

SEPARATE OPINION OF JUDGE DONOGHUE

Agreement with rejection of first preliminary objection but disagreement with Court's reasoning and methodology — Dispute involving the subject-matter of CERD pre-dated 9 August 2008 — Imposition of prior notice and prior opposition requirements contravenes Court's established jurisprudence — Mischaracterization of the requirement in South West Africa cases — Disagreement with Court's methodology giving no weight to opposing views in Parties' submissions.

Disagreement with dismissal by Court of a document if it does not contain all elements necessary to prove a breach of CERD — Evidence taken as a whole demonstrates dispute existed before 9 August 2008.

Joint dissent addresses second preliminary objection — Conclusion that dispute did not arise until 9 August 2008 has profound impact on Court's analysis of second preliminary objection.

1. I have joined President Owada, Judges Simma and Abraham, and Judge *ad hoc* Gaja to express the reasons for my dissent with respect to the Court's decision to uphold the second preliminary objection of the Russian Federation. I agree with the decision in the Judgment to reject the first preliminary objection. I write separately, however, because I disagree in significant ways with the approach taken in the Judgment to the question whether there is a "dispute" and because I believe that the dispute between Georgia and Russia with respect to interpretation or application of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (hereinafter "CERD") arose prior to 9 August 2008, the date set by the Judgment.

I. FIRST PRELIMINARY OBJECTION

2. I agree with the Court's decision to reject the first preliminary objection. I also agree with the portion of the legal test that is set forth at paragraph 31 of the Judgment:

"The Court needs to determine (1) whether the record shows a disagreement on a point of law or fact between the two States; (2) whether that disagreement is with respect to 'the interpretation or application' of CERD, as required by Article 22 of CERD; and (3) whether that disagreement existed as of the date of the Application."

As the Judgment indicates, the question whether there is a dispute is a matter for "objective determination" by the Court (paragraph 30, citing

OPINION INDIVIDUELLE DE M^{me} LA JUGE DONOGHUE

[Traduction]

Accord avec le rejet de la première exception préliminaire, mais désaccord avec le raisonnement et la méthode suivis par la Cour — Différend relevant de l'objet de la CIEDR antérieur au 9 août 2008 — Exigence d'une notification et d'une opposition préalables contraire à la jurisprudence établie de la Cour — Interprétation erronée de la condition posée dans les affaires du Sud-Ouest africain — Désaccord avec la méthode suivie par la Cour ne conférant aucun poids aux points de vue contradictoires exprimés par les Parties dans leurs déclarations.

Désaccord avec le rejet d'un document par la Cour lorsqu'il ne contient pas tous les éléments nécessaires pour prouver une violation de la CIEDR — Ensemble des éléments de preuve démontrant qu'un différend existait avant le 9 août 2008.

Deuxième exception préliminaire traitée dans l'opinion dissidente commune — Conclusion que le différend n'est apparu que le 9 août 2008 ayant d'importantes conséquences pour l'analyse que la Cour fait de la deuxième exception préliminaire.

1. Je me suis jointe au président Owada, aux juges Simma et Abraham ainsi qu'au juge *ad hoc* Gaja pour exprimer les raisons de mon désaccord avec la décision de la Cour de retenir la deuxième exception préliminaire soulevée par la Fédération de Russie. Je souscris à la décision de rejeter la première exception préliminaire, mais je rédige néanmoins la présente opinion individuelle parce que je suis à d'importants égards en désaccord avec la façon dont est envisagée dans l'arrêt la question de savoir s'il existait ou non un «différend» et que, à mon avis, la naissance du différend opposant la Géorgie et la Russie à propos de l'interprétation ou de l'application de la convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (ci-après la «CIEDR») est antérieure au 9 août 2008, date fixée par l'arrêt.

I. PREMIÈRE EXCEPTION PRÉLIMINAIRE

2. Je souscris à la décision de la Cour de rejeter la première exception préliminaire, de même qu'à la partie du raisonnement juridique qui est exposée comme suit au paragraphe 31 de l'arrêt:

«[La Cour] doit déterminer 1) si le dossier de l'affaire révèle l'existence d'un désaccord sur un point de droit ou de fait entre les deux Etats, 2) si ce désaccord touche «l'interprétation ou l'application» de la CIEDR, comme l'exige l'article 22 de celle-ci, et 3) si ledit désaccord existait à la date du dépôt de la requête.»

Comme cela est précisé dans l'arrêt, la question de savoir s'il existe ou non un différend demande à être «établie objectivement» par la Cour

Interpretation of Peace Treaties with Bulgaria, Hungary and Romania, First Phase, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1950, p. 74).

3. I disagree with the Judgment, however, in so far as it goes beyond these observations to impose new requirements on an applicant. In particular, the Judgment goes on to state that the Court “needs to determine whether Georgia made such a claim and whether the Russian Federation positively opposed it with the result that there is a dispute between them in terms of Article 22 of CERD” (para. 31). By adding a notice requirement, the Judgment disregards established jurisprudence. The Judgment also mischaracterizes the statement in the *South West Africa* cases (*Ethiopia v. South Africa; Liberia v. South Africa*) (*Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 1962, p. 328*) that a claim must be one that “is positively opposed”, by treating it as a requirement that the respondent state its disagreement with the views of the applicant prior to the filing of the Application.

4. I also disagree with the methodology of the Court which, in deciding whether there is a “dispute”, gives no weight to the opposing views of the Parties reflected in their submissions to the Court in this case, an approach that is at odds with recent jurisprudence. Taking into account those views, as well as the evidence of the Parties’ opposing views from the period prior to the Application, I conclude that there is a dispute between the Parties with respect to interpretation and application of the CERD and that such dispute extends to the period prior to 9 August 2008.

A. No Notice of a Claim Is Required before the Filing of an Application

5. The Court’s jurisprudence (and that of the Permanent Court of International Justice) has been consistent in stating that an applicant need not give the respondent notice of an Application. One year after the *Mavrommatis Palestine Concessions* case, in which the Permanent Court defined a “dispute” as “a disagreement on a point of law or fact, a conflict of legal views or of interests between two persons” (*Judgment No. 2, 1924, P.C.I.J., Series A, No. 2, p. 11*), the Permanent Court was directly presented with the question of prior notice in the case concerning *Certain German Interests in Polish Upper Silesia*. Germany relied on a compromissory clause that specified that “[s]hould differences of opinion respecting the construction and application of [the subject agreement] arise . . . they shall be submitted to the Permanent Court of International Justice” (*Judgment No. 6, 1925, P.C.I.J., Series A, No. 6, p. 13*). Poland objected to the jurisdiction of the Permanent Court on the ground that “the existence of a difference of opinion . . . had not been established before the filing of the Application” (*ibid.*). The Permanent Court rejected this argument. Noting that there was no stipulation in the com-

(paragraphe 30, citant l'affaire de l'*Interprétation des traités de paix conclus avec la Bulgarie, la Hongrie et la Roumanie, première phase, avis consultatif*, C.I.J. Recueil 1950, p. 74).

3. Je désapprouve toutefois l'arrêt dans la mesure où il va au-delà de ces observations pour imposer de nouvelles obligations au demandeur. En particulier, il est déclaré dans la suite du paragraphe 31 que la Cour «doit établir si la Géorgie a formulé une réclamation en ce sens et si celle-ci s'est heurtée à l'opposition manifeste de la Fédération de Russie, de sorte qu'il existe un différend au sens de l'article 22 de la CIEDR entre les deux Etats». En ajoutant une obligation de notification, la Cour méconnaît sa jurisprudence établie. Elle donne également une interprétation erronée de sa déclaration dans les affaires du *Sud-Ouest africain (Ethiopie c. Afrique du Sud; Libéria c. Afrique du Sud)* (*exceptions préliminaires, arrêt*, C.I.J. Recueil 1962, p. 328) — déclaration selon laquelle la réclamation de l'une des parties doit se heurter à l'«opposition manifeste» de l'autre — en considérant que le défendeur doit avoir, avant le dépôt de la requête, exprimé son désaccord avec les vues du demandeur.

4. Je suis également en désaccord avec la méthode adoptée par la Cour qui, pour décider s'il existe ou non un «différend», n'accorde aucun poids à l'opposition de vues entre les Parties que révèlent les documents versés par celles-ci au dossier en la présente affaire; cette méthode est en contradiction avec sa jurisprudence récente. En tenant compte de cette opposition, ainsi que des éléments de preuve datant de la période antérieure à la requête qui en démontrent l'existence, je conclus qu'il existe un différend entre les Parties concernant l'interprétation et l'application de la CIEDR et que ce différend remonte à une période antérieure au 9 août 2008.

*A. Il n'est pas nécessaire qu'une réclamation ait été notifiée
préalablement au dépôt d'une requête*

5. Dans sa jurisprudence, la Cour (de même que la Cour permanente de Justice internationale) a toujours affirmé qu'un demandeur n'a pas à notifier sa requête au défendeur. Un an après l'affaire des *Concessions Mavrommatis en Palestine*, dans laquelle la Cour permanente a défini un «différend» comme «un désaccord sur un point de droit ou de fait, une contradiction, une opposition de thèses juridiques ou d'intérêts entre deux personnes» (*arrêt n° 2, 1924, C.P.J.I. série A n° 2*, p. 11), la question de la notification préalable s'est directement posée à elle en l'affaire relative à *Certains intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise*. L'Allemagne se fondait sur une clause compromissoire ainsi libellée: «[s]i des divergences d'opinion, résultant de l'interprétation et de l'application [de l'accord concerné], s'élevaient..., elles seraient soumises à la décision de la Cour permanente de Justice internationale» (*arrêt n° 6, 1925, C.P.J.I. série A n° 6*, p. 13). La Pologne avait soulevé une exception d'incompétence de la Cour permanente, au motif qu'«une divergence de vues n'aurait pas été constatée avant l'introduction de la requête» (*ibid.*). La Cour permanente a rejeté cet argument. Relevant qu'il n'était pas précisé dans la

promissory clause that diplomatic negotiation or other procedures precede the filing of a case, the Permanent Court held that recourse could be had to it “as soon as one of the Parties considers that a difference of opinion arising out of the construction and application” of the relevant provisions exists (*Judgment No. 6, 1925, P.C.I.J., Series A, No. 6*, p. 14).

6. The conclusion in *Upper Silesia* remains correct. There is no general requirement of prior notice of claims or of an intention to submit those claims to the Court. This principle has since been expressly affirmed on more than one occasion² (see *Right of Passage over Indian Territory (Portugal v. India)*, *Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 1957*, p. 146; *Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria (Cameroon v. Nigeria)*, *Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 1998*, p. 297, para. 39; see also Shabtai Rosenne, *The Law and Practice of the International Court (1920-2005)*, Vol. III, Sect. 288, p. 1153).

B. There Is No Requirement that a Respondent Have an Opportunity to “Oppose” a Claim Prior to the Filing of an Application

7. The Court’s test in this case considers not only whether the applicant gave the would-be respondent notice of a claim (and thus an opportunity to respond to it), but also whether and how the would-be respondent “opposed” a claim. In past cases, however, the Court has considered and rejected the notion that a respondent’s failure to oppose the claims against it or to acknowledge or accept the existence of a dispute vitiates jurisdiction (see, e.g., *United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran (United States of America v. Iran)*, *Judgment, I.C.J. Reports 1980*, p. 25, para. 47; *Applicability of the Obligation to Arbitrate under Section 21 of the United Nations Headquarters Agreement of 26 June 1947, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1988*, p. 28, para. 38; *Questions of Interpretation and Application of the 1971 Montreal Convention arising from the Aerial Incident at Lockerbie (Libyan Arab Jamahiriya v. United States of America)*, *Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 1998*, p. 123, paras. 22-24 and p. 129, para. 38). Such a test would permit the respondent, simply by remaining silent or asserting the absence of a dispute, to defeat jurisdiction.

² I note one case that lies in apparent contradiction with this principle. In the *Electricity Company of Sofia and Bulgaria* case, the Permanent Court upheld a preliminary objection raised by Bulgaria with respect to one of several claims asserted by Belgium (*Judgment, 1939, P.C.I.J., Series A/B, No. 77*, p. 83). According to Bulgaria, Belgium had failed to establish that the special tax at issue had formed “the subject of a dispute between the two Governments prior to the filing of the Belgian Application” (*ibid.*), in contrast to other claims that had been the subject of prior diplomatic correspondence. On that basis, the Permanent Court found that the claim could not be entertained.

clause compromissaire que des négociations diplomatiques ou d'autres procédures devaient précéder le dépôt d'une requête, la Cour permanente a décidé qu'elle pouvait être saisie « aussitôt que l'une des parties estim[ait] qu'il y a[vait] divergence d'opinion résultant de l'interprétation et de l'application » des dispositions pertinentes (*arrêt n° 6, 1925, C.P.J.I. série A n° 6, p. 14*).

6. La conclusion tirée en l'affaire relative à la *Haute-Silésie* demeure exacte. Il n'existe pas d'obligation générale de notification préalable des réclamations ou de l'intention de porter de telles réclamations devant la Cour. Ce principe a depuis été expressément affirmé à plusieurs reprises² (voir *Droit de passage sur territoire indien (Portugal c. Inde), exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1957, p. 146; Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria (Cameroun c. Nigéria), exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1998, p. 297, par. 39; voir également Shabtai Rosenne, The Law and Practice of the International Court (1920-2005), vol. III, sect. 288, p. 1153*).

B. Il n'est pas nécessaire que le défendeur ait eu la possibilité de « s'opposer » à une réclamation préalablement au dépôt d'une requête

7. En l'espèce, la Cour a examiné non seulement si le demandeur avait notifié au futur demandeur une réclamation (lui donnant ainsi l'occasion d'y répondre), mais également si et comment le futur défendeur s'était « opposé » à cette réclamation. Pourtant, dans des affaires précédentes, la Cour a envisagé et écarté l'idée selon laquelle sa compétence serait compromise lorsqu'un défendeur ne s'est pas opposé aux réclamations formulées contre lui ou n'a pas reconnu ou accepté l'existence d'un différend (voir, par exemple, *Personnel diplomatique et consulaire des Etats-Unis à Téhéran (Etats-Unis d'Amérique c. Iran), arrêt, C.I.J. Recueil 1980, p. 25, par. 47; 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, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1988, p. 28, par. 38; 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. 123, par. 22-24, et p. 129, par. 38*). Une telle condition permettrait au défendeur de faire obstacle à la compétence de la Cour simplement en gardant le silence ou en affirmant qu'il n'existe pas de différend.

² Je relève qu'une affaire va apparemment à l'encontre de ce principe. Dans l'affaire de la *Compagnie d'électricité de Sofia et de Bulgarie*, la Cour permanente a retenu une exception préliminaire soulevée par la Bulgarie au sujet de l'une des demandes formulées par la Belgique (*arrêt, 1939, C.P.J.I. série A/B n° 77, p. 83*). La Bulgarie avait soutenu que la Belgique n'avait pas établi que l'impôt spécial en cause avait « fait l'objet, entre les gouvernements et avant le dépôt de la requête belge, d'un différend » (*ibid.*), contrairement aux autres demandes qui avaient fait l'objet d'une correspondance diplomatique avant le dépôt de cette requête. Sur ce fondement, la Cour permanente a déclaré qu'elle ne pouvait accueillir la demande.

8. In the case concerning *Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria*, the Court made clear that an express statement setting forth the respondent's opposition to an applicant's claims or protests is not required:

“However, a disagreement on a point of law or fact, a conflict of legal views or interests, or the positive opposition of the claim of one party by the other need not necessarily be stated *expressis verbis*. In the determination of the existence of a dispute, as in other matters, the position or the attitude of a party can be established by inference, whatever the professed view of that party.” (*Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria (Cameroon v. Nigeria)*, *Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 1998*, p. 315, para. 89.)

9. The present Judgment acknowledges (para. 30) that the Court may infer opposition from silence, but does not otherwise make use of the flexibility embraced by the Court in *Cameroon v. Nigeria*. Rather than imposing an artificial limitation on itself, the Court should draw on all information that has been put to it to determine whether, at the time that it decides on its jurisdiction, a legal dispute exists between the parties. For example, in making its determination, the Court may consider a party's course of conduct and may take into account the opposing views of the parties as set forth in the course of judicial proceedings.

10. By insisting not only on notice by Georgia but also on contemporaneous statements of “opposition” by Russia, the Judgment mischaracterizes the oft-cited phrase that a dispute requires that the claim of one party “is positively opposed” by the other. An examination of the case in which the Court first used the phrase, and of the subsequent jurisprudence, makes clear that the requirement that a claim “is positively opposed” does not comprise a requirement that the respondent indicate such opposition prior to an Application, or even that it have an opportunity to do so. In the *South West Africa* cases, the applicable compromissory clause provided for jurisdiction over “any dispute whatever” brought by another Member of the League of Nations (*Ethiopia v. South Africa; Liberia v. South Africa*), *Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 1962*, p. 335). After citing the definition of a “dispute” from the *Mavromatis Palestine Concessions* case, the Court stated:

“[I]t is not sufficient for one party to a contentious case to assert that a dispute exists with the other party. A mere assertion is not sufficient to prove the existence of a dispute any more than a mere denial of the existence of the dispute proves its non-existence. Nor is it adequate to show that the interests of the two parties to such a case

8. Dans l'affaire relative à la *Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria*, la Cour a clairement établi qu'une déclaration par laquelle le défendeur s'opposait expressément aux réclamations ou aux protestations du demandeur n'était pas nécessaire :

« Mais un désaccord sur un point de droit ou de fait, un conflit, une opposition de thèses juridiques ou d'intérêts ou le fait que la réclamation de l'une des parties se heurte à l'opposition manifeste de l'autre ne doivent pas nécessairement être énoncés *expressis verbis*. Pour déterminer l'existence d'un différend, il est possible, comme en d'autres domaines, d'établir par inférence quelle est en réalité la position ou l'attitude d'une partie. » (*Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria (Cameroun c. Nigéria)*, exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1998, p. 315, par. 89.)

9. Dans le présent arrêt, la Cour reconnaît (par. 30) qu'elle peut déduire l'opposition du silence mais n'utilise pas plus avant de la souplesse dont elle avait fait preuve dans l'arrêt *Cameroun c. Nigéria*. Au lieu de s'imposer une limite artificielle, elle devrait s'appuyer sur l'ensemble des informations qui lui ont été soumises pour déterminer si, au moment où elle statue sur sa compétence, il existe un différend d'ordre juridique entre les parties. Elle pourrait par exemple, pour prendre une décision, examiner le comportement d'une partie ou prendre en considération les points de vue antagonistes des parties telles qu'ils ont été exprimés au cours de la procédure judiciaire.

10. En tenant à rechercher non seulement une notification de la part de la Géorgie mais également des déclarations d'« opposition » faites à l'époque par la Russie, la Cour donne dans son arrêt une interprétation erronée de la formule souvent citée selon laquelle, pour qu'il existe un différend, la réclamation de l'une des parties doit se heurter à l'« opposition manifeste » de l'autre. Il ressort clairement d'une analyse de l'affaire à l'occasion de laquelle la Cour a pour la première fois utilisé cette formule, ainsi que de la jurisprudence ultérieure, que, si la réclamation d'une partie doit « se heurte[r] à l'opposition manifeste » de l'autre, il n'est pas pour autant nécessaire que le défendeur exprime cette opposition avant le dépôt de la requête, ni même qu'il ait l'occasion de le faire. Dans les affaires du *Sud-Ouest africain*, la clause compromissoire applicable prévoyait la compétence de la Cour pour « tout différend, quel qu'il soit » qui lui serait soumis par un autre membre de la Société des Nations (*Ethiopie c. Afrique du Sud; Libéria c. Afrique du Sud*), exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1962, p. 335). Après avoir cité la définition d'un « différend » donnée dans l'affaire des *Concessions Mavrommatis en Palestine*, la Cour a affirmé ce qui suit :

« [I]l ne suffit pas que l'une des parties à une affaire contentieuse affirme l'existence d'un différend avec l'autre partie. La simple affirmation ne suffit pas pour prouver l'existence d'un différend, tout comme le simple fait que l'existence d'un différend est contestée ne prouve pas que ce différend n'existe pas. Il n'est pas suffisant non

are in conflict. *It must be shown that the claim of one party is positively opposed by the other.*" (*I.C.J. Reports 1962*, p. 328; emphasis added.)

The Court's central focus was whether the two Applicants had standing (*locus standi*) and whether they had a "material interest" that was capable of giving rise to a dispute under the title of jurisdiction relied upon (*ibid.*, pp. 335, 342-343). The Court rejected South Africa's preliminary objections, noting that the existence of a dispute "is clearly constituted by their opposing attitudes relating to the performance of the obligations of the Mandate by the Respondent as Mandatory" (*ibid.*, p. 328). Importantly for present purposes, the Court made no suggestion that jurisdiction was wanting because Ethiopia and Liberia had failed to put South Africa on notice of their contentions prior to filing their Applications (or that such failure would have precluded a finding of jurisdiction). To the contrary, the precise language of this frequently-cited sentence from the *South West Africa* cases makes clear that the Court did not require evidence of "opposition" prior to the filing of an Application, because the Court used the present tense to frame the question whether the claim of one party "is positively opposed" (emphasis added) by the other.

11. Thus, the question of prior notice or of opportunity to respond was simply not presented in the *South West Africa* cases. The Court's requirement that a claim "is positively opposed" by the respondent was not aimed at creating a formal requirement that the parties engage in an exchange of views prior to the seisin of the Court. On the contrary, the cited passage is part and parcel of the Court's obligation to make an "objective determination" that a dispute exists. In a contentious case, there must be an actual, ongoing dispute between the parties, and the Court must make its objective determination of the existence of such a dispute based on the totality of the information before it.

12. Certainly, the information assessed by the Court in making an "objective determination" that a dispute exists or does not exist normally derives from the period prior to the filing of an Application. Such information frequently includes statements by one or both parties in the course of bilateral exchanges, or in other contexts, for example, in multilateral settings or in public statements (see, e.g., *Northern Cameroons (Cameroon v. United Kingdom)*, *Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 1963*, pp. 24-25 and 27; *East Timor (Portugal v. Australia)*, *Judgment, I.C.J. Reports 1995*, pp. 99-100, para. 22; *Questions of Interpretation and Application of the 1971 Montreal Convention arising from the Aerial Incident at Lockerbie (Libyan Arab Jamahiriya v. United States of America)*, *Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 1998*, p. 122, para. 20; *Certain Property (Liechtenstein v. Germany)*, *Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 2005*, pp. 17-18, paras. 22-23). The fact that the

plus de démontrer que les intérêts des deux parties à une telle affaire sont en conflit. *Il faut démontrer que la réclamation de l'une des parties se heurte à l'opposition manifeste de l'autre.* » (C.I.J. Recueil 1962, p. 328; les italiques sont de moi.)

La Cour s'est essentiellement attachée à déterminer si les deux demandeurs avaient qualité pour agir (*locus standi*) et s'ils avaient un « intérêt concret » pouvant donner lieu à un différend en vertu du titre de compétence invoqué (*ibid.*, p. 335, 342-343). Elle a rejeté les exceptions préliminaires soulevées par l'Afrique du Sud, au motif que l'existence d'un différend « résult[ait] clairement de[s] ... attitudes opposées [des Parties] à propos de l'accomplissement des obligations du Mandat par le défendeur, en sa qualité de Mandataire » (*ibid.*, p. 328). Il est important de relever, aux fins de la présente affaire, que la Cour n'a nullement avancé l'idée qu'elle serait incompétente au motif que l'Éthiopie et le Libéria n'avaient pas *notifié* leurs allégations à l'Afrique du Sud avant de déposer leurs requêtes (ou que cette absence de notification l'aurait empêchée de se déclarer compétente). Au contraire, le libellé précis de cette phrase fréquemment citée des affaires du *Sud-Ouest africain* indique clairement que la Cour n'a pas exigé de preuve de l'existence d'une « opposition » *antérieure* au dépôt de la requête, car elle a formulé au présent la question de savoir si la réclamation de l'une des parties « se heurte à l'opposition manifeste » de l'autre (les italiques sont de moi).

11. Ainsi, la question de la notification préalable ou de la possibilité de répondre ne s'est tout simplement pas posée dans les affaires du *Sud-Ouest africain*. En exigeant que la réclamation du demandeur « se heurte à l'opposition manifeste » du défendeur, la Cour n'entendait pas créer à la charge des parties une obligation formelle d'entamer des pourparlers avant de la saisir. Au contraire, le passage cité renvoie catégoriquement à l'obligation qu'a la Cour d'« établir objectivement » l'existence d'un différend. Dans une affaire contentieuse, il doit y avoir un différend réel et persistant entre les parties et la Cour doit établir objectivement l'existence d'un tel différend en se fondant sur la totalité des informations qui lui ont été fournies.

12. Certes, les informations qu'examine la Cour pour « établir objectivement » s'il existe ou non un différend remontent normalement à la période antérieure au dépôt d'une requête. Elles comprennent fréquemment des déclarations faites par l'une des parties ou par les deux dans le cadre d'échanges bilatéraux ou dans d'autres contextes, par exemple dans des enceintes multilatérales ou en public (voir, par exemple, *Cameroun septentrional (Cameroun c. Royaume-Uni), exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1963*, p. 24-25 et 27; *Timor oriental (Portugal c. Australie), arrêt, C.I.J. Recueil 1995*, p. 99-100, par. 22; *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; *Certains biens (Liechtenstein c. Allemagne), exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 2005*, p. 17-18, par. 22-23). Mais, si la Cour s'est régulière-

Court routinely has relied on such pre-application statements or bilateral exchanges to identify or confirm the existence of a dispute does not mean, however, that a dispute exists only where such statements or exchanges have taken place.

C. To Determine whether There Was a Dispute as of the Date of Application, the Court May Consider Information that It Received after the Application

13. I agree with the Judgment that a disagreement of law or fact generally must exist as of the date of an Application (see Judgment, paragraph 31), but I take that to mean only that the situation or circumstances over which the parties disagree must have arisen prior to the Application. This requirement does not mean that the Court must artificially limit itself only to statements made by the parties prior to the filing of an Application in deciding whether this criterion is met. Thus, the Court relied on statements made during the proceedings before it — and therefore after the filing of an Application — in 1996 when it rejected the respondent’s contention that jurisdiction was lacking because there was no dispute:

“While Yugoslavia has refrained from filing a Counter-Memorial on the merits and has raised preliminary objections, it has nevertheless wholly denied all of Bosnia and Herzegovina’s allegations, *whether at the stage of proceedings relating to the requests for the indication of provisional measures, or at the stage of the present proceedings relating to those objections.*”

In conformity with well-established jurisprudence, the Court accordingly notes that there persists ‘a situation in which the two sides hold clearly opposite views concerning the question of the performance or non-performance of certain treaty obligations’ . . . and that, by reason of the rejection by Yugoslavia of the complaints formulated against it by Bosnia and Herzegovina, ‘there is a legal dispute’ between them.” (*Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Yugoslavia), Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 1996 (II)*, pp. 614-615, paras. 28-29; emphasis added.)

14. In the present case, the two Parties have a dispute about the interpretation and application of the CERD that relates to events occurring between the entry into force of the CERD in 1999 (as between Georgia and Russia) and the date of the Application. That is evident from the submissions to this Court in these proceedings, including the legal arguments briefed in the current stage of these proceedings (for example, as to the question of territorial scope) and the characterization of the facts to which the Parties directed their attention in these proceedings, especially at the provisional measures phase. It is also clear from the evi-

ment fondée sur de tels échanges bilatéraux ou déclarations antérieurs au dépôt d'une requête pour établir ou confirmer l'existence d'un différend, cela ne signifie pas pour autant qu'il n'existe de différend que lorsque de tels échanges ont eu lieu ou que de telles déclarations ont été faites.

C. Pour établir s'il existait un différend à la date du dépôt de la requête, la Cour peut tenir compte d'informations qu'elle a reçues postérieurement au dépôt de la requête

13. Je souscris au raisonnement de la Cour lorsqu'elle affirme, dans son arrêt, qu'un désaccord sur un point de droit ou de fait doit généralement exister à la date du dépôt de la requête (voir arrêt, paragraphe 31), mais, à mon sens, cela signifie simplement que la situation ou les circonstances au sujet desquelles les parties sont en désaccord doivent être nées avant le dépôt de la requête. Cette exigence ne signifie pas que la Cour doit, pour établir s'il a été satisfait à ce critère, se limiter artificiellement aux seules déclarations faites par les parties avant le dépôt de la requête. Ainsi, en 1996, la Cour s'est appuyée sur des déclarations faites pendant la procédure — et, partant, après le dépôt de la requête — pour rejeter l'allégation du défendeur selon laquelle, faute de différend, la Cour n'était pas compétente :

«Si la Yougoslavie s'est abstenue de déposer un contre-mémoire au fond et a soulevé des exceptions préliminaires, elle n'en a pas moins globalement rejeté toutes les allégations de la Bosnie-Herzégovine, que ce soit au stade des procédures afférentes aux demandes en indication de mesures conservatoires, ou au stade de la présente procédure relative auxdites exceptions.

Conformément à une jurisprudence bien établie, la Cour constate en conséquence qu'il persiste «une situation dans laquelle les points de vue des deux parties, quant à l'exécution ou à la non-exécution de certaines obligations découlant d[un traité], sont nettement opposés» ... et que, du fait du rejet, par la Yougoslavie, des griefs formulés à son encontre par la Bosnie-Herzégovine, «il existe un différend d'ordre juridique» entre elles.» (*Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Yougoslavie), exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1996 (II), p. 614-615, par. 28-29; les italiques sont de moi.*)

14. En l'espèce, les deux Parties ont au sujet de l'interprétation et de l'application de la CIEDR un différend qui concerne des événements qui se sont produits entre l'entrée en vigueur de la Convention (entre la Géorgie et la Russie) en 1999 et la date du dépôt de la requête. Cela ressort clairement des déclarations faites à la Cour dans le cadre de la présente instance, notamment des arguments juridiques qui lui ont été présentés au stade actuel de la procédure (par exemple quant à la question de la portée territoriale) et de la qualification des faits sur lesquels les Parties ont porté leur attention, en particulier au stade des mesures conservatoires. Cela

dence deriving from the period prior to the Application, to which I now turn.

*D. There Is Substantial Evidence of a Dispute between
the Parties with respect to Interpretation
or Application of the CERD*

15. Looking beyond the submissions in this case to evidence deriving from the period prior to the Application, I conclude, in contrast to the Judgment, that there is sufficient evidence that a dispute relating to the subject-matter of the CERD existed not only during the period of 9-12 August 2008, but also before that. Taken as a whole, the factual record demonstrates that, between 1999 and August 2008, Georgia raised concerns — either directly with Russia or in multilateral settings — regarding conduct related to ethnic discrimination, some of which it attributed, in one way or another, to Russia.

16. I highlight here some of the documents that, taken together, support the conclusion that there is a dispute over which this Court has jurisdiction. For example, some documents establish that Georgia accused the separatist authorities in Abkhazia of engaging in conduct amounting to unlawful ethnic discrimination. (See, e.g., United Nations Security Council, Letter dated 27 October 2005 from the Permanent Representative of Georgia to the United Nations addressed to the President of the Security Council, United Nations doc. S/2005/678 (27 October 2005), Written Statement of Georgia, Annex 75; United Nations Security Council, Letter dated 18 November 2005 from the Permanent Representative of Georgia to the United Nations addressed to the President of the Security Council, Annex, United Nations doc. S/2005/735 (23 November 2005), Written Statement of Georgia, Annex 77.) Other documents establish that Georgia viewed Russia as protecting and exercising control over the separatist authorities in Abkhazia and South Ossetia and/or that Georgia viewed Russia as having failed to meet a legal obligation to intervene to prevent unlawful discriminatory conduct by those authorities. (See, e.g., United Nations Security Council, Letter dated 26 January 2005 from the Permanent Representative of Georgia to the United Nations addressed to the President of the Security Council, United Nations doc. S/2005/45 (26 January 2005), Written Statement of Georgia, Annex 71; United Nations Human Rights Committee, *Third Periodic Report of State Parties Due in 2006*, United Nations doc. CCPR/C/GEO/3 (7 November 2006), Written Statement of Georgia, Annex 85; Transcript, “Ask Georgia’s President”, *BBC News* (25 February 2004), Written Statement of Georgia, Annex 198.)

ressort aussi clairement des éléments de preuve remontant à la période antérieure au dépôt de la requête, auxquels je reviens maintenant.

*D. Il y a des preuves tangibles de l'existence d'un différend
entre les Parties au sujet de l'interprétation et de l'application
de la CIEDR*

15. En m'attachant, au-delà des déclarations qui ont été faites en la présente affaire, aux éléments de preuve remontant à la période antérieure au dépôt de la requête, je conclus, contrairement à ce qu'affirme la Cour dans l'arrêt, qu'il y a suffisamment de preuves démontrant qu'il existait, non seulement pendant la période du 9 au 12 août 2008 mais également avant cette période, un différend se rapportant à l'objet de la CIEDR. Pris dans leur ensemble, les éléments de fait démontrent que, entre 1999 et août 2008, la Géorgie a fait part de ses préoccupations — directement à la Russie ou dans des cadres multilatéraux — à propos de comportements apparentés à de la discrimination ethnique, qu'elle attribuait pour certains, d'une manière ou d'une autre, à la Russie.

16. Je mets ici en évidence certains des documents qui, ensemble, étayent la conclusion selon laquelle il existe un différend relevant de la compétence de la Cour. Par exemple, certains documents démontrent que la Géorgie a accusé les autorités séparatistes d'Abkhazie d'avoir adopté un comportement constitutif de discrimination ethnique illicite. (Voir, par exemple, Conseil de sécurité de l'Organisation des Nations Unies, lettre datée du 27 octobre 2005 adressée au président du Conseil de sécurité par le représentant permanent de la Géorgie auprès de l'Organisation des Nations Unies, Nations Unies, doc. S/2005/678 (27 octobre 2005), observations écrites de la Géorgie, annexe 75; Conseil de sécurité de l'Organisation des Nations Unies, lettre datée du 18 novembre 2005 adressée au président du Conseil de sécurité par le représentant permanent de la Géorgie auprès de l'Organisation des Nations Unies, annexe, Nations Unies, doc. S/2005/735 (23 novembre 2005), observations écrites de la Géorgie, annexe 77.) D'autres documents démontrent que la Géorgie considérait que la Russie protégeait et contrôlait les autorités séparatistes en Abkhazie et en Ossétie du Sud et qu'elle estimait que la Russie n'avait pas respecté son obligation juridique d'intervenir pour empêcher tout comportement discriminatoire illicite de la part de ces autorités. (Voir, par exemple, Conseil de sécurité de l'Organisation des Nations Unies, lettre datée du 26 janvier 2005 adressée au président du Conseil de sécurité par le représentant permanent de la Géorgie auprès de l'Organisation des Nations Unies, Nations Unies, doc. S/2005/45 (26 janvier 2005), observations écrites de la Géorgie, annexe 71; Comité des droits de l'homme de l'Organisation des Nations Unies, *Troisième rapport périodique que les Etats parties devaient présenter en 2006*, Nations Unies, doc. CCPR/C/GEO/3 (7 novembre 2006), observations écrites de la Géorgie, annexe 85; transcription, «Ask Georgia's President» [«Question au président de la Géorgie»], *BBC News* (25 février 2004), observations écrites de la Géorgie, annexe 198.)

17. Furthermore, some documents allege conduct amounting to ethnic discrimination *and* attribute responsibility for that conduct to Russia. (See, e.g., United Nations General Assembly, Security Council, Letter dated 9 November 2005 from the Permanent Representative of Georgia to the United Nations addressed to the Secretary-General, Annex, United Nations doc. A/60/552 (10 November 2005), Written Statement of Georgia, Annex 76; United Nations Committee against Torture, *Summary Record of the 699th Meeting*, United Nations doc. CAT/C/SR.699 (10 May 2006), Written Statement of Georgia, Annex 79; United Nations Security Council, Letter dated 4 September 2006 from the Permanent Representative of Georgia to the United Nations addressed to the President of the Security Council, Annex, United Nations doc. S/2006/709 (5 September 2006), Written Statement of Georgia, Annex 84.) Taken together, and when reviewed in light of the entire record, these documents reinforce the conclusion that is apparent from the assertions about law and fact made in the written and oral submissions: namely, that a dispute between the Parties relating to the subject-matter of the CERD predated the period of hostilities in August 2008.

18. A critical distinction between my approach and that reflected in the Judgment is that I weigh the evidence as a whole in order to determine whether there is a “dispute”. By contrast, the Judgment assigns no probative value to an individual document if it finds that document lacking in one respect or another. Thus, for example:

- Georgia’s Permanent Representative to the United Nations transmitted to the General Assembly a 2006 resolution of the Georgian Parliament describing “attempts to legalize the results of ethnic cleansing” as part of the “reality brought about as a result of peacekeeping operations” (para. 86), but the Judgment dismisses the value of the transmitted resolution because Georgia failed to refer in its transmittal letter to agenda items covering ethnic discrimination (para. 89).
- The Judgment “cannot give any legal significance” to a 2006 statement by Georgia’s Permanent Representative to the United Nations that the Russian peacekeeping force “failed to carry out” its mandate to “create [a] favorable security environment for the return of ethnically cleansed . . . Georgian citizens” because the Georgian Permanent Representative also said that “what we are dealing with is not a fundamentally ethnic conflict, but rather one stemming from Russia’s territorial ambitions” (para. 92).
- In September 2006, the Foreign Ministry of Georgia alleged that “[t]he so-called government of Abkhazia . . . remains relentless in its pursuit of its inhuman discriminatory policy and acts against the

17. De surcroît, certains documents contiennent des allégations de comportements constitutifs de discrimination ethnique dont la responsabilité est attribuée à la Russie. (Voir, par exemple, Assemblée générale de l'Organisation des Nations Unies, Conseil de sécurité, lettre datée du 9 novembre 2005 adressée au Secrétaire général par le représentant permanent de la Géorgie auprès de l'Organisation des Nations Unies, annexe, Nations Unies, doc. A/60/552 (10 novembre 2005), observations écrites de la Géorgie, annexe 76; Comité de l'Organisation des Nations Unies contre la torture, *Compte rendu analytique de la 699^e séance*, Nations Unies, doc. CAT/C/SR.699 (10 mai 2006), observations écrites de la Géorgie, annexe 79; Conseil de sécurité de l'Organisation des Nations Unies, lettre datée du 4 septembre 2006 adressée au président du Conseil de sécurité par le représentant permanent de la Géorgie auprès de l'Organisation des Nations Unies, annexe, Nations Unies, doc. S/2006/709 (5 septembre 2006), observations écrites de la Géorgie, annexe 84.) Si l'on examine tous ces documents à la lumière de l'ensemble des éléments versés au dossier, ils renforcent la conclusion qui se dégage de toute évidence des allégations d'ordre juridique et factuel faites dans les exposés écrits et oraux, à savoir qu'il existait, avant la période des hostilités en août 2008, un différend entre les Parties se rapportant à l'objet de la CIEDR.

18. Mon approche diverge radicalement de celle adoptée par la Cour dans son arrêt en ce que, pour établir s'il existe ou non un « différend », je prends en considération l'ensemble des éléments de preuve. La Cour, au contraire, n'attribue aucune valeur probante à tel ou tel document si elle le juge entaché d'une quelconque déficience. Ainsi, par exemple :

- Le représentant permanent de la Géorgie auprès de l'Organisation des Nations Unies a communiqué à l'Assemblée générale une résolution adoptée en 2006 par le Parlement géorgien faisant état de « tentatives ... de ... légaliser les résultats du nettoyage ethnique », conséquence « des opérations de maintien de la paix » (par. 86), mais la Cour nie la valeur de cette résolution au motif que la Géorgie ne s'est pas référée, dans sa lettre d'accompagnement, à des points de l'ordre du jour se rapportant à la discrimination raciale (par. 89).
- La Cour affirme qu'elle « ne peut ... accorde[r] aucune valeur juridique » à une déclaration du représentant permanent de la Géorgie auprès de l'Organisation des Nations Unies datant de 2006 selon laquelle la force russe de maintien de la paix « s'[était] montrée incapable de mener à bien ... son mandat — créer des conditions de sécurité favorables au retour de[s] ... ressortissants géorgiens victimes du nettoyage ethnique » au motif que ledit représentant a également déclaré qu'« il ne s'agi[ssait] pas d'un conflit à dominante ethnique, mais plutôt d'un conflit né des ambitions territoriales de la Russie » (par. 92).
- En septembre 2006, le ministre des affaires étrangères de Géorgie affirmait que « [l]e soi-disant gouvernement abkhaze ... poursuivi[vait] sans relâche sa politique et ses actes discriminatoires et inhumains

ethnic Georgian population” while also asserting that “Russian peacekeeping forces . . . do nothing to suppress flagrant and mass violations of human rights” (United Nations Security Council, Letter dated 4 September 2006 from the Permanent Representative of Georgia to the United Nations addressed to the President of the Security Council, Annex, United Nations doc. S/2006/709 (5 September 2006), Written Statement of Georgia, Annex 84), but the Judgment dismisses these statements, saying they are not “direct claims against the Russian Federation of racial discrimination” (para. 90).

19. If the Court were considering the merits, Georgia would have the burden of establishing the full range of legal and factual elements of a breach by a CERD party. For example, for an alleged incident in which Georgia claims that conduct by entities other than the Russian Government amounts to ethnic discrimination, assuming that the Court concluded that it had jurisdiction *ratione loci* and *ratione temporis*, Georgia would also have to establish, *inter alia*, that Russia bore responsibility for any such discrimination. Today, however, the Court is not asked to decide whether the CERD applies to Russia with respect to incidents outside of its territory (a question of interpretation about which the Parties disagree), or whether a particular incident gave rise to a breach by Russia of its CERD obligations, but only whether there is a disagreement between the Parties about such questions and other aspects of the interpretation or application of the CERD. Disavowing a particular document in which Georgia alleges conduct that may violate the CERD — but in which, for example, Georgia does not contemporaneously attribute that conduct to Russia — does not help to determine whether the factual record as a whole demonstrates the existence of a legal dispute between the Parties. The evidence shows that Georgia claims that Russia bears international responsibility for ethnic discrimination in violation of the CERD and that Russia disagrees with that claim, on multiple grounds. That is all that is needed to establish the existence of a dispute with respect to interpretation or application of the CERD.

20. In sum, I agree with the Judgment’s conclusion that a dispute exists between the Parties, but I do not agree that the dispute began only on 9 August 2008. By requiring an applicant to give the respondent notice of its claim prior to filing its Application, the Court today does nothing to help clarify whether there is a “dispute”, but instead imposes a new procedural obstacle that, as the Permanent Court noted in *Upper Silesia*, “could at any time be fulfilled by means of unilateral action on the part of the applicant Party. And the Court cannot allow itself to be hampered by a mere defect of form, the removal of which depends solely on the

contre la population de souche géorgienne» et que «les forces russes de maintien de la paix ne [faisaient] rien pour mettre fin à ces violations flagrantes et massives des droits de l'homme» (Conseil de sécurité de l'Organisation des Nations Unies, lettre datée du 4 septembre 2006 adressée au président du Conseil de sécurité par le représentant permanent de la Géorgie auprès de l'Organisation des Nations Unies, annexe, Nations Unies, doc. S/2006/709 (5 septembre 2006), observations écrites de la Géorgie, annexe 84), mais la Cour n'a pas retenu ces déclarations au motif qu'elles ne constituaient pas des «allégation[s] de discrimination raciale visant directement la Fédération de Russie» (par. 90).

19. Si la Cour en était au stade de l'examen de l'affaire au fond, la Géorgie aurait la charge d'établir toute la gamme d'éléments factuels et juridiques prouvant qu'il y a eu violation de la CIEDR par une partie à cette convention. Par exemple, si à propos d'un prétendu incident la Géorgie soutenait que le comportement d'entités autres que le Gouvernement de Russie était constitutif de discrimination ethnique, et à supposer que la Cour ait conclu à sa compétence *ratione loci* et *ratione temporis*, la Géorgie devrait également prouver, entre autres, que la Russie était responsable d'une telle discrimination. Toutefois, la Cour était présentement priée de décider non pas si la CIEDR s'applique ou non à la Russie en ce qui concerne des incidents qui se sont produits en dehors de son territoire (une question d'interprétation sur laquelle les Parties sont en désaccord), ou si tel ou tel incident a donné lieu à la violation par la Russie des obligations qui sont les siennes aux termes de la CIEDR, mais simplement s'il existe un désaccord entre les Parties sur de telles questions et d'autres aspects de l'interprétation ou de l'application de la CIEDR. Si l'on écarte, par exemple, un document dans lequel la Géorgie a fait part d'un comportement pouvant constituer une violation de la CIEDR — mais sans toutefois l'avoir à l'époque attribué à la Russie —, cela ne contribue pas à déterminer si les éléments de fait dans leur ensemble démontrent l'existence d'un différend juridique entre les Parties. Il ressort des éléments de preuve que, selon la Géorgie, la Russie est responsable sur le plan international de discrimination ethnique, en violation de la CIEDR, et que la Russie est en désaccord avec cette allégation, pour de nombreuses raisons. C'est tout ce qui est nécessaire pour établir l'existence d'un différend portant sur l'interprétation ou l'application de la CIEDR.

20. En somme, je souscris à la conclusion de la Cour selon laquelle il existe un différend entre les Parties, mais je ne conviens pas que ce différend ait commencé le 9 août 2008 seulement. En exigeant du demandeur qu'il notifie sa réclamation au défendeur avant de déposer une requête, la Cour ne contribue en rien à établir s'il existe ou non un «différend», mais elle impose en revanche une nouvelle condition procédurale qui, comme l'a relevé la Cour permanente dans l'affaire relative à la *Haute-Silésie*, «pourrait être à tout moment remplie par un acte unilatéral de la partie demanderesse. La Cour ne pourrait s'arrêter à un défaut de forme qu'il

Party concerned.” (*Certain German Interests in Polish Upper Silesia, Jurisdiction, Judgment No. 6, 1925, P.C.I.J., Series A, No. 6*, p. 14; see also *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Yugoslavia), Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 1996 (II)*, pp. 613-614, para. 26 (discussing cases in which the Court rejected objections asserting the absence of a dispute where such objections were based on “a defect in a procedural act which the applicant could easily remedy”).) Instead of following the Judgment’s approach, I conclude that, taken as a whole, the assertions and the factual submissions of the Parties demonstrate that there is a dispute between the Parties relating to the subject-matter of the CERD, and that the dispute predated 9 August 2008.

II. SECOND PRELIMINARY OBJECTION

21. With other colleagues, I have submitted a joint dissenting opinion with respect to the second preliminary objection of the Russian Federation. I do not repeat here the reasons that I dissent. I note only that the decision of the Court that the dispute began only on 9 August 2008 has a profound impact on its analysis of the second preliminary objection, because the Judgment declines to give weight to any engagement between Georgia and Russia prior to that date.

III. CONCLUSION

22. The Judgment’s test for determining whether there is a dispute and its conclusion regarding the meaning and effect of this particular compromissory clause have implications that could go beyond this case. In particular, while I am confident that this is not the intention of those who voted in favour of the Judgment, I am concerned that the Judgment will work to the disadvantage of States with limited resources and those that have little or no experience before this Court.

23. The question whether this Court has jurisdiction under a particular treaty is independent of the obligation of treaty parties to comply with that treaty. Equally, the fact that a particular treaty may be relevant to only one aspect of a larger dispute (as in the present case) does not absolve the parties from complying with that treaty. In general, State A need not remind State B of a particular treaty in order to trigger State B’s obligations under that treaty. Moreover, when a dispute arises under a treaty as to which both States have accepted the Court’s jurisdiction *ante hoc*, State B has every reason to consider the prospect that State A

dépendrait de la seule partie intéressée de faire disparaître.» (*Certains intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise, compétence, arrêt n° 6, 1925, C.P.J.I. série A n° 6*, p. 14; voir également *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Yougoslavie), exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1996 (II)*, p. 613-614, par. 26 (où la Cour évoque des affaires dans lesquelles elle a rejeté des exceptions faisant état de l'absence de différend lorsque celles-ci étaient fondées sur «un défaut qui affecterait un acte de procédure et auquel la partie requérante pourrait aisément porter remède».) Contrairement à l'approche adoptée par la Cour dans son arrêt, je conclus que, dans leur ensemble, les déclarations des Parties ainsi que les éléments factuels qu'elles ont produits démontrent qu'il existe entre elles un différend se rapportant à l'objet de la CIEDR et que la naissance de ce différend est antérieure au 9 août 2008.

II. DEUXIÈME EXCEPTION PRÉLIMINAIRE

21. J'ai signé, avec plusieurs de mes collègues, une opinion dissidente commune concernant la deuxième exception préliminaire soulevée par la Fédération de Russie. Je ne répéterai pas ici les raisons de mon désaccord avec la majorité à cet égard. Je relève simplement que la décision selon laquelle le différend s'est fait jour le 9 août 2008 seulement a de lourdes conséquences pour l'analyse de la deuxième exception préliminaire, car la Cour refuse d'accorder un quelconque poids à toute prise à partie que la Géorgie et la Russie ont pu avoir avant cette date.

III. CONCLUSION

22. Le critère que retient la Cour dans son arrêt pour établir s'il existe ou non un différend et la conclusion à laquelle elle parvient quant à la signification et à l'effet de la clause compromissaire considérée en l'espèce ont des conséquences qui risquent de dépasser le cadre de la présente affaire. En particulier, bien que je sois certaine que telle n'a pas été l'intention de la majorité, je crains que cet arrêt n'ait des conséquences défavorables pour les Etats disposant de ressources limitées ou pour ceux qui n'ont pas ou guère eu l'occasion de comparaître devant la Cour.

23. La question de savoir si la Cour est compétente en vertu d'un traité particulier est indépendante de l'obligation qui s'impose aux parties au traité de s'y conformer. Egalement, même si un traité particulier ne concerne qu'un aspect d'un différend plus vaste (comme c'est le cas en l'espèce), cela ne dispense pas les parties de le respecter. De manière générale, l'Etat A n'a pas à rappeler un traité particulier à l'Etat B pour déclencher l'application des obligations qui s'imposent à l'Etat B en vertu de ce traité. De surcroît, lorsque survient un différend concernant un traité pour lequel les deux Etats ont accepté, *ante hoc*, la compétence de

may seek relief in this Court. Nonetheless, the Court today has created new hurdles of notice, opposition and a formalistic “negotiation” requirement before State A may file an Application alleging that State B has breached its obligations.

24. In the vast majority of cases, these requirements will not defeat jurisdiction. Normally, State A can be expected to raise its legal concerns with State B and to seek to resolve those concerns through some form of diplomacy. Less commonly, however, a State may choose instead to proceed directly to this Court. For example, if State B disclaims any responsibility — in law or in fact — for the conduct about which State A is concerned, State A may conclude that negotiations would be futile.

25. For States with the resources to follow the decisions of this Court closely, counsel will read today’s Judgment and will caution clients about the requirements that it imposes. The same cannot be said, however, of States with limited resources and those that lack experience before this Court. Under the Court’s decision today, even if such a State considers that it is the victim of a clear violation by another State, and even if the “precondition” in a compromissory clause is hidden, as in the CERD, the State’s access to this Court could be barred unless it follows new procedural requirements that it will not find in the text of the treaty, the Statute or the Rules of Court.

(Signed) Joan E. DONOGHUE.

la Cour, l'Etat B a toutes les raisons de penser que l'Etat A pourrait chercher réparation devant cette Cour. Pourtant, la Cour a aujourd'hui créé de nouveaux obstacles en exigeant une notification, une opposition et une « négociation » formelle avant que l'Etat A puisse déposer une requête dans laquelle il allègue que l'Etat B a violé ses obligations.

24. Dans la grande majorité des cas, ces exigences ne feront pas obstacle à la compétence de la Cour. Normalement, on peut s'attendre à ce que l'Etat A fasse part à l'Etat B de ses préoccupations d'ordre juridique et qu'il cherche à y remédier par la voie diplomatique. Toutefois, un Etat peut parfois choisir de saisir directement la Cour. Par exemple, si l'Etat B décline toute responsabilité — en droit ou en fait — pour le comportement qui est à l'origine des préoccupations de l'Etat A, celui-ci peut en déduire qu'il serait vain d'entamer des négociations.

25. Les Etats qui disposent de ressources pour suivre de près les décisions de la Cour bénéficieront de l'aide de conseils qui, ayant lu le présent arrêt, les avertiront des nouvelles conditions qui en résultent. Mais il n'en va pas de même des Etats dont les ressources sont limitées ou qui n'ont pas l'expérience des débats devant la Cour. Par suite du présent arrêt, un tel Etat, même s'il s'estime victime d'une violation manifeste commise par un autre, et même si la « condition préalable » n'apparaît pas dans la clause compromissoire, comme c'est le cas dans la CIEDR, risque de ne pouvoir accéder à la Cour sauf à respecter de nouvelles exigences procédurales qu'il ne trouvera ni dans le texte du traité, ni dans le Statut ou le Règlement de la Cour.

(Signé) Joan E. DONOGHUE.