

DÉCLARATION DE M. LE JUGE BRANT

Accord avec le raisonnement et les conclusions de la Cour — Violation par Israël de l'article 3 de la CIEDR — Ségrégation raciale et apartheid — Interprétation évolutive — Éléments constitutifs de l'apartheid — Impossibilité de réaliser le droit d'un peuple à l'autodétermination sous la ségrégation raciale ou l'apartheid — Nécessité de cesser les violations du droit international pour assurer la paix et la sécurité d'Israël et de la Palestine.

1. Je voudrais indiquer d'emblée que je souscris entièrement aux raisonnements et conclusions de la Cour. Cependant, j'ai jugé nécessaire de développer l'aspect de l'avis consultatif relatif aux politiques et pratiques d'Israël dans le Territoire palestinien occupé qui seraient constitutives de ségrégation raciale ou d'apartheid.

2. Au paragraphe 229 de l'avis consultatif, la Cour observe « que les lois et mesures d'Israël imposent et permettent de maintenir en Cisjordanie et à Jérusalem-Est une séparation quasi complète entre les communautés de colons et les communautés palestiniennes ». Elle en conclut que, « pour cette raison », Israël a violé l'article 3 de la convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (ci-après la « CIEDR »).

3. Israël a ratifié la CIEDR le 3 janvier 1979. L'article 3 de cette convention prévoit que « [l]es États parties condamnent spécialement la ségrégation raciale et l'apartheid et s'engagent à prévenir, à interdire et à éliminer sur les territoires relevant de leur juridiction toutes les pratiques de cette nature ».

4. Je suis d'accord avec la conclusion de la Cour selon laquelle, en instaurant une séparation physique et juridique dans le Territoire palestinien occupé, Israël a violé l'article 3 de la CIEDR prohibant l'apartheid et la ségrégation raciale. Cependant, puisque ces deux notions ne sont ni l'une ni l'autre définies dans la convention, il me semble nécessaire de formuler quelques observations à ce sujet.

5. La notion de « ségrégation raciale » signifie, selon le sens ordinaire des termes dans leur contexte et à la lumière de l'objet et du but de la CIEDR, séparer des personnes, *de jure* ou *de facto*, selon des critères fondés sur la race, la couleur, l'ascendance ou l'origine nationale ou ethnique.

6. Quant à l'« apartheid », la clarification de ses éléments constitutifs revêt, à mon sens, une importance incontestable au vu de la gravité des pratiques d'apartheid dont la prohibition est établie tant en droit conventionnel qu'en droit international coutumier, et le crime d'apartheid étant reconnu comme

DECLARATION OF JUDGE BRANT

[Translation]

Agreement with the reasoning and conclusions of the Court — Violation by Israel of Article 3 of CERD — Racial segregation and apartheid — Evolutive interpretation — Constituent elements of apartheid — Fulfilment of the right of a people to self-determination impossible under racial segregation or apartheid — Cessation of international law violations needed to ensure peace and security of Israel and Palestine.

1. I would like to state at the outset that I fully subscribe to the reasoning and conclusions of the Court. However, I considered it necessary to elaborate on the aspect of the Advisory Opinion relating to the policies and practices of Israel in the Occupied Palestinian Territory that are alleged to constitute racial segregation or apartheid.

2. In paragraph 229 of the Advisory Opinion, the Court observes “that Israel’s legislation and measures impose and serve to maintain a near-complete separation in the West Bank and East Jerusalem between the settler and Palestinian communities”. It concludes that, “[f]or this reason”, Israel has violated Article 3 of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (hereinafter “CERD”).

3. Israel ratified CERD on 3 January 1979. Article 3 of that Convention provides that “States Parties particularly condemn racial segregation and apartheid and undertake to prevent, prohibit and eradicate all practices of this nature in territories under their jurisdiction”.

4. I agree with the Court’s conclusion that, by creating a physical and juridical separation within the Occupied Palestinian Territory, Israel has breached Article 3 of CERD prohibiting apartheid and racial segregation. However, since neither of these two concepts is defined in the Convention, I consider it necessary to make some observations in this regard.

5. The concept of “racial segregation”, interpreted in accordance with the ordinary meaning of its terms in their context and in the light of the object and purpose of CERD, means separating people, *de jure* or *de facto*, according to criteria based on race, colour, descent, or national or ethnic origin.

6. As for “apartheid”, clarifying its constituent parts is indisputably important in my view, given the seriousness of practices of apartheid, whose prohibition is established in both treaty law and customary international law, and the fact that the crime of apartheid is recognized as a crime against

un crime contre l'humanité et norme de *jus cogens* dont la prohibition est source de droits et d'obligations *erga omnes*.

7. À mon avis, la Cour aurait pu faire usage de l'interprétation évolutive des traités pour clarifier les éléments constitutifs de ce crime. La Cour a déjà, par le passé, employé une telle approche pour interpréter un instrument conventionnel. Dans l'avis consultatif sur la *Namibie*, la Cour avait souligné que, « [s]ans oublier la nécessité primordiale d'interpréter un instrument donné conformément aux intentions qu'ont eues les parties lors de sa conclusion, la Cour doit tenir compte » du caractère évolutif des définitions de certaines notions et « ne peut manquer de tenir compte de l'évolution que le droit a ultérieurement connue » (*Conséquences juridiques pour les États de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud-Ouest africain) nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1971*, p. 31, par. 53). En outre, dans une affaire récente, la Cour a admis que la pratique et l'interprétation postérieures de certains États parties à une convention constituent une « pratique pertinente aux fins de l'interprétation des dispositions de [la convention antérieure] » (*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), arrêt, C.I.J. Recueil 2024 (I)*, p. 130, par. 93).

8. Après l'entrée en vigueur de la CIEDR le 4 janvier 1969, deux instruments internationaux ont défini et érigé l'apartheid en tant que crime contre l'humanité : la convention internationale sur l'élimination et la répression du crime d'apartheid (ci-après la « convention sur l'apartheid ») et le Statut de Rome de la Cour pénale internationale (ci-après le « Statut de Rome »). Israël n'est partie à aucun de ces deux instruments.

9. Néanmoins, on ne peut ignorer la pratique conventionnelle des 124 États parties au Statut de Rome et des 110 États parties à la convention sur l'apartheid. Je considère que celle-ci constitue clairement une pratique pertinente pour définir les éléments de l'apartheid prévu dans la CIEDR. Je relève d'ailleurs que les États parties à la convention sur l'apartheid — entrée en vigueur le 18 juillet 1976, sept ans après la CIEDR — avaient à l'esprit l'obligation préexistante prohibant les pratiques de ségrégation raciale et d'apartheid posée par la CIEDR, celle-ci étant expressément rappelée dans le préambule de la convention sur l'apartheid. D'autre part, s'agissant de la définition contenue dans le Statut de Rome, j'estime que, bien que celle-ci ait été développée dans le contexte de la responsabilité pénale individuelle, aucun élément ne permet de conclure que la notion d'apartheid se rapportant à la responsabilité internationale des États devrait être définie différemment.

10. Selon la convention sur l'apartheid, ce crime désigne « les actes inhumains ... commis 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 » (art. II). Le Statut de

humanity whose prohibition is a *jus cogens* norm that creates rights and obligations *erga omnes*.

7. In my opinion, the Court could have used evolutive treaty interpretation to clarify the constituent elements of this crime. The Court has previously adopted such an approach in interpreting a treaty instrument. In its *Namibia* Advisory Opinion, it stated that, “[m]indful as it is of the primary necessity of interpreting an instrument in accordance with the intentions of the parties at the time of its conclusion, the Court is bound to take into account” the evolutionary nature of the definitions of certain concepts and “cannot remain unaffected by the subsequent development of law” (*Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970), Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1971*, p. 31, para. 53). In a recent case, moreover, the Court acknowledged that the subsequent practice and interpretation of certain States parties to a convention is “relevant when interpreting its provisions” (*Application of the International Convention for the Suppression of the Financing of Terrorism and of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Ukraine v. Russian Federation), Judgment, I.C.J. Reports 2024 (I)*, p. 130, para. 93).

8. Following the entry into force of CERD on 4 January 1969, two international instruments defined and established apartheid as a crime against humanity: the International Convention on the Suppression and Punishment of the Crime of Apartheid (hereinafter the “Apartheid Convention”) and the Rome Statute of the International Criminal Court (hereinafter the “Rome Statute”). Israel is not party to either of these instruments.

9. Nevertheless, the treaty practice of the 124 States parties to the Rome Statute and the 110 States parties to the Apartheid Convention cannot be overlooked. In my view, it clearly constitutes practice that is relevant for defining the elements of apartheid as set out in CERD. I would add that the States parties to the Apartheid Convention — which entered into force on 18 July 1976, seven years after CERD — were mindful of the pre-existing obligation prohibiting practices of racial segregation and apartheid set forth in CERD, this being expressly recalled in the preamble of the Apartheid Convention. Moreover, as regards the definition contained in the Rome Statute, although this was developed in the context of individual criminal responsibility, I see no reason to conclude that apartheid should be defined differently in relation to the international responsibility of States.

10. The Apartheid Convention stipulates that the crime of apartheid applies to “inhuman acts committed 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” (Art. II). The Rome

Rome, quant à lui, définit le crime d'apartheid à son article 7, paragraphe 2, alinéa *h*), comme suit : « des actes inhumains analogues à ceux que vise le paragraphe 1, commis dans le cadre d'un régime institutionnalisé d'oppression systématique et de domination d'un groupe racial sur tout autre groupe racial ou tous autres groupes raciaux et dans l'intention de maintenir ce régime ». Ainsi, trois éléments sont présents dans les deux définitions :

- i) l'élément matériel constitué par la perpétration d'actes inhumains ;
- ii) l'élément contextuel d'un régime institutionnalisé d'oppression systématique et de domination d'un groupe racial par un autre ;
- iii) l'élément intentionnel constitué par l'intention d'entretenir le régime susmentionné.

C'est sur la base des trois éléments communs à ces deux instruments que la Cour aurait pu interpréter l'article 3 de la CIEDR. La pertinence d'une telle définition est corroborée par le fait que, dans son projet d'articles sur la prévention et la répression des crimes contre l'humanité, la Commission du droit international reprend à l'identique la définition du Statut de Rome qui comporte les trois éléments précités. Il convient de noter que l'État d'Israël n'a pas objecté à une telle définition¹.

11. Je relève en outre que l'article II de la convention sur l'apartheid précise que ce crime « englobe les politiques et pratiques semblables de ségrégation et de discrimination raciales ». La question est alors de savoir si l'apartheid, au sens de l'article 3 de la CIEDR, doit être interprété comme ayant une portée plus large que la ségrégation raciale ou s'il doit être considéré comme limité à des pratiques ségrégationnistes. En l'espèce, la Cour a constaté que les pratiques discriminatoires mises en place par Israël dans le Territoire palestinien occupé ont pour conséquence la séparation physique des populations (avis consultatif, par. 227). De plus, la politique de colonisation d'Israël vise à fragmenter le peuple palestinien et son territoire, en séparant les villes et les villages les uns des autres (*ibid.*, par. 164 et 238), ce que certains participants ont qualifié de « fragmentation stratégique ». Cela relève clairement de la ségrégation raciale. La Cour a de surcroît noté dans la section V du présent avis qu'il existe également une séparation juridique, ainsi qu'une myriade de violations des droits des Palestiniens au profit des colonies israéliennes établies en territoire occupé et de l'État d'Israël lui-même. En somme, la Cour a constaté qu'Israël a violé l'article 3 de la CIEDR, mais n'a pas estimé nécessaire en l'espèce de définir les contours des notions de ségrégation raciale et d'apartheid.

12. En tout état de cause, un régime de ségrégation raciale ou d'apartheid rend impossible la réalisation du droit du peuple palestinien à l'autodétermination. Comme l'ont dit à juste titre certains participants, le caractère

¹ Commission du droit international, « Commentaires et observations reçus des États, organisations internationales et autres entités », 21 janvier 2019, Nations Unies, doc. A/CN.4/726. ILC Draft Articles on Crimes Against Humanity — Israel's initial comments and observations, 30 novembre 2018, par. 5.

Statute, for its part, defines the crime of apartheid in its Article 7 (2) (*h*) as follows: “inhumane acts of a character similar to those referred to in paragraph 1, committed in the context of an institutionalized régime of systematic oppression and domination by one racial group over any other racial group or groups and committed with the intention of maintaining that régime”. Three elements are thus present in both definitions, namely:

- (i) the material element constituted by the commission of inhuman acts;
- (ii) the contextual element of an institutionalized régime of systematic oppression and domination by one racial group over another; and
- (iii) the intentional element constituted by the intent to maintain the aforementioned régime.

The Court could have interpreted Article 3 of CERD based on the three elements common to both of these instruments. The relevance of such a definition has been confirmed by the International Law Commission which, in its Draft Articles on Prevention and Punishment of Crimes Against Humanity, reproduces verbatim the definition set out in the Rome Statute comprising the three above-mentioned elements. It should be noted that the State of Israel did not object to this definition¹.

11. I would further observe that Article II of the Apartheid Convention states that this crime “shall include similar policies and practices of racial segregation and discrimination”. The question that arises, therefore, is whether apartheid, within the meaning of Article 3 of CERD, must be interpreted as having a broader scope than racial segregation or whether it is to be considered as limited to practices of segregation. In this case, the Court found that the discriminatory practices put in place by Israel in the Occupied Palestinian Territory have resulted in the physical separation of the populations (Advisory Opinion, para. 227). Moreover, Israel’s settlement policy seeks to fragment the Palestinian people and territory by isolating towns and villages from each other (*ibid.*, paras. 164 and 238), which some participants characterized as “strategic fragmentation”. This clearly constitutes racial segregation. The Court further observed in Part V of the Opinion that there is also juridical separation, as well as myriad breaches of the rights of Palestinians for the benefit of the Israeli settlements established in the occupied territory and the State of Israel itself. In short, the Court found that Israel has violated Article 3 of CERD, but did not consider it necessary in this instance to define the concepts of racial segregation and apartheid.

12. In any event, a régime of racial segregation or apartheid makes the fulfilment of the Palestinian people’s right to self-determination impossible. As duly noted by some participants, the discriminatory nature of these poli-

¹ International Law Commission (ILC), “Comments and observations received from Governments, international organizations and others”, 21 January 2019, UN doc. A/CN.4/726. ILC Draft Articles on Crimes Against Humanity — Israel’s initial comments and observations, 30 November 2018, para. 5.

discriminatoire de ces politiques et pratiques supprime l'égalité, l'identité et la dignité qui sont au cœur de l'autodétermination.

13. Par ailleurs, bien que je considère que les besoins de sécurité d'Israël sont légitimes, cela ne saurait justifier des politiques et mesures de ségrégation ni l'apartheid. Bien au contraire, l'intérêt ultime d'Israël exige le respect du droit international, et en particulier de ses normes impératives, des droits de l'homme et du droit international humanitaire. L'occupation prolongée, la colonisation rampante, l'annexion des terres occupées, et les lois et mesures discriminatoires qui les accompagnent, mettent en péril le droit — tout aussi légitime — de la Palestine à la sécurité. Seul le respect du droit international pourra apporter la paix aux deux peuples et la sécurité durable d'Israël et de la Palestine. La justice, la paix et la sécurité ne sauraient attendre plus.

(Signé) Leonardo BRANT.

cies and practices suppresses the equality, identity and dignity at the heart of self-determination.

13. Moreover, although I consider Israel's security needs to be legitimate, this does not justify either policies and measures of segregation or apartheid. On the contrary, requiring respect for international law, and its peremptory norms in particular, as well as for human rights and international humanitarian law is in the ultimate interest of Israel. The prolonged occupation, creeping settlement and annexation of occupied lands, and the discriminatory legislation and measures that accompany them, undermine Palestine's — equally legitimate — right to security. Only respect for international law can bring peace to the two peoples and lasting security for Israel and Palestine. Justice, peace and security cannot wait any longer.

(Signed) Leonardo BRANT.
