

DECLARATION OF JUDGE OWADA

I concur with all the points in the operative clause of the Judgment relating both to jurisdiction and to the merits, except one. However, I have voted against subparagraph (1) (*d*) relating to jurisdiction to adjudicate upon the dispute concerning the arrest warrants issued against the two senior Djiboutian officials on 27 September 2006.

For this reason, I wish to make this statement to clarify my position on that point.

* *

1. As the Court rightly observes, “this is the first time it falls to the Court to decide on the merits of a dispute brought before it by an application based on Article 38, paragraph 5, of the Rules of Court” (Judgment, para. 63). While “the jurisdiction of the Court can be founded on *forum prorogatum* in a variety of ways, by no means all of which fall under Article 38, paragraph 5” (*ibid.*, para. 64), in the present case the Court can exercise jurisdiction on the basis of *forum prorogatum* only to the extent that the respondent State has, through its conduct before the Court or in relation to the applicant State, acted in such a way as to have consented to the jurisdiction of the Court (*ibid.*, para. 61).

2. It is thus clear that in the present case the basis and scope of the jurisdiction of the Court has to be determined strictly with reference to the scope of the consent given by the Respondent in its letter of 25 July 2006 in relation to the offer made by the Applicant in its Application. In other words, the overlapping elements in these two documents forming the common consent of the Parties define the precise scope of jurisdiction conferred upon the Court by the Parties in the present case.

3. When reduced to these essential elements, the present case brought before the Court on the basis of *forum prorogatum* is no different in its legal analysis from a case brought under Article 36, paragraph 2, of the Statute of the Court on the basis of two unilateral declarations accepting the jurisdiction of the Court under the optional clause, except for the fact that the consent of the Respondent in the present case has been given *ad hoc* by the letter of the Respondent of 25 July 2006 and is confined strictly to what the Respondent has accepted in terms of jurisdiction limited *ratione materiae* in relation to the Application of the Applicant.

4. Thus while it is true that “[f]or the Court to exercise jurisdiction on the basis of *forum prorogatum*, the element of consent must be either

DÉCLARATION DE M. LE JUGE OWADA

[Traduction]

Je souscris à tous les points du dispositif de l'arrêt relatifs à la compétence et au fond, sauf un. En effet, j'ai voté contre l'alinéa *d*) du point 1, qui a trait à la compétence de la Cour pour statuer sur le différend concernant les mandats d'arrêt délivrés le 27 septembre 2006 à l'encontre de deux hauts fonctionnaires djiboutiens.

Je tiens donc à faire la présente déclaration afin de préciser ma position à cet égard.

* *

1. La Cour, ainsi qu'elle le fait observer à juste titre, «est [pour] la première fois ... amenée à trancher au fond un différend porté devant elle par une requête fondée sur le paragraphe 5 de l'article 38 de son Règlement» (arrêt, par. 63). Si «[s]a compétence ... peut être fondée sur le *forum prorogatum* selon des modalités diverses, que le paragraphe 5 de l'article 38 du Règlement n'épuise nullement» (*ibid.*, par. 64), la Cour ne peut, en la présente espèce, exercer sa compétence sur la base du *forum prorogatum* que dans la mesure où l'Etat défendeur a, par sa conduite devant elle ou dans ses relations avec la Partie demanderesse, agi de manière telle qu'il a accepté sa compétence (*ibid.*, par. 61).

2. Il apparaît donc clairement que, dans la présente affaire, le fondement et l'étendue de la compétence de la Cour doivent être déterminés strictement par référence à l'étendue du consentement donné par le défendeur dans sa lettre du 25 juillet 2006 en réponse à l'invitation formulée par le demandeur dans sa requête. Autrement dit, les éléments convergents contenus dans ces deux documents, qui forment le consentement commun des Parties, définissent l'étendue précise de la compétence que celles-ci ont conférée à la Cour en la présente espèce.

3. Réduite à ces éléments essentiels, la présente affaire — qui a été portée devant la Cour sur la base d'un *forum prorogatum* — ne se distingue pas, d'un point de vue juridique, d'une instance introduite en application du paragraphe 2 de l'article 36 du Statut par la voie de deux déclarations unilatérales d'acceptation de la juridiction de la Cour en vertu de la clause facultative, hormis le fait que le défendeur a, en l'espèce, donné un consentement *ad hoc* par sa lettre du 25 juillet 2006 et que ce consentement est strictement limité à ce qu'il a accepté, à savoir une compétence *ratione materiae* partielle par rapport à ce qu'envisagerait le demandeur dans sa requête.

4. Dès lors, s'il est vrai que, «[p]our que la Cour soit compétente sur la base d'un *forum prorogatum*, l'élément de consentement doit être expli-

explicit or clearly to be deduced from the relevant conduct of a State” (Judgment, para. 62), in a situation where the necessary element of consent is expressed in the written form of a letter from the Respondent as in the present case, rather than through its conduct that would enable the Court to deduce the element of consent as in the *Corfu Channel* case, the task of the Court should not be any different from a case based on two declarations under the optional clause. All that is required is to interpret and apply the two relevant documents, so that the precise scope of the common consent of the parties may be defined through identifying the overlapping elements common to the two relevant documents.

5. The Court in the present Judgment professes to follow this principle. It is my view, however, that the Judgment in fact makes a distinction between the present case where the Court’s jurisdiction is founded on *forum prorogatum* and other past cases where such is not the case, at any rate with regard to the scope of the subject-matter of the dispute over which the Court assumes jurisdiction.

6. The Judgment states that “[w]here jurisdiction is based on *forum prorogatum*, great care must be taken regarding the scope of the consent as circumscribed by the respondent State” (Judgment, para. 87). Specifically, in determining whether the Court has jurisdiction over events that took place after the filing of the Application, i.e., the witness summons of 2007 served on the President of Djibouti and the arrest warrants of 2006 issued against the Djiboutian senior officials, the Judgment rejects as irrelevant to the present situation the criteria established in its jurisprudence as to whether those facts or events which are subsequent to the filing of the Application are inseparably connected to the facts or events expressly falling within the purview of the Court’s jurisdiction, so that they may be covered by the scope of the subject of the dispute (e.g., *Fisheries Jurisdiction (Federal Republic of Germany v. Iceland)*; *LaGrand (Germany v. United States of America)*; and *Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium)*). The Judgment makes a distinction by stating that “[i]n none of these cases was the Court’s jurisdiction founded on *forum prorogatum*”. Whereas “[i]n the present case, where it is so founded, the Court considers it immaterial whether these later elements would ‘go beyond the declared subject of (the) Application’”,

“what is decisive is that the question of its jurisdiction over the claims relating to these arrest warrants is not to be answered by recourse to jurisprudence relating to ‘continuity’ and ‘connexity’, which are criteria relevant for determining limits *ratione temporis* to its jurisdiction, but by that which France has expressly accepted in its letter of 25 July 2006” (Judgment, para. 88).

cite ou pouvoir être clairement déduit de la conduite pertinente de l'Etat» (arrêt, par. 62), lorsque l'élément de consentement requis est, comme en la présente espèce, exprimé par écrit sous la forme d'une lettre du défendeur et non par une conduite de sa part qui, comme ce fut le cas en l'affaire du *Détroit de Corfou (Royaume-Uni c. Albanie)*, pourrait permettre à la Cour de le déduire, la tâche de cette dernière devrait être la même que dans une affaire fondée sur deux déclarations faites en vertu de la clause facultative; il suffit d'interpréter et d'appliquer les deux documents pertinents, de sorte que l'étendue du consentement commun des Parties puisse être définie avec précision à partir des éléments convergents desdits documents.

5. Dans le présent arrêt, la Cour prétend suivre ce principe. Selon moi, elle établit cependant une distinction entre la présente espèce — en laquelle sa compétence est fondée sur un *forum prorogatum* — et des affaires antérieures dans lesquelles tel n'était pas le cas, tout du moins en ce qui concerne l'étendue de l'objet du différend à l'égard duquel elle exerce sa compétence.

6. Il est indiqué dans l'arrêt que, «[l]à 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'Etat défendeur» (arrêt, par. 87). S'interrogeant plus particulièrement sur la question de savoir si elle a compétence à l'égard d'événements postérieurs à la date du dépôt de la requête — c'est-à-dire la convocation à témoigner adressée en 2007 au président de Djibouti et les mandats d'arrêt délivrés en 2006 à l'encontre de deux hauts fonctionnaires djiboutiens —, la Cour précise que les critères établis par sa jurisprudence aux fins de déterminer si les faits ou événements postérieurs au dépôt de la requête sont indissociablement liés aux faits ou événements relevant expressément de sa compétence, de sorte qu'ils puissent entrer dans le champ du différend, sont dépourvus de pertinence en la présente espèce (voir, par exemple, *Compétence en matière de pêcheries (République fédérale d'Allemagne c. Islande)*; *LaGrand (Allemagne c. Etats-Unis d'Amérique)*; et *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo c. Belgique)*). Dans le présent arrêt, la Cour opère une distinction en indiquant que, «[d]ans aucune de ces affaires [s]a compétence ... n'était fondée sur un *forum prorogatum*». Elle ajoute que si, «[d]ans la présente espèce, où tel est le fondement de sa compétence, la Cour est d'avis qu'il n'est pas pertinent de savoir si les éléments postérieurs en question «dépassent l'objet déclaré de [l]a requête»»,

«ce qui est décisif ... pour répondre à la question de savoir si elle est compétente pour connaître des demandes relatives à ces mandats, n'est pas sa jurisprudence relative aux notions de «continuité» et de «connexité», qui constituent des critères pertinents pour déterminer les limites *ratione temporis* de sa compétence, mais ce que la France a expressément accepté dans sa lettre du 25 juillet 2006» (arrêt, par. 88).

7. It should be pointed out, however, that the jurisprudence in question relating to so-called “continuity” and “connexity” has been developed, not so much in the context of limitation *ratione temporis* as precisely for the purpose of determining the scope of the subject-matter which forms the basis of acceptance of the jurisdiction of the Court by the parties. Thus in the *Fisheries Jurisdiction (Federal Republic of Germany v. Iceland)* case, the Court stated that “[t]he submission is one based on *facts subsequent to the filing of the Application, but arising directly out of the question which is the subject-matter of that Application*” and “[a]s such it falls within the scope of the Court’s jurisdiction defined in the compromissory clause of the Exchange of Notes of 19 July 1961” (*I.C.J. Reports 1974*, p. 203, para. 72; emphasis added). In my view, this is exactly the situation with regard to the present case in relation to the witness summonses. In other words, the sole issue here is whether or not the events of 2006 relating to the arrest warrants issued after the filing of the Application by Djibouti arose directly out of the issue that constitutes the subject-matter of the Application.

8. The Court declares that “[a]lthough the arrest warrants could be perceived [to be] a method of enforcing the summonses, they represent *new legal acts* in respect of which France cannot be considered as having implicitly accepted the Court’s jurisdiction” and that “[t]herefore, the claims relating to the arrest warrants arise in respect of issues which are outside the scope of the Court’s jurisdiction *ratione materiae*” (Judgment, para. 88; emphasis added).

9. It is hard to follow, however, why the issuance of arrest warrants, which after all is nothing else than what is the necessary legal consequence that is bound to follow from the refusal to comply with the summonses (Article 109 of the French Code of Civil Procedure), represents a new legal act that should be excluded from the scope of jurisdiction, whereas the issuance of the new summons to the President was “a repetition of the preceding one”, which the Respondent itself admitted as null and void, and thus “in its substance, it is the same summons” (Judgment, para. 91), thus bringing this latter act within the purview of the jurisdiction of the Court.

10. In my view, the issue in both instances is the same. It is the issue of whether the acts subsequent to the filing of the Application fall within the scope of the acceptance by France of the Court’s jurisdiction *ratione materiae* as can be deduced from the language used in France’s letter of 25 July 2006, in particular the expression “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” (*ibid.*, para. 77).

11. I agree with the Judgment that the limitation on jurisdiction imposed by France in this letter is clearly not a limitation *ratione temporis* but a limitation *ratione materiae*. Precisely for this reason, the issue of whether the two instances fall within the scope of “the dispute forming the subject of the Application” is a question that relates to the limitation

7. Il convient cependant de relever que la jurisprudence en question relative à la «continuité» et à la «connexité» s'est développée non pas tant dans le contexte d'une limitation *ratione temporis* que précisément aux fins de délimiter l'objet qui forme la base de l'acceptation par les parties de la compétence de la Cour. Ainsi, en l'affaire de la *Compétence en matière de pêcheries (République fédérale d'Allemagne c. Islande)*, la Cour a indiqué que «[l]a conclusion se fond[ait] sur *des faits postérieurs au dépôt de la requête mais découlant directement de la question qui fai-[sait] l'objet de cette requête*» et que, «[à] ce titre, elle rel[evait] de la compétence de la Cour telle qu'elle a[vait] été définie dans la clause compromissoire de l'échange de notes du 19 juillet 1961» (*C.I.J. Recueil 1974*, p. 203, par. 72; les italiques sont de moi). Selon moi, telle est exactement la situation en la présente espèce pour ce qui concerne les convocations à témoigner. Autrement dit, la seule question qui se pose est de savoir si les événements de 2006 relatifs aux mandats d'arrêt délivrés postérieurement au dépôt de la requête de Djibouti découlaient directement ou non du différend qui fait l'objet de la requête.

8. La Cour précise que, «[b]ien que ces mandats d'arrêt puissent être perçus comme un moyen d'exécuter les convocations à témoigner, ils représentent *de nouveaux actes juridiques* au sujet desquels la France ne peut être considérée comme ayant accepté implicitement [s]a compétence» et que, «[p]ar conséquent, les demandes relatives aux mandats d'arrêt concernent des questions qui n'entrent pas dans le champ de [s]a compétence *ratione materiae*» (arrêt, par. 88; les italiques sont de moi).

9. Il est cependant difficile de comprendre pourquoi le fait de délivrer des mandats d'arrêt, ce qui, après tout, n'est rien d'autre que la conséquence juridique qui découle nécessairement du refus de déférer à des convocations (article 109 du Code de procédure pénale français), constitue un nouvel acte juridique qui devrait être exclu du champ de la compétence de la Cour, alors que la seconde convocation adressée au président était une «répétition de la précédente» — dont le défendeur a lui-même reconnu qu'elle était nulle et non avenue — et qu'il s'agissait donc «en substance de la même convocation» (arrêt, par. 91), laquelle entraînait, partant, dans le champ de la compétence de la Cour.

10. Selon moi, la question est, dans les deux cas, la même. Il s'agit de savoir si les actes postérieurs au dépôt de la requête entrent dans le champ de l'acceptation par la France de la compétence *ratione materiae* de la Cour tel qu'il peut être déduit des termes employés par la France dans sa lettre du 25 juillet 2006, et notamment de l'expression «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» (*ibid.*, par. 77).

11. Je pense, en accord avec l'arrêt, que la limitation de la compétence de la Cour imposée par la France dans sa lettre n'est, de toute évidence, pas une limitation *ratione temporis* mais une limitation *ratione materiae*. C'est précisément pour cette raison que la question de savoir si les deux éléments susmentionnés entrent dans le champ du «différend qui fait

on substance, and not to the limitation on time. When one examines Djibouti's Application carefully, the items in paragraph 4 (*e*), (*f*) and (*h*) (ii) clearly refer to a state of affairs (the existence of violation of immunities) that prevailed at the time of Djibouti's Application, rather than particular events (the issuance of summonses) that had taken place by the time of the submission of its Application (Application, p. 7, para. 4). In this sense, the jurisprudence of the Court as established in the cases referred to above (see paragraph 6 above) is of relevance to the present case in terms of limitation on substance, and not in terms of limitation on time, in interpreting what is contained in France's letter of acceptance. (It would be different, if France's letter had spoken of the finite limitation *ratione temporis* expressly excluding everything that had happened after the date of Application from the jurisdiction of the Court.)

12. For these reasons I regretfully cannot agree with the Judgment on this point, in that the Judgment departs from the established jurisprudence on the issue of the scope of the "subject-matter of the dispute" in introducing a new criterion of whether the subsequent events after the submission of the Application were "new legal acts" or not (Judgment, para. 88). By this yardstick, the new summons issued in 2007 addressed to the President of Djibouti should also be a new legal act.

13. It may be added that in spite of this reservation on my part, I concur with the Judgment of the Court as far as the merit aspects of this issue relating to the immunity of the senior Djiboutian officials are concerned. Under these circumstances, my reservation on this point of jurisdiction in the final analysis does not affect the conclusion that the Court has reached on the issue of the immunity of the senior Djiboutian officials.

(Signed) Hisashi OWADA.

l'objet de la requête» a trait à une limitation de fond et non temporelle. En examinant attentivement la requête de Djibouti, on constate que les éléments contenus aux alinéas *e*), *f*) et *h*) ii) du paragraphe 4 se rapportent clairement à une situation donnée (la violation de certaines immunités) à la date de cette requête et non à des événements particuliers (l'émission de convocations) qui s'étaient produits avant son dépôt (requête, p. 6, par. 4). En ce sens, la jurisprudence de la Cour telle qu'établie dans les affaires susmentionnées (voir paragraphe 6 ci-dessus) est pertinente en la présente espèce pour ce qui concerne la limitation de fond — et non temporelle — aux fins d'interpréter le contenu de la lettre d'acceptation de la France. (Il en irait différemment si la lettre de la France avait fait état d'une limitation *ratione temporis* précise, excluant expressément de la compétence de la Cour tous les événements postérieurs à la date du dépôt de la requête).

12. Pour les raisons exposées ci-dessus, je suis au regret de ne pouvoir souscrire à l'arrêt sur ce point, en ce qu'il s'écarte de la jurisprudence bien établie de la Cour sur la question de l'étendue de l'«objet du différend» en retenant un nouveau critère aux fins de déterminer si les événements postérieurs au dépôt de la requête étaient ou non de «nouveaux actes juridiques» (arrêt, par. 88). A l'aune de ce critère, la seconde convocation adressée au président de Djibouti en 2007 devrait elle aussi être «un nouvel acte juridique».

13. J'ajouterai que, en dépit de cette réserve, je souscris à l'arrêt de la Cour en ce qui concerne les éléments de fond de la question relative à l'immunité des hauts fonctionnaires djiboutiens. Dès lors, la réserve que j'ai exprimée sur cet aspect de la compétence n'a, en définitive, aucune incidence sur la conclusion à laquelle la Cour est parvenue sur cette question.

(Signé) Hisashi OWADA.