

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

(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 compromissaire 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

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. 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

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'Ethiopie 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-

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

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. 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

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

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

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.