

OPINION INDIVIDUELLE DE M. LE JUGE GREENWOOD

[Traduction]

Compétence de la Cour — Traitement des questions de compétence au stade des mesures conservatoires — Incidence sur la marche à suivre par la Cour aux stades ultérieurs de la procédure — Question soumise à la Cour limitée à l'article 22 de la CIEDR — Respect des prescriptions de l'article 22 de la CIEDR: une question de fond et non de forme — Notion de différend — Rapport entre le différend touchant l'interprétation et l'application de la CIEDR et le différend plus large opposant les Parties — Question de savoir si l'article 22 de la CIEDR impose une condition préalable devant être remplie avant toute saisine de la Cour.

1. J'ai voté en faveur du dispositif de l'arrêt et souscrit pour l'essentiel au raisonnement de la Cour. Dans cette opinion individuelle, je tiens simplement à ajouter quelques observations.

2. Premièrement, je ne pense pas que l'ordonnance en indication de mesures conservatoires que la Cour a rendue en 2008 dictait la marche à suivre en la présente étape de la procédure. Lorsque la Géorgie a demandé l'indication de mesures conservatoires, la Cour, conformément à une pratique établie de longue date, s'est demandé si «les dispositions invoquées par le demandeur sembl[aient] *prima facie* constituer une base sur laquelle sa compétence pourrait être fondée» (*C.I.J. Recueil 2008*, p. 377, par. 85). Si elle a conclu (*ibid.*, p. 388, par. 117) que cette condition était remplie, la Cour, ainsi qu'elle le rappelle au paragraphe 129 de l'arrêt, n'en a pas moins précisé que la décision rendue en cette procédure «ne préjug[ait] en rien la question de [s]a compétence ... pour connaître du fond de l'affaire» (*ibid.*, p. 397, par. 148). Les demandes en indication de mesures conservatoires sont examinées par priorité conformément aux prescriptions de l'article 74 du Règlement, ce qui exclut la possibilité de se livrer à l'examen de nombreux éléments de preuve ou à l'analyse détaillée de questions juridiques qui pourront être entrepris dans la suite de la procédure. Le seuil de compétence que doit faire valoir le demandeur a donc été placé relativement bas, et toute décision rendue par la Cour au stade des mesures conservatoires — quant aux faits ou quant au droit — est nécessairement provisoire.

3. Aussi est-il arrivé que, au terme d'une analyse détaillée des exceptions soulevées, la Cour se déclare incompétente pour connaître d'une affaire après avoir estimé, au stade des mesures conservatoires de cette même affaire, qu'il semblait *prima facie* exister une base sur laquelle sa compétence pourrait être fondée. Telle est la conclusion à laquelle elle est parvenue dans la première affaire ayant donné lieu à des mesures conservatoires (*Anglo-Iranian Oil Co. (Royaume-Uni c. Iran)*, exception préliminaire, arrêt, *C.I.J. Recueil 1952*, p. 93, à comparer avec l'ordonnance

rendue le 5 juillet 1951, *C.I.J. Recueil 1951*, p. 89) et, plus récemment, dans l'affaire relative à la *Demande en interprétation de l'arrêt du 31 mars 2004 en l'affaire Avena et autres ressortissants mexicains* (Mexique c. Etats-Unis d'Amérique) (*Mexique c. Etats-Unis d'Amérique*) (arrêt, *C.I.J. Recueil 2009*, p. 3), où, une fois la cause entendue, elle a adopté une position différente de celle à laquelle elle avait abouti *prima facie* dans l'ordonnance rendue en la même instance le 16 juillet 2008 (*C.I.J. Recueil 2008*, p. 311).

4. Preuve s'il en est de l'incidence limitée de toute décision rendue au stade des mesures conservatoires quant à la compétence, un demandeur qui n'est pas parvenu à convaincre, à ce stade, que les bases de compétence qu'il invoque pourraient, ne serait-ce que *prima facie*, fonder la compétence de la Cour n'est pas pour autant empêché de soutenir, dans la suite de l'instance, que ces mêmes bases autorisent bel et bien la Cour à connaître de l'affaire. C'est, par exemple, ce qu'a fait la République démocratique du Congo en l'affaire 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. 6), alors même que la Cour avait rejeté son argument selon lequel les bases invoquées satisfaisaient aux conditions requises en matière d'établissement de la compétence *prima facie* (voir *Activités armées sur le territoire du Congo (nouvelle requête: 2002)* (*République démocratique du Congo c. Rwanda*), *mesures conservatoires, ordonnance du 10 juillet 2002*, *C.I.J. Recueil 2002*, p. 219). Si, dans son arrêt de 2006, la Cour n'a pas retenu les conclusions de la RDC, elle n'en a pas moins réexaminé des questions telles que celles de savoir si la réserve du Rwanda à l'article IX de la convention sur le génocide était contraire à l'objet et au but de la convention (arrêt, p. 29-33, par. 56-70), sans aucunement donner à entendre qu'elle était tenue par l'analyse qu'elle en avait faite *prima facie* (ordonnance, p. 245-246, par. 69-72).

5. Selon moi, le fait que la Cour a considéré en 2008, d'après les éléments de preuve et moyens juridiques limités qui pouvaient alors lui être soumis, que l'article 22 de la convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (ci-après la «CIEDR») *pourrait* constituer une base de compétence ne devrait avoir aucune incidence sur la réponse apportée, après examen approfondi de tous les éléments de preuve et moyens juridiques qui lui ont été présentés, à la question de savoir si, en définitive, cette disposition lui confère bien compétence.

6. Deuxièmement, il importe d'être au clair sur la nature exacte de la question de compétence en la présente affaire. L'enjeu n'est nullement de savoir s'il existe une obligation générale faite aux Etats d'entreprendre des négociations avant de porter une affaire devant la Cour, mais est de déterminer s'il a été satisfait aux prescriptions spécifiques de l'article 22 de la CIEDR. En l'affaire de la *Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria* (*Cameroun c. Nigéria*), la Cour a succinctement expliqué cette distinction en indiquant que, d'une part :

«[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. Un tel préalable n'avait pas été incorporé dans le Statut de la Cour permanente de Justice internationale, contrairement à ce qu'avait proposé le Comité consultatif de juristes en 1920 (Comité consultatif de juristes, *Procès-verbaux des séances du Comité (16 juin-24 juillet 1920) avec annexes*, p. 679, 725-726). Il ne figure pas davantage à l'article 36 du Statut de la présente Cour» (*exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1998*, p. 303, par. 56),

mais que, d'autre part, «[u]n préalable de ce type p[ouvait] être incorporé et [était] souvent inséré dans les clauses compromissaires figurant dans les traités» (*ibid.*). En la présente espèce, la question est précisément de savoir si l'article 22, seule clause compromissoire invoquée par la Géorgie, prévoit une telle condition et, dans l'affirmative, si cette condition était remplie au moment de l'introduction de la requête.

7. Il s'agit d'une question de fond, et non de forme. En l'état actuel du droit international, la compétence de la Cour, ainsi que cette dernière l'a maintes fois souligné, est subordonnée au consentement des parties et, lorsque ce consentement est exprimé dans la clause compromissoire d'un traité, cette compétence ne lui est accordée que dans les limites qui s'y trouvent précisées (voir, par exemple, *Activités armées sur le territoire du Congo (nouvelle requête: 2002) (République démocratique du Congo c. Rwanda), mesures conservatoires, ordonnance du 10 juillet 2002, C.I.J. Recueil 2002*, p. 245, par. 71). Aussi les questions de savoir quelles sont ces limites et si elles s'appliquent à la requête revêtent-elles une importance fondamentale.

8. Troisièmement, il est clair que l'article 22 ne confère à la Cour compétence que pour connaître d'un certain type de différends, à savoir ceux touchant l'interprétation ou l'application de la CIEDR. Le sens du mot «différend» a, comme l'indique le paragraphe 30 de l'arrêt, été précisé dans une longue série de décisions rendues par la Cour et sa devancière: il doit y avoir «un désaccord sur un point de droit ou de fait, une contradiction, une opposition de thèses juridiques ou d'intérêts entre deux personnes» (*Concessions Mavrommatis en Palestine, arrêt n° 2, 1924, C.P.J.I. série A n° 2*, p. 11), et il doit avoir été «démontr[é] que la réclamation de l'une des parties se heurte à l'opposition manifeste de l'autre» (*Sud-Ouest africain (Ethiopie c. Afrique du Sud; Libéria c. Afrique du Sud), exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1962*, p. 328). Lorsque, comme c'est le cas en l'espèce, la clause compromissoire n'autorise la Cour à connaître que de différends relatifs à l'interprétation ou à l'application d'une convention donnée, la «réclamation» doit se rapporter à l'interprétation ou à l'application de cette convention.

9. Le fait qu'existe entre les parties un autre différend, plus large, pouvant être jugé plus important par l'une ou par l'autre, ou par l'une et par l'autre, n'empêche pas que surgisse entre elles un différend touchant l'in-

interprétation et l'application de la Convention. Le différend relevant de la Convention peut exister dans le contexte du différend plus large, ou parallèlement à celui-ci; toujours est-il que tous deux peuvent être concomitants, et que l'existence du différend plus large n'interdit pas à la Cour d'exercer sa compétence à l'égard du différend plus limité relevant de la Convention (*Personnel diplomatique et consulaire des Etats-Unis à Téhéran (Etats-Unis d'Amérique c. Iran)*, arrêt, C.I.J. Recueil 1980, p. 20, par. 37). L'existence de cet autre différend, plus large, n'est toutefois pas dénuée d'incidence. Si, dans l'arrêt, la Cour, conformément à sa jurisprudence, fixe, aux fins d'établir l'existence d'un différend, un seuil assez bas (en écartant, par exemple, la nécessité d'une référence expresse aux dispositions de la Convention, voire à la Convention dans son ensemble), il n'en reste pas moins que les déclarations invoquées par le demandeur à l'appui de l'existence d'un différend relevant de la Convention doivent être suffisamment claires pour permettre à la Partie adverse d'y discerner l'expression d'un grief à son encontre quant à l'interprétation ou à l'application de la Convention. Lorsque ces déclarations sont faites dans le contexte d'un différend plus large, et, tout particulièrement, lorsqu'elles portent sur les enjeux que celui-ci soulève, ce besoin de clarté se fait sentir avec plus d'acuité encore. Dans un tel cas, il est indispensable que la Partie adverse ait pu saisir que, quelles qu'aient pu être les autres questions soulevées ou les autres allégations formulées, les déclarations concernées exprimaient un grief relatif à l'interprétation ou à l'application de la Convention, même si celle-ci n'était pas nommément mentionnée¹. A défaut d'être excessivement rigoureuse, cette condition n'en est pas moins importante, en particulier dans le contexte d'une disposition telle que l'article 22 de la CIEDR, qui mentionne plus d'un mode de règlement des différends. On ne saurait attendre d'un Etat qu'il entreprenne de négocier au sujet d'un différend à propos duquel rien n'a été fait pour l'informer qu'il pourrait y être partie.

10. Appliquant le critère qu'elle a formulé aux exemples, versés au dossier, d'échanges entre les Parties, ainsi que de déclarations unilatérales faites par la Géorgie, mais dont il est raisonnable de penser que la Fédération de Russie avait connaissance, la Cour conclut que la Géorgie a formulé de tels griefs entre les 9 et 12 août 2008, et qu'un différend relatif à la question de savoir si la Fédération de Russie s'acquittait des obligations qu'elle tenait de la Convention s'est fait jour à cette période, mais non avant. Je fais mienne cette conclusion. Selon moi, les déclarations antérieures à cette période étaient telles qu'un observateur qui en aurait

¹ Cela ne veut pas dire, pour autant, qu'un Etat qui voudrait porter devant la Cour une affaire relevant de la Convention doive au préalable envoyer à l'Etat contre lequel il entend introduire l'instance une « mise en demeure » formelle; en revanche, il doit, pour reprendre les termes du paragraphe 30 de l'arrêt, « s'être référé assez clairement à l'objet du traité pour que l'Etat contre lequel il formule un grief puisse savoir qu'un différend existe ou peut exister à cet égard ». Si la Cour, dans son arrêt, précise qu'une référence expresse à la Convention ôterait tout doute et permettrait d'informer l'autre Etat, elle n'en fait cependant pas une condition.

alors pris connaissance n'aurait pu saisir que la Géorgie y faisait grief à la Fédération de Russie d'avoir manqué à ses obligations découlant de la CIEDR, quand bien même telle aurait été l'intention de la Géorgie en les formulant.

11. Enfin, je souscris à la conclusion énoncée aux paragraphes 132 à 141 de l'arrêt, selon laquelle la référence, faite à l'article 22, à un différend «qui n'aura pas été réglé par voie de négociation ou au moyen des procédures expressément prévues par la ... Convention» impose une condition préalable à laquelle il doit être satisfait pour que la Cour puisse se déclarer compétente. Il ne suffit pas qu'un différend *n'ait pas été* réglé par voie de négociation ou au moyen des procédures prévues par la Convention; il faut qu'il ait été tenté de le régler par ces moyens. Toute autre lecture de cette disposition rendrait cette clause totalement superflue et, partant, ferait offense à l'un des principes de base de l'interprétation des traités. C'est pourquoi j'adhère à l'idée, exprimée dans l'arrêt, selon laquelle une tentative, faite de bonne foi, de régler le différend par voie de négociation ou au moyen des procédures prévues par la Convention constitue, au regard de l'article 22, une condition préalable à la compétence de la Cour. Telle est du reste la conclusion à laquelle celle-ci est parvenue dans la plus récente affaire en laquelle elle a eu à connaître d'une clause semblable à l'article 22. En l'affaire 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. 39, par. 87), la Cour a en effet été amenée à examiner l'article 29 de la convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes, ainsi libellé:

«Tout différend entre deux ou plusieurs Etats parties concernant l'interprétation ou l'application de la présente convention qui n'est pas réglé par voie de négociation est soumis à l'arbitrage, à la demande de l'un d'entre eux. Si, dans les six mois qui suivent la date de la demande d'arbitrage, les parties ne parviennent pas à se mettre d'accord sur l'organisation de l'arbitrage, l'une quelconque d'entre elles peut soumettre le différend à la Cour internationale de Justice, en déposant une requête conformément au Statut de la Cour.»

Si cette disposition diffère de l'article 22 de la CIEDR en ce qu'elle prévoit, comme préalable à sa saisine, que soit tenté un recours à l'arbitrage, la Cour n'en a pas moins clairement indiqué que la référence à la négociation, faite dans les mêmes termes qu'à l'article 22, créait une condition à laquelle il devait être satisfait avant que l'affaire ne pût lui être soumise.

12. L'existence de cette condition ne donne pas à l'Etat susceptible d'être mis en cause licence de faire échec, en repoussant les offres de négociation, ou en refusant d'y répondre, à toute perspective de saisine de la Cour. Ainsi que celle-ci a eu l'occasion de le préciser, il ne saurait être demandé à un Etat de persévérer face à une telle réaction (*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). Pour la même raison, un Etat qui chercherait à prolonger artificiellement les négociations tout en refusant de négocier de bonne foi ne saurait s'abriter derrière la condition prévue à l'article 22 de la CIEDR pour empêcher la Cour d'exercer sa compétence à son égard.

13. Pour déterminer s'il a été satisfait à cette condition, il faut une fois de plus prendre en compte l'existence d'un différend plus large entre les Parties. Le fait qu'un Etat avance des propositions quant à des négociations concernant ce différend n'exclut pas qu'il puisse également (voire dans le même document) proposer d'en tenir sur le différend plus circonscrit relevant de la Convention. Toutefois, le cas échéant, il doit ressortir de manière suffisamment claire de ses déclarations que telle est bien son intention. En faisant de la tentative de régler le différend par voie de négociation une condition préalable, l'article 22 laisse à l'Etat contre lequel le grief est formulé le choix d'accepter la proposition de négocier au sujet de ce différend, plutôt que d'être immédiatement attiré devant la Cour. Pour que cette alternative en soit réellement une, la proposition de négocier doit être suffisamment explicite pour pouvoir être comprise comme telle. Ainsi, lorsque les deux Etats sont, dans le même temps, parties à un différend plus large, il doit être clair qu'il existe une proposition tendant à négocier au sujet, non pas simplement de ce différend, mais bien spécifiquement de celui relevant de la Convention. L'Etat demandeur soutient en l'espèce, et c'est là un aspect essentiel de son argumentation en ce qui concerne la compétence, que le différend qu'il cherche à porter devant la Cour peut être dissocié du différend plus large au sujet duquel il est convenu que celle-ci n'a pas compétence. Suivant la même logique, la proposition de négocier au sujet du différend plus restreint doit pouvoir être distinguée parmi les échanges relatifs au différend plus large. A défaut, une condition essentielle prévue à l'article 22 n'aura pas été remplie.

14. En l'espèce, je ne pense pas que la Géorgie ait satisfait à cette condition. Dès lors qu'elle n'a pas, selon moi, établi l'existence d'un différend relevant de l'article 22 avant la période allant du 9 au 12 août 2008, seules doivent être examinées les déclarations datant de cette période qu'elle présente comme des propositions de négociation, et je m'associe à l'analyse qui en est faite dans l'arrêt. Je dois néanmoins ajouter que, quand bien même j'aurais acquis la certitude qu'un différend touchant l'interprétation ou l'application de la CIEDR s'était fait jour entre la Géorgie et la Fédération de Russie avant ces dates, je n'aurais pas jugé que les déclarations antérieures invoquées par la Géorgie satisfaisaient à l'obligation de tenter de négocier à propos de ce différend et, partant, aurais quand même voté en faveur du second point du dispositif.

(Signé) Christopher GREENWOOD.