

**OPINION DISSIDENTE COMMUNE DE M. LE JUGE AL-KHASAWNEH, VICE-PRÉSIDENT, ET DE  
MM. LES JUGES RANJEVA, SHI, KOROMA, TOMKA, BENNOUNA ET SKOTNIKOV**

1. A notre regret, nous avons dû voter contre l'ordonnance édictant des mesures conservatoires, étant persuadés que les conditions pour l'indication de telles mesures, posées par l'article 41 du Statut, et par la jurisprudence de la Cour, ne sont pas remplies dans la présente affaire. Il va sans dire que notre vote ne devrait pas être interprété comme déchargeant les Parties de leurs obligations, soit en vertu de la convention internationale pour l'élimination de la discrimination raciale (CIEDR), soit plus généralement en vertu du droit international. Au contraire, nous considérons que les Parties sont toujours tenues d'agir en pleine conformité avec leurs engagements internationaux.

2. Le pouvoir de la Cour d'indiquer des mesures conservatoires est inhérent à sa fonction judiciaire puisqu'il lui permet de veiller, en fonction des circonstances, à ce que l'objet même du différend qui lui est soumis soit préservé, avant qu'elle ne rende son jugement. C'est pour cela qu'elle a toute latitude pour édicter des mesures conservatoires en dehors même de celles figurant dans la requête du demandeur, ou d'en décider *proprio motu*. Ces mesures étant obligatoires pour les deux Parties (*LaGrand (Allemagne c. Etats-Unis d'Amérique)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2001, p. 506, par. 109), la Cour doit être d'autant plus vigilante dans l'appréciation des conditions requises pour leur indication.

3. Dans la présente affaire, ainsi que le souligne la Cour, les droits dont la Géorgie réclame la protection, au travers des mesures conservatoires, «sont des droits ... dont la Géorgie prétend qu'ils ont été violés par la Russie» au cours de ce que la Géorgie qualifie «de troisième phase de l'intervention de la Russie en Ossétie du Sud et en Abkhazie» (ordonnance, paragraphe 93), et qu'elle fait remonter au mois d'août 2008 (soit à partir des 7-8 août, date de l'éclatement du conflit armé entre les deux Parties).

Il est pour le moins curieux que la Géorgie, qui fait remonter les prétendus actes de discrimination raciale qui auraient été commis par la Russie, en violation de la CIEDR, depuis le début de la décennie quatre-vingt-dix, ait attendu le conflit armé, dont elle était partie prenante avec la Russie, sans compter les forces sud-ossètes, pour saisir immédiatement la Cour d'un différend relatif à l'application de cette convention.

4. Quoi qu'il en soit, en présence d'un recours engagé même dans de telles circonstances, la Cour se devait de vérifier si les conditions nécessaires pour l'indication des mesures conservatoires étaient, en l'occurrence, réunies.

5. La Géorgie invoque comme la base de la compétence de la Cour l'article 22 de la CIEDR qui dispose que

«[t]out différend entre deux ou plusieurs Etats parties touchant l'interprétation ou l'application de la présente convention qui n'aura pas été réglé par voie de négociation ou au moyen des procédures expressément prévues par ladite convention sera porté, à la requête de toute partie au différend, devant la Cour internationale de Justice pour qu'elle statue à son sujet, à moins que les parties au différend ne conviennent d'un autre mode de règlement».

6. Il n'est pas contesté que la Géorgie et la Fédération de Russie sont parties à ladite convention, et sont liées par son article 22. Néanmoins, en ce qui concerne la compétence de la Cour en vertu de l'article 22 de la convention, les Parties sont en désaccord sur deux points :

- 1) s'il existe un différend entre elles «touchant l'interprétation ou l'application de la présente convention»;
- 2) si la condition préalable que le différend «n'aura pas été réglé par voie de négociation ou au moyen des procédures expressément prévues par ladite convention» a été satisfaite dans la présente affaire.

7. Nous allons nous pencher d'abord sur le premier point qui divise les Parties en ce qui concerne la compétence de la Cour dans la présente affaire, c'est-à-dire l'existence d'un différend touchant l'application de la convention internationale sur l'élimination de la discrimination raciale.

8. Un tel différend doit exister préalablement à la saisine de la Cour. C'est pour cela que celle-ci devait se demander si les deux Parties se sont opposées quant à l'interprétation ou à l'application de la convention. Certes, il est établi qu'une telle opposition ne s'est jamais manifestée avant le 8 août, mais l'a-t-elle été après les 7-8 août et le déclenchement des hostilités entre les deux pays ? En d'autres termes, les violences que la Géorgie impute à la Russie sont-elles susceptibles «d'entrer dans les prévisions» de la CIEDR, pour reprendre la terminologie que la Cour a utilisée pour rejeter la compétence *prima facie* dans son ordonnance du 2 juin 1999 sur la *Licéité de l'emploi de la force (Yougoslavie c. Belgique) (mesures conservatoires, ordonnance du 2 juin 1999, C.I.J. Recueil 1999 (I), p. 138, par. 41) ? La Cour avait alors considéré que «le recours ou la menace du recours à l'emploi de la force contre un Etat ne sauraient en soi constituer un acte de génocide au sens de l'article II de la convention sur le génocide» (*ibid.*, par. 40).*

9. On pourrait en dire de même dans l'affaire qui nous concerne ; les actions armées de la Russie après le 8 août ne sauraient en elles-mêmes constituer des actes de discrimination raciale, au sens de l'article premier de la CIEDR, à moins de prouver qu'elles visaient la mise en place d'une «distinction, exclusion, restriction ou préférence fondée sur la race, la couleur, l'ascendance ou l'origine ethnique». Or les circonstances de l'affrontement armé déclenché dans la nuit du 7 au 8 août sont telles que cela ne pouvait être le cas. Certes, le conflit armé, qui s'en est suivi, a concerné une région où existaient de sérieuses tensions ethniques et cela pouvait entraîner des infractions au droit humanitaire, mais il est difficile de considérer que les actions armées, en elles-mêmes, qu'il s'agisse de celles de la Russie ou de la Géorgie, entrent dans les prévisions de la CIEDR.

10. D'ailleurs la majorité, ne pouvant trouver aucune preuve que les actes allégués par la Géorgie entraînent dans les prévisions de la CIEDR, s'est contentée de constater qu'un différend paraît exister sur l'interprétation et l'application de la CIEDR parce que les deux Parties ont montré leur désaccord sur l'applicabilité des articles 2 et 5 de la convention. Autrement dit, une argumentation développée à l'audience devient la preuve de l'existence d'un différend entre les Parties (ordonnance, paragraphe 112) ! Et pour finir sur ce point, la majorité procède par affirmation péremptoire : «les actes allégués par la Géorgie paraissent pouvoir porter atteinte à des droits conférés par la CIEDR, même si certains de ces actes pourraient également être couverts par d'autres règles de droit international, notamment de droit humanitaire» (*ibid.*).

11. Même si l'on acceptait, *arguendo*, qu'un différend susceptible d'entrer dans les prévisions de la CIEDR existait entre la Géorgie et la Russie avant la saisine de la Cour, il faut se demander s'il s'agit d'un différend «qui n'aura pas été réglé par voie de négociation ou au moyen des procédures expressément prévues par ladite convention», pour rappeler les termes exprès de l'article 22 de la CIEDR.

12. En ce qui concerne les négociations, la Cour commence par solliciter le sens littéral de l'article 22 selon lequel il «ne donne pas à penser que la tenue de négociations formelles ... ou le recours aux procédures visées à l'article 22 constituent des conditions préalables auxquelles il doit être satisfait avant toute saisine de la Cour» (ordonnance, paragraphes 114 et 115), ce qui reviendrait à dénier à cette mention tout effet utile et toute portée juridique. La Cour en vient ensuite à admettre que les questions relevant de la CIEDR devaient être soulevées entre les Parties et elle invoque à ce sujet les contacts bilatéraux entre les Parties et des représentations adressées au Conseil de sécurité, mais la Géorgie n'a à aucun moment accusé la Russie de discrimination raciale. Par conséquent, à notre avis, la substance même de la CIEDR n'a jamais fait débat entre les Parties jusqu'au dépôt d'un recours devant la Cour.

13. Il est très surprenant que la Cour se soit ainsi débarrassée de cette condition préalable à tout recours judiciaire, alors que la Géorgie elle-même a reconnu que même s'il existe une «obligation de négocier préalablement à la saisine de la Cour, il est évident que les parties ne sont pas tenues de poursuivre des négociations dont tout indique qu'elles seront vaines» (CR 2008/25, p. 19 (Crawford)). En effet, c'est bien ce qui ressort de la jurisprudence de la Cour et de l'institution qui l'a précédée, la Cour permanente de Justice internationale. Pour que la condition de négociation préalable soit remplie, il suffit qu'elle ait été tentée et qu'il devienne clair à un moment qu'elle n'avait aucune chance d'aboutir. En tout cas, il est clair que lorsque la négociation est prévue expressément par un traité, la Cour ne peut passer outre sans s'expliquer ; nulle part elle n'a rejeté cette condition en constatant simplement que la question n'a pas été réglée par négociation. L'affaire des *Concessions Mavrommatis en Palestine* sera, sur ce point, reprise souvent par la jurisprudence ultérieure :

«L'objection sera réduite à sa juste valeur si l'on considère que l'appréciation de l'importance et des chances de réussite d'une négociation diplomatique est essentiellement relative. Une négociation ne suppose pas toujours et nécessairement une série plus ou moins longue de notes et de dépêches ; ce peut être assez qu'une conversation ait été entamée ; cette conversation a pu être très courte : tel est le cas si elle a rencontré un point mort, si elle s'est heurtée finalement à un *non possumus* ou à un *non volumus* péremptoire de l'une des Parties et qu'ainsi il est apparu avec évidence que *le différend n'est pas susceptible d'être réglé par une négociation diplomatique.*» (*Concessions Mavrommatis en Palestine, arrêt n° 2, 1924, C.P.I.J. série A n° 2, p. 13 ; les italiques sont dans l'original.*)

14. Dans l'affaire des *Activités armées sur le territoire du Congo (nouvelle requête : 2002) (République démocratique du Congo c. Rwanda)*, la présente Cour a rendu une ordonnance le 10 juillet 2002 où elle rappelle que

«le Congo prétend par ailleurs fonder la compétence de la Cour sur l'article 29 de la convention sur la discrimination à l'égard des femmes, qui dispose :

«Tout différend entre deux ou plusieurs Etats parties concernant l'interprétation ou l'application de la présente convention qui n'est pas réglé par voie de négociation est soumis à l'arbitrage, à la demande de l'un d'entre eux. Si, dans les six mois qui suivent la date de la demande d'arbitrage, les parties ne parviennent pas à se mettre d'accord ..., l'une quelconque d'entre elles peut soumettre le différend à la Cour internationale de Justice, en déposant une requête conformément au Statut de la Cour.» (Mesures conservatoires, ordonnance du 10 juillet 2002, C.I.J. Recueil 2002, p. 246-247, par. 76.)

La Cour a considéré «qu'à ce stade de la procédure, le Congo n'apporte pas la preuve que ses tentatives en vue d'entamer des négociations ou d'engager une procédure d'arbitrage avec le Rwanda ... visaient l'application de l'article 29 de la convention» (*ibid.*, par. 79).

15. Ainsi il ne suffit pas qu'il y ait eu des contacts entre les parties (voir par. 12 ci-dessus), il faut encore qu'ils aient porté sur l'objet du différend, soit l'interprétation ou l'application de la convention. De même, ce précédent ne peut être écarté en l'espèce du fait que les deux clauses compromissaires sont différentes, dans la mesure où l'article 29 intercale l'arbitrage entre la négociation et la saisine de la Cour. En effet, lorsqu'elle a rendu son arrêt le 3 février 2006 sur la compétence, la Cour a jugé que l'article 29 posait des conditions cumulatives et qu'il «incombe donc à la Cour d'examiner si chacune des conditions préalables à sa saisine ... a été respectée en l'espèce» (*Activités armées sur le territoire du Congo (nouvelle requête : 2002) (République démocratique du Congo c. Rwanda), compétence de la cour et recevabilité de la requête, arrêt, C.I.J. Recueil 2006, p. 39, par. 87).*

16. Le moins que pouvait faire la Cour dans la présente affaire c'est de se demander si la négociation a été entamée et si elle était susceptible de conduire à un quelconque résultat, mais elle ne l'a pas fait. On comprend dès lors qu'un Etat partie à la CIEDR, soit la Russie, trouve inacceptable d'être actionné devant la Cour sans avoir été avisé, au préalable, des griefs de la Géorgie par référence à cette convention.

17. Nous venons maintenant à l'autre condition préalable, alternative, prévue dans l'article 22 de la CIEDR, à savoir «les procédures expressément prévues par ladite convention».

18. La Cour, là aussi comme pour la négociation, se contente de constater que «ni l'une ni l'autre des Parties n'avance que les questions en litige ont été portées à l'attention du Comité [pour l'élimination de la discrimination]» (article 11 de la convention) (ordonnance, paragraphe 116), pour en déduire que le différend n'a pas été réglé par le moyen des procédures prévues par la convention. On ne peut que s'étonner de cette interprétation que ne confirme ni le sens ordinaire de l'article 22, ni l'objet et le but qu'il poursuit — qui est d'encourager le maximum de pays à souscrire à la compétence de la Cour, avec l'assurance que les procédures prévues par la convention seront d'abord sollicitées — et pas davantage les travaux préparatoires auxquels cet article a donné lieu au sein de la Troisième Commission de l'Assemblée générale des Nations Unies.

La Cour aurait pu considérer que la gravité de la situation du conflit armé les 7-8 août ne permettait pas de recourir à ces procédures, mais ce serait faire peu de cas de la procédure d'urgence et d'alerte rapide mise en place par le Comité pour l'élimination de la discrimination

raciale en 1993 afin de lui permettre d'intervenir avec plus d'efficacité en cas de violation de la convention (rapport du Comité pour l'élimination de la discrimination raciale, doc A/48/18, annexe III).

19. En conséquence, nous considérons que c'est à tort que la majorité a estimé que la Cour a compétence *prima facie*, en vertu de l'article 22 de la CIEDR, pour connaître de cette affaire, dans la mesure où elle n'est pas parvenue à établir l'existence d'un différend portant sur l'interprétation ou l'application de ladite convention, ni à démontrer que la condition préalable à la saisine de la Cour a été satisfaite.

20. Même si la compétence *prima facie* était établie, deux conditions additionnelles pour l'indication des mesures conservatoires doivent être, selon la jurisprudence de la Cour, satisfaites, à savoir l'existence d'un risque de préjudice irréparable aux droits en question et l'urgence.

21. A notre avis, nulle part l'ordonnance ne démontre l'existence d'un quelconque risque de préjudice irréparable aux droits que la Géorgie tiendrait de la CIEDR. La Cour se limite à une pétition de principe en déclarant que «les droits en cause en l'espèce ... sont de nature telle que tout préjudice qui leur serait porté pourrait être irréparable» (ordonnance, paragraphe 142), sans définir, ni de quelle manière précise ils seraient menacés, ni le préjudice irréparable qu'ils subiraient. La Cour semble ainsi laisser entendre que certains droits peuvent automatiquement remplir le critère requis de préjudice irréparable sans analyser ni les faits réels sur le terrain ni l'effectivité des menaces contre lesdits droits. Quant aux expulsions alléguées par la Géorgie et attribuées par elle à la Russie, elles ne peuvent en elles-mêmes être considérées comme un préjudice irréparable, la Cour pouvant ordonner, si elle en arrive à la phase du fond de cette affaire, le retour des personnes concernées à leurs domiciles et l'octroi à celles-ci de compensations appropriées. Il est d'autant plus difficile d'avancer un préjudice irréparable aux droits invoqués que les organes appropriés des Nations Unies ont fait état de milliers de personnes qui sont, depuis la cessation des hostilités, retournées dans leurs foyers en Abkhazie et en Ossétie du Sud et qu'il est prévu, dans le cadre de l'accord du cessez-le-feu du 12 août 2008, l'ouverture prochaine à Genève, le 15 octobre 2008, de négociations entre toutes les parties intéressées, entre autre, sur le retour progressif des personnes déplacées.

22. Quant à l'urgence, elle n'existe tout simplement pas puisqu'après la conclusion de l'accord de cessez-le-feu des observateurs de l'Union européenne sont désormais déployés pour contrôler les cessez-le-feu et le retour des troupes des deux pays sur leurs positions avant le 7 août 2008, et que les observateurs de la Mission d'observation des Nations Unies en Géorgie ainsi que ceux de l'Organisation pour la sécurité et la coopération en Europe continueront leurs missions respectives en Abkhazie et en Ossétie du Sud.

23. Dès lors, force est de constater que non seulement la Cour n'a pas compétence *prima facie* pour se prononcer au fond sur cette affaire, mais que les conditions posées par la jurisprudence pour indiquer des mesures conservatoires ne sont à l'évidence pas réunies.

24. Cette faiblesse de l'ordonnance, qui n'a pas échappé complètement à la majorité dans cette affaire, trouve un écho dans le dispositif puisqu'il demande finalement aux deux Parties de respecter la convention, ce qu'elles sont tenues de faire de toutes façons avec ou sans mesures conservatoires.

25. Ainsi, bien que nous soyons d'accord avec cette conclusion évidente, nous avons dû voter contre cette ordonnance de la Cour, qui n'est pas bien fondée en droit.

*(Signé)* Awn Shawkat AL-KHASAWNEH.

*(Signé)* Raymond RANJEVA.

*(Signé)* SHI Jiuyong.

*(Signé)* Abdul G. KOROMA.

*(Signé)* Peter TOMKA.

*(Signé)* Mohamed BENNOUNA.

*(Signé)* Leonid SKOTNIKOV.

---