

OPINION DISSIDENTE COMMUNE DE M. LE JUGE OWADA,  
PRÉSIDENT, ET DE MM. LES JUGES SIMMA  
ET ABRAHAM, M<sup>me</sup> 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 dérogoire 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

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. 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.

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

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

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

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-

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-

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

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*

*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

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-

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 compromissaire 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.

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

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

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<sup>e</sup> 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[tait] 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. 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

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

«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

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).

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-

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

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 :

«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<sup>e</sup> 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. 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-

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. 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

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.