

SEPARATE OPINION OF JUDGE GREENWOOD

Jurisdiction of the Court — Treatment of jurisdictional issues at the provisional measures stage — Effect on the Court's approach at later stages of the proceedings — Issue before the Court specific to Article 22 of CERD — Requirements of Article 22 of CERD a matter of substance not form — Meaning of dispute — Relationship between dispute with respect to the interpretation or application of CERD and wider dispute between the Parties — Whether Article 22 of CERD imposing precondition which must be satisfied before the Court can be seised

1. I have voted in favour of the operative paragraphs of the Judgment and agree, for the most part, with the Court's reasoning. In this separate opinion, I wish merely to add a few further observations.

2. First, I do not consider that the Court's 2008 Order regarding provisional measures of protection operates to constrain the approach which the Court should take in the present phase of the proceedings. In accordance with its long-established practice, when Georgia requested the indication of provisional measures of protection, the Court examined whether "the provisions invoked by the Applicant appear, prima facie, to afford a basis on which the jurisdiction of the Court might be founded" (*I.C.J. Reports 2008*, p. 377, para. 85). It concluded (*ibid.*, p. 388, para. 117) that this test was satisfied but, as the Judgment points out in paragraph 129, the Court went on to state that this decision "in no way prejudices the question of the jurisdiction of the Court to deal with the merits of the case" (*ibid.*, p. 397, para. 148). Requests for the indication of provisional measures of protection are considered as a matter of urgency, as required by Article 74 of the Rules of Court, without the opportunity for the consideration of extensive evidence or the detailed analysis of legal issues which can be undertaken in later phases of the proceedings. The jurisdictional threshold which the applicant has to cross is, accordingly, set quite low and any ruling — whether as to law or fact — which the Court makes at the provisional measures stage of a case is necessarily provisional.

3. It is for that reason that the Court has had occasion in the past to hold, on a full examination of jurisdictional objections, that it lacked jurisdiction, notwithstanding that it had found, at the provisional measures stage of the same case, that there appeared prima facie to be a basis on which the jurisdiction of the Court might be founded. The Court reached just such a conclusion in the first case in which it indicated provisional measures of protection (*Anglo-Iranian Oil Co. (United Kingdom v. Iran)*, *Preliminary Objection, Judgment, I.C.J. Reports 1952*, p. 93,

OPINION INDIVIDUELLE DE M. LE JUGE GREENWOOD

[Traduction]

Compétence de la Cour — Traitement des questions de compétence au stade des mesures conservatoires — Incidence sur la marche à suivre par la Cour aux stades ultérieurs de la procédure — Question soumise à la Cour limitée à l'article 22 de la CIEDR — Respect des prescriptions de l'article 22 de la CIEDR: une question de fond et non de forme — Notion de différend — Rapport entre le différend touchant l'interprétation et l'application de la CIEDR et le différend plus large opposant les Parties — Question de savoir si l'article 22 de la CIEDR impose une condition préalable devant être remplie avant toute saisine de la Cour.

1. J'ai voté en faveur du dispositif de l'arrêt et souscrit pour l'essentiel au raisonnement de la Cour. Dans cette opinion individuelle, je tiens simplement à ajouter quelques observations.

2. Premièrement, je ne pense pas que l'ordonnance en indication de mesures conservatoires que la Cour a rendue en 2008 dictait la marche à suivre en la présente étape de la procédure. Lorsque la Géorgie a demandé l'indication de mesures conservatoires, la Cour, conformément à une pratique établie de longue date, s'est demandé si «les dispositions invoquées par le demandeur sembl[aient] *prima facie* constituer une base sur laquelle sa compétence pourrait être fondée» (*C.I.J. Recueil 2008*, p. 377, par. 85). Si elle a conclu (*ibid.*, p. 388, par. 117) que cette condition était remplie, la Cour, ainsi qu'elle le rappelle au paragraphe 129 de l'arrêt, n'en a pas moins précisé que la décision rendue en cette procédure «ne préjug[ait] en rien la question de [s]a compétence ... pour connaître du fond de l'affaire» (*ibid.*, p. 397, par. 148). Les demandes en indication de mesures conservatoires sont examinées par priorité conformément aux prescriptions de l'article 74 du Règlement, ce qui exclut la possibilité de se livrer à l'examen de nombreux éléments de preuve ou à l'analyse détaillée de questions juridiques qui pourront être entrepris dans la suite de la procédure. Le seuil de compétence que doit faire valoir le demandeur a donc été placé relativement bas, et toute décision rendue par la Cour au stade des mesures conservatoires — quant aux faits ou quant au droit — est nécessairement provisoire.

3. Aussi est-il arrivé que, au terme d'une analyse détaillée des exceptions soulevées, la Cour se déclare incompétente pour connaître d'une affaire après avoir estimé, au stade des mesures conservatoires de cette même affaire, qu'il semblait *prima facie* exister une base sur laquelle sa compétence pourrait être fondée. Telle est la conclusion à laquelle elle est parvenue dans la première affaire ayant donné lieu à des mesures conservatoires (*Anglo-Iranian Oil Co. (Royaume-Uni c. Iran)*, exception préliminaire, arrêt, *C.I.J. Recueil 1952*, p. 93, à comparer avec l'ordonnance

which may be compared with the earlier Order of 5 July 1951, *I.C.J. Reports 1951*, p. 89) and, more recently, in *Request for Interpretation of the Judgment of 31 March 2004 in the Case concerning Avena and Other Mexican Nationals (Mexico v. United States of America)* (*Mexico v. United States of America*) (*Judgment, I.C.J. Reports 2009*, p. 3), in which it took a different view, after full argument, from that which it had reached prima facie in its Order of 16 July 2008 in the same case (*I.C.J. Reports 2008*, p. 311).

4. The strictly limited effects of a jurisdictional finding at the provisional measures stage are even more apparent when one considers that an applicant which has failed to satisfy the Court that the jurisdictional grounds on which it relies might, even prima facie, furnish a basis for jurisdiction is still entitled to contend, in the later stages of the case, that those same jurisdictional grounds do in fact provide a basis for jurisdiction. That was the course followed, for example, by the Democratic Republic of the Congo in *Armed Activities on the Territory of the Congo (New Application: 2002)* (*Democratic Republic of the Congo v. Rwanda*) (*Jurisdiction and Admissibility, Judgment, I.C.J. Reports 2006*, p. 6), notwithstanding the earlier dismissal of its argument that those jurisdictional grounds met the prima facie test (see *Armed Activities on the Territory of the Congo (New Application: 2002)* (*Democratic Republic of the Congo v. Rwanda*), *Provisional Measures, Order of 10 July 2002, I.C.J. Reports 2002*, p. 219). Although the Court rejected the submissions of the DRC in its 2006 Judgment, it examined afresh such questions as whether Rwanda's reservation to Article IX of the Genocide Convention was contrary to the object and purpose of the Convention (Judgment, pp. 29-33, paras. 56-70) with no suggestion that it was constrained by its earlier, prima facie, analysis of the same questions (Order, pp. 245-246, paras. 69-72).

5. In my opinion, the fact that the Court considered in 2008, on the basis of the limited evidence and legal argument which could then be put before it, that Article 22 of the Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination ("CERD") might afford a basis for jurisdiction, should have no effect on its approach, after full examination of the evidence and legal argument, to the question whether that provision *does* definitively confer jurisdiction upon it.

6. Secondly, it is important to understand precisely what is the jurisdictional issue in the present case. It has nothing to do with whether there is a general requirement that States attempt negotiation before commencing proceedings in the Court but only with whether or not the specific requirements of Article 22 of CERD have been met. The distinction was succinctly explained in *Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria (Cameroon v. Nigeria)*, where the Court stated that:

rendue le 5 juillet 1951, *C.I.J. Recueil 1951*, p. 89) et, plus récemment, dans l'affaire relative à la *Demande en interprétation de l'arrêt du 31 mars 2004 en l'affaire Avena et autres ressortissants mexicains* (Mexique c. Etats-Unis d'Amérique) (*Mexique c. Etats-Unis d'Amérique*) (arrêt, *C.I.J. Recueil 2009*, p. 3), où, une fois la cause entendue, elle a adopté une position différente de celle à laquelle elle avait abouti *prima facie* dans l'ordonnance rendue en la même instance le 16 juillet 2008 (*C.I.J. Recueil 2008*, p. 311).

4. Preuve s'il en est de l'incidence limitée de toute décision rendue au stade des mesures conservatoires quant à la compétence, un demandeur qui n'est pas parvenu à convaincre, à ce stade, que les bases de compétence qu'il invoque pourraient, ne serait-ce que *prima facie*, fonder la compétence de la Cour n'est pas pour autant empêché de soutenir, dans la suite de l'instance, que ces mêmes bases autorisent bel et bien la Cour à connaître de l'affaire. C'est, par exemple, ce qu'a fait la République démocratique du Congo en l'affaire des *Activités armées sur le territoire du Congo (nouvelle requête: 2002)* (*République démocratique du Congo c. Rwanda*) (compétence et recevabilité, arrêt, *C.I.J. Recueil 2006*, p. 6), alors même que la Cour avait rejeté son argument selon lequel les bases invoquées satisfaisaient aux conditions requises en matière d'établissement de la compétence *prima facie* (voir *Activités armées sur le territoire du Congo (nouvelle requête: 2002)* (*République démocratique du Congo c. Rwanda*), *mesures conservatoires, ordonnance du 10 juillet 2002*, *C.I.J. Recueil 2002*, p. 219). Si, dans son arrêt de 2006, la Cour n'a pas retenu les conclusions de la RDC, elle n'en a pas moins réexaminé des questions telles que celles de savoir si la réserve du Rwanda à l'article IX de la convention sur le génocide était contraire à l'objet et au but de la convention (arrêt, p. 29-33, par. 56-70), sans aucunement donner à entendre qu'elle était tenue par l'analyse qu'elle en avait faite *prima facie* (ordonnance, p. 245-246, par. 69-72).

5. Selon moi, le fait que la Cour a considéré en 2008, d'après les éléments de preuve et moyens juridiques limités qui pouvaient alors lui être soumis, que l'article 22 de la convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (ci-après la «CIEDR») *pourrait* constituer une base de compétence ne devrait avoir aucune incidence sur la réponse apportée, après examen approfondi de tous les éléments de preuve et moyens juridiques qui lui ont été présentés, à la question de savoir si, en définitive, cette disposition lui confère bien compétence.

6. Deuxièmement, il importe d'être au clair sur la nature exacte de la question de compétence en la présente affaire. L'enjeu n'est nullement de savoir s'il existe une obligation générale faite aux Etats d'entreprendre des négociations avant de porter une affaire devant la Cour, mais est de déterminer s'il a été satisfait aux prescriptions spécifiques de l'article 22 de la CIEDR. En l'affaire de la *Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria* (*Cameroun c. Nigéria*), la Cour a succinctement expliqué cette distinction en indiquant que, d'une part :

“[n]either in the Charter nor otherwise in international law is any general rule to be found to the effect that the exhaustion of diplomatic negotiations constitutes a precondition for a matter to be referred to the Court. No such precondition was embodied in the Statute of the Permanent Court of International Justice, contrary to a proposal by the Advisory Committee of Jurists in 1920 (Advisory Committee of Jurists, *Procès-verbaux of the Proceedings of the Committee (16 June-24 July 1920) with Annexes*, pp. 679, 725-726). Nor is it to be found in Article 36 of the Statute of this Court.” (*Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 1998*, p. 303, para. 56.)

The Court, however, went on to add that “[a] precondition of this type may be embodied and is often included in compromissory clauses of treaties” (*ibid.*). The issue in the present case is precisely whether Article 22, the only compromissory clause on which Georgia relies, contains such a requirement and, if so, whether it had been satisfied at the time that Georgia lodged its Application.

7. That issue is one of substance, not of form. As the Court has repeatedly emphasized, in the present state of international law its jurisdiction is dependent upon the consent of the parties and when that consent is contained in the compromissory clause of a treaty, the Court is given jurisdiction only within the limits set out in that clause (see, for example, *Armed Activities on the Territory of the Congo (New Application: 2002) (Democratic Republic of the Congo v. Rwanda), Provisional Measures, Order of 10 July 2002, I.C.J. Reports 2002*, p. 245, para. 71). Accordingly, what those limits are, and whether the Application falls within them, are matters of fundamental importance.

8. Thirdly, Article 22 plainly confers jurisdiction only over a certain type of dispute, namely one with respect to the interpretation or application of CERD. What constitutes a dispute has, as paragraph 30 of the Judgment makes clear, been the subject of a long line of decisions by this Court and its predecessor: there must be “a disagreement on a point of law or fact, a conflict of legal views or of interests between two persons” (*Mavrommatis Palestine Concessions, Judgment No. 2, 1924, P.C.I.J., Series A, No. 2*, p. 11); “[i]t must be shown that the claim of one party is positively opposed by the other” (*South West Africa (Ethiopia v. South Africa; Liberia v. South Africa), Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 1962*, p. 328). Where, as here, the compromissory clause limits jurisdiction to a dispute with respect to the interpretation or application of a particular Convention, the “claim” must relate to the interpretation or application of that Convention.

9. The fact that there is another, wider dispute between the Parties, which may be of more importance to one or both of them, does not prevent the emergence between them of a dispute respecting the interpreta-

«[i]l n'existe ni dans la Charte, ni ailleurs en droit international, de règle générale selon laquelle l'épuisement des négociations diplomatiques serait un préalable à la saisine de la Cour. Un tel préalable n'avait pas été incorporé dans le Statut de la Cour permanente de Justice internationale, contrairement à ce qu'avait proposé le Comité consultatif de juristes en 1920 (Comité consultatif de juristes, *Procès-verbaux des séances du Comité (16 juin-24 juillet 1920) avec annexes*, p. 679, 725-726). Il ne figure pas davantage à l'article 36 du Statut de la présente Cour» (*exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1998*, p. 303, par. 56),

mais que, d'autre part, «[u]n préalable de ce type p[ouvait] être incorporé et [était] souvent inséré dans les clauses compromissaires figurant dans les traités» (*ibid.*). En la présente espèce, la question est précisément de savoir si l'article 22, seule clause compromissoire invoquée par la Géorgie, prévoit une telle condition et, dans l'affirmative, si cette condition était remplie au moment de l'introduction de la requête.

7. Il s'agit d'une question de fond, et non de forme. En l'état actuel du droit international, la compétence de la Cour, ainsi que cette dernière l'a maintes fois souligné, est subordonnée au consentement des parties et, lorsque ce consentement est exprimé dans la clause compromissoire d'un traité, cette compétence ne lui est accordée que dans les limites qui s'y trouvent précisées (voir, par exemple, *Activités armées sur le territoire du Congo (nouvelle requête: 2002) (République démocratique du Congo c. Rwanda), mesures conservatoires, ordonnance du 10 juillet 2002, C.I.J. Recueil 2002*, p. 245, par. 71). Aussi les questions de savoir quelles sont ces limites et si elles s'appliquent à la requête revêtent-elles une importance fondamentale.

8. Troisièmement, il est clair que l'article 22 ne confère à la Cour compétence que pour connaître d'un certain type de différends, à savoir ceux touchant l'interprétation ou l'application de la CIEDR. Le sens du mot «différend» a, comme l'indique le paragraphe 30 de l'arrêt, été précisé dans une longue série de décisions rendues par la Cour et sa devancière: il doit y avoir «un désaccord sur un point de droit ou de fait, une contradiction, une opposition de thèses juridiques ou d'intérêts entre deux personnes» (*Concessions Mavrommatis en Palestine, arrêt n° 2, 1924, C.P.J.I. série A n° 2*, p. 11), et il doit avoir été «démonstr[é] que la réclamation de l'une des parties se heurte à l'opposition manifeste de l'autre» (*Sud-Ouest africain (Ethiopie c. Afrique du Sud; Libéria c. Afrique du Sud), exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1962*, p. 328). Lorsque, comme c'est le cas en l'espèce, la clause compromissoire n'autorise la Cour à connaître que de différends relatifs à l'interprétation ou à l'application d'une convention donnée, la «réclamation» doit se rapporter à l'interprétation ou à l'application de cette convention.

9. Le fait qu'existe entre les parties un autre différend, plus large, pouvant être jugé plus important par l'une ou par l'autre, ou par l'une et par l'autre, n'empêche pas que surgisse entre elles un différend touchant l'in-

tion or application of the Convention. The Convention dispute may exist within the framework of the wider dispute, or in parallel with it; the point is that the two may co-exist and the existence of the wider dispute does not prevent the Court from exercising jurisdiction over the narrower Convention dispute (*United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran (United States of America v. Iran)*, Judgment, I.C.J. Reports 1980, p. 20, para. 37). The existence of the other, wider dispute is not, however, devoid of significance. Although the Judgment, in accordance with the Court's case law, rightly sets the bar for the existence of a dispute quite low (rejecting, for example, the suggestion that there must be express reference to the provisions of the Convention or even to the Convention as a whole), the statements relied upon by the Applicant to demonstrate the existence of a Convention dispute must be sufficiently clear to enable the other Party to appreciate that a claim is being made against it regarding the interpretation or application of the Convention. Where those statements are made in the context of a wider dispute, and especially where the statements deal with the issues of that wider dispute, the need for clarity is particularly marked. In such a case, it must have been possible for the other Party to discern that, whatever other matters were also being raised and whatever other allegations were being made, the statements in question were making a claim regarding the interpretation or application of the Convention even if they did not mention the Convention by name¹. That is far from being an exacting requirement but it is an important one, especially in the context of a provision like Article 22 of CERD, which refers to more than one method of dispute settlement. A State cannot be expected to attempt to negotiate a dispute if no steps have been taken to make it aware that it might be a party to such a dispute.

10. Applying the test formulated by the Court to the evidence of the exchanges between the Parties and the unilateral statements made by Georgia but of which the Russian Federation can reasonably be considered to have been aware, the Judgment concludes that Georgia did make such claims between 9 and 12 August 2008 and that a dispute relating to whether or not the Russian Federation was complying with its obligations under the Convention came into existence at that time but not earlier. I agree with that conclusion. In my opinion, Georgia's earlier statements were such that a contemporary observer would not have been

¹ That does not mean that a State which wishes to seize the Court of a case under the Convention must first send a formal "letter before action" to the proposed respondent but it must, in the words of paragraph 30 of the Judgment, "refer to the subject-matter of the treaty with sufficient clarity to enable the State against which a claim is made to identify that there is, or may be, a dispute with regard to that subject-matter". While the Judgment states that an express reference to the Convention would remove any doubt and place the other State on notice, it does not make that a requirement.

interprétation et l'application de la Convention. Le différend relevant de la Convention peut exister dans le contexte du différend plus large, ou parallèlement à celui-ci; toujours est-il que tous deux peuvent être concomitants, et que l'existence du différend plus large n'interdit pas à la Cour d'exercer sa compétence à l'égard du différend plus limité relevant de la Convention (*Personnel diplomatique et consulaire des Etats-Unis à Téhéran (Etats-Unis d'Amérique c. Iran)*, arrêt, C.I.J. Recueil 1980, p. 20, par. 37). L'existence de cet autre différend, plus large, n'est toutefois pas dénuée d'incidence. Si, dans l'arrêt, la Cour, conformément à sa jurisprudence, fixe, aux fins d'établir l'existence d'un différend, un seuil assez bas (en écartant, par exemple, la nécessité d'une référence expresse aux dispositions de la Convention, voire à la Convention dans son ensemble), il n'en reste pas moins que les déclarations invoquées par le demandeur à l'appui de l'existence d'un différend relevant de la Convention doivent être suffisamment claires pour permettre à la Partie adverse d'y discerner l'expression d'un grief à son encontre quant à l'interprétation ou à l'application de la Convention. Lorsque ces déclarations sont faites dans le contexte d'un différend plus large, et, tout particulièrement, lorsqu'elles portent sur les enjeux que celui-ci soulève, ce besoin de clarté se fait sentir avec plus d'acuité encore. Dans un tel cas, il est indispensable que la Partie adverse ait pu saisir que, quelles qu'aient pu être les autres questions soulevées ou les autres allégations formulées, les déclarations concernées exprimaient un grief relatif à l'interprétation ou à l'application de la Convention, même si celle-ci n'était pas nommément mentionnée¹. A défaut d'être excessivement rigoureuse, cette condition n'en est pas moins importante, en particulier dans le contexte d'une disposition telle que l'article 22 de la CIEDR, qui mentionne plus d'un mode de règlement des différends. On ne saurait attendre d'un Etat qu'il entreprenne de négocier au sujet d'un différend à propos duquel rien n'a été fait pour l'informer qu'il pourrait y être partie.

10. Appliquant le critère qu'elle a formulé aux exemples, versés au dossier, d'échanges entre les Parties, ainsi que de déclarations unilatérales faites par la Géorgie, mais dont il est raisonnable de penser que la Fédération de Russie avait connaissance, la Cour conclut que la Géorgie a formulé de tels griefs entre les 9 et 12 août 2008, et qu'un différend relatif à la question de savoir si la Fédération de Russie s'acquittait des obligations qu'elle tenait de la Convention s'est fait jour à cette période, mais non avant. Je fais mienne cette conclusion. Selon moi, les déclarations antérieures à cette période étaient telles qu'un observateur qui en aurait

¹ Cela ne veut pas dire, pour autant, qu'un Etat qui voudrait porter devant la Cour une affaire relevant de la Convention doive au préalable envoyer à l'Etat contre lequel il entend introduire l'instance une « mise en demeure » formelle; en revanche, il doit, pour reprendre les termes du paragraphe 30 de l'arrêt, « 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 ». Si la Cour, dans son arrêt, précise qu'une référence expresse à la Convention ôterait tout doute et permettrait d'informer l'autre Etat, elle n'en fait cependant pas une condition.

able to discern that a claim was being made against the Russian Federation regarding the latter's compliance with its obligations under CERD, even if that had been Georgia's intention at the time those statements were made.

11. Lastly, I agree with the conclusion in paragraphs 132 to 141 of the Judgment that the reference in Article 22 to a dispute "which is not settled by negotiation or by the procedures expressly provided for in this Convention" imposes a precondition which must be satisfied if the Court is to have jurisdiction. It is not enough that a dispute *has not been* settled by negotiations or the Convention procedures; an attempt must have been made to settle the dispute by those means. To read the provision otherwise would make this clause completely superfluous and thus offend against a basic tenet of treaty interpretation. I therefore agree with the Judgment that it is a precondition to the jurisdiction of the Court under Article 22 that there must have been a good faith attempt to settle the dispute by negotiation or by the Convention procedures. That was the conclusion which the Court reached in the most recent case in which it had to consider a clause similar to Article 22. In *Armed Activities on the Territory of the Congo (New Application: 2002) (Democratic Republic of the Congo v. Rwanda)* (*Jurisdiction and Admissibility, Judgment, I.C.J. Reports 2006*, p. 39, para. 87), the Court had to consider Article 29 of the Convention on the Elimination of Discrimination against Women, which provides that:

"[A]ny dispute between two or more States Parties concerning the interpretation or application of the present Convention which is not settled by negotiation shall, at the request of one of them, be submitted to arbitration. If within six months from the date of the request for arbitration the parties are unable to agree on the organization of the arbitration, any one of those parties may refer the dispute to the International Court of Justice by request in conformity with the Statute of the Court."

While this provision differs from Article 22 of CERD in that it contains a precondition that an attempt must first be made to arrange an arbitration, the Court was clear that the reference to negotiations, which is identical to that in Article 22, created a condition which had to be met before the case could be referred to the Court.

12. The existence of this condition is not a licence for a putative respondent to frustrate any prospect of seising the Court by rebuffing or refusing to respond to offers of negotiation. As the Court has made plain on other occasions, a State cannot be required to persist in the face of such a reaction (*Questions of Interpretation and Application of the 1971 Montreal Convention arising from the Aerial Incident at Lockerbie (Libyan Arab Jamahiriya v. United States of America)*, *Preliminary Objections*,

alors pris connaissance n'aurait pu saisir que la Géorgie y faisait grief à la Fédération de Russie d'avoir manqué à ses obligations découlant de la CIEDR, quand bien même telle aurait été l'intention de la Géorgie en les formulant.

11. Enfin, je souscris à la conclusion énoncée aux paragraphes 132 à 141 de l'arrêt, selon laquelle la référence, faite à l'article 22, à un différend «qui n'aura pas été réglé par voie de négociation ou au moyen des procédures expressément prévues par la ... Convention» impose une condition préalable à laquelle il doit être satisfait pour que la Cour puisse se déclarer compétente. Il ne suffit pas qu'un différend *n'ait pas été* réglé par voie de négociation ou au moyen des procédures prévues par la Convention; il faut qu'il ait été tenté de le régler par ces moyens. Toute autre lecture de cette disposition rendrait cette clause totalement superflue et, partant, ferait offense à l'un des principes de base de l'interprétation des traités. C'est pourquoi j'adhère à l'idée, exprimée dans l'arrêt, selon laquelle une tentative, faite de bonne foi, de régler le différend par voie de négociation ou au moyen des procédures prévues par la Convention constitue, au regard de l'article 22, une condition préalable à la compétence de la Cour. Telle est du reste la conclusion à laquelle celle-ci est parvenue dans la plus récente affaire en laquelle elle a eu à connaître d'une clause semblable à l'article 22. En l'affaire des *Activités armées sur le territoire du Congo (nouvelle requête: 2002)* (*République démocratique du Congo c. Rwanda*) (compétence et recevabilité, arrêt, C.I.J. Recueil 2006, p. 39, par. 87), la Cour a en effet été amenée à examiner l'article 29 de la convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes, ainsi libellé:

«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 sur l'organisation de l'arbitrage, 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.»

Si cette disposition diffère de l'article 22 de la CIEDR en ce qu'elle prévoit, comme préalable à sa saisine, que soit tenté un recours à l'arbitrage, la Cour n'en a pas moins clairement indiqué que la référence à la négociation, faite dans les mêmes termes qu'à l'article 22, créait une condition à laquelle il devait être satisfait avant que l'affaire ne pût lui être soumise.

12. L'existence de cette condition ne donne pas à l'Etat susceptible d'être mis en cause licence de faire échec, en repoussant les offres de négociation, ou en refusant d'y répondre, à toute perspective de saisine de la Cour. Ainsi que celle-ci a eu l'occasion de le préciser, il ne saurait être demandé à un Etat de persévérer face à une telle réaction (*Questions d'interprétation et d'application de la convention de Montréal de 1971 résultant de l'incident aérien de Lockerbie (Jamahiriya arabe libyenne c. Etats-Unis*

Judgment, I.C.J. Reports 1998, p. 122, para. 20). For the same reason, a respondent which seeks artificially to prolong negotiations while declining to negotiate in good faith cannot hide behind the requirement in Article 22 of CERD to prevent the exercise of jurisdiction by the Court.

13. In determining whether this requirement has been met, the existence of a wider dispute between the Parties must again be borne in mind. The fact that a State is making proposals regarding negotiations on that wider dispute does not preclude the possibility that it may also (perhaps even in the same document) be offering to negotiate on the narrower Convention dispute. If that is the case, however, it must be sufficiently clear from the statements made that this is its intention. In making an attempt to settle the dispute by negotiation a precondition, Article 22 gives the State against which a claim is being made a choice of accepting an offer to negotiate regarding that dispute, rather than submitting itself to immediate recourse to the Court. For that choice to be meaningful, the offer to negotiate must be sufficiently clear that it can be seen for what it is. Where the two States are simultaneously engaged in a wider dispute, that means that it must be clear that there is an offer to negotiate regarding the Convention dispute and not simply about the wider dispute between the Parties. In a case such as the present, it is an essential feature of the applicant State's case regarding jurisdiction that the dispute which it seeks to bring before the Court can be separated from the wider dispute over which it is accepted that no jurisdiction exists. By the same logic, the offer of negotiation regarding the narrower dispute must be capable of being discerned amidst the exchanges about the wider dispute. If that cannot be done, then an essential requirement of Article 22 has not been met.

14. In the present case, I do not believe that Georgia has satisfied that requirement. Since I agree that Georgia has failed to demonstrate that a dispute falling within Article 22 existed before the period 9-12 August 2008, it is necessary only to consider any statements said to constitute an offer to negotiate made during that period. I agree with the analysis of those statements in the Judgment. However, I must add that, even if I had been convinced that a dispute regarding the interpretation or application of CERD had come into existence between Georgia and the Russian Federation before that date, I would not have found that the earlier statements on which Georgia relied met the requirement of attempting to negotiate regarding *that* dispute and would, therefore, still have voted in favour of the second operative paragraph.

(Signed) Christopher GREENWOOD.

d'Amérique), *exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1998*, p. 122, par. 20). Pour la même raison, un Etat qui chercherait à prolonger artificiellement les négociations tout en refusant de négocier de bonne foi ne saurait s'abriter derrière la condition prévue à l'article 22 de la CIEDR pour empêcher la Cour d'exercer sa compétence à son égard.

13. Pour déterminer s'il a été satisfait à cette condition, il faut une fois de plus prendre en compte l'existence d'un différend plus large entre les Parties. Le fait qu'un Etat avance des propositions quant à des négociations concernant ce différend n'exclut pas qu'il puisse également (voire dans le même document) proposer d'en tenir sur le différend plus circonscrit relevant de la Convention. Toutefois, le cas échéant, il doit ressortir de manière suffisamment claire de ses déclarations que telle est bien son intention. En faisant de la tentative de régler le différend par voie de négociation une condition préalable, l'article 22 laisse à l'Etat contre lequel le grief est formulé le choix d'accepter la proposition de négocier au sujet de ce différend, plutôt que d'être immédiatement attiré devant la Cour. Pour que cette alternative en soit réellement une, la proposition de négocier doit être suffisamment explicite pour pouvoir être comprise comme telle. Ainsi, lorsque les deux Etats sont, dans le même temps, parties à un différend plus large, il doit être clair qu'il existe une proposition tendant à négocier au sujet, non pas simplement de ce différend, mais bien spécifiquement de celui relevant de la Convention. L'Etat demandeur soutient en l'espèce, et c'est là un aspect essentiel de son argumentation en ce qui concerne la compétence, que le différend qu'il cherche à porter devant la Cour peut être dissocié du différend plus large au sujet duquel il est convenu que celle-ci n'a pas compétence. Suivant la même logique, la proposition de négocier au sujet du différend plus restreint doit pouvoir être distinguée parmi les échanges relatifs au différend plus large. A défaut, une condition essentielle prévue à l'article 22 n'aura pas été remplie.

14. En l'espèce, je ne pense pas que la Géorgie ait satisfait à cette condition. Dès lors qu'elle n'a pas, selon moi, établi l'existence d'un différend relevant de l'article 22 avant la période allant du 9 au 12 août 2008, seules doivent être examinées les déclarations datant de cette période qu'elle présente comme des propositions de négociation, et je m'associe à l'analyse qui en est faite dans l'arrêt. Je dois néanmoins ajouter que, quand bien même j'aurais acquis la certitude qu'un différend touchant l'interprétation ou l'application de la CIEDR s'était fait jour entre la Géorgie et la Fédération de Russie avant ces dates, je n'aurais pas jugé que les déclarations antérieures invoquées par la Géorgie satisfaisaient à l'obligation de tenter de négocier à propos de ce différend et, partant, aurais quand même voté en faveur du second point du dispositif.

(Signé) Christopher GREENWOOD.