

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.

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

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-

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.

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.

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.

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.

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.

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-

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. 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. 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 Kjölbrot, 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. 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. 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.

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»).

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. 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 (préambule; 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 [p]ouvai[en]t 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.

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.

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, *Nadège Dorzema et al. v. Dominican Republic*, arrêt du 24 octobre 2012, par. 235.

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. 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.

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. 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 Qataris⁴⁵. 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 Qataris 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.

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.

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.

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).