

JOINT DECLARATION
OF JUDGES TOMKA, GAJA AND GEVORGIAN

Dispute should prima facie fall within the scope of the treaty containing the compromissory clause — Factors to be taken into account for the purposes of the prohibition of racial discrimination — “National origin” not identical to “nationality” — Discrimination based on nationality does not prima facie fall within the scope of CERD.

We have not been able to support the Court’s Order for the reasons explained below. Our vote, however, does not imply that we have no understanding for the humanitarian considerations underlying a call that the mixed Qatari-Emirati families remain united or, if they were separated, be able to reunite, that Qatari students be able to continue their studies in the United Arab Emirates (hereinafter “UAE”) or elsewhere and that Qataris have access, in case of need, to tribunals and other judicial organs in the UAE. We do hope that the rights of these people are respected. However, we believe that certain legal requirements for the Court to indicate provisional measures are not met in the present case.

1. When assessing prima facie its jurisdiction and the plausibility of the rights invoked by the requesting Party in view of the adoption of provisional measures, the Court has to ascertain that prima facie the dispute falls within the scope of the treaty that contains the compromissory clause conferring jurisdiction on the Court and that the claimed rights are plausibly based on that treaty. Thus, for instance, in *Immunities and Criminal Proceedings (Equatorial Guinea v. France)* the Court found that “prima facie, a dispute capable of falling within the provisions of the Convention against Transnational Organized Crime and therefore concerning the interpretation or the application of Article 4 of that Convention d[id] not exist” (*Provisional Measures, Order of 7 December 2016, I.C.J. Reports 2016 (II)*, p. 1160, para. 50). Similarly, in *Application of the International Convention for the Suppression of the Financing of Terrorism and of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Ukraine v. Russian Federation)*, the Court concluded that “the conditions required for the indication of provisional measures in respect of the rights alleged by Ukraine on the basis of the ICSFT are not met” (*Provisional Measures, Order of 19 April 2017, I.C.J. Reports 2017*, p. 132, para. 76).

DÉCLARATION COMMUNE
DE MM. LES JUGES TOMKA, GAJA ET GEVORGIAN

[Traduction]

Différend devant relever prima facie du champ d'application du traité contenant la clause compromissoire — Elements à prendre en considération aux fins de l'interdiction de la discrimination raciale — « Origine nationale » non synonyme de « nationalité » — Discrimination fondée sur la nationalité ne relevant pas prima facie du champ d'application de la convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale.

Pour les raisons exposées ci-après, nous n'avons pas été en mesure de nous rallier à l'ordonnance rendue par la Cour. Notre vote ne signifie toutefois pas que nous ne soyons pas sensibles aux considérations humanitaires qui ont conduit la Cour à demander que les familles qatariennes puissent continuer de vivre ensemble ou que celles séparées puissent se réunir, que les étudiants qatariens soient à même de poursuivre leurs études aux Emirats arabes unis ou ailleurs et que les Qataris aient, si nécessaire, accès aux tribunaux et autres organes judiciaires émiriens. Nous espérons que les droits de ces personnes sont respectés. Cependant, nous estimons que certaines conditions juridiques devant être remplies pour que la Cour puisse indiquer des mesures conservatoires ne l'étaient pas dans la présente affaire.

1. Pour déterminer si elle a compétence *prima facie* et si les droits invoqués par la Partie demanderesse sont plausibles aux fins de l'indication de mesures conservatoires, la Cour doit établir si le différend relève à première vue du champ d'application du traité contenant la clause compromissoire qui lui confère compétence et si les droits revendiqués sont plausiblement fondés sur ce traité. C'est ainsi que, par exemple, dans l'affaire relative aux *Immunités et procédures pénales (Guinée équatoriale c. France)*, la Cour a conclu «qu'il n'exist[ait] pas, *prima facie*, de différend entre les Parties susceptible d'entrer dans les prévisions de la convention contre la criminalité transnationale organisée, et donc de concerner l'interprétation ou l'application de l'article 4 de celle-ci» (*mesures conservatoires, ordonnance du 7 décembre 2016, C.I.J. Recueil 2016 (II)*, p. 1160, par. 50). De même, dans 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 a conclu que «les conditions requises pour l'indication de mesures conservatoires relativement aux droits invoqués par l'Ukraine sur le fondement de la [convention internationale pour la répression du financement du terrorisme] n[']étaient pas remplies» (*mesures conservatoires, ordonnance du 19 avril 2017, C.I.J. Recueil 2017*, p. 132, par. 76).

2. In the present case, Qatar alleges certain violations by the UAE of obligations under the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (hereinafter “CERD”), which contains in Article 22 a compromissory clause with respect to disputes concerning the interpretation or application of CERD.

3. The basis of the alleged discrimination in the treatment of individuals by the UAE of which Qatar has complained consists in the Qatari nationality of the persons concerned. However, CERD only applies to some specific factors of discrimination: “race, colour, descent, or national or ethnic origin”. Nationality is not listed in Article 1, paragraph 1, among the bases of discrimination to which CERD applies.

4. When the Convention considers “national origin” as one of the prohibited bases for discrimination, it does not refer to nationality. In our view, the two terms are not identical and should not be understood as synonymous. The *travaux préparatoires* support this view and indicate that States sought to exclude distinction on the basis of nationality from the scope of CERD. In the discussions of the draft Convention in the Third Committee of the General Assembly, an amendment specifying that “the expression ‘national origin’ does not mean ‘nationality’ or ‘citizenship’” was withdrawn by their sponsors, but this was done only in favour of the final text of Article 1, which evidently was considered to make matters equally clear (United Nations doc. A/6181, pp. 12-13). The omission of a reference to nationality may be easily explained. Should CERD be considered as covering also discrimination based on nationality, the Convention would be a far-reaching instrument, that contains a clause providing that, with regard to the wide array of civil rights that are protected under CERD, all foreigners must be treated by the host State in the same way as nationals of the State who enjoy the most favourable treatment.

5. The CERD Committee has taken the view — in particular, in paragraph 4 of its General Recommendation No. XXX on discrimination against non-citizens — that the Convention should be interpreted as covering also differences of treatment on the basis of nationality. However, the CERD Committee has not stated in as many words that nationality is equivalent to national origin. It has rather identified certain conditions for the prohibition of discrimination that are specific to nationality and immigration and do not apply when the bases of discrimination listed in Article 1, paragraph 1, are in question. It would be difficult to give weight to this view of the CERD Committee since it gives no reason for its interpretation that different treatment based on nationality constitutes racial discrimination under CERD, albeit only to a certain extent.

2. Dans la présente affaire, le Qatar fait état de certains manquements, par les Emirats arabes unis, à des obligations découlant de la convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (ci-après, la « CIEDR »), dont l'article 22 contient une clause compromissoire visant les différends relatifs à l'interprétation ou à l'application de la convention.

3. Le traitement discriminatoire que le Qatar fait grief aux Emirats arabes unis de faire subir à des personnes serait motivé par la nationalité qatarienne des intéressés. Or la CIEDR ne s'applique qu'à certains motifs de discrimination bien précis, à savoir « la race, la couleur, l'ascendance ou l'origine nationale ou ethnique ». La nationalité n'est pas citée au paragraphe 1 de l'article premier au nombre des motifs de discrimination proscrits par la CIEDR.

4. En désignant « l'origine nationale » comme l'un des motifs illicites de discrimination, la convention ne fait pas référence à la nationalité. Selon nous, les deux notions ne sont pas identiques et ne sauraient être considérées comme synonymes. Les travaux préparatoires étayaient ce point de vue et indiquent que les Etats ont voulu exclure du champ d'application de la CIEDR la différenciation fondée sur la nationalité. Si, lorsque le texte du projet de convention fut débattu au sein de la Troisième Commission de l'Assemblée générale, un amendement visant à préciser que « l'expression « origine nationale » ne désign[ait] ni la « nationalité » ni la « citoyenneté » » fut retiré par ses auteurs, il ne le fut toutefois qu'au profit du texte définitif de l'article premier, dont il fut à l'évidence considéré qu'il clarifiait tout autant la situation (Nations Unies, doc. A/6181, p. 17). L'absence de référence à la nationalité s'explique aisément. Considérer que la CIEDR couvre également la discrimination fondée sur la nationalité reviendrait à faire de la convention un instrument de vaste portée qui contiendrait une clause prévoyant que, s'agissant du large éventail de droits civils protégés par la convention, l'Etat hôte doit traiter tous les étrangers de la même manière que ses nationaux, lesquels jouissent du traitement le plus favorable.

5. Le Comité pour l'élimination de la discrimination raciale a estimé — en particulier au paragraphe 4 de sa recommandation générale XXX concernant la discrimination contre les non-ressortissants — que la convention devait être interprétée comme visant également les différences de traitement fondées sur la nationalité. Cela étant, le Comité n'a pas déclaré de manière aussi explicite que la nationalité pouvait être assimilée à l'origine nationale. Il a simplement désigné aux fins de l'interdiction de la discrimination certaines conditions propres à la nationalité et à l'immigration qui ne s'appliquent pas lorsque les motifs de discrimination énumérés au paragraphe 1 de l'article premier entrent en jeu. Il serait difficile d'accorder du poids à ce point de vue du Comité étant donné que celui-ci ne justifie d'aucune façon son interprétation selon laquelle les différences de traitement fondées sur la nationalité constituent une discrimination raciale au sens de la CIEDR, fût-ce seulement dans une certaine mesure.

6. It is true that, when Article 1, paragraph 2, sets forth that CERD does not apply to differences of treatment between citizens and non-citizens, it does not exclude that the Convention applies to differences between a group of foreigners and another group of foreigners. However, even in that case, in order to be relevant under CERD, discrimination must rest on one of the bases listed in Article 1, paragraph 1. Differences of treatment of persons of a specific nationality may target persons who also have a certain ethnic origin and therefore would come under the purview of CERD, but this possibility has not been suggested by Qatar.

7. These remarks lead to the conclusion that the dispute of which the Court is seised does not fall prima facie within the scope of CERD and that the rights that are invoked under CERD are not plausible. This does not mean that the conduct of the UAE could not be viewed as inconsistent with other rules of international law, but in the present case the Court is called to examine only the claims put forward under CERD.

(Signed) Peter TOMKA.

(Signed) Giorgio GAJA.

(Signed) Kirill GEVORGIAN.

6. Il est vrai que, si le paragraphe 2 de l'article premier indique que la CIEDR ne s'applique pas aux différences de traitement entre ressortissants et non-ressortissants, il n'exclut pas que la convention s'applique à la différenciation entre deux groupes d'étrangers. Néanmoins, quand bien même tel serait le cas, pour qu'une discrimination relève de la CIEDR, il faudrait qu'elle réponde à l'un des motifs énumérés au paragraphe 1 de l'article premier. Des différences de traitement appliquées à des personnes d'une nationalité donnée peuvent également obéir à certaines raisons liées à l'origine ethnique et donc tomber sous le coup de la CIEDR, une possibilité qui n'a cependant pas été évoquée par le Qatar.

7. Ces considérations nous amènent à conclure que le différend dont la Cour est saisie n'entre pas *prima facie* dans le champ d'application de la CIEDR et que les droits revendiqués sur le fondement de cette convention ne sont pas plausibles. Cela ne signifie pas que le comportement des Emirats arabes unis ne puisse être jugé contraire à d'autres règles de droit international; le fait est simplement que, dans la présente affaire, la Cour n'est appelée à examiner que les demandes formulées sur la base de la CIEDR.

(Signé) Peter TOMKA.

(Signé) Giorgio GAJA.

(Signé) Kirill GEVORGIAN.