaines procédures pénales engagées en France* en 2003, la CIJ ne s'est jamais appuyée sur la doctrine du *forum prorogatum* pour fonder sa compétence²⁶.

Pour la première fois depuis longtemps, la CIJ a donc eu l'occasion de réaffirmer, avec l'affaire *Djibouti c. France*, les modalités d'application de la doctrine du *forum prorogatum*. Dans l'arrêt du 4 juin, les juges de la CIJ ont donc notamment rappelé que « la compétence de la Cour peut être fondée sur le *forum prorogatum* selon des modalités diverses »²⁷ à cela près que l'attitude de l'État défendeur doit « pouvoir être regardée comme une “manifestation non équivoque” de la volonté de cet État d'accepter de manière “volontaire, indiscutable” la compétence de la Cour »²⁸. Dans la présente affaire, le consentement de la France avait été donné en des termes pour le moins explicites, par une lettre en date du 25 juillet 2006 et adressée au greffe de la CIJ : « la République française accepte la compétence de la Cour pour connaître de la requête »²⁹.

²⁴ L'introduction de l'article 38, paragraphe 5, en 1978, répondait justement à cette volonté d'empêcher un recours à la CIJ à des fins purement politiques. Avant, les requêtes qui étaient introduites sans le consentement de l'autre partie étaient inscrites au rôle de la Cour comme les autres requêtes, même si la CIJ n'avait manifestement pas compétence pour juger cette affaire. Il appartenait à l'État défendeur de refuser de manière explicite la compétence de la Cour. Si tel était le cas, la CIJ devait alors rendre des ordonnances aux seules fins de rayer de son rôle, des requêtes infondées. Voir arrêt, para. 63, p. 25.

²⁵ Voir Stillmunkes, *op. cit.*, p. 677.

²⁶ Cour internationale de Justice, *Certaines procédures pénales engagées en France* (République du Congo c. France), 2003, voir documents sur : <http://www.haguejusticeportal.net/eCache/DEF/6/188.TD1GUg.html>. Cette procédure présente de nombreux points communs avec l'affaire *Djibouti c. France*. L'affaire *Congo c. France* concerne des procédures pénales entamées en France contre des dirigeants du Congo suite au massacre allégué de quelques 350 réfugiés à Brazzaville, par les milices Cobra de l'actuel président du Congo. Le Congo reproche notamment à la justice française d'avoir délivré des commissions rogatoires pour entendre comme témoin le président Sassou Nguesso alors qu'il était en visite officielle en France. Pour fonder la compétence de la Cour, le Congo se basait sur le consentement que pourrait donner la République française. Le 8 avril 2003, la République française a donné son consentement par une lettre invoquant l'article 38, paragraphe 5 du statut de la CIJ, dont la lettre du 25 juillet 2006 dans l'affaire *Djibouti c. France* reprendra mot pour mot les termes. Sur cette affaire et le *forum prorogatum*, voir Yee Sienho, *op. cit.*, pp. 710-713.

²⁷ Voir Arrêt, para. 64, p. 26.

²⁸ *Ibid.*, para. 62, p. 25, citant Cour internationale de Justice, *Activités armées sur le territoire du Congo (nouvelle requête : 2002)* (République démocratique du Congo c. Rwanda), compétence et recevabilité, arrêt, C.I.J. Recueil 2006, p. 18.

²⁹ Lettre du 25 juillet 2006, *op. cit.*

c. *La question spécifique de la détermination de l'étendue du consentement*

Cependant, la France n'a pas manqué d'exprimer dans son contre-mémoire des restrictions quant à l'étendue de son consentement, portant exclusivement sur « le différend qui fait l'objet de la requête et dans les strictes limites des demandes formulées dans celle-ci »³⁰. Mais la Cour a précisé qu'il lui appartenait « d'apprécier comme il convient la portée du consentement donné par les Parties »³¹, en lisant l'expression par la France de son consentement en conjonction avec la requête de Djibouti. Encore une fois, la Cour n'a pas voulu se cantonner aux formulations employées par le demandeur ou le défendeur. Elle indique que cet objet doit être dégagé de la lecture de la requête dans son ensemble plutôt que de la lecture d'une seule section, fut-elle intitulée « Objet du différend »³².

Au reste, la Cour a tenu à souligner que « là où la compétence est fondée sur le *forum prorogatum*, une attention toute particulière doit être portée à l'étendue du consentement tel qu'il est circonscrit par l'État défendeur »³³. Le raisonnement de la Cour est particulièrement intéressant quant à sa compétence en ce qui concerne certaines convocations à témoigner et à l'émission de mandats d'arrêts, qui ne figuraient pas dans la requête de Djibouti ou qui se sont déroulés après son dépôt. Normalement, si la Cour a à se prononcer sur sa compétence à l'égard de faits postérieurs au dépôt de la requête, elle doit d'abord déterminer si ceux-ci se rapportent aux faits ou événements relevant déjà de sa compétence ou si leur prise en considération changerait la « nature » du différend. Dans cette affaire, cependant, la Cour a semblé mettre de côté la jurisprudence antérieure sur cette question, puisqu'aucune de ces affaires n'avait été fondée sur le *forum prorogatum*. En l'espèce, la Cour a déclaré que les questions de « continuité » et de « connexité » n'étaient *pas* pertinentes : seuls comptent les termes mêmes de la lettre par laquelle la France a accepté la compétence de la Cour, en l'occurrence, « le différend qui fait l'objet de la requête et dans les strictes limites des demandes formulées dans celle-ci ». Ces convocations postérieures n'étant pas formulées dans la requête, la Cour les a exclues de sa compétence³⁴.

On pourrait se réjouir de l'équilibre que la CIJ semble ici avoir trouvé, entre les intérêts de la justice et la souveraineté des États, en donnant une interprétation du consentement de la France, certes plus large que ce que Paris soutenait, mais en excluant des soumissions postérieures de Djibouti. C'est-à-dire que tout en réaffirmant l'absence de formalisme dans la formulation de la requête, la Cour a tenu à préserver le caractère souverain du consentement de la France.

³⁰ Lettre du 25 juillet 2006, *op. cit.*

³¹ Arrêt, para. 65, p. 26.

³² *Ibid.*, paras. 65-95, pp. 26-33. La partie française soulignait notamment que le paragraphe de la requête de Djibouti intitulé « Objet de la requête » ne mentionnait que le refus des autorités françaises d'exécuter la commission rogatoire et que par conséquent, elle n'avait pas consenti à la compétence de la Cour pour les demandes exprimées par Djibouti dans les autres parties de la requête. Voir Contre-mémoire, para. 2.14.

³³ Arrêt, para. 87, p. 31.

³⁴ *Ibid.*, paras. 85-88, pp. 30-32.

Plusieurs juges ne partagent cependant pas ce point de vue, pour des raisons pour le moins pertinentes. Concernant la compétence *rationae materiae*, M. le juge Tomka a notamment souligné dans son opinion individuelle, les contradictions qu'il existe entre la nécessité que l'acceptation de la compétence soit « avérée » et la volonté de la Cour de « dégager » l'objet du différend de la requête dans son ensemble (notamment lorsque ce consentement est exprimé de manière formelle) : « l'État 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 »³⁵. Quant à la compétence *rationae temporis*, il ajoute : « 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 »³⁶.

Sur ce point, l'auteur partagerait plutôt le contenu de la déclaration de M. Skotnikov, qui reproche à la majorité d'avoir écarté la jurisprudence antérieure relative à l'extension de la compétence de la Cour à des faits ayant eu lieu après le dépôt de la requête. Pour M. le juge Skotnikov, il va de soit que l'acceptation de la compétence de la France était valide pour un différend en cours et que la France en était consciente lorsqu'elle a accepté la compétence de la CIJ. Dès lors, ce consentement concernait également d'éventuels nouveaux développements qui ne manqueraient pas d'arriver à l'intérieur de l'affaire telle qu'elle était formulée dans la requête³⁷. En tout état de cause, si le *forum prorogatum* est une formule qui permet une saisine souple de la CIJ, cette souplesse ne fait pas l'unanimité lorsqu'il s'agit de prendre la mesure du consentement donné.

2. L'arrêt sur le fond

Force est de reconnaître que malgré les enjeux stratégiques que cache l'affaire et les questions de jurisprudence, l'arrêt de la CIJ sur le fond n'offre, d'un point de vue juridique, que peu d'intérêt.

Tout d'abord, sur les questions relatives à l'exécution des commissions rogatoires, Djibouti ne disposait que de peu de bases juridiques. Le traité d'amitié et de coopération évoqué dans la requête ne comprend, comme l'a rappelé la CIJ, aucune clause relative à la coopération judiciaire³⁸. Quant à la Convention d'entraide judiciaire en matière pénale du 27 septembre 1986, la Cour a, entre autre, souligné que l'obligation d'exécuter une commission rogatoire internationale, prévue par l'article 3, portait sur l'obligation de

³⁵ Opinion individuelle de M. le juge Tomka, para. 25, p. 5 (emphase ajoutée). Sur ce point, voir également la déclaration de M. Owada et l'opinion individuelle de M. Parra-Aranguren.

³⁶ Opinion individuelle de M. le juge Tomka, para. 30, p. 6 (emphase ajoutée).

³⁷ Declaration of Judge Skotnikov, paras. 2-3, p. 1: "I cannot agree with the Court's reading of France's letter of acceptance of the Court's jurisdiction as excluding developments arising directly out of the questions which constitute the subject-matter of the Application but which occurred after it was filed. [...] the Respondent has not excluded from the Court's jurisdiction new developments within the case as it was framed in the Application." et para. 8, p. 2: "I do not see why this jurisprudence [on extension of jurisdiction] would not be pertinent in the present case or in a *forum prorogatum* case in general."

³⁸ Arrêt, para. 105, p. 36.

« veiller à ce que [la] procédure soit déclenchée, mais il n'en garantit pas pour autant le résultat »³⁹.

Au final, la CIJ n'a reconnu un manquement aux obligations de la France que sur une question toute procédurale, à savoir le fait de motiver le refus d'exécuter ces commissions comme l'exige l'article 17 de la Convention précitée⁴⁰. Encore, plus que de ne pas avoir motivé son refus, la CIJ semble reprocher à la France ne pas avoir *assez* motivé ce refus⁴¹. Au reste, les conclusions de la Cour ne laissent guère d'équivoque sur le fond de l'affaire, puisqu'elle indique que « n'ayant aucune connaissance du contenu de ce dossier, la Cour n'aurait en tout état de cause pas été en mesure d'ordonner une telle communication »⁴² !

Djibouti reprochait également à la France deux convocations à témoigner dans l'affaire Borrel, émises à l'encontre du Président de la République de Djibouti. La Cour a rappelé que conformément à son arrêt dans l'affaire du *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000*, un chef d'État jouit « d'une immunité de juridiction pénale et d'une inviolabilité totales [...] contre tout acte d'autorité de la part d'un autre État »⁴³. Sur ce point, la Cour a souligné qu'une « convocation à témoigner » s'apparentait plus à une « simple invitation à témoigner que le chef de l'État pouvait accepter ou refuser librement » et que par conséquent, le président Guelleh n'avait pas été soumis à un acte d'autorité contraignant⁴⁴.

Quant aux autres dignitaires djiboutiens dont la protection internationale était prétendument violée par la France, à savoir le procureur de la République et le chef de la sécurité nationale de Djibouti, la Cour a commencé par reprocher à Djibouti le manque de clarté de son argumentation avant de conclure « qu'il n'existe en droit international aucune base permettant d'affirmer que les fonctionnaires concernés étaient admis à bénéficier d'immunités personnelles, étant donné qu'il ne s'agissait pas de diplomates au sens de la convention de Vienne de 1961 sur les relations diplomatiques »⁴⁵.

Conclusion

S'il est avéré que cet arrêt ne réglera en rien le problème diplomatique qui assombrit les relations franco-djiboutiennes depuis plus de dix ans, il n'en reste pas moins important dans la mesure où il a donné l'occasion à la CIJ de réaffirmer les modalités d'usage du *forum prorogatum*. La doctrine du *forum prorogatum* n'est pas sans soulever quelques critiques. On peut d'ailleurs se demander ce qui empêcherait une partie qui consentirait de

³⁹ Arrêt, para. 123, p. 40.

⁴⁰ *Ibid.*, paras. 149-152, pp. 47-48.

⁴¹ « Quelques brèves explications supplémentaires auraient été de mise. », *Ibid.*, para. 152, p. 48.

⁴² *Ibid.*, para. 202, p. 60.

⁴³ *Ibid.*, para. 170, p. 53, citant Cour internationale de Justice, *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000* (République démocratique du Congo c. Belgique), arrêt (14 février 2002), C. I. J. Recueil 2002, para. 54, p. 23, disponible sur : <http://www.haguejusticeportal.net/smartsite.html?L=FR&id=785&CH=DEF>.

⁴⁴ Arrêt, paras. 170-171, p. 53.

⁴⁵ *Ibid.*, paras. 185-194, pp. 57-58.

« manière non équivoque » à la compétence de la CIJ, de le faire au moyen d'un compromis. Bien des ambiguïtés pourraient ainsi être levées, à commencer par les motivations politiques qui peuvent pousser un État à saisir la Cour sans le consentement de la partie visée.

Certes, le *forum prorogatum* est surtout un moyen plus souple de recours à la CIJ et sert ainsi les intérêts de la justice en facilitant l'accès des États à la Cour. L'introduction en 1978, de l'article 38-5 offre en outre un certain nombre de garanties supplémentaires lorsqu'il est fait recours à l'institution du *forum prorogatum*. Ainsi, aucune procédure n'existe tant que le consentement de l'État défendeur n'a pas été explicitement donné, la Cour se bornant à transmettre la requête à l'État visé. Dans cette affaire, la Cour n'a également pas manqué de souligner qu'elle devait prendre des précautions particulières, notamment quant à la portée du consentement donné par la France.

Mais des interrogations demeurent. Il est clair, et l'arrêt du 4 juin l'a confirmé, que les arguments juridiques de Djibouti étaient pour le moins flous. La Cour a décrit en des termes assez directs la faiblesse du raisonnement de Djibouti, tant dans son évocation des traités de coopération avec la France que sur la question des immunités diplomatiques. On ne peut y voir que le résultat d'une saisine trop légère de la Cour, qui a été permise par le *forum prorogatum*⁴⁶. Au reste, la France aurait-elle accepté la compétence de la CIJ si la plainte de Djibouti avait été mieux fondée ? On peut en douter. Le nombre extrêmement faible de recours au *forum prorogatum* est peut-être la conséquence de ce paradoxe qui veut que la probabilité qu'un État accepte de manière *ad hoc* la compétence de la CIJ est inversement proportionnelle à la crédibilité de la requête formulée contre lui... sauf à considérer que des États seraient prêts à perdre la face devant la CIJ, dans l'intérêt unique de la Justice.

Sur le fond, si la France se voit reprocher de n'avoir pas respecté une clause de la convention d'entraide judiciaire avec Djibouti, ce dernier n'obtient ni le transfert du dossier, ni l'arrêt des procédures contre ses ressortissants. À ce titre, cet arrêt ne mettra très certainement pas fin au différend qui oppose les deux pays. Si Djibouti en venait à rompre ses relations diplomatiques avec la France, l'actuel ambassadeur de France à Djibouti pourrait avoir un sentiment de déjà-vu : il était en poste au Rwanda en 2006, lorsque le président Kagamé a rompu ses relations avec Paris. Il reprochait à la France sa mise en cause par un juge français dans une enquête relative à la mort au Rwanda de quatre Français, les pilotes de l'avion de l'ancien président Habyarimana.

⁴⁶ Dans son opinion individuelle, M. le juge Tomka s'exprime en ces termes sévères : « On peut même se demander s'il était vraiment nécessaire de saisir l'organe judiciaire principal des Nations Unies ». Opinion individuelle de M. le juge Tomka, para. 1, p. 1.