

DECLARATION OF JUDGE SKOTNIKOV

I have voted in favour of the Court's overall conclusion that it has no jurisdiction to entertain the Application filed by Georgia on 12 August 2008. I fully concur with the Court's decision to uphold the second preliminary objection raised by the Russian Federation. However, for the reasons given below, I am unable to support the Court's decision to reject the first preliminary objection raised by Russia.

1. I agree with the Court's conclusion that "Georgia has not . . . cited any document or statement made before it became party to CERD in July 1999 which provides support for its contention that 'the dispute with Russia over ethnic cleansing is long-standing and legitimate and not of recent invention'" (Judgment, para. 64). I equally support the Court's determination that "no legal dispute arose between Georgia and the Russian Federation during [the] period [between 1999 and July 2008] with respect to the Russian Federation's compliance with its obligations under CERD" (*ibid.*, para. 105).

2. The Court has arrived at the above conclusions after painstakingly considering all the relevant facts within their proper context.

3. Regrettably, the Court has not applied the same yardstick of rigorous contextual examination in forming the conclusion that a dispute with respect to the interpretation and application of CERD emerged on 9 August 2008 in the course of the armed conflict which started on the night of 7 to 8 August 2008 and that, consequently, there was a legal dispute between Georgia and the Russian Federation about the latter's compliance with its obligations under CERD at the date on which Georgia filed its Application, 12 August 2008 (*ibid.*, para. 113).

4. As the Court has stated on many occasions "[o]ne situation may contain disputes which relate to more than one body of law and which are subject to different dispute settlement procedures" (*ibid.*, para. 32). The Court observes throughout the Judgment that in the situation which preceded the outbreak of hostilities on 7/8 August 2008 there were disputes involving a range of different matters, but not the question of the interpretation or application of CERD.

5. The Court is under a duty to determine whether or not the August 2008 dispute was about compliance with CERD, rather than with the provisions of the United Nations Charter relating to the non-use of force or with the rules of international humanitarian law. This task is admittedly not an easy one. Indeed, some acts prohibited by international

DÉCLARATION DE M. LE JUGE SKOTNIKOV

[Traduction]

J'ai voté en faveur de la conclusion générale de la Cour selon laquelle celle-ci n'a pas compétence pour connaître de la requête déposée par la Géorgie le 12 août 2008. Je souscris pleinement à la décision de la Cour de retenir la deuxième exception préliminaire soulevée par la Fédération de Russie. Cependant, pour les raisons énoncées ci-dessous, je ne peux être d'accord avec sa décision de rejeter la première exception préliminaire soulevée par cette dernière.

1. Je fais mienne la conclusion de la Cour selon laquelle «la Géorgie ne s'est référée à aucun document ou déclaration antérieur à la date à laquelle elle est devenue partie à la CIEDR (juillet 1999) et attestant, comme elle l'affirme, que «le différend avec la Russie au sujet du nettoyage ethnique existe depuis longtemps, qu'il est fondé et qu'il ne s'agit pas d'une invention récente»» (arrêt, par. 64). De même, je conclus, comme la Cour, qu'«il n'existait aucun différend d'ordre juridique entre la Géorgie et la Fédération de Russie au sujet du respect par celle-ci de ses obligations en vertu de la CIEDR [pendant la période allant de 1999 à juillet 2008]» (*ibid.*, par. 105).

2. La Cour est parvenue aux conclusions ci-dessus après un examen minutieux des faits pertinents dans le contexte qui était le leur.

3. Malheureusement, la Cour n'a pas appliqué le critère de l'examen contextuel avec la même rigueur avant de parvenir à la conclusion qu'un différend touchant l'interprétation et l'application de la CIEDR est apparu le 9 août 2008 au cours du conflit armé qui s'est déclenché pendant la nuit du 7 au 8 août 2008 et que, par conséquent, il existait un différend relatif au respect par la Fédération de Russie de ses obligations en vertu de la CIEDR le jour où la Géorgie a déposé sa requête, soit le 12 août 2008 (*ibid.*, par. 113).

4. Comme la Cour l'a indiqué à maintes reprises, «une situation donnée peut englober des différends ayant trait à plusieurs *corpus* juridiques et ne relevant pas des mêmes procédures de règlement» (*ibid.*, par. 32). Tout au long de l'arrêt, la Cour relève que, dans la situation précédant le déclenchement des hostilités pendant la nuit du 7 au 8 août 2008, il existait des différends concernant une série de questions, mais pas celle de l'interprétation ou de l'application de la CIEDR.

5. La Cour a le devoir d'établir si le différend d'août 2008 portait ou non sur le respect de la CIEDR, et non sur celui des dispositions de la Charte des Nations Unies relatives au non-emploi de la force ou des règles du droit international humanitaire. Cette tâche n'est certes pas facile. En effet, certains actes proscrits par le droit international humani-

humanitarian law may also be capable of contravening rights provided by CERD. In order to determine the existence of a dispute under CERD, the Court must nevertheless satisfy itself that an alleged dispute relates to establishing a “distinction, exclusion, restriction or preference based on race, colour, descent, or national or ethnic origin” (Art. 1, CERD).

6. Given this difficulty, it may not always be possible for the Court to make a determination as to the existence of a CERD dispute in a situation of armed conflict at the preliminary stage of the proceedings. However, the Court always has the option of declaring that the objection as to the existence of a dispute does not possess, in the circumstances of the case, an exclusively preliminary character (Art. 79, para. 9, of the Rules of Court). Had the Court resorted to that option in the present case, it would have found itself on much safer ground.

7. It is striking that the Court’s decision to reject the first preliminary objection in so far as the period starting on 9 August 2008 is concerned is based solely on various pronouncements by the Parties.

A contextual analysis would have shown that those pronouncements do not constitute sufficient evidence of the existence of a dispute with respect to the interpretation or application of CERD.

8. The Court begins its consideration of that period of August 2008 by quoting the Report of the Independent International Fact-Finding Mission on the Conflict in Georgia, established by the Council of the European Union, to the effect that on the night of 7 to 8 August:

“a sustained Georgian artillery attack struck the town of Tskhinvali. Other movements of the Georgian armed forces targeting Tskhinvali and the surrounding areas were under way, and soon the fighting involved Russian, South Ossetian and Abkhaz military units and armed elements. It did not take long, however, before the Georgian advance into South Ossetia was stopped. In a counter-movement, Russian armed forces, covered by air strikes and by elements of its Black Sea fleet, penetrated deep into Georgia, cutting across the country’s main east-west road, reaching the port of Poti and stopping short of Georgia’s capital city, Tbilisi. The confrontation developed into a combined inter-state and intra-state conflict, opposing Georgian and Russian forces at one level of confrontation as well as South Ossetians together with Abkhaz fighters and the Georgians at another.” (Report, Vol. I, para. 2; Preliminary Objections of the Russian Federation, Vol. II, Ann. 75; see Judgment, para. 106.)

I think it would have been useful to consider at least two more observations contained in the Mission’s Report:

“There is the question of whether the use of force by Georgia in South Ossetia, beginning with the shelling of Tskhinvali during the

taire peuvent aussi être de nature à violer des droits énoncés dans la CIEDR. Pour établir l'existence d'un différend relevant de la Convention, la Cour doit néanmoins s'assurer que le différend allégué concerne l'instauration d'une « distinction, exclusion, restriction ou préférence fondée sur la race, la couleur, l'ascendance ou l'origine nationale ou ethnique » (CIEDR, art. 1).

6. En raison de cette difficulté, la Cour n'est sans doute pas toujours à même d'établir, au stade préliminaire de l'instance, l'existence d'un différend relevant de la CIEDR dans une situation de conflit armé. Toutefois, elle a toujours la possibilité de déclarer que l'exception soulevée quant à l'existence d'un différend n'a pas dans les circonstances de l'espèce un caractère exclusivement préliminaire (Règlement de la Cour, art. 79, par. 9). Il aurait été beaucoup plus prudent que la Cour emprunte cette voie dans la présente affaire.

7. Il est frappant que la Cour ait décidé de rejeter la première exception préliminaire pour ce qui concerne la période commençant le 9 août 2008 sur la seule base de diverses déclarations des Parties.

Une analyse contextuelle aurait montré que ces déclarations ne constituent pas des preuves suffisantes de l'existence d'un différend touchant l'interprétation ou l'application de la CIEDR.

8. La Cour commence l'examen de cette période d'août 2008 en citant le rapport de la mission d'enquête internationale indépendante sur le conflit en Géorgie créée par le Conseil de l'Union européenne, selon lequel, pendant la nuit du 7 au 8 août :

« la Géorgie lança une attaque à l'artillerie lourde sur la ville de Tskhinvali. D'autres mouvements des forces armées géorgiennes visant Tskhinvali et les régions environnantes étaient en cours, et des unités militaires et éléments armés russes, sud-ossètes et abkhazes prirent rapidement part aux combats. Toutefois, il ne fallut pas longtemps pour que l'avancée des troupes géorgiennes en Ossétie du Sud soit stoppée. Dans une contre-offensive, les forces armées russes, couvertes par des frappes aériennes et par des éléments de la flotte russe basée en mer Noire, pénétrèrent très avant en territoire géorgien, coupant la principale voie qui traverse le pays d'est en ouest, atteignant le port de Poti et s'arrêtant à quelques kilomètres de la capitale de la Géorgie, Tbilissi. Les affrontements se transformèrent en un conflit à la fois externe et interne opposant, d'une part, les forces géorgiennes aux forces russes et, d'autre part, les combattants sud-ossètes et abkhazes aux Géorgiens. » (Rapport, vol. I, par. 2; exceptions préliminaires de la Fédération de Russie, vol. II, annexe 75; voir arrêt, par. 106.)

Il aurait été utile à mon sens de tenir compte d'au moins deux autres observations qui figurent dans le rapport de la mission :

« La question se pose de savoir si l'emploi de la force par la Géorgie en Ossétie du Sud, qui a commencé par le bombardement de Tskhin-

night of 7/8 August 2008, was justifiable under international law. It was not.” (Report, Vol. I, para. 19.)

“At least as far as the initial phase of the conflict is concerned, an additional legal question is whether the Georgian use of force against Russian peacekeeping forces on Georgian territory, i.e. in South Ossetia, might have been justified. Again the answer is in the negative . . . There is . . . no evidence to support any claims that Russian peacekeeping units in South Ossetia were in flagrant breach of their obligations under relevant international agreements such as the Sochi Agreement and thus may have forfeited their international legal status. Consequently, the use of force by Georgia against Russian peacekeeping forces in Tskhinvali in the night of 7/8 August 2008 was contrary to international law.” (*Ibid.*, para. 20.)

9. The factual context emerging from the Report is quite clear: it appears highly unlikely, to say the least, that the Russian response to Georgia’s attack was in contravention of CERD. The majority which voted to reject the first preliminary objection unfortunately lost sight of this rather obvious proposition.

10. The Court, in addressing the exchange of accusations by the Parties, should have assessed them within the context of the armed conflict in progress when those accusations were made. Whenever the Court deals with a situation of armed conflict and the issue of compliance with CERD, it has to distinguish between wartime propaganda, on the one hand, and statements which may indeed point to the emergence and crystallization of a dispute under CERD, on the other. This may not be easy, but the Court is perceptive enough to handle this task. For example, one could have concluded without any difficulty that Georgia’s claim that Russia’s intention was “to erase Georgian statehood and to exterminate the Georgian people” (Judgment, para. 109) belongs in the category of war rhetoric and thus is of no probative value as to the existence of a dispute under CERD. The same is true of Georgia’s claims that “there is an ethnic cleansing of whole ethnic Georgian population of Abkhazia taking place by Russian troops” (*ibid.*, para. 111) or that “Russian troops . . . expelled the whole ethnically Georgian population of South Ossetia” (*ibid.*, para. 109). Incidentally, it is quite clear from the Report of the Fact-Finding Mission that all the above accusations were manifestly unfounded.

11. The Court puts much emphasis on what it terms “the response on 12 August by the Russian Foreign Minister” to “the claims made by the Georgian President on 9 and 11 August” (*ibid.*, para. 113). However, the remark of the Russian Minister for Foreign Affairs quoted in paragraph 112 of the Judgment is not at all a response to the claims made by Mr. Saakashvili. Mr. Lavrov said at a press conference:

vali dans la nuit du 7 au 8 août 2008, pouvait trouver une justification en droit international. Tel n'était pas le cas.» (Rapport, vol. I, par. 19.)

«Une autre question d'ordre juridique qui se pose, au moins en ce qui concerne la phase initiale du conflit, est de savoir si le recours à la force par la Géorgie à l'encontre des forces de maintien de la paix russes sur le territoire géorgien, c'est-à-dire en Ossétie du Sud, pourrait avoir été justifié. Là encore, la réponse est non... Rien ne permet ... d'affirmer que les forces russes de maintien de la paix stationnées en Ossétie du Sud manquaient de façon flagrante aux obligations qu'elles tenaient des accords internationaux pertinents, comme l'accord de Sotchi, et qu'elles étaient donc déchuées de leur statut juridique international. En conséquence, l'emploi que la Géorgie a fait de la force contre les forces russes de maintien de la paix à Tskhinvali dans la nuit du 7 au 8 août 2008 était contraire au droit international.» (*Ibid.*, par. 20.)

9. Le contexte factuel qui ressort de ce rapport est tout à fait clair : il apparaît pour le moins improbable que la réaction russe à l'attaque de la Géorgie ait constitué une violation de la CIEDR. La majorité qui a voté contre la première exception préliminaire a malheureusement perdu de vue cette évidence.

10. En examinant les accusations échangées par les Parties, la Cour aurait dû les évaluer dans le contexte du conflit armé qui était en cours lorsqu'elles ont été formulées. Lorsqu'elle traite d'une situation de conflit armé et de la question du respect de la CIEDR, la Cour doit faire la distinction entre, d'une part, la propagande de guerre et, d'autre part, les déclarations qui peuvent effectivement révéler l'apparition et la cristallisation d'un différend relevant de cet instrument. Ce n'est sans doute pas facile, mais elle est assez perspicace pour y parvenir. Ainsi, il n'était pas difficile de conclure que l'affirmation de la Géorgie selon laquelle la Russie avait pour intention d'«éliminer l'Etat géorgien et [d']exterminer sa population» (arrêt, par. 109) relève de la rhétorique de guerre et est donc dénuée de valeur probante quant à l'existence d'un différend relevant de la CIEDR. De même lorsque la Géorgie prétend que «toute la population abkhaze de souche géorgienne est victime d'un nettoyage ethnique mené par les troupes russes» (*ibid.*, par. 111) ou que «les soldats ... russes [ont] expulsé l'ensemble de la population de souche géorgienne de la région [l'Ossétie du Sud]» (*ibid.*, par. 109). Soit dit en passant, le rapport de la mission d'enquête montre très clairement que toutes les accusations ci-dessus étaient manifestement dénuées de fondement.

11. La Cour met fortement l'accent sur ce qu'elle appelle «la réponse ... donnée le 12 août par le ministre russe des affaires étrangères» aux «accusations formulées les 9 et 11 août par le président de la Géorgie» (*ibid.*, par. 113). Mais les observations du ministre russe des affaires étrangères citées au paragraphe 112 de l'arrêt ne représentent en rien une réponse aux accusations portées par M. Saakachvili. Voici ce qu'a dit M. Lavrov lors d'une conférence de presse :

“A couple of days after [US Secretary of State] Rice had urgently asked me not to use such expressions, Mr. Saakashvili . . . claimed hysterically that the Russian side wanted to annex the whole of Georgia and, in general, he did not feel shy of using the term ethnic cleansings, although, true, it was Russia that he accused of carrying out those ethnic cleansings.” (Judgment, para. 112.)

Then he adds (this sentence is omitted from the above quotation): “I assume that Rice, having spoken to me, didn’t have time to address the same request to Mr. Saakashvili.” (Written Statement of Georgia on Preliminary Objections, Vol. IV, Ann. 187.) It is clear that Mr. Lavrov is addressing Secretary Rice, rather than the Georgian President, expressing his view that she should perhaps have asked *both* sides to tone down their language.

12. Georgia made no credible claim which could have been positively opposed by the Russian Federation in the sense of the Court’s established jurisprudence (see most recently *Certain Property (Liechtenstein v. Germany)*, *Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 2005*, p. 19, para. 25). The exchange of accusations by the Parties, given the context of the armed conflict, simply cannot be sufficient in determining the existence of a legal dispute with respect to the interpretation or application of CERD.

(Signed) Leonid SKOTNIKOV.

«Deux jours après que [la secrétaire d'Etat des Etats-Unis d'Amérique] M^{me} Rice m'a exhorté à ne pas employer de telles expressions, M. Saakachvili ... a proféré des propos hystériques, accusant la partie russe de chercher à annexer l'ensemble de la Géorgie, sans hésiter à employer le terme de nettoyage ethnique; mais il est vrai que c'est la Russie qu'il accusait de tels actes.» (Arrêt, par. 112.)

Puis il ajoute (cette phrase est omise de la citation ci-dessus): «Je suppose que M^{me} Rice, après m'avoir parlé, n'a pas eu le temps d'adresser la même recommandation à M. Saakachvili.» (Observations écrites de la Géorgie sur les exceptions préliminaires, vol. IV, annexe 187.) M. Lavrov s'adresse manifestement à M^{me} Rice, plutôt qu'au président de la Géorgie, estimant qu'elle aurait peut-être dû demander aux *deux* Parties de modérer leurs propos.

12. La Géorgie n'a formulé aucune réclamation crédible qui eût été susceptible de se heurter à l'opposition manifeste de la Fédération de Russie, au sens de la jurisprudence établie de la Cour (voir très récemment *Certains biens (Liechtenstein c. Allemagne)*, exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 2005, p. 19, par. 25). Un échange d'accusations entre les Parties, eu égard au contexte de conflit armé, n'est tout simplement pas suffisant pour établir l'existence d'un différend juridique touchant l'interprétation ou l'application de la CIEDR.

(Signé) Leonid SKOTNIKOV.
