

OPINION INDIVIDUELLE DE M. LE JUGE OWADA,
PRÉSIDENT

[Traduction]

Tâche de la Cour lors de la phase de l'examen des exceptions préliminaires — Existence d'un « différend » à des fins juridictionnelles — Existence d'un différend relatif à l'interprétation ou à l'application de la CIEDR au moment du dépôt de la requête — Nature même du différend porté devant la Cour par la Géorgie.

OBSERVATIONS GÉNÉRALES

1. J'ai voté contre la conclusion finale de l'arrêt dans laquelle la Cour « [d]it qu'elle n'a pas compétence pour connaître de la requête déposée par la Géorgie » (par 187, dispositif, point 2). La Cour est parvenue à cette conclusion après avoir décidé *a)* de rejeter la première exception préliminaire soulevée par le défendeur, mais *b)* de retenir la deuxième exception préliminaire du défendeur (*ibid.*, point 1).

2. Quoique je souscrive à la conclusion de la Cour concernant la première exception préliminaire, telle qu'énoncée au point 1 *a)* du dispositif, je suis, en revanche, en désaccord avec la conclusion concernant la deuxième exception, telle qu'énoncée au point 1 *b)* du dispositif, conclusion qui a trait à la condition de « négociation » aux termes de la clause compromissoire contenue à l'article 22 de la convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (ci-après « CIEDR »). C'est pourquoi j'ai décidé de rédiger une opinion dissidente commune avec quatre autres juges qui ne souscrivent pas à l'arrêt pour ce même motif. La position conjointement adoptée par ces cinq juges, y compris moi-même, relativement à la deuxième exception préliminaire soulevée par le défendeur, est exposée dans cette opinion dissidente commune.

3. Outre mon désaccord avec l'arrêt en ce qui concerne cette deuxième exception, je tiens également à préciser que je suis en désaccord avec certains aspects du raisonnement de la majorité en ce qui concerne la première exception préliminaire et, plus particulièrement, avec l'approche suivie relativement à l'objet du différend, y compris les questions de savoir si la réclamation du demandeur permet d'établir l'existence d'un *différend relatif à l'interprétation et à l'application de la CIEDR* en la présente espèce et, dans l'affirmative, si ce différend opposait les Parties au moment du dépôt de la requête.

4. Aussi ai-je décidé de joindre à l'arrêt la présente opinion individuelle, dans laquelle sont exposées mes vues sur la tâche de la Cour à ce stade de l'instance, à savoir l'examen des exceptions préliminaires soule-

vées par le défendeur, et sur la nature même de la réclamation présentée par le demandeur en l'espèce.

LA TÂCHE DE LA COUR LORS DE LA PHASE
DE L'EXAMEN DES EXCEPTIONS PRÉLIMINAIRES

5. Lorsque sont examinées des exceptions préliminaires d'incompétence, la Cour doit déterminer si elle a compétence pour connaître de l'affaire au fond. Lors de cette phase de l'instance, il ne lui incombe pas de s'interroger quant au bien-fondé des arguments des Parties sur le fond de l'affaire. La question de savoir si la réclamation du demandeur selon laquelle le défendeur a violé, au cours de la période précédant le dépôt de la requête, les obligations qui lui incombent au titre de la CIEDR est une question qui demandait à être étayée par le demandeur, en droit comme en fait, au stade de l'examen au fond. Lors de la présente phase de l'instance, la Cour devait exclusivement rechercher si la réclamation relative à l'interprétation ou à l'application de la CIEDR, telle que formulée par le demandeur, entrait ou non, au moment du dépôt de la requête, dans le champ de la compétence que lui confère la clause compromissoire énoncée dans la Convention (art. 22).

6. Pour répondre à cette question ainsi circonscrite, il est important de commencer par définir le motif d'action invoqué par le demandeur. Dans sa requête, la Géorgie a défini sa position comme suit :

«La République de Géorgie, en son nom propre et en qualité de *parens patriae* de ses citoyens, prie respectueusement la Cour de dire et juger que la Fédération de Russie, par l'intermédiaire de ses organes et agents et d'autres personnes et entités exerçant une autorité gouvernementale, ainsi que par l'intermédiaire des forces séparatistes sud-ossètes et abkhazes et d'autres agents opérant sur ses instructions ou sous sa direction et son contrôle, a violé les obligations que lui impose la CIEDR :

- a) en se livrant à des actes et pratiques de «discrimination raciale contre des personnes, groupes de personnes ou institutions» et en ne faisant pas «en sorte que toutes les autorités publiques et institutions publiques, nationales et locales, se conforment à cette obligation», en violation de l'alinéa a) du paragraphe 1 de l'article 2 de la Convention ;
- b) en «encourageant, défendant ou appuyant la discrimination raciale», en violation de l'alinéa b) du paragraphe 1 de l'article 2 de la Convention ;
- c) en n'«interdisant pas, par tous les moyens appropriés, y compris, si les circonstances l'exigent, des mesures législatives, ... la discrimination raciale ... et en n'y mettant pas fin», en violation de l'alinéa d) du paragraphe 1 de l'article 2 de la Convention ;

- d) en ne condamnant pas la «ségrégation raciale» et en n'«éliminant pas ... toutes les pratiques de cette nature» en Ossétie du Sud et en Abkhazie, en violation de l'article 3 de la Convention;
- e) en ne «condamnant pas toute propagande et toutes organisations ... qui prétendent justifier ou encourager toute forme de haine et de discrimination raciales» et en n'«adoptant pas immédiatement des mesures positives destinées à éliminer toute incitation à une telle discrimination», en violation de l'article 4 de la Convention;
- f) en portant atteinte à la jouissance, par les populations de souches géorgienne, grecque et juive d'Ossétie du Sud et d'Abkhazie, des droits de l'homme fondamentaux énumérés à l'article 5 de la Convention, en violation de cet article 5;
- g) en n'assurant pas «une protection et une voie de recours effectives» contre les actes de discrimination raciale, en violation de l'article 6 de la Convention.» (Requête de la Géorgie, par. 82.)

Dans les conclusions finales exposées dans son mémoire du 2 septembre 2009, la Géorgie a précisé sa demande comme suit :

«Sur la base des éléments de preuve et des arguments juridiques soumis dans le présent *mémoire*, la Géorgie prie la Cour de dire et juger :

que la Fédération de Russie a, *par l'intermédiaire de ses organes et agents et d'autres personnes ou entités exerçant une autorité gouvernementale, ainsi que par l'intermédiaire des autorités gouvernementales de facto d'Ossétie du Sud et d'Abkhazie et des milices* opérant dans ces régions, violé les dispositions des alinéas *a), b) et d)* du paragraphe 1 de l'article 2, de l'article 3 et de l'article 5 de la convention de 1965 par les actions suivantes : i) nettoyage ethnique à l'encontre des Géorgiens d'Ossétie du Sud ; ii) déni du droit de retour des Géorgiens en Ossétie du Sud et en Abkhazie ; et iii) destruction de la culture et de l'identité géorgiennes en Ossétie du Sud et en Abkhazie.» (Mémoire de la Géorgie, vol. I, p. 407 ; les italiques sont de moi.)

7. Il ressort clairement de cette conclusion présentée par la Géorgie que celle-ci accuse la Fédération de Russie d'avoir, par sa conduite, violé les obligations que lui impose la CIEDR dans les régions de l'Ossétie du Sud et de l'Abkhazie au cours de la période allant de l'entrée en vigueur de la Convention entre les deux Etats jusqu'au dépôt de la requête en la présente espèce. (Il est vrai que la Géorgie se réfère également à certains événements antérieurs à cette période, mais, ainsi qu'elle le reconnaît elle-même, ceux-ci sont sans pertinence d'un point de vue juridique aux fins du présent différend — qui a été porté devant la Cour sur la base de l'article 22 et, partant, est soumis à la limitation *ratione temporis* qui découle de cette disposition —, sauf pour démontrer que le différend allégué, qui s'est fait jour avant l'entrée en vigueur de la CIEDR, a continué d'exister après 1999.)

8. C'est au stade de l'examen au fond que la Cour devait trancher la question de savoir si cette thèse de la Géorgie consistant à tenir la Fédération de Russie pour responsable d'actes internationalement illicites au regard de la CIEDR, y compris les actes ou omissions que le défendeur aurait commis en participant à la force de maintien de la paix, est justifiée en droit et en fait. Selon moi, la Cour ne devait pas — et ne pouvait d'ailleurs pas — se prononcer sur le bien-fondé de cette réclamation à ce stade préliminaire de l'instance.

9. Par conséquent, il incombait d'abord à la Cour de rechercher si cette réclamation de la Géorgie pouvait lui permettre d'établir l'existence d'un *différend entre le demandeur et le défendeur*, au sens généralement admis que revêt ce terme en droit international général et dans sa jurisprudence constante et, en pareil cas, si ce différend constituait un différend «touchant l'interprétation ou l'application de la [CIEDR]» (CIEDR, art. 22; requête, par. 18). Dans l'affirmative, il lui fallait alors rechercher si ce différend existait entre les Parties *au moment du dépôt de la requête de la Géorgie*.

EXISTENCE D'UN «DIFFÉREND» À DES FINS JURIDICTIONNELLES

10. S'agissant de la première question, celle de savoir s'il existe entre le demandeur et le défendeur un différend relatif à la CIEDR, l'arrêt commence par un examen de ce qu'est un différend. A cet égard, la Cour cite la définition bien connue que la Cour permanente de Justice internationale (ci-après «CPJI») a donnée dans l'affaire des *Concessions Mavrommatis en Palestine* (arrêt n° 2, 1924, C.P.J.I. série A n° 2; ci-après «*Mavrommatis*»), selon laquelle «[u]n différend est un désaccord sur un point de droit ou de fait, une contradiction, une opposition de thèses juridiques ou d'intérêts entre deux personnes» (arrêt, par. 30). Selon moi, cette définition englobante et générale peut effectivement servir de point de départ de l'analyse en la présente espèce.

La définition classique donnée par la CPJI a été précisée en 1962 dans un *dictum* de la Cour dans les affaires du *Sud-Ouest africain* (*Ethiopie c. Afrique du Sud*; *Libéria c. Afrique du Sud*), *exceptions préliminaires* (ci-après «*Sud-Ouest africain*»). Après avoir cité le passage pertinent de l'affaire *Mavrommatis*, l'arrêt de 1962 se poursuit comme suit :

«il 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. D'après ce critère,*

l'existence d'un différend entre les parties devant la Cour [dans cette affaire] ne saurait faire de doute puisqu'il résulte clairement de leurs attitudes opposées à propos de l'accomplissement des obligations du Mandat par le défendeur, en sa qualité de Mandataire.» (C.I.J. Recueil 1962, p. 328; les italiques sont de moi.)

11. Se fondant sur cet important *dictum*, la Cour examine ensuite dans le présent arrêt les éléments de preuve concrets qui lui ont été présentés par le demandeur, précisant qu'«elle 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» (arrêt, par. 31; les italiques sont de moi). Ainsi que cela sera exposé ci-dessous de manière plus détaillée (voir les paragraphes 22-24 de la présente opinion), cette approche donne lieu dans l'arrêt à une analyse approfondie de chaque élément de preuve présenté par la Géorgie afin de rechercher si celle-ci y a formulé des allégations suffisamment précises et si la Fédération de Russie a effectivement eu l'occasion de manifester concrètement son opposition à ces allégations. Selon moi, cela revient à considérer que, aux fins d'établir l'existence d'un différend entre les parties, le demandeur est tenu *d'établir l'existence d'un acte positif par lequel s'est manifestée l'opposition* du défendeur; il s'agit là d'un nouveau critère fort strict, qui n'est énoncé dans aucun des deux précédents cités ci-dessus. Or, pareil critère ne permettrait pas de discerner l'existence d'un différend lorsque les réclamations se heurtent, ainsi que je le préciserai ci-dessous, à une dénégation pure et simple au motif que les faits dont il est tiré grief ne concernent pas le défendeur.

12. L'illogisme de cette approche suivie dans le présent arrêt apparaît à la lecture de l'intégralité du passage pertinent des affaires du *Sud-Ouest africain*, replacé dans son contexte global. Il appert en effet de la dernière phrase de l'extrait précité que la Cour a, dans les arrêts en question, simplement cherché à clarifier ce que sa devancière avait indiqué en l'affaire *Mavrommatis*. Autrement dit, cette phrase, même si elle n'est pas suffisamment bien formulée, a pour objet de préciser que, dans les affaires où un conflit d'intérêts entre les parties est en cause, il ne suffit pas que l'une d'elles *affirme que les intérêts des deux parties sont en conflit*, mais il lui *faut démontrer que la réclamation formulée par le demandeur se heurte à une attitude d'opposition manifeste* du défendeur et ce, quel qu'en soit le motif. Cela ne revient nullement à dire que le demandeur est tenu d'établir l'existence d'«un acte positif par lequel s'est manifestée l'opposition» du défendeur.

13. Dans les arrêts qu'elle a rendus en 1962 dans les affaires du *Sud-Ouest africain*, la Cour a d'ailleurs conclu que, «[d']après ce critère, *l'existence d'un différend* entre les parties devant la Cour *ne saurait faire de doute* puisqu'il *résulte clairement de leurs attitudes opposées*» (C.I.J. Recueil 1962, p. 328; les italiques sont de moi). Il apparaît donc tout à fait clairement qu'elle n'entendait pas, par le prononcé précité figurant dans son arrêt

de 1962, signifier qu'il convenait d'infléchir la définition donnée par la CPJI en l'affaire *Mavrommatis* en allant jusqu'à imposer au demandeur de satisfaire à la condition stricte consistant à *établir l'existence d'un acte positif par lequel s'est manifestée l'opposition* de la partie adverse.

EXISTENCE D'UN DIFFÉREND RELATIF À L'INTERPRÉTATION
OU À L'APPLICATION DE LA CIEDR AU MOMENT DU DÉPÔT
DE LA REQUÊTE

14. Même si l'existence d'un différend est établie, il convient, afin de satisfaire à la condition de compétence énoncée à l'article 22 de la CIEDR, de démontrer que ce différend « touch[e] l'interprétation ou l'application de [cette] convention » et qu'il existait au moment du dépôt de la requête. Dans le présent arrêt, la Cour a conclu qu'un tel différend existait bel et bien au moment du dépôt de la requête, mais seulement en ce qui concerne la situation qui s'est fait jour à partir du 9 août. Selon moi, cette appréciation est erronée. Je ne pense pas que la Cour, aux fins d'établir sa compétence, soit tenue de déterminer avec précision le moment où le différend s'est fait jour. Ce nonobstant, cette question de savoir si le différend n'a surgi qu'à l'égard d'événements postérieurs au 9 août, ou bien avant cette date, revêt une grande importance juridique, puisqu'elle est liée à celle de la nature même du différend et, partant, à celle des négociations qui est abordée dans le cadre de l'examen de la deuxième exception préliminaire.

15. A cet égard, la Cour reconnaît dans le présent arrêt que « des différends ont effectivement surgi entre le mois de juin 1992 et le mois d'août 2008 au sujet des événements en Abkhazie et en Ossétie du Sud », mais précise que « [c]es différends portaient sur une série de questions, parmi lesquelles le statut de l'Abkhazie et de l'Ossétie du Sud, le déclenchement de conflits armés ou des violations alléguées du droit international humanitaire et du droit relatif aux droits de l'homme, y compris des droits des minorités ». Dès lors, la Cour définit comme suit le cadre de son examen : « [c]'est ... *dans cette situation complexe qu'il convient d'établir si le différend allégué par la Géorgie et nié par la Fédération de Russie existe* » (arrêt, par. 32; les italiques sont de moi). Cela étant posé, la Cour retrace l'évolution des conflits en Abkhazie et en Ossétie du Sud à partir du début des années 1990, en se penchant sur les résolutions relatives au rétablissement de la paix dans la région adoptées par le Conseil de sécurité au cours de cette décennie, et précise que ce cadre historique forme « une part importante du contexte dans lequel les déclarations invoquées par les Parties ont été faites » (*ibid.*, par. 39).

16. Cette approche, qui vise à définir le contexte dans lequel doivent être examinés les éléments de preuve concrets qui se rapportent à l'existence d'un différend relatif à la CIEDR, paraît hautement problématique. En effet, ainsi que cela ressort clairement de l'historique général de ce tragique épisode qu'ont connu l'Abkhazie et l'Ossétie du Sud, le processus par lequel le différend s'est fait jour n'a pas été statique; il s'agit au contraire d'un processus qui a évolué au fil des ans. C'est pourquoi la

tentative de la Cour d'apprécier toute l'histoire des conflits du début des années 1990 en Abkhazie et en Ossétie du Sud, ainsi que l'évolution de la relation entre le demandeur et le défendeur, à travers le prisme uniforme des «accords conclus dans les années 1990 et [des] résolutions que le Conseil de sécurité a adoptées à partir de cette période» présentait le risque de donner une image quelque peu déformée du contexte du différend. Le fait que soit entérinée dans l'arrêt l'idée selon laquelle la Fédération de Russie n'a agi qu'en qualité de «facilitateur» pendant toute la durée du processus — processus au cours duquel la situation créée par les Parties s'est pourtant transformée considérablement — illustre parfaitement cette approche. (Ainsi, il est fait référence dans l'arrêt aux débats au Conseil de sécurité où le défendeur était considéré comme un facilitateur et où le demandeur a gardé le silence. Or, on pourrait au moins soutenir, sans pour autant prendre position sur la question, que le silence que celui-ci a observé à l'égard de l'objet du différend peut s'expliquer par le contexte dans lequel se déroulaient les débats en question, à savoir celui de l'enceinte multilatérale du Conseil de sécurité, qui s'intéressait essentiellement à la situation du point de vue du rétablissement et du maintien de la paix dans la région.)

17. Selon moi, il est aisé de discerner, dans les relations bilatérales entre la Géorgie et la Fédération de Russie, une cristallisation de plus en plus prononcée, au fil des ans, du différend relatif aux questions du nettoyage ethnique de la population dans la région et du traitement des réfugiés et des personnes déplacées. Ce différend a fini par être défini en des termes plus clairs, en particulier dans la période qui a suivi la prise de fonctions du nouveau président de la Géorgie en 2004. Il ressort des déclarations publiques faites dans cette période que le contexte du différend dans son ensemble a alors connu une transformation très importante. Ainsi, certains des documents et déclarations ayant trait aux propos tenus par le président qui ont été présentés par le demandeur attestent clairement l'existence d'un différend opposant celui-ci au défendeur relativement à des questions qui, sur le fond, entrent manifestement dans les prévisions de la CIEDR.

18. Certes, la Convention n'est pas explicitement mentionnée dans ces déclarations du président, mais les références expresses à des actes de nettoyage ethnique et au traitement des réfugiés et des personnes déplacées dans la région y abondent.

A cet égard, il est utile de rappeler que, ainsi que la Cour le reconnaît elle-même dans son arrêt (par. 30), elle a toujours estimé que,

«parce qu'un Etat ne s'est pas expressément référé, dans des négociations avec un autre Etat, à un traité particulier qui aurait été violé par la conduite de celui-ci, il n'en découle pas nécessairement que le premier ne serait pas admis à invoquer la clause compromissoire dudit traité» (*Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique)*, compétence et recevabilité, arrêt, C.I.J. Recueil 1984, p. 428, par. 83).

Dans cette même affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* (*Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique*), compétence et recevabilité (ci-après «*Activités militaires et paramilitaires*»), la Cour a en outre indiqué, au sujet de la situation alors à l'examen :

«Les Etats-Unis [le défendeur] savaient avant l'introduction de la présente instance que le Nicaragua [le demandeur] affirmait que leur comportement constituait une violation de leurs obligations internationales; ils savent maintenant qu'il leur est reproché d'avoir violé [le] traité [dont la clause compromissaire est invoquée].» (*C.I.J. Recueil 1984*, p. 428, par. 83.)

Le raisonnement que la Cour a suivi dans cette affaire peut être appliqué presque mot pour mot en la présente espèce, si l'on remplace les noms du demandeur et du défendeur par ceux des Etats concernés.

19. Dans le présent arrêt, tout en reprenant ce raisonnement suivi en l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires*, la Cour soutient néanmoins que, «dans ses échanges avec l'autre Etat ... [un Etat] doit ... s'être référé assez clairement à l'objet du traité pour que l'Etat contre lequel il formule un grief puisse savoir qu'un différend existe ou peut exister à cet égard», avant de préciser

«Une référence expresse ôterait tout doute quant à ce qui, selon cet Etat, constitue l'objet du différend et permettrait d'en informer l'autre Etat. Les Parties conviennent qu'une telle référence n'a pas été faite en la présente espèce.» (Arrêt, par. 30.)

20. Selon moi, cette proposition formulée dans l'arrêt est non seulement dépourvue de pertinence puisque pareille «référence expresse» ne constitue pas une exigence juridique aux fins d'établir l'existence du différend, mais elle risque même d'induire en erreur si elle est interprétée comme laissant entendre que l'absence de «référence expresse» en la présente espèce pourrait constituer un élément revêtant une certaine pertinence juridique, contrairement à ce qui appert du passage précité de l'arrêt en l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires*.

21. Il est incontestable que le demandeur a, à maintes reprises, indiqué tout à fait clairement que, selon lui, les questions en litige avec le défendeur étaient le «nettoyage ethnique» et le «retour des réfugiés» — qui constituent à l'évidence d'importantes questions relevant de la CIEDR — dans la région, même si ces questions ont été soulevées dans le cadre des problèmes plus généraux de l'intégrité territoriale de la Géorgie, du statut juridique de l'Abkhazie et de l'Ossétie du Sud, et du déclenchement de conflits armés dans cette région. Le fait que les protestations élevées par la Géorgie dans ses communications diplomatiques ou dans le cadre d'enceintes multilatérales portaient essentiellement sur ces problèmes d'ordre plus général ne signifie pas nécessairement que, selon le demandeur, les questions du nettoyage ethnique et du statut des réfugiés n'étaient pas importantes en elles-mêmes, dès lors qu'elles pouvaient être incorporées

dans ces protestations globales en tant qu'éléments faisant partie intégrante de la réclamation formulée à l'encontre du défendeur relativement à la situation en Abkhazie et en Ossétie du Sud.

22. L'observation formulée ci-dessus est importante particulièrement pour apprécier la nature du différend en la présente espèce, étant donné la manière dont la Cour a, dans son arrêt, tenté de déterminer la valeur probante d'un certain nombre de documents et de déclarations publics relatifs à la période allant de 1999 à 2008 qui ont été présentés par le demandeur comme se rapportant à l'objet de ce différend. En effet, ces très nombreux éléments de preuve ont, pour l'essentiel, été considérés isolément et ont fait l'objet d'une analyse minutieuse. Par cette méthode, la Cour a tenté de déterminer si chacun de ces éléments suffisait à démontrer que le demandeur avait formulé une réclamation concrète entrant dans le champ de la CIEDR et si le fait auquel renvoyait l'élément en question avait ou non donné lieu à un acte positif par lequel se manifesterait l'opposition du défendeur.

23. A cet égard, il convient cependant de soulever un important point de droit. Dans le cadre de son examen de la valeur probante de différents documents et déclarations publics relatifs à la position des autorités géorgiennes, la Cour semble considérer que ceux-ci ont pu ne pas être portés à la connaissance du défendeur par le demandeur ou que ce dernier n'a présenté aucun élément indiquant que le défendeur en avait eu connaissance (voir arrêt, par. 104).

24. Or, il n'existe aucune règle de droit international imposant à la partie requérante, en tant que condition juridique pour établir l'existence d'un différend, de notifier au préalable sa réclamation à la partie adverse. Pour qu'un différend existe entre deux parties, la partie adverse doit, de toute évidence, avoir connaissance de la position opposée du requérant sur la question en cause. En la présente espèce, je considère que cet élément, selon lequel «la partie adverse doit avoir connaissance de la position opposée du requérant», a été amplement démontré par l'attitude du défendeur consistant à rejeter clairement la réclamation formulée par le demandeur relativement au nettoyage ethnique et au statut des réfugiés et des personnes déplacées dans la région. Le défendeur a fondé ce rejet sur le motif apparent qu'il s'agissait d'une question qui ne le concernait pas d'un point de vue juridique. Aussi devait-il avoir parfaitement connaissance de la position opposée du demandeur, tout en contestant la validité juridique de la réclamation en ce qu'elle était formulée à son encontre. Si le principe selon lequel la partie adverse doit avoir connaissance de la position opposée du requérant est valide en soi, cela ne justifie pas pour autant celui, totalement différent, selon lequel le requérant serait, pour que le différend prenne naissance, juridiquement tenu de porter la question, en tant que constituant un différend entre les deux parties, à la connaissance de la partie adverse. Ainsi que la Cour l'a précisé dans l'avis consultatif qu'elle a donné sur l'*Interprétation des traités de paix conclus avec la Bulgarie, la Hongrie et la Roumanie, première phase, avis consultatif*, la question de savoir s'il existe un différend demande en effet à être établie objectivement par la Cour (*C.I.J. Recueil 1950*, p. 74).

LA NATURE MÊME DU DIFFÉREND PORTÉ DEVANT LA COUR
PAR LA GÉORGIE

25. Ainsi qu'il appert de sa requête et de son mémoire (voir para. 6, ci-dessus), la Géorgie soutient que la Fédération de Russie a violé les obligations que lui impose la CIEDR, notamment en «se livrant à des actes et pratiques de «discrimination raciale...» et en ne faisant pas «en sorte que toutes les autorités publiques et institutions publiques ... se conforment à cette obligation», en violation de l'alinéa *a*) du paragraphe 1 de l'article 2 de la Convention»; en «encourageant, défendant ou appuyant la discrimination raciale», en violation de l'alinéa *b*) du paragraphe 1 de l'article 2 de la Convention»; et en «n'«interdisant pas ... la discrimination raciale ... et en n'y mettant pas fin», en violation de l'alinéa *d*) du paragraphe 1 de l'article 2 de la Convention» (requête, par. 82). La Géorgie a développé ces points lorsqu'elle a explicité sa position pendant la procédure orale, précisant qu'elle tenait la Fédération de Russie pour responsable non seulement de son propre comportement en tant qu'Etat partie à la CIEDR agissant en son nom propre, mais aussi de sa conduite — actes ou omissions — en tant que membre de la force de maintien de la paix de la Communauté des Etats indépendants (ci-après «CEI»), agissant dans le cadre du mandat autorisé par l'Organisation des Nations Unies.

26. Autrement dit, la Géorgie tient la Fédération de Russie pour responsable de ses actes ou omissions qui, selon elle, constituent des violations d'obligations au titre de la CIEDR, que le défendeur ait agi en son propre nom ou en sa qualité de membre de la force de maintien de la paix de la CEI. Cette réclamation repose sur la thèse du demandeur selon laquelle le défendeur doit être tenu pour responsable de tous actes ou omissions constitutifs de violations d'obligations au titre de la CIEDR qui auraient été commis par les forces auxquelles participait la Fédération de Russie en Ossétie du Sud et en Abkhazie, dès lors que les actes ou omissions dont il est tiré grief sont juridiquement imputables aux autorités de cet Etat. Le défendeur, quant à lui, rejette cet argument en faisant valoir que les actes ou omissions dont il est tiré grief sont avant tout attribuables aux autorités séparatistes d'Ossétie du Sud et d'Abkhazie, et qu'il s'agit donc de questions qui doivent être réglées par la Géorgie et lesdites autorités. Le défendeur soutient en outre que ces questions ne concernent nullement la Fédération de Russie en tant que partie à la CIEDR, étant donné que ses forces agissaient dans le cadre des mandats qu'elles s'étaient vu conférer pour participer au maintien de la paix et que la Fédération de Russie jouait le rôle de facilitateur, conformément aux résolutions pertinentes du Conseil de sécurité.

27. Nul ne conteste que les deux Parties puissent apprécier différemment les circonstances factuelles de l'affaire. Il est cependant important de relever que ces vues opposées du demandeur et du défendeur reflètent des conceptions différentes de la nature des activités qu'ont menées les forces de la Fédération de Russie en Ossétie du Sud et en Abkhazie pendant la période considérée et, partant, de la nature même du différend. Cette divergence de

positions juridiques sur ce qui constitue le différend en la présente espèce apparaît clairement comme un « désaccord sur un point de droit » et « une opposition de thèses juridiques » (*Mavrommatis*, arrêt, par. 30) entre les deux Parties touchant l'interprétation et l'application de la CIEDR.

28. Il va sans dire qu'il s'agit là de questions totalement ouvertes qui devaient être examinées lors de la phase du fond, notamment sous l'angle de la responsabilité de l'Etat à raison des violations alléguées de certaines obligations découlant de la CIEDR et de l'imputabilité de ces violations aux membres d'une mission de maintien de la paix agissant dans le cadre d'un mandat des Nations Unies ou de la CEI. Si l'affaire s'était poursuivie, la Cour aurait dû se pencher sur ces questions en élaborant sa décision au fond. Quoi qu'il en soit, cet aspect de l'affaire relève du fond de la demande telle que formulée par le demandeur. Certes, les deux Parties ont, au cours de la présente phase consacrée à l'examen des exceptions préliminaires d'incompétence, exposé certains arguments relatifs à leur position sur ce point, touchant ainsi au fond de la demande principale dans la mesure qui leur semblait nécessaire pour faire valoir leur thèse relative à la question de la compétence. Ce nonobstant, la Cour ne pouvait et ne devait pas, afin d'assurer une bonne administration de la justice, se pencher sur cet aspect de la demande à ce stade, sans que les Parties n'aient pleinement exposé leurs positions. S'il ne lui était pas possible de se prononcer sur la question de sa compétence sans se livrer à pareil examen, elle aurait dû faire usage de la possibilité que lui offre le paragraphe 9 de l'article 79 de son Règlement en déclarant que « [cette exception (c'est-à-dire la première exception préliminaire soulevée en la présente espèce)] n'a[vait] pas dans les circonstances de l'espèce un caractère exclusivement préliminaire ». En dernière analyse, je considère donc que, à ce stade de la présente instance, la Cour ne devait, ni même ne pouvait, se pencher plus avant sur cette question qui relève clairement du fond de l'affaire, et qu'elle devait se contenter de confirmer l'existence d'un différend relatif à l'interprétation et à l'application de la CIEDR entre le demandeur et le défendeur.

29. Pour toutes ces raisons, je suis d'avis que la méthode d'analyse qui a été suivie dans l'arrêt en ce qui concerne la première exception préliminaire a sensiblement transformé la nature du différend porté devant la Cour par le demandeur et conduit celle-ci à abréger indûment la durée constatée de l'existence de ce différend. De toute évidence, cela n'a pas été sans conséquence pour la période qui a été considérée aux fins de l'examen de la deuxième exception préliminaire. Je suis donc au regret de ne pouvoir souscrire à l'approche adoptée par la Cour en ce qui concerne la première exception préliminaire.

(*Signé*) Hisashi OWADA.