

SEPARATE OPINION OF JUDGE IWASAWA

The Court rejects the clean hands doctrine as a defence on the merits in a situation where the respondent State argues that the applicant State has engaged in unlawful conduct — The Court does not address the applicability of the clean hands doctrine in investment arbitration.

A measure based on a prohibited ground listed in Article 1, paragraph 1, of CERD is inherently suspect — A State bears a very heavy burden of demonstrating that the measure 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 — The Court has laid down a framework for analysing indirect discrimination — The reference to “mere collateral and secondary effects” is unnecessary — In the present case, the Russian Federation does not deny the notion of indirect discrimination as such.

1. In the present Judgment, the Court has made important decisions on two points, in particular. First, it has rejected the clean hands doctrine as a defence on the merits. Second, it has laid down a framework for analysing indirect discrimination. The purpose of this opinion is to elaborate on these two points.

I. CLEAN HANDS DOCTRINE

2. The Court has previously not accepted arguments based on the clean hands doctrine either as a ground for the inadmissibility of a claim or as a defence on the merits. Nor has the Court denied the applicability of the clean hands doctrine before it entirely.

3. For example, in its 2019 Judgment on preliminary objections in *Certain Iranian Assets*, the Court stated:

“[w]ithout having to take a position on the ‘clean hands’ doctrine, the Court considers that, even if it were shown that the Applicant’s conduct was not beyond reproach, this would not be sufficient per se to uphold the objection to admissibility raised by the Respondent on the basis of the ‘clean hands’ doctrine”.

It also noted that “the United States has not argued that Iran, through its alleged conduct, has violated the Treaty of Amity” (*Certain Iranian*

OPINION INDIVIDUELLE DE M. LE JUGE IWASAWA

[Traduction]

Rejet du moyen de défense au fond tiré de la doctrine des mains propres dans une situation où l'État défendeur invoque le comportement illicite de l'État demandeur — Absence de mention de l'applicabilité de cette doctrine dans des procédures d'arbitrage en matière d'investissement.

Caractère intrinsèquement suspect de toute mesure fondée sur l'un des motifs prohibés énoncés au paragraphe 1 de l'article premier de la CIEDR — Nécessité pour l'État d'assumer la lourde tâche de démontrer que la mesure concernée poursuit un but légitime et qu'il existe un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé — Examen devant être des plus rigoureux — Établissement d'un cadre aux fins de l'analyse de la discrimination indirecte — Inutilité de la référence aux « simples effets collatéraux ou secondaires » — Absence de contestation par la Fédération de Russie, en l'espèce, de la notion de discrimination indirecte en tant que telle.

1. Dans le présent arrêt, la Cour a pris d'importantes décisions sur deux points en particulier. Premièrement, elle a rejeté le moyen de défense au fond tiré de la doctrine des mains propres. Deuxièmement, elle a établi un cadre aux fins de l'analyse de la discrimination indirecte. J'entends, dans la présente opinion, revenir plus en détail sur ces deux points.

I. DOCTRINE DES MAINS PROPRES

2. La Cour n'a jamais retenu d'argument tiré de la doctrine des mains propres, qu'il ait été avancé comme motif d'irrecevabilité ou comme moyen de défense au fond, mais elle n'a jamais non plus entièrement exclu que cette doctrine puisse s'appliquer dans des instances portées devant elle.

3. Dans son arrêt de 2019 sur les exceptions préliminaires en l'affaire relative à *Certains actifs iraniens*, par exemple, la Cour a dit que,

«[s]ans avoir à prendre position sur la doctrine des “mains propres”, [elle] consid[érait] que, même s'il était démontré que le comportement du demandeur n'était pas exempt de critique, cela ne suffirait pas pour accueillir l'exception d'irrecevabilité soulevée par le défendeur sur le fondement de la doctrine des “mains propres” ».

Elle a également relevé que « les États-Unis n'[avaie]nt pas soutenu que, par son comportement, l'Iran aurait violé le traité d'amitié sur lequel il fond[ait]

Assets (Islamic Republic of Iran v. United States of America), Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 2019 (I), p. 44, para. 122). In *Jadhav*, the Court stated that “[it] does not consider that an objection based on the ‘clean hands’ doctrine may by itself render an application based on a valid title of jurisdiction inadmissible” (*Jadhav (India v. Pakistan)*, Judgment, I.C.J. Reports 2019 (II), p. 435, para. 61). In its 2023 Judgment on the merits in *Certain Iranian Assets*, the Court observed that “[a]s a defence on the merits, [it] has always treated the invocation of ‘unclean hands’ with the utmost caution”. It recalled that in its 2019 Judgment, it had not taken a position on the clean hands doctrine, “reserving its position on the legal status of the concept itself in international law”. It then rejected the respondent’s defence on the merits based on the doctrine, noting that, in any case, one of the conditions put forward by the respondent for the doctrine to be applicable was not met (*Certain Iranian Assets (Islamic Republic of Iran v. United States of America)*, Judgment, I.C.J. Reports 2023 (I), pp. 87-88, paras. 81-83)¹.

4. Some arbitral tribunals have suggested that in order for the State of nationality to exercise diplomatic protection in respect of a national who has suffered an injury, that national must not have caused or amplified that injury through his or her unlawful or reprehensible conduct². However, John Dugard, the Special Rapporteur on Diplomatic Protection of the International Law Commission (hereinafter the “ILC”), has pointed out that the cases involving diplomatic protection in which the clean hands doctrine has been raised are few. In his view, where an internationally wrongful act is committed by a State in response to the misconduct of an alien, the clean hands doctrine cannot bar a claim brought by the State of nationality on behalf of that individual, because as a consequence of the fiction that an injury to a national is an injury to the State itself, the claim becomes an international claim and the clean hands doctrine cannot be raised against the injured individual for its misconduct. For these reasons, he took the view that “the clean hands doctrine has no special place in claims involving diplomatic protection”³. At his recommendation, the ILC did not include clean hands as a condition for the

¹ See also *Delimitation of the Maritime Boundary between Guyana and Suriname (Guyana v. Suriname)*, in which the arbitral tribunal dismissed the defendant’s argument based on the clean hands doctrine, stating that “Guyana’s conduct does not satisfy the requirements for the application of the doctrine of clean hands, to the extent that such a doctrine may exist in international law”. Award of 17 September 2007, United Nations, *Reports of International Arbitral Awards*, Vol. XXX, p. 118, para. 421.

² See e.g. *Good Return* and the *Medea* cases, Ecuadorian-United States Claims Commission, 8 August 1865, in John Bassett Moore (ed.), *History and Digest of the International Arbitrations to Which the United States Has Been a Party*, Vol. III, 1898, p. 2739.

³ Sixth report on diplomatic protection by Mr John Dugard, Special Rapporteur, *Yearbook of the International Law Commission (YILC)*, 2005, Vol. II, Part One, p. 4, paras. 8-10.

sa requête» (*Certains actifs iraniens (République islamique d'Iran c. États-Unis d'Amérique), exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 2019 (I)*, p. 44, par. 122). En l'affaire *Jadhav*, elle a dit qu'elle «ne consid[érait] pas qu'une exception fondée sur la doctrine des "mains propres" p[ût] en soi rendre irrecevable une requête reposant sur une base de compétence valable» (*Jadhav (Inde c. Pakistan), arrêt, C.I.J. Recueil 2019 (II)*, p. 435, par. 61). Dans l'arrêt qu'elle a rendu sur le fond en l'affaire relative à *Certains actifs iraniens* en 2023, la Cour a observé que, «[e]n tant que moyen de défense au fond, [elle] a[vait] toujours traité avec la plus grande circonspection l'invocation de l'absence de "mains propres"». Elle a rappelé que, dans son arrêt de 2019, elle n'avait pas pris position sur cette doctrine, «réservant ... sa position sur le statut juridique de la notion elle-même en droit international». Elle a ensuite rejeté le moyen de défense au fond que tirait le défendeur de cette doctrine, notant que, en tout état de cause, l'une des conditions qui devait, selon celui-ci, être remplie pour que cette doctrine trouve à s'appliquer ne l'était pas (*Certains actifs iraniens (République islamique d'Iran c. États-Unis d'Amérique), arrêt, C.I.J. Recueil 2023 (I)*, p. 87-88, par. 81-83)¹.

4. Certains tribunaux arbitraux ont estimé que, pour que l'État de nationalité exerce une protection diplomatique à l'égard d'un national ayant subi un préjudice, ledit national ne devait pas avoir causé ou aggravé ce préjudice par un comportement illicite ou répréhensible². John Dugard, rapporteur spécial sur la protection diplomatique auprès de la Commission du droit international (ci-après la «CDI»), a cependant fait observer que la doctrine des mains propres avait rarement été invoquée dans des affaires touchant à la protection diplomatique. Selon lui, lorsqu'un État commet un fait internationalement illicite en réaction à la faute d'un étranger, la doctrine des mains propres ne peut faire obstacle à la présentation, par l'État de nationalité, d'une réclamation au nom de cette personne; en effet, selon la fiction qui veut qu'un préjudice causé au national d'un État est un préjudice causé à l'État lui-même, cette réclamation acquiert alors une dimension internationale, et la doctrine en question ne peut donc être invoquée contre l'individu lésé à raison de sa faute. C'est pourquoi John Dugard estime que «la théorie des mains propres n'occupe pas une place particulière dans les demandes de protection diplomatique»³. Sur sa recommandation, la CDI n'a pas, dans

¹ Voir aussi *Sentence arbitrale relative à la délimitation de la frontière maritime entre le Guyana et le Surinam (Guyana c. Surinam)*, 17 septembre 2007, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XXX, p. 118, par. 421, où le tribunal arbitral a rejeté les arguments que le Surinam entendait tirer de la doctrine des mains propres, jugeant que «le comportement du Guyana ne rempli[ssai]t pas les conditions requises aux fins de l'application de [cette] doctrine ..., pour autant que celle-ci exist[ât] en droit international».

² Voir, par exemple, les affaires *Good Return* et *Medea*, Ecuadorian-United States Claims Commission, 8 août 1865, dans John Bassett Moore (sous la dir. de), *History and Digest of the International Arbitrations to Which the United States Has Been a Party*, vol. III, 1898, p. 2739.

³ Sixième rapport sur la protection diplomatique, par M. John Dugard, rapporteur spécial, *Annuaire de la Commission du droit international (ACDI)*, 2005, vol. II, première partie, p. 4-5, par. 8-10.

exercise of diplomatic protection in the 2006 Draft Articles on Diplomatic Protection⁴.

5. Some investment arbitral tribunals, however, have been receptive to the clean hands doctrine operating as a bar to a claim. For example, in *Littop v. Ukraine*, the tribunal stated that

“this Tribunal . . . finds that the doctrine of clean hands, just like the concept of good faith, is now a principle of international law. In several cases tribunals have made clear that a party cannot come to investment arbitration with unclean hands . . . The doctrine has been recognised as a principle of general international law by arbitral tribunals and a number of academic authorities.”⁵

The tribunal cited another award, in which the tribunal concerned had stated:

“Investment treaty cases confirm that such treaties do not afford protection to illegal investments either based on clauses of the treaties . . . or, absent an express provision in the treaty, based on rules of international law, such as the ‘clean hands’ doctrine or doctrines to the same effect.”⁶

6. In the present Judgment, the Court rejects the Respondent’s defence on the merits based on the clean hands doctrine, stating “the Court considers that the ‘clean hands’ doctrine cannot be applied in an inter-State dispute where the Court’s jurisdiction is established and the application is admissible” (Judgment, para. 38). The Court thus rejects the clean hands doctrine as a defence on the merits in a situation where the respondent State argues in proceedings before the Court that the applicant State has engaged in unlawful conduct. The Court does not address the applicability of the clean hands doctrine in investment arbitration.

II. RACIAL DISCRIMINATION

7. In this section, I will offer my views on the tests for determining racial discrimination, in particular, indirect discrimination.

⁴ Report of the International Law Commission on the work of its fifty-eighth session, *YILC*, 2006, Vol. II, Part Two, pp. 23-24.

⁵ *Littop Enterprises Limited, Bridgemont Ventures Limited and Bordo Management Limited v. Ukraine*, SCC Case No. V 2015/092, Final Award of 4 February 2021, paras. 438-439.

⁶ *Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide v. Republic of the Philippines*, ICSID Case No. ARB/11/12, Award of 10 December 2014, para. 328. See also *Plama Consortium Limited v. Republic of Bulgaria*, ICSID Case No. ARB/03/24, Award of 27 August 2008,

son Projet d'articles de 2006 sur la protection diplomatique, conditionné au fait d'avoir les mains propres l'exercice d'une telle protection⁴.

5. Certains tribunaux arbitraux statuant en matière d'investissement ont cependant admis que la doctrine des mains propres pouvait faire obstacle à la présentation d'une réclamation. Dans *Littop v. Ukraine*, par exemple, le tribunal a jugé que

«la doctrine des mains propres, tout comme le concept de la bonne foi, [était] maintenant un principe du droit international. Dans plusieurs affaires, des tribunaux ont clairement dit qu'une partie ne [pouvai]t participer à une procédure d'arbitrage en matière d'investissement si elle n'avait pas les mains propres... Des tribunaux arbitraux et un certain nombre d'universitaires réputés ont reconnu que cette doctrine [était] un principe du droit international général.»⁵

Le tribunal a cité une autre sentence, dans laquelle la juridiction concernée avait constaté que

«certains précédents concernant des traités d'investissement confirm[ai]ent que ce type de traités n'offr[ait] aucune protection aux investissements illicites, que ce [fût] sur le fondement des clauses y énoncées ... ou, en l'absence de toute disposition expresse, sur celui de règles du droit international, notamment de la doctrine des "mains propres" ou de toute autre doctrine allant dans le même sens»⁶.

6. Dans le présent arrêt, la Cour rejette le moyen de défense au fond que la défenderesse tire de la doctrine des mains propres, «estim[ant] que [cette] doctrine ... ne peut être appliquée lorsque, dans un différend inter-étatique, sa compétence est établie et que la requête est recevable» (arrêt, par. 38). Elle rejette donc ce moyen de défense dans une situation où l'État défendeur invoque, dans une instance portée devant elle, le comportement illicite de l'État demandeur, mais n'examine pas la question de l'applicabilité de ladite doctrine dans le cadre des procédures d'arbitrage en matière d'investissement.

II. DISCRIMINATION RACIALE

7. Dans la présente section, j'exposerai mes vues sur les critères à l'aune desquels s'apprécie l'existence d'une discrimination raciale, en particulier dans le cas de la discrimination indirecte.

⁴ Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa cinquante-huitième session, *ACDI*, 2006, vol. II, deuxième partie, p. 23-24.

⁵ *Littop Enterprises Limited, Bridgemont Ventures Limited and Bordo Management Limited v. Ukraine*, SCC Case No. V 2015/092, Final Award of 4 February 2021, par. 438-439.

⁶ *Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide v. Republic of the Philippines*, ICSID Case No. ARB/11/12, Award of 10 December 2014, par. 328. Voir aussi *Plama Consortium Limited v. Republic of Bulgaria*, ICSID Case No. ARB/03/24, Award of 27 August 2008,

1. The Level of Scrutiny Required

8. Article 26 of the International Covenant on Civil and Political Rights provides:

“All persons are equal before the law and are entitled without any discrimination to the equal protection of the law. In this respect, the law shall prohibit any discrimination and guarantee to all persons equal and effective protection against discrimination on any ground such as race, colour, sex, language, religion, political or other opinion, national or social origin, property, birth or other status.”

Other international human rights treaties of a general nature, such as the European Convention on Human Rights (Article 14 of the Convention and Article 1 of Protocol No. 12) and the American Convention on Human Rights (Article 1), contain analogous non-discrimination provisions.

9. The international courts and monitoring bodies established under these international human rights treaties have used similar frameworks for interpreting these non-discrimination provisions and for determining whether a differentiation of treatment constitutes discrimination. A differentiation of treatment is generally considered to constitute discrimination, “unless the criteria for such a differentiation are reasonable and objective”; in other words, “unless [the differentiation] pursues a legitimate aim and there is a reasonable relationship of proportionality between the means employed and the aim sought to be achieved”⁷.

10. 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.”

The definition of racial discrimination in this provision comprises two elements. First, a measure must constitute a distinction, exclusion, restriction or preference based on one of the prohibited grounds, namely “race,

paras. 143 and 146; *Hesham Talaat M. Al-Warraq v. Republic of Indonesia*, Final Award of 15 December 2014, para. 646; *Rusoro Mining Limited v. Bolivarian Republic of Venezuela*, ICSID Case No. ARB(AF)/12/5, Award of 22 August 2016, para. 492.

⁷ E.g. Human Rights Committee, General Comment No. 18: Non-discrimination, 9 November 1989, para. 13; European Court of Human Rights (“ECtHR”), *Biao v. Denmark*, Grand Chamber, Judgment of 24 May 2016, Application No. 38590/10, para. 90; Inter-American Court of Human Rights (“IACtHR”), *Proposed Amendments to the Naturalization Provision of the Constitution of Costa Rica*, Advisory Opinion of 19 January 1984, OC-4/84, para. 57.

1. Degré d'exigence requis

8. L'article 26 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques est ainsi libellé :

« Toutes les personnes sont égales devant la loi et ont droit sans discrimination à une égale protection de la loi. À cet égard, la loi doit interdire toute discrimination et garantir à toutes les personnes une protection égale et efficace contre toute discrimination, notamment de race, de couleur, de sexe, de langue, de religion, d'opinion politique et de toute autre opinion, d'origine nationale ou sociale, de fortune, de naissance ou de toute autre situation. »

D'autres traités internationaux relatifs aux droits de l'homme de caractère général, tels que la convention européenne des droits de l'homme (article 14 de la convention et article premier du protocole n° 12) et la convention américaine relative aux droits de l'homme (article premier de la convention), contiennent des dispositions analogues interdisant la discrimination.

9. Les juridictions internationales et organes internationaux de contrôle établis par lesdits traités utilisent des cadres similaires pour interpréter les dispositions interdisant la discrimination et déterminer si une différence de traitement relève d'une telle pratique. Une différence de traitement est généralement considérée comme constitutive de discrimination à moins d'être « fondée sur des critères raisonnables et objectifs » ; en d'autres termes, à moins que « le but visé [soit] légitime » ou qu'il y ait un « rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé »⁷.

10. L'expression « discrimination raciale », aux termes du paragraphe 1 de l'article premier de la CIEDR,

« 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 ».

Cette définition de la discrimination raciale comporte deux éléments. Pour en relever, la mesure considérée doit : en premier lieu, constituer une distinction, exclusion, restriction ou préférence fondée sur l'un des motifs prohibés,

par. 143 et 146 ; *Hesham Talaat M. Al-Warraq v. Republic of Indonesia*, Final Award of 15 December 2014, par. 646 ; *Rusoro Mining Limited v. Bolivarian Republic of Venezuela*, ICSID Case No. ARB(AF)/12/5, Award of 22 August 2016, par. 492.

⁷ Voir, par exemple, Comité des droits de l'homme, observation générale n° 18 : Non-discrimination, 9 novembre 1989, par. 13 ; Cour européenne des droits de l'homme (CEDH), *Biao c. Danemark*, Grande Chambre, arrêt du 24 mai 2016, requête n° 38590/10, 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.

colour, descent, or national or ethnic origin". Second, the measure must have the "purpose or effect" of nullifying or impairing the recognition, enjoyment or exercise, on an equal footing, of human rights. The Court makes a statement to the same effect (Judgment, para. 195).

11. In its General Recommendation XIV on Article 1, paragraph 1, of the Convention, the CERD Committee states that

"a differentiation of treatment will not constitute discrimination if the criteria for such differentiation, judged against the objectives and purposes of the Convention, are legitimate or fall within the scope of article 1, paragraph 4, of the Convention"⁸.

The Committee seems to be of the view that a differentiation of treatment based on race, colour, descent, or national or ethnic origin can be justified "if the criteria for such differentiation, judged against the objectives and purposes of the Convention, are legitimate". This test does not appear to require rigorous scrutiny and is thus questionable.

12. Racial discrimination is one of the most invidious forms of discrimination. A measure based on a prohibited ground listed in Article 1, paragraph 1, of CERD ("race, colour, descent, or national or ethnic origin") is inherently suspect and must be subjected to the most rigorous scrutiny. The ECtHR has stated 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*"⁹. The ECtHR has gone so far as to declare 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"¹⁰. In my view, where a measure is based on "race, colour, descent, or national or ethnic origin", a State bears a very heavy burden of demonstrating that the measure 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 level of scrutiny must be most rigorous and the threshold must be especially high. In particular, a measure based on race, colour or ethnic origin is hardly justifiable in a democratic society, unless it qualifies as a temporary special measure taken for the sole purpose of securing the adequate advancement of certain racial or ethnic groups or individuals (CERD, Art. 1 (4) and Art. 2 (2); also commonly referred to as "affirmative action").

⁸ CERD Committee, General Recommendation XIV on Article 1, paragraph 1, of the Convention, forty-second session, 17 March 1993, para. 2.

⁹ ECtHR, *D. H. and Others v. Czech Republic*, Grand Chamber, Judgment of 13 November 2007, Application No. 57325/00, para. 196 (emphasis added).

¹⁰ *Biao v. Denmark*, see *supra* note 7, para. 94.

à savoir « la race, la couleur, l'ascendance ou l'origine nationale ou ethnique » ; en second lieu, 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. La Cour a formulé un constat allant dans le même sens (arrêt, par. 195).

11. Dans sa recommandation générale XIV concernant le paragraphe 1 de l'article premier de la convention, le Comité de la CIEDR affirme que

« un traitement différencié ne constitue pas un acte de discrimination si, comparés aux objectifs et aux buts de la Convention, les critères de différenciation sont légitimes ou conformes aux dispositions du paragraphe 4 de l'article premier de la Convention »⁸.

Il semble être d'avis qu'une différence de traitement fondée sur la race, la couleur, l'ascendance ou l'origine nationale ou ethnique peut être justifiée « si, comparés aux objectifs et aux buts de la Convention, les critères de différenciation sont légitimes ». Cette condition ne semble pas s'accompagner d'une exigence d'examen rigoureux et, partant, elle est discutable.

12. La discrimination raciale est l'une des formes de discrimination les plus odieuses. Toute mesure fondée sur l'un des motifs prohibés énoncés au paragraphe 1 de l'article premier de la CIEDR (« la race, la couleur, l'ascendance ou l'origine nationale ou ethnique ») est intrinsèquement suspecte et doit faire l'objet d'un examen des plus rigoureux. La Cour européenne des droits de l'homme (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 d[é]vait être interprétée de manière *aussi stricte que possible* »⁹, 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 p[ouvai]t passer pour justifiée dans une société démocratique contemporaine »¹⁰. J'estime qu'un État qui prend une mesure fondée sur « la race, la couleur, l'ascendance ou l'origine nationale ou ethnique » doit assumer la très lourde tâche de démontrer que cette mesure vise 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 les critères retenus doivent être particulièrement stricts. Une mesure fondée sur la race, la couleur ou l'origine ethnique en particulier est difficilement justifiable dans une société démocratique, à moins qu'il ne s'agisse d'une mesure spéciale temporaire prise à seule fin d'assurer comme il convient le « progrès de certains groupes raciaux ou ethniques ou d'individus » (CIEDR, art. premier, par. 4, et art. 2, par. 2) (ce qu'on appelle communément « action positive » ou « *affirmative action* » en anglais).

⁸ Comité de la CIEDR, recommandation générale XIV concernant le paragraphe 1 de l'article premier de la convention, quarante-deuxième session, 17 mars 1993, par. 2.

⁹ CEDH, affaire *D. H. et autres c. République tchèque*, Grande Chambre, arrêt du 13 novembre 2007, requête n° 57325/00, par. 196 (les italiques sont de moi).

¹⁰ *Biao c. Danemark*, voir *supra* note 7, par. 94.

2. Indirect Discrimination

13. According to the definition of racial discrimination set out in Article 1, paragraph 1, of CERD, if a measure has the “purpose or effect” of discrimination based on one of the prohibited grounds, it constitutes racial discrimination. The object and purpose of CERD is to eliminate racial discrimination “in all its forms and manifestations” (preamble, paras. 4, 5 and 10; see also Articles 2 (1) and 5). It is consistent with this object and purpose that CERD seeks to eliminate all forms of racial discrimination, including those that not only have the “purpose” but also the “effect” of racial discrimination.

14. Effects-based discrimination, often referred to as indirect discrimination, can be explained in relation to racial discrimination as follows. If a rule, measure or policy that appears on its face to be neutral has an unjustifiable disproportionate prejudicial impact on a group distinguished by race, colour, descent, or national or ethnic origin, it constitutes racial discrimination, even if it is not specifically aimed at that group. The analysis of disproportionate impact requires a comparison to be made between different groups. A disproportionate prejudicial impact on a group is unjustifiable, unless such an impact can be justified by a legitimate reason that does not implicate any of the prohibited grounds under Article 1, paragraph 1, of CERD. The context and circumstances in which the differentiation was introduced must be taken into account in determining whether it amounts to racial discrimination.

15. International human rights courts and treaty bodies have adopted the notion of indirect discrimination. For example, the CERD Committee states in its General Recommendation XIV on Article 1, paragraph 1, of the Convention 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”¹¹. 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.”¹²

¹¹ CERD Committee, General Recommendation XIV, see *supra* note 8, para. 2.

¹² CERD Committee, *L. R. et al. v. Slovakia*, 7 March 2005, Communication No. 31/2003, para. 10.4. See also CERD Committee, General Recommendation No. 32 on the meaning and scope of special measures in the International Convention on the Elimination of All Forms

2. *Discrimination indirecte*

13. Selon la définition de la discrimination raciale énoncée au paragraphe 1 de l'article premier de la CIEDR, une mesure qui a «pour but ou pour effet» d'exercer une discrimination sur le fondement de l'un des motifs prohibés est constitutive de discrimination raciale. La convention a pour objet et pour but d'éliminer «toutes les formes et toutes les manifestations» de discrimination raciale (préambule, par. 4, 5 et 10; voir aussi art. 2, par. 1, et art. 5); elle vise ainsi à en éliminer les formes ayant non seulement pour «but» mais aussi pour «effet» d'exercer une telle discrimination.

14. J'expliquerai à présent le lien qu'entretient la discrimination tenant aux effets d'une mesure, souvent dite discrimination indirecte, avec la discrimination raciale. Toute règle, mesure ou politique d'apparence neutre qui produit un effet préjudiciable disproportionné et injustifiable sur un groupe distingué par la race, la couleur, l'ascendance ou l'origine nationale ou ethnique est constitutive de discrimination raciale, même si elle ne vise pas spécifiquement ce groupe. L'analyse de l'effet disproportionné requiert d'établir une comparaison entre différents groupes. Tout effet préjudiciable disproportionné subi par un groupe est inadmissible, à moins de pouvoir être justifié par des considérations légitimes sans rapport avec l'un quelconque des motifs prohibés énoncés au paragraphe 1 de l'article premier de la CIEDR. Le contexte et les circonstances dans lesquels la différence de traitement est intervenue doivent être pris en compte pour déterminer s'il s'agit d'une discrimination raciale.

15. Des juridictions et organes conventionnels internationaux garants des droits de l'homme ont retenu la notion de discrimination indirecte. Le Comité de la CIEDR, par exemple, dans sa recommandation générale XIV concernant le paragraphe 1 de l'article premier de la convention, précise 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»¹¹. En l'affaire *L. R. et consorts c. Slovaquie*, le Comité de la CIEDR a rappelé que

«la définition de la discrimination raciale donnée à l'article premier n'englob[ait] pas seulement les mesures qui [étaient] explicitement discriminatoires, mais aussi les mesures qui n[étaient] pas discriminatoires à première vue mais l[étaient] 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.»¹²

¹¹ Comité de la CIEDR, recommandation générale XIV, voir *supra* note 8, par. 2.

¹² Comité de la CIEDR, *L. R. et consorts c. Slovaquie*, communication n° 31/2003, 7 mars 2005, par. 10.4. Voir aussi Comité de la CIEDR, recommandation générale n° 32 sur la signification et portée des mesures spéciales dans la convention internationale sur l'élimination de

16. Other human rights treaty bodies have explained the notion of indirect discrimination in analogous terms. 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”¹³.

The Committee on Economic, Social and Cultural Rights has declared that “[b]oth direct and indirect forms of differential treatment can amount to discrimination under article 2, paragraph 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”¹⁴. The Committee on the Elimination of Discrimination against Women has also stated that “States parties shall ensure that there is neither direct nor indirect discrimination against women”, adding:

“Indirect discrimination against women occurs when a law, policy, programme or practice appears to be neutral in so far as it relates to men and women, but has a discriminatory effect in practice on women because pre-existing inequalities are not addressed by the apparently neutral measure. Moreover, indirect discrimination can exacerbate existing inequalities owing to a failure to recognize structural and historical patterns of discrimination and unequal power relationships between women and men.”¹⁵

17. International human rights courts have explained the notion of indirect discrimination in a similar manner. For example, the ECtHR has stated of Racial Discrimination, August 2009, para. 7 (“Discrimination under the Convention includes purposive or intentional discrimination and discrimination in effect.”).

¹³ Human Rights Committee, *Derksen v. Netherlands*, 1 April 2004, Communication No. 976/2001, para. 9.3. See also Human Rights Committee, *Simunek et al. v. Czech Republic*, 19 July 1995, Communication No. 516/1992, para. 11.7; *Diergaardt v. Namibia*, 25 July 2000, Communication No. 760/1997, para. 10.10; *Althammer et al. v. Austria*, 8 August 2003, Communication No. 998/2001, para. 10.2; *Genero v. Italy*, 13 March 2020, Communication No. 2979/2017, para. 7.3.

¹⁴ Committee on Economic, Social and Cultural Rights, General Comment No. 20 on non-discrimination in economic, social and cultural rights (Article 2, paragraph 2, of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights), 18 May 2009, para. 10.

¹⁵ 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.

16. D'autres organes créés en vertu d'instruments relatifs aux droits de l'homme expliquent la notion de discrimination indirecte dans des termes analogues. Le Comité des droits de l'homme a rappelé ainsi que

«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»¹³.

Le Comité des droits économiques, sociaux et culturels a déclaré que «[c]ertaines formes directes ou indirectes de traitement différencié p[ouvai]ent être constitutives de discrimination au regard du paragraphe 2 de l'article 2» du Pacte, précisant qu'on parlait de discrimination indirecte dans le cas «de lois, de politiques ou de pratiques qui sembl[ai]ent neutres *a priori* mais qui [avaie]nt un effet discriminatoire disproportionné sur l'exercice des droits consacrés par le Pacte eu égard à des motifs de discrimination interdits»¹⁴. Le Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes a également indiqué que les États parties devaient «veiller à ce qu'il n'y [eût] ni discrimination directe ni discrimination indirecte» à l'égard des femmes, ajoutant :

«La discrimination indirecte se produit quand une loi, une politique, un programme ou une pratique semble neutre du point de vue des rapports hommes-femmes mais a en pratique un effet discriminatoire pour les femmes parce que la mesure en apparence neutre ne prend pas en compte les inégalités préexistantes. Cette discrimination indirecte peut de surcroît exacerber les inégalités existantes en question s'il n'est pas tenu compte des modes de discrimination structurels et historiques ni de l'inégalité des rapports de pouvoir entre femmes et hommes.»¹⁵

17. Des juridictions internationales des droits de l'homme ont expliqué la notion de discrimination indirecte d'une façon semblable. La CEDH, par

toutes les formes de discrimination raciale, août 2009, par. 7 («La discrimination au sens de la Convention comprend la discrimination délibérée ou intentionnelle et la discrimination de fait.»).

¹³ Comité des droits de l'homme, *Derksen c. Pays-Bas*, communication n° 976/2001, 1^{er} avril 2004, par. 9.3. Voir aussi Comité des droits de l'homme, *Simunek et consorts c. République tchèque*, communication n° 516/1992, 19 juillet 1995, par. 11.7; *Diernaardt c. Namibie*, communication n° 760/1997, 25 juillet 2000, par. 10.10; *Althammer et consorts c. Autriche*, communication n° 998/2001, 8 août 2003, par. 10.2; *Genero c. Italie*, communication n° 2979/2017, 13 mars 2020, par. 7.3.

¹⁴ Comité des droits économiques, sociaux et culturels, observation générale n° 20 sur la non-discrimination dans l'exercice des droits économiques, sociaux et culturels (article 2, paragraphe 2, du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels), 18 mai 2009, par. 10.

¹⁵ Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes, recommandation générale n° 28 concernant les obligations fondamentales des États 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.

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”¹⁶. The IACtHR has also 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”¹⁷.

18. In the present case, even though the Court has refrained from using the term “indirect discrimination”, it has embraced the notion and laid down a framework for analysing indirect discrimination under CERD in the following terms:

“[R]acial discrimination may result from a measure which is neutral on its face, but whose effects show that it is ‘based on’ a prohibited ground. This is the case where convincing evidence demonstrates that a measure, despite being apparently neutral, produces a disparate adverse effect on the rights of a person or a group distinguished by race, colour, descent, or national or ethnic origin, unless such an effect can be explained in a way that does not relate to the prohibited grounds in Article 1, paragraph 1.” (Judgment, para. 196.)

This framework is consistent with the notion of indirect discrimination adopted by other international human rights courts and treaty bodies.

19. After laying down the framework for indirect discrimination, the Court adds that “[m]ere collateral and secondary effects on persons who are distinguished by one of the prohibited grounds do not, in and of themselves, constitute racial discrimination within the meaning of the Convention” (Judgment, para. 196, referring to *Application of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Qatar v. United Arab Emirates), Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 2021*, pp. 108-109, para. 112). This addition is wholly unnecessary, because the framework adopted by the Court can fully explain why “collateral and secondary effects” do not constitute racial discrimination. “Collateral and secondary effects” do not constitute racial discrimination because “such an effect can be explained in a way that does not relate to the prohibited grounds in Article 1, paragraph 1”. Indeed, the Court does not

¹⁶ ECtHR, *J. D. and A. v. United Kingdom*, First Section, Judgment of 24 October 2019, Application Nos. 32949/17 and 34614/17, para. 85.

¹⁷ IACtHR, *Nadege Dorzema et al. v. Dominican Republic*, Judgment of 24 October 2012, para. 235.

exemple, a déclaré que pouvait « être considérée comme discriminatoire une politique ou une mesure qui a[vait] des effets préjudiciables disproportionnés sur une catégorie de personnes, même si elle ne vis[ait] pas spécifiquement cette catégorie »¹⁶. La Cour interaméricaine des droits de l'homme a elle aussi estimé qu'une

« violation du droit à l'égalité et à la non-discrimination se produi[sai]t également dans des situations et des cas de discrimination indirecte qui se manifest[ait] par l'incidence disproportionnée de normes, d'actions, de politiques ou d'autres mesures qui, bien que leur formulation soit neutre ou semble l'être, ou que leur portée soit générale et n'opère pas de distinction, produis[ai]ent des effets négatifs sur certains groupes vulnérables »¹⁷.

18. En la présente espèce, bien qu'elle se soit abstenue d'employer l'expression « discrimination indirecte », la Cour a souscrit à cette notion et établi un cadre permettant d'analyser ce type de discrimination au regard de la CIEDR :

« [U]ne discrimination raciale peut découler d'une mesure d'apparence neutre mais dont les effets montrent qu'elle est "fondée sur" un motif prohibé. Tel est le cas lorsqu'il est démontré de manière convaincante qu'une mesure, malgré son apparence neutre, produit un effet préjudiciable particulièrement marqué sur les droits d'une personne ou d'un groupe distingué par la race, la couleur, l'ascendance ou l'origine nationale ou ethnique, à moins que cet effet puisse s'expliquer par des considérations qui ne se rapportent pas aux motifs énumérés au paragraphe 1 de l'article premier. » (Arrêt, par. 196.)

Ce cadre est compatible avec la notion de discrimination indirecte telle que retenue par d'autres juridictions et organes conventionnels internationaux garants des droits de l'homme.

19. Après avoir défini le cadre d'analyse de la discrimination indirecte, la Cour ajoute que les « simples effets collatéraux ou secondaires sur des personnes distinguées sur le fondement d'un des motifs prohibés n'emportent pas en eux-mêmes discrimination raciale au sens de la convention » (arrêt, par. 196, faisant référence à *Application de la convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (Qatar c. Émirats arabes unis), exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 2021*, p. 108-109, par. 112). Cette précision est parfaitement inutile, puisque la définition adoptée par la Cour suffit amplement à comprendre pourquoi les « effets collatéraux ou secondaires » ne sont pas constitutifs de discrimination raciale. Ils ne le sont pas en ce qu'ils peuvent « s'expliquer par des considérations qui ne se rapportent pas aux motifs énumérés au paragraphe 1 de l'article premier ». Au reste, la Cour n'évoque pas les « effets collatéraux ou secondaires »

¹⁶ CEDH, *J. D. et A. c. Royaume-Uni*, première section, arrêt du 24 octobre 2019, requêtes nos 32949/17 et 34614/17, par. 85.

¹⁷ Cour interaméricaine des droits de l'homme, *Nadege Dorzema et al. v. Dominican Republic*, arrêt du 24 octobre 2012, par. 235.

refer to the concept of “collateral or secondary effects” when analysing the Russian citizenship régime in Crimea (see Judgment, para. 287).

*

20. In the present case, the Russian Federation does not deny the notion of indirect discrimination as such. Indeed, during the oral proceedings, it stated that, “contrary to what is claimed by our opponents, Russia in no way denies that racial discrimination in effect can constitute a violation of the Convention”¹⁸. Rather, it challenges the “very broad notion” as put forward and defined by Ukraine¹⁹. It takes issue with the idea, set out in an expert report submitted and adopted by Ukraine, that “[i]ndirect discrimination recognises that *equal treatment* which has a disproportionate effect on a group defined by the enumerated grounds is itself discriminatory”²⁰. The Respondent argues that this notion, “which eliminates differentiation of treatment”, is not compatible with the definition of racial discrimination in CERD, which requires a “distinction, exclusion, restriction or preference”, and it maintains that “equality of treatment cannot . . . constitute racial discrimination”²¹.

21. Article 1, paragraph 1, of CERD defines racial discrimination as “any distinction, exclusion, restriction or preference” based on one of the prohibited grounds. Normally, it is differential treatment based on a prohibited ground that falls within this definition. However, a measure that appears on its face to be neutral and equal can have an unjustifiable disproportionate prejudicial impact on a protected group and can thus constitute racial discrimination. Indeed, the CERD Committee has acknowledged that “to treat in an equal manner persons or groups whose situations are objectively different will constitute discrimination in effect, as will the unequal treatment of persons whose situations are objectively the same”²². Therefore, in accordance with the notion of indirect discrimination, equal treatment can also constitute racial discrimination if it has an unjustifiable disproportionate prejudicial impact on a protected group under CERD.

(Signed) IWASAWA Yuji.

¹⁸ CR 2023/10, p. 57, para. 30 (Tchikaya).

¹⁹ CR 2023/8, p. 31, para. 5; p. 40, paras. 44-46; and p. 44, para. 62 (Tchikaya).

²⁰ Memorial of Ukraine, Sandra Fredman, Expert report, Ann. 22, para. 53 (emphasis added).

²¹ CR 2023/8, pp. 38-40, paras. 37-47 and CR 2023/10, pp. 57-58, paras. 31-34 (Tchikaya).

²² CERD Committee, General Recommendation No. 32 on the meaning and scope of special measures in the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination, August 2009, para. 8.

lorsqu'elle examine le régime de citoyenneté russe en vigueur en Crimée (arrêt, par. 287).

*

20. En la présente instance, la Fédération de Russie ne rejette pas la notion de discrimination indirecte en tant que telle. De fait, à l'audience, elle a affirmé que, «au rebours de ce qu'[avai]ent souten[u] [se]s contradicteurs, [elle] ne ni[ait] nullement que la discrimination raciale par effet p[ri]m[aire]t constituer une violation de la convention»¹⁸. Elle conteste cependant «la notion très large de “discrimination indirecte”» telle que proposée et définie par l'Ukraine¹⁹ et s'oppose à la thèse, avancée dans un rapport d'expert soumis et repris à son compte par la demanderesse, selon laquelle «[l]a discrimination indirecte reconnaît que *l'égalité de traitement* qui a un effet disproportionné sur un groupe défini est elle-même discriminatoire»²⁰. La défenderesse argue que cette notion, «qui élimine [l'élément d]e traitement différencié», n'est pas compatible avec la définition de la discrimination raciale que donne la CIEDR, selon laquelle il doit y avoir «distinction, exclusion, restriction ou préférence», et maintient que «l'égalité de traitement ne peut ... pas constituer une discrimination raciale»²¹.

21. Le paragraphe 1 de l'article premier de la CIEDR définit la discrimination raciale comme «toute distinction, exclusion, restriction ou préférence» fondée sur l'un des motifs prohibés. C'est généralement un traitement différencié appliqué sur la base de l'un de ces motifs qui entre dans cette définition. Cependant, une mesure d'apparence neutre et égale peut produire un effet préjudiciable disproportionné et injustifiable sur un groupe protégé et ainsi emporter discrimination raciale. D'ailleurs, le Comité de la CIEDR a reconnu que «[l]e fait de traiter de manière égale des personnes ou des groupes dont la situation [était] objectivement différente constitu[ait] une discrimination de fait, comme le serait l'application d'un traitement inégal à des personnes dont la situation [était] objectivement la même»²². En conséquence, selon la notion de discrimination indirecte, un traitement égal peut aussi être constitutif de discrimination raciale s'il produit un effet préjudiciable disproportionné et injustifiable sur un groupe protégé par la convention.

(Signé) IWASAWA Yuji.

¹⁸ CR 2023/10, p. 57, par. 30 (Tchikaya).

¹⁹ CR 2023/8, p. 31, par. 5 ; p. 40, par. 44-46 ; et p. 44, par. 62 (Tchikaya).

²⁰ Mémoire de l'Ukraine, vol. I, annexe 22, Sandra Fredman, Expert report, par. 53 (les italiques sont de moi).

²¹ CR 2023/8, p. 38-40, par. 37-47 ; et CR 2023/10, p. 57-58, par. 31-34 (Tchikaya).

²² Comité de la CIEDR, recommandation générale n° 32 sur la signification et portée des mesures spéciales dans la convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale, août 2009, par. 8.