

OPINION INDIVIDUELLE DE M. LE JUGE ABRAHAM

Accord avec le dispositif de l'arrêt en tant qu'il rejette la première exception préliminaire — Désaccord avec le raisonnement suivi par la Cour pour conclure à l'existence d'un différend entre les Parties — Conception du «différend» éloignée de celle retenue par la jurisprudence antérieure de la Cour — Absence erronée de tout réalisme dans la recherche du différend — Défaut d'apprécier l'existence du différend à la date à laquelle la Cour se prononce — Inutilité de rechercher la date à laquelle le différend est né — Exigence erronée d'une notification préalable de griefs par le demandeur comme condition de l'existence d'un différend — En l'espèce, existence d'un différend sur des questions relevant de la CIEDR bien avant août 2008.

1. J'ai voté en faveur du rejet, qu'exprime le point 1) a) du dispositif, de la première exception préliminaire soulevée par la Russie, tirée de la prétendue absence, à la date d'introduction de la requête de la Géorgie, d'un différend entre ces deux Etats relativement à l'interprétation ou à l'application de la convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (CIEDR).

En revanche, j'ai voté contre le point 1) b) du dispositif, par lequel l'arrêt accueille la deuxième exception préliminaire, tirée de ce que la requête n'a pas été précédée par la tentative de régler le différend par la voie de négociations, pas plus que par la mise en œuvre des procédures spéciales prévues par la CIEDR.

2. Les raisons pour lesquelles j'estime que la Cour aurait dû rejeter aussi la deuxième exception préliminaire, et finalement retenir sa compétence pour connaître de l'affaire, sont exposées en détail dans l'opinion dissidente commune que j'ai l'honneur de signer avec plusieurs de mes collègues, et qui est jointe au présent arrêt.

Dans la présente opinion individuelle, je souhaite expliquer pourquoi, tout en étant d'accord avec le rejet de la première exception, j'ai de grandes réserves à l'égard du raisonnement suivi par la Cour pour parvenir à cette conclusion.

3. Je suis d'abord frappé par le fait que l'arrêt consacre la plus grande partie de ses développements, sur près de trente-cinq pages (soit de la page 13, paragraphe 23, à la page 47, paragraphe 114), à la première exception préliminaire, alors que la seconde est traitée en moins de vingt pages (de la page 47, paragraphe 115, à la page 65, paragraphe 184).

4. Bien que ce ne soit là qu'un indice, ce constat suggère, à première vue, qu'il s'est sans doute introduit un biais dans l'approche de la Cour.

En effet, des quatre exceptions préliminaires soulevées par la Fédération de Russie afin de convaincre la Cour qu'elle n'avait pas compétence pour connaître au fond de la requête de la Géorgie, seule la deuxième, à mes yeux, soulevait une — et même plusieurs — difficulté(s). Il s'agit de l'exception tirée de ce que les conditions procédurales énoncées à l'article 22 de la convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (la CIEDR) n'étaient pas satisfaites à la date de la saisine de la Cour, ce qui rendait cette clause, seule base de compétence invoquée par la Géorgie, inapplicable en l'espèce. Que cette exception ait justifié une discussion approfondie de la part de la Cour, je le comprends parfaitement — même si, au terme de cette discussion, je ne suis pas parvenu à la même conclusion que celle de la majorité.

5. En revanche, aucune des trois autres exceptions présentées (initialement) à la Cour ne méritait de donner lieu à de longs développements dans l'arrêt, car, pour des raisons différentes, aucune des trois n'aurait dû retenir longtemps l'attention de la Cour.

6. Cela est évident en ce qui concerne les troisième et quatrième exceptions préliminaires.

L'arrêt constate sobrement (par. 185) qu'il n'y a pas lieu pour la Cour de les aborder, puisqu'elle retient comme fondée la seconde exception, ce qui est logique et n'appelle en soi aucun commentaire.

Mais même si la Cour avait rejeté les deux premières exceptions (et pas seulement la première), ce qu'à mon avis elle aurait dû faire, elle n'aurait pas eu besoin de se pencher longuement sur les troisième et quatrième exceptions. En effet, la Russie a abandonné lors de la procédure orale sa troisième exception (exception d'incompétence *ratione loci*) en tant qu'exception préliminaire, puisqu'elle a elle-même soutenu qu'elle ne présentait pas un caractère exclusivement préliminaire et n'avait donc pas à être examinée à ce stade, et la quatrième exception (exception d'incompétence *ratione temporis*) n'avait pas réellement d'objet, les griefs adressés à la défenderesse par la Géorgie étant relatifs à des faits survenus après le 2 juillet 1999, date d'entrée en vigueur de la CIEDR entre les Parties.

7. Je pense que la Cour aurait dû aussi faire justice de la première exception préliminaire sans avoir à s'y étendre longuement, car cette exception, tirée de la prétendue absence de différend entre les Parties concernant l'interprétation ou l'application de la CIEDR, ne résistait pas au moindre examen, même sommaire. La Cour est finalement parvenue à la conclusion que cette exception n'était pas fondée et devait être rejetée, conclusion dans le sens de laquelle je ne peux qu'abonder, mais au terme d'un raisonnement long et laborieux qui n'emporte que très partiellement mon adhésion. Ce n'est pas seulement que ce raisonnement est inutilement long, alors que la réponse à donner était simple. Dire avec trop de mots ce que l'on pourrait exprimer de manière plus concise est un péché véniel, que l'auteur de ces lignes se garderait bien de traiter avec sévérité de crainte que cette sévérité se retourne contre lui. Mais il y a plus grave à mes yeux : la démarche de l'arrêt dans la démonstration qui couvre les pages 13 à 47 est substantiellement critiquable à plusieurs égards, et surtout en ce qu'elle traduit — de manière plus ou moins implicite — une conception du «différend» qui s'éloigne par trop de celle qui ressort de l'examen de la jurisprudence de la Cour à ce jour, et que je crois plus exacte.

8. J'observe d'abord que jusqu'à la présente affaire, chaque fois que la Cour a eu à répondre à une exception préliminaire tirée, par la partie défenderesse, de l'absence de différend, elle l'a fait — pour rejeter l'exception — en quelques brefs paragraphes, en se plaçant à la date où elle statuait, et en relevant qu'à cette date les vues des parties étaient nettement opposées sur les questions formant l'objet de la requête, de sorte qu'il existait un différend entre elles.

9. Significatifs, à cet égard, sont trois précédents relativement récents : celui de l'affaire relative à *l'Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Yougoslavie)* ; celui de l'affaire de la *Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria (Cameroun c. Nigéria)* ; celui, enfin, de l'affaire relative à *Certains biens (Liechtenstein c. Allemagne)*.

10. Dans la première affaire citée, la Cour a répondu à l'exception du défendeur tirée de l'absence de différend entre les Parties aux paragraphes 27 à 29 de son arrêt du 11 juillet 1996 relatif aux exceptions préliminaires. Après avoir résumé les conclusions, telles que formulées dans

le dernier état de la procédure, de la Bosnie-Herzégovine, à savoir, en substance, que la Cour juge que la Yougoslavie avait violé de diverses façons la convention sur le génocide et ordonne à la défenderesse de réparer les conséquences des violations commises, la Cour poursuit en ces termes :

«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.» (*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, par. 28.)

L'arrêt ajoute aussitôt que

«[c]onformément à une jurisprudence bien établie, la Cour constate en conséquence qu'il persiste «une situation dans laquelle les points de vue des deux parties ... 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» (*ibid.*, p. 614-615, par. 29).

11. Dans la deuxième affaire, la Cour a répondu à une exception semblable soulevée par le Nigéria, aux paragraphes 87 à 93 de son arrêt du 11 juin 1998 relatif aux exceptions préliminaires.

Après avoir rappelé les critères du différend définis par l'arrêt relatif aux *Concessions Mavrommatis en Palestine* et par l'arrêt rendu sur les exceptions préliminaires dans l'affaire du *Sud-Ouest africain*, comme le fait le présent arrêt dans son paragraphe 30, la Cour relève qu'il existe «bel et bien des différends» entre les Parties en ce qui concerne une partie du tracé de leur frontière terrestre, en apportant à cette occasion la précision suivante :

«un désaccord sur un point de droit ou de fait, un conflit, une opposition de thèses juridiques ... 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.)

La Cour relève ensuite que le Nigéria, tout en soutenant qu'il n'existait pas de différend entre lui et le Cameroun concernant la délimitation de la frontière «en tant que telle», «s'est constamment montré réservé dans la manière de présenter sa propre position» (*ibid.*, par. 91), mais qu'en tout cas il «n'a ... pas marqué son accord avec le Cameroun sur le tracé de cette frontière ... et il n'a pas fait connaître à la Cour la position qu'il adoptera ultérieurement sur les revendications du Cameroun» (*ibid.*, p. 317, par. 93). Elle conclut son raisonnement en ces termes :

«Le Nigéria est en droit de ne pas avancer, au présent stade de la procédure, des arguments qu'il considère comme relevant du fond, mais en pareille circonstance la Cour se trouve dans une situation telle qu'elle ne saurait se refuser à examiner les conclusions du Cameroun par le motif qu'il n'existerait pas de différend entre les deux Etats.» (*Ibid.*)

12. Dans la troisième affaire, la Cour a examiné l'exception tirée par l'Allemagne de l'absence de différend aux paragraphes 24 à 27 de son arrêt du 10 février 2005 relatif aux exceptions préliminaires. Elle ne s'y est guère attardée. Elle a d'abord rappelé les énoncés

classiques de *Mavrommatis* et du *Sud-Ouest africain* (*Certains biens (Liechtenstein c. Allemagne), exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 2005*, p. 16, par. 24). Elle a ensuite relevé que «[l']Allemagne ... nie purement et simplement l'existence d'un différend qui l'opposerait au Liechtenstein» (*ibid.*, p. 18, par. 25). Mais elle a constaté aussi que «l'Allemagne estime ... que ses tribunaux ont, dans le cas du Liechtenstein, simplement appliqué leur jurisprudence constante à des biens considérés comme des avoirs allemands à l'étranger au sens de la convention sur le règlement» (de questions issues de la guerre et de l'occupation, signée en 1952 à Bonn) (*ibid.*, p. 19, par. 25). Cela lui a suffi pour en déduire que «dans la présente instance, les griefs formulés en fait et en droit par le Liechtenstein contre l'Allemagne sont rejetés par cette dernière» et que «[c]onformément à sa jurisprudence bien établie ... du fait de ce rejet, il existe un différend d'ordre juridique ... entre le Liechtenstein et l'Allemagne» (*ibid.*).

13. De ces précédents, dont la convergence est frappante (et l'on pourrait citer dans le même sens l'affaire relative au *Timor oriental (Portugal c. Australie)* (*arrêt, C.I.J. Recueil 1995*, p. 99-100, par. 21-22) et l'affaire du *Cameroun septentrional (Cameroun c. Royaume-Uni)* (*exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1963*, p. 27), l'on peut déduire trois traits caractéristiques de la démarche de la Cour lorsqu'elle a à répondre à une exception tirée de l'absence de différend entre les Parties.

14. En premier lieu, la recherche par la Cour du «différend» est purement réaliste et concrète, elle ne comporte pas la moindre dose de formalisme. Il suffit à la Cour de constater que les deux parties ont des vues opposées sur les questions à propos desquelles elle a été saisie, cette opposition pouvant être révélée par tout moyen. Des échanges formels peuvent avoir eu lieu entre les parties avant l'introduction de l'instance, sous la forme d'une protestation ou d'une réclamation formulée par l'une des parties, et du rejet de ladite protestation ou réclamation par l'autre : cela peut contribuer à établir l'existence du différend et à en circonscrire l'objet, mais ce n'est jamais une condition nécessaire aux yeux de la Cour. C'est ainsi que dans l'affaire *Liechtenstein c. Allemagne* la Cour fait mention de consultations bilatérales qui s'étaient déroulées entre les Parties avant la saisine de la Cour, et au cours desquelles l'Allemagne avait fait savoir qu'elle ne partageait pas le point de vue du Liechtenstein, mais elle n'en fait pas un élément décisif : ces consultations, dit la Cour, «confortent» la conclusion à laquelle est parvenue par ailleurs, à savoir qu'il existe un différend entre les Parties (*Certains biens (Liechtenstein c. Allemagne), exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 2005*, p. 19, par. 25). On peut déduire la position d'un Etat sur une question déterminée d'un simple comportement, même si ladite position n'a pas été formulée *expressis verbis* (*Cameroun c. Nigéria* précité). La seule chose qui importe, c'est que la Cour soit convaincue que les thèses des parties sont opposées sur les questions qui forment l'objet de la requête — constatation purement substantielle et non formelle — et que ces questions entrent bien *ratione materiae* dans le champ de la clause compromissoire, ou de tout autre disposition sur laquelle le demandeur fonde la compétence de la Cour.

15. En deuxième lieu, la Cour se place à la date à laquelle elle statue (c'est-à-dire, en général, à la date de son arrêt sur les exceptions préliminaires) pour apprécier l'existence du différend. Sans doute ce différend porte-t-il, par hypothèse, sur des faits et des situations antérieures à la saisine de la Cour, si bien que l'on peut affirmer qu'il est de règle que le différend préexiste à l'introduction de l'instance. Mais ce qui doit importer à la Cour, c'est que le différend existe à la date à laquelle elle vérifie sa compétence, et, surtout, pour procéder à cette vérification, la Cour tient compte de tout élément de nature à démontrer l'existence et la persistance du différend, même intervenu postérieurement à l'introduction de l'instance. C'est ainsi que dans les précédents cités, la Cour tient le plus grand compte des positions exprimées sur le fond de l'affaire

par le défendeur au cours de la procédure judiciaire, y compris dans le cadre du débat relatif aux exceptions préliminaires. Ce sont ces prises de position qui permettent souvent de conclure à l'existence d'un différend. Même la prudence ou l'ambiguïté, observée par un défendeur, au stade de l'examen des exceptions préliminaires, quant à ses positions finales, ne suffisent pas à convaincre la Cour de l'absence de différend (*Cameroun c. Nigéria* précité).

16. En troisième lieu, la Cour ne s'est jamais préoccupée, dans tous les précédents examinés, d'établir précisément la date de naissance du différend. Cela s'explique aisément : en règle générale, il importe peu que le différend soit apparu pour la première fois entre les parties peu de temps ou longtemps avant l'introduction de l'instance. Il faut et il suffit que le différend existe lorsque le juge est saisi (ce qui peut aussi être révélé par des faits postérieurs) et qu'il subsiste à la date à laquelle la Cour vérifie que les conditions sont remplies pour qu'elle exerce sa compétence.

17. On trouve, il est vrai, une hypothèse dans laquelle la Cour se préoccupe de déterminer la date exacte à laquelle le différend entre les parties s'est cristallisé, c'est celle des différends territoriaux. Mais cela s'explique par le fait que dans une telle hypothèse cette date entraîne d'importants effets dans l'examen judiciaire des arguments en présence : la date de cristallisation du différend constitue la «date critique» postérieurement à laquelle les actes accomplis par un Etat partie au différend ne seront généralement pas regardés comme pertinents aux fins d'établir ou de prouver la souveraineté territoriale qu'il revendique (par exemple, *Différend territorial et maritime entre le Nicaragua et le Honduras dans la mer des Caraïbes (Nicaragua c. Honduras)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2007 (II), p. 697-698, par. 117).

En dehors de cette hypothèse, la notion de «cristallisation du différend» est sans portée, et il n'y a donc pas lieu d'en déterminer la date, puisque aussi bien — cela va sans dire — un raisonnement judiciaire n'est pas un exercice de recherche historique. On ne doit trancher que les questions qui sont juridiquement pertinentes.

18. On pourrait croire que la Cour a dérogé à la règle qui précède dans l'affaire *Liechtenstein c. Allemagne* : dans l'arrêt précité du 10 février 2005, la Cour affirme que le différend ne trouve pas son origine, ou sa cause réelle, dans les décisions rendues par les tribunaux allemands dans les années 1990, mais dans des actes juridiques plus éloignés dans le temps, et plus précisément antérieurs à 1980 (*Certains biens (Liechtenstein c. Allemagne)*, exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 2005, p. 26, par. 51-52).

Mais ce faisant, la Cour n'a pas entendu déterminer la date de naissance du différend, ou de sa «cristallisation», ce qui n'eût été d'aucune utilité ; elle a cherché à définir la date des «faits» ou «situations» ayant constitué la cause du différend, aux fins de l'application de l'alinéa a) de l'article 27 de la convention européenne pour le règlement des différends, base de compétence invoquée, qui exclut de la compétence de la Cour les «différends concernant des faits ou situations antérieurs à l'entrée en vigueur de la présente convention entre les parties au différend», soit en l'espèce 1980. Ce n'est donc pas la date de naissance du différend que la Cour devait rechercher, mais la date des faits ou situations que ce différend «concernait». Elle a pris soin de distinguer les deux questions (*ibid.*, p. 25, par. 48) avant de trancher exclusivement la seconde, dans un sens favorable à l'exception d'incompétence *ratione temporis* soulevée par la défenderesse.

19. Le présent arrêt, dans sa partie qui répond à la première exception préliminaire, contraste singulièrement avec les précédents précités, qui dessinaient une jurisprudence claire, cohérente, continue et, à mes yeux, convaincante.

20. La longueur inhabituelle des développements consacrés à la question de l'existence du différend n'est que le symptôme visible d'un double écart par rapport à la jurisprudence antérieure.

21. En premier lieu, si la Cour a eu besoin de tant de pages pour conclure qu'il existe un différend entre la Géorgie et la Russie concernant l'application de la CIEDR, c'est parce qu'elle a absolument tenu à déterminer la date à laquelle un tel différend est apparu pour la première fois. En réalité, l'arrêt consacre beaucoup plus de place à démontrer — de manière, d'ailleurs, non convaincante à mes yeux — qu'aucun différend de ce genre n'était apparu avant le mois d'août 2008 (c'est l'objet des paragraphes 23 à 105), qu'à établir qu'il est apparu en août 2008, immédiatement avant la saisine de la Cour (cela est réglé en huit paragraphes seulement (arrêt, par. 106 à 113)).

22. Je cherche encore les motifs juridiques qui ont pu conduire la Cour à consacrer tant de place à trancher une question inutile, à l'encontre de tous les précédents. L'arrêt, en effet, ne tire aucune conséquence — et ne pouvait en tirer aucune — de la conclusion intermédiaire qu'il énonce au paragraphe 105, à savoir qu'entre 1999 et juillet 2008 aucun différend ne s'est élevé entre les Parties au sujet du respect par la Fédération de Russie de ses obligations en vertu de la CIEDR. Il suffit qu'un tel différend se soit élevé par la suite, soit au plus tard en août 2008, pour que la Cour se trouve saisie dans des conditions lui permettant d'exercer sa compétence — pourvu que les autres conditions de cet exercice se trouvent réunies, ce qui renvoie aux autres exceptions préliminaires soulevées par la défenderesse. A strictement parler, le paragraphe 105 est donc sans portée juridique, et les dizaines de paragraphes qui le précèdent (au moins à partir du paragraphe 50) sont tout aussi dépourvus de portée. J'ajoute que même si l'on admettait que le différend n'est apparu — c'est-à-dire ne s'est manifesté — qu'en août 2008, ce qui n'est pas mon avis, il n'en résulterait nullement que la Géorgie serait empêchée, pour cette seule raison, de soumettre à la Cour des griefs relatifs à des faits imputables à la Russie antérieurs à août 2008 : la date de naissance d'un différend est une chose, l'objet du différend, c'est-à-dire les faits et situations que ce différend concerne, en est une autre, comme le rappelle l'arrêt précité en l'affaire *Liechtenstein c. Allemagne* (voir paragraphe 18 ci-dessus). Par conséquent, les développements qui précèdent le paragraphe 105 de l'arrêt, dépourvus d'effet quant à la question de l'existence d'un différend, sont également dépourvus d'utilité pour en circonscrire l'objet *ratione temporis*.

23. Le seul intérêt, en l'espèce, de la démarche inhabituelle suivie par la Cour pour l'examen de la première exception préliminaire est d'ordre purement pratique et concerne exclusivement la deuxième exception préliminaire. Puisque la Cour va conclure, beaucoup plus loin (arrêt, par. 147), que l'article 22 de la CIEDR énonce des conditions dont l'une au moins doit être satisfaite pour qu'elle puisse exercer sa compétence, et que cela la conduira à se demander si la Géorgie a eu recours, avant de la saisir, à une tentative de régler son différend avec la Russie par le moyen de négociations diplomatiques, la conclusion intermédiaire du paragraphe 105 l'aidera à gagner du temps dans l'examen de cette question, en circonscrivant sa recherche aux démarches qui ont pu être tentées par la demanderesse en août 2008.

En somme, la deuxième partie de l'arrêt se trouvera raccourcie à proportion des longueurs inutiles que l'on aura mises dans la première. En admettant que le pragmatisme y trouve son compte, on ne saurait en dire autant de la rigueur juridique, ni de la nécessaire clarté qui interdit de mélanger des questions distinctes.

24. Précisément, c'est cette confusion que, dans une certaine mesure, l'arrêt établit entre les deux exceptions préliminaires qu'il examine, qui est la cause du second écart par rapport aux précédents jurisprudentiels que je déplore dans la partie de l'arrêt qui répond à la première exception.

Ainsi que je l'ai dit plus haut, la démarche de la Cour, lorsqu'elle est appelée à se prononcer sur l'existence d'un différend, a toujours été strictement réaliste et nullement formaliste. Des échanges préalables entre les parties, des consultations, des réclamations et protestations, peuvent être utiles pour établir dans certains cas ou pour confirmer l'existence d'un différend ; ils n'ont jamais été considérés comme nécessaires. Il y a un différend si, au moment où elles viennent devant la Cour, les parties soutiennent des points de vue opposés sur les questions que le demandeur (qu'il ait raison ou non) prétend soumettre à la décision judiciaire. Cela suffit. Peu importe que les deux parties en aient débattu avant ou non. Cette dernière question est évidemment pertinente s'il s'agit de rechercher si la condition de négociations préalables — à la supposer applicable — a été satisfaite. Elle ne l'est pas s'il s'agit seulement de constater l'existence d'un différend. Par exemple, si un Etat accomplit un certain acte, et qu'un autre Etat estime que cet acte viole les obligations internationales de celui qui l'a accompli et qu'il est par ailleurs de nature à léser ses propres droits et intérêts, on est en présence d'un différend. Il n'est pas nécessaire, selon moi, que l'Etat qui se prétend lésé ait formellement protesté auprès de celui qu'il tient pour l'auteur d'un acte illicite. La protestation peut être la première étape d'un processus de règlement du différend par la voie diplomatique ; elle n'est pas une condition de l'existence même du différend. Lorsqu'un Etat agit d'une certaine manière, il est présumé considérer que son action est conforme à ses obligations juridiques internationales. Si un autre Etat est d'un avis opposé, on est donc bien immédiatement en présence d'un «désaccord sur un point de droit ou de fait, une contradiction, une opposition de thèses juridiques» dont parle le fameux *dictum* de l'arrêt *Mavrommatis (Concessions Mavrommatis en Palestine, arrêt n° 2, 1924, C.P.J.I. série A n° 2, p. 11)*. L'Etat qui s'estime lésé peut donc saisir la Cour sans être tenu, en règle générale, de notifier préalablement ses griefs à celui qui a agi d'une manière que le premier dénonce comme illicite.

25. Or, de façon plus ou moins claire, l'arrêt se départit de cette approche que j'appellerais «substantielle» du différend pour lui substituer une approche plus «formelle», laquelle paraît impliquer que l'Etat demandeur ait, préalablement à l'introduction de son action en justice, fait savoir au défendeur qu'il tient telle de ses actions pour illicite, en lui en donnant les raisons. Sans doute l'arrêt n'exige-t-il pas que cette notification préalable des griefs emprunte une forme particulière. Sans doute aussi admet-il (au paragraphe 30) que l'Etat qui formule le grief puisse ne pas mentionner expressément le traité que l'Etat défendeur est accusé d'avoir méconnu, pourvu qu'il expose, en substance, l'objet de la règle dont il dénonce la violation. Il n'en reste pas moins que les paragraphes 30 et 31 paraissent bien subordonner l'existence même d'un différend à la double condition qu'un Etat ait formulé une réclamation à l'égard d'un autre, et que ce dernier ait rejeté ladite réclamation. Même si ni la réclamation ni son rejet ne sont assujettis à des formes obligatoires particulières, il me semble qu'il y a là une regrettable confusion entre la question de l'existence du différend, à laquelle la Cour doit toujours répondre par l'affirmative pour pouvoir exercer sa fonction judiciaire contentieuse, et la question des négociations préalables, qui ne sont une condition de l'exercice par la Cour de sa compétence qu'exceptionnellement, lorsque la clause de compétence applicable le prévoit.

Dans la présente affaire, je crains que la Cour n'ait quelque peu mélangé les deux questions, peut-être, en partie, parce qu'elle a tenu à déterminer la date exacte de naissance du différend en cherchant la manifestation dans les échanges entre les Parties, et en préparant, tout en répondant à la première exception, sa réponse à la seconde.

26. J'ajouterai, *last but not least*, que si l'on accepte de faire l'effort (à mes yeux inutile) de déterminer le moment où le différend est apparu pour la première fois, et quelle que soit la définition, plus ou moins large, du «différend» que l'on retient, l'on est conduit de toute façon vers une date bien antérieure à août 2008.

La lettre du 26 juillet 2004 adressée par le président géorgien à son homologue russe contenait déjà la claire allégation que les forces militaires russes de maintien de la paix en Ossétie du Sud manquaient d'impartialité et n'agissaient pas (de propos délibéré) pour protéger la population géorgienne de souche victime d'attaques conduites par des unités armées illégales ossétiennes. Dans sa réponse du 14 août 2004, le président de la Fédération de Russie rejetait ces accusations, en qualifiant de «propagande» les accusations de Tbilissi contre les forces russes de maintien de la paix.

La déclaration de l'envoyé spécial du président de la Géorgie devant le Conseil de sécurité des Nations Unies, le 26 janvier 2006, que cite l'arrêt dans son paragraphe 84, est bien plus nette encore. Après avoir explicitement mis en cause la Russie pour avoir, selon lui, cessé de soutenir le principe de l'intégrité territoriale de la Géorgie, le représentant spécial ajoutait qu'un tel «changement de position» équivalait «à cautionner le nettoyage ethnique de plus de trois cent mille citoyens géorgiens». Après avoir cité cette déclaration, la Cour observe «qu'il n'est pas allégué, dans la référence au «nettoyage ethnique», que la Fédération de Russie a participé à cette action ou l'a facilitée». Certes, mais il n'est pas besoin d'être doué d'une grande perspicacité pour comprendre que l'allégation selon laquelle la Russie «cautionne» le nettoyage ethnique de «plus de trois cent mille citoyens géorgiens» constitue une accusation susceptible de se rattacher à l'article 2 de la CIEDR, lequel ne se borne pas à interdire aux Etats de se livrer à la discrimination raciale ou de l'encourager, mais leur impartit aussi l'obligation d'«interdire» la discrimination pratiquée par des groupes et organisations et d'«y mettre fin» (art. 2, par. 1 d)).

De même, la déclaration du représentant permanent de la Géorgie auprès des Nations Unies, lors d'une conférence de presse du 3 octobre 2006, citée au paragraphe 92, met en cause le manque d'impartialité de la force russe de maintien de la paix, et met directement ce manque d'impartialité en relation avec l'impossibilité pour les «centaines de milliers de ressortissants géorgiens victimes du nettoyage ethnique» de retourner dans leurs foyers. L'arrêt n'en tire aucune conséquence, semblant n'y voir encore aucune allégation qui soit en rapport avec la CIEDR.

Il en va de même de l'allocution du président de la Géorgie prononcée le 26 septembre 2007 devant l'Assemblée générale des Nations Unies, au cours de laquelle l'orateur a affirmé que l'Abkhazie a été victime de «l'un des nettoyages ethniques les plus terrifiants du XX^e siècle», et a aussitôt ajouté que «[d]epuis que les soldats de la paix russes ont été déployés, plus de 2000 Géorgiens ont péri, et c'est un climat de peur qui y règne» (voir le paragraphe 94 de l'arrêt).

Il est tout aussi surprenant que l'arrêt n'attache aucune importance à une déclaration officielle du ministère géorgien des affaires étrangères du 22 décembre 2006 qu'il mentionne, sans la citer, dans son paragraphe 93, dans laquelle la Russie est accusée de fournir «un soutien sans restriction et des armements aux régimes séparatistes [qui] ... ont procédé à un nettoyage ethnique des Géorgiens» et de soumettre au «harcèlement ethnique» les Géorgiens vivant sur son territoire. Le commentaire qui accompagne cette mention ne peut manquer de laisser perplexe. Il en ressort que la référence à un «nettoyage ethnique perpétré par la Fédération de Russie [a] trait à des événements qui s'étaient déroulés au début des années 1990». Mais rien dans le texte de la déclaration en cause ne vient soutenir une telle interprétation.

On ne peut qu'éprouver le même étonnement devant la manière dont l'arrêt traite deux communiqués de presse du ministère géorgien des affaires étrangères en date, respectivement, du 19 avril 2008 et du 17 juillet 2008, cités aux paragraphes 97 et 104 de l'arrêt. Le premier met en cause la politique de la Russie dans des régions présentées comme «annexées *de facto*», politique caractérisée, selon la Géorgie, par «le mépris des droits de l'homme d'une grande majorité de la population de ces régions, victimes d'un nettoyage ethnique». Le second accuse la Russie de chercher à «consacrer juridiquement les conséquences du nettoyage ethnique perpétré par des

citoyens russes ... afin de faciliter l'annexion d'une partie intégrante du territoire ... de la Géorgie». Dans les deux cas, la Cour estime que les documents cités ne contiennent «aucune allégation» de violation par la Russie de ses obligations en matière d'élimination de la discrimination raciale. Il est difficile de comprendre comment les déclarations citées peuvent être considérées comme sans rapport avec les obligations de l'Etat mis en cause au titre de la CIEDR, à moins de considérer que «consacrer» le nettoyage ethnique, c'est-à-dire faire en sorte que les conséquences en soient maintenues, n'entre pas dans le champ d'une convention dont l'objet est de combattre la discrimination raciale. Tel n'est pas mon avis.

27. Il n'est pas besoin de préciser que dès le début de cette série d'accusations d'intensité croissante, c'est-à-dire dès la réponse du président Poutine au président Saakachvili le 14 août 2004, la Russie n'a cessé de rejeter ces allégations, et qu'elle les rejette aujourd'hui plus que jamais. La thèse de la Russie, confirmée devant la Cour à l'audience par l'agent de la défenderesse, notamment le 13 septembre 2010, est qu'elle a joué pendant une quinzaine d'années dans la région un rôle de facilitateur des négociations et de maintien de la paix entre la Géorgie, d'une part, et les provinces séparatistes d'Abkhazie et d'Ossétie du Sud, d'autre part, qu'elle l'a fait de la manière la plus impartiale et sans prêter la main, ni directement ni indirectement, à des actes de «nettoyage ethnique» à l'encontre de la population géorgienne, et que si tel avait été le cas, d'ailleurs, la Géorgie aurait demandé le départ des forces russes bien avant le 1^{er} septembre 2008.

28. Il ne s'agit aucunement, au stade de la procédure consacré à l'examen de la compétence de la Cour, de déterminer, si peu que ce soit, la part de vérité et d'erreur que recèlent les thèses en présence. Mais l'existence du différend est flagrante, et celui-ci est sans aucun doute relatif à «l'interprétation ou à l'application» de la CIEDR, car l'on peut soutenir, de manière plus que plausible, que le «nettoyage ethnique» fait partie des comportements prohibés par cette convention, et que l'obligation des Etats parties n'est pas seulement de s'abstenir de tels comportements, mais de tout faire pour y mettre fin. S'il fallait dater la naissance du différend — ce que je considère comme parfaitement inutile en droit — on pourrait le faire remonter peut-être à 2004, sans doute à 2006.

29. Je ne peux cependant qu'approuver la conclusion finale de la Cour, à savoir qu'il existait bien, à la date d'introduction de la requête, un différend entre les Parties relatif à l'interprétation ou à l'application de la CIEDR, et c'est pourquoi, malgré toutes les réserves qui précèdent, j'ai voté sur ce point en faveur du dispositif de l'arrêt.

(Signé) Ronny ABRAHAM.