

## SEPARATE OPINION OF JUDGE NOLTE

*Factual and legal scope of the Court's analysis — Differences between advisory proceedings and contentious proceedings — Definition of apartheid — Racial segregation and apartheid — Qualified subjective element as part of the prohibitions of apartheid and racial segregation — Insufficient information before the Court to observe that Article 3 of CERD has been breached.*

1. I write separately to express my view on two aspects of this Advisory Opinion. First, I will elaborate on the scope of the analysis of the Court. Second, I want to express my disagreement with the additional observation of the Court that Israel's policies and practices violate Article 3 of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (hereinafter "CERD").

## THE SCOPE OF THE COURT'S ANALYSIS

2. The Court has responded to the request submitted by the General Assembly on the basis of a limited factual and legal assessment. As the Court states in paragraph 77,

“the Court considers that, in its request, the General Assembly has not sought from the Court a detailed factual determination of Israel's policies and practices. The object of the questions posed by the General Assembly to the Court is the legal characterization by the Court of Israel's policies and practices. Therefore, in order to give an advisory opinion in this case, it is not necessary for the Court to make findings of fact with regard to specific incidents allegedly in violation of international law. The Court need only establish the main features of Israel's policies and practices and, on that basis, assess the conformity of these policies and practices with international law.”

Thus, the Advisory Opinion has undertaken neither a “detailed factual determination” nor a legal determination of Israel's responsibility for individual acts. Instead, it offers a “legal characterization” of “the main features of Israel's policies and practices”.

## OPINION INDIVIDUELLE DE M. LE JUGE NOLTE

[Traduction]

*Portée factuelle et juridique de l'analyse de la Cour — Différences entre procédures consultatives et procédures contentieuses — Définition de l'apartheid — Ségrégation raciale et apartheid — Élément subjectif requis dans le cadre des interdictions de l'apartheid et de la ségrégation raciale — Cour disposant d'informations insuffisantes pour constater la violation de l'article 3 de la CIEDR.*

1. Par cet exposé, j'entends exprimer mes vues sur deux aspects du présent avis consultatif. Premièrement, je m'arrêterai sur la portée de l'analyse de la Cour. Deuxièmement, j'expliquerai pourquoi je ne souscris pas à l'observation supplémentaire faite par la Cour, selon laquelle les politiques et pratiques d'Israël emportent violation de l'article 3 de la convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (ci-après la « CIEDR »).

## PORTÉE DE L'ANALYSE DE LA COUR

2. La Cour a répondu à la demande présentée par l'Assemblée générale en se fondant sur une analyse factuelle et juridique limitée. Comme elle l'indique au paragraphe 77,

« la Cour considère que l'Assemblée générale, par sa demande, n'attend pas d'elle qu'elle détermine les caractéristiques factuelles détaillées des politiques et pratiques d'Israël. Les questions que celle-ci lui a posées visent à ce qu'elle précise la qualification juridique de ces politiques et pratiques. Pour donner un avis consultatif en la présente espèce, la Cour n'a donc pas à formuler des conclusions factuelles concernant des incidents précis qui seraient contraires au droit international. Il lui faut seulement déterminer les principales caractéristiques des politiques et pratiques d'Israël et, sur cette base, apprécier la conformité de ces politiques et pratiques au droit international. »

Ainsi, dans son avis, la Cour n'a ni « détermin[é] les caractéristiques factuelles détaillées » des politiques et pratiques d'Israël ni procédé à une détermination juridique de la responsabilité de celui-ci à raison de faits individuels. Au lieu de cela, elle offre une « qualification juridique » « [d]es principales caractéristiques des politiques et pratiques d'Israël ».

3. The way in which the Court defines the factual and legal scope of its analysis is in line with its established approach in advisory proceedings. This approach is rooted in the differences between advisory proceedings, on the one hand, and contentious proceedings, on the other. These differences inform the standards by which the Court arrives at its factual and legal conclusions<sup>1</sup> and are critical for the character of those conclusions in the present case.

4. In contentious proceedings, the Court “decide[s] . . . disputes” in a binding and final manner<sup>2</sup>. These proceedings are retrospective: their contribution to the peaceful settlement of disputes consists in ending a dispute by making a binding determination that is endowed with legal certainty and finality, the *res judicata* effect. In contrast, advisory proceedings are consultative and prospective: the Court gives an advisory opinion on a legal question to provide guidance for the requesting organ’s future conduct<sup>3</sup>. The conclusions of the Court in advisory opinions are not the end but the beginning of a process that seeks to establish and maintain peace through law. Indeed, “the requesting organ remains formally free to consider the consequences to be drawn from the Court’s opinion”<sup>4</sup>. Therefore, the conclusions made in advisory proceedings complement and facilitate, but can never replace, other procedures for the peaceful settlement of

<sup>1</sup> See *Interpretation of Peace Treaties with Bulgaria, Hungary and Romania, First Phase, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1950*, p. 72:

“It is true that Article 68 of the Statute provides that the Court in the exercise of its advisory functions shall further be guided by the provisions of the Statute which apply in contentious cases. But according to the same article these provisions would be applicable only ‘to the extent to which it [the Court] recognizes them to be applicable’. It is therefore clear that their application depends on the particular circumstances of each case and that the Court possesses a large amount of discretion in the matter.”

<sup>2</sup> See Articles 38, 59 and 60 of the ICJ Statute.

<sup>3</sup> See also *Western Sahara, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1975*, pp. 26-27, para. 39:

“The object of the General Assembly has not been to bring before the Court, by way of a request for advisory opinion, a dispute or legal controversy, in order that it may later, on the basis of the Court’s opinion, exercise its powers and functions for the peaceful settlement of that dispute or controversy. The object of the request is an entirely different one: to obtain from the Court an opinion which the General Assembly deems of assistance to it for the proper exercise of its functions concerning the decolonization of the territory.”

Also see paragraph 41; *Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1951*, pp. 19 and 71.

<sup>4</sup> See K. Oellers-Frahm and E. Lagrange, “Article 96”, in B. Simma, D. E. Khan, G. Nolte, A. Paulus (eds.), *The Charter of the United Nations: A Commentary*, Vol. II (4th ed.), Oxford University Press (OUP), 2024, p. 2601, para. 42. But see *Mara’abe v. The Prime Minister of Israel*, HCJ 7957/04, 15 September 2005, para. 56:

“the opinion of the International Court of Justice is an interpretation of international law, performed by the highest judicial body in international law (S. Rosenne, *The Law and Practice of the International Court, 1920-1996* (3rd ed.), 1997, p. 1754). The ICJ’s interpretation of international law should be given its full appropriate weight.”

3. La manière dont la Cour définit la portée factuelle et juridique de son analyse est conforme à son approche bien établie en matière consultative, laquelle découle des différences qui existent entre procédures consultatives, d'une part, et procédures contentieuses, d'autre part. Ces différences sous-tendent les règles sur lesquelles la Cour s'appuie pour parvenir à ses conclusions factuelles et juridiques<sup>1</sup> et sont cruciales pour la nature desdites conclusions en l'espèce.

4. Dans les procédures contentieuses, la Cour «r[è]gle[] ... les différends» au moyen d'une décision obligatoire et définitive<sup>2</sup>. Ces procédures sont rétrospectives: elles contribuent au règlement pacifique des différends en mettant fin à un litige par une décision obligatoire à caractère définitif garantissant la sécurité juridique; c'est l'effet de chose jugée. À l'inverse, les procédures consultatives ne sont pas contraignantes et sont prospectives: la Cour donne un avis consultatif sur une question juridique pour éclairer l'organe demandeur quant à sa ligne de conduite future<sup>3</sup>. Les conclusions auxquelles la Cour parvient dans ses avis consultatifs ne marquent pas la fin, mais le début d'un processus qui vise à établir et à maintenir la paix par le droit. De fait, «l'organe demandeur reste officiellement libre d'étudier les conséquences qu'il tirera de l'avis de la Cour»<sup>4</sup>. Par conséquent, les conclusions formulées dans le cadre de procédures consultatives viennent

<sup>1</sup> Voir *Interprétation des traités de paix conclus avec la Bulgarie, la Hongrie et la Roumanie, première phase, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1950*, p. 72:

«Il est vrai que l'article 68 du Statut prévoit que la Cour, dans l'exercice de ses attributions consultatives, s'inspirera en outre des dispositions du Statut qui s'appliquent en matière contentieuse. Mais, aux termes du même article, l'application de ces dispositions ne devrait avoir lieu que "dans la mesure où elle [la Cour] les reconnaîtra applicables". Il en résulte clairement que cette application dépend des circonstances particulières à chaque espèce et que la Cour possède à cet égard un large pouvoir d'appréciation.»

<sup>2</sup> Voir les articles 38, 59 et 60 du Statut de la Cour.

<sup>3</sup> Voir aussi *Sahara occidental, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1975*, p. 26-27, par. 39:

«L'Assemblée générale n'a pas eu pour but de porter devant la Cour, sous la forme d'une requête pour avis consultatif, un différend ou une controverse juridique, afin d'exercer plus tard, sur la base de l'avis rendu par la Cour, ses pouvoirs et ses fonctions en vue de régler pacifiquement ce différend ou cette controverse. L'objet de la requête est tout autre: il s'agit d'obtenir de la Cour un avis consultatif que l'Assemblée générale estime utile pour pouvoir exercer comme il convient ses fonctions relatives à la décolonisation du territoire.»

Voir aussi le paragraphe 41; *Réserves à la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1951*, p. 19.

<sup>4</sup> Voir K. Oellers-Frahm et E. Lagrange, «Article 96», dans B. Simma, D. E. Khan, G. Nolte et A. Paulus (sous la dir. de), *The Charter of the United Nations: A Commentary*, vol. II, 4<sup>e</sup> éd., Oxford University Press (OUP), 2024, p. 2601, par. 42. Mais voir *Mara'abe v. The Prime Minister of Israel*, H CJ 7957/04, 15 septembre 2005, par. 56:

«l'avis de la Cour internationale de Justice est une interprétation du droit international qui émane de la plus haute instance judiciaire de droit international (S. Rosenne, *The Law and Practice of the International Court*, 1920-1996, 3<sup>e</sup> éd., 1997, p. 1754). Il convient de prendre dûment et pleinement en considération l'interprétation que la CIJ donne du droit international.»

disputes<sup>5</sup>. Indeed, this Court has emphasized that “the legal position of the State which has refused its consent to the present proceedings is not ‘in any way compromised by the answers that the Court may give to the questions put to it’”<sup>6</sup>.

5. The particular purpose of advisory proceedings explains why the factual assessment in this Advisory Opinion has a different focus and depth than factual determinations made in contentious proceedings. This does not mean that the standard of proof in advisory proceedings is lower. However, it is different from that in contentious proceedings, where the burden of adducing evidence lies with the parties<sup>7</sup>. In advisory proceedings, the Court will examine the facts only to the extent necessary for its response to the legal question posed, and it will draw legal conclusions only to the extent permitted by those facts<sup>8</sup>. It is this well-established approach that has guided the Court in the present proceedings, as is recalled in paragraph 46 of the Advisory Opinion, according to which

“what is decisive in these circumstances is whether the Court has before it sufficient information ‘to enable it to arrive at a judicial conclusion upon any disputed questions of fact the determination of which is necessary for it to give an opinion in conditions compatible with its judicial character’ . . . [I]t is for the Court to assess, in each case, the nature and extent of the information required for it to perform its judicial function.”

In cases involving very broad requests, such as the present one, the function of advisory opinions to provide guidance to the requesting organ justifies a particularly broad and merely illustrative approach to the factual assessment. However, this broad focus, together with the principle of consent to jurisdiction, precludes such assessment from having the conclusive effect attributed to factual assessments for the purpose of determining State responsibility in contentious proceedings.

6. The particular focus of the Court’s factual assessment, its “bird’s-eye view” of the situation, has implications for the legal scope of the Court’s

<sup>5</sup> *Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1951*, pp. 15 and 20; *Interpretation of Peace Treaties with Bulgaria, Hungary and Romania, First Phase, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1950*, p. 71.

<sup>6</sup> *Western Sahara, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1975*, p. 27, para. 42, citing *Interpretation of Peace Treaties with Bulgaria, Hungary and Romania, First Phase, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1950*, p. 72.

<sup>7</sup> See also J.-P. Cot and S. Wittich, “Article 68”, in A. Zimmermann, C. J. Tams, K. Oellers-Frahm and C. Tomuschat (eds.), *The Statute of the International Court of Justice: A Commentary* (3rd ed.), OUP, 2019, p. 1863, para. 54.

<sup>8</sup> See also *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 2004 (I)*, p. 161, para. 56; *Western Sahara, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1975*, pp. 28-29, para. 46.

compléter et faciliter les autres procédures de règlement pacifique des différends, mais ne peuvent jamais s'y substituer<sup>5</sup>. Du reste, la Cour a souligné que «la position juridique de l'État qui a refusé son consentement à [l']instance “ne saurait à aucun degré être compromise par les réponses que la Cour pourrait faire aux questions qui lui sont posées”»<sup>6</sup>.

5. Le but spécifique des procédures consultatives explique pourquoi l'appréciation des faits contenue dans le présent avis n'a pas le même objet et n'est pas aussi exhaustive que celle des procédures contentieuses. Cela ne signifie pas que le critère d'établissement de la preuve soit moins strict dans le cas des procédures consultatives. Ce critère diffère cependant de celui exigé dans les procédures contentieuses, où la charge de la preuve incombe aux parties<sup>7</sup>. Dans les procédures consultatives, la Cour n'examine les faits que dans la mesure où cela se révèle nécessaire pour lui permettre de répondre à la question juridique qui lui est posée, et la portée de ses conclusions juridiques est circonscrite par ces faits<sup>8</sup>. C'est cette approche bien établie qui l'a guidée dans la présente procédure, comme cela est rappelé au paragraphe 46 de l'avis :

«ce qui était décisif dans ces circonstances était de savoir si elle disposait de renseignements suffisants “pour être à même de porter un jugement sur toute question de fait contestée et qu'il lui faudrait établir pour se prononcer d'une manière conforme à son caractère judiciaire”... [C]'est à [la Cour] qu'il appartient d'apprécier, dans chaque cas, la nature et l'étendue des informations nécessaires à l'exercice de cette fonction.»

Lorsque les demandes en cause ont une portée très vaste, comme en l'espèce, le rôle de l'avis consultatif consistant à assister l'organe demandeur justifie une approche de l'appréciation des faits extrêmement générale et simplement illustrative. Cependant, cette large portée, conjuguée au principe du consentement à la juridiction de la Cour, empêche cette appréciation des faits d'avoir l'effet décisif attribué aux appréciations qui servent à déterminer la responsabilité de l'État en matière contentieuse.

6. Cette particularité de l'appréciation des faits inhérente aux procédures consultatives, à savoir que la Cour s'en tient à une vue d'ensemble de la

<sup>5</sup> *Réserves à la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1951*, p. 15 et 20; *Interprétation des traités de paix conclus avec la Bulgarie, la Hongrie et la Roumanie, première phase, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1950*, p. 71.

<sup>6</sup> *Sahara occidental, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1975*, p. 27, par. 42, où est citée la demande d'avis consultatif sur *l'Interprétation des traités de paix conclus avec la Bulgarie, la Hongrie et la Roumanie, première phase, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1950*, p. 72.

<sup>7</sup> Voir aussi J.-P. Cot et S. Wittich, «Article 68», dans A. Zimmermann, C. J. Tams, K. Oellers-Frahm et C. Tomuschat (sous la dir. de), *The Statute of the International Court of Justice: A Commentary*, 3<sup>e</sup> éd., OUP, 2019, p. 1863, par. 54.

<sup>8</sup> Voir aussi *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé, avis consultatif, C.I.J. Recueil 2004 (I)*, p. 161, par. 56; *Sahara occidental, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1975*, p. 28-29, par. 46.

conclusions in the present case. Since the Court has not made a fuller determination of Israel's responsibility for its conduct in the Occupied Palestinian Territory, Israel's responsibility for specific conduct or situations would need to be established in other proceedings. For this reason, paragraph 77 clarifies that this Advisory Opinion is concerned with "the legal *characterization* by the Court of Israel's policies and practices" — not with a "legal *determination*" [emphasis added]. Any conclusive legal determination of Israel's responsibility for specific conduct would require a full investigation into the facts constituting such conduct, including a careful consideration of whether Israel's security concerns may be legally relevant with respect to any specific situation.

7. It is regrettable that the Advisory Opinion and the reports on which it relies have not engaged more with security concerns which Israel has and expresses as reasons for its policies and practices. It is also regrettable that Israel did not comment on the substance of the questions put by the United Nations General Assembly, including regarding its security concerns. The Court could have better demonstrated that it has considered Israel's arguments to the extent that they are publicly available, including by drawing on decisions of the Supreme Court of Israel and the arguments put forward by the Israeli authorities in the respective proceedings<sup>9</sup>, as well as Israel's submissions in other international fora<sup>10</sup>. I think that the persuasiveness of this Advisory Opinion would have benefited considerably from a visible engagement with information from official Israeli sources.

---

<sup>9</sup> Several recent decisions have been referred to in international reports, see e.g. "Report of the Independent International Commission of Inquiry on the Occupied Palestinian Territory, including East Jerusalem, and Israel", UN doc. A/77/328 (14 September 2022), para. 27 (regarding the legalization of outposts); footnote 46 (referring to Israel Supreme Court (hereinafter HCJ) decisions Nos. 1308/17 and 2055/17 (9 June 2022)); footnote 48 (HCJ No. 6364/20 (27 July 2022)); para. 63 (on forcible transfer and demolitions): HCJ No. 413/13 and case No. 1039/13 (4 May 2022). See also e.g. *Head of Council of Anin et al. v. Military Commander of the West Bank Area Judgment* (7 August 2023), HCJ 2205/23 (on the permit system in the OPT); *Khasib et al. v. Prime Minister of Israel* (1 May 2022), HCJ 3571/20 (on a request to dismantle a segment of the Wall); *Jahleen v. Head of the Civil Administration for Judea and Samaria* (24 May 2018), HCJ 2242/17 (on the exploitation of natural resources); *Hashiyeh et al. v. Military Commander of the West Bank*, HCJ 6745/15, ILDC 2555 (IL 2015), (11 November 2015) (on punitive demolitions). See further for a comprehensive analysis: D. Kretzmer and Y. Ronen, *The Occupation of Justice: The Supreme Court of Israel and the Occupied Territories* (2nd ed.), OUP, 2021.

<sup>10</sup> See e.g. Economic and Social Council, "Information received from Israel on follow-up to the concluding observations on its fourth periodic report", 2022, UN doc. E/C.12/ISR/FCO/4.

situation, a des conséquences sur la portée juridique de ses conclusions en la présente espèce. La Cour n'ayant pas déterminé de manière plus exhaustive la responsabilité d'Israël à raison de son comportement dans le Territoire palestinien occupé, s'agissant de situations ou de comportements précis, cette responsabilité devra être établie dans le cadre d'autres procédures. C'est pourquoi il est précisé, au paragraphe 77, que le présent avis concerne « la *qualification* juridique de[s] politiques et pratiques » d'Israël, et non la « *détermin[ation]* juridique » [les italiques sont de moi] de la responsabilité de ce dernier. Toute détermination définitive de la responsabilité d'Israël à raison d'un comportement précis exigerait d'examiner attentivement les faits constitutifs de ce comportement, et notamment de s'interroger soigneusement sur la pertinence, d'un point de vue juridique, des préoccupations d'Israël en matière de sécurité relativement à une situation donnée.

7. Il est regrettable que l'avis consultatif et les rapports sur lesquels il s'appuie n'aient pas accordé davantage d'importance aux préoccupations d'Israël en matière de sécurité, que celui-ci fait valoir pour justifier ses politiques et pratiques. Il est également regrettable qu'Israël ne se soit pas exprimé sur le fond des questions posées par l'Assemblée générale, en particulier en ce qui concerne ses préoccupations en matière de sécurité. La Cour aurait pu mieux démontrer qu'elle avait pris en considération les arguments d'Israël qui sont accessibles au public, en recourant notamment aux décisions rendues par la Cour suprême de cet État et aux arguments avancés par les autorités israéliennes dans les différentes procédures<sup>9</sup>, ainsi qu'aux informations que ce dernier a présentées devant d'autres instances internationales<sup>10</sup>. Selon moi, le présent avis consultatif aurait été bien plus convaincant s'il était apparu clairement que les informations émanant de sources officielles israéliennes y avaient été prises en considération.

<sup>9</sup> Plusieurs décisions récentes ont été mentionnées dans des rapports internationaux, voir, par exemple, « Rapport de la Commission internationale indépendante chargée d'enquêter dans le Territoire palestinien occupé, y compris Jérusalem-Est, et en Israël », 14 septembre 2022, Nations Unies, doc. A/77/328, par. 27 (en ce qui concerne la légalisation des avant-postes) : note 46 (où il est fait référence aux décisions rendues par la Cour suprême d'Israël (Haute Cour de justice, ci-après HCJ) le 9 juin 2022 dans les affaires n<sup>os</sup> 1308/17 et 2055/17) et note 48 (où il est fait référence à la décision rendue par la HCJ le 27 juillet 2022 dans l'affaire n<sup>o</sup> 6364/20) ; par. 63 (en ce qui concerne les transferts forcés et les démolitions) : décisions rendues par la HCJ le 4 mai 2022 dans les affaires n<sup>o</sup> 413/13 et n<sup>o</sup> 1039/13 ; voir aussi, par exemple, *Head of Council of Anin et al. v. Military Commander of the West Bank Area Judgment*, 7 août 2023, HCJ 2205/23 (en ce qui concerne le système de permis dans le Territoire palestinien occupé) ; *Khasib et al. v. Prime Minister of Israel*, 1<sup>er</sup> mai 2022, HCJ 3571/20 (en ce qui concerne une demande de démantèlement d'une partie du mur) ; *Jahleen v. Head of the Civil Administration for Judea and Samaria*, 24 mai 2018, HCJ 2242/17 (en ce qui concerne l'exploitation des ressources naturelles) ; *Hashiyeh et al. v. Military Commander of the West Bank*, 11 novembre 2015, HCJ 6745/15, ILDC 2555 (IL 2015) (en ce qui concerne les démolitions punitives). Pour une analyse complète, voir également D. Kretzmer et Y. Ronen, *The Occupation of Justice : The Supreme Court of Israel and the Occupied Territories*, 2<sup>e</sup> éd., OUP, 2021.

<sup>10</sup> Voir, par exemple, Conseil économique et social, « Renseignements reçus d'Israël au sujet de la suite donnée aux observations finales concernant son quatrième rapport périodique », 2022, Nations Unies, doc. E/C.12/ISR/FCO/4.

## APARTHEID AND RACIAL SEGREGATION

8. The Court considers that Israel's legislation and measures constitute a breach of Article 3 of CERD (Advisory Opinion, para. 229) while leaving open the question whether it considers Israel's policies and practices to be a form of racial segregation or apartheid. In the absence of any discussion of the subjective element of apartheid, which is a core element of the prohibition, the Opinion cannot be understood as finding that the prohibition of apartheid has indeed been violated by Israel. Also, I am not convinced that the Court has sufficient information before it to conclude that Israel's policies and practices amount either to apartheid or to racial segregation.

9. Article 3 of CERD does not define the term "apartheid". Definitions of the crime of apartheid are contained in Article II of the 1973 Apartheid Convention and in Article 7 (2) (*h*) of the 1998 Rome Statute, but Israel is not a State party to either treaty. Moreover, these two treaties are of a different character than CERD, as they deal with the "crime of apartheid", and thus the responsibility of individuals for apartheid, whereas Article 3 of CERD contains a prohibition of apartheid addressed to States.

10. However, the Apartheid Convention and the Rome Statute can inform the interpretation of Article 3 of CERD as a supplementary means of interpretation pursuant to Article 32 of the Vienna Convention on the Law of Treaties (hereinafter "VCLT") and — to the extent that they reflect customary international law — as relevant rules of international law applicable between the parties under Article 31 (3) (*c*) of the VCLT. Despite their terminological differences, both definitions help to identify the meaning of apartheid under Article 3 of CERD in customary international law. They demonstrate that a high threshold must be met, as a matter of law, for identifying practices of apartheid.

11. The ordinary meaning of the term "apartheid", as informed by these two treaties, suggests that apartheid is a State-sanctioned and institutionalized régime of discrimination which has the purpose of establishing and maintaining domination and oppression by one racial group over another. This core definition of apartheid comprises three elements: first, the relevant policy and practice must concern the relationship between racial groups; second, the relevant policy and practice must display an objective element (*actus reus*) which consists in the commission of "inhumane acts" of a structural and institutionalized nature<sup>11</sup>; third,

---

<sup>11</sup> See Articles I and II of the Apartheid Convention: "policies [or] practices of racial segregation and discrimination"; Article 7 (2) (*h*) of the Rome Statute: "institutionalized regime of systematic oppression and domination".

## APARTHEID ET SÉGRÉGATION RACIALE

8. La Cour considère que les lois et mesures d'Israël emportent violation de l'article 3 de la CIEDR (avis consultatif, par. 229), mais ne se prononce pas sur la question de savoir si les politiques et pratiques d'Israël constituent une forme de ségrégation raciale ou d'apartheid. En l'absence de tout examen de l'élément subjectif de l'apartheid, qui est un élément essentiel de l'interdiction de celui-ci, l'avis ne saurait être interprété comme concluant qu'Israël a effectivement enfreint ladite interdiction. De surcroît, je ne suis pas convaincu que la Cour disposait de suffisamment d'informations pour conclure que les politiques et pratiques d'Israël sont constitutives d'apartheid ou de ségrégation raciale.

9. L'article 3 de la CIEDR ne définit pas le terme «apartheid». Des définitions du crime d'apartheid figurent en revanche à l'article II de la convention sur l'apartheid de 1973 et à l'alinéa *h*) du paragraphe 2 de l'article 7 du Statut de Rome de 1998, mais Israël n'est partie à aucun de ces deux instruments. De plus, ceux-ci ne sont pas de même nature que la CIEDR, car ils régissent le «crime d'apartheid» et donc la responsabilité des individus en la matière, alors que l'interdiction de l'apartheid énoncée à l'article 3 de la CIEDR s'adresse aux États.

10. La convention sur l'apartheid et le Statut de Rome peuvent cependant clarifier l'interprétation de l'article 3 de la CIEDR en tant que moyens complémentaires d'interprétation, conformément à l'article 32 de la convention de Vienne sur le droit des traités, et, dans la mesure où ils reflètent le droit international coutumier, en tant que règles pertinentes de droit international applicables dans les relations entre les parties, conformément à l'alinéa *c*) du paragraphe 3 de l'article 31 de ce même instrument. Malgré les différences terminologiques entre les deux définitions, celles-ci aident à dégager le sens donné, en droit international coutumier, au terme «apartheid» employé à l'article 3 de la CIEDR. Elles démontrent que, pour ce qui est de déterminer l'existence de pratiques d'apartheid, il doit être satisfait à un critère juridique fort strict.

11. Le sens ordinaire du terme «apartheid», tel que clarifié par ces deux instruments, semble indiquer qu'il s'agit d'un régime de discrimination institutionnalisé et cautionné par l'État dont le but est d'instituer ou d'entretenir la domination et l'oppression d'un groupe racial par un autre groupe racial. Cette définition principale de l'apartheid comprend trois éléments : premièrement, les politiques et pratiques en cause doivent avoir trait à la relation entre plusieurs groupes raciaux ; deuxièmement, elles doivent se caractériser par un élément objectif (*actus reus*) qui consiste dans la commission d'«actes inhumains» ayant un caractère structurel et institutionnalisé<sup>11</sup> ;

<sup>11</sup> Voir les articles premier et II de la convention sur l'apartheid : «politiques [ou] pratiques ... de ségrégation et de discrimination raciales»; alinéa *h*) du paragraphe 2 de l'article 7 du Statut de Rome : «régime institutionnalisé d'oppression systématique et de domination».

the relevant policy and practice must be motivated by a subjective element (*mens rea*) which not only requires the intentional commission of inhumane acts of a certain gravity, nature and scale, but also that the purpose of these acts is the establishment and maintenance of an institutionalized régime of domination and oppression (*dolus specialis*)<sup>12</sup>.

12. I have serious doubts that the information before the Court is sufficient to conclude that the subjective element of apartheid is present in the situation of the Occupied Palestinian Territory. Given the exceptional gravity of a violation of the prohibition of apartheid, a peremptory rule of general international law, claims against a State involving charges of apartheid “must be proved by evidence that is fully conclusive”<sup>13</sup>. The Court should only find that a State has the required *dolus specialis* of apartheid when the “only reasonable inference” from its conduct is an intention to maintain an institutionalized régime to systematically oppress and dominate a racial or ethnic group, in Israel’s case the Palestinians relative to Israeli Jews<sup>14</sup>. This *dolus specialis* should only be considered as being established where other inferences are clearly implausible.

13. I doubt that the only reasonable inference which can be drawn from Israel’s policies and practices in the Occupied Palestinian Territories is that of an intention to maintain an institutionalized régime to systematically oppress and dominate the Palestinians relative to Israeli Jews. Even if these policies and practices are discriminatory and disproportionate, and thus constitute large-scale violations of international human rights law and international humanitarian law — which, in my view, is undoubtedly the case — there are at least two other possible purposes which Israel may pursue by them. First, these policies and practices may be motivated by temporary, albeit long-term, security considerations (even if they are unjustified), and/or, second, they may be driven by the — misconceived and illegal — aim of asserting sovereignty over the West Bank, without the simultaneous intention of thereby permanently maintaining an institutionalized discriminatory régime for all inhabitants of the West Bank.

---

<sup>12</sup> See Article II of the Apartheid Convention: “for the purpose of establishing and maintaining domination by one racial group of persons over any other racial group of persons and systematically oppressing them”; Article 7 (2) (h) of the Rome Statute: “the intention of maintaining that regime”.

<sup>13</sup> *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*, Judgment, I.C.J. Reports 2007 (I), p. 129, para. 209.

<sup>14</sup> See *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Croatia v. Serbia)*, Judgment, I.C.J. Reports 2015 (I), p. 67, para. 148 (“in order

troisièmement, elles doivent être motivées par un élément subjectif (*mens rea*), lequel exige non seulement que des actes inhumains d'une certaine gravité, nature et ampleur soient commis intentionnellement, mais également que ces actes aient pour but d'instituer et de maintenir un régime institutionnalisé de domination et d'oppression (*dolus specialis*)<sup>12</sup>.

12. Je doute fort que les informations dont disposait la Cour suffisent à conclure à la présence de l'élément subjectif de l'apartheid dans la situation que connaît le Territoire palestinien occupé. Compte tenu de la gravité exceptionnelle que revêt une violation de l'interdiction de l'apartheid — règle impérative du droit international général —, les allégations formulées contre un État qui comprennent des accusations d'apartheid «doivent être prouvées par des éléments ayant pleine force probante»<sup>13</sup>. Ce n'est que lorsque «la seule déduction raisonnable» qui puisse être faite du comportement d'un État est l'intention de maintenir un régime institutionnalisé d'oppression et de domination systématique d'un groupe racial ou ethnique — soit, dans le cas d'Israël, les Palestiniens par rapport aux Juifs israéliens —, que la Cour devrait conclure qu'il a été satisfait à l'exigence du *dolus specialis* de l'apartheid<sup>14</sup>. Ce *dolus specialis* ne devrait être considéré comme établi que lorsqu'il apparaît clairement qu'aucune autre déduction n'est plausible.

13. Je ne crois pas que la seule déduction raisonnable qui puisse être faite des politiques et pratiques d'Israël dans le Territoire palestinien occupé soit l'intention de maintenir un régime institutionnalisé d'oppression et de domination systématique des Palestiniens par rapport aux Juifs israéliens. Même si ces politiques et pratiques sont discriminatoires et disproportionnées, et constituent ainsi des violations majeures du droit international relatif aux droits de l'homme et du droit international humanitaire — ce qui, de mon point de vue, ne fait aucun doute —, il est possible que, par elles, Israël vise au moins deux autres buts. Premièrement, ces politiques et pratiques peuvent être motivées par des considérations de sécurité qui, bien que temporaires, s'inscrivent dans le long terme (et ce, quand bien même elles seraient injustifiées); et, deuxièmement, elles peuvent être dictées par la poursuite de l'objectif — mal inspiré et illicite — consistant à affirmer la souveraineté sur la Cisjordanie, sans chercher dans le même temps à maintenir ainsi de façon permanente un régime discriminatoire institutionnalisé à l'égard de tous les habitants de ce territoire.

<sup>12</sup> Voir l'article II de la convention sur l'apartheid: «en vue d'instituer ou d'entretenir la domination d'un groupe racial d'êtres humains sur n'importe quel autre groupe racial d'êtres humains et d'opprimer systématiquement celui-ci»; alinéa h) du paragraphe 2 de l'article 7 du Statut de Rome: «l'intention de maintenir ce régime».

<sup>13</sup> *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2007 (I), p. 129, par. 209.

<sup>14</sup> Voir *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Croatie c. Serbie)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2015 (I), p. 67, par. 148 («pour déduire l'existence

14. I have doubts that the ambition of Israel to annex the West Bank, as demonstrated by its radicalized more recent settlement policy and practice, necessarily implies that it now intends to institutionalize the — until then temporary and at least partly security-oriented — legal régime for the Palestinian inhabitants of the West Bank in relation to the settlers and the settlements, and thus to make it permanent. The intention to annex a territory and the decision to institutionalize a particular racially oppressive régime do not necessarily go together. In the present case they may well go together, but it is also possible that Israel does not intend the way in which it exercises its occupation of the West Bank, as regards the relationship between the Palestinians and the settlers, to become permanent and institutionalized. I think that there is insufficient information to draw a definite conclusion.

15. The decision as to which conclusion to draw from Israel's ambiguous approach with respect to the relationship between the Palestinian inhabitants of the West Bank and the settlers depends on a careful evaluation of the facts and related evidence. In my view, the information before the Court is not sufficient to conclude that other possible inferences are clearly implausible. In any event, the present Advisory Opinion neither defines the subjective element of apartheid nor explains how Israel's conduct in the present case fulfils this particular element. I therefore do not think that the Court's reasoning under Article 3 of CERD can be interpreted as finding that Israel's conduct amounts to apartheid.

16. Does the information before the Court suffice to find that Israel's practices and policies qualify as "racial segregation" in the sense of Article 3 of CERD? This raises the important question of how racial segregation is defined and how it is distinguished from apartheid. I am not convinced by the very narrow understanding of the term "racial segregation", according to which it is limited to practices that are equivalent to "apartheid" beyond the specific historical situation of South Africa<sup>15</sup>. The *travaux préparatoires* of Article 3 of CERD<sup>16</sup>, as well as the definition in Article II of the 1973 Apartheid Convention, clarify that the concepts of apartheid and racial segregation are distinct yet closely interrelated practices. Racial segregation is the broader term, apartheid being the gravest form of racial segregation. Yet, both apart-

---

to infer the existence of *dolus specialis* from a pattern of conduct, it is necessary and sufficient that this is the only inference that could reasonably be drawn from the acts in question").

<sup>15</sup> This early understanding of Article 3 was influential during the first decades after the adoption of CERD, see M. Banton, *International Action against Racial Discrimination*, Clarendon Press, pp. 200-201; P. Thornberry, "Article 3", *The International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination: A Commentary*, OUP, 2016, pp. 247-248.

<sup>16</sup> See P. Thornberry, "Article 3", *The International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination: A Commentary*, OUP, 2016, who observes that States did not want to limit Article 3 to "apartheid", pp. 243-246.

14. Je ne suis pas certain que l'ambition qu'a Israël d'annexer la Cisjordanie, telle qu'elle ressort de la politique et des pratiques de colonisation radicales qu'il a mises en œuvre récemment, implique nécessairement qu'il entende à présent institutionnaliser le régime juridique — jusqu'alors provisoire et à tout le moins en partie motivé par des raisons de sécurité — applicable aux habitants palestiniens de Cisjordanie par rapport aux colons et aux colonies et, partant, le rendre permanent. L'intention d'annexer un territoire ne s'accompagne pas nécessairement de la décision d'institutionnaliser un régime spécifique d'oppression de certains groupes raciaux. Bien que cela puisse tout à fait être le cas en l'espèce, il est également possible qu'Israël n'entende pas donner un caractère permanent et institutionnalisé à la manière dont il occupe la Cisjordanie du point de vue de la relation entre les Palestiniens et les colons. Je ne pense pas qu'il existe assez d'éléments pour tirer une conclusion définitive à cet égard.

15. La décision quant à la conclusion qu'il convient de tirer de l'approche ambiguë qu'a Israël en ce qui concerne la relation entre les habitants palestiniens de Cisjordanie et les colons nécessite une appréciation minutieuse des faits et des éléments de preuve y afférents. Selon moi, les informations dont disposait la Cour ne sont pas suffisantes pour conclure qu'il n'y a clairement pas d'autres déductions plausibles. En tout état de cause, l'avis de la Cour ne définit pas l'élément subjectif de l'apartheid et n'indique pas non plus en quoi le comportement d'Israël permet de considérer qu'il est présent en l'espèce. Je ne pense donc pas que l'on puisse tirer du raisonnement de la Cour relatif à l'article 3 de la CIEDR la conclusion que le comportement d'Israël est constitutif d'apartheid.

16. Les informations dont disposait la Cour suffisent-elles à conclure que les pratiques et politiques d'Israël sont constitutives de « ségrégation raciale » au sens de l'article 3 de la CIEDR ? Cela soulève l'importante question de la façon dont la ségrégation raciale est définie et dont elle se différencie de l'apartheid. Je ne suis pas convaincu par l'interprétation très stricte de l'expression « ségrégation raciale », selon laquelle celle-ci ne viserait que les pratiques équivalentes à l'« apartheid » qui ne relèvent pas de la situation historique particulière de l'Afrique du Sud<sup>15</sup>. Il ressort des travaux préparatoires de l'article 3 de la CIEDR<sup>16</sup>, ainsi que de la définition énoncée à l'article II de la convention sur l'apartheid de 1973, que les notions d'apartheid et de ségrégation raciale renvoient à des pratiques qui, bien qu'étroite-

du *dolus specialis* d'une ligne de conduite, il faut et il suffit que cette conclusion soit la seule qui puisse raisonnablement se déduire des actes en cause »).

<sup>15</sup> Cette interprétation initiale de l'article 3 a prévalu durant les premières décennies qui ont suivi l'adoption de la CIEDR, voir M. Banton, *International Action against Racial Discrimination*, Clarendon Press, p. 200-201 ; P. Thornberry, « Article 3 », *The International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination: A Commentary*, OUP, 2016, p. 247-248.

<sup>16</sup> Voir P. Thornberry, « Article 3 », *The International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination: A Commentary*, OUP, 2016, p. 243-246, où l'auteur fait observer que les États n'entendaient pas circonscrire l'article 3 à l'« apartheid ».

heid and racial segregation represent systemic and, as the Advisory Opinion puts it, “two particularly severe forms of racial discrimination” in the sense of Article 1 of CERD. I therefore believe that “racial segregation” also requires proof of the presence of a qualified subjective element, namely that a segregation along racial lines is intentional<sup>17</sup>.

17. The policies and practices described by the Court in paragraphs 120 to 154 and 192 to 222 certainly constitute grave violations of human rights and they have segregative effects. However, in the absence of any engagement with the subjective element of racial segregation, i.e. proof that Israel by these policies and practices intends to establish a segregation along racial or ethnic lines, the analysis of Article 3 of CERD in paragraphs 226 to 229 of the present Advisory Opinion remains insufficient. In particular, the Court would have to show that any segregative effects are based on one of the prohibited grounds contained in Article 1 of CERD and not on citizenship. Indeed, in situations of occupation, a certain legal separation between the population of the occupying Power and the population in the occupied territories is even prescribed by the law of occupation. According to Article 43 of the 1907 Hague Regulations, the occupying Power must “respect[, unless absolutely prevented, the laws in force in the country”. At the same time, Article 64 (2) of the Fourth Geneva Convention allows the occupying Power to

“subject the population of the occupied territory to provisions which are essential to enable the Occupying Power to fulfil its obligations under the [Fourth Geneva] Convention, to maintain the orderly government of the territory, and to ensure the security of the Occupying Power, of the members and property of the occupying forces or administration, and likewise of the establishments and lines of communication used by them”.

18. Thus, the law of occupation itself envisages a difference in treatment between the nationals of the occupying Power and the protected population in the occupied territory. This is not to say that Israel’s segregative practices are justified under the law of occupation. However, given the overlap between the law of occupation and CERD in the present case, a conclusion that the segregation in the present case runs along racial or ethnic lines requires a particularly thorough analysis of the facts.

<sup>17</sup> In this vein: S. Schmahl, “Artikel 3”, in Angst and Lantschner (eds.), *ICERD: Internationales Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Rassendiskriminierung. Handkommentar*, Nomos, 2020, para. 12.

ment liées, sont distinctes. L'expression «ségrégation raciale» est le terme générique et l'«apartheid» en est la forme la plus grave. Cependant, l'apartheid et la ségrégation raciale ont l'un et l'autre un caractère systémique et, comme cela est indiqué dans l'avis consultatif, constituent «deux formes particulièrement graves de discrimination raciale» au sens de l'article premier de la CIEDR. Je considère par conséquent que la «ségrégation raciale» exige aussi la preuve de la présence de l'élément subjectif requis, c'est-à-dire que la ségrégation selon des critères raciaux doit être intentionnelle<sup>17</sup>.

17. Les politiques et pratiques exposées par la Cour aux paragraphes 120 à 154 et 192 à 222 de son avis constituent assurément des violations graves des droits de l'homme et ont incontestablement des effets ségrégatifs. Toutefois, en l'absence de tout examen de l'élément subjectif de la ségrégation raciale, autrement dit de la preuve qu'Israël, par ses politiques et pratiques, entend instituer une ségrégation selon des critères raciaux ou ethniques, l'analyse de l'article 3 de la CIEDR livrée aux paragraphes 226 à 229 du présent avis demeure insuffisante. En particulier, la Cour aurait dû démontrer que les effets ségrégatifs étaient fondés sur l'un des motifs prohibés énoncés à l'article premier de la CIEDR, et non sur la citoyenneté. De fait, dans les situations d'occupation, une certaine séparation juridique entre la population de la puissance occupante et celle des territoires occupés est même prescrite par le droit de l'occupation. Selon l'article 43 du règlement de La Haye de 1907, la puissance occupante est tenue de «respect[er], sauf empêchement absolu, les lois en vigueur dans le pays». Parallèlement, le paragraphe 2 de l'article 64 de la quatrième convention de Genève autorise la puissance occupante à

«soumettre la population du territoire occupé à des dispositions qui sont indispensables pour lui permettre de remplir ses obligations découlant de la [quatrième] Convention [de Genève], et d'assurer l'administration régulière du territoire ainsi que la sécurité soit de la Puissance occupante, soit des membres et des biens des forces ou de l'administration d'occupation ainsi que des établissements et des lignes de communication[] utilisés par elle».

18. Ainsi, le droit de l'occupation lui-même prévoit une différence de traitement entre les ressortissants de la puissance occupante et la population protégée du territoire occupé. Cela ne signifie pas que les pratiques ségrégatives d'Israël sont justifiées au regard du droit de l'occupation. Toutefois, compte tenu du chevauchement entre ce droit et la CIEDR en l'espèce, une analyse des faits particulièrement approfondie est nécessaire pour conclure que la ségrégation en cause obéit à des critères raciaux ou ethniques.

<sup>17</sup> Dans le même ordre d'idées, S. Schmahl, «Artikel 3», dans Angst et Lantschner (sous la dir. de), *ICERD: Internationales Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Rassendiskriminierung. Handkommentar*, Nomos, 2020, par. 12.

19. The Court may only “arrive at a judicial conclusion upon any disputed questions of fact” if it “has before it sufficient information and evidence”<sup>18</sup>. Since the Court did not identify enough information substantiating the existence of the subjective element required by Article 3 of CERD, it should have refrained from observing that Israel’s legislation and measures constitute a breach of Article 3 of CERD. This would not have prevented the Court from observing that Israel’s practices and policies have segregative effects which constitute violations of other provisions of CERD.

(Signed) Georg NOLTE.

---

<sup>18</sup> *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 2004 (I)*, p. 161, para. 56.

19. La Cour ne peut « être à même de porter un jugement sur toute question de fait contestée » que si elle « dispose de renseignements et d'éléments de preuve suffisants »<sup>18</sup>. Étant donné qu'elle n'a pas recensé suffisamment d'informations venant étayer la présence de l'élément subjectif requis par l'article 3 de la CIEDR, la Cour aurait dû s'abstenir de conclure que la législation et les mesures prises par Israël emportaient violation de l'article 3 de la CIEDR. Cela ne l'aurait pas empêchée de dire que les pratiques et politiques d'Israël ont des effets ségrégatifs qui constituent des violations d'autres dispositions de la CIEDR.

(Signé) Georg NOLTE.

---

<sup>18</sup> *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé, avis consultatif*, C.I.J. Recueil 2004 (I), p. 161, par. 56.