

JOINT DISSENTING OPINION OF PRESIDENT OWADA,
JUDGES SIMMA, ABRAHAM AND DONOGHUE
AND JUDGE *AD HOC* GAJA

[English Original Text]

Agreement as to rejection of the first preliminary objection concerning the existence of a dispute, but not with the Court's reasoning — Lack of flexibility in objective determination of the existence of a dispute — Existence of a dispute within the subject-matter of CERD well before 9 August 2008 — Reference to the separate opinions — Disagreement with the Court's position sustaining the second preliminary objection, concerning the procedural conditions laid down by Article 22 of CERD — Questionable character of the Court's analysis of the issue as to whether Article 22 of CERD establishes mandatory preconditions — Argument drawn from the "effectiveness" principle relevant but not controlling — Literal meaning of the wording "any dispute which is not settled by" — No account taken of the fact that this clause departs from the general rule — Uncertainty characterizing the Court's prior jurisprudence as to the meaning to be ascribed to clauses of this type — Unjustified failure to apply the Court's most recent jurisprudence as to the time when the conditions for the Court's jurisdiction have to be fulfilled — In so far as Article 22 of CERD lays down mandatory preconditions, the alternative character of them — Substance of the condition requiring an attempt to settle the dispute by negotiation — Excessively formalistic approach taken by the Court — Condition met where there is no reasonable prospect of resolving the dispute through negotiations between the Parties — Account to be taken of the subject of the dispute and the Parties' respective positions — In the present case, in so far as the condition is required by Article 22 of CERD, fulfilment of this condition at the date of the Application under the circumstances of the case.

1. In the present Judgment, the Court rules on two preliminary objections which the Russian Federation has raised to Georgia's Application. It rejects the first, based on the alleged non-existence at the date the Application was filed of a dispute between the two Parties concerning the interpretation or application of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (CERD). On the other hand, it sustains the second, based on the absence of any attempt to settle the dispute by negotiation or by recourse to the special procedures provided for in CERD before the Application was filed.

2. We have voted in favour of paragraph (1) (a) of the operative part because we believe that the Court has rightly rejected the first preliminary objection. We have however voted against paragraph (1) (b) because in our view the second preliminary objection should also have been rejected,

OPINION DISSIDENTE COMMUNE DE M. LE JUGE OWADA,
PRÉSIDENT, ET DE MM. LES JUGES SIMMA
ET ABRAHAM, M^{me} LA JUGE DONOGHUE
ET M. LE JUGE *AD HOC* GAJA

[Texte original français]

Accord sur le rejet de la première exception préliminaire relative à l'existence d'un différend mais pas sur le raisonnement de la Cour — Manque de souplesse dans la détermination objective de l'existence d'un différend — Existence d'un différend relevant de l'objet de la CIEDR bien avant le 9 août 2008 — Renvoi aux opinions individuelles — Désaccord avec la position de la Cour retenant la deuxième exception préliminaire relative aux conditions procédurales posées par l'article 22 de la CIEDR — Caractère douteux de l'analyse faite par la Cour de la question de savoir si l'article 22 de la CIEDR établit des conditions préalables obligatoires — Argument résultant du principe de l'« effet utile » pertinent mais non péremptoire — Sens littéral de la formule « tout différend qui n'aura pas été réglé par » — Défaut de prise en compte du caractère dérogatoire de cette formule — Caractère incertain de la jurisprudence antérieure de la Cour quant au sens à donner à ce type de clause — Défaut injustifié d'appliquer la jurisprudence la plus récente de la Cour quant au moment auquel les conditions de la compétence de la Cour doivent être remplies — Pour autant que l'article 22 de la CIEDR pose des conditions préalables obligatoires, caractère alternatif de celles-ci — Contenu de la condition consistant à avoir tenté de régler le différend par la voie de négociation — Approche trop formaliste de la Cour — Condition remplie en cas d'absence de perspective raisonnable pour que le différend soit résolu par la voie des négociations entre les Parties — Prise en compte de l'objet du différend et des positions respectives des Parties — En l'espèce, pour autant que la condition est exigée par l'article 22 de la CIEDR, réalisation de cette condition à la date de la requête, eu égard aux circonstances de l'affaire.

1. Dans le présent arrêt, la Cour statue sur deux exceptions préliminaires opposées par la Fédération de Russie à la requête de la Géorgie. Elle rejette la première, tirée de la prétendue absence, à la date de l'introduction de la requête, d'un différend entre les deux Parties relativement à l'interprétation ou à l'application de la convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (CIEDR); elle accueille, en revanche, la seconde, tirée de ce que la requête n'a pas été précédée par la tentative de régler le différend par la voie de négociations, pas plus que par la mise en œuvre des procédures spéciales prévues par la CIEDR.

2. Nous avons voté en faveur du point 1) a) du dispositif parce que nous pensons que c'est à bon droit que la Cour a rejeté la première exception préliminaire. En revanche, nous avons voté contre le point 1) b), parce que nous sommes d'avis que la deuxième exception préliminaire

and against paragraph (2) because we therefore think that the Court should have found that it had jurisdiction to entertain the Application.

3. Despite our votes in favour of rejecting the first preliminary objection, we disagree in significant ways with the Court's reasoning on this subject. Some of the reasons for that disagreement are expounded in our separate opinions.

In short, under the reasoning adopted by the Court, a dispute does not exist unless the applicant has given notice of its claims to the respondent before the application is filed and the respondent "has opposed" those claims. But, as shown in greater detail in the separate opinions of some of us, the Court, in making an objective determination as to whether a dispute exists, has never before required prior notice of the claim and rejection by the respondent. On the contrary, the Court has been flexible, by for example drawing inferences from the Parties' conduct and taking account of their positions as stated before the Court.

4. We also disagree with the way in which the facts put forward by Georgia are dealt with in the Judgment to support the Court's conclusion that there was no dispute corresponding to the subject of the Application before 9 August 2008. In our view, the record, when considered as a whole, shows that there was a dispute — that is to say, a "disagreement on a point of law or fact" — within the ambit of CERD that came into existence between the entry into force of that Convention — as between the Parties — and the filing of the Application, and that this occurred well before 9 August 2008. There is no need to ascertain the exact date on which the dispute arose, yet that is what the Court has applied itself to doing, scrutinizing each statement or document cited by Georgia and dismissing each (until the date which the Court ultimately chooses to use) on grounds such as, for instance, that the document contains an allegation of ethnic discrimination without expressly attributing it to Russia or that it asserts grievances against Russia but does not expressly link them to ethnic discrimination. We are fully mindful of the thorny questions of law and fact the Court would have to decide in determining — on the merits — whether Georgia has proved its allegations of CERD violations by Russia. But those were not the questions before the Court at this stage in the proceedings. The question raised by the first preliminary objection was solely whether a dispute existed between Georgia and Russia concerning the interpretation or application of CERD. And that question most certainly has to be answered in the affirmative.

5. The present opinion will be devoted for the most part to setting out our reasons for disagreeing with the Court's decision on the second preliminary objection, which follow here.

aurait dû également être rejetée, et contre le point 2), parce que nous pensons, en conséquence, que la Cour aurait dû se déclarer compétente pour connaître de la requête.

3. En dépit de notre vote en faveur du rejet de la première exception préliminaire, nous sommes en désaccord, sur des aspects importants, avec le raisonnement suivi à cet égard par la Cour. Certaines des raisons de notre désaccord sont développées dans nos opinions individuelles respectives.

En résumé, il ressort des motifs retenus par la Cour qu'un différend n'existe que si, avant l'introduction de la requête, le demandeur a notifié au défendeur ses prétentions, et si le défendeur «s'est opposé» auxdites prétentions. Mais jusqu'à présent, comme cela est démontré plus en détail dans les opinions individuelles de certains d'entre nous, la Cour n'avait pas exigé, afin de procéder à la détermination objective de l'existence d'un différend, une notification préalable de la demande et un rejet par le défendeur. Elle avait au contraire fait preuve de souplesse, par exemple en tirant des conclusions de la conduite des Parties et en prenant en compte leurs positions telles qu'elles s'étaient exprimées devant la Cour.

4. Nous sommes aussi en désaccord avec la manière dont l'arrêt examine les faits présentés par la Géorgie, au soutien de la conclusion de la Cour selon laquelle aucun différend correspondant à l'objet de la requête n'a existé avant le 9 août 2008. Considéré dans son ensemble, le dossier démontre selon nous qu'il existait entre les Parties un différend — c'est-à-dire un «désaccord sur un point de droit ou de fait» — relevant de l'objet de la CIEDR, qui a pris naissance dans la période séparant l'entrée en vigueur de cette Convention — dans les rapports entre les Parties — et l'introduction de la requête, et ce bien avant le 9 août 2008. Il n'est nul besoin de déterminer la date exacte à laquelle ce différend est apparu. C'est pourtant ce à quoi la Cour s'est employée, en scrutant chaque déclaration ou document invoqué par la Géorgie, et en écartant chacun d'entre eux (jusqu'à la date qu'elle retient finalement) au motif, par exemple, que le document en cause allègue l'existence d'une discrimination ethnique mais sans l'attribuer expressément à la Russie, ou bien formule des griefs à l'encontre de la Russie mais sans les lier explicitement à la discrimination ethnique. Nous sommes parfaitement conscients des délicates questions de droit et de fait sur lesquelles la Cour aurait à se prononcer pour décider si — sur le fond — la Géorgie a démontré le bien-fondé de ses allégations relatives aux violations de la CIEDR qu'aurait commises la Russie. Mais ce sont là des questions qui ne se trouvaient pas posées à la Cour à ce stade de la procédure. La question soulevée par la première exception préliminaire était seulement de savoir s'il existait un différend entre la Géorgie et la Russie concernant l'interprétation ou l'application de la CIEDR. Et à cette question, assurément, la réponse est affirmative.

5. La présente opinion sera consacrée, pour l'essentiel, à l'exposé des raisons de notre désaccord quant à la décision prise par la Cour en ce qui concerne la deuxième exception préliminaire. Ces raisons sont les suivantes.

6. There is no argument that the only basis of jurisdiction invoked by Georgia — and consequently the only basis to be examined by the Court — is the compromissory clause in Article 22 of CERD. Nor is there any argument that both Parties were bound by this provision at the date the Application was filed.

7. Under Article 22 of CERD any party to the Convention may unilaterally refer to the Court “[a]ny dispute . . . with respect to the interpretation or application of this Convention, which is not settled by negotiation or by the procedures expressly provided for in this Convention”.

8. The “procedures expressly provided for” referred to in Article 22 are those described in Part II of the Convention, specifically in Articles 11 to 13. It is undisputed that Georgia did not attempt to put these procedures in motion to settle its dispute with Russia before it seised the Court on 12 August 2008.

9. According to the Russian Federation, the Court cannot find that it has jurisdiction to adjudicate a dispute unless the applicant State has first tried — without success — to settle the dispute through recourse, if necessary, to the two modes referred to in Article 22, namely “negotiation” and “the procedures expressly provided for” in the Convention. In the present case, Russia argues, the mere fact that Georgia did not initiate the special procedures established in Part II of the Convention before referring the case to the Court is sufficient to deprive the Court of jurisdiction. In any case, even if it were enough for the Applicant to have pursued only one of the two avenues referred to in Article 22, the conclusion would be the same, because, according to Russia, Georgia also failed to make any attempt to settle its dispute with Russia by negotiation. That in substance is the second preliminary objection on which the Court was asked to rule.

10. A thorough examination of that argument should require that the following four questions be answered: (1) Does Article 22 of CERD lay down “preconditions”, the fulfilment of which must be ascertained by the Court for it to exercise jurisdiction? (2) If so, are these “preconditions” alternative or cumulative? (3) If they are alternative, what exactly does the condition requiring an attempt to “settle the dispute by negotiation” consist of? And (4) has this last condition been satisfied in the case?

11. The Court answers the first question in the affirmative (Judgment, paras. 141 and 147). In response to the third question, it takes a rather exacting view of what constitutes “negotiation” (*ibid.*, paras. 157 to 162). On the fourth question, it considers that Georgia has not satisfied the precondition of having attempted to settle the dispute by negotiation with Russia (*ibid.*, para. 182). Accordingly, the Court finds that it does not need to answer the second question, as neither of the procedural conditions laid down in Article 22 has, in the Court’s view, been fulfilled (*ibid.*, para. 183).

12. Our opinion on the questions set out above is as follows.

6. Il n'est pas contesté que la seule base de compétence invoquée par la Géorgie, et par conséquent la seule que la Cour avait à examiner, est la clause compromissaire figurant à l'article 22 de la CIEDR. Il n'est pas contesté non plus que les deux Parties étaient liées, à la date d'introduction de la requête, par cette disposition.

7. L'article 22 de la CIEDR permet à toute partie à la Convention de porter unilatéralement devant la Cour « tout différend ... touchant l'interprétation ou l'application de la présente Convention qui n'aura pas été réglé par voie de négociation ou au moyen des procédures expressément prévues par ladite Convention ».

8. Il est entendu que les « procédures expressément prévues » auxquelles se réfère l'article 22 sont celles que décrit la partie II de la Convention, et plus particulièrement ses articles 11 à 13. Il est constant que la Géorgie n'a pas tenté de mettre en œuvre ces procédures, en vue de régler son différend avec la Russie, avant de saisir la Cour le 12 août 2008.

9. Selon la Fédération de Russie, la Cour ne peut se déclarer compétente pour connaître d'un différend que si l'Etat qui la saisit a préalablement tenté — sans succès — de régler ledit différend en utilisant, au besoin, les deux voies mentionnées à l'article 22, à savoir la « négociation » et les « procédures expressément prévues » par la Convention. En l'espèce, la seule circonstance que la Géorgie n'a pas mis en œuvre les procédures spéciales prévues par la partie II de la Convention avant de porter l'affaire devant la Cour suffirait, selon la Russie, à entraîner l'incompétence de la Cour. De toute façon, quand bien même il suffirait que l'Etat requérant ait utilisé l'une des deux voies mentionnées à l'article 22, la conclusion serait la même, car la Géorgie n'a pas non plus tenté, selon la Russie, de régler son différend avec elle par voie de négociation. Telle est la substance de la deuxième exception préliminaire sur laquelle la Cour avait à statuer.

10. Pour examiner complètement une telle argumentation, il convient, en principe, de répondre aux quatre questions suivantes: 1) L'article 22 de la CIEDR établit-il des « préconditions » dont il appartient à la Cour de vérifier la réalisation afin de pouvoir exercer sa compétence? 2) En cas de réponse affirmative à la question précédente, ces « préconditions » sont-elles alternatives ou cumulatives? 3) Si elles sont alternatives, quel est le contenu exact de la condition d'avoir tenté de « régler le différend par voie de négociation »? 4) Cette dernière condition est-elle remplie en l'espèce?

11. La Cour répond par l'affirmative à la première question (arrêt, par. 141 et 147). Elle retient, en réponse à la troisième question, une conception plutôt exigeante de la « négociation » (*ibid.*, par. 157 à 162). Elle estime, en réponse à la quatrième question, que la Géorgie n'a pas satisfait à la condition préalable d'avoir cherché à régler le différend par voie de négociation avec la Russie (*ibid.*, par. 182). En conséquence, elle n'estime pas devoir se prononcer sur la deuxième question, aucune des conditions procédurales de l'article 22 n'étant à ses yeux remplies (*ibid.*, par. 183).

12. Notre opinion, sur les questions qui viennent d'être énoncées, est la suivante.

We find that the Court’s interpretation of Article 22 — that the provision establishes “preconditions” on which the Court’s exercise of jurisdiction depends — is questionable and that the Court’s analysis on this point ignores or gives short shrift to arguments which might have led to a different conclusion.

More importantly, however, we think that the preliminary objection should have been rejected even on the basis of the general proposition accepted by the Court in paragraph 141 of the Judgment, i.e., “the terms of Article 22 . . . establish preconditions to be fulfilled before the seisin of the Court”.

In fact, the two “conditions” — if we agree to call them such — in Article 22 can only be alternative in nature, not cumulative.

The condition requiring an attempt to settle the dispute by negotiation must be understood and applied realistically and substantively, not in the unrealistic and formalistic manner applied by the Judgment.

Further to this last point, we take the view that any reasonable possibility of settling the dispute by negotiation had been exhausted by the date on which the proceedings were instituted, so that the conditions on the Court’s exercise of its jurisdiction were satisfied in any event.

13. These various points will now be elaborated.

I. DOES ARTICLE 22 OF CERD LAY DOWN PROCEDURAL “PRECONDITIONS” TO BE SATISFIED PRIOR TO SEISIN OF THE COURT?

14. The terms “conditions” and “preconditions” are not unambiguous. They are used here for convenience, as the Court has done in the past in connection with compromissory clauses akin to Article 22 of CERD, or with Article 22 itself, in affirming the existence or non-existence of any such “conditions” (*Armed Activities on the Territory of the Congo (New Application: 2002) (Democratic Republic of the Congo v. Rwanda)*, *Jurisdiction and Admissibility, Judgment*, *I.C.J. Reports 2006*, p. 39, para. 87); *Application of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Georgia v. Russian Federation)*, *Provisional Measures, Order of 15 October 2008*, *I.C.J. Reports 2008*, p. 388, para. 114).

15. What is important is not deciding what terminology to use but clearly defining the terms of the debate between the Parties on the interpretation of Article 22 in this regard.

The Parties did not disagree on the fact that the Court, in order to exercise jurisdiction, must at a minimum verify that the dispute submitted to it “is not settled” by one means or the other. In fact, where a dispute is settled, there is no longer a dispute amenable to judicial settlement, as the diplomatic solution that by definition the parties in such a case have accepted is controlling as between them. In this respect, there is indeed a

Nous pensons que l'interprétation que retient la Cour de l'article 22, à savoir que cette disposition établit des «conditions» préalables auxquelles est subordonné l'exercice par la Cour de sa compétence, est douteuse, et que l'analyse de la Cour sur ce point néglige ou sous-estime des arguments qui auraient pu la conduire à une conclusion différente.

Mais surtout, nous pensons que même sur la base du postulat général que retient la Cour au paragraphe 141 de l'arrêt, à savoir que «les termes de l'article 22 ... établissent des conditions préalables auxquelles il doit être satisfait avant toute saisine de la Cour», l'exception préliminaire aurait dû être rejetée.

En effet, les deux «conditions» — si l'on accepte de les qualifier ainsi — de l'article 22 ne peuvent avoir qu'un caractère alternatif, et non cumulatif.

La condition d'avoir tenté de régler le différend par la négociation doit être comprise et appliquée de manière réaliste et substantielle, et non, comme le fait l'arrêt, d'une façon irréaliste et formaliste.

En conséquence du point précédent, nous sommes d'avis que, à la date de l'introduction de l'instance, toute possibilité raisonnable de règlement du différend par la négociation avait été épuisée, de telle sorte que les conditions de l'exercice par la Cour de sa compétence étaient, en tout état de cause, remplies.

13. Ces différents points vont être à présent développés.

I. L'ARTICLE 22 DE LA CIEDR ÉNONCE-T-IL DES «PRÉCONDITIONS» PROCÉDURALES AUXQUELLES IL DOIT ÊTRE SATISFAIT AVANT LA SAISINE DE LA COUR?

14. Les termes «conditions» et «préconditions» ne sont pas dépourvus d'une certaine ambiguïté. On les emploie ici pour des raisons de commodité, comme l'a fait la Cour par le passé à propos de clauses compromissoires analogues à l'article 22 de la CIEDR, ou à propos de l'article 22 lui-même, lorsqu'elle a affirmé, ou au contraire dénié, l'existence de telles «conditions» (*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. 39, par. 87; Application de la convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (Géorgie c. Fédération de Russie), mesures conservatoires, ordonnance du 15 octobre 2008, C.I.J. Recueil 2008, p. 388, par. 114).*

15. L'important n'est pas le choix de telle ou telle terminologie, mais de définir clairement les termes du débat qui a opposé les Parties au sujet de l'interprétation, sur ce point, de l'article 22.

Les Parties n'ont pas été en désaccord sur le fait que la Cour, pour pouvoir exercer sa compétence, devait au minimum vérifier que le différend qui lui a été soumis «n'a pas été réglé» par une voie ou l'autre. En effet, si tel a été le cas, il n'existe plus de différend susceptible de règlement judiciaire, le règlement diplomatique auquel, par hypothèse, les parties auraient souscrit s'imposant à elles. En ce sens, il y a bien une condition

factual condition which the Court must assess in all cases and on the fulfilment of which its jurisdiction is dependent.

That is not the question which divided the Parties and which the Court was called upon to decide.

That question was the following: According to the Russian Federation, the Court can adjudicate a case submitted to it under Article 22 only if the applicant State establishes to the satisfaction of the Court not only that the dispute has not been settled, but also that the applicant has endeavoured to settle it by direct negotiation or, if that fails, by recourse to the special procedures in Part II of the Convention, and that the efforts were unsuccessful. According to Georgia, conversely, it is necessary and sufficient that the dispute is not settled. The applicant need show no more; specifically, it does not have to prove that it tried to settle the dispute by non-judicial means.

16. The Court decides clearly and unequivocally in favour of Russia's position — leaving aside the question whether the two modes contemplated in Article 22 are alternative or cumulative, on which the Court finds there to be no need for a decision.

Thus, according to the Judgment, an unsuccessful attempt to settle the dispute by diplomatic means is a “precondition” for the jurisdiction of the Court. The Judgment goes so far as to specify that this “precondition” must be fulfilled at the date the Court is seised, meaning that by this date, and no later, all possibility of negotiated settlement must have been exhausted because “there has been a failure of negotiations, or . . . negotiations have become futile or deadlocked” (Judgment, para. 159).

We think that the Court's interpretation on the first point is questionable and on the second is at variance with the Court's most recent jurisprudence.

17. In reaching the conclusion that Article 22 lays down “preconditions” for the jurisdiction of the Court, the Judgment relies on considerations under three headings.

First, it asserts that the ordinary meaning of the terms used, interpreted in their context in accordance with the rules of interpretation codified in Article 31 (1) of the Vienna Convention on the Law of Treaties, leads to this conclusion (*ibid.*, para. 141). Secondly, it maintains that this interpretation is supported by the Court's settled jurisprudence in cases in which the Court has had to apply clauses comparable to Article 22. Thirdly and finally, it draws on the *travaux préparatoires* of the text to be interpreted, analysing them in paragraphs 142 to 147.

18. In fact, the Court draws little of consequence from its examination of the *travaux préparatoires*. It confines itself to noting, in conclusion to this examination, that: “the *travaux préparatoires* do not suggest a different conclusion from that at which the Court has already arrived through the main method of ordinary meaning interpretation” (*ibid.*, para. 147). In other words, it does not find confirmation in the *travaux préparatoires* of the interpretation it has already arrived at based on the “ordinary meaning” of the terms of the clause; on a more cautious note, it

factuelle dont la Cour doit s'assurer, dans tous les cas, et à laquelle sa compétence est subordonnée.

Là n'est pas la question sur laquelle les Parties se sont opposées, et que la Cour était appelée à trancher.

Cette question était la suivante. Selon la Fédération de Russie, la Cour ne peut connaître d'une affaire qui lui est soumise en vertu de l'article 22 que si l'Etat demandeur démontre, à la satisfaction de la Cour, non seulement que le différend n'a pas été réglé, mais qu'il s'est efforcé de le régler soit par la négociation directe, soit, à défaut, par la mise en œuvre des procédures spéciales de la partie II de la Convention, et qu'il n'a pas pu y parvenir. Selon la Géorgie, au contraire, il faut et il suffit que le différend n'ait pas été réglé; le demandeur n'a rien de plus à démontrer, et en particulier il n'a pas à prouver qu'il a tenté de régler le différend autrement que par la voie judiciaire avant de s'adresser à la Cour.

16. La Cour prend parti, de façon claire et catégorique, en faveur de la thèse défendue par la Russie — réserve faite de la question du caractère alternatif ou cumulatif des deux voies envisagées à l'article 22, sur laquelle elle estime ne pas devoir se prononcer.

Ainsi, selon l'arrêt, la tentative infructueuse de régler le différend par un moyen diplomatique constitue bien une «précondition» de la compétence de la Cour. L'arrêt précise même que cette «précondition» doit être remplie à la date de la saisine de la Cour, en ce sens qu'il faut qu'à cette date, et non à quelque date postérieure, toute possibilité de règlement négocié ait été épuisée, car les négociations «ont échoué, sont devenues inutiles ou ont abouti à une impasse» (arrêt, par. 159).

Nous pensons que, sur le premier point, l'interprétation retenue par la Cour est douteuse et que, sur le second, elle s'écarte de sa jurisprudence la plus récente.

17. Pour conclure que l'article 22 pose des «préconditions» à la compétence de la Cour, l'arrêt s'appuie sur trois séries de considérations.

En premier lieu, il affirme que le sens ordinaire des termes employés, interprétés dans leur contexte selon les règles d'interprétation codifiées à l'article 31, paragraphe 1, de la convention de Vienne sur le droit des traités, conduit à une telle conclusion (*ibid.*, par. 141). En deuxième lieu, il soutient que la jurisprudence constante de la Cour, élaborée à l'occasion des affaires dans lesquelles la Cour était appelée à faire application de clauses analogues à l'article 22, conforte une telle interprétation. En troisième lieu et enfin, il se réfère aux travaux préparatoires du texte à interpréter, qu'il analyse aux paragraphes 142 à 147.

18. En réalité, la Cour ne tire guère de conséquences de son examen des travaux préparatoires. Elle se borne à relever, en conclusion de cet examen, que «les travaux préparatoires ... ne suggèrent ... pas une conclusion différente de celle à laquelle elle est parvenue par la méthode principale de l'interprétation selon le sens ordinaire» (*ibid.*, par. 147). Autrement dit, elle ne trouve pas dans les travaux préparatoires une confirmation de l'interprétation à laquelle elle était déjà parvenue sur la base du «sens ordinaire» des termes de la clause; plus prudemment, elle

observes only that it finds nothing decisive that suggests a conflicting interpretation.

19. Thus, the analysis of the “ordinary meaning” of the terms and the examination of the prior case law are the sole bases of the reasoning relied on by the Court to justify its interpretation. In these two regards the Court’s reasoning strikes us as rather weak and raises serious questions.

20. Indisputably, a treaty must first be interpreted “in accordance with the ordinary meaning to be given to [its] terms . . . in their context and in the light of its object and purpose” (Vienna Convention on the Law of Treaties, Art. 31 (1)). *Travaux préparatoires* are merely a “supplementary means of interpretation”, to which resort may be had only if the “general rule of interpretation” laid down in Article 31 of the Vienna Convention leaves the meaning “ambiguous or obscure” or leads to a “manifestly absurd or unreasonable” result (Article 32 of that Convention). Thus, having determined that the “ordinary meaning” of the terms leads to an unambiguous conclusion that is neither absurd nor unreasonable, the Court observes (Judgment, para. 142) that it need not resort to the *travaux préparatoires*. It only does so, as an extra measure, “in order to confirm its reading” based on the ordinary meaning — a purpose which it ultimately fails to achieve.

21. It is however striking that the “general rule of interpretation”, i.e., “the ordinary meaning to be given to the terms of the treaty in their context and in the light of its object and purpose”, is applied in the Judgment in a way that amounts to nothing more than applying the principle of “effectiveness”. According to the Court: “By interpreting Article 22 of CERD to mean, as Georgia contends, that all that is needed is that, as a matter of fact, the dispute had not been resolved . . . , [the passage to be interpreted] would become devoid of any effect” (*ibid.*, para. 133). It is this justification, and it alone, which supports the Court’s conclusion, and the Court felt no need to pursue its analysis of the “ordinary meaning of the terms” any further. The additional argument in paragraph 135 based on the use of the future perfect (“différend . . . qui n’aura pas été réglé”) in the French version of Article 22, whereas the present indicative (“dispute . . . which is not settled”) is used in the English, is hardly a solid one, since the problem of interpretation remains the same whatever the tense employed.

22. We do not of course seek to deny the relevance, or underestimate the importance, of the principle that the interpreter of a treaty must normally seek to give its terms a meaning which leads them to have practical effect, instead of one which deprives them of any effect (the “principle of effectiveness”). But this technique of interpretation is never as all-determinative as the Court would appear to treat it in the present case; it does not suffice by itself.

The fact is that “effectiveness” is merely one argument which may point towards a particular interpretation, but it does not obviate the need to

constate qu'elle n'y trouve pas non plus d'éléments décisifs qui pourraient venir au soutien d'une interprétation contraire.

19. C'est donc exclusivement de l'analyse du «sens ordinaire» des termes et de l'examen de la jurisprudence antérieure que sont tirés les arguments sur lesquels s'appuie la Cour pour justifier l'interprétation qu'elle retient. Or, sur ces deux aspects, son argumentation nous paraît être assez faible et soulever de sérieuses interrogations.

20. Il n'est pas douteux qu'un traité doit être interprété d'abord «suivant le sens ordinaire à attribuer [à ses] termes ... dans leur contexte et à la lumière de son objet et de son but» (convention de Vienne sur le droit des traités, art. 31, par. 1). Les travaux préparatoires ne constituent qu'un «moyen complémentaire d'interprétation» auquel il ne doit être recouru que si la «règle générale d'interprétation» énoncée à l'article 31 de la convention de Vienne laisse le sens du texte «ambigu ou obscur», ou conduit à un résultat «manifestement absurde ou déraisonnable» (article 32 de la même convention). Aussi bien la Cour, ayant conclu que le «sens ordinaire» des termes la conduisait à une conclusion dépourvue d'ambiguïté et qui n'est ni absurde ni déraisonnable, précise-t-elle (arrêt, par. 142) qu'elle n'a nul besoin de recourir à l'examen des travaux préparatoires. Elle ne le fait, à titre surabondant, que «pour confirmer son interprétation» fondée sur le sens ordinaire — objectif que finalement elle échoue à atteindre.

21. Il est cependant frappant de constater que l'application en l'espèce, par l'arrêt, de la «règle générale d'interprétation», à savoir «le sens ordinaire à attribuer aux termes du traité dans leur contexte et à la lumière de son objet et de son but», se résume en tout et pour tout à la mise en œuvre de la technique de l'«effet utile». Selon la Cour, «si l'on interprétait l'article 22 de la Convention comme signifiant, ainsi que le soutient la Géorgie, qu'il suffit, en fait, que le différend n'ait pas été résolu..., cela reviendrait à priver d'effet» le passage que l'on cherche à interpréter (*ibid.*, par. 133). C'est ce motif, et lui seul, qui soutient la conclusion de la Cour, et celle-ci n'a pas cru devoir pousser plus loin son analyse du «sens ordinaire des termes». L'argument supplémentaire tiré, au paragraphe 135, de la version française de l'article 22, qui emploie le futur antérieur («différend ... qui n'aura pas été réglé»), alors que la version anglaise emploie l'indicatif présent («dispute ... which is not settled»), n'est guère consistant, car quel que soit le temps employé la difficulté d'interprétation demeure la même.

22. Nous n'entendons certes pas contester le caractère pertinent, ni sous-estimer l'importance, du principe selon lequel l'interprète doit chercher, normalement, à attribuer aux termes d'un traité un sens qui aboutisse à leur donner un effet concret, de préférence au sens dont le résultat serait de les priver de tout effet (principe dit de l'«effet utile»). Mais une telle technique d'interprétation ne peut jamais avoir le caractère péremptoire que paraît lui accorder la Cour dans la présente affaire, elle ne saurait se suffire à elle-même.

En réalité, l'«effet utile» n'est qu'un des arguments propres à orienter dans le sens d'une certaine interprétation, mais il ne dispense pas de

take into consideration other elements relevant to elucidating the meaning of the text. We believe that in the case before us the Court should at least have considered certain elements capable of counterbalancing the argument drawn from the principle of effectiveness, which, such as it is described by the Court in the present Judgment, undeniably weighed in favour of the interpretation propounded by the Respondent.

23. We are sorry to say that the Judgment refrains from even mentioning those elements, which are set out below.

First, the Court appears to attach no importance to the fact that its interpretation does not accord with the literal meaning of the text when the terms employed are given their most common meaning. By itself, the language “any dispute which is not settled by” neither suggests nor requires that an attempt at settlement must necessarily have been made before reference to the Court. In this connection, the Judgment appears to treat as synonymous the various forms of wording found in compromissory clauses making reference to negotiation, including, on the one hand, those like Article 22 of CERD referring to a dispute “which is not settled” or “which has not been settled” and, on the other hand, those referring to a dispute “which cannot be settled by negotiation” (for examples of this second type, see the compromissory clauses applicable in the cases concerning *Mavrommatis Palestine Concessions*, Judgment No. 2, 1924, P.C.I.J., Series A, No. 2, p. 11; *South West Africa (Ethiopia v. South Africa; Liberia v. South Africa)*, Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 1962, p. 335; and *Questions of Interpretation and Application of the 1971 Montreal Convention arising from the Aerial Incident at Lockerbie (Libyan Arab Jamahiriya v. United States of America)*, Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 1998, p. 121, para. 17).

The Court notes these “variations” “in the language used” (Judgment, para. 136) but would appear to consider them unimportant because it draws no inferences from them.

This question, however, warranted fuller consideration. In 1965, when CERD was finalized and adopted, compromissory clauses in treaties in force referring to “negotiation” contained two sorts of formulations, i.e., to simplify a bit, clauses referring to a dispute “which cannot be settled” by negotiation and those referring simply to a dispute “which is not settled” by negotiation. It may therefore be asked whether the wording adopted for Article 22 was not a deliberate, and therefore meaningful, choice, as opposed to an arbitrary selection of one form of wording out of a number of forms deemed equivalent. It is beyond doubt in any case that the CERD drafters chose, deliberately or not, the wording least capable of being interpreted literally as laying down a “precondition” requiring a prior attempt to negotiate a settlement.

24. The foregoing observation is buttressed by the status in international law of negotiations held prior to the initiation of judicial proceed-

prendre en considération les autres éléments pertinents aux fins de l'élucidation du sens du texte. En l'espèce, il nous semble que la Cour aurait dû au moins examiner certains éléments qui auraient été de nature à contrebalancer l'argument résultant du principe de l'effet utile, lequel, tel que décrit par la Cour dans le présent arrêt, allait assurément dans le sens de l'interprétation soutenue par la défenderesse.

23. Ces éléments, dont nous regrettons que l'arrêt s'abstienne même de les mentionner, sont les suivants.

D'abord, la Cour ne paraît attacher aucune importance au fait que l'interprétation qu'elle retient ne correspond pas au sens littéral du texte, selon le sens le plus ordinaire des termes employés. La formule « tout différend qui n'aura pas été réglé par », considérée en elle-même, ne suggère ni n'implique qu'un règlement doit nécessairement avoir été recherché avant la saisine de la Cour. A cet égard, l'arrêt paraît tenir pour synonymes les diverses formulations que l'on peut trouver dans les clauses compromissaires qui font référence à des négociations, et notamment, d'une part, celles qui, comme l'article 22 de la CIEDR, se réfèrent à un différend « qui n'aura pas (ou qui n'a pas) été réglé » et, d'autre part, celles qui se réfèrent à un différend « qui ne peut pas (ou qui n'a pas pu) être réglé » ou encore « qui n'est pas susceptible d'être réglé » (voir, pour des exemples de cette seconde hypothèse, les clauses compromissaires applicables dans les affaires des *Concessions Mavrommatis en Palestine*, arrêt n° 2, 1924, C.P.J.I. série A n° 2, p. 11, du *Sud-Ouest africain (Ethiopie c. Afrique du Sud; Libéria c. Afrique du Sud)*, exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1962, p. 335, et des *Questions d'interprétation et d'application de la convention de Montréal de 1971 résultant de l'incident aérien de Lockerbie (Jamahiriya arabe libyenne c. Etats-Unis d'Amérique)*, exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1998, p. 121, par. 17).

La Cour relève ces « variations dans les termes utilisés » (arrêt, par. 136) mais paraît les tenir pour dépourvues de signification, puisqu'elle n'en tire aucune conséquence.

Pourtant, la question aurait mérité un examen plus approfondi. Dès lors que, au moment de l'élaboration et de l'adoption de la CIEDR, soit en 1965, il existait, dans les clauses compromissaires des traités en vigueur se référant à des « négociations », deux types de formulations, à savoir, en simplifiant quelque peu, celles qui mentionnaient les différends « ne pouvant pas être réglés » (ou « n'étant pas susceptibles d'être réglés ») par la négociation, d'une part, et celles qui mentionnaient simplement les différends « n'ayant pas été réglés » par la négociation, d'autre part, on peut se demander si la formulation retenue pour l'article 22 n'a pas été un choix délibéré, et donc significatif, plutôt que le choix aléatoire d'une formule parmi d'autres considérées comme équivalentes. Force est de constater en tout cas que les rédacteurs de la CIEDR ont choisi, de propos délibéré ou non, la formule la moins susceptible d'être interprétée littéralement comme posant une « précondition » consistant dans la recherche préalable d'un règlement négocié.

24. L'observation qui précède est renforcée par le statut des négociations préalables à l'introduction d'une instance judiciaire en droit interna-

ings. In paragraph 131 the Court quotes the 1924 Judgment by the PCIJ in the case concerning *Mavrommatis Palestine Concessions*, stating “that before a dispute can be made the subject of an action at law, its subject-matter should have been clearly defined by means of diplomatic negotiations” (*Judgment No. 2, 1924, P.C.I.J., Series A, No. 2, p. 15*). It omits to quote the dictum, in our view much more important, in the Judgment handed down by this Court in 1998 in the case concerning *Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria (Cameroon v. Nigeria)*: “Neither in the Charter nor otherwise in international law is any general rule to be found to the effect that the exhaustion of diplomatic negotiations constitutes a precondition for a matter to be referred to the Court.” (*Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 1998, p. 303, para. 56.*)

It is clear that while diplomatic negotiations concerning a dispute may be helpful before judicial proceedings are brought, particularly in clarifying the terms of the dispute and delimiting its subject-matter, they as a general rule are not a mandatory precondition to be satisfied in order for the Court to be able to exercise jurisdiction. There is such a requirement only if, and to the extent that, it is embodied in the clause or declaration on which the jurisdiction of the Court is founded. Thus, as noted in the above-cited Judgment in the case concerning *Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria (Cameroon v. Nigeria)*:

“A precondition of this type may be embodied and is often included in compromissory clauses of treaties. It may also be included in a special agreement whose signatories then reserve the right to seise the Court only after a certain lapse of time . . . Finally, States remain free to insert into their optional declaration accepting the compulsory jurisdiction of the Court a reservation excluding from the latter those disputes for which the parties involved have agreed or subsequently agree to resort to an alternative method of peaceful settlement.” (*Ibid.*)

25. The general rule set out above is unquestionably one of long standing; the Court has never conditioned its jurisdiction on the existence of prior negotiations between the parties, except on the basis of an express provision to that effect.

26. Accordingly, when the drafters of a compromissory clause wish to include such a precondition, they are aware that in doing so they will depart from the general rule, which includes no such condition. This affords yet another reason for them to make their intention unambiguously clear. In such a case, this should at least lead them to prefer the wording referring to a dispute “which cannot be settled” to that referring to a dispute “which is not settled” by negotiation. Yet a great number of treaties, including some that had already been adopted as of the date when CERD was signed, spell out the condition even more clearly, thus avoiding any possible ambiguity. For example, the Single Convention on

tional. La Cour cite, au paragraphe 131, l'arrêt rendu en 1924 par la CPJI dans l'affaire des *Concessions Mavrommatis en Palestine*, aux termes duquel, «avant qu'un différend fasse l'objet d'un recours en justice, il importe que son objet ait été nettement défini au moyen de pourparlers diplomatiques» (*arrêt n° 2, 1924, C.P.J.I. série A n° 2*, p. 15). Elle omet de citer le *dictum*, beaucoup plus significatif à nos yeux, de l'arrêt rendu par la présente Cour en 1998 en l'affaire de la *Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria (Cameroun c. Nigéria)*, selon lequel «[i]l n'existe ni dans la Charte, ni ailleurs en droit international, de règle générale selon laquelle l'épuisement des négociations diplomatiques serait un préalable à la saisine de la Cour» (*exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1998*, p. 303, par. 56).

Il est clairement admis que, si des négociations diplomatiques portant sur le différend peuvent être utiles avant l'introduction d'une instance judiciaire, notamment pour clarifier les termes du différend et en délimiter l'objet, elles ne constituent pas, en règle générale, une condition préalable obligatoire devant être remplie pour que la Cour puisse exercer sa compétence. Une telle exigence n'est applicable que si et dans la mesure où elle est prévue dans la clause ou dans la déclaration qui constitue le fondement de la compétence de la Cour. C'est ainsi que, comme le relève l'arrêt précité rendu en l'affaire de la *Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria (Cameroun c. Nigéria)* :

«Un préalable de ce type peut être incorporé et est souvent inséré dans les clauses compromissaires figurant dans les traités. Il peut également figurer dans un compromis, les signataires se réservant alors de ne saisir la Cour qu'une fois écoulé un certain délai... Enfin, les Etats demeurent libres d'insérer dans leur déclaration facultative d'acceptation de la juridiction obligatoire de la Cour une réserve excluant de la compétence de cette dernière les différends au sujet desquels les parties en cause seraient convenues ou conviendraient d'avoir recours à un autre mode de règlement pacifique.» (*Ibid.*)

25. Il n'est pas douteux que la règle générale qui précède est admise de longue date, jamais la Cour n'ayant subordonné sa compétence à des négociations préalables entre les parties sauf sur la base d'une disposition expresse.

26. En conséquence, lorsque les rédacteurs d'une clause compromissoire souhaitent y inclure une condition préalable de ce genre, ils n'ignorent pas que, ce faisant, ils entendent déroger à la règle générale qui ne comporte pas une telle condition. Raison de plus pour manifester sans équivoque leur intention à cet égard. Dans l'hypothèse considérée, cela devrait au moins les conduire à préférer à la formule visant un différend «qui n'a pas été réglé» celle visant un différend «qui n'a pas pu être réglé» par la négociation. Mais nombre de traités, dont certains avaient déjà été adoptés à la date de la signature de la CIEDR, énoncent la condition en cause encore plus clairement, de manière à écarter toute ambi-

Narcotic Drugs, signed at New York on 30 March 1961, provides: “If there should arise between two or more Parties a dispute . . ., the said Parties shall consult together with a view to the settlement of the dispute by negotiation, investigation, mediation . . . or other peaceful means of their own choice.” (Art. 48, para. 1.) Only after these mandatory consultations may the dispute be referred to the Court for decision pursuant to Article 48, paragraph 2, of that Convention.

Formulations like these were available to the drafters of Article 22 and moreover were considered at a certain stage (Draft International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination, Final Clauses, Working Paper Prepared by the Secretary-General, doc. E/CN.4/L.679, 17 February 1964). There is no denying that the Convention’s drafters did not employ them, and this casts doubt on the correctness of the Court’s interpretation, notwithstanding the undeniable relevance of the “effectiveness” argument.

27. We are just as unsatisfied with the description of the Court’s prior jurisprudence found in paragraphs 136 to 140 of the Judgment. According to the Judgment, the jurisprudence is clear and consistent.

After quoting from two precedents (the case concerning *Armed Activities on the Territory of the Congo (New Application: 2002)* (*Democratic Republic of the Congo v. Rwanda*), *Jurisdiction and Admissibility*, Judgment, *I.C.J. Reports 2006*, pp. 40-41, para. 91 and p. 43, para. 100; and the Advisory Opinion on the *Applicability of the Obligation to Arbitrate under Section 21 of the United Nations Headquarters Agreement of 26 June 1947*, *I.C.J. Reports 1988*, p. 27, para. 34) in which it was called upon to interpret clauses more or less like Article 22 of CERD, the Court concludes: “in each of the above-mentioned cases where the compromissory clause was comparable to that included in CERD, the Court has interpreted the reference to negotiations as constituting a precondition to seisin” (Judgment, para. 140). Given that no other precedent is cited, the reader is led to believe that the Court has consistently interpreted such compromissory clauses in the same way whenever it has faced the issue that arises in the present case.

The real picture is much less uniform.

28. It is true that the Court has consistently interpreted compromissory clauses providing for the submission to the Court of disputes which “cannot be settled” (in French: “qui ne peuvent pas être réglés” or “qui ne sont pas susceptibles d’être réglés”) by negotiation as meaning that the Court cannot exercise jurisdiction unless an attempt at negotiation has been made and has led to deadlock, that is to say that there is no reasonable hope — or no longer any — for a settlement of the dispute by diplomatic means. This line of case law dates back to the Judgment in the *Mavrommatis Palestine Concessions* case (cited in paragraph 23, above, of the present opinion).

29. On the other hand, in respect of clauses worded like Article 22 of

guité. Par exemple, la convention unique sur les stupéfiants, signée à New York le 30 mars 1961, dispose que, «[s]’il s’élève entre deux ou plusieurs Parties un différend ... lesdites Parties se consulteront en vue de régler ce différend par voie de négociation, d’enquête, de médiation ... ou par d’autres moyens pacifiques de leur choix» (art. 48, par. 1). En vertu du paragraphe 2 de l’article 48 de la convention, c’est seulement après les consultations obligatoires que le différend peut être soumis à la Cour.

Des formules de ce genre étaient à la disposition des rédacteurs de l’article 22, et elles ont d’ailleurs été examinées à un certain stade (Projet de convention internationale sur l’élimination de toutes les formes de discrimination raciale, clauses finales, document de travail préparé par le Secrétaire général, Nations Unies, doc. E/CN.4/L.679, 17 février 1964). Force est de constater que les rédacteurs de la Convention n’y ont pas eu recours, ce qui laisse planer un doute sur le bien-fondé de l’interprétation retenue par la Cour, nonobstant l’indéniable pertinence de l’argument de l’«effet utile».

27. La présentation de la jurisprudence antérieure de la Cour à laquelle se livre l’arrêt dans ses paragraphes 136 à 140 nous laisse tout aussi insatisfaits. A en croire l’arrêt, cette jurisprudence serait claire et constante.

Après avoir cité deux précédents (celui des *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. 40-41, par. 91, et p. 43, par. 100, et celui de l’avis consultatif sur l’*Applicabilité de l’obligation d’arbitrage en vertu de la section 21 de l’accord du 26 juin 1947 relatif au siège de l’Organisation des Nations Unies*, C.I.J. Recueil 1988, p. 27, par. 34), dans lesquels elle avait eu à interpréter des clauses plus ou moins similaires à l’article 22 de la CIEDR, la Cour conclut que, «dans chacune des affaires susmentionnées où la clause compromissoire invoquée était comparable à celle que contient la CIEDR, elle a toujours interprété la référence aux négociations comme posant une condition préalable à sa saisine» (arrêt, par. 140). Etant donné qu’aucun autre précédent n’est cité, le lecteur est conduit à penser que, toutes les fois que la Cour a été confrontée à la même question que dans la présente affaire, elle a constamment interprété les clauses compromissoires en cause de la même manière.

La réalité offre un tableau beaucoup plus contrasté.

28. Il est vrai que la Cour a constamment interprété les clauses compromissoires permettant de soumettre à la Cour les différends qui «ne peuvent pas être réglés» — ou qui «ne sont pas susceptibles d’être réglés» — par la négociation en ce sens que la Cour ne pouvait exercer sa compétence que si une négociation a été recherchée et qu’elle a abouti à une impasse, c’est-à-dire qu’il n’est pas — ou qu’il n’est plus — raisonnablement possible d’espérer un règlement du différend par la voie diplomatique. Cette jurisprudence remonte à l’arrêt rendu en l’affaire des *Concessions Mavrommatis en Palestine* (citée plus haut dans la présente opinion au paragraphe 23).

29. En revanche, en présence de clauses libellées comme l’article 22 de

CERD, applying to disputes “which are not settled” by negotiation, the jurisprudence of the Court would appear to fluctuate much more than the present Judgment suggests.

30. In addition to the two cases cited in paragraphs 137 to 139, relied on to support the Court’s position in the present case, the relevant precedents include the *Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America)* case, in which the compromissory clause reads as follows:

“Any dispute . . . not satisfactorily adjusted [in French: “Tout différend . . . qui ne pourrait pas être réglé d’une manière satisfaisante”] by diplomacy, shall be submitted to the International Court of Justice, unless the High Contracting Parties agree to settlement by some other pacific means.” (*Preliminary Objection, Judgment, I.C.J. Reports 1996 (II)*, p. 809, para. 15.)

The Court applied this clause first in its Judgment on the preliminary objection raised by the United States, in ascertaining that it had jurisdiction to entertain Iran’s Application, and then in its Judgment on the merits, in responding to an objection by Iran to a counter-claim of the United States.

In the first of these two Judgments the Court confines itself to observing:

“It is not contested that several of the conditions laid down by this text have been met in the present case: a dispute has arisen between Iran and the United States; it has not been possible to adjust that dispute by diplomacy and the two States have not agreed ‘to settlement by some other pacific means’.” (*Ibid.*, pp. 809-810, para. 16.)

The Court does speak in this passage of a “condition” in respect of the absence of diplomatic settlement, but it is impossible to tell exactly what that “condition” consists of — no doubt because the parties did not argue the question.

The Judgment on the merits is much clearer on this point. In response to the objection raised by Iran to the United States counter-claim and based specifically on the assertion that the Court “cannot entertain the . . . claim of the United States because it was presented without any prior negotiation”, the Judgment states:

“It is established that a dispute has arisen between Iran and the United States over the issues raised in the counter-claim. The Court has to take note that the dispute has not been satisfactorily adjusted by diplomacy. Whether the fact that diplomatic negotiations have not been pursued is to be regarded as attributable to the conduct of the one Party or the other is irrelevant for present purposes, as is the question whether it is the Applicant or the Respondent that has asserted a *fin de non-recevoir* on this ground. As in previous cases involving virtually identical treaty provisions [the *United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran* and *Military and Paramilitary*

la CIEDR, visant les différends «qui n'ont pas été réglés» par la négociation, la jurisprudence de la Cour semble avoir été beaucoup plus fluctuante que le présent arrêt ne le donne à penser.

30. Il y a lieu de mentionner parmi les précédents pertinents, outre les deux affaires citées aux paragraphes 137 à 139, qui viennent au soutien de la position de la Cour dans la présente affaire, le précédent de l'affaire des *Plates-formes pétrolières (République islamique d'Iran c. Etats-Unis d'Amérique)*. Dans celle-ci, la clause compromissoire était ainsi rédigée :

«Tout différend ... qui ne pourrait pas être réglé d'une manière satisfaisante [en anglais: «any dispute ... not satisfactorily adjusted»] par la voie diplomatique sera porté devant la Cour internationale de Justice, à moins que les Hautes Parties contractantes ne conviennent de le régler par d'autres moyens pacifiques.» (*Exception préliminaire, arrêt, C.I.J. Recueil 1996 (II)*, p. 809, par. 15.)

La Cour a fait application de cette clause, d'abord, dans son arrêt sur l'exception préliminaire soulevée par les Etats-Unis, afin de vérifier sa compétence pour connaître de la requête de l'Iran, puis, dans son arrêt au fond, pour répondre à une objection opposée par l'Iran à une demande reconventionnelle des Etats-Unis.

Dans le premier de ces arrêts, elle se borne à relever que

«Il n'est pas contesté que plusieurs des conditions fixées par ce texte sont en l'espèce remplies: un différend s'est élevé entre l'Iran et les Etats-Unis; ce différend n'a pu être réglé par la voie diplomatique et les deux Etats ne sont pas convenus «de le régler par d'autres moyens pacifiques».» (*Ibid.*, p. 809-810, par. 16.)

Dans ce passage, la Cour parle de «condition» à propos de l'absence de règlement diplomatique; mais il n'est guère possible de comprendre — faute, sans doute, que la question ait été débattue entre les parties — en quoi consiste exactement cette «condition».

L'arrêt au fond est, sur ce point, beaucoup plus clair. Répondant à l'exception opposée par l'Iran à la demande reconventionnelle des Etats-Unis, et tirée précisément de ce que la Cour «ne [pouvait] connaître de [cette] demande ... parce que celle-ci a été présentée sans avoir été précédée de négociations», l'arrêt répond dans les termes suivants :

«Il est établi qu'un différend est né entre l'Iran et les Etats-Unis sur les questions soulevées dans la demande reconventionnelle. La Cour doit prendre acte que le différend n'a pas été réglé d'une manière satisfaisante par la voie diplomatique. Peu importe aux fins de la présente question que l'absence de négociations diplomatiques soit attribuable au comportement de l'une ou de l'autre Partie, ou que ce soit le demandeur ou le défendeur qui a pour ce motif opposé une fin de non-recevoir. Comme dans de précédentes affaires qui mettaient en cause des dispositions conventionnelles pratiquement identiques [suit une référence à l'affaire du *Personnel diplomatique et*

Activities in and against Nicaragua cases are cited here], it is sufficient for the Court to satisfy itself that the dispute was not satisfactorily adjusted by diplomacy before being submitted to the Court.” (*Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America)*, Judgment, *I.C.J. Reports 2003*, pp. 210-211, para. 107.)

Surprisingly, this clear and fairly recent precedent is not even mentioned in the Judgment. Admittedly, that decision looks to two precedents which, on careful inspection, are not entirely consistent with the position the Court took in 2003. To our mind, all this shows one thing: contrary to the impression given by the Judgment in the present case, the Court’s prior jurisprudence on compromissory clauses akin to Article 22 of CERD was not consistent, but was fluid and uncertain.

31. Finally, we find that the Court gives short shrift to the precedent in the form of the Order of 15 October 2008 on the request for provisional measures submitted in the present case. The Court cites that Order in paragraph 129 of the Judgment. It quotes its own statement in the Order that “the phrase ‘any dispute . . . which is not settled by negotiation . . .’ does not, in its plain meaning, suggest that formal negotiations in the framework of the Convention . . . constitute preconditions to be fulfilled before the seisin of the Court”, even though it did at the time add, “Article 22 does suggest that some attempt should have been made by the Claimant Party to initiate, with the Respondent Party, discussions on issues that would fall under [the Convention]” (*Application of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Georgia v. Russian Federation)*, Provisional Measures, Order of 15 October 2008, *I.C.J. Reports 2008*, p. 388, para. 114). The Court then limits itself to observing that the conclusion above was strictly provisional, that it was solely for the purpose of determining whether the Court had prima facie jurisdiction over the case and that the Court is not bound by it in ruling definitively on the issue of jurisdiction after having considered all arguments of the Parties. This is how the Court justifies its change of position on the matter.

32. We take no issue with the validity of the Court’s analysis in paragraph 129, where it merely points to a consistent jurisprudence: an order ruling on a request for provisional measures has no force as *res judicata*; it cannot prejudice any question to be decided by the Court in the subsequent proceedings, including the question of its jurisdiction to adjudicate the case on the merits.

33. But it is one thing to deny the Order any binding force on the issue of jurisdiction and yet another to disregard it completely as a germane precedent, that is to say one apt to shed light on how the Court has

consulaire des Etats-Unis à Téhéran et à celle des Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci], il suffit à la Cour de constater que le différend n'a pas été réglé d'une manière satisfaisante par la voie diplomatique avant de lui être soumis.» (*Plates-formes pétrolières (République islamique d'Iran c. Etats-Unis d'Amérique)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2003, p. 210-211, par. 107.)

Il est surprenant que ce précédent, qui est clair et qui n'est pas si ancien, ne soit pas même mentionné dans l'arrêt. Il est vrai qu'il se réfère lui-même à deux précédents qui ne paraissent pas, à bien les considérer, venir au soutien de la position adoptée par la Cour en 2003. Tout cela démontre à notre avis une chose : contrairement à ce que laisse entendre l'arrêt rendu en la présente affaire, la jurisprudence antérieure de la Cour, à propos de clauses compromissaires analogues à l'article 22 de la CIEDR, n'était pas constante, mais flottante et incertaine.

31. Enfin, il nous semble que la Cour traite avec une certaine légèreté le précédent que constitue l'ordonnance rendue le 15 octobre 2008 sur la demande de mesures conservatoires qui lui a été soumise dans la présente affaire. La Cour cite cette ordonnance au paragraphe 129 de l'arrêt. Elle rappelle que, dans ladite ordonnance, elle a elle-même affirmé que «la formule «[t]out différend ... qui n'aura pas été réglé par voie de négociation...», prise dans son sens naturel, ne donne pas à penser que la tenue de négociations formelles au titre de la Convention ... constitu[e une] conditio[n] préalable[re] [à laquelle] il doit être satisfait avant toute saisine de la Cour», même si elle a ajouté que «l'article 22 donne ... à penser que la Partie demanderesse doit avoir tenté d'engager, avec la Partie défenderesse, des discussions sur des questions pouvant relever de la [Convention]» (*Application de la convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (Géorgie c. Fédération de Russie)*, mesures conservatoires, ordonnance du 15 octobre 2008, C.I.J. Recueil 2008, p. 388, par. 114). La Cour se borne ensuite à relever que la conclusion qui précède était purement provisoire, qu'elle visait seulement à déterminer si la Cour avait *prima facie* compétence pour connaître de l'affaire, et qu'elle ne s'impose pas à la Cour au moment où celle-ci est appelée à statuer définitivement sur sa compétence après avoir examiné la totalité des arguments des Parties. Ainsi croit-elle pouvoir justifier son changement de position sur la question considérée.

32. Nous ne contestons aucunement le bien-fondé de l'analyse faite par la Cour au paragraphe 129, et qui ne fait que rappeler une jurisprudence constante : l'ordonnance statuant sur une demande de mesures conservatoires est dépourvue de l'autorité de la chose jugée, elle ne saurait préjuger aucune question que la Cour serait appelée à trancher dans la suite de la procédure, y compris celle de sa compétence pour connaître du fond de l'affaire.

33. Mais une chose est de dénier à l'ordonnance tout caractère contraignant sur la question de la compétence, autre chose est de la négliger en tant que précédent jurisprudentiel pertinent, c'est-à-dire de nature à

previously treated clauses identical or comparable to Article 22. The very least that can be said is that the 2008 Order undeniably shows that the prior case law was not as clearly settled — in favour of the existence of a “precondition” — as the present Judgment would suggest. Had it been, the Court in 2008 would not have been able to assert, even *prima facie*, that Article 22 “in its plain meaning” did not appear to make prior negotiations a condition to the seisin of the Court (which it now says is the case).

34. Thus, there is no unassailable argument supporting the interpretation of Article 22 of CERD upheld by the Court in the present Judgment — namely, that the clause establishes “preconditions”, the fulfilment of which has to be determined by the Court, including whether there has been a failed attempt at a negotiated settlement. Neither textual analysis of the language, which is ambiguous, nor the prior jurisprudence, which appears to have fluctuated, nor an examination of the *travaux préparatoires*, which are inconclusive, necessarily leads to the position the Court has decided to adopt in this case — at variance with the position it took on a *prima facie* basis three years ago in the same case.

35. What is more, the Court adopts a particularly exacting position in requiring that the preconditions in question must be fulfilled “before the seisin of the Court” (Judgment, para. 141).

In our view, this position is out of step with the most recent jurisprudence of the Court in respect of the conditions for jurisdiction or admissibility. While it is true that in principle the Court, in determining whether the conditions governing its jurisdiction or the admissibility of an application are met, looks to the date on which it was seised, it has progressively relaxed this principle since the Judgment in the *Mavrommatis Palestine Concessions* case (cited in paragraph 23 of the present opinion) to address the situation in which a condition not met when the proceedings were begun comes to be fulfilled between then and the date on which the Court decides on its jurisdiction (or on the admissibility of the application). In such a case it would be pointlessly formalistic to refuse to take account of the fulfilment of the initially unmet condition after the filing of the application.

As the Court wrote in terms that could not be any clearer in its most recent Judgment concerning a situation of this kind:

“What matters is that, at the latest by the date when the Court decides on its jurisdiction, the applicant must be entitled, if it so wishes, to bring fresh proceedings in which the initially unmet condition would be fulfilled. In such a situation, it is not in the interests of the sound administration of justice to compel the applicant to begin the proceedings anew — or to initiate fresh proceedings — and it is preferable, except in special circumstances, to conclude that the condition has,

éclairer la manière dont la Cour a traité jusqu'à présent les clauses compromissaires identiques ou analogues à l'article 22. A tout le moins, l'ordonnance de 2008 démontre indiscutablement que la jurisprudence antérieure n'était pas fixée aussi clairement, dans le sens de l'existence d'une « précondition », que le laisse entendre le présent arrêt. Si tel avait été le cas, la Cour n'aurait pas pu en 2008 affirmer, même *prima facie*, que l'article 22 pris « dans son sens naturel » ne paraissait pas faire des négociations préalables une condition de la saisine de la Cour (ce qu'elle affirme à présent).

34. L'interprétation retenue par la Cour, dans le présent arrêt, de l'article 22 de la CIEDR, à savoir que cette clause établit des « conditions préalables » dont la Cour doit vérifier la réalisation, parmi lesquelles la tentative infructueuse d'un règlement négocié, ne repose donc sur aucun argument incontestable. Ni l'analyse littérale du texte, qui est ambigu, ni la prise en compte de la jurisprudence antérieure, qui paraît avoir fluctué, ni l'examen des travaux préparatoires, qui ne sont pas conclusifs, ne conduisaient nécessairement à la position que la Cour a décidé d'adopter en l'espèce — en allant, ce faisant, à l'encontre de celle qu'elle avait adoptée *prima facie* il y a trois ans dans la même affaire.

35. Au surplus, la Cour adopte une position particulièrement rigoureuse en précisant que les conditions préalables dont il s'agit doivent être remplies « avant toute saisine de la Cour » (arrêt, par. 141).

Ce point de vue ne nous paraît pas en phase avec la jurisprudence la plus récente concernant la vérification par la Cour des conditions de compétence ou de recevabilité. Il est vrai qu'en principe la Cour se place à la date de sa saisine pour apprécier la réalisation des conditions qui commandent sa compétence ou la recevabilité de la requête. Mais la Cour a progressivement assoupli la rigueur de ce principe, depuis l'arrêt rendu dans l'affaire des *Concessions Mavrommatis en Palestine* (citée plus haut dans la présente opinion au paragraphe 23), pour tenir compte de l'hypothèse dans laquelle une condition qui n'aurait pas été remplie à la date de l'introduction de l'instance aurait été satisfaite postérieurement à celle-ci mais antérieurement à la date à laquelle la Cour se prononce sur sa compétence (ou sur la recevabilité de la requête). En pareil cas, ce serait faire preuve d'un formalisme inutile que de refuser de tenir compte de la réalisation, postérieure à l'introduction de la requête, de la condition qui faisait initialement défaut.

Comme l'a écrit on ne peut plus clairement la Cour dans son arrêt le plus récent rendu à propos d'une situation de ce genre :

« Ce qui importe, c'est que, au plus tard à la date à laquelle la Cour statue sur sa compétence, le demandeur soit en droit, s'il le souhaite, d'introduire une nouvelle instance dans le cadre de laquelle la condition qui faisait initialement défaut serait remplie. En pareil cas, cela ne servirait pas l'intérêt d'une bonne administration de la justice d'obliger le demandeur à recommencer la procédure — ou à en commencer une nouvelle — et il est préférable, sauf circonstances spéciales, de consta-

from that point on, been fulfilled.” (*Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Croatia v. Serbia)*, *Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 2008*, p. 441, para. 85.)

36. None of this is reflected in the present Judgment. Requiring fulfilment of the condition “before the seisin of the Court” means, for example, that in a case where negotiations were begun before the application was filed but came to an end only after that date, by virtue of the acknowledged impossibility of reaching agreement, the Court should decline jurisdiction and thereby require the applicant to bring fresh proceedings. In looking in the present case for any attempt by Georgia to negotiate, the Court thus confines itself to the period from 9 August 2008, when the Court believes the dispute came into existence, to 12 August 2008, when the Application was filed:

“the Court is . . . assessing whether Georgia genuinely attempted to engage in negotiations with the Russian Federation, with a view to resolving their dispute . . . [and, if so,] the Court [will] ascertain whether the negotiations failed, became futile, or reached a deadlock *before Georgia submitted its claim to the Court*” (Judgment, para. 162; emphasis added).

37. No reason can be found for such a surprisingly narrow approach, one at odds with the thrust of the Court’s most recent jurisprudence in respect of its consideration of the conditions for jurisdiction and, specifically, at odds with a Judgment as recent — and as clear on this point in its reasoning — as that which the Court handed down on the preliminary objections in the *Croatia v. Serbia* case. The language quoted above from paragraph 85 of that Judgment is obviously general in scope. In that case the condition not met until after the application had been filed was not a condition requiring an attempt at negotiated settlement, but the Court expressed itself in terms precluding all doubt as to the fact that its reasoning applies to any initially unmet condition for jurisdiction or admissibility that is fulfilled between the date the proceedings were initiated and the date on which the Court decides on its jurisdiction. And it is hard to see any reason why it should be otherwise. It was this reasoning that allowed the Court to find jurisdiction to entertain Croatia’s application. Hence, in the present case the Court has departed from its own most recent jurisprudence, without offering the slightest justification for doing so.

38. As questionable as may be the Court’s especially strict interpretation of the compromissory clause in the present case — although we concede that it is not “manifestly absurd or unreasonable” as those terms are used in the Vienna Convention — we think that it nonetheless should not have led the Court to sustain the second preliminary objection.

ter que la condition est désormais remplie.» (*Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Croatie c. Serbie)*, exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 2008, p. 441, par. 85.)

36. On ne trouve rien de tel dans le présent arrêt. L'exigence que la condition soit remplie «avant toute saisine de la Cour» signifie que, par exemple, si des négociations ont été entamées avant l'introduction de la requête mais qu'elles n'ont pris fin, par le constat de l'impossibilité de parvenir à un accord, qu'après cette date, la Cour devrait décliner sa compétence et mettre ainsi le demandeur dans la nécessité d'introduire une nouvelle instance. Aussi bien la Cour limite-t-elle, dans la présente affaire, sa recherche d'une éventuelle tentative de négocier, de la part de la Géorgie, à la période qui s'est écoulée entre le 9 août 2008, date à laquelle, selon elle, le différend est apparu, et le 12 août 2008, date d'introduction de la requête :

«la Cour cherche ... à établir si la Géorgie a véritablement tenté d'engager des négociations avec la Fédération de Russie dans le but de régler leur différend ... [et, dans l'affirmative] elle recherchera si les négociations ont échoué, sont devenues inutiles ou ont abouti à une impasse *avant que la Géorgie ne dépose sa requête devant la Cour*» (arrêt, par. 162; les italiques sont de nous).

37. On cherche en vain les motifs d'une approche aussi étonnamment restrictive, qui est en contradiction avec les orientations les plus récentes de la jurisprudence de la Cour en matière d'examen des conditions de sa compétence et, en particulier, avec un arrêt aussi récent, et sur ce point aussi clair dans sa motivation que celui que la Cour a rendu sur les exceptions préliminaires dans l'affaire *Croatie c. Serbie*. La formule précitée du paragraphe 85 de cet arrêt a manifestement une portée générale. Dans l'affaire en cause, la condition qui s'était trouvée remplie postérieurement à l'introduction de la requête n'était pas celle relative à l'exigence d'une recherche de règlement négocié, mais la Cour s'est exprimée dans des termes qui ne laissent place à aucun doute sur le fait que son raisonnement est valable pour toute condition de compétence ou de recevabilité qui, n'étant pas initialement remplie, l'a été entre l'introduction de l'instance et la date à laquelle la Cour statue sur sa compétence, et l'on ne voit d'ailleurs pas pourquoi il en irait autrement. C'est ce raisonnement qui a permis à la Cour de retenir sa compétence pour connaître de la requête de la Croatie. Dans la présente affaire, la Cour s'est donc écartée de sa propre jurisprudence la plus récente, sans en donner la moindre justification.

38. Si douteuse que soit l'interprétation particulièrement sévère de la clause compromissive que retient la Cour dans la présente affaire — et nous convenons cependant que cette interprétation n'est pas «manifestement absurde ou déraisonnable» au sens de la convention de Vienne —, nous pensons qu'elle n'aurait de toute façon pas dû conduire la Cour à accueillir la deuxième exception préliminaire.

This is because we believe that, assuming that Article 22 of CERD lays down “preconditions” for the jurisdiction of the Court, those “preconditions” were satisfied in this case. Our conclusion follows from our view that the two modes of settlement referred to in Article 22 are alternative, not cumulative (II, below); that the requirement of an attempt at negotiated settlement must be understood and applied realistically, not formalistically (III); and that it must be regarded as having been fulfilled in this case (IV).

II. ARE THE TWO MODES REFERRED TO IN ARTICLE 22 ALTERNATIVE OR CUMULATIVE?

39. The Judgment takes no position on this point because the Court was of the view that neither of the two “conditions” laid down in Article 22 had been fulfilled by the Applicant; Georgia did not attempt to settle the dispute by direct negotiation with Russia, nor did it initiate the “procedures expressly provided for” in the Convention, since it did not refer the matter to the Committee on the Elimination of Racial Discrimination pursuant to Article 11 of the Convention.

40. We concur that, where a provision contains two conditions and neither is met, no useful purpose is served in deciding whether they are cumulative (both have to be fulfilled) or alternative (fulfilment of one suffices). It is equally pointless to decide that question when both conditions are in fact fulfilled.

However, for the reasons to be explained presently and on the assumption that Article 22 imposes conditions, our view is that one of those conditions (i.e., an unsuccessful attempt to negotiate) has been satisfied by Georgia, while the other clearly has not been. Thus, we must express our view on the matter.

41. Let us begin by clarifying the question. It is specifically whether the applicant State must have attempted, without success, to settle its dispute with the respondent by recourse, in turn or simultaneously, to the two modes of settlement (“negotiation” and “the procedures expressly provided for”) referred to in Article 22, or whether having sought, without success, to use one of those two modes is sufficient to entitle the applicant to turn to the Court without further delay.

We think that the correct interpretation of Article 22 is necessarily the second one.

42. We are unimpressed by the literal or textual argument which Georgia stresses and bases on the use of the conjunction “or” in Article 22 (“by negotiation *or* by the procedures . . .”). This, it is claimed, means that the two terms linked by the conjunction represent an alternative.

The conjunction “or” is clearly different from the conjunction “and”, and, generally speaking, “or” takes on great importance when a text con-

En effet, nous sommes d'avis que, en admettant que l'article 22 de la CIEDR pose des «préconditions» à la compétence de la Cour, ces «préconditions» étaient en l'espèce remplies. Notre conclusion découle de ce que nous regardons les deux voies mentionnées par l'article 22 comme alternatives et non cumulatives (II, ci-après), que la condition de recherche d'un règlement négocié doit être comprise et appliquée de manière réaliste et non formaliste (III), et qu'elle doit être regardée comme ayant été remplie en l'espèce (IV).

II. LES DEUX VOIES MENTIONNÉES À L'ARTICLE 22 SONT-ELLES ALTERNATIVES OU CUMULATIVES ?

39. L'arrêt ne prend pas parti sur ce point, puisque la Cour a été d'avis qu'aucune des deux «conditions» mentionnées à l'article 22 n'a été remplie par l'Etat demandeur : la Géorgie n'a pas cherché à régler le différend par la négociation directe avec la Russie ; elle n'a pas non plus mis en œuvre les «procédures expressément prévues» par la Convention, puisqu'elle n'a pas saisi le Comité pour l'élimination de la discrimination raciale selon les modalités décrites à l'article 11 de la Convention.

40. Nous sommes d'accord pour considérer que, lorsqu'un texte mentionne deux conditions, et qu'aucune des deux n'est remplie, il est inutile de décider si elles sont cumulatives (il aurait fallu qu'elles fussent remplies l'une et l'autre) ou alternatives (il aurait suffi que l'une d'elles le fût). Il est tout aussi inutile de trancher la même question lorsque les deux conditions sont, en fait, remplies.

Mais, puisque nous sommes d'avis, pour des raisons que nous allons développer un peu plus loin, que, en admettant que l'article 22 pose des conditions, l'une d'entre elles a été satisfaite par la Géorgie (à savoir la tentative infructueuse de négocier) tandis que l'autre ne l'a manifestement pas été, il nous faut nous prononcer sur la question susmentionnée.

41. Commençons d'abord par clarifier le sens de la question. Il s'agit exactement de savoir si l'Etat demandeur doit avoir essayé de régler le différend qui l'oppose au défendeur, de manière infructueuse, en mettant en œuvre successivement ou simultanément les deux voies (celle de la «négociation», celle des «procédures expressément prévues») mentionnées à l'article 22, ou s'il suffit qu'il ait cherché sans succès à emprunter l'une des deux voies pour pouvoir s'adresser, sans attendre davantage, à la Cour.

Nous sommes d'avis que l'interprétation correcte de l'article 22 ne peut être que la seconde.

42. Nous ne sommes guère impressionnés par un argument littéral ou exégétique invoqué avec insistance par la Géorgie et tiré de l'emploi de la conjonction «ou» à l'article 22 («par voie de négociation *ou* au moyen des procédures...»), d'où il résulterait que les deux termes reliés par la conjonction représentent une alternative.

La conjonction «ou» se distingue nettement de la conjonction «et», et il y a lieu en principe de lui attacher la plus grande importance lorsque le texte

taining it and requiring interpretation is stated in the affirmative. In such cases, there is no better means than the conjunction “or” of indicating that the conditions (situations, etc.) referred to in the text are alternative, meaning that either is sufficient to give rise to the effect in question. Matters become less clear however when “or” is used in a clause in the negative, as in the present case (“which is *not* settled by negotiation or by the procedures . . .”). In such a case, “or” need not mean something other than “and”, but the latter word cannot be used because it would not make sense in the context of the sentence. In fact, here, “or” is the equivalent of “neither . . . nor”: any dispute which is settled neither by negotiation nor by the procedures expressly provided . . . This reformulation does not however tell us any more about whether the two modes are alternative or cumulative.

43. In our opinion, the conclusive argument draws on the logic and purpose of the text under consideration. The point of this text cannot be to require a State to go through futile procedures solely for the purpose of delaying or impeding its access to the Court. The end sought is not purely one of form; if we look at it from the perspective taken by the Court, the rule has a reasonable aim, to reserve judicial settlement for those disputes which cannot be settled by an out-of-court means based on agreement between the parties. Still, for this condition to be met, the applicant must have made the necessary efforts to attempt to settle the dispute, if it seems reasonably possible, by recourse to means enabling the parties to reach agreement, leaving the Court to act as the last resort.

If the text is understood in these terms, it becomes illogical to consider the two modes referred to in Article 22 as necessarily cumulative. Each mode ultimately depends on an understanding between the parties and their desire to seek a negotiated solution. This is obvious in the case of “negotiation” and it is equally true for the “procedures expressly provided for” in Part II of CERD. The Committee established by the Convention has no power to impose a legally binding solution on the disputing States. It can only encourage the States to negotiate with each other (Art. 11); then, where there have been no negotiations or unsuccessful negotiations, it can appoint a conciliation commission to make recommendations (Art. 13) to be communicated to the parties, which then make known whether or not they accept them. Ultimately, a favourable outcome depends on the readiness of the parties to come to an agreement, in other words, on their willingness to negotiate.

Consequently, where a State has already tried, without success, to negotiate directly with another State against which it has grievances, it would be senseless to require it to follow the special procedures in Part II, unless a formalism inconsistent with the spirit of the text is to prevail. It would make even less sense to require a State which has unsuccessfully pursued the intricate procedure under Part II to undertake direct negotiations destined to fail before seising the Court.

44. In short, as direct negotiation and referral to the Committee are two different ways of doing the same thing, that is to say, seeking an

dans lequel elle figure, et que l'on cherche à interpréter, est rédigé sous forme affirmative. En pareil cas, on n'a pas trouvé mieux que la conjonction «ou» pour indiquer que les conditions (les situations, etc.) mentionnées par le texte sont alternatives, en ce sens que chacune d'elles est suffisante pour entraîner l'effet visé. Mais tout se trouble lorsque le «ou» est employé dans une phrase négative, comme en l'espèce («qui n'aura pas été réglé par voie de négociation ou au moyen des procédures...»). Dans cette hypothèse, le «ou» ne peut pas être regardé comme ayant été employé pour indiquer un autre sens que le «et» — lequel n'en aurait eu aucun, dans le contexte de la phrase. En réalité, «ou» est ici l'équivalent de «ni ..., ni»: tout différend qui n'aura été réglé ni par voie de négociation, ni au moyen des procédures expressément prévues... Mais cette tournure ne nous renseigne pas davantage sur le caractère alternatif ou cumulatif des deux voies mentionnées.

43. L'argument décisif, à nos yeux, est tiré de la logique et de la finalité du texte examiné. Le sens de ce texte ne peut pas être d'imposer à un Etat d'accomplir des procédures inutiles à seule fin de retarder ou d'entraver son accès à la Cour. La finalité poursuivie n'est pas purement formelle; la règle vise, si l'on se place dans la perspective qu'a retenue la Cour, un objectif raisonnable, celui de réserver le règlement judiciaire aux différends qui ne peuvent pas être résolus par une méthode extrajudiciaire reposant sur l'accord des parties. Encore faut-il, pour que cette condition soit remplie, que la partie demanderesse ait accompli les efforts nécessaires pour chercher à régler le différend, si cela paraît raisonnablement possible, par des moyens propres à permettre aux parties de s'entendre, en laissant au juge le rôle d'un ultime recours.

Si l'on comprend le texte ainsi, alors il ne serait pas logique de considérer que les deux voies mentionnées à l'article 22 sont cumulativement nécessaires. L'une et l'autre reposent en effet, *in fine*, sur l'entente entre les parties et leur volonté de chercher une solution négociée. C'est évident pour la «négociation»; c'est tout aussi vrai pour les «procédures expressément prévues» par la partie II de la CIEDR. Le Comité institué par la convention n'a aucunement le pouvoir d'imposer une solution juridiquement contraignante aux Etats qu'oppose un différend. Il ne peut qu'inciter les Etats à négocier entre eux (art. 11), puis, s'il n'y a pas eu de négociation ou qu'elle a été infructueuse, créer une commission de conciliation qui formulera des recommandations (art. 13), lesquelles seront soumises aux parties, qui feront savoir si elles les acceptent ou non. Finalement, l'issue favorable dépendra de la disposition des parties à s'entendre, c'est-à-dire de leur volonté de négocier.

En conséquence, cela n'aurait aucun sens d'obliger l'Etat qui aurait tenté sans succès de négocier directement avec un autre Etat contre lequel il a des griefs à mettre en œuvre la procédure spéciale de la partie II, sauf à verser dans un formalisme qui ne saurait correspondre à l'esprit du texte. Cela en aurait encore moins d'obliger l'Etat qui aurait utilisé sans succès la voie complexe de la partie II à s'engager, avant de saisir la Cour, dans des négociations directes vouées à l'échec.

44. En somme, la négociation directe et la saisine du Comité étant deux manières différentes de faire la même chose, à savoir chercher un

agreement premised on the parties' ability to reconcile their positions, it is enough, even under the strict interpretation upheld in the Judgment, to entitle the applicant to come before the Court if one of these two modes has been pursued, for it would be highly unreasonable to require the applicant then to try the other.

45. This interpretation is also supported by the *travaux préparatoires* of Article 22, specifically that part dealing with the drafting of the final formulation — the language referring to two possible modes of non-judicial settlement.

Up until the 1367th meeting of the Third Committee of the General Assembly, on 7 December 1965, clause VIII of the draft prepared by the officers of the Committee, later to become Article 22 of the Convention, provided for the referral to the International Court of Justice of “[a]ny dispute . . . which is not settled by negotiation”. That meeting debated and adopted the “Three-Power amendment”, jointly submitted by Ghana, the Philippines and Mauritania for the purpose of adding the phrase “or by the procedures expressly provided for in this Convention” after “negotiation”. It was thus that a draft contemplating just one means of non-judicial settlement of the dispute (negotiation) became a final text referring to two modes (negotiation, on one hand, and resort to the special procedures under the Convention, on the other).

46. The representative of Ghana introduced the amendment in restrained terms; he confined himself to saying that “the Three-Power amendment [is] self-explanatory” and it “simply refer[s] to the procedures provided for in the Convention” (United Nations, *Official Records of the General Assembly, Twentieth Session, Third Committee*, doc. A/C.3/SR.1367, p. 453, para. 29). The amendment was then debated and unanimously adopted. Most speakers approved of it as offering useful clarification of the text. According to the representative of Canada, the amendment “made a valuable addition to the clause”; in the view of France’s representative, it “brought clause VIII into line with provisions already adopted in the matter of implementation”; according to Italy’s delegate, it “was a useful addition”; and, in the view of Belgium’s, it “introduced a useful clarification” (*ibid.*, paras. 26, 38-40).

47. None of these statements is fully illuminating. The clear impression nevertheless emerges that the three Powers’ intent in proposing their amendment was not to impose a further condition resulting in more limited access to the Court than under the earlier text. There is nothing to indicate that the amendment was aimed at making resort to the special procedures under Part II mandatory where direct negotiations had failed. More likely, the amendment was intended to make clear that recourse to these special procedures figured among the possible avenues for negotiated settlement. That is why it was regarded by the delegates as merely a “useful addition or clarification” and was easily adopted, not as a change in the text to make it more restrictive but as a natural, and almost self-evident, clarification.

accord supposant la capacité des parties à rapprocher leurs points de vue, il suffit, même dans l'interprétation plutôt rigoureuse que retient l'arrêt, que l'une de ces deux voies ait été empruntée sans succès pour que le demandeur puisse s'adresser à la Cour, car il serait hautement déraisonnable de l'obliger alors à essayer l'autre.

45. Cette interprétation est également confortée par l'examen des travaux préparatoires de l'article 22, dans leur partie concernant l'élaboration de la formule finale — celle qui fait apparaître les deux voies possibles du règlement non judiciaire.

Jusqu'à la 1367^e séance de la Troisième Commission de l'Assemblée générale, le 7 décembre 1965, la clause VIII du projet établi par le bureau de la Commission, qui est devenue par la suite l'article 22 de la Convention, permettait la soumission à la Cour internationale de Justice de « tout différend ... qui n'aura pas été réglé par négociation ». Lors de la séance susmentionnée a été discuté et adopté l'amendement dit « des trois puissances », présenté conjointement par le Ghana, les Philippines et la Mauritanie, et dont l'objet était d'insérer les mots « ou au moyen des procédures expressément prévues par ladite Convention » après le mot « négociation ». C'est ainsi que l'on est passé d'un projet qui n'envisageait qu'un seul moyen de règlement extrajudiciaire du différend (la négociation) au texte final qui mentionne deux voies (la négociation, d'une part ; le recours aux procédures spéciales de la Convention, d'autre part).

46. En présentant l'amendement, le représentant du Ghana a été sobre ; il s'est borné à déclarer que « l'amendement des trois puissances s'explique de lui-même » et qu'il « se réfère simplement aux procédures prévues par la Convention » (Nations Unies, *Documents officiels de l'Assemblée générale, vingtième session, Troisième Commission*, doc. A/C.3/SR.1367, p. 485, par. 29). L'amendement a été ensuite discuté et adopté à l'unanimité. La plupart des intervenants l'ont approuvé comme apportant une utile clarification au texte. Selon le représentant du Canada, cet amendement « complét[ait] utilement l'article » ; selon celui de la France, il « met[ta]it la clause VIII en harmonie avec les dispositions déjà adoptées en matière de mise en œuvre » ; selon le délégué de l'Italie, il « constitu[ait] une addition utile » et, selon celui de la Belgique, il « introdui[sait] une précision utile » (*ibid.*, par. 26, 38-40).

47. Aucune de ces interventions n'est parfaitement éclairante. Il s'en dégage cependant la nette impression qu'en proposant leur amendement les trois puissances n'étaient pas animées par l'intention d'imposer une condition supplémentaire, qui viendrait restreindre l'accès à la Cour, par rapport au texte antérieur. Rien n'indique que l'amendement visait à rendre obligatoire, en cas d'échec des négociations directes, le recours aux procédures spéciales de la partie II. Plus vraisemblablement, il visait à rappeler que, parmi les voies possibles du règlement négocié, figurait le recours à ces procédures spéciales. C'est pour cela qu'il a été simplement regardé par les délégués comme un « complément — ou une précision — utile » et facilement adopté, non pas comme une modification du texte visant à lui conférer un caractère plus restrictif, mais comme une clarification naturelle, et presque allant de soi.

III. WHAT EXACTLY DOES THE CONDITION REQUIRING AN ATTEMPT TO SETTLE THE DISPUTE BY NEGOTIATION CONSIST OF?

48. The second prong of the alternative set forth in Article 22, namely use of “the procedures expressly provided for in [the] Convention” hardly raises any difficulty of interpretation, as it is clear that this refers to the procedures established by Part II, and those procedures are described precisely by the Convention. Furthermore, the question does not arise in this case, since it is a fact that Georgia has never sought to make use of those procedures against Russia.

49. However, the scope of the condition — if it is accepted as such — of having attempted to settle the dispute by negotiation may be open to debate. Hence the Court has endeavoured to define what it calls “the concept of negotiations” in paragraphs 156 to 162.

50. In our view, the Court has adopted too formalistic an approach to “negotiations”, which inevitably had implications for the Court’s assessment of the circumstances of the case, leading it to conclude that Georgia had not seriously proposed to Russia that negotiations should take place regarding the dispute between them.

51. Paragraph 157 makes the point that “negotiations are distinct from mere protests or disputations”. It is therefore not sufficient for one of the parties (the applicant) to have protested against the conduct of the other (the respondent); there must also have been “a genuine attempt . . . to engage in discussions with the other disputing party, with a view to resolving the dispute”. In other words, the applicant must have made an offer — a serious offer — to negotiate with the respondent.

52. Naturally, paragraph 158 states that “evidence of such an attempt to negotiate — or of the conduct of negotiations — does not require the reaching of an actual agreement between the disputing parties”. To have asserted otherwise would have been most surprising. But the Judgment then adds (Judgment, para. 159), citing a number of precedents, that it is not enough for negotiations to have been attempted (i.e., proposed by the applicant); for the condition allowing referral to the Court to be regarded as fulfilled, those negotiations must also have failed or become futile or deadlocked.

53. The Court then recalls that, according to its jurisprudence, “negotiations” are not confined to direct contacts between two parties; account should also be taken of less formal exchanges and of “diplomacy by conference or parliamentary diplomacy” (*ibid.*, para. 160). It also points out that negotiations do not necessarily have to refer expressly to the instrument that contains the compromissory clause; it is sufficient for them to relate to the subject-matter of that instrument, the crucial point being that they must concern the subject-matter of the dispute brought before the Court (*ibid.*, para. 161).

54. Even taking account of the elements of flexibility introduced by these last considerations, we believe that the Court’s approach remains

III. QUEL EST LE CONTENU EXACT DE LA CONDITION CONSISTANT À AVOIR TENTÉ DE RÉGLER LE DIFFÉREND PAR VOIE DE NÉGOCIATION ?

48. La seconde branche de l'alternative ouverte par l'article 22, à savoir le recours aux «procédures expressément prévues par [la] Convention», ne soulève guère de difficulté d'interprétation, car il est clair qu'elle se réfère aux procédures instituées par la partie II et ces procédures sont précisément décrites par la Convention. Au surplus, la question ne se pose pas dans la présente affaire, puisqu'il est constant que la Géorgie n'a jamais cherché à mettre en œuvre ces procédures à l'encontre de la Russie.

49. En revanche, la portée de la condition — si l'on admet que c'en est une — consistant à avoir cherché à résoudre le différend par voie de négociation peut prêter à controverse. Aussi la Cour a-t-elle cherché à définir ce qu'elle a appelé «la notion de négociation», aux paragraphes 156 à 162 de l'arrêt.

50. A notre avis, la Cour s'est engagée dans une approche trop formaliste de la «négociation», ce qui n'a pas manqué d'avoir ensuite des conséquences sur la manière dont elle a apprécié les circonstances propres en l'espèce, pour conclure que la Géorgie n'avait pas proposé sérieusement à la Russie de négocier au sujet du différend qui les opposait.

51. Le paragraphe 157 de l'arrêt insiste sur le fait que les «négociations ... se distinguent de simples protestations ou contestations». Il ne suffit donc pas que l'une des parties (la demanderesse) ait protesté contre le comportement de l'autre (la défenderesse), il faut encore qu'elle ait «tent[é] vraiment d'ouvrir le débat avec l'autre partie en vue de régler le différend». En d'autres termes, il faut que le demandeur ait fait une offre — sérieuse — de négociation au défendeur.

52. Naturellement, le paragraphe 158 de l'arrêt précise qu'«il n'est cependant pas nécessaire qu'un accord soit effectivement conclu entre les parties au différend pour prouver qu'il y a eu tentative de négociations ou négociations». L'affirmation contraire eût été fort surprenante. Mais l'arrêt ajoute ensuite (arrêt, par. 159), en se référant à certains précédents, qu'il ne suffit pas que les négociations aient été tentées (c'est-à-dire proposées par la partie demanderesse), il faut encore, pour que la condition qui permet la saisine de la Cour soit regardée comme remplie, que lesdites négociations aient échoué, soient devenues inutiles ou aient abouti à une impasse.

53. La Cour rappelle ensuite que selon sa jurisprudence les «négociations» ne s'entendent pas seulement de contacts directs entre deux parties, mais qu'il y a lieu aussi de tenir compte d'échanges moins formels et de «la diplomatie pratiquée au sein des conférences ou diplomatie parlementaire» (*ibid.*, par. 160). Elle rappelle aussi que la négociation ne doit pas nécessairement porter expressément sur l'instrument qui contient la clause compromissoire, et qu'il est suffisant qu'elle porte sur l'objet de cet instrument, puisque ce qui est déterminant, c'est qu'elle concerne l'objet du différend soumis ensuite à la Cour (*ibid.*, par. 161).

54. Même en tenant compte des quelques éléments de souplesse qu'introduisent ces dernières considérations, nous pensons que la démarche de

far too formalistic here, and, in truth, not very faithful to the general thrust of its jurisprudence in the past.

55. In our opinion, a firmly realistic, rather than formalistic, approach should be taken to the question of negotiations, the approach which hitherto the Court always has adopted.

56. There is no general criterion — nor can there be one — which makes it possible to determine at what point a State is regarded as having complied with the obligation to attempt to negotiate with respect to its claims against another State, and to pursue those attempts as far as possible, with a view to reaching an agreement.

Everything depends on the circumstances. The level of the Court's requirements is obviously bound to vary, according to the nature of the questions which form the subject-matter of the dispute, and the conduct of the State that is being implicated. Clearly some questions, by their nature, lend themselves more than others to negotiation, the reconciling of opinions and the search for a compromise. It is also clear that the State which is being implicated may have a range of responses to the claim made against it, from complete receptiveness to the most strenuous or indeed point-blank rejection.

57. The Court must therefore always make a case-by-case assessment.

In every case, however, the Court should address the question not from a formal or procedural point of view, but as a question of substance. If the Court finds that there was no longer, on the date when the proceedings were instituted — or, alternatively, that there is no longer, on the date when it decides on its jurisdiction — a reasonable prospect of the dispute, as presented to the Court, being settled by negotiations between the parties, it must find jurisdiction, without entering into a convoluted examination of every single action taken by the applicant, or those that it could have taken.

58. That is the essential purpose of the conditions established by a clause such as the one that the Court must apply in this case: not to erect needless and over-exacting procedural obstacles liable to delay or impede the applicant's access to international justice, but to allow the Court to satisfy itself, before dealing with the merits of the dispute brought before it, that a sufficient effort has been made to resolve that dispute by means other than judicial settlement.

59. It is in this spirit that the Court has always hitherto applied compromissory clauses that require that a negotiated settlement of the dispute must be attempted, including in cases where the applicable clause was more clear-cut than Article 22 of CERD as to the requirement of prior negotiation.

60. Two precedents, among others, are significant in this respect.

61. In the *South West Africa* case, the applicable clause (Article 7, paragraph 2, of the Mandate) referred to "any dispute . . . if it cannot be settled by negotiation". The Respondent maintained that the dispute brought before the Court was not one that "cannot be settled by negotia-

la Cour demeure ici beaucoup trop formaliste, et, en vérité, peu fidèle à l'orientation générale de sa jurisprudence antérieure.

55. Il faut, selon nous, s'en tenir à une approche résolument réaliste et non formaliste de la question des négociations, approche qui avait toujours été celle de la Cour jusqu'à présent.

56. Il n'existe — et il ne peut exister — aucun critère général permettant de déterminer à partir de quel seuil un Etat sera regardé comme ayant satisfait à l'obligation de tenter de négocier sur les griefs qu'il formule à l'encontre d'un autre Etat, et de poursuivre sa tentative aussi loin que possible, en vue de parvenir à un accord.

Tout est affaire d'espèce. Le niveau d'exigence de la Cour ne peut que varier, à l'évidence, selon la nature des questions qui font l'objet du différend et le comportement de l'Etat mis en cause. Il est clair que certaines questions, par leur nature, se prêtent mieux que d'autres à la négociation, au rapprochement des points de vue, à la recherche d'une solution de compromis. Il est clair aussi que l'Etat mis en cause peut répondre à la réclamation qui lui est adressée par toute une gamme d'attitudes possibles, allant de la plus grande ouverture à la plus ferme, voire brutale, fin de non-recevoir.

57. C'est donc toujours une appréciation au cas par cas à laquelle la Cour doit se livrer.

Mais, dans tous les cas, la Cour devrait aborder la question non pas sous un angle formel ou procédural mais comme une question de fond. Si la Cour constate qu'il n'existait plus, à la date de l'introduction de l'instance, ou subsidiairement qu'il n'existe plus à la date à laquelle elle vérifie sa compétence, une perspective raisonnable pour que le différend, tel qu'il se présente à elle, soit résolu par la voie de négociations entre les parties, elle doit admettre sa compétence, sans entrer dans la discussion byzantine de chacun des actes accomplis par le demandeur, et de ceux qu'il aurait pu accomplir.

58. On retrouve ici la finalité essentielle des conditions posées par une clause du type de celle que la Cour doit appliquer en la présente affaire : non pas dresser des obstacles procéduraux tatillons et inutiles de nature à retarder ou à entraver l'accès du demandeur à la justice internationale, mais permettre à la Cour de s'assurer, avant de connaître au fond du différend qui lui est soumis, qu'un effort suffisant a été accompli pour le régler par d'autres voies que la voie judiciaire.

59. C'est dans cet esprit que la Cour a toujours appliqué, jusqu'à présent, les clauses compromissaires comportant une condition de tentative de règlement négocié du différend, y compris lorsque la clause applicable était plus nette, en ce qui concerne l'exigence de négociation préalable, que ne l'est l'article 22 de la CIEDR.

60. Deux précédents sont, parmi d'autres, significatifs à cet égard.

61. Dans l'affaire du *Sud-Ouest africain*, la clause applicable (le deuxième alinéa de l'article 7 du mandat) se référait à « tout différend ... qui ne soit pas susceptible d'être réglé par des négociations ». Le défendeur soutenait que le différend soumis à la Cour n'était pas un différend

tion”, and that no negotiations had taken place with a view to its settlement.

The Court replied as follows:

“The question to consider . . . is: What are the chances of success of further negotiations between the Parties in the present cases for reaching a settlement?

.
Even a cursory examination of the views, propositions and arguments consistently maintained by the two opposing sides, shows that an impasse was reached before 4 November 1960 when the Applications in the instant cases were filed, and that the impasse continues to exist.

.
It is immaterial and unnecessary to enquire what the different and opposing views were which brought about the deadlock in the past negotiations in the United Nations, since the present phase calls for determination of only the question of jurisdiction.

.
It is, however, further contended by the Respondent that the collective negotiations in the United Nations are one thing and direct negotiations between it and the Applicants are another, and that no such direct negotiations have ever been undertaken by them. But in this respect it is not so much the form of the negotiation that matters as the attitude and views of the Parties on the substantive issues of the question involved. So long as both sides remain adamant, and this is obvious even from their oral presentations before the Court, there is no reason to think that the dispute can be settled by further negotiations between the Parties.” (*South West Africa (Ethiopia v. South Africa; Liberia v. South Africa)*, *Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 1962*, pp. 344-346.)

62. In the *Aerial Incident at Lockerbie* cases, the applicable clause (Article 14, paragraph 1, of the 1971 Montreal Convention for the Suppression of Unlawful Acts against the Safety of Civil Aviation) referred to “[a]ny dispute . . . which cannot be settled through negotiation”. The Respondents maintained — one of them so maintaining when the request for provisional measures was considered and the other at both that stage and the preliminary objections stage — that, besides the fact that no dispute existed between themselves and the Applicant regarding the interpretation or application of the Montreal Convention, such a dispute, if it did exist, had not given rise to any attempt at a negotiated settlement.

In rejecting this objection, the Court took account of the following, among other determining factors:

“The Court observes that in the present case, the Respondent has always maintained that the destruction of the Pan Am aircraft over

«qui ne soit pas susceptible d'être réglé par des négociations», et qu'aucune négociation n'avait eu lieu en vue de son règlement.

La Cour a ainsi répondu :

«La question à envisager est ... la suivante: Quelles seraient les chances de succès de nouvelles négociations entre les Parties aux présentes affaires en vue de parvenir à un règlement?

.....
 Un rapide examen des thèses, des propositions et des arguments auxquels des deux côtés on s'est constamment tenu suffit à montrer que l'on s'était trouvé dans une impasse avant le 4 novembre 1960, date du dépôt des requêtes relatives aux présentes affaires, et que cette impasse existe toujours.

.....
 Il est sans pertinence et inutile de rechercher quelles thèses différentes et opposées ont conduit les négociations des Nations Unies dans une impasse, étant donné qu'au stade actuel il ne s'agit que de trancher la question de compétence.

.....
 Cependant, le défendeur affirme en outre que des négociations collectives au sein des Nations Unies sont une chose, que des négociations directes entre les demandeurs et lui-même en sont une autre et qu'aucune négociation directe n'a jamais été engagée entre eux. Mais ce qui importe en la matière ce n'est pas tant la forme des négociations que l'attitude et les thèses des Parties sur les aspects fondamentaux de la question en litige. Tant que l'on demeure inébranlable de part et d'autre — et c'est ce qui ressort clairement des plaidoiries présentées à la Cour — il n'y a aucune raison qui permette de penser que le différend soit susceptible d'être réglé par de nouvelles négociations entre les Parties.» (*Sud-Ouest africain (Ethiopie c. Afrique du Sud; Libéria c. Afrique du Sud)*, exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1962, p. 344-346.)

62. Dans les affaires dites de l'*Incident aérien de Lockerbie*, la clause applicable (l'article 14, paragraphe 1, de la convention de Montréal de 1971 pour la répression d'actes illicites dirigés contre la sécurité de l'aviation civile) se référerait à «tout différend ... qui ne peut pas être réglé par voie de négociation». Les défendeurs avaient soutenu — au stade de l'examen de la demande de mesures conservatoires pour l'un, à ce stade et également à celui des exceptions préliminaires pour l'autre — que, outre qu'il n'existait pas de différend entre eux et le demandeur relativement à l'interprétation ou à l'application de la convention de Montréal, un tel différend, à supposer qu'il existât, n'avait donné lieu à aucune tentative de règlement négocié.

La Cour, pour écarter l'objection, a retenu, entre autres motifs déterminants, le suivant :

«La Cour relève qu'en l'espèce le défendeur a toujours soutenu que la destruction de l'appareil de la Pan Am au-dessus de Lockerbie

Lockerbie did not give rise to any dispute between the Parties regarding the interpretation or application of the Montreal Convention and that, for that reason, in the Respondent's view, there was nothing to be settled by negotiation under the Convention . . .

Consequently, in the opinion of the Court, the alleged dispute between the Parties could not be settled by negotiation." (*Questions of Interpretation and Application of the 1971 Montreal Convention arising from the Aerial Incident at Lockerbie (Libyan Arab Jamahiriya v. United States of America)*, *Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 1998*, p. 122, para. 20.)

63. The present case is the first in which the Court has found that it lacks jurisdiction solely on the basis that a condition of prior negotiation has not been fulfilled. We are convinced that this is not justified by the circumstances of the case. Instead, the Court has substituted a formalistic approach for the realistic, substantive approach that it has consistently taken in the past and that, had it been retained, should have led the Court to the opposite conclusion in the present case, given the facts. We are now going to explain why.

IV. WAS A SUFFICIENT ATTEMPT MADE TO SETTLE THE DISPUTE THROUGH NEGOTIATION?

64. On the basis of the principles just set out, our approach in considering the facts with a view to determining whether the "negotiation" condition has been met is fundamentally different from that of the Court.

65. The approach to the question taken in the Judgment is essentially formalistic.

The Court begins by identifying a limited time period — no more than three days — which, in the Court's view, is the period as to which evidence of any attempt at negotiation by Georgia should be sought. The period is the few days between 9 August 2008, the date, according to the Judgment, that the dispute first materialized, and 12 August 2008, the date the Application was filed (Judgment, para. 168).

It seeks to ascertain whether, during that period, Georgia genuinely offered to negotiate with Russia to try to resolve the dispute — having already made a careful distinction (*ibid.*, para. 157) between "protests or disputations", on the one hand, and "negotiations", on the other, and having stated that the latter "requires — at the very least — a genuine attempt by one of the disputing parties to engage in discussions with the other".

It concludes that Georgia made no offer to negotiate (as thus defined) during the brief period under consideration (*ibid.*, paras. 171 to 181).

n'avait suscité entre les Parties aucun différend concernant l'interprétation ou l'application de la convention de Montréal et que, de ce fait, il n'y avait, de l'avis du défendeur, aucune question à régler par voie de négociation conformément à la convention...

En conséquence, de l'avis de la Cour, le différend qui existerait entre les Parties ne pouvait [pas] être réglé par voie de négociation.» (*Questions d'interprétation et d'application de la convention de Montréal de 1971 résultant de l'incident aérien de Lockerbie (Jamahiriya arabe libyenne c. Etats-Unis d'Amérique)*, exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1998, p. 122, par. 20.)

63. La présente affaire est la première dans laquelle la Cour conclut à son incompétence sur la seule base du défaut de réalisation d'une condition de négociation préalable. Nous sommes convaincus que cela n'est pas justifié par les circonstances propres à l'espèce. Bien plutôt, cela s'explique par le fait que la Cour a substitué une approche formelle à l'approche réaliste et matérielle qu'elle avait adoptée constamment, et qui, si elle avait été conservée, aurait dû la conduire à une solution inverse dans la présente affaire, compte tenu des faits pertinents. Nous allons à présent expliquer pourquoi.

IV. Y A-T-IL EU UNE TENTATIVE SUFFISANTE DE RÈGLEMENT NÉGOCIÉ DU DIFFÉREND ?

64. Sur la base des principes qui viennent d'être exposés, notre démarche, dans l'examen des faits pertinents aux fins d'apprécier s'il a été satisfait à la condition de « négociation », est fondamentalement différente de celle que la Cour a suivie.

65. L'approche de la question qui se dégage de l'arrêt est essentiellement formelle.

La Cour délimite d'abord une étroite période de temps — pas plus que trois jours — qui est, selon elle, la période à l'intérieur de laquelle il convient de rechercher l'existence d'une éventuelle tentative de négociation de la part de la Géorgie. Il s'agit des quelques jours qui se sont écoulés entre le 9 août 2008, date à laquelle selon l'arrêt le différend est apparu pour la première fois, et le 12 août 2008, date du dépôt de la requête (arrêt, par. 168).

Elle recherche ensuite si, pendant cet intervalle, la Géorgie a véritablement fait une offre de négociation à la Russie afin de tenter de résoudre le différend — ayant précédemment soigneusement distingué (*ibid.*, par. 157) entre les « protestations ou contestations » d'une part, et les « négociations » de l'autre, cette dernière notion « impliqu[ant], à tout le moins, que l'une des parties tente vraiment d'ouvrir le débat avec l'autre ».

Elle ne trouve, au cours de la brève période considérée, aucune offre de négociation (ainsi définie) de la part de la Géorgie (*ibid.*, par. 171 à 181).

That allows it to conclude that Georgia “did not attempt to negotiate CERD-related matters with the Russian Federation”, and that, therefore, the Parties “did not engage in negotiations with respect to [Russia]’s compliance with its substantive obligations under CERD” (Judgment, para. 182). Consequently, according to the Judgment, there is no need to ascertain whether “there has been a failure of negotiations, or [whether] negotiations have become futile or deadlocked”, to quote paragraph 159, since no such negotiations ever even began — and that was because of the conduct of Georgia, which did not seek to resolve the dispute through negotiation.

66. In our view, this conclusion — to the effect that Georgia did not, through its own doing, exhaust the possibility of a negotiated settlement before submitting its dispute with Russia to the Court — is completely unrealistic and flies in the face of the obvious. Indeed, no one can seriously think it reasonable to have required Georgia to attempt to resolve its dispute with Russia through negotiations after 12 August 2008; it is unrealistic to believe that on that date there remained even the slightest chance of a negotiated settlement of the dispute, as defined before the Court.

67. The Court would not have reached a conclusion so far removed from reality had it considered the question of “negotiations” not from the formalistic perspective it chose to adopt, but from the realistic point of view we believe it should have taken, in keeping with its earlier jurisprudence.

It should have asked itself whether, on the date the proceedings were instituted, there was still a reasonable possibility of negotiating a settlement of the dispute between Georgia and Russia over the application of CERD, and — secondarily — if that were the case, whether such a possibility still exists now. We believe that the answer to the first question is indisputably no — and that, therefore, there is no need to consider the second. Nothing more is required to satisfy the requirements of Article 22 in this respect.

68. Reference must be had to Georgia’s submissions to understand the exact substance of the dispute submitted to the Court (which is manifestly merely one of a number of disputes between Russia and Georgia, but the only one, whether or not the most significant, for which it has sought judicial settlement).

69. At the end of its Memorial, filed on 2 September 2009, Georgia contended — and this is the essence of its claims:

“that the Russian Federation, through its State organs, State agents and other persons and entities exercising governmental authority, and through the *de facto* governmental authorities in South Ossetia and Abkhazia and militias operating in those areas, is responsible for violations of Articles 2 (1) (a), 2 (1) (b), 2 (1) (d), 3 and 5 of the 1965 Convention by the following actions: (i) the ethnic cleansing of Georgians in South Ossetia; (ii) the frustration of the right of return of

Cela lui permet de conclure que la Géorgie n'a pas «tent[é] de négocier avec la Fédération de Russie au sujet de questions touchant la Convention» et que c'est pour cette raison que les deux Parties n'ont pas «entam[é] de négociations portant sur le respect par [la Russie] de ses obligations de fond au titre de la CIEDR» (arrêt, par. 182). Il n'y a donc pas lieu, selon l'arrêt, de se demander si les négociations «ont échoué, sont devenues inutiles ou ont abouti à une impasse», selon la formule du paragraphe 159, puisqu'elles n'ont même pas été entamées — et ce, en raison du comportement de la Géorgie qui n'a pas cherché à résoudre le différend par la négociation.

66. Selon nous, une telle conclusion — qui signifie que la Géorgie n'a pas, de son propre fait, épuisé les possibilités de règlement négocié avant de soumettre à la Cour son différend avec la Russie — est complètement irréaliste et heurte même la plus simple évidence. Car nul ne peut sérieusement penser qu'il eût été raisonnable d'exiger de la Géorgie qu'elle cherchât à régler son différend avec la Russie par des négociations au-delà du 12 août 2008 ; il n'est pas réaliste de croire qu'il subsistait, à cette dernière date, la moindre chance d'un règlement négocié du différend tel qu'il a été défini devant la Cour.

67. La Cour ne serait pas parvenue à une conclusion aussi éloignée de la réalité si elle avait posé la question des «négociations» non pas dans les termes formalistes qu'elle a retenus, mais selon l'approche réaliste qu'elle aurait dû à notre avis conserver dans la ligne de sa jurisprudence antérieure.

Elle aurait dû se demander si, à la date de l'introduction de l'instance, il existait encore une possibilité raisonnable de règlement négocié du différend entre la Géorgie et la Russie concernant l'application de la CIEDR, et — subsidiairement —, dans l'affirmative, si une telle possibilité subsiste à l'heure actuelle. Selon nous, la réponse à la première question est clairement négative — et il n'y a donc pas lieu d'examiner la seconde. Cela suffit à répondre aux exigences de l'article 22 sur ce point.

68. Il faut se référer aux conclusions de la Géorgie pour savoir exactement en quoi consiste le différend dont la Cour était saisie (et qui, à l'évidence, n'est que l'un de ceux qui l'oppose à la Russie, mais le seul, qu'il soit ou non le plus important, dont elle ait cherché le règlement judiciaire).

69. A la fin de son mémoire déposé le 2 septembre 2009, la Géorgie soutenait — et c'était là l'essentiel de ses prétentions :

«que la Fédération de Russie a, par l'intermédiaire de ses organes et agents et d'autres personnes ou entités exerçant une autorité gouvernementale, ainsi que par l'intermédiaire des autorités gouvernementales *de facto* d'Ossétie du Sud et d'Abkhazie et des milices opérant dans ces régions, violé les dispositions des alinéas *a)*, *b)* et *d)* du paragraphe 1 de l'article 2, de l'article 3 et de l'article 5 de la convention de 1965 par les actions suivantes : i) nettoyage ethnique à l'en-

Georgians to their homes in South Ossetia and Abkhazia; and (iii) the destruction of Georgian culture and identity in South Ossetia and Abkhazia” (quoted in paragraph 17 of the Judgment).

Accordingly, Georgia asserted that the Russian Federation was “under an obligation to cease all actions” outlined above; that Russia should “re-establish the situation that existed before its violations”, in particular “by taking prompt and effective measures to secure the return of the internally displaced Georgians to their homes in South Ossetia and Abkhazia”; and, finally, that Russia was under an obligation to provide compensation for the damage caused by its violations of the 1965 Convention.

70. Although Russia has not presented a defence on the merits, we know that it categorically rejects Georgia’s accusations against it based on CERD, in particular because it denies that the conduct of the provincial authorities of South Ossetia and Abkhazia, and of the groups acting in those provinces, is attributable to it, and contends that it has always acted with a view to maintaining peace and facilitating the resolution of disputes between those provincial authorities and the Georgian Government, and that, consequently, its international responsibility is not engaged as a result of the actions of the authorities in question.

Such are the terms, and such is the precise subject, of the dispute referred to the Court.

71. What is required is obviously not a decision ruling in any way whatsoever on the validity of those arguments. Whether the accusations made by Georgia are entirely true, false, or somewhere in-between, has no bearing on the Court’s jurisdiction to entertain them, nor in particular on the question whether the requirement of a prior attempt at negotiated settlement has or has not been satisfied.

72. On the other hand, due consideration must be given to the subject of the dispute in making a realistic assessment of the prospects for resolution through diplomatic negotiation.

In a case such as this, concerning the kind of dispute which rarely gives rise to a reconciliation of positions, the applicant should not be expected to make a formal offer to negotiate, or to suggest ways to a compromise. In our view, it is sufficient for the applicant clearly to make known the existence and tenor of its claims against the other party, thereby enabling the latter to express its position — in this connection, we dispute the stark distinction made in paragraph 157 of the Judgment between “protests” and attempts at “negotiation” — and for the other party to have made known unequivocally that it categorically rejects the essence of the asserted claims.

73. That is exactly what happened in this case.

Contrary to what is stated in the section of the Judgment relating to Russia’s first preliminary objection, the dispute between the Parties

contre des Géorgiens d'Ossétie du Sud ; ii) déni du droit de retour des Géorgiens en Ossétie du Sud et en Abkhazie ; et iii) destruction de la culture et de l'identité géorgiennes en Ossétie du Sud et en Abkhazie» (cité au paragraphe 17 de l'arrêt).

En conséquence, la Géorgie affirmait que la Fédération de Russie « a[vait] l'obligation de mettre un terme à toutes les actions » précédentes ; que la Russie devait « rétablir la situation qui prévalait avant la commission des violations » en cause, notamment « en prenant sans tarder des mesures efficaces pour faire en sorte que les Géorgiens déplacés dans leur propre pays puissent regagner leurs foyers en Ossétie du Sud et en Abkhazie » ; enfin, que la Russie avait l'obligation de réparer le préjudice causé par ses violations de la convention de 1965.

70. Bien que la Russie n'ait pas présenté de défense au fond, nous savons qu'elle conteste catégoriquement les accusations articulées contre elle par la Géorgie sur le fondement de la CIEDR, notamment parce qu'elle nie que le comportement des autorités provinciales d'Ossétie du Sud et d'Abkhazie, ainsi que des groupes qui agissent dans ces provinces, lui soit imputable, qu'elle affirme avoir toujours agi en vue de maintenir la paix et de faciliter la résolution des différends entre ces autorités provinciales et le Gouvernement géorgien, et que, en conséquence, sa responsabilité internationale n'est aucunement engagée du fait des actions accomplies par les autorités en cause.

Tels sont les termes, tel est précisément l'objet, du différend dont la Cour a été saisie.

71. Il ne s'agit évidemment pas de se prononcer si peu que ce soit sur le bien-fondé des thèses en présence. Que les accusations formulées par la Géorgie soient entièrement fondées, qu'elles ne le soient pas du tout ou que la vérité soit entre les deux, est sans aucune incidence sur la compétence de la Cour pour en connaître, et notamment sur la question de savoir si la condition de tentative préalable de règlement négocié est remplie ou non.

72. En revanche, il y a lieu de tenir dûment compte de l'objet du différend pour porter une appréciation réaliste sur les chances de son règlement éventuel par la voie de la négociation diplomatique.

Dans une hypothèse telle que celle de l'espèce, qui concerne un différend du genre de ceux qui ne donnent guère prise au rapprochement des points de vue, on ne saurait attendre du demandeur qu'il fasse une offre formelle de négociation ou suggère les voies d'une solution de compromis. Il suffit, selon nous, qu'il fasse clairement connaître l'existence et le sens de ses griefs à l'autre partie, la mettant ainsi à même de se prononcer — dans cette mesure, nous récusons la distinction tranchée que fait l'arrêt en son paragraphe 157 entre « protestation » et tentative de « négociation » —, et que la partie ainsi mise en cause ait fait savoir sans équivoque qu'elle rejette catégoriquement, dans leur essence même, les griefs ainsi formulés.

73. C'est exactement ce qui s'est produit en l'espèce.

Contrairement à ce qu'affirme l'arrêt dans sa partie relative à la première exception préliminaire de la Russie, le différend entre les Parties

did not first appear three days before the seisin of the Court, i.e., on 9 August 2008.

Georgia had long accused Russia of being responsible, by action or omission, for the ethnic cleansing it alleges was committed against Georgian citizens in Abkhazia and South Ossetia.

74. We can go at least as far back as the exchange of letters between President Saakashvili, of Georgia, and President Putin, of the Russian Federation, in July and August 2004. In his letter, the Georgian President plainly called into question the “impartiality of Russian peacekeeping forces” when carrying out their mission, in connection with armed attacks carried out by illegal units acting under the auspices of the *de facto* authorities of South Ossetia against villages with populations of Georgian origin. In his response, President Putin used the term “regrettable” to describe what he called “[t]he propaganda launched by Tbilisi[,] the main target of which in the beginning was the Russian Peacekeeping Force and then Russia itself” (documents annexed to Georgia’s Memorial, Vol. V, Anns. 309 and 310).

75. At a meeting held by the United Nations Security Council on 26 January 2006, Georgia’s accusations against Russia were made yet more explicit and more precise. Georgia’s representative, the Special Envoy of the President of Georgia, criticized Russia for having “decided to disassociate itself from supporting the basic principle . . . of territorial integrity of Georgia within its internationally recognized borders”, adding that: “[r]enouncement of the principle of determining the status of Abkhazia within the State of Georgia does mean . . . endorsement of ethnic cleansing of more than 300,000 citizens of Georgia” (this statement is quoted in paragraph 84 of the Judgment).

76. On 24 July 2006, the Permanent Representative of Georgia transmitted to the Security Council the text of a resolution adopted by the Georgian Parliament on the 18th of that month; in it the Parliament challenged the actions of Russian peacekeeping forces in the following terms:

“Instead of demilitarization, the drastic increase of military potential of those armed forces [militia forces taking action against citizens of Georgian origin] under subordination of *de facto* authorities of Abkhazia and the former Autonomous District of South Ossetia . . . , permanent attempts to legalize the results of ethnic cleansing the fact of which had been repeatedly recognized by the international community, massive violation of fundamental human rights . . . — *this is a reality brought about as a result of peacekeeping operations.*” (Quoted in paragraph 86 of the Judgment; our emphasis.)

77. Reacting to that document, the Permanent Representative of Russia to the United Nations by letter of 19 July 2006 transmitted to the Secretary-General a statement of the same date from his country’s Ministry of Foreign Affairs, in which it is stated:

n'est pas apparu pour la première fois trois jours avant la saisine de la Cour, soit le 9 août 2008.

La Géorgie a reproché de longue date à la Russie d'être responsable, par action ou omission, du nettoyage ethnique commis, selon elle, à l'encontre de citoyens géorgiens en Abkhazie et en Ossétie du Sud.

74. On peut au moins remonter à l'échange de lettres entre les présidents Saakachvili, de la Géorgie, et Poutine, de la Fédération de Russie, de juillet et août 2004. Dans sa lettre, le président géorgien mettait explicitement en doute l'«impartialité des forces russes de maintien de la paix» dans l'exercice de leur mission, et ce à propos des attaques armées conduites par des unités illégales agissant sous l'égide des autorités de fait d'Ossétie du Sud contre des villages habités par une population d'origine géorgienne. Dans sa réponse, le président Poutine a qualifié de «regrettable» ce qu'il a appelé «la propagande lancée par Tbilissi, dont la cible principale était initialement la force russe de maintien de la paix et ensuite la Russie elle-même» (documents produits en annexe du mémoire de la Géorgie, vol. V, annexes 309 et 310).

75. Lors de la séance tenue par le Conseil de sécurité des Nations Unies le 26 janvier 2006, les accusations de la Géorgie à l'encontre de la Russie se sont faites plus explicites encore et plus précises. Le représentant de la Géorgie, envoyé spécial du président de cet Etat, a reproché à la Russie d'avoir «décidé de cesser de soutenir le principe fondamental ... de l'intégrité territoriale de la Géorgie à l'intérieur de ses frontières internationalement reconnues», ajoutant que : «[r]enoncer au principe de la détermination du statut de l'Abkhazie au sein de la Géorgie équivaut bel et bien ... à cautionner le nettoyage ethnique de plus de trois cent mille citoyens géorgiens» (cette déclaration est citée au paragraphe 84 de l'arrêt).

76. Le 24 juillet 2006, le représentant permanent de la Géorgie a transmis au Conseil de sécurité le texte d'une résolution adoptée par le Parlement géorgien le 18 du même mois, et dans laquelle cette assemblée mettait en cause l'action de forces russes de maintien de la paix dans les termes suivants :

« Au lieu d'être démilitarisées, ces forces armées [il s'agit des milices agissant contre les citoyens d'origine géorgienne], subordonnées de fait aux autorités d'Abkhazie et de l'ancien district autonome d'Ossétie du Sud, ont augmenté considérablement leur potentiel militaire ... on constate des tentatives permanentes de chercher à légaliser les résultats du nettoyage ethnique reconnu comme tel à plusieurs reprises par la communauté internationale, et on assiste à des violations massives des droits de l'homme fondamentaux... *Tel est le résultat des opérations de maintien de la paix.* » (Cité au paragraphe 86 de l'arrêt; les italiques sont de nous.)

77. Réagissant à ce document, le représentant permanent de la Russie aux Nations Unies, dans une lettre du 19 juillet 2006, transmettait au Secrétaire général une déclaration du même jour du ministère des affaires étrangères de son pays, dans laquelle on peut lire ce qui suit :

“During the discussion of the draft decision [the draft resolution of the Georgian Parliament], some deputies went so far as to say that, unless those conditions were accepted, the Russian peacekeepers would be declared unlawful and treated as occupying forces. The decision falsely claims that the actions of the Russian peacekeepers in Abkhazia and South Ossetia present one of the main obstacles to peaceful settlement of the conflicts.

The Russian Federation regards the decision as a provocative step . . . The accusations that the decision makes against the Russian Federation constitute a disgraceful attempt to shift the blame to others.” (Documents annexed to Georgia’s Written Statement, Vol. III, Ann. 81.)

78. Several other statements from official Georgian representatives, made between 2006 and 2008 and accusing Russia of complicity in ethnic cleansing, are cited in the section of the Judgment dealing with the first preliminary objection.

One illustration is a statement made by Georgia’s Permanent Representative to the United Nations at a press conference held on 3 October 2006, according to which:

“It is crystal clear, that the Russian peacekeeping force is not an impartial, nor international [contingent]. It failed to carry out the main responsibilities spelled out in its mandate — create [a] favorable security environment for the return of ethnically cleansed hundreds of thousands of Georgian citizens. It became the force that works to artificially alienate the sides from one another.” (Judgment, para. 92.)

Another illustration is an address made by the President of Georgia to the United Nations General Assembly on 26 September 2007, in which he stated: “The story of Abkhazia . . . is . . . one of the more abhorrent, horrible and yet forgotten ethnic cleansings of the twentieth century. In the time since Russian peacekeepers were deployed there, more than 2,000 Georgians have perished and a climate of fear has persisted.” (*Ibid.*, para. 94.)

Similarly, a statement made in December 2006 by the Georgian Minister for Foreign Affairs expressly accuses Russia of offering “an open support and armaments to the separatist régimes widely known to have conducted an ethnic cleansing of Georgians” (this statement is mentioned in paragraph 93); a press release from the same Ministry, on 19 April 2008, refers to the “*de facto* annexation of Georgia’s integral parts . . . and neglect of human rights of an absolute majority of the regions’ population — victims of ethnic cleansing” (*ibid.*, para. 97); and yet another press release from that Ministry, dated 17 July 2008, claims that Moscow’s true design is “to legalize results of the ethnic cleansing . . . conducted through Russian citizens” (*ibid.*, para. 104).

«Durant l'examen du projet de décision [il s'agit du projet de résolution du Parlement géorgien], certains députés ont déclaré que, dans le cas où les mesures susmentionnées ne seraient pas suivies d'effets, les contingents de paix russes devraient être déclarés hors la loi et considérés comme des troupes d'occupation. Le texte de la décision affirme à tort que les activités de ces contingents en Abkhazie et en Ossétie du Sud constituent l'un des principaux obstacles au règlement pacifique des conflits.

La Fédération de Russie considère cette décision comme une provocation... Les accusations qu'elle comporte à l'encontre de la Russie traduisent une manœuvre indigne ayant pour but de rejeter la faute sur autrui.» (Documents produits en annexe aux observations écrites de la Géorgie, vol. III, annexe 81.)

78. Plusieurs autres déclarations émanant de représentants officiels de la Géorgie, faites entre 2006 et 2008, et accusant la Russie de complicité dans le nettoyage ethnique, sont citées dans la partie de l'arrêt qui répond à la première exception préliminaire.

Il en va ainsi de la déclaration du représentant permanent de la Géorgie aux Nations Unies, faite lors d'une conférence de presse tenue le 3 octobre 2006, et aux termes de laquelle :

«Il est tout à fait clair que la force russe de maintien de la paix n'est ni impartiale, ni internationale. Elle s'est montrée incapable de mener à bien les principales tâches définies dans son mandat — créer des conditions de sécurité favorables au retour de centaines de milliers de ressortissants géorgiens victimes du nettoyage ethnique. Elle est devenue la force qui s'emploie à dresser artificiellement les parties les unes contre les autres.» (Arrêt, par. 92.)

Il en va de même de l'allocution prononcée par le président de la Géorgie devant l'Assemblée générale des Nations Unies le 26 septembre 2007, aux termes de laquelle : «L'histoire de l'Abkhazie ... constitue l'un des nettoyages ethniques les plus terrifiants du XX^e siècle, et pourtant oublié. Depuis que les soldats de la paix russes ont été déployés, plus de 2000 Géorgiens ont péri, et c'est un climat de peur qui y règne.» (*Ibid.*, par. 94.)

De même, une déclaration faite en décembre 2006 par le ministère géorgien des affaires étrangères accuse explicitement la Russie de fournir «un soutien sans restriction et des armements aux régimes séparatistes dont il est de notoriété publique qu'ils ont procédé à un nettoyage ethnique des Géorgiens» (mentionnée au paragraphe 93 de l'arrêt); un communiqué de presse, émanant du même ministère le 19 avril 2008, mentionne «l'annexion *de facto* de régions ... qui font partie intégrante de la Géorgie et le mépris des droits de l'homme d'une grande majorité de la population de ces régions, victimes d'un nettoyage ethnique» (*ibid.*, par. 97); ou encore un communiqué de presse du même ministère, du 17 juillet 2008, prétend que la véritable intention de Moscou est de «consacrer juridiquement les conséquences du nettoyage ethnique perpétré par des citoyens russes» (*ibid.*, par. 104).

79. Those various documents and statements are not disregarded by the Judgment. They are considered in the section relating to the first preliminary objection, with a view to establishing whether a dispute existed between the Parties and, if so, from what date. Each one is dismissed as immaterial for the purposes of the case on one of the following grounds: although the document or statement in question makes charges against Russia, those charges do not relate to conduct falling *ratione materiae* under CERD; although the document alleges the commission of acts of ethnic discrimination, Russia is not expressly accused of them; or the claims relate to acts of ethnic cleansing committed in the early 1990s, before CERD entered into force between the Parties.

80. Despite the insistence with which the Court rejects each of those documents, we do not think that its reasoning withstands careful scrutiny.

It is true that the statements and documents in question do not make explicit reference to CERD. However, it is accepted, in reliance on the Court's jurisprudence, in the Judgment that "[c]oncerning the substance of negotiations, . . . the absence of an express reference to the treaty in question does not bar the invocation of the compromissory clause" (Judgment, para. 161). Therefore, it is simply a question of establishing whether the documents in question refer in substance to racial discrimination or, more generally, to questions capable of being covered *ratione materiae* by CERD. In this respect, it is surprising to see the Court dismiss the numerous statements in which the Georgian authorities, well before 9 August 2008, accused Russia of encouraging ethnic cleansing or attempting to "legalize" the results of ethnic cleansing, on the grounds that those statements are unrelated to CERD, or that they do not contain any allegations of racial discrimination aimed at Russia.

81. Of particular significance in this respect is the way two statements from the Georgian Ministry of Foreign Affairs are treated in the Judgment.

The first is that of 22 December 2006, which, as stated above, accuses Russia of offering "an open support and armaments to the separatist régimes widely known to have conducted an ethnic cleansing of Georgians". Without quoting it, the Judgment refers to that statement (*ibid.*, para. 93), but immediately states that, in the Court's opinion, it refers to events which took place in the early 1990s, thus prior to Georgia's accession to CERD. However, there is nothing in the statement from which it may be concluded that the conduct complained of, i.e., Russia's alleged support of authorities carrying out acts of ethnic cleansing, occurred before 1999. That is simply a consequence of the Court's very liberal interpretation.

The second statement is that of 17 July 2008, in the form of a press release, whereby the Georgian Ministry of Foreign Affairs asserted that Moscow's true design was to "to legalize results of the ethnic cleansing

79. Ces différents documents et déclarations ne sont pas ignorés par l'arrêt. Celui-ci les examine dans sa partie relative à la première exception préliminaire, c'est-à-dire en vue de rechercher si, et dans l'affirmative à partir de quelle date, il existait un différend entre les Parties. Chacun d'entre eux est écarté comme dépourvu de pertinence pour les besoins de l'affaire, au motif que le document ou la déclaration en cause accuse la Russie, mais sans que cette accusation soit relative à un comportement entrant, *ratione materiae*, dans le champ de la CIEDR, ou au motif que le document en cause allègue bien des actes de discrimination ethnique, mais sans en accuser expressément la Russie, ou encore que les griefs exprimés se rapportent à des actes de nettoyage ethnique commis au début des années 1990, soit avant l'entrée en vigueur de la CIEDR entre les Parties.

80. Malgré l'insistance que met la Cour à écarter chacun de ces documents, son analyse, selon nous, ne résiste guère à un examen sérieux.

Les déclarations et documents en cause ne comportent certes aucune référence explicite à la CIEDR. Mais l'arrêt admet, en se référant à la jurisprudence antérieure de la Cour, que, «[s]'agissant du fond des négociations ... l'absence de référence expresse à l'instrument pertinent n'interdit[t] pas d'en invoquer la clause compromissoire» (arrêt, par. 161). Dès lors, la question est seulement de savoir si les documents en cause se réfèrent en substance à la discrimination raciale ou, plus généralement, à des questions susceptibles d'entrer dans le champ *ratione materiae* de la CIEDR. A cet égard, on ne peut qu'être étonné de voir la Cour écarter, comme dépourvues de lien avec la CIEDR ou ne contenant aucune allégation de discrimination raciale visant la Russie, les nombreuses déclarations par lesquelles les autorités géorgiennes ont accusé la Russie, bien avant le 9 août 2008, de favoriser le nettoyage ethnique, ou de chercher à en «légaliser» les conséquences.

81. Particulièrement significatif, à cet égard, est le traitement que l'arrêt réserve à deux déclarations émanant du ministère géorgien des affaires étrangères.

La première est celle du 22 décembre 2006 qui, comme il a été dit plus haut, accuse la Russie de fournir «un soutien sans restriction et des armements aux régimes séparatistes dont il est de notoriété publique qu'ils ont procédé à un nettoyage ethnique des Géorgiens». Sans la citer, l'arrêt mentionne cette déclaration (*ibid.*, par. 93), mais pour ajouter aussitôt que, selon la Cour, elle se réfère aux événements qui se sont déroulés au début des années 1990, donc à une date antérieure à l'adhésion de la Géorgie à la CIEDR. Pourtant, rien dans la déclaration en cause ne permet de considérer que les comportements incriminés, à savoir l'aide alléguée de la Russie à des autorités qui se sont livrées à des actes de nettoyage ethnique, seraient antérieurs à 1999. Cela ne résulte que de la très libre interprétation qu'en fait la Cour.

La seconde déclaration est celle du 17 juillet 2008, sous forme de communiqué de presse, par laquelle le même ministère des affaires étrangères affirmait que le véritable objectif de Moscou était de «consacrer juridi-

instigated by itself and conducted through Russian citizens in order to make easier annexation of the integral part of Georgia's internationally recognized territory".

Unlike the earlier statement, this one is quoted in the Judgment (para. 104). However, it is subject to a surprising interpretation by the Court, according to which: "the reference to ethnic cleansing may . . . be read as relating to the events of the early 1990s", and "the principal theme of the press release . . . is . . . the concern of Georgia in relation to the status of . . . [its] territorial integrity", so that, ultimately, that statement "raised the issue of the proper fulfilment of the mandate of the . . . peacekeeping force, and not the Russian Federation's compliance with its obligations under CERD".

Once again, we are struck by the Court's very loose treatment of the text that it is called upon to explain. There is nothing in the statement in question to justify limiting its subject to events which took place in the early 1990s. Supposing that the allegation of "ethnic cleansing" did relate to acts committed over 15 years before the statement was made — and there is no evidence to back up a firm conclusion to this effect — it is in any case indisputable that the charge of attempting "to legalize results of the ethnic cleansing" could only refer to Russia's (alleged) conduct at the very time when the statement was made. Moreover, the fact that the statement questions Russia's fulfilment of the mandate of the peacekeeping forces in no way precludes it from also addressing in substance the breach of obligations under CERD, and it clearly does so when it refers to the goal of "legaliz[ing] results of the ethnic cleansing instigated by itself and conducted through Russian citizens".

82. Faced with these repeated accusations, Russia has maintained an immutable position. It has always denied any responsibility for acts of ethnic cleansing, and has asserted that its armed forces acted with impartiality, as peacekeeping forces, in the interest of maintaining peace and security in the region. If there were any acts of ethnic cleansing and racial discrimination, they were carried out by the local authorities and certain groups in South Ossetia and Abkhazia, not by persons acting on behalf of the Russian Federation. The conflict in this respect is between Georgia and the two provinces, not Georgia and Russia.

83. That unwavering stance was amply confirmed by the oral statements of Russia's representatives before the Court. By denying the existence of a dispute between itself and Georgia concerning the interpretation or application of CERD, Russia sought in particular to stress that the acts of ethnic cleansing and racial discrimination, were they committed, had been carried out by individuals whose conduct was not attributable to it, whether directly or indirectly. This shows that Russia firmly rejects, and has always firmly rejected, Georgia's accusations.

quement les conséquences du nettoyage ethnique perpétré par des citoyens russes à l'instigation de leur gouvernement afin de faciliter l'annexion d'une partie intégrante du territoire internationalement reconnu de la Géorgie».

A la différence de la précédente, cette déclaration est bel et bien reproduite dans l'arrêt (par. 104). Mais la Cour en fait ensuite une lecture étonnante. Selon elle, «la référence au nettoyage ethnique peut ... être considérée comme ayant trait aux événements du début des années 1990», par ailleurs «le thème principal [de la déclaration] était la préoccupation de la Géorgie à propos ... de [son] intégrité territoriale», de telle sorte que, en définitive, ladite déclaration «soulevait ... la question de la bonne exécution du mandat de la force de maintien de la paix ... et non celle du respect par la Fédération de Russie de ses obligations au titre de la CIEDR».

Là encore, on est frappé par la grande liberté que prend la Cour avec le texte qu'elle est supposée commenter. Rien dans la déclaration en cause ne permet de limiter son objet à des événements survenus au début des années 1990. A supposer que l'allégation de «nettoyage ethnique» se réfère à des faits commis plus de quinze ans avant la déclaration — ce que rien ne permet d'affirmer avec certitude —, il est certain, en tout cas, que l'accusation de chercher à «consacrer juridiquement les conséquences du nettoyage ethnique» ne peut se référer qu'au comportement (allégué) de la Russie au moment même où la déclaration est faite. En outre, le fait que la même déclaration mette en cause la bonne exécution par la Russie du mandat de la force de maintien de la paix, ce qui est exact, n'empêche nullement qu'elle puisse se rapporter aussi, en substance, au non-respect d'obligations résultant de la CIEDR, et c'est clairement le cas lorsqu'elle mentionne une volonté de «consacrer juridiquement les conséquences du nettoyage ethnique perpétré par des citoyens russes à l'instigation de leur gouvernement».

82. Face à ces accusations répétées, la position de la Russie n'a jamais varié. Elle a toujours consisté à nier toute responsabilité dans des actes de nettoyage ethnique, et à affirmer que ses forces armées se comportaient de manière impartiale, en tant que forces d'interposition, dans l'intérêt du maintien de la paix et de la sécurité dans la région. S'il y a eu des comportements relevant du nettoyage ethnique et de la discrimination raciale, ils ont été le fait des autorités locales et de certains groupes en Ossétie du Sud et en Abkhazie, et non de personnes agissant pour le compte de la Fédération de Russie. Le conflit, à cet égard, oppose la Géorgie aux deux provinces en question, non la Géorgie à la Russie.

83. Cette position constante a été largement confirmée par les plaidoiries devant la Cour des représentants de la Russie. En niant l'existence d'un différend entre elle-même et la Géorgie relativement à l'interprétation ou à l'application de la CIEDR, la Russie a surtout entendu souligner que les actes de nettoyage ethnique et de discrimination raciale, pour autant qu'il en ait été commis, ont été le fait de personnes dont la conduite ne lui était en rien attribuable, pas plus directement qu'indirectement. Cela démontre que la Russie rejette radicalement, et a toujours ainsi rejeté, les accusations formulées par la Géorgie.

84. Accordingly, our conclusion is simple: on the date the Application was filed, it was clearly established that there was no reasonable possibility of a negotiated settlement of the dispute as it was presented to the Court, and the condition in Article 22, if one exists, had been met.

85. Before concluding, we feel it necessary to reiterate that our analysis does not imply any position on the merits. At this stage, the question for the Court was not whether Georgia's grievances were valid, or whether Russia was justified in simply rejecting them, as it has done so categorically. It may be that Georgia's allegations against the Russian Federation are completely unfounded; it may therefore be that Russia is right in dismissing them wholesale and refusing to enter into negotiations over artificial claims which, in its opinion, do not warrant negotiations. But that involves the merits of the case. Justified or not, Russia's dismissal of Georgia's accusations created the necessary conditions for the Court to be able to entertain the dispute. To recall the Judgment in the *South West Africa* cases (see paragraph 61 above), "[s]o long as both sides remain adamant, . . . there is no reason to think that the dispute can be settled by . . . negotiations between the Parties" (*South West Africa (Ethiopia v. South Africa; Liberia v. South Africa)*, *Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 1962*, p. 346).

GENERAL CONCLUSION

86. By means of this Judgment, the Court declares that it has no jurisdiction to adjudicate a case in which, less than three years ago, it ordered the Parties to comply with a number of provisional measures, after finding prima facie that it had jurisdiction to entertain the dispute. Of course, after full argument on jurisdiction, the Court is perfectly entitled to reach a different conclusion from the one it reached prima facie, based on the more limited arguments of the parties, at the provisional measures stage. However, it is nonetheless regrettable whenever the Court renders a decision that is legally binding on the parties and, ultimately, it finds that it does not have jurisdiction to entertain the case; therefore, the Court may legitimately be expected to avoid placing itself in that awkward position except where, after the proceedings on the preliminary objections, it uncovers sound reasons, previously not taken into account, compelling it to decline jurisdiction. The least that can be said is that the Judgment has not convincingly shown the Court to have been in such a situation; far from it.

In addition, this is the first time that the Court has declined jurisdiction solely on the ground that the applicant, before coming to the Court, did not undertake sufficient efforts to resolve the dispute by means of negotiation with the respondent. Hitherto, in a wide range of cases involving

84. Dans ces conditions, notre conclusion est simple : à la date d'introduction de la requête, il était clairement établi qu'il n'existait aucune possibilité raisonnable de règlement négocié du différend tel que présenté à la Cour, et la condition exigée par l'article 22, si c'en est une, était remplie.

85. Avant de conclure, nous croyons devoir encore insister sur le fait que notre analyse n'implique aucune prise de position sur le fond. Au stade actuel, la question n'était pas pour la Cour de décider si les griefs de la Géorgie sont fondés ou non, et si la Russie a raison de les rejeter purement et simplement, comme elle le fait, de manière catégorique. Il se peut que les reproches adressés par la Géorgie à la Fédération de Russie soient totalement infondés ; il se peut donc que la Russie ait raison de les rejeter en bloc, et de refuser d'entrer dans une négociation portant sur des griefs artificiels sur lesquels, de son point de vue, il n'y a pas lieu de négocier. Mais cela concerne le fond de l'affaire. Justifiée ou non, la fin de non-recevoir opposée par la Russie aux accusations de la Géorgie créait les conditions nécessaires pour que la Cour puisse connaître du différend. Pour paraphraser l'arrêt rendu en l'affaire du *Sud-Ouest africain* (voir paragraphe 61 ci-dessus), «[t]ant que l'on demeure inébranlable de part et d'autre ... il n'y a aucune raison qui permette de penser que le différend soit susceptible d'être réglé par de[s] ... négociations entre les Parties» (*Sud-Ouest africain (Ethiopie c. Afrique du Sud; Libéria c. Afrique du Sud)*, exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1962, p. 346).

CONCLUSION GÉNÉRALE

86. Par l'arrêt qu'elle rend, la Cour se déclare incompétente pour connaître d'une affaire dans laquelle elle a, il y a moins de trois ans, ordonné aux Parties de se conformer à certaines mesures à titre conservatoire, après avoir estimé qu'elle avait, *prima facie*, compétence pour connaître du différend. Elle a certes parfaitement le droit de parvenir, après un débat approfondi sur la compétence, à une conclusion différente de celle à laquelle elle était parvenue *prima facie* au stade des mesures conservatoires, au terme d'un débat nécessairement plus sommaire. Mais, comme il est néanmoins toujours fâcheux que la Cour ait rendu une décision juridiquement contraignante pour les parties dans une affaire dont elle constate, *in fine*, qu'elle n'a pas compétence pour en connaître, on pourrait légitimement s'attendre à ce qu'elle ne se place dans cette position inconfortable que lorsqu'elle découvre, à la suite du débat sur les exceptions préliminaires, de solides raisons qui lui avaient échappé dans un premier temps, la contraignant à décliner sa compétence. Le moins que l'on puisse dire, c'est que l'arrêt ne démontre pas de façon convaincante que la Cour se trouvait dans une telle situation, il s'en faut de beaucoup.

De même, la Cour décline pour la première fois sa compétence pour la seule raison que le demandeur n'a pas suffisamment tenté de régler le différend par la voie de négociations avec le défendeur avant de venir devant le juge. Elle avait presque toujours rejeté auparavant une telle

factual circumstances different from one to the next, the Court has almost always rejected such an objection, and has never upheld such an objection on its own. Given the subject of this dispute and the circumstances of the case, it is difficult to understand why the Court has found this to be the occasion to be so exacting. In reality, the explanation is that the Court has not applied its usual criteria in this instance.

87. We believe that the second preliminary objection should have been rejected like the first. Further, Russia abandoned its third objection (the objection to the Court's jurisdiction *ratione loci*) as a preliminary objection during the oral proceedings, recognizing itself that the objection was not of an exclusively preliminary character and did not, therefore, need to be considered at that stage. Finally, the fourth preliminary objection (the objection to the Court's jurisdiction *ratione temporis*) was actually of no practical significance, since the Applicant's claims related to events occurring after 2 July 1999, when CERD entered into force between the Parties.

88. That is why, in our view, the Court should have affirmed its jurisdiction to entertain the case, and we regret that it decided to do otherwise.

(Signed) Hisashi OWADA.

(Signed) Bruno SIMMA.

(Signed) Ronny ABRAHAM.

(Signed) Joan DONOGHUE.

(Signed) Giorgio GAJA.

exception, et ne l'avait jamais accueillie seule, dans des affaires très différentes les unes des autres quant aux circonstances de fait. Eu égard à l'objet de ce différend et aux circonstances de l'espèce, il est bien difficile de comprendre comment la Cour a pu trouver dans la présente affaire l'occasion appropriée de faire preuve d'une semblable rigueur. En réalité, l'explication est qu'elle n'a pas appliqué ici ses critères habituels.

87. Nous sommes d'avis que la deuxième exception préliminaire aurait dû être rejetée tout comme la première. Par ailleurs, la Russie n'a pas maintenu lors de la procédure orale sa troisième exception (exception d'incompétence *ratione loci*) en tant qu'exception préliminaire, puisqu'elle a elle-même soutenu qu'elle ne présentait pas un caractère exclusivement préliminaire et n'avait donc pas à être examinée à ce stade. Enfin, la quatrième exception préliminaire (exception d'incompétence *ratione temporis*) était en réalité dépourvue d'objet, les griefs articulés par la demanderesse étant relatifs à des faits survenus après le 2 juillet 1999, date d'entrée en vigueur de la CIEDR entre les Parties.

88. C'est pourquoi, à notre avis, la Cour aurait dû affirmer sa compétence pour connaître de l'affaire, et nous regrettons qu'elle en ait décidé autrement.

(Signé) Hisashi OWADA.

(Signé) Bruno SIMMA.

(Signé) Ronny ABRAHAM.

(Signé) Joan DONOGHUE.

(Signé) Giorgio GAJA.