

SEPARATE OPINION OF JUDGE IWASAWA

Non-citizens are entitled to human rights under international law — The jurisdiction of the Court is limited to disputes with respect to the interpretation or application of CERD — For the Court to have jurisdiction, the measures of which the Applicant complains must be capable of constituting racial discrimination within the meaning of CERD — The term “national origin” in Article 1, paragraph 1, of CERD does not encompass current nationality — If differentiation of treatment based on nationality has the “purpose or effect” of discrimination based on “national origin”, it is capable of constituting racial discrimination within the meaning of CERD — International human rights courts and bodies have embraced and developed the notion of indirect discrimination — The Court does not have all the facts necessary to make determinations on the Applicant’s claim of indirect discrimination — The issues raised constitute the very subject-matter of the dispute on the merits — The Court should have declared that the first preliminary objection does not possess an exclusively preliminary character.

1. The Court finds that the term “national origin” in Article 1, paragraph 1, of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (hereinafter “CERD” or the “Convention”) does not encompass current nationality (Judgment, para. 105). The Court also examines whether the measures taken by the UAE discriminate indirectly against Qataris on the basis of their “national origin”, and holds that “even if the measures of which Qatar complains in support of its ‘indirect discrimination’ claim were to be proven on the facts, they are not capable of constituting racial discrimination within the meaning of the Convention” (*ibid.*, para. 112). Accordingly, the Court concludes that the first preliminary objection raised by the UAE, that the dispute falls outside the scope *ratione materiae* of CERD, must be upheld (*ibid.*, para. 114).

2. I agree that the term “national origin” in Article 1, paragraph 1, of CERD does not encompass current nationality. However, I do not agree with the Court’s analysis and its conclusion regarding Qatar’s claim of indirect discrimination. The UAE’s objection, inasmuch as it relates to Qatar’s claim of indirect discrimination, raises issues that require a detailed examination by the Court at the merits stage. The Court therefore should have declared that the first preliminary objection of the UAE does not possess an exclusively preliminary character.

3. This opinion is structured as follows. I shall first review the position of non-citizens under international law. I will explain that since human

OPINION INDIVIDUELLE DE M. LE JUGE IWASAWA

[Traduction]

Non-ressortissants fondés à jouir des droits de l'homme conférés par le droit international — Compétence de la Cour étant limitée aux différends touchant l'interprétation ou l'application de la CIEDR — Mesures dont le demandeur tire grief devant être susceptibles de constituer une discrimination raciale au sens de la CIEDR pour fonder la compétence de la Cour — Expression « origine nationale » figurant au paragraphe 1 de l'article premier de la CIEDR n'englobant pas la nationalité actuelle — Différence de traitement fondée sur la nationalité ayant « pour but ou pour effet » d'opérer une discrimination fondée sur l'« origine nationale » étant susceptible de constituer une discrimination raciale au sens de la CIEDR — Juridictions et organes internationaux chargés des droits de l'homme ayant adopté et développé la notion de discrimination indirecte — Cour ne disposant pas de tous les faits nécessaires pour se prononcer sur l'allégation de discrimination indirecte formulée par le demandeur — Questions soulevées constituant l'objet même du différend sur le fond — Cour ayant dû dire que la première exception n'avait pas un caractère exclusivement préliminaire.

1. La Cour estime que l'expression « origine nationale » figurant au paragraphe 1 de l'article premier de la convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (ci-après la « CIEDR » ou la « convention ») n'englobe pas la nationalité actuelle (arrêt, par. 105). Examinant en outre la question de savoir si les mesures imposées par les Emirats arabes unis constituent à l'égard des Qataris une discrimination indirecte fondée sur leur « origine nationale », elle considère que, « quand bien même les mesures dont le Qatar tire grief dans le cadre de son allégation de « discrimination indirecte » seraient avérées, elles ne peuvent être constitutives de discrimination raciale au sens de la convention » (*ibid.*, par. 112). La Cour en conclut que la première exception préliminaire soulevée par les Emirats arabes unis, à savoir que le différend n'entre pas dans le champ *ratione materiae* de la CIEDR, doit être retenue (*ibid.*, par. 114).

2. Si je conviens que l'expression « origine nationale » employée au paragraphe 1 de l'article premier de la CIEDR n'englobe pas la nationalité actuelle, je ne rejoins pas l'analyse ni la conclusion de la Cour concernant la demande du Qatar relative à la discrimination indirecte. L'exception préliminaire des Emirats arabes unis, en ce qu'elle se rapportait à cette demande, soulevait des questions qui auraient nécessité un examen approfondi par la Cour au stade du fond. La Cour aurait donc dû dire que la première exception préliminaire des Emirats arabes unis ne présentait pas un caractère exclusivement préliminaire.

3. La présente opinion est structurée comme suit. Dans la première partie, j'examinerai le statut des non-ressortissants en droit international.

rights are inalienable rights of everyone, non-citizens are also entitled to human rights under international law. In the second Section, I will first show that, because the jurisdiction of the Court in the present case is limited to the interpretation or application of CERD, in order for the Court to have jurisdiction, the measures taken by the UAE must be capable of constituting “racial discrimination” under CERD. Secondly, I shall explain the reasoning for my view that current nationality is not encompassed within the term “national origin” in Article 1, paragraph 1, of CERD. Thirdly, I shall discuss the notion of indirect discrimination and describe how differentiation of treatment based on current nationality can have the “purpose or effect” of discriminating on the basis of a prohibited ground listed in Article 1, paragraph 1, of CERD. Finally, I shall explain the reasons why the Court should have declared that the first preliminary objection of the UAE does not possess an exclusively preliminary character.

I. HUMAN RIGHTS OF NON-CITIZENS UNDER INTERNATIONAL LAW

4. The protection of the rights of non-citizens has a long history in international law, which pre-dates the protections accorded to States’ own nationals. In the nineteenth and early twentieth centuries, an international minimum standard of treatment of aliens developed in international law. By contrast, international law at that time contained few rules regulating States’ treatment of their own nationals, which was traditionally considered to be part of the internal affairs of States.

5. At the Paris Peace Conference held in 1919-1920, proposals were made to include in the Covenant of the League of Nations clauses on freedom of religion and racial equality. These proposals were ultimately defeated, and the Covenant failed to stipulate even minimum rules concerning human rights. Instead, a number of mostly Central and Eastern European States concluded treaties or made declarations committing themselves to protect minorities within their territories. In addition, the International Labour Organization, which was established in 1919, began adopting conventions on the rights of workers. Thus, while some efforts were made in the interwar period to protect human rights under international law, this protection was extended only to certain rights or covered only a limited number of States.

6. In 1945, this situation changed dramatically with the adoption of the Charter of the United Nations. The Charter was revolutionary in that it

J'expliquerai que, étant donné que les droits de l'homme sont des droits inaliénables que chacun possède, les non-ressortissants peuvent aussi s'en prévaloir en vertu du droit international. Dans la seconde partie, je montrerai tout d'abord que, la compétence de la Cour en l'espèce étant limitée aux différends touchant l'interprétation ou l'application de la CIEDR, il faut, pour qu'elle puisse s'exercer, que les mesures prises par les Emirats arabes unis soient susceptibles d'être constitutives de «discrimination raciale» au sens de la convention. J'exposerai ensuite les motifs pour lesquels, selon moi, la nationalité actuelle n'est pas comprise dans l'expression «origine nationale» employée au paragraphe 1 de l'article premier de la CIEDR. Après cela, j'aborderai la notion de discrimination indirecte et je décrirai comment une différence de traitement fondée sur la nationalité actuelle peut avoir «pour but ou pour effet» d'opérer une discrimination sur le fondement d'un motif prohibé au titre du paragraphe 1 de l'article premier de la CIEDR. Enfin, j'expliquerai les raisons pour lesquelles la Cour aurait dû déclarer que la première exception préliminaire des Emirats arabes unis ne présentait pas un caractère exclusivement préliminaire.

I. LES DROITS DE L'HOMME DES NON-RESSORTISSANTS EN DROIT INTERNATIONAL

4. Le droit international protège depuis longtemps les droits des non-ressortissants, cette protection préexistant à celles accordées par les Etats à leurs propres nationaux. Du XIX^e siècle au début du XX^e siècle, une norme minimale internationale en matière de traitement des étrangers s'est fait jour en droit international. Celui-ci ne contenait alors que peu de règles régissant le traitement par les Etats de leurs propres nationaux, traditionnellement considéré comme relevant des affaires internes des Etats.

5. Lors de la conférence de la paix de Paris tenue en 1919-1920, il fut proposé d'inclure dans le Pacte de la Société des Nations des dispositions sur la liberté de religion et l'égalité raciale. Ces propositions ayant finalement été rejetées, aucune règle, pas même des plus basiques, n'a été inscrite dans le pacte concernant les droits de l'homme. A défaut, un certain nombre d'Etats, principalement d'Europe centrale et orientale, conclurent des traités ou formulèrent des déclarations par lesquelles ils s'engageaient à protéger les minorités sur leur territoire. En outre, l'Organisation internationale du Travail, créée en 1919, adopta ses premières conventions sur les droits des travailleurs. Si certains efforts furent faits pendant la période de l'entre-deux-guerres pour inclure la protection des droits de l'homme dans le droit international, force est de constater que cette protection se limitait alors à certains droits ou ne s'appliquait qu'à un nombre limité de pays.

6. En 1945, la donne changea radicalement avec l'adoption de la Charte des Nations Unies, traité révolutionnaire en ceci que le développement et

not only included the promotion and encouragement of respect for human rights as one of the purposes of the Organization, but also declared that human rights were guaranteed for “all without distinction” (Art. 1, para. 3, and Art. 55 (*c*)). The adoption of the Charter marked the beginning of a process of continual expansion of international human rights law.

7. In 1948, the General Assembly of the United Nations adopted the Universal Declaration of Human Rights (hereinafter the “UDHR”), which set out a catalogue of human rights to be protected by States under the Charter. Influenced by the idea of natural rights, it provided that “[a]ll human beings are born free and equal in dignity and rights” (Art. 1; emphasis added) and that “[e]veryone is entitled to all the rights and freedoms set forth in this Declaration, *without distinction of any kind, such as race, colour, sex, language, religion, political or other opinion, national or social origin, property, birth or other status*” (Art. 2; emphasis added). From the phrase “such as”, it is clear that the list of prohibited grounds of discrimination in Article 2 of the UDHR is illustrative, and not exhaustive. Moreover, the list includes the catch-all term “other status”. Thus, even though nationality is not expressly mentioned in the list of prohibited grounds, it may be concluded that discrimination based on nationality is prohibited by the UDHR and that non-citizens are also entitled to the human rights enshrined therein.

8. In 1966, the General Assembly adopted the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (hereinafter the “ICESCR”) and the International Covenant on Civil and Political Rights (hereinafter the “ICCPR”). The ICCPR provides in Article 2, paragraph 1, that

“[e]ach State Party . . . undertakes to respect and to ensure to *all individuals . . . the rights recognized in the present Covenant, without distinction of any kind, such as race, colour, sex, language, religion, political or other opinion, national or social origin, property, birth or other status*” (emphasis added).

Article 26 of the ICCPR, a self-standing non-discrimination clause, contains comparable language. As with the UDHR, it may be concluded that, in principle, non-citizens are entitled to the human rights provided for in the ICCPR, and that the States parties are prohibited from discriminating on the basis of nationality.

9. The wording used by the ICESCR is slightly different. Article 2, paragraph 2, provides that the States parties “undertake to guarantee that the rights enunciated in the present Covenant will be exercised without discrimination of any kind *as to* race, colour, sex, language, religion,

l'encouragement du respect des droits de l'homme figuraient parmi les buts de l'Organisation, mais également parce que les droits de l'homme y étaient garantis pour « tous sans distinction » (art. 1, par. 3, et art. 55 *c*). L'adoption de la Charte marqua le début d'une expansion du droit international des droits de l'homme, qui se poursuivit par la suite.

7. En 1948, l'Assemblée générale des Nations Unies adopta la Déclaration universelle des droits de l'homme, qui énumérait les droits de l'homme devant être protégés par les Etats en vertu de la Charte. Inspirée de la doctrine des droits naturels, celle-ci disposait que « *[t]ous les êtres humains naissent libres et égaux en dignité et en droits* » (article premier; les italiques sont de moi) et que « *[c]hacun peut se prévaloir de tous les droits et de toutes les libertés proclamés dans la ... Déclaration, sans distinction aucune, notamment de race, de couleur, de sexe, de langue, de religion, d'opinion politique ou de toute autre opinion, d'origine nationale ou sociale, de fortune, de naissance ou de toute autre situation* » (art. 2; les italiques sont de moi). Il ressort clairement de l'utilisation du terme « notamment » que la liste de motifs de discrimination prohibés figurant à l'article 2 de la déclaration est illustrative et non exhaustive. Par ailleurs, la liste contient l'expression « toute autre situation », qui revêt une portée générale. Ainsi, même si la nationalité n'est pas expressément mentionnée dans la liste des motifs proscrits, on peut conclure que la discrimination fondée sur la nationalité est prohibée par la Déclaration universelle des droits de l'homme et que les non-ressortissants jouissent également des droits de l'homme consacrés par cet instrument.

8. En 1966, l'Assemblée générale adopta le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels et le Pacte international relatif aux droits civils et politiques. Ce dernier prévoit, au paragraphe 1 de son article 2, que

« [l]es Etats parties ... s'engagent à respecter et à garantir à *tous les individus* ... les droits reconnus dans le ... Pacte, *sans distinction aucune, notamment de race, de couleur, de sexe, de langue, de religion, d'opinion politique ou de toute autre opinion, d'origine nationale ou sociale, de fortune, de naissance ou de toute autre situation* » (les italiques sont de moi).

L'article 26 du même instrument, clause de non-discrimination autonome, contient des dispositions similaires. Comme c'est le cas pour la Déclaration universelle des droits de l'homme, on peut conclure que, en principe, les non-ressortissants peuvent se prévaloir des droits de l'homme garantis par le Pacte international relatif aux droits civils et politiques et qu'il est interdit aux Etats parties d'opérer une discrimination fondée sur la nationalité.

9. La formulation employée dans le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels diffère légèrement. Le paragraphe 2 de l'article 2 prévoit ainsi que les Etats parties « s'engagent à garantir que les droits ... énoncés [dans le Pacte] seront exercés sans dis-

political or other opinion, national or social origin, property, birth or *other status*” (emphasis added). The words “as to” are more restrictive than the words “such as” used in the UDHR and the ICCPR. Nevertheless, because the list of prohibited grounds of discrimination, like those in the UDHR and the ICCPR, contains the catch-all term “other status”, it may be concluded that this list is also illustrative, and not exhaustive. Moreover, Article 2, paragraph 3, provides that “[d]eveloping countries . . . may determine to what extent they would guarantee the economic rights recognized in the present Covenant to non-nationals”. Interpreting this clause *a contrario*, it may be concluded that the human rights provided for in the ICESCR are also guaranteed in principle to non-nationals.

10. Regional conventions on human rights likewise contain non-discrimination clauses, such as Article 14 of the European Convention on Human Rights and Articles 1 and 24 of the American Convention on Human Rights. The lists of prohibited grounds of discrimination in these clauses also contain catch-all terms: “other status” in Article 14 of the European Convention and “other social condition” in Article 1 of the American Convention. Thus, these lists of prohibited grounds are equally considered to be illustrative, and not exhaustive. Accordingly, like the international conventions discussed above, regional conventions are understood to protect the rights of non-citizens.

11. The international human rights bodies and courts established by these treaties to monitor their implementation by States have confirmed that non-citizens are entitled to the human rights provided for therein and that discrimination based on nationality is prohibited.

12. With regard to the ICCPR, in 1986 the Human Rights Committee adopted General Comment No. 15 on *the position of aliens under the Covenant*, in which it affirmed that “[i]n general, the rights set forth in the Covenant apply to everyone . . . irrespective of his or her nationality”, and that “the general rule is that each one of the rights of the Covenant must be guaranteed without discrimination between citizens and aliens”¹.

13. Subsequently, in a number of individual communication cases, the Human Rights Committee has held that discrimination based on nationality is prohibited by Article 26 of the ICCPR. In *Gueye et al. v. France*,

¹ Human Rights Committee, General Comment No. 15 on the position of aliens under the Covenant, 22 July 1986, paras. 1-2.

crimination aucune *fondée sur* la race, la couleur, le sexe, la langue, la religion, l'opinion politique ou toute autre opinion, l'origine nationale ou sociale, la fortune, la naissance ou *toute autre situation*» (les italiques sont de moi). L'expression «fondée sur» a un sens plus restrictif que le terme «notamment» utilisé dans la Déclaration universelle des droits de l'homme et dans le Pacte international relatif aux droits civils et politiques. Néanmoins, étant donné que la liste des motifs de discrimination prohibés, comme ceux qui figurent dans la déclaration et dans le pacte, contient l'expression de portée générale «toute autre situation», on peut conclure que cette liste est également illustrative et non exhaustive. De plus, le paragraphe 3 de l'article 2 dispose que «[l]es pays en voie de développement ... peuvent déterminer dans quelle mesure ils garantiront les droits économiques reconnus dans le ... Pacte à des non-ressortissants». Si l'on interprète cette clause *a contrario*, on peut conclure que les droits de l'homme énoncés dans le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels sont également garantis, en principe, aux non-nationaux.

10. Les conventions régionales relatives aux droits de l'homme prévoient elles aussi des clauses de non-discrimination, telles que l'article 14 de la convention européenne des droits de l'homme ou les articles 1 et 24 de la convention américaine relative aux droits de l'homme. Parmi les motifs de discrimination prohibés qui sont énumérés dans ces dispositions figurent également des expressions de portée générale: «ou toute autre situation» dans l'article 14 de la convention européenne, et «toute autre condition sociale» dans l'article 1 de la convention américaine. Ces listes de motifs prohibés sont donc également considérées comme illustratives et non exhaustives. En conséquence, de même que les conventions internationales examinées ci-dessus, les conventions régionales doivent être interprétées comme protégeant les droits des non-ressortissants.

11. Les juridictions et organes internationaux chargés des droits de l'homme que ces instruments ont établis pour contrôler leur mise en œuvre par les Etats ont confirmé que les non-ressortissants jouissaient des droits de l'homme ainsi protégés et que la discrimination fondée sur la nationalité était interdite.

12. S'agissant du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, le Comité des droits de l'homme a adopté, en 1986, l'observation générale n° 15 sur *la situation des étrangers au regard du Pacte*, dans laquelle il affirmait que, «[e]n général, les droits énoncés dans le Pacte s'appliquent à toute personne ... quelle que soit sa nationalité» et que «la règle générale est que chacun des droits énoncés dans le Pacte doit être garanti, sans discrimination entre les citoyens et les étrangers»¹.

13. Par la suite, le Comité des droits de l'homme s'est prononcé sur un certain nombre de communications individuelles et a jugé que la discrimination fondée sur la nationalité était prohibée par l'article 26 du Pacte

¹ Comité des droits de l'homme, observation générale n° 15: Situation des étrangers au regard du Pacte, 22 juillet 1986, par. 1-2.

retired soldiers of Senegalese nationality who had served in the French Army prior to the independence of Senegal claimed that France was in breach of Article 26 because the pensions they received were inferior to those enjoyed by retired soldiers of French nationality. The Committee considered that this practice constituted discrimination based on nationality in violation of Article 26². The Committee also found violations of Article 26 in a number of cases brought against the Czech Republic. These cases concerned Czech nationals who had fled Czechoslovakia under communist pressure and had their property confiscated under the legislation then applicable. The Czech Restitution Act of 1991 provided for restitution of property or compensation, but only if a person was a citizen of the Czech and Slovak Republic and was a permanent resident in its territory. Persons who lost Czech citizenship after leaving the country submitted communications to the Committee, claiming that they had been discriminated against because of their lack of citizenship. The Committee found the condition of citizenship unreasonable and discriminatory, in violation of Article 26 of the ICCPR³.

14. The Committee on Economic, Social and Cultural Rights (hereinafter the “CESCR”) has similarly confirmed that the ICESCR applies to non-citizens. In General Comment No. 20 of 2009, the CESCR declared that “[t]he ground of nationality should not bar access to Covenant rights”, while noting that this was “without prejudice to the application of art. 2, para. 3, of the Covenant”. It confirmed that “[t]he Covenant rights apply to everyone including non-nationals”⁴.

15. The monitoring bodies established by regional conventions on human rights have taken the same position. The European Court of Human Rights (hereinafter the “ECtHR”) has held that discrimination based on nationality is prohibited by the European Convention on

² Human Rights Committee, *Gueye et al. v. France*, 3 April 1989, Communication No. 196/1985, para. 9.4.

³ E.g. Human Rights Committee, *Simunek et al. v. Czech Republic*, 19 July 1995, Communication No. 516/1992, para. 11.6; *Adam v. Czech Republic*, 23 July 1996, Communication No. 586/1994, para. 12.6; *Blazek et al. v. Czech Republic*, 12 July 2001, Communication No. 857/1999, para. 5.8; *Des Fours Walderode v. Czech Republic*, 30 October 2001, Communication No. 747/1997, para. 8.4. See also Human Rights Committee, *Karakurt v. Austria*, 4 April 2002, Communication No. 965/2000, para. 8.4 (finding a distinction between aliens made solely on the basis of their different nationalities concerning their capacity to stand for election to a works council to be discrimination in violation of Article 26).

⁴ CESCR, General Comment No. 20 on non-discrimination in economic, social and cultural rights (Art. 2, para. 2, of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights), 18 May 2009, para. 30.

international relatif aux droits civils et politiques. En l'affaire *Gueye et consorts c. France*, des militaires à la retraite de nationalité sénégalaise qui avaient servi dans l'armée française avant l'indépendance du Sénégal ont présenté une plainte reprochant à la France d'avoir enfreint l'article 26 au motif que les allocations de retraite qu'ils percevaient étaient inférieures à celles dont bénéficiaient les militaires à la retraite de nationalité française. Le Comité a estimé que cette pratique constituait une discrimination fondée sur la nationalité, en violation de l'article 26². Le Comité a également constaté des violations de l'article 26 dans un certain nombre d'affaires portées devant lui contre la République tchèque. Ces affaires concernaient des ressortissants tchèques qui avaient fui la Tchécoslovaquie sous le joug communiste et avaient vu leurs biens confisqués selon la législation alors en vigueur. En vertu de la loi tchèque de 1991 relative à la restitution des biens, pour prétendre à une restitution ou à une indemnisation, le requérant devait être citoyen de la République fédérale tchèque et slovaque et avoir le statut de résident permanent sur son territoire. Plusieurs personnes ayant perdu la citoyenneté tchèque après avoir quitté le pays ont soumis des communications au Comité, arguant qu'elles avaient subi une discrimination en raison de leur absence de citoyenneté. Le Comité a jugé que la condition de la citoyenneté avait un caractère déraisonnable et discriminatoire, et constituait une violation de l'article 26 du Pacte³.

14. Le Comité des droits économiques, sociaux et culturels a également confirmé que le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels s'appliquait aux non-ressortissants. Dans son observation générale n° 20 de 2009, il a en effet déclaré que «[l]e motif de la nationalité ne doit pas empêcher l'accès aux droits consacrés par le Pacte», tout en soulignant que «[l]es droits visés par le Pacte s'appliquent à chacun, y compris les non-ressortissants»⁴.

15. Les organes de contrôle institués par les conventions régionales relatives aux droits de l'homme ont adopté la même position. La Cour européenne des droits de l'homme (ci-après la «CEDH») a jugé que la discrimination fondée sur la nationalité était prohibée par la convention

² Comité des droits de l'homme, *Gueye et consorts c. France*, 3 avril 1989, communication n° 196/1985, par. 9.4.

³ Voir, par exemple, Comité des droits de l'homme, *Simunek et consorts c. République tchèque*, 19 juillet 1995, communication n° 516/1992, par. 11.6; *Adam c. République tchèque*, 23 juillet 1996, communication n° 586/1994, par. 12.6; *Blazek et consorts c. République tchèque*, 12 juillet 2001, communication n° 857/1999, par. 5.8; *Des Fours Walderode c. République tchèque*, 30 octobre 2001, communication n° 747/1997, par. 8.4. Voir aussi Comité des droits de l'homme, *Karakurt c. Autriche*, 4 avril 2002, communication n° 965/2000, par. 8.4 (où le Comité a jugé, dans le contexte d'une candidature à une élection de comité d'entreprise, que le fait d'opérer une distinction entre étrangers sur la base de leurs différentes nationalités constituait une discrimination constitutive d'une violation de l'article 26).

⁴ Comité des droits économiques, sociaux et culturels, observation générale n° 20: La non-discrimination dans l'exercice des droits économiques, sociaux et culturels (art. 2, par. 2 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels), 18 mai 2009, par. 30.

Human Rights⁵. So has the Inter-American Court of Human Rights (hereinafter the “IACtHR”) with regard to the American Convention on Human Rights⁶.

16. Furthermore, the General Assembly of the United Nations adopted in 1985 the Declaration on the Human Rights of Individuals Who Are not Nationals of the Country in which They Live (resolution 40/144), which lists rights applicable to individuals present in States of which they are not nationals. A substantial number of the rights mentioned therein replicate provisions contained in the International Bill of Human Rights (the UDHR, the ICESCR and the ICCPR), emphasizing their applicability to non-citizens, albeit using somewhat different wording. This declaration provides further evidence that non-citizens are entitled to most of the human rights contained in these instruments.

17. While it is clear that non-citizens are entitled to human rights under international law, international law does allow States to draw distinctions between citizens and non-citizens in respect of certain rights, such as political rights and the right to enter a country. For example, Article 25 of the ICCPR provides that “[e]very citizen” shall have the right to take part in the conduct of public affairs, to vote and to be elected, and to have access to public service; and Article 12, paragraph 4, states that no one shall be arbitrarily deprived of the right to enter “his own country”. In General Comment No. 15 of 1986, the Human Rights Committee acknowledged that “some of the rights recognized in the Covenant are expressly applicable only to citizens”⁷.

18. In addition, international law allows States to draw distinctions between citizens and non-citizens in time of public emergency. Article 4, paragraph 1, of the ICCPR permits States, in time of public emergency, to take measures derogating from their obligations under the Covenant, provided such measures do not involve discrimination on the ground of “race, colour, sex, language, religion or social origin”. Neither “nationality” nor “other status” is included in this list. Since Article 4, paragraph 2, makes certain rights non-derogable even in time of public emergency, no one, including non-citizens, can be deprived of these non-derogable rights. With regard to the other rights, however, States are not prohibited from

⁵ E.g. ECtHR, *Andrejeva v. Latvia*, Grand Chamber, judgment of 18 February 2009, No. 55707/00, para. 87; *Biao v. Denmark*, Grand Chamber, judgment of 24 May 2016, No. 38590/10, para. 93.

⁶ E.g. IACtHR, *Juridical Condition and Rights of Undocumented Migrants*, advisory opinion of 17 September 2003, OC-18/03, para. 118; *Rights and Guarantees of Children in the Context of Migration and/or in Need of International Protection*, advisory opinion of 19 August 2014, OC-21/14, para. 53.

⁷ Human Rights Committee, General Comment No. 15, *supra* note 1, para. 2.

européenne des droits de l'homme⁵. La Cour interaméricaine des droits de l'homme s'est prononcée dans le même sens à propos de la convention américaine relative aux droits de l'homme⁶.

16. En outre, l'Assemblée générale des Nations Unies a adopté en 1985 la Déclaration sur les droits de l'homme des personnes qui ne possèdent pas la nationalité du pays dans lequel elles vivent (résolution 40/144), qui énumère les droits applicables aux individus qui se trouvent dans des Etats dont ils ne sont pas ressortissants. Bon nombre de ces droits sont inspirés des dispositions figurant dans la Charte internationale des droits de l'homme (la Déclaration universelle des droits de l'homme, le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels et le Pacte international relatif aux droits civils et politiques), et il est souligné que la protection de ces droits sera assurée aux non-ressortissants, quoiqu'ils soient désignés quelque peu différemment. La déclaration de 1985 apporte une preuve supplémentaire que les non-ressortissants jouissent de la plupart des droits de l'homme énoncés dans les instruments susmentionnés.

17. S'il est clair que les non-ressortissants bénéficient des droits de l'homme conférés par le droit international, celui-ci autorise toutefois les Etats à opérer des distinctions entre ressortissants et non-ressortissants concernant certains droits, tels que les droits politiques et le droit d'entrer sur leur territoire. L'article 25 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques prévoit ainsi que «tout citoyen» a le droit de prendre part à la direction des affaires publiques, de voter et d'être élu, et d'accéder aux fonctions publiques; le paragraphe 4 de l'article 12 énonce également que nul ne peut être arbitrairement privé du droit d'entrer «dans son propre pays». Dans son observation générale n° 15, le Comité des droits de l'homme a constaté que «certains des droits reconnus dans le Pacte ne sont expressément applicables qu'aux citoyens»⁷.

18. En outre, le droit international autorise les Etats à opérer des distinctions entre ressortissants et non-ressortissants en cas de danger public exceptionnel. Selon le paragraphe 1 de l'article 4 du Pacte, les Etats peuvent, dans un tel cas, prendre des mesures dérogeant aux obligations prévues par le Pacte, sous réserve que ces mesures n'entraînent pas une discrimination fondée sur «la race, la couleur, le sexe, la langue, la religion ou l'origine sociale». Ni «la nationalité» ni «toute autre situation» ne figurent dans cette liste. Etant donné que le paragraphe 2 de l'article 4 interdit de déroger à certains droits, même en cas de danger public exceptionnel, nul ne peut être privé de ces droits inaliénables, y compris les non-

⁵ Voir, par exemple, CEDH, *Andrejeva c. Lettonie*, Grande Chambre, arrêt du 18 février 2009, requête n° 55707/00, par. 87; *Biao c. Danemark*, Grande Chambre, arrêt du 24 mai 2016, requête n° 38590/10, par. 93.

⁶ Voir, par exemple, Cour interaméricaine des droits de l'homme, *Juridical Condition and Rights of Undocumented Migrants*, avis consultatif OC-18/03 du 17 septembre 2003, par. 118; *Rights and Guarantees of Children in the Context of Migration and/or in Need of International Protection*, avis consultatif OC-21/14 du 19 août 2014, par. 53.

⁷ Comité des droits de l'homme, observation générale n° 15, voir note 1 ci-dessus, par. 2.

introducing restrictions that apply only to non-citizens in time of public emergency.

19. Furthermore, even in respect of the rights to which non-citizens are entitled under international law, States are not prohibited from making certain distinctions based on nationality. The monitoring bodies established by the international and regional human rights treaties use similar frameworks to determine whether a distinction constitutes discrimination. A differentiation of treatment is considered to constitute discrimination, unless the criteria for such a differentiation are reasonable and objective; in other words, unless it pursues a legitimate aim and there is a reasonable relationship of proportionality between the means employed and the aim sought to be achieved⁸. This general framework also applies to the question of whether particular distinctions based on nationality constitute discrimination. Thus, for instance, preferential treatment given to certain groups of non-citizens by virtue of international agreements may be considered reasonable and objective and therefore would not constitute discrimination⁹.

20. The Committee on the Elimination of Racial Discrimination (hereinafter the “CERD Committee”), in its General Recommendation XXX on *discrimination against non-citizens*, took note of the aforementioned protections that international law provides to non-citizens¹⁰. Article 1, paragraph 2, of CERD provides that “[t]his Convention shall not apply to distinctions, exclusions, restrictions or preferences made by a State Party to this Convention between citizens and non-citizens”. In the General Recommendation, the Committee stressed that “Article 1, paragraph 2 . . . should not be interpreted to detract in any way from the rights and freedoms recognized and enunciated in particular in [the UDHR, the ICESCR and the ICCPR]”¹¹. Similarly, the Committee noted:

“Although some of [the rights listed in Article 5 of CERD], such as the right to participate in elections, to vote and to stand for elec-

⁸ E.g. Human Rights Committee, General Comment No. 18 on non-discrimination, 9 November 1989, para. 13; ECtHR, *Biao v. Denmark*, *supra* note 5, para. 90; IACtHR, *Proposed Amendments to the Naturalization Provision of the Constitution of Costa Rica*, advisory opinion of 19 January 1984, OC-4/84, para. 57.

⁹ E.g. Human Rights Committee, *van Oord v. Netherlands*, 23 July 1997, Communication No. 658/1995, para. 8.5; ECtHR, *C. v. Belgium*, judgment of 7 August 1996, No. 21794/93, para. 38.

¹⁰ CERD Committee, General Recommendation XXX on discrimination against non-citizens, 5 August 2004.

¹¹ *Ibid.*, para. 2. This paragraph essentially repeats what the Committee had already affirmed in 1993. CERD Committee, General Recommendation XI on non-citizens, 9 March 1993, para. 3.

ressortissants. Pour ce qui est des autres droits, en revanche, rien n'interdit aux Etats d'introduire des restrictions qui s'appliquent uniquement aux non-ressortissants en cas de danger public exceptionnel.

19. De surcroît, même s'agissant des droits conférés aux non-ressortissants par le droit international, il n'est pas interdit aux Etats d'établir certaines distinctions fondées sur la nationalité. Les organes de contrôle institués par les instruments internationaux et régionaux des droits de l'homme ont recours à des cadres similaires pour déterminer si une distinction donnée constitue ou non une discrimination. Une différence de traitement est considérée comme constitutive de discrimination, à moins que les critères qui fondent la différenciation soient raisonnables et objectifs; en d'autres termes, à moins qu'elle poursuive un but légitime ou qu'il y ait un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé⁸. Ce cadre général s'applique également à la question de savoir si des distinctions particulières fondées sur la nationalité constituent une discrimination. Ainsi, un traitement préférentiel accordé à certains groupes de non-ressortissants en vertu d'accords internationaux peut être considéré raisonnable et objectif, et ne constitue donc pas une discrimination⁹.

20. Le Comité pour l'élimination de la discrimination raciale (ci-après le «Comité de la CIEDR»), dans sa recommandation générale XXX concernant la discrimination contre les non-ressortissants, a pris note des protections susmentionnées que le droit international accorde à ces derniers¹⁰. Aux termes du paragraphe 2 de l'article premier de la CIEDR, celle-ci «ne s'applique pas aux distinctions, exclusions, restrictions ou préférences établies par un Etat partie à la Convention selon qu'il s'agit de ses ressortissants ou de non-ressortissants». Dans la recommandation générale, le Comité a souligné que «[l]e paragraphe 2 de l'article premier doit être interprété de manière à éviter ... de diminuer de quelque façon que ce soit les droits et libertés reconnus et énoncés en particulier dans la Déclaration universelle des droits de l'homme, le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels et le Pacte international relatif aux droits civils et politiques»¹¹. De façon similaire, le Comité a fait observer ce qui suit :

«Quoique certains de[s] droits [énumérés à l'article 5 de la CIEDR], tels que le droit de participer aux élections, de voter et d'être candi-

⁸ Voir, par exemple, Comité des droits de l'homme, observation générale n° 18: Non-discrimination, 9 novembre 1989, par. 13; CEDH, *Biao c. Danemark*, voir note 5 ci-dessus, par. 90; Cour interaméricaine des droits de l'homme, *Proposed Amendments to the Naturalization Provision of the Constitution of Costa Rica*, avis consultatif du 19 janvier 1984, OC-4/84, par. 57.

⁹ Voir, par exemple, Comité des droits de l'homme, *van Oord c. Pays-Bas*, 23 juillet 1997, communication n° 658/1995, par. 8.5; CEDH, *C. c. Belgique*, arrêt du 7 août 1996, requête n° 21794/93, par. 38.

¹⁰ Comité de la CIEDR, recommandation générale XXX concernant la discrimination contre les non-ressortissants, 5 août 2004.

¹¹ *Ibid.*, par. 2. Pour l'essentiel, ce paragraphe répète ce que le Comité avait déjà affirmé en 1993. Recommandation générale XI concernant les non-ressortissants, 9 mars 1993, par. 3.

tion, may be confined to citizens, human rights are, in principle, to be enjoyed by all persons. States parties are under an obligation to guarantee equality between citizens and non-citizens in the enjoyment of these rights to the extent recognized under international law.”¹²

21. As I will explain in more detail below, the present dispute concerns solely “the interpretation and application of [CERD]” and not other rules of international law. The Court has no jurisdiction to make determinations as to whether the measures taken by the UAE comply with other rules of international law.

II. “RACIAL DISCRIMINATION” UNDER THE INTERNATIONAL CONVENTION ON THE ELIMINATION OF ALL FORMS OF RACIAL DISCRIMINATION

1. The Court Has Jurisdiction with respect to the Interpretation or Application of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination

22. The present dispute has been brought to the Court pursuant to Article 22 of CERD. According to this clause, the Court’s jurisdiction is limited to disputes “with respect to the interpretation or application of this Convention”. In order to determine whether the present dispute is one with respect to the interpretation or application of CERD, the Court needs to examine whether Qatar’s claims fall within the scope of CERD (Judgment, para. 72). For Qatar’s claims to fall within the scope of CERD, the measures of which it complains must be capable of constituting “racial discrimination” within the meaning of CERD. Accordingly, whether the measures at issue are capable of constituting racial discrimination under CERD is critically important in the present case. If they are not, the Court has no jurisdiction, irrespective of whether the same measures could constitute discrimination based on nationality under other rules of international law.

23. Just as it has done before this Court, the UAE raised before the CERD Committee the objection that its dispute with Qatar falls outside the scope *ratione materiae* of CERD. In accordance with Rule 91 of its Rules of Procedure, the Committee dealt with the preliminary issue of its competence *ratione materiae* as a question of admissibility¹³. For this Court, however, this objection raises an issue of jurisdiction. If the measures taken by the UAE are not capable of constituting racial discrimina-

¹² CERD Committee, General Recommendation XXX, *supra* note 10, para. 3.

¹³ CERD Committee, Decision on the jurisdiction of the inter-State communication submitted by Qatar against the United Arab Emirates, dated 27 August 2019, UN doc. CERD/C/99/3, para. 57.

dat, puissent être réservés aux ressortissants, les droits de l'homme doivent être, en principe, exercés par tous. Les Etats parties sont tenus de garantir un exercice égal de ces droits par les ressortissants et les non-ressortissants dans toute la mesure prévue par le droit international.»¹²

21. Comme je l'expliquerai plus en détail ci-après, le présent différend concerne uniquement «l'interprétation et l'application de [la CIEDR]» et non d'autres règles du droit international. La Cour n'a pas compétence pour se prononcer sur la question de savoir si les mesures prises par les Emirats arabes unis respectent les autres règles du droit international.

II. LA «DISCRIMINATION RACIALE»
AU SENS DE LA CONVENTION INTERNATIONALE
SUR L'ÉLIMINATION DE TOUTES LES FORMES DE DISCRIMINATION RACIALE

1. La Cour est compétente à l'égard des différends touchant l'interprétation ou l'application de la convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale

22. Le présent différend a été porté devant la Cour en application de l'article 22 de la CIEDR, selon lequel la compétence de la Cour est limitée aux différends «touchant l'interprétation ou l'application de la ... Convention». Afin de déterminer si le présent différend est de ceux qui concernent l'interprétation ou l'application de la CIEDR, la Cour doit examiner si les demandes du Qatar entrent dans le champ d'application de celle-ci (arrêt, par. 72). Pour que cela soit le cas, il faut que les mesures dont le Qatar tire grief soient susceptibles d'être constitutives de «discrimination raciale» au sens de la convention. En conséquence, la question de savoir si les mesures en cause sont susceptibles de constituer une discrimination raciale au titre de la CIEDR est d'une importance capitale en l'espèce. Dans la négative, la Cour n'a pas compétence, que ces mesures soient ou non susceptibles de constituer une discrimination fondée sur la nationalité en vertu d'autres règles du droit international.

23. Tout comme ils l'ont fait devant la Cour, les Emirats arabes unis ont objecté devant le Comité de la CIEDR que le différend qui les opposait au Qatar excédait la portée *ratione materiae* de la convention. Conformément à l'article 91 du règlement intérieur du Comité de la CIEDR, celui-ci a traité l'exception d'incompétence *ratione materiae* comme une question de recevabilité¹³. Pour la Cour, cependant, cette exception pose une question de compétence. Si les mesures prises par les Emirats arabes

¹² Comité de la CIEDR, recommandation générale XXX, voir note 10 ci-dessus, par. 3.

¹³ Nations Unies, Comité de la CIEDR, décision sur la compétence du Comité pour connaître de la communication interétatique présentée par le Qatar contre les Emirats arabes unis, 27 août 2019, doc. CERD/C/99/3, par. 57.

tion under CERD, the dispute falls outside the jurisdiction *ratione materiae* of the Court.

24. Article 1, paragraph 1, of CERD defines “racial discrimination” as follows:

“In this Convention, the term ‘racial discrimination’ shall mean any distinction, exclusion, restriction or preference based on race, colour, descent, or national or ethnic origin which has the purpose or effect of nullifying or impairing the recognition, enjoyment or exercise, on an equal footing, of human rights and fundamental freedoms in the political, economic, social, cultural or any other field of public life.”

25. The definition of “racial discrimination” under this provision has two elements. First, the measures must constitute a distinction, exclusion, restriction or preference which has the purpose or effect of nullifying or impairing the recognition, enjoyment or exercise of human rights. In other words, they must entail differential treatment. Secondly, the differential treatment must be based on one of the prohibited grounds, namely, “race, colour, descent, or national or ethnic origin”.

26. As noted by the Court, it is not disputed that the “expulsion order” and the “travel bans”, as well as the “measures to restrict broadcasting and internet programming by certain Qatari media corporations”, constitute differential treatment (Judgment, paras. 57 and 59). It is, however, disputed whether these measures are “based on” one of the grounds listed in Article 1, paragraph 1, of CERD and are thus capable of constituting racial discrimination.

27. In its first preliminary objection, the UAE maintains that the Court lacks jurisdiction *ratione materiae* over the present dispute because the alleged acts differentiate on the basis of “current nationality” and do not fall within the scope of CERD. Article 1, paragraph 1, of CERD, unlike the non-discrimination provisions of the other human rights instruments discussed above, contains neither a phrase like “such as” before the list of prohibited grounds, nor a catch-all term like “other status”. The wording of Article 1, paragraph 1, therefore clearly indicates that the list of prohibited grounds is exhaustive, and not illustrative. In order for differential treatment to constitute “racial discrimination”, it must be based on one of the specified prohibited grounds: “race, colour, descent, or national or ethnic origin”. “Nationality” is not included in the list. Nonetheless, Qatar argues that the term “national origin” encompasses nationality, including present nationality, while the UAE disagrees. The Court examines this issue in detail and concludes that “national origin” does not encompass current nationality (Judgment, paras. 74-105). I agree with

unis ne sont pas susceptibles d'être constitutives de discrimination raciale en vertu de la CIEDR, le différend échappe à la compétence *ratione materiae* de la Cour.

24. Le paragraphe 1 de l'article premier de la CIEDR définit la «discrimination raciale» comme suit :

«Dans la présente Convention, l'expression «discrimination raciale» vise toute distinction, exclusion, restriction ou préférence fondée sur la race, la couleur, l'ascendance ou l'origine nationale ou ethnique, qui a pour but ou pour effet de détruire ou de compromettre la reconnaissance, la jouissance ou l'exercice, dans des conditions d'égalité, des droits de l'homme et des libertés fondamentales dans les domaines politique, économique, social et culturel ou dans tout autre domaine de la vie publique.»

25. La définition de la «discrimination raciale» telle qu'elle figure dans cette disposition comporte deux aspects. Premièrement, les mesures doivent constituer une distinction, une exclusion, une restriction ou une préférence ayant pour but ou pour effet de détruire ou de compromettre la reconnaissance, la jouissance ou l'exercice des droits de l'homme. En d'autres termes, elles doivent entraîner un traitement différencié. Deuxièmement, la différence de traitement doit être fondée sur l'un des motifs prohibés, à savoir «la race, la couleur, l'ascendance ou l'origine nationale ou ethnique».

26. Comme la Cour l'a relevé, il n'est pas contesté que la «décision d'expulsion» et les «interdictions d'entrée», ainsi que les «mesures tendant à restreindre la diffusion, à la radio, à la télévision et sur Internet, des émissions de certaines sociétés de médias qatariennes», constituent un traitement différencié (arrêt, par. 57 et 59). La question qui se pose, en revanche, est celle de savoir si ces mesures sont ou non «fondées sur» l'un des motifs énumérés au paragraphe 1 de l'article premier de la CIEDR, et sont donc susceptibles d'être constitutives de discrimination raciale.

27. Dans leur première exception préliminaire, les Emirats arabes unis soutiennent que la Cour n'a pas compétence *ratione materiae* pour connaître du présent différend car les mesures en cause opèrent une différenciation fondée sur la «nationalité actuelle» et n'entrent donc pas dans le champ d'application de la convention. Le paragraphe 1 de l'article premier de la CIEDR, contrairement aux dispositions relatives à la non-discrimination des autres instruments des droits de l'homme examinés plus haut, ne fait pas précéder l'énumération des motifs prohibés d'un terme tel que «notamment», et ne contient pas non plus d'expression de portée générale comme «toute autre situation». Le libellé du paragraphe 1 de l'article premier indique donc clairement que la liste des motifs de discrimination prohibés est exhaustive et non illustrative. Pour que la différence de traitement soit constitutive de «discrimination raciale», elle doit être fondée sur l'un des motifs prohibés spécifiés, à savoir «la race, la couleur, l'ascendance ou l'origine nationale ou ethnique». La «nationalité» ne figure pas sur cette liste. Néanmoins, le Qatar avance que l'ex-

this conclusion of the Court. The next Section of this opinion will explain my reasoning, including additional reasons to those provided by the Court.

2. “Nationality” and “National Origin”

28. The prohibited grounds listed in Article 1, paragraph 1 — “race, colour, descent, or national or ethnic origin” — are inherent, immutable and permanent characteristics of individuals. “National origin” is not listed independently, but together with “ethnic origin” as “national or ethnic origin”. Thus, the text indicates a close relationship between the terms “national origin” and “ethnic origin”. Read in its ordinary meaning in this context, “national origin” can be understood as referring to the country or cultural group (nation) from which a person originates.

29. “Nationality”, on the other hand, is a legal bond a State creates with certain persons whom it accepts as its nationals. It is a person’s legal status as a citizen of a State. Nationality is an alterable condition and is fundamentally different in nature from the characteristics of individuals listed in Article 1, paragraph 1, which are inherent, immutable and permanent. This crucial difference suggests that nationality is not encompassed within any of the prohibited grounds listed in Article 1, paragraph 1, including “national origin”.

30. Article 1, paragraph 1, must also be read in the context of the Convention’s other provisions. Paragraph 2 of Article 1 provides that “[t]his Convention shall not apply to distinctions, exclusions, restrictions or preferences made by a State Party to this Convention between citizens and non-citizens”, and paragraph 3 provides that “[n]othing in this Convention may be interpreted as affecting in any way the legal provisions of States Parties concerning nationality, citizenship or naturalization, *provided that such provisions do not discriminate against any particular nationality*” (emphasis added). It is reasonable to consider that this proviso was inserted in paragraph 3 because CERD does not otherwise prohibit discrimination based on nationality. Furthermore, in Article 5, States parties undertake to guarantee the right of everyone to equality before the law in the enjoyment of the listed rights, which include rights that are typically reserved for citizens, such as political rights.

pression «origine nationale» englobe la nationalité, y compris la nationalité actuelle, argument auquel s'opposent les Emirats arabes unis. Après un examen approfondi de cette question, la Cour conclut que l'expression «origine nationale» n'englobe pas la nationalité actuelle (arrêt, par. 74-105). Je souscris à cette conclusion de la Cour. La section suivante de la présente opinion exposera mon raisonnement et avancera notamment des motifs supplémentaires en sus de ceux énoncés par la Cour.

2. «Nationalité» et «origine nationale»

28. Les motifs prohibés énumérés au paragraphe 1 de l'article premier — «la race, la couleur, l'ascendance ou l'origine nationale ou ethnique» — sont des caractéristiques inhérentes aux personnes, immuables et permanentes. L'«origine nationale» ne figure pas séparément dans cette liste, mais est incluse conjointement avec l'«origine ethnique», selon la formulation «origine nationale ou ethnique». Le texte indique donc une relation étroite entre les expressions «origine nationale» et «origine ethnique». Lue dans son sens ordinaire et dans ce contexte, l'expression «origine nationale» peut être interprétée comme faisant référence au pays ou au groupe culturel (nation) dont une personne est originaire.

29. La «nationalité», en revanche, est un lien juridique qu'instaure un Etat avec les personnes qu'il reconnaît comme étant des nationaux. Il s'agit du statut légal d'un individu en tant que citoyen d'un Etat. La nationalité est une condition modifiable qui diffère fondamentalement, par sa nature, des caractéristiques énumérées au paragraphe 1 de l'article premier, lesquelles sont inhérentes, immuables et permanentes. Cette différence cruciale donne à penser que la nationalité n'est pas englobée dans les motifs prohibés de la liste figure au paragraphe 1 de l'article premier, en ce compris l'«origine nationale».

30. Le paragraphe 1 de l'article premier doit également être lu dans le contexte des autres dispositions de la convention. Ainsi, le paragraphe 2 du même article dispose que «[l]a présente Convention ne s'applique pas aux distinctions, exclusions, restrictions ou préférences établies par un Etat partie à la Convention selon qu'il s'agit de ses ressortissants ou de non-ressortissants», et le paragraphe 3 prévoit qu'«[a]ucune disposition de la présente Convention ne peut être interprétée comme affectant de quelque manière que ce soit les dispositions législatives des Etats parties à la Convention concernant la nationalité, la citoyenneté ou la naturalisation, à condition que ces dispositions ne soient pas discriminatoires à l'égard d'une nationalité particulière» (les italiques sont de moi). On peut raisonnablement considérer que cette condition a été incorporée au paragraphe 3 car aucune autre disposition de la convention n'interdisait la discrimination fondée sur la nationalité. En outre, aux termes de l'article 5, les Etats parties s'engagent à garantir le droit de chacun à l'égalité devant la loi dans la jouissance des droits énoncés dans cette disposition, parmi lesquels figurent des droits qui sont généralement réservés aux citoyens, tels que les droits politiques.

31. Qatar argues that since paragraphs 2 and 3 of Article 1 are exceptions to the definition established in paragraph 1, they imply that nationality is a prohibited ground under the definition in paragraph 1. However, paragraphs 2 and 3 rather convey the drafters' intent to exclude differential treatment based on nationality from the scope of the Convention and to make sure that the Convention does not prevent States parties from regulating questions of nationality. They are not exceptions to paragraph 1, but instead clarify that the definition of racial discrimination in paragraph 1 should not be read to encompass distinctions based on nationality.

32. Interpreting "national origin" as not encompassing nationality is also consistent with CERD's object and purpose of eliminating racial discrimination "in all its forms and manifestations" (Preamble; see also Arts. 2 and 5). Although nationality is not encompassed within "national origin", Article 1, paragraph 1, still prohibits differential treatment based on nationality when it has the "purpose or effect" of discriminating on the basis of "national origin" (see Section II (3) below).

33. The *travaux préparatoires* of CERD confirm that the drafters did not intend nationality to constitute a ground of racial discrimination. The Court analyses the *travaux préparatoires* in detail (Judgment, paras. 89-97). I would draw attention to the following two points in particular. First, the definition of racial discrimination prepared by the Commission on Human Rights and presented to the Third Committee of the General Assembly in 1964 contained the following sentence: "[In this paragraph the expression 'national origin' does not cover the status of any person as a citizen of a given State.]" (See Judgment, para. 94.) Secondly, in the course of the work of the Third Committee, France and the United States of America proposed an amendment that would have provided that "the expression 'national origin' does not mean 'nationality' or 'citizenship'" and that the Convention was not applicable to distinctions "based on differences of nationality or citizenship"¹⁴. In withdrawing this proposal, the French delegate stated that the alternative text, which was eventually adopted as Article 1, was "entirely acceptable" to both France and the United States (see *ibid.*, paras. 90 and 96). The CERD Committee has also accepted that "the *travaux préparatoires* of the Convention show that in the different stages of the elaboration of the Convention . . . the ground 'national origin' was understood as not covering 'nationality' or 'citizenship'"¹⁵.

¹⁴ United Nations, *Official Records of the General Assembly, Twentieth Session, Third Committee*, "Draft International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination", UN doc. A/6181, 18 December 1965, p. 12, para. 32.

¹⁵ CERD Committee, Decision on the admissibility of the inter-State communication submitted by Qatar against Saudi Arabia, dated 27 August 2019, UN doc. CERD/C/99/6, para. 12.

31. D'après le Qatar, les paragraphes 2 et 3 de l'article premier énoncent des exceptions à la définition établie au paragraphe 1 et impliquent que la nationalité est un motif de discrimination prohibé selon celle-ci. Or les paragraphes 2 et 3 traduisent plutôt une volonté, de la part des rédacteurs, d'exclure de la portée de la convention les différences de traitement fondées sur la nationalité et de veiller à ce que la convention n'empêche pas les Etats parties de réglementer les questions de nationalité. Ils n'énoncent pas des exceptions au paragraphe 1, mais précisent que la définition de la discrimination raciale figurant dans cette disposition ne doit pas être interprétée comme englobant les distinctions opérées sur la base de la nationalité.

32. Interpréter l'expression «origine nationale» comme n'englobant pas la nationalité est également compatible avec l'objet et le but de la CIEDR, à savoir l'élimination de «toutes les formes et de toutes les manifestations» de discrimination raciale (préambule; voir aussi les articles 2 et 5). Bien que la nationalité ne soit pas incluse dans l'expression «origine nationale», le paragraphe 1 de l'article premier n'en interdit pas moins toute différenciation de traitement fondée sur la nationalité lorsqu'elle a «pour but ou pour effet» d'opérer une discrimination sur la base de l'«origine nationale» (voir la section II.3 ci-dessous).

33. Les travaux préparatoires de la CIEDR, dont la Cour fait un examen approfondi, confirment que l'intention des rédacteurs n'était pas d'inclure la nationalité parmi les motifs de discrimination raciale (arrêt, par. 89-97). Je tiens à cet égard à appeler l'attention sur deux points en particulier. Premièrement, la définition de la discrimination raciale établie par la Commission des droits de l'homme et figurant dans le projet de convention présenté à la Troisième Commission de l'Assemblée générale en 1964 contenait la phrase suivante: «[Dans ce paragraphe, l'expression «origine nationale» ne désigne pas le statut conféré à une personne par sa qualité de citoyen d'un Etat donné.]» (Voir arrêt, par. 94.) Deuxièmement, au cours des travaux de la Troisième Commission, la France et les Etats-Unis d'Amérique avaient proposé un amendement disposant que «l'expression «origine nationale» ne désign[ait] ni la «nationalité» ni la «citoyenneté» et que la convention n'était pas applicable aux distinctions «fondées sur des différences de nationalité ou de citoyenneté»¹⁴. Lors du retrait de cette proposition, le représentant français avait déclaré que l'autre texte, qui sera finalement adopté comme libellé de l'article premier, était «tout à fait acceptable» pour les deux pays (voir *ibid.*, par. 90 et 96). Le Comité de la CIEDR a également reconnu qu'«il ressort des travaux préparatoires de la Convention que, à aucune des étapes de l'élaboration de cet instrument ... la notion d'«origine nationale» n'a été considérée comme recouvrant la nationalité ou la citoyenneté»¹⁵.

¹⁴ Nations Unies, *Compte rendu de l'Assemblée générale, vingtième session, Troisième Commission*, «Projet de convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale», doc. A/6181, 18 décembre 1965, p. 12, par. 32.

¹⁵ Nations Unies, Comité de la CIEDR, décision sur la recevabilité de la communication interétatique présentée par le Qatar contre l'Arabie saoudite, 27 août 2019, doc. CERD/C/99/6, par. 12.

34. An additional reason to distinguish “national origin” from “nationality” relates to the different levels of scrutiny that are required in reviewing the lawfulness of differential treatment under each ground. Racial discrimination is one of the most invidious forms of discrimination. Differentiation of treatment based on a prohibited ground listed in Article 1, paragraph 1, of CERD is inherently suspect and must meet the most rigorous scrutiny. For example, the ECtHR has held that “[w]here the difference in treatment is based on race, colour or ethnic origin, the notion of objective and reasonable justification must be interpreted as strictly as possible”¹⁶. The ECtHR has gone so far as to affirm that “[n]o difference in treatment based exclusively or to a decisive extent on a person’s ethnic origin is capable of being justified in a contemporary democratic society”¹⁷. In this way, if the difference in treatment is based on “race, colour, descent, or national or ethnic origin”, States bear a very heavy burden in demonstrating that the difference pursues a legitimate aim and that there is a reasonable relationship of proportionality between the means employed and the aim sought to be achieved. The scrutiny must be most rigorous and the threshold must be very high.

35. When the difference in treatment is based on nationality, the level of scrutiny required is different. Since non-citizens normally have no right to vote or be elected, and thus are unable to protect their interests through the political process, rigorous scrutiny is warranted for distinctions based on nationality. However, because States are entitled to make distinctions between citizens and non-citizens in respect of some rights or in certain circumstances, the level of scrutiny required need not be as rigorous as in cases of distinctions based on “race, colour, descent, or national or ethnic origin”. The ECtHR has declared that “very weighty reasons would have to be put forward before it could regard a difference of treatment based exclusively on the ground of nationality as compatible with the Convention”¹⁸. While that threshold remains high, the scrutiny required by the ECtHR is not as rigorous and the threshold is not as high as for cases of distinctions based on “race, colour, descent, or national or ethnic origin”¹⁹.

¹⁶ ECtHR, *D. H. and Others v. Czech Republic*, Grand Chamber, judgment of 13 November 2007, No. 57325/00, para. 196.

¹⁷ ECtHR, *Biao v. Denmark*, *supra* note 5, para. 94.

¹⁸ ECtHR, *Andrejeva v. Latvia*, *supra* note 5, para. 87; *Biao v. Denmark*, *supra* note 5, para. 93.

¹⁹ See also ECtHR, *Biao v. Denmark*, *supra* note 5, joint dissenting opinion of Judges Villiger, Mahoney and Kjølbrot, para. 30 (“a wide margin of appreciation is afforded to member States in relation to differences in treatment on the basis of ‘other status’ [in this case, length of nationality], as opposed to ‘national’ or ‘ethnic’ origin”).

34. La distinction entre «origine nationale» et «nationalité» se justifie également par les différents degrés d'exigence requis pour se prononcer sur la licéité d'un traitement différencié au titre de chacun de ces deux motifs. La discrimination raciale est l'une des formes de discrimination les plus odieuses. Les différences de traitement fondées sur l'un des motifs prohibés énoncés au paragraphe 1 de l'article premier de la CIEDR sont intrinsèquement problématiques et doivent faire l'objet d'un examen des plus rigoureux. Par exemple, la CEDH a jugé que, «[e]n cas de différence de traitement fondée sur la race, la couleur ou l'origine ethnique, la notion de justification objective et raisonnable doit être interprétée de manière aussi stricte que possible»¹⁶, et est allée jusqu'à affirmer qu'«[a]ucune différence de traitement fondée exclusivement ou dans une mesure déterminante sur l'origine ethnique d'un individu ne peut passer pour justifiée dans une société démocratique contemporaine»¹⁷. Ainsi, si une différence de traitement est basée sur «la race, la couleur, l'ascendance ou l'origine nationale ou ethnique», les Etats doivent assumer la très lourde tâche de démontrer que cette différenciation poursuit un but légitime et qu'il existe un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé. L'examen doit être des plus rigoureux et satisfaire à un critère très élevé.

35. Lorsque la différence de traitement est fondée sur la nationalité, le degré d'exigence requis est différent. Etant donné que les non-ressortissants ne jouissent généralement pas du droit de voter ou d'être élu et ne sont donc pas en mesure de protéger leurs intérêts par le biais du processus politique, un examen rigoureux s'impose. Cependant, les Etats étant autorisés à établir des distinctions entre ressortissants et non-ressortissants en ce qui concerne certains droits ou dans certaines circonstances, il n'est pas nécessaire d'appliquer un degré d'exigence aussi rigoureux que lorsque les distinctions sont fondées sur «la race, la couleur, l'ascendance ou l'origine nationale ou ethnique». La CEDH a déclaré que «seules des considérations très fortes p[ouvai]ent l'amener à estimer compatible avec la Convention une différence de traitement exclusivement fondée sur la nationalité»¹⁸. Si l'examen doit toujours satisfaire à un critère élevé, le degré d'exigence requis par la CEDH n'est toutefois pas aussi rigoureux, et le critère pas aussi élevé, que dans le cas de distinctions fondées sur «la race, la couleur, l'ascendance ou l'origine nationale ou ethnique»¹⁹.

¹⁶ CEDH, *D. H. et autres c. République tchèque*, Grande Chambre, arrêt du 13 novembre 2007, requête n° 57325/00, par. 196.

¹⁷ CEDH, *Biao c. Danemark*, voir note 5 ci-dessus, par. 94.

¹⁸ CEDH, *Andrejeva c. Lettonie*, voir note 5 ci-dessus, par. 87; *Biao c. Danemark*, voir note 5 ci-dessus, par. 93.

¹⁹ Voir aussi CEDH, *Biao c. Danemark*, voir note 5 ci-dessus, opinion dissidente commune aux juges Villiger, Mahoney et Kjölbö, par. 30 («les Etats bénéficient d'une ample marge d'appréciation en matière de différences de traitement fondées sur une «autre situation» [en l'occurrence l'ancienneté de la nationalité], ce qui n'est pas le cas s'agissant de différences de traitement fondées sur l'origine «nationale» ou «ethnique»»).

36. As noted in the Judgment, the Court has taken into account in its jurisprudence the practice of bodies and courts established by international and regional human rights conventions, in so far as it is relevant for the purposes of interpretation (Judgment, para. 77). In the present case, however, the Court considers the jurisprudence of regional human rights courts to be “of little help for the interpretation of the term ‘national origin’ in CERD”, because the purpose of the regional instruments “is to ensure a wide scope of protection of human rights and fundamental freedoms” (*ibid.*, para. 104). CERD prohibits *racial* discrimination and certainly differs from general human rights conventions, which prohibit many kinds of discrimination. Nevertheless, the general prohibition of discrimination includes the prohibition of *racial* discrimination and the other human rights conventions also list “national origin” among the prohibited grounds of discrimination. Therefore, the practice of bodies and courts established by international and regional human rights conventions is relevant to the interpretation of Article 1 of CERD.

37. Interpreting the term “national origin” in Article 1, paragraph 1, of CERD as not encompassing nationality is consistent with the interpretation of similar language in other human rights conventions by these bodies and courts. As noted above (see Section I), international human rights conventions usually contain non-discrimination provisions with a list of prohibited grounds of discrimination that includes “national origin” but not “nationality”. In interpreting these provisions, these bodies and courts typically distinguish “nationality” from “national origin” and do not consider the former to be encompassed by the latter.

38. Non-discrimination provisions of the core human rights treaties adopted by the United Nations do not contain nationality among the prohibited grounds of discrimination, except for the International Convention on the Protection of the Rights of Migrant Workers and Members of Their Families, which lists “nationality” separately from and in addition to “national origin” as a prohibited ground (Arts. 1 and 7). In interpreting that Convention, the Committee on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families has explicitly treated “national origin” and “citizenship status” as two distinct grounds of discrimination²⁰.

²⁰ E.g. Joint General Comment No. 3 (2017) of the Committee on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families and No. 22 (2017) of the Committee on the Rights of the Child on the general principles regarding the human rights of children in the context of international migration, 16 November 2017, para. 3.

36. Comme il est dit dans l'arrêt, la Cour a pris en compte, dans sa jurisprudence, la pratique des organes et juridictions établis en vertu de conventions internationales et régionales relatives aux droits de l'homme, dans la mesure où celle-ci était pertinente aux fins de l'interprétation (arrêt, par. 77). En l'espèce, cependant, la Cour estime que la jurisprudence des juridictions régionales des droits de l'homme « n'est ... guère utile pour l'interprétation de l'expression « origine nationale » figurant dans la CIEDR », parce que la finalité des instruments régionaux « est d'assurer la portée étendue de la protection des droits de l'homme et des libertés fondamentales » (*ibid.*, par. 104). La CIEDR proscribit la discrimination *raciale* et diffère à l'évidence des conventions générales relatives aux droits de l'homme, qui interdisent de nombreux types de discrimination. Cependant, l'interdiction générale de discrimination inclut celle de la discrimination *raciale* et les autres conventions relatives aux droits de l'homme citent également l'« origine nationale » parmi les motifs de discrimination prohibés. Par conséquent, la pratique des organes et juridictions établis en vertu de conventions internationales et régionales relatives aux droits de l'homme est pertinente aux fins de l'interprétation de l'article premier de la CIEDR.

37. Interpréter l'expression « origine nationale » figurant au paragraphe 1 de l'article premier de la CIEDR comme ne recouvrant pas la nationalité est également compatible avec l'interprétation qu'ont fait ces organes et juridictions de formulations similaires utilisées dans d'autres conventions relatives aux droits de l'homme. Ainsi qu'il a été noté plus haut (voir la section I), les conventions internationales relatives aux droits de l'homme contiennent généralement des dispositions relatives à la non-discrimination énumérant des motifs de discrimination prohibés, parmi lesquels figure l'« origine nationale », mais pas la « nationalité ». Lorsqu'ils interprètent ces dispositions, ces organes et juridictions distinguent généralement la « nationalité » de l'« origine nationale » et ne considèrent pas que cette dernière englobe la première.

38. Les dispositions relatives à la non-discrimination contenues dans les instruments fondamentaux des droits de l'homme adoptés par les Nations Unies ne mentionnent pas la nationalité parmi les motifs prohibés de discrimination, exception faite de la convention internationale sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille, qui cite, parmi les motifs proscrits, la « nationalité » et l'« origine nationale » (art. 1 et 7). En interprétant cette convention, le Comité pour la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille a expressément traité l'« origine nationale » et le « statut au regard de la citoyenneté » comme deux motifs de discrimination distincts²⁰.

²⁰ Voir, par exemple, observation générale conjointe n° 3 (2017) du Comité pour la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille et n° 22 (2017) du Comité des droits de l'enfant sur les principes généraux relatifs aux droits de l'homme des enfants dans le contexte des migrations internationales, 16 novembre 2017, par. 3.

39. Similarly, the Human Rights Committee does not view the term “national origin”, as used in the ICCPR, as encompassing nationality. Rather, it has taken the position that nationality falls within the term “other status”, which is listed along with “national origin” among the prohibited grounds of discrimination in Article 26 of the ICCPR. In *Gueye et al. v. France*, the case concerning the pensions of retired French soldiers of Senegalese nationality (see paragraph 13 above), the Committee held that there was discrimination based on nationality, while finding “no evidence to support the allegation that the State party has engaged in *racially* discriminatory practices *vis-à-vis* the authors”. In doing so, the Committee expressly stated that a differentiation by reference to nationality “falls within the reference to ‘other status’ in . . . article 26”²¹.

40. *Karakurt v. Austria*, another case before the Human Rights Committee, is even more illuminating. The case involved a claim by a Turkish national that a labour law of Austria which barred non-Austrian nationals from holding positions on works councils violated his rights under Article 26 of the ICCPR. Upon its ratification of the ICCPR, Austria entered a reservation that “Article 26 is understood to mean that it does not exclude different treatment of Austrian nationals and aliens, as is also permissible under article 1, paragraph 2, of [CERD]”. The Committee considered that it was precluded by this reservation from examining the claim of the author of the communication in so far as it related to the distinction between Austrian nationals and non-nationals, but that it was not precluded from examining the author’s claim relating to the distinction made by Austria between nationals of the European Economic Area (EEA) and non-EEA nationals. Two members disagreed with the first conclusion of the Committee. They maintained that Austria’s intention was to harmonize its obligations under the ICCPR with those under CERD. Hence, in their view, “the Committee [was] precluded from assessing whether a distinction made between Austrian nationals and aliens amounts to such discrimination on grounds of ‘race, colour, descent or national or ethnic origin’”. They contended, however, that nationality was not a ground of racial discrimination under CERD and, therefore, that the Committee was not barred by the Austrian reservation from examining the author’s claim on the distinction between Austrian nationals and non-nationals. For them, “Article 1, paragraph 2, of [CERD] makes it clear that citizenship is not covered by the notion of ‘national origin’”. By contrast, “distinctions based on citizenship fall under the notion of ‘other status’ in article 26 and not under any of the grounds of discrimination covered by article 1, paragraph 1, of [CERD]”. They con-

²¹ Human Rights Committee, *Gueye et al. v. France*, *supra* note 2, para. 9.4; emphasis added.

39. De même, le Comité des droits de l'homme ne considère pas que l'expression «origine nationale», telle qu'elle est utilisée dans le Pacte international relatif aux droits civils et politiques, englobe la nationalité. Au lieu de cela, il a adopté la position selon laquelle la nationalité est visée par l'expression «toute autre situation», qui figure, au même titre que l'«origine nationale», parmi les motifs de discrimination prohibés énoncés à l'article 26 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques. Dans l'affaire *Gueye et consorts c. France* concernant les allocations de retraite versées à d'anciens militaires de l'armée française de nationalité sénégalaise (voir le paragraphe 13 ci-dessus), le Comité a jugé qu'il y avait eu discrimination sur la base de la nationalité, tout en concluant que «rien ne venait étayer l'allégation selon laquelle l'Etat partie s'était livré à des pratiques de discrimination raciale à l'encontre des auteurs». Le Comité a, par ailleurs, expressément indiqué que la différenciation sur le fondement de la nationalité «[était] visée par l'expression «toute autre situation» figurant à l'article 26»²¹.

40. L'affaire *Karakurt c. Autriche*, également portée devant le Comité des droits de l'homme, est plus éclairante encore. Cette instance concernait un ressortissant turc ayant soumis une plainte au motif que la législation autrichienne du travail, en interdisant aux non-ressortissants autrichiens d'occuper des postes au sein des comités d'entreprise, portait atteinte à ses droits en vertu de l'article 26 du Pacte. Or, lors de la ratification du Pacte, l'Autriche avait émis une réserve, précisant que «[l']article 26 [était] interprété comme n'excluant pas la distinction de traitement selon qu'il s'agit de ressortissants autrichiens ou de ressortissants étrangers, permise en vertu du paragraphe 2 de l'article 1 de la [CIEDR]». Le Comité a estimé qu'il ne pouvait, du fait de cette réserve, examiner la plainte en ce qu'elle concernait la distinction entre ressortissants autrichiens et non-ressortissants, mais que rien ne l'empêchait d'en connaître s'agissant de la distinction établie par l'Autriche entre les ressortissants de pays membres de l'Espace économique européen (EEE) et les non-ressortissants de l'EEE. Deux membres du Comité, en désaccord avec la première constatation du Comité, avaient soutenu que l'intention de l'Autriche était d'harmoniser ses obligations découlant du Pacte avec celles qui lui incombait en vertu de la CIEDR. Partant, selon eux, «le Comité se vo[y]ait empêché d'apprécier si une distinction faite entre ressortissants autrichiens et étrangers [était] assimilable à une discrimination fondée sur «la race, la couleur, l'ascendance ou l'origine nationale ou ethnique»», ajoutant que la nationalité ne relevait pas des motifs de discrimination raciale visés par la CIEDR et que, en conséquence, la réserve de l'Autriche ne faisait pas obstacle à la compétence du Comité à connaître de la plainte de l'auteur concernant la distinction entre ressortissants et non-ressortissants autrichiens. D'après eux, «le paragraphe 2 de l'article premier de [la CIEDR] indique clairement que la nationalité n'est pas

²¹ Comité des droits de l'homme, *Gueye et consorts c. France*, voir note 2 ci-dessus, par. 9.4; les italiques sont de moi.

cluded that “the Austrian reservation to article 26 does not affect the Committee’s competence to examine whether a distinction made between citizens and aliens amounts to prohibited discrimination under article 26 of the Covenant on other grounds than those covered also by [CERD]”²².

41. The CESCR, like the Human Rights Committee, has taken the view that “national origin”, which is listed among the prohibited grounds of discrimination in Article 2, paragraph 2, of the ICESCR, “refers to a person’s State, nation, or place of origin”²³, and that nationality falls within “other status”²⁴.

42. As previously noted, regional conventions on human rights also contain non-discrimination provisions with lists of prohibited grounds of discrimination, which are recognized to be illustrative, and the monitoring courts and bodies established by these conventions have confirmed that the human rights provided for therein also apply to non-citizens (see paragraphs 10 and 15 above). These courts and bodies usually do not consider nationality as falling within “national origin”. For example, in *Luczak v. Poland*, the ECtHR stated that “a difference in treatment on the basis of nationality . . . falls within the non-exhaustive list of prohibited grounds of discrimination in Article 14”²⁵.

43. The CERD Committee has confirmed in its jurisprudence that differentiation of treatment based on nationality does not per se constitute “racial discrimination” under CERD. In *Diop v. France*, a Senegalese citizen claimed that France was in violation of CERD because his application for membership of the Bar of Nice had been rejected for the reason that he was not a French national. The Committee found no violation, stating that “the refusal to admit [the author] to the Bar was based on the

²² Human Rights Committee, *Karakurt v. Austria*, *supra* note 3, individual opinion by Committee Members Sir Nigel Rodley and Mr. Martin Scheinin (partly dissenting).

²³ CESCR, General Comment No. 20, *supra* note 4, para. 24.

²⁴ *Ibid.*, paras. 15 and 30.

²⁵ ECtHR, *Luczak v. Poland*, Fourth Section, judgment of 27 November 2007, No. 77782/01, para. 46. See also ECtHR, *Andrejeva v. Latvia*, *supra* note 5, paras. 87-92 (examining under Article 14 of the European Convention a distinction based on the “sole criterion” of nationality without any reference to national origin). For the IACtHR, see e.g. *Judicial Condition and Rights of Undocumented Migrants*, *supra* note 6, para. 101 (listing “nationality” separately from “national . . . origin”).

englobée dans la notion d'«origine nationale», mais «les distinctions fondées sur la nationalité relèvent de la notion «toute autre situation» visée à l'article 26 et non des motifs de discrimination visés au paragraphe 1 de l'article premier de la [CIEDR]». Et de conclure que «la réserve de l'Autriche à l'article 26 n'influe pas sur la compétence du Comité à déterminer si une distinction faite entre nationaux et étrangers constitue une discrimination proscrire au sens de l'article 26 du Pacte mais fondée sur des motifs autres que ceux visés également dans la [CIEDR]»²².

41. Le Comité des droits économiques, sociaux et culturels, tout comme le Comité des droits de l'homme, est d'avis que l'«origine nationale», qui figure parmi les motifs de discrimination prohibés énoncés au paragraphe 2 de l'article 2 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, «renvoie au pays, à la nation ou au lieu d'origine d'un individu»²³, et que la nationalité entre dans la catégorie «toute autre situation»²⁴.

42. Ainsi qu'il a été indiqué plus haut, les conventions régionales relatives aux droits de l'homme prévoient également des clauses de non-discrimination, dans lesquelles figurent des listes de motifs de discrimination prohibés, considérées comme illustratives, et les juridictions et organes de contrôle que ces instruments ont établis ont confirmé que les droits de l'homme y énoncés s'appliquent également aux non-ressortissants (voir les paragraphes 10 et 15 ci-dessus). En règle générale, ces juridictions et organes ne considèrent pas que la nationalité relève de l'«origine nationale». Ainsi, dans l'affaire *Luczak c. Pologne*, la CEDH a déclaré qu'«une différence de traitement fondée sur la nationalité ... est l'un des motifs de discrimination prohibés par l'article 14, qui en dresse une liste non exhaustive»²⁵.

43. Le Comité de la CIEDR a confirmé, dans sa jurisprudence, que les différences de traitement fondées sur la nationalité ne constituent pas, en elles-mêmes, une «discrimination raciale» au sens de la CIEDR. Dans l'affaire *Diop c. France*, un ressortissant sénégalais affirmait être victime d'une violation, par la France, de la CIEDR au motif que sa demande d'inscription au tableau de l'ordre des avocats de Nice avait été rejetée parce qu'il ne possédait pas la nationalité française. Le Comité a conclu

²² Comité des droits de l'homme, *Karakurt c. Autriche*, voir note 3 ci-dessus, opinion individuelle (en partie dissidente) de sir Nigel Rodley et M. Martin Scheinin, membres du Comité.

²³ Comité des droits économiques, sociaux et culturels, observation générale n° 20, voir note 4 ci-dessus, par. 24.

²⁴ *Ibid.*, par. 15 et 30.

²⁵ CEDH, *Luczak c. Pologne*, quatrième section, arrêt du 27 novembre 2007, requête n° 77782/01, par. 46. Voir aussi CEDH, *Andrejeva c. Lettonie*, voir note 5 ci-dessus, par. 87-92 (où est examinée, en vertu de l'article 14 de la convention européenne, une distinction fondée sur «le seul et unique critère» de la nationalité sans que soit aucunement mentionnée l'origine nationale). Pour la Cour interaméricaine des droits de l'homme, voir, par exemple, *Juridical Condition and Rights of Undocumented Migrants*, voir note 6 ci-dessus, par. 101 (où figurent séparément dans la liste des motifs «nationalité» et «origine ... nationale»).

fact that he was not of French nationality, not on any of the grounds enumerated in article 1, paragraph 1”²⁶. Similarly, in *Quereshi v. Denmark*, the CERD Committee held that it could not conclude that the Danish authorities had reached an inappropriate conclusion in determining that offensive statements made at a party about “foreigners” did not amount to an act of racial discrimination, because “a general reference to foreigners does not at present single out a group of persons . . . on the basis of a specific race, ethnicity, colour, descent or national or ethnic origin”²⁷.

44. For the reasons given by the Court (Judgment, paras. 74-105) and the reasons set out above, I am of the view that current nationality is not encompassed within “national origin” under Article 1, paragraph 1, of CERD and, therefore, that differentiation of treatment based on current nationality does not per se constitute “racial discrimination” within the meaning of CERD.

45. In accordance with Article 22 of CERD, the Court has jurisdiction only if the challenged measures are capable of constituting “racial discrimination” within the meaning of CERD. The next Section turns to examine whether differential treatment based on nationality, although it does not per se constitute racial discrimination under CERD, can nonetheless have the purpose or effect of discrimination on the basis of one of the prohibited grounds listed in Article 1, paragraph 1, of CERD and thus constitute racial discrimination indirectly.

3. *Distinctions Based on “Nationality” Can Have the Purpose or Effect of Discrimination Based on “National Origin”*

46. With regard to Qatar’s claim of indirect discrimination, the majority of the Court considers that “even if the measures of which Qatar complains in support of its ‘indirect discrimination’ claim were to be proven on the facts, they are not capable of constituting racial discrimination” (Judgment, para. 112), and concludes that the first preliminary objection of the UAE must therefore be upheld (*ibid.*, para. 114). I respectfully disagree. Qatar’s claim of indirect discrimination requires a detailed examination at the merits stage. The Court should have declared that the first preliminary objection of the UAE does not possess an exclusively preliminary character.

²⁶ CERD Committee, *Diop v. France*, 18 March 1991, Communication No. 2/1989, para. 6.6.

²⁷ CERD Committee, *Quereshi v. Denmark*, 9 March 2005, Communication No. 33/2003, para. 7.3. See also CERD Committee, *P. S. N. v. Denmark*, 8 August 2007, Communication No. 36/2006, para. 6.4.

qu'il n'y avait pas eu violation, déclarant que «le refus d'inscrire [l'auteur] au barreau reposait sur le fait qu'il n'avait pas la nationalité française, et non sur l'un quelconque des motifs énumérés au paragraphe 1 de l'article premier»²⁶. De la même façon, dans l'affaire *Quereshi c. Danemark*, le Comité de la CIEDR a jugé ne pas être en mesure d'établir que les autorités danoises s'étaient fourvoyées en concluant que les propos injurieux tenus à l'égard des «étrangers» lors du congrès d'un parti ne constituaient pas un acte de discrimination raciale, «une allusion générale aux étrangers ne désign[ant] pas à l'heure actuelle un groupe spécifique de personnes ... défini par une race, une appartenance ethnique, une couleur, une ascendance ou une origine nationale ou ethnique spécifiques»²⁷.

44. Pour les raisons indiquées par la Cour (arrêt, par. 74-105) et les motifs exposés ci-dessus, j'estime que la nationalité actuelle n'est pas englobée dans l'«origine nationale» visée au paragraphe 1 de l'article premier de la CIEDR et que les différences de traitement fondées sur la nationalité actuelle ne constituent pas, en elles-mêmes, une «discrimination raciale» au sens de la CIEDR.

45. Selon l'article 22 de la CIEDR, la Cour n'a compétence que si les mesures contestées sont susceptibles de constituer une «discrimination raciale» au sens de la convention. Dans la section qui suit, j'examinerai la question de savoir si les différences de traitement fondées sur la nationalité, bien que non constitutives, en elles-mêmes, de discrimination raciale au sens de la CIEDR, peuvent avoir pour but ou pour effet d'opérer une discrimination sur la base de l'un des motifs prohibés énumérés au paragraphe 1 de l'article premier de la CIEDR et constituer ainsi une discrimination raciale.

3. Les distinctions fondées sur la «nationalité» peuvent avoir pour but ou pour effet d'opérer une discrimination sur la base de l'«origine nationale»

46. En ce qui concerne la discrimination indirecte, la majorité de la Cour considère que, «quand bien même les mesures dont le Qatar tire grief dans le cadre de son allégation de «discrimination indirecte» seraient avérées, elles ne peuvent être constitutives de discrimination raciale» (arrêt, par. 112) et conclut que la première exception préliminaire soulevée par les Emirats arabes unis doit donc être retenue (*ibid.*, par. 114). Je conteste respectueusement cette conclusion. L'allégation de discrimination indirecte formulée par le Qatar nécessite un examen approfondi au stade du fond. La Cour aurait dû dire que la première exception préliminaire présentée par les Emirats arabes unis n'avait pas un caractère exclusivement préliminaire.

²⁶ Comité de la CIEDR, *Diop c. France*, 18 mars 1991, communication n° 2/1989, par. 6.6.

²⁷ Comité de la CIEDR, *Quereshi c. Danemark*, 9 mars 2005, communication n° 33/2003, par. 7.3. Voir aussi Comité de la CIEDR, *P. S. N. c. Danemark*, 8 août 2007, communication n° 36/2006, par. 6.4.

47. I shall start by examining the notion of indirect discrimination as embraced and developed by international human rights courts and bodies and the role it plays under CERD. Then, in the next Section, I will explain why Qatar's claim of indirect discrimination should have been examined in detail at the merits stage.

48. The definition of racial discrimination in Article 1, paragraph 1, of CERD sets out two conditions. First, there must be a distinction, exclusion, restriction or preference "based on race, colour, descent, or national or ethnic origin". Secondly, the differential treatment must have the "purpose or effect" of nullifying or impairing the recognition, enjoyment or exercise, on an equal footing, of human rights and fundamental freedoms in the political, economic, social, cultural or any other field of public life.

49. If differentiation of treatment based on nationality has the "purpose or effect" of discrimination based on one of the prohibited grounds listed in Article 1, paragraph 1, it is capable of constituting "racial discrimination" within the meaning of the Convention. The object and purpose of CERD is to eliminate racial discrimination "in all its forms and manifestations" (Preamble; see also Arts. 2 and 5). Ensuring that differentiation of treatment based on nationality does not have the "purpose or effect" of discriminating based on any of the prohibited grounds in Article 1, paragraph 1, is consistent with, and indeed required by, the object and purpose of the Convention.

50. Judge Crawford has acknowledged that "[a restriction] may constitute racial discrimination if it has the 'effect' of impairing the enjoyment or exercise, on an equal footing, of the rights articulated in CERD"²⁸. Likewise, Judges Tomka, Gaja and Gevorgian observed in their joint declaration appended to the Court's first provisional measures Order in the present case that "[d]ifferences of treatment of persons of a specific nationality may target persons who also have a certain ethnic origin and therefore would come under the purview of CERD"²⁹.

51. International human rights courts and bodies, including the CERD Committee, have embraced and developed the notion of indirect discrimination. If a rule, measure or policy that is apparently neutral has an unjustifiable disproportionate prejudicial impact on a certain protected

²⁸ *Application of the International Convention for the Suppression of the Financing of Terrorism and of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Ukraine v. Russian Federation), Provisional Measures, Order of 19 April 2017, I.C.J. Reports 2017*, declaration of Judge Crawford, p. 215, para. 7.

²⁹ *Application of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Qatar v. United Arab Emirates), Provisional Measures, Order of 23 July 2018, I.C.J. Reports 2018 (II)*, joint declaration of Judges Tomka, Gaja and Gevorgian, p. 437, para. 6.

47. J'examinerai d'abord la notion de discrimination indirecte telle qu'elle a été adoptée et développée par les juridictions et organes internationaux chargés des droits de l'homme et sa définition selon la CIEDR. Dans la section suivante, j'exposerai les raisons pour lesquelles le grief de discrimination indirecte formulé par le Qatar aurait dû être examiné en détail au stade du fond.

48. La définition de la discrimination raciale énoncée au paragraphe 1 de l'article premier de la CIEDR établit deux conditions. Premièrement, il doit s'agir d'une distinction, exclusion, restriction ou préférence « fondée sur la race, la couleur, l'ascendance ou l'origine nationale ou ethnique ». Deuxièmement, la différence de traitement doit avoir « pour but ou pour effet » de détruire ou de compromettre la reconnaissance, la jouissance ou l'exercice, dans des conditions d'égalité, des droits de l'homme et des libertés fondamentales dans les domaines politique, économique, social et culturel ou dans tout autre domaine de la vie publique.

49. Si une différence de traitement fondée sur la nationalité a « pour but ou pour effet » d'opérer une discrimination sur la base de l'un des motifs prohibés figurant au paragraphe 1 de l'article premier, elle est susceptible de constituer une « discrimination raciale » au sens de la convention. La CIEDR a pour but et pour effet l'élimination « de toutes les formes et de toutes les manifestations » de discrimination raciale (preamble; voir aussi art. 2 et 5). Veiller à ce qu'une différence de traitement fondée sur la nationalité n'a pas « pour but ou pour effet » d'opérer une discrimination sur la base de l'un des motifs prohibés énumérés au paragraphe 1 de l'article premier est compatible avec l'objet et le but de la convention, et exigé par celle-ci.

50. Comme l'a reconnu M. le juge Crawford, « une restriction peut être constitutive d'une discrimination raciale si elle a pour « effet » d'entraver la jouissance ou l'exercice, sur un pied d'égalité, des droits énoncés dans la CIEDR »²⁸. De façon similaire, MM. les juges Tomka, Gaja et Gevorgian ont fait observer, dans leur déclaration commune jointe à la première ordonnance en indication de mesures conservatoires en l'espèce, que « [d]es différences de traitement appliquées à des personnes d'une nationalité donnée pouvaient également obéir à certaines raisons liées à l'origine ethnique et donc tomber sous le coup de la CIEDR »²⁹.

51. La notion de discrimination indirecte a été largement adoptée et développée par les juridictions et organes internationaux chargés des droits de l'homme, y compris le Comité de la CIEDR. Toute règle, mesure ou politique apparemment neutre qui nuit de manière disproportionnée et

²⁸ *Application de la convention internationale pour la répression du financement du terrorisme et de la convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (Ukraine c. Fédération de Russie), mesures conservatoires, ordonnance du 19 avril 2017, C.I.J. Recueil 2017, déclaration de M. le juge Crawford, p. 215, par. 7.*

²⁹ *Application de la convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (Qatar c. Emirats arabes unis), mesures conservatoires, ordonnance du 23 juillet 2018, C.I.J. Recueil 2018 (II), déclaration commune de MM. les juges Tomka, Gaja et Gevorgian, p. 437, par. 6.*

group, it constitutes discrimination notwithstanding that it is not specifically aimed at that group. The analysis of disproportionate impact requires a comparison between different groups. The context and circumstances in which the differentiation was introduced must be taken into account in determining whether the measure amounts to discrimination.

52. The CERD Committee has recognized in its practice the need to address not only direct but also indirect discrimination. In its 1993 General Recommendation XIV on *article 1, paragraph 1, of the Convention*, the Committee stated that “[i]n seeking to determine whether an action has an effect contrary to the Convention, it will look to see whether that action has an unjustifiable disparate impact upon a group distinguished by race, colour, descent, or national or ethnic origin”³⁰. In *L. R. et al. v. Slovakia*, it recalled that

“the definition of racial discrimination in article 1 expressly extends beyond measures which are explicitly discriminatory, to encompass measures which are not discriminatory at face value but are discriminatory in fact and effect, that is, if they amount to indirect discrimination. In assessing such indirect discrimination, the Committee must take full account of the particular context and circumstances of the petition, as by definition indirect discrimination can only be demonstrated circumstantially.”³¹

53. The other human rights treaty bodies have likewise embraced the notion of indirect discrimination. The Human Rights Committee has recalled that

“article 26 prohibits both direct and indirect discrimination, the latter notion being related to a rule or measure that may be neutral on its face without any intent to discriminate but which nevertheless results in discrimination because of its exclusive or disproportionate adverse effect on a certain category of persons”³².

The CESCR has declared that “[b]oth direct and indirect forms of differential treatment can amount to discrimination under article 2, para-

³⁰ CERD Committee, General Recommendation XIV on article 1, paragraph 1, of the Convention, 17 March 1993, para. 2.

³¹ CERD Committee, *L. R. et al. v. Slovakia*, 7 March 2005, Communication No. 31/2003, para. 10.4. See also CERD Committee, General Recommendation XXXII on the meaning and scope of special measures in the International Convention on the Elimination of All Forms Racial Discrimination, August 2009, para. 7.

³² Human Rights Committee, *Derksen v. Netherlands*, 1 April 2004, Communication No. 976/2001, para. 9.3. See also Human Rights Committee, *Althammer et al. v. Austria*, 8 August 2003, Communication No. 998/2001, para. 10.2.

injustifiable à un groupe protégé constitue une discrimination, quand bien même elle ne viserait pas spécifiquement ce groupe. Pour apprécier si cette incidence est disproportionnée, il est nécessaire de procéder à une comparaison entre différents groupes. Le contexte et les circonstances dans lesquels la différenciation a été mise en œuvre doivent être pris en compte pour déterminer si la mesure en question est constitutive de discrimination.

52. Le Comité de la CIEDR a reconnu, dans sa pratique, la nécessité de traiter non seulement de la discrimination directe, mais également de la discrimination indirecte. Dans sa recommandation générale XIV de 1993, concernant le *paragraphe 1 de l'article premier de la convention*, le Comité a dit que «[p]our savoir si une mesure a un effet contraire à la Convention, il se demandera si elle a une conséquence distincte abusive sur un groupe différent par la race, la couleur, l'ascendance ou l'origine nationale ou ethnique»³⁰. Dans l'affaire *L. R. et consorts c. République slovaque*, il a rappelé ceci :

«[L]a définition de la discrimination raciale donnée à l'article premier n'englobe pas seulement les mesures qui sont explicitement discriminatoires, mais aussi les mesures qui ne sont pas discriminatoires à première vue mais le sont dans les faits et dans leurs effets, c'est-à-dire des mesures qui représentent une discrimination indirecte. Pour évaluer l'existence d'une discrimination indirecte, le Comité doit prendre pleinement en compte les circonstances et le contexte particuliers entourant la requête, puisque, par définition, la discrimination indirecte ne peut être démontrée que par des preuves indirectes.»³¹

53. Les autres organes conventionnels des droits de l'homme ont également souscrit à la notion de discrimination indirecte. Comme l'a rappelé le Comité des droits de l'homme,

«l'article 26 interdit la discrimination tant directe qu'indirecte, cette dernière notion caractérisant une règle ou une mesure qui semble neutre a priori ou dénuée de toute intention discriminatoire mais qui peut néanmoins entraîner une discrimination du fait de son effet négatif, exclusif ou disproportionné, sur une certaine catégorie de personnes»³².

Selon le Comité des droits économiques, sociaux et culturels, «[c]ertaines formes directes ou indirectes de traitement différencié peuvent être consti-

³⁰ Comité de la CIEDR, recommandation générale XIV concernant le paragraphe 1 de l'article premier de la convention, 17 mars 1993, par. 2.

³¹ Comité de la CIEDR, *L. R. et consorts. c. République slovaque*, 7 mars 2005, communication n° 31/2003, par. 10.4. Voir aussi Comité de la CIEDR, recommandation générale XXXII, signification et portée des mesures spéciales dans la convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale, août 2009, par. 7.

³² Comité des droits de l'homme, *Derksen c. Pays-Bas*, 1^{er} avril 2004, communication n° 976/2001, par. 9.3. Voir aussi Comité des droits de l'homme, *Althammer et consorts c. Autriche*, 8 août 2003, communication n° 998/2001, par. 10.2.

graph 2, of the Covenant”, defining indirect discrimination as “laws, policies or practices which appear neutral at face value, but have a disproportionate impact on the exercise of Covenant rights as distinguished by prohibited grounds of discrimination”³³. Similarly, the Committee on the Elimination of Discrimination against Women has declared that “States parties shall ensure that there is neither direct nor indirect discrimination against women”, and explained when indirect discrimination occurs³⁴.

54. Regional human rights courts have accepted the notion of indirect discrimination as well. For example, the ECtHR has stated that “a policy or measure that has disproportionately prejudicial effects on a particular group may be considered discriminatory, regardless of whether the policy or measure is specifically aimed at that group”³⁵. Similarly, the IACtHR has considered that

“a violation of the right to equality and non-discrimination also occurs in situations and cases of indirect discrimination reflected in the disproportionate impact of norms, actions, policies or other measures that, even when their formulation is or appears to be neutral, or their scope is general and undifferentiated, have negative effects on certain vulnerable groups”³⁶.

55. The CERD Committee has applied the notion of indirect discrimination in the context of the treatment of non-citizens. In *B. M. S. v. Australia*, the Committee examined a quota system introduced by Australia that limited the number of doctors trained abroad who were permitted to pass the first stage of the medical examination process to be registered as a doctor in that country. The Committee held that it could not reach the conclusion that “the system works to the detriment of persons of a particular race or national origin” and therefore found that the facts as submitted did not disclose a violation of CERD. It nonetheless recommended to Australia to take measures and improve the transparency of the medical registration procedure to ensure that “the system is in no way discriminatory towards foreign candidates irrespective of their race

³³ CESCR, General Comment No. 20, *supra* note 4, para. 10.

³⁴ Committee on the Elimination of Discrimination against Women, General Recommendation No. 28 on the core obligations of States parties under article 2 of the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women, 19 October 2010, para. 16.

³⁵ ECtHR, First Section, *J.D. and A v. the United Kingdom*, judgment of 24 October 2019, Nos. 32949/17 and 34614/17, para. 85.

³⁶ IACtHR, *Nadege Dorzema et al. v. Dominican Republic*, judgment of 24 October 2012, para. 235.

tutives de discrimination au regard du paragraphe 2 de l'article 2 [du Pacte]», définissant la discrimination indirecte comme s'entendant «de lois, de politiques ou de pratiques qui semblent neutres a priori mais qui ont un effet discriminatoire disproportionné sur l'exercice des droits consacrés par le Pacte eu égard à des motifs de discrimination interdits»³³. De la même manière, le Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes a déclaré que «[les Etats parties] d[evai]ent veiller à ce qu'il n'y ait ni discrimination directe ni discrimination indirecte [à l'égard des femmes]», et expliqué dans quels cas se produit la discrimination indirecte³⁴.

54. Les juridictions régionales des droits de l'homme ont également admis la notion de discrimination indirecte. La CEDH a ainsi déclaré qu'«une mesure ou politique ayant des effets préjudiciables disproportionnés sur un groupe donné peut être considérée comme discriminatoire, qu'elle vise spécifiquement ou non ce groupe»³⁵. De même, de l'avis de la Cour interaméricaine des droits de l'homme,

«une violation du droit à l'égalité et à la non-discrimination se produit également dans les situations et les cas de discrimination indirecte, reflétée dans l'effet disproportionné de normes, d'actions, de politiques ou de mesures qui, quand bien même leur formulation est neutre ou semble l'être, ou leur portée est générale et n'opère pas de distinction, ont des effets négatifs sur certains groupes vulnérables»³⁶.

55. Le Comité de la CIEDR a appliqué la notion de discrimination indirecte dans le contexte du traitement réservé aux non-ressortissants. Dans l'affaire *B. M. S. c. Australie*, le Comité a examiné un système de quota, mis en place par le Gouvernement australien, limitant le nombre de médecins formés à l'étranger qui étaient autorisés à aller au-delà de la première épreuve des examens de passage en vue de devenir médecin agréé dans ce pays. Ayant estimé que les éléments produits ne permettaient pas de conclure que «le système désavantage[ait] des personnes d'une race ou d'une origine nationale particulière», le Comité a jugé que les faits, tels qu'ils lui avaient été communiqués, ne faisaient pas apparaître de violation de la CIEDR. Il a néanmoins recommandé à l'Australie de prendre des mesures et d'améliorer la transparence de la procédure

³³ Comité des droits économiques, sociaux et culturels, observation générale n° 20, voir note 4 ci-dessus, par. 10.

³⁴ Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes, recommandation générale n° 28 concernant les obligations fondamentales des Etats parties découlant de l'article 2 de la convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes, 19 octobre 2010, par. 16.

³⁵ CEDH, *J.D. et A c. Royaume Uni*, première section, arrêt du 24 octobre 2019, requêtes n°s 32949/17 et 34614/17, par. 85.

³⁶ Cour interaméricaine des droits de l'homme, *Nadege Dorzema et al. v. Dominican Republic*, arrêt du 24 octobre 2012, par. 235.

or national or ethnic origin”³⁷. In addition, the Committee has consistently asked States parties to report on the status of non-citizens, particularly migrants and refugees, who often belong to a single ethnic group and are susceptible to racial discrimination based on one of the prohibited grounds listed in Article 1, paragraph 1, of CERD. It has rejected an interpretation of Article 1, paragraph 2, that would “absolv[e] States parties from any obligation to report on matters relating to legislation on foreigners”, affirming that “States parties are under an obligation to report fully upon legislation on foreigners and its implementation”³⁸. After considering reports submitted by States parties, the Committee regularly adopts concluding observations that include recommendations on the treatment of non-citizens. These practices of the CERD Committee can be explained by the notion of indirect discrimination. While differentiation of treatment based on nationality does not per se constitute racial discrimination within the meaning of CERD, it constitutes racial discrimination if it has the “purpose or effect” of discrimination based on one of the prohibited grounds in Article 1, paragraph 1.

56. In September 2001, the World Conference against Racism, Racial Discrimination, Xenophobia and Related Intolerance held in Durban, South Africa, adopted a Declaration against Racism, Racial Discrimination, Xenophobia and Related Intolerance (hereinafter the “Durban Declaration”). The Durban Declaration stated that “racism, racial discrimination, *xenophobia* and related intolerance occur on the grounds of race, colour, descent or national or ethnic origin” (Durban Declaration, para. 2; emphasis added), and that

“xenophobia against non-nationals, particularly migrants, refugees and asylum-seekers, constitutes one of the main sources of contemporary racism and . . . human rights violations against members of such groups occur widely in the context of discriminatory, xenophobic and racist practices” (*ibid.*, para. 16).

The drafters of the Durban Declaration considered that xenophobia against non-nationals “constitutes one of the main sources of contemporary racism”, presumably because it often has the purpose or effect of discrimination based on “race, colour, descent or national or ethnic origin”. Thus, the concern expressed by the Durban Declaration about xenophobia against non-nationals may also be explained by the notion of indirect discrimination.

³⁷ CERD Committee, *B. M. S. v. Australia*, 12 March 1999, Communication No. 8/1996, paras. 9.2, 10 and 11.1.

³⁸ CERD Committee, General Recommendation XI, *supra* note 11, para. 2.

d'agrément de façon à garantir que «le système ne soit en rien discriminatoire à l'égard des candidats étrangers, quelles que soient leur race ou leur origine nationale ou ethnique»³⁷. En outre, le Comité n'a eu de cesse de demander aux Etats parties de lui faire rapport sur la situation des non-ressortissants, en particulier des migrants et des réfugiés, qui appartiennent souvent à un seul groupe ethnique et sont susceptibles de subir une discrimination raciale sur la base de l'un des motifs prohibés énumérés au paragraphe 1 de l'article premier de la CIEDR. Il a rejeté une interprétation du paragraphe 2 de cet article qui «dégage[rait] les Etats parties de toute obligation de fournir des informations sur les lois relatives aux étrangers», affirmant que «les Etats parties ont l'obligation de fournir des renseignements complets sur les lois en question et leur application»³⁸. Après examen des rapports soumis par les Etats parties, le Comité adopte régulièrement des observations finales qui comprennent des recommandations relatives au traitement des non-ressortissants. Ces pratiques du Comité de la CIEDR peuvent être éclairées par la notion de discrimination indirecte. Si une différence de traitement fondée sur la nationalité ne constitue pas, en elle-même, une discrimination raciale au sens de la CIEDR, elle est constitutive de discrimination raciale si elle a «pour but ou pour effet» d'opérer une discrimination sur la base de l'un des motifs prohibés par le paragraphe 1 de l'article premier.

56. En septembre 2001, la conférence mondiale contre le racisme, la discrimination raciale, la xénophobie et l'intolérance qui y est associée, tenue à Durban en Afrique du Sud, a adopté la déclaration de Durban, selon laquelle «le racisme, la discrimination raciale, la *xénophobie* et l'intolérance qui y est associée *reposent sur des considérations de race, de couleur, d'ascendance ou d'origine nationale ou ethnique*» (déclaration de Durban, par. 2; les italiques sont de moi), et

«la xénophobie dont les non-ressortissants, en particulier les migrants, les réfugiés et les demandeurs d'asile, sont l'objet est l'une des grandes sources du racisme contemporain et ... les violations des droits fondamentaux de ces groupes relèvent pour la plupart de pratiques discriminatoires, xénophobes et racistes» (*ibid.*, par. 16).

Les rédacteurs de cette déclaration ont considéré que la xénophobie à l'égard des non-ressortissants «[était] l'une des grandes sources du racisme contemporain», probablement en raison du fait que, souvent, celle-ci a pour but ou pour effet d'opérer une discrimination fondée sur «la race, la couleur, l'ascendance ou l'origine nationale ou ethnique». Ainsi, la préoccupation exprimée dans la déclaration de Durban au sujet de la xénophobie contre les non-ressortissants peut également être expliquée par la notion de discrimination indirecte.

³⁷ Comité de la CIEDR, *B. M. S. c. Australie*, 12 mars 1999, communication n° 8/1996, par. 9.2, 10, 11.1.

³⁸ Comité de la CIEDR, recommandation générale XI, voir note 11 ci-dessus, par. 2.

57. In 2004, influenced by the Durban Declaration, the CERD Committee adopted General Recommendation XXX on *discrimination against non-citizens*³⁹. In its paragraph 4, the Committee proclaimed:

“Under the Convention, differential treatment based on citizenship or immigration status will constitute discrimination if the criteria for such differentiation, judged in the light of the objectives and purposes of the Convention, are not applied pursuant to a legitimate aim, and are not proportional to the achievement of this aim.”⁴⁰

The phrase “judged in the light of the objectives and purposes of the Convention” in this context may be understood as referring to situations where differential treatment based on citizenship has the purpose or effect of discriminating on the basis of a prohibited ground listed in Article 1, paragraph 1, of CERD, that is, indirect discrimination.

58. Finally, the notion of indirect discrimination presumably underlies the CERD Committee’s decision on the admissibility of the inter-State communication brought by Qatar against the UAE pursuant to Article 11 of CERD. The Committee concluded that the allegations submitted by Qatar “do not fall outside the scope of competence *ratione materiae* of the Convention”, relying primarily on its previous practice, in particular paragraph 4 of General Recommendation XXX⁴¹. As noted above, paragraph 4 can be explained by the notion of indirect discrimination. The Committee may have come to the above conclusion precisely because differentiation based on current nationality is capable of constituting racial discrimination indirectly.

4. *The Objection of the UAE Does Not Possess an Exclusively Preliminary Character*

59. In accordance with the notion of indirect discrimination explained in the previous Section, if differentiation of treatment based on current nationality has an unjustifiable disproportionate prejudicial impact on an identifiable group distinguished by “race, colour, descent, or national or ethnic origin”, it constitutes racial discrimination within the meaning of Article 1, paragraph 1, of CERD.

60. In the present case, Qatar has explicitly acknowledged that “it is on

³⁹ CERD Committee, General Recommendation XXX, *supra* note 10.

⁴⁰ *Ibid.*, para. 4. The Committee thus employed the framework it had used for discrimination under Article 1, paragraph 1, to examine differential treatment based on citizenship. See CERD Committee, General Recommendation XIV, *supra* note 30, para. 2.

⁴¹ CERD Committee, Decision on the admissibility of the inter-State communication submitted by Qatar against the United Arab Emirates, dated 27 August 2019, UN doc. CERD/C/99/4, paras. 57-63.

57. En 2004, sous l'influence de la déclaration de Durban, le Comité de la CIEDR a adopté la recommandation générale XXX concernant *la discrimination contre les non-ressortissants*³⁹. Au paragraphe 4 de celle-ci, le Comité affirmait ce qui suit :

« Aux termes de la Convention, l'application d'un traitement différent fondé sur le statut quant à la citoyenneté ou à l'immigration constitue une discrimination si les critères de différenciation, jugés à la lumière des objectifs et des buts de la Convention, ne visent pas un but légitime et ne sont pas proportionnés à l'atteinte de ce but. »⁴⁰

L'expression « jugés à la lumière des objectifs et des buts de la Convention », dans ce contexte, peut s'entendre comme se rapportant aux situations dans lesquelles les différences de traitement fondées sur la nationalité ont pour but ou pour effet d'opérer une discrimination sur la base d'un motif prohibé figurant au paragraphe 1 de l'article premier de la CIEDR, à savoir la discrimination indirecte.

58. Enfin, la notion de discrimination indirecte sous-tend vraisemblablement la décision du Comité de la CIEDR sur la recevabilité de la communication interétatique soumise par le Qatar contre les Emirats arabes unis en application de l'article 11 de la CIEDR. Le Comité, s'appuyant principalement sur sa pratique antérieure, en particulier le paragraphe 4 de la recommandation générale XXX⁴¹, a conclu que les griefs soulevés par le Qatar « ne sort[ai]ent pas du champ de [s]a compétence *ratione materiae* ». Comme il a été relevé ci-dessus, le paragraphe 4 peut être analysé à la lumière de la notion de discrimination indirecte. Il se peut que le Comité soit parvenu à cette conclusion précisément parce que le traitement différencié fondé sur la nationalité actuelle est susceptible de constituer indirectement une discrimination raciale.

4. *L'exception soulevée par les Emirats arabes unis n'a pas un caractère exclusivement préliminaire*

59. Conformément à la notion de discrimination indirecte expliquée à la section précédente, si la différence de traitement fondée sur la nationalité actuelle a un effet préjudiciable disproportionné sur un groupe différent par « la race, la couleur, l'ascendance ou l'origine nationale ou ethnique », elle est constitutive de discrimination raciale au sens du paragraphe 1 de l'article premier de la CIEDR.

60. En la présente espèce, le Qatar a explicitement reconnu que « c'est

³⁹ Comité de la CIEDR, recommandation générale XXX, voir note 10 ci-dessus.

⁴⁰ *Ibid.*, par. 4. Le Comité a ainsi eu recours au cadre qu'il avait utilisé pour statuer sur la discrimination au titre du paragraphe 1 de l'article premier pour se prononcer sur les différences de traitement fondées sur la citoyenneté. Comité de la CIEDR, recommandation générale XIV, voir note 30 ci-dessus, par. 2.

⁴¹ Nations Unies, Comité de la CIEDR, décision sur la recevabilité de la communication interétatique soumise par le Qatar contre les Emirats arabes unis, 27 août 2019, doc. CERD/C/99/4, par. 57-63.

‘national origin’ that [it] bases its claims”⁴². It claims that the UAE has engaged in indirect discrimination against persons of Qatari national origin. It does not claim that the measures taken by the UAE were discriminatory on the basis of another protected ground — “race, colour, descent, or ethnic origin”. The UAE for its part contends that the measures complained of by Qatar do not constitute indirect discrimination on the basis of national origin. It maintains that no measure was taken, in terms of either purpose or effect, against any person other than those belonging to the group defined by Qatari nationality.

61. The task of the Court, therefore, is to determine whether the measures taken by the UAE on the basis of current nationality have an unjustifiable disproportionate prejudicial effect on an identifiable group distinguished by national origin. In order to make this determination, it is first necessary to identify a group that is distinguished by “national origin” and entitled to protection under CERD. Subsequently, it must be assessed whether the measures have an unjustifiable disproportionate prejudicial impact on that protected group compared to other groups.

62. With regard to the first issue, Qatar contends that Qataris can be distinguished by their “national origin” in the historical-cultural sense, defined by their heritage or descent, family or tribal affiliations, national traditions and culture, and geographic ties to the peninsula of Qatar. It argues that several factors, including dialect or accent, traditional dress and family affiliations, distinguish Qataris from other national communities in the Gulf region. Qatar relies mainly on an expert report in support of this contention⁴³. The UAE for its part argues that Qatari and Emirati people share geographical ties, as well as a common ancestry, language, heritage, traditions and culture, to such an extent that they are the same people, albeit with different nationalities. However, it submits no evidence in support of this contention. The UAE accepts that “[d]isguised discrimination would come within the scope of . . . CERD”, but maintains that “there is no discrimination, whether open or disguised, direct or indirect, *against a CERD protected group*”⁴⁴. Thus, the very existence of a protected group under CERD is contested by the Parties. Based on the pleadings of the Parties and the evidence submitted, the Court is not in a position to establish whether a CERD protected group can be distinguished by national origin. The materials before the Court do not provide it with all the facts needed to resolve the first issue.

⁴² CR 2020/9, p. 17, para. 19 (Amirfar).

⁴³ Memorial of Qatar (MQ), Vol. VI, Ann. 162, Expert Report of Dr. J. E. Peterson, 9 April 2019.

⁴⁴ CR 2020/8, p. 14, para. 10 (Bethlehem); emphasis in the original.

sur l'«origine nationale» que le Qatar fonde ses réclamations»⁴². Il soutient que les Emirats arabes unis se sont livrés à une discrimination indirecte à l'égard des personnes d'origine nationale qatarienne. Il ne prétend pas que les mesures adoptées par les Emirats arabes unis étaient discriminatoires au titre d'un autre motif prohibé, à savoir «la race, la couleur, l'ascendance ou l'origine ethnique». Les Emirats arabes unis, pour leur part, affirment que les mesures dont le Qatar tire grief ne constituent pas une discrimination indirecte fondée sur l'origine nationale. Ils soutiennent qu'aucune mesure n'a été prise, pour ce qui est de leur but ou de leur effet, contre un quelconque membre d'un groupe autre que celui défini par la nationalité qatarienne.

61. Il appartient donc à la Cour de déterminer si les mesures prises par les Emirats arabes unis sur le fondement de la nationalité actuelle nuisent de manière disproportionnée et injustifiable à un groupe identifiable différent par l'origine nationale. Pour ce faire, il lui faut d'abord identifier un groupe différent par l'«origine nationale» et bénéficiant d'une protection en vertu de la convention, puis évaluer si les mesures en cause ont un effet préjudiciable disproportionné et injustifiable sur ce groupe protégé par rapport à d'autres groupes.

62. S'agissant de la première question, le Qatar soutient que les Qataris se distinguent par leur «origine nationale» au sens historico-culturel, définie par leur héritage ou ascendance, leur affiliation familiale ou tribale, leurs traditions et leur culture nationales et leurs liens géographiques avec la péninsule du Qatar. Selon lui, plusieurs facteurs, notamment le dialecte ou l'accent, les vêtements traditionnels ou l'appartenance à certaines familles, distinguent les Qataris des autres communautés nationales de la région du Golfe. Pour étayer cette affirmation, le Qatar invoque principalement un rapport d'expert⁴³. Les Emirats arabes unis, quant à eux, avancent que les Qataris et les Emiris partagent des liens géographiques ainsi qu'une hérédité, une langue, un patrimoine, des traditions et une culture communs, à tel point qu'ils constituent le même peuple, même si les nationalités sont différentes. Ils ne produisent toutefois aucun élément de preuve à l'appui de cette affirmation. Les Emirats arabes unis admettent que «[l]a discrimination déguisée relève bien du champ d'application de la CIEDR», mais soutiennent qu'«il n'y a pas de discrimination, qu'elle soit ouverte ou déguisée, directe ou indirecte, à l'égard d'une catégorie protégée par la CIEDR»⁴⁴. L'existence même d'un groupe protégé par la CIEDR est donc contestée par les Parties. Sur la base des écritures et plaidoiries des Parties et des éléments de preuve présentés, la Cour n'est pas en mesure de déterminer si un groupe protégé par la CIEDR peut être différent par l'origine nationale. Au vu du dossier de l'affaire, elle ne dispose pas de tous les faits nécessaires pour se prononcer sur la première question.

⁴² CR 2020/9, p. 17, par. 19 (Amirfar).

⁴³ Mémoire du Qatar (ci-après «MQ»), vol. VI, annexe 162, rapport d'expert de M. J. E. Peterson, 9 avril 2019.

⁴⁴ CR 2020/8, p. 14, par. 10 (Bethlehem); les italiques sont dans l'original.

63. The second issue is whether the challenged measures have an unjustifiable disproportionate prejudicial impact on the protected group compared to other groups. Qatar claims that the measures have a “disproportionate impact” on the rights of Qataris⁴⁵. The UAE for its part contends that the measures are addressed to Qatari nationals, and not persons of Qatari national origin. It maintains that persons of Qatari national origin but not possessing Qatari nationality were neither addressed nor affected by the measures, and that persons of Qatari nationality but possessing some other national origin were nonetheless addressed and affected by the measures.

64. In order for the measures challenged here to constitute indirect discrimination, they must have an unjustifiable disproportionate prejudicial impact on the identified protected group in comparison with other groups. Qatar bears the burden of establishing such a disproportionate impact. On the other hand, the UAE has the burden of demonstrating that the measures were based exclusively on nationality. The context and circumstances in which the differentiation was introduced must be taken into account in determining whether the measures amount to discrimination. The examination of these questions requires extensive factual analysis. In the same way as for the first issue addressed above, the materials before the Court do not provide it with all the facts necessary to address the second issue. Moreover, these issues constitute the very subject-matter of the dispute on the merits, and as such their determination should be left to the merits stage. The Court should rule on them only after the Parties have presented their arguments and evidence at that stage.

65. The majority of the Court considers that “[w]hile in the present case the measures based on current Qatari nationality may have collateral or secondary effects on persons born in Qatar or of Qatari parents, or on family members of Qatari citizens residing in the UAE, this does not constitute racial discrimination within the meaning of the Convention”, because they “do not, either by their purpose or by their effect, give rise to racial discrimination against Qataris as a distinct social group on the basis of their national origin”. In its view, “even if the measures of which Qatar complains in support of its ‘indirect discrimination’ claim were to be proven on the facts, they are not capable of constituting racial discrimination within the meaning of the Convention” (Judgment, para. 112). Accordingly, it concludes that the Court “does not have jurisdiction *ratione materiae* to entertain Qatar’s [claim of indirect discrimination]” (*ibid.*, para. 113).

66. I disagree with the majority’s analysis and its conclusion on Qatar’s claim of indirect discrimination. If it were proven on the facts that the measures have an unjustifiable disproportionate prejudicial impact on an

⁴⁵ MQ, para. 3.109; Written Statement of Qatar on the Preliminary Objections of the United Arab Emirates (WSQ), para. 2.111.

63. La seconde question est celle de savoir si les mesures contestées ont un effet préjudiciable disproportionné et injustifiable sur le groupe protégé par rapport aux autres groupes. Le Qatar allègue que les mesures en cause ont des « incidences disproportionnées » sur les droits des Qatariens⁴⁵. De leur côté, les Emirats arabes unis affirment que ces mesures visent les nationaux qatariens, et non les personnes d'origine nationale qatarienne. Ils soutiennent que les personnes d'origine nationale qatarienne, mais ne détenant pas la nationalité qatarienne, n'ont été ni visées ni touchées par les mesures, contrairement aux personnes de nationalité qatarienne mais possédant une autre origine nationale.

64. Pour que les mesures contestées en l'espèce soient constitutives de discrimination indirecte, elles doivent avoir un effet préjudiciable disproportionné et injustifiable sur le groupe protégé identifié par rapport aux autres groupes. S'il incombe au Qatar de prouver un tel effet disproportionné, c'est aux Emirats arabes unis qu'il revient de démontrer que ces mesures étaient fondées exclusivement sur la nationalité. Le contexte et les circonstances dans lesquels la différenciation a été mise en œuvre doivent être pris en compte pour déterminer si la mesure en cause est constitutive de discrimination. L'examen de ces questions requiert une analyse factuelle approfondie. De même que, pour la première question traitée ci-dessus, les faits dont dispose la Cour ne lui permettent pas de se prononcer sur la seconde question. En outre, ces questions constituent l'objet même du différend au fond, et c'est donc au stade du fond qu'elles devraient être tranchées. La Cour ne devrait statuer à leur sujet qu'après la présentation des arguments et des éléments de preuve de chaque Partie à ce stade ultérieur.

65. La majorité de la Cour est d'avis que, « [e]n la présente espèce, bien que les mesures fondées sur la nationalité actuelle des ressortissants qatariens puissent produire des effets collatéraux ou secondaires sur des personnes nées au Qatar ou de parents qatariens, ou sur des proches de ressortissants qatariens résidant aux Emirats arabes unis, il ne s'agit pas là d'une discrimination raciale au sens de la convention » parce qu'elles « n'entraînent pas, par leur but ou par leur effet, une discrimination raciale à l'égard des Qatariens en tant que groupe social distinct au motif de leur origine nationale ». Selon elle, « quand bien même les mesures dont le Qatar tire grief dans le cadre de son allégation de « discrimination indirecte » seraient avérées, elles ne peuvent être constitutives de discrimination raciale au sens de la convention » (arrêt, par. 112). Elle conclut en conséquence que la Cour « n'est pas compétente *ratione materiae* pour connaître de la ... demande du Qatar [relative à la discrimination indirecte] » (*ibid.*, par. 113).

66. Je suis en désaccord avec l'analyse de la majorité et avec sa conclusion concernant la demande du Qatar relative à la discrimination indirecte. S'il était avéré que les mesures ont un effet préjudiciable

⁴⁵ MQ, par. 3.109; exposé écrit du Qatar [sur les exceptions préliminaires soulevées par les Emirats arabes unis] (ci-après « EEQ »), par. 2.111.

identifiable group distinguished by national origin and that they were not based exclusively on nationality, the measures would constitute racial discrimination within the meaning of the Convention, in accordance with the notion of indirect discrimination. The majority provides little analysis in support of its conclusion that while the measures based on current Qatari nationality may have “collateral or secondary effects” on Qataris, they do not, “either by their purpose or by their effect”, give rise to racial discrimination against Qataris “as a distinct social group on the basis of their national origin”. By drawing that conclusion, the majority has in effect determined the dispute on the merits at the preliminary objections stage.

67. In the case concerning the *Application of the International Convention for the Suppression of the Financing of Terrorism and of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Ukraine v. Russian Federation)*, the Court pointed out that, at the preliminary objections stage, it only needs to ascertain whether the challenged measures are capable of affecting the rights protected by CERD, and that it does not need to satisfy itself that the measures actually constitute racial discrimination within the meaning of Article 1, paragraph 1, of CERD, or to what extent certain acts may be covered by Article 1, paragraphs 2 and 3, of CERD. The Court explained that “[both of these] determinations concern issues of fact, largely depending on evidence regarding the purpose or effect of the measures alleged . . . and are thus properly a matter for the merits”⁴⁶. The same is true for Qatar’s claim of indirect discrimination in the present case.

68. It is also a relevant consideration that Qatar developed its claim of indirect discrimination significantly during the preliminary objections stage. In the Court’s first provisional measures Order in the present case, five judges took the view that nationality was not encompassed within the term “national origin”⁴⁷. Judges Tomka, Gaja and Gevorgian observed in addition that “[the] possibility [of indirect discrimination] has not been suggested by Qatar”⁴⁸. During the oral proceedings on the preliminary objections in the present case, the UAE contended that “nowhere is [the] indirect discrimination claim referred to in Qatar’s Application” and that

⁴⁶ *Application of the International Convention for the Suppression of the Financing of Terrorism and of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Ukraine v. Russian Federation)*, *Preliminary Objections, Judgment*, I.C.J. Reports 2019 (II), p. 595, para. 94; emphasis added.

⁴⁷ *Application of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Qatar v. United Arab Emirates)*, *Provisional Measures, Order of 23 July 2018*, I.C.J. Reports 2018 (II), joint declaration of Judges Tomka, Gaja and Gevorgian, p. 436, paras. 4-5; dissenting opinion of Judge Crawford, p. 475, para. 1; dissenting opinion of Judge Salam, pp. 481-483, paras. 2-7.

⁴⁸ *Ibid.*, joint declaration of Judges Tomka, Gaja and Gevorgian, p. 437, para. 6.

disproportionné et injustifiable sur un groupe identifiable différent par l'origine nationale, et qu'elles n'étaient pas exclusivement basées sur la nationalité, les mesures constitueraient une discrimination raciale au sens de la convention, relevant de la notion de discrimination indirecte. La majorité ne propose pas d'analyse approfondie pour appuyer sa conclusion selon laquelle, bien que les mesures fondées sur la nationalité actuelle des ressortissants qatariens puissent produire «des effets collatéraux ou secondaires» sur les Qatariens, elles n'entraînent pas, «par leur but ou par leur effet», une discrimination raciale à l'égard des Qatariens «en tant que groupe social distinct au motif de [l']origine nationale». En tirant cette conclusion, la majorité a, de fait, tranché le différend au fond au stade des exceptions préliminaires.

67. Comme elle l'a fait observer en l'affaire relative à l'*Application de la convention internationale pour la répression du financement du terrorisme et de la convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (Ukraine c. Fédération de Russie)*, la Cour, au stade des exceptions préliminaires, doit seulement déterminer si les mesures contestées sont susceptibles de porter atteinte aux droits protégés par la CIEDR, et n'a pas besoin de s'assurer que ces mesures constituent effectivement une «discrimination raciale» au sens du paragraphe 1 de l'article premier de la CIEDR, ni dans quelle mesure certains actes pourraient être couverts par les paragraphes 2 et 3 de l'article premier de la convention. La Cour a expliqué que «[c]es deux questions port[ai]ent sur des points de fait, largement tributaires des éléments de preuve relatifs au but ou à l'effet des mesures alléguées ... et rel[evai]ent donc de l'examen au fond»⁴⁶. Il en va de même de la demande du Qatar relative à la discrimination indirecte en l'espèce.

68. Il convient également de tenir compte du fait que le Qatar a considérablement étoffé son allégation de discrimination indirecte lors de la phase des exceptions préliminaires. Dans la première ordonnance en indication de mesures conservatoires rendue par la Cour en l'espèce, cinq juges ont émis l'avis que l'expression «origine nationale» n'englobait pas la nationalité⁴⁷. MM. les juges Tomka, Gaja et Gevorgian ont souligné en outre que la «possibilité [de discrimination indirecte] ... n'a ... pas été évoquée par le Qatar»⁴⁸. Durant la procédure orale sur les exceptions préliminaires en l'espèce, les Emirats arabes unis ont soutenu que «le

⁴⁶ *Application de la convention internationale pour la répression du financement du terrorisme et de la convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (Ukraine c. Fédération de Russie), exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 2019 (II)*, p. 595, par. 94; les italiques sont de moi.

⁴⁷ *Application de la convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (Qatar c. Emirats arabes unis), mesures conservatoires, ordonnance du 23 juillet 2018, C.I.J. Recueil 2018 (II)*, voir note 29 ci-dessus, déclaration commune de MM. les juges Tomka, Gaja et Gevorgian, p. 436, par. 4-5; opinion dissidente de M. le juge Crawford, p. 475, par. 1; opinion dissidente de M. le juge Salam, p. 481-483, par. 2-7.

⁴⁸ *Ibid.*, déclaration commune de MM. les juges Tomka, Gaja et Gevorgian, p. 437, par. 6.

“to try and patch a leaky argument, Qatar’s counsel asserted . . . that Qatar’s is an indirect discrimination claim”⁴⁹. It should be noted, however, that in its Application, Qatar did refer to discrimination “*de jure* or *de facto*” on the basis of national origin and that in its Request for the indication of provisional measures, it requested that the Court order the UAE to cease and desist from any and all conduct that could result, “directly or indirectly”, in any form of racial discrimination against Qatari individuals and entities⁵⁰. In its Memorial, Qatar also contended that the UAE’s measures had a discriminatory “effect” on Qataris⁵¹. Nevertheless, it is true that the Applicant significantly developed its arguments on indirect discrimination at the preliminary objections stage, in its Written Statement⁵² and in particular in its oral pleadings. The Court properly points out in this regard that “the subject-matter of a dispute is not limited by the precise wording that an applicant State uses in its application” (Judgment, para. 61), and that “the Rules of Court do not preclude Qatar from refining the legal arguments presented in its Application or advancing new arguments” (*ibid.*, paras. 63 and 68).

69. It is nonetheless important to keep in mind that in preliminary objection proceedings, the parties have only one chance to exchange written submissions. After Qatar submitted its Written Statement in response to the UAE’s Preliminary Objections, the UAE had no further opportunity to refute in writing the arguments made by the Applicant therein, including those pertaining to the claim of indirect discrimination. During the oral proceedings, the Parties did exchange arguments on indirect discrimination, but only to a limited extent and not thoroughly. Qatar’s claim of indirect discrimination should have been examined in detail by the Court at the merits stage, after being fully apprised of the relevant facts, evidence and arguments of the Parties.

70. Under Article 79*ter*, paragraph 4, of the Rules of Court, when it is called upon to rule on a preliminary objection, the Court shall uphold or reject it, or “declare that, in the circumstances of the case, [it] does not possess an exclusively preliminary character”.

71. The Court has previously expressed its view on the resolution of preliminary objections as follows:

“In principle, a party raising preliminary objections is entitled to have these objections answered at the preliminary stage of the pro-

⁴⁹ CR 2020/8, p. 28, para. 25 (Sheeran).

⁵⁰ Application of Qatar, p. 60, para. 66; Request for the indication of provisional measures of Qatar, para. 19.

⁵¹ MQ, Chap. III, Sec. I.B.2.

⁵² WSQ, Chap. II, Sec. III.

Qatar ne fai[sai]t nullement état de discrimination indirecte dans sa requête» et que, «pour tenter de remettre à flot un argument qui prend l'eau de toutes parts, le conseil du Qatar ... affirm[ait] ... que la discrimination dénoncée par le Qatar [était] de nature indirecte»⁴⁹. Il convient cependant de noter que, dans sa requête, le Qatar avait, de fait, mentionné une discrimination «*de jure* ou *de facto*» au motif de l'origine nationale et que, dans sa demande en indication de mesures conservatoires, il avait prié la Cour d'ordonner aux Emirats arabes unis de cesser et de s'abstenir de commettre tout acte pouvant entraîner, «directement ou indirectement», une forme quelconque de discrimination raciale à l'égard de Qatariens ou d'entités du Qatar⁵⁰. Dans son mémoire, le Qatar a également affirmé que les mesures prises par les Emirats arabes unis avaient un «effet» discriminatoire sur les Qatariens⁵¹. Pour autant, il est vrai que le demandeur a développé son argumentation sur la discrimination indirecte de façon significative au stade des exceptions préliminaires, notamment dans son exposé écrit⁵² et, plus encore, dans ses plaidoiries. A cet égard, la Cour fait remarquer, fort à propos, que «l'objet d'un différend n'est pas limité par les termes expressément utilisés par l'Etat demandeur dans sa requête» (arrêt, par. 61) et que le «Règlement [de la Cour] n'interdit pas au Qatar d'affiner l'argumentation juridique présentée dans sa requête ou d'avancer de nouveaux arguments» (*ibid.*, par. 63 et 68).

69. Il importe cependant de garder à l'esprit que, lors de la phase des exceptions préliminaires, les parties n'ont qu'une seule occasion de confronter leurs vues dans le cadre d'écritures. Après le dépôt par le Qatar de son exposé écrit en réponse aux exceptions préliminaires soulevées par les Emirats arabes unis, ces derniers n'avaient pas la possibilité de réfuter par écrit les arguments qu'y avançait le demandeur, y compris ceux ayant trait à la discrimination indirecte. A l'audience, les Parties ont présenté l'une et l'autre leurs arguments à cet égard, mais seulement dans une mesure limitée et pas de manière approfondie. La demande du Qatar relative à la discrimination indirecte aurait dû être examinée en détail par la Cour au stade du fond, une fois celle-ci pleinement informée des faits, éléments de preuve et arguments pertinents des Parties.

70. Aux termes du paragraphe 4 de l'article 79^{ter} du Règlement de la Cour, lorsque celle-ci est appelée à statuer sur une exception préliminaire, elle la retient ou la rejette, ou elle peut «déclarer que, dans les circonstances de l'espèce, [cette] exception n'a pas un caractère exclusivement préliminaire».

71. La Cour a exprimé antérieurement sa position au sujet de l'examen des exceptions préliminaires comme suit :

«En principe, une partie qui soulève des exceptions préliminaires a droit à ce qu'il y soit répondu au stade préliminaire de la procédure,

⁴⁹ CR 2020/8, p. 28, par. 25 (Sheeran).

⁵⁰ Requête du Qatar, p. 61, par. 66; demande en indication de mesures conservatoires du Qatar, par. 19.

⁵¹ MQ, chap. III, sect. I.B.2.

⁵² EEQ, chap. II, sect. III.

ceedings unless the Court does not have before it all facts necessary to decide the questions raised or if answering the preliminary objection would determine the dispute, or some elements thereof, on the merits.”⁵³

In the present case, the Court does not have before it all facts necessary to decide the two issues raised in relation to Qatar’s claim of indirect discrimination. They are precisely the issues that should be examined in detail by the Court at the merits stage. Furthermore, while the UAE’s objection contains “both preliminary aspects and other aspects relating to the merits”, it is “inextricably interwoven with the merits”⁵⁴. Thus, the present case fulfils the criteria laid down by the Court for finding that a preliminary objection does not possess an exclusively preliminary character.

72. For the reasons set out above, the Court should have declared that, in the circumstances of the present case, the first preliminary objection of the UAE does not have an exclusively preliminary character.

73. This conclusion is in line with the final submissions that the Applicant made at the end of the oral pleadings. It asked the Court to “(a) Reject the Preliminary Objections presented by the UAE; . . . (d) Or, in the alternative, reject the Second Preliminary Objection . . . and hold . . . that the First Preliminary Objection . . . does not possess an exclusively preliminary character”⁵⁵. Qatar’s claim of indirect discrimination should have been examined in detail by the Court at the merits stage, on the basis of facts and evidence submitted by the Parties. The conclusion drawn in paragraph 72 above should not be interpreted as prejudging in any way the potential findings of the Court on the merits.

(Signed) IWASAWA Yuji.

⁵³ *Territorial and Maritime Dispute (Nicaragua v. Colombia)*, *Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 2007 (II)*, p. 852, para. 51; emphasis added.

⁵⁴ See *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, Judgment, I.C.J. Reports 1998*, pp. 133-134, para. 49; *Questions of Interpretation and Application of the 1971 Montreal Convention arising from the Aerial Incident at Lockerbie (Libyan Arab Jamahiriya v. United Kingdom)*, *Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 1998*, pp. 28-29, para. 50.

⁵⁵ CR 2020/9, p. 45, para. 9 (Al-Khulaifi).

sauf si la Cour ne dispose pas de tous les éléments nécessaires pour se prononcer sur les questions soulevées ou si le fait de répondre à l'exception préliminaire équivaudrait à trancher le différend, ou certains de ses éléments, au fond.»⁵³

Dans la présente affaire, la Cour ne dispose pas de tous les éléments nécessaires pour se prononcer sur les deux questions que soulève l'allégation de discrimination indirecte formulée par le Qatar. Il s'agit là précisément de questions qui devraient être examinées en détail par la Cour au stade du fond. En outre, si l'exception des Emirats arabes unis comporte «à la fois des aspects préliminaires et des aspects de fond», elle est «inextricablement liée [au fond]»⁵⁴. La présente espèce satisfait donc aux critères établis par la Cour pour déterminer qu'une exception préliminaire n'a pas un caractère exclusivement préliminaire.

72. Pour les raisons exposées ci-dessus, la Cour aurait dû dire que, dans les circonstances de la présente espèce, la première exception préliminaire des Emirats arabes unis ne présentait pas un caractère exclusivement préliminaire.

73. Cette conclusion concorde avec les conclusions finales formulées par le demandeur à la fin de ses plaidoiries, dans lesquelles il priait la Cour «a) de rejeter les exceptions préliminaires soulevées par les Emirats arabes unis; ... d) ou, à titre subsidiaire, de rejeter la deuxième exception préliminaire ... et de juger ... que la première exception préliminaire ... n'a pas un caractère exclusivement préliminaire»⁵⁵. La demande du Qatar relative à la discrimination indirecte aurait dû être examinée en détail par la Cour au stade du fond, sur la base des faits et des éléments de preuve présentés par les Parties. La conclusion énoncée ci-dessus au paragraphe 72 ne devrait pas être interprétée comme préjugant d'une quelconque manière celles auxquelles la Cour aurait pu parvenir sur le fond.

(Signé) IWASAWA Yuji.

⁵³ *Différend territorial et maritime (Nicaragua c. Colombie), exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 2007 (II), p. 852, par. 51 ; les italiques sont de moi.*

⁵⁴ Voir *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 d'Amérique), exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1998, p. 133-134, par. 49; Questions d'interprétation et d'application de la convention de Montréal de 1971 résultant de l'incident aérien de Lockerbie (Jamahiriya arabe libyenne c. Royaume-Uni), exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1998, p. 28-29, par. 50.*

⁵⁵ CR 2020/9, p. 45, par. 9 (Al-Khulaifi).