

SEPARATE OPINION OF VICE-PRESIDENT SEBUTINDE

Although I have voted with the majority in rejecting Nicaragua's Request for provisional measures, I do not agree with the approach that the Court has adopted in handling the Request, nor do I agree with the scanty reasoning that underpins the Order — There is a need to strictly adhere to the criteria that the Court has developed in its jurisprudence for the indication of provisional measures — It is highly doubtful whether the Court has prima facie jurisdiction as Nicaragua has not demonstrated that a dispute had crystalized between the Parties as of 1 March 2024 when it filed its Application — In any event, the Court is precluded from exercising its jurisdiction at this stage or at all in relation to any of Nicaragua's claims against Germany, since deciding on Germany's impugned conduct, would as a prerequisite, require the Court to first assess the lawfulness of the conduct of Israel, an indispensable third party that has not consented to these proceedings — The requirement of urgency has not been met because Nicaragua has not demonstrated that Germany's impugned conduct poses a real and imminent risk of irreparable prejudice to the rights of Nicaragua — Nicaragua's Request for provisional measures was rightly rejected.

I. INTRODUCTION

1. Of late, there is an increasing inclination amongst States to resort to the procedures referred to in Article 41 of the Statute of the Court. This trend may be attributed to the fact that the procedures offer easier and quicker means of obtaining binding orders from the Court, coupled with a relatively modest standard of proof required, even if ultimately, the success of the primary claim of an applicant seems bleak or uncertain. Furthermore, Article 74 of the Rules of Court gives priority to requests for the indication of provisional measures over other cases, ensuring prompt binding decisions from the Court, compared to substantive proceedings that could potentially span months or years before completion. Whilst the above characteristics underscore the importance and efficiency of provisional measures procedures within the Court's framework, the Court must jealously guard its judicial function by ensuring that these procedures are not abused or misused, and that applicant States strictly and transparently comply with the criteria the Court has developed in its jurisprudence relat-

OPINION INDIVIDUELLE DE M^{me} LA JUGE SEBUTINDE,
VICE-PRÉSIDENTE

[Traduction]

Vote avec la majorité en faveur du rejet de la demande en indication de mesures conservatoires du Nicaragua, mais désaccord avec l'approche adoptée par la Cour dans son examen de la demande et avec le raisonnement sommaire qui sous-tend l'ordonnance — Nécessité de respecter strictement les critères établis dans la jurisprudence de la Cour pour l'indication de mesures conservatoires — Fort doute quant à la compétence prima facie de la Cour, le Nicaragua n'ayant pas démontré qu'un différend s'était cristallisé entre les Parties au 1^{er} mars 2024, date du dépôt de sa requête — En tout état de cause, Cour empêchée d'exercer sa compétence à ce stade ou à tout autre stade à l'égard de l'ensemble des griefs formulés par le Nicaragua contre l'Allemagne, faute d'avoir, pour pouvoir statuer sur le comportement reproché à celle-ci, préalablement apprécié la licéité du comportement d'Israël, tierce partie indispensable qui n'a pas consenti à la présente procédure — Condition d'urgence n'étant pas remplie, le Nicaragua n'ayant pas démontré que le comportement reproché à l'Allemagne pose un risque réel et imminent qu'un préjudice irréparable soit causé aux droits du Nicaragua — Demande en indication de mesures conservatoires du Nicaragua ayant été rejetée à juste titre.

I. INTRODUCTION

1. Ces derniers temps, les États se montrent de plus en plus disposés à recourir aux procédures visées à l'article 41 du Statut de la Cour. Cette tendance peut être attribuée au fait que ces procédures permettent d'obtenir plus facilement et plus rapidement des ordonnances contraignantes de la Cour, outre que le critère d'établissement de la preuve est relativement peu exigeant, même si, en définitive, les chances que la revendication initiale d'un demandeur aboutisse semblent faibles ou incertaines. De plus, l'article 74 du Règlement de la Cour donne aux demandes en indication de mesures conservatoires la priorité sur les autres affaires, garantissant le prononcé rapide de décisions contraignantes par la Cour, par comparaison avec les procédures de fond qui peuvent s'étaler sur des mois, voire des années, avant d'arriver à leur terme. Si les caractéristiques susmentionnées soulignent l'importance et l'efficacité de la procédure des mesures conservatoires, la Cour doit toutefois protéger jalousement sa fonction judiciaire en veillant à ce que cette procédure ne fasse pas l'objet de recours abusifs ou

ing to the indication of provisional measures. In my respectful opinion, the Court is once again being asked by a State to micromanage the conduct of hostilities in the ongoing conflict between Israel and Hamas by issuing “provisional measures”. Nicaragua’s Request for provisional measures, if granted, would restrict military assistance to one of the parties to the conflict (Israel), regardless of whether that assistance is intended for Israel’s own self-defence; while allowing the other party (Hamas) to maintain access to all kinds of military assistance from its friends and allies, regardless of whether that assistance is intended for unlawful purposes. Considering the immense global attention and public scrutiny surrounding this conflict, alongside its political nuances, the Court ought to have rigorously adhered to the criteria for the indication of provisional measures, to mitigate any perception of bias. Regrettably, the Court has deviated from this well-established approach, opting not to reference or apply any specific criteria but rather making general allusions to “the circumstances” of the case.

*Need for a Strict Adherence to the Criteria Developed
in the Court’s Jurisprudence for the Indication
of Provisional Measures*

2. The Court has progressively developed legal standards to determine whether and when it should exercise its power under Article 41 of its Statute to indicate the provisional measures. These criteria include the determination of the Court’s *prima facie* jurisdiction (and in some cases *prima facie* standing of the requesting party)¹; a plausibility test to establish if the rights asserted by the requesting party are plausible and if they have a link with the requested provisional measures²; and an assessment of urgency in the sense that there is a real and imminent risk that irreparable prejudice will be caused to the rights asserted before the Court gives its final decision³. The Court has held that where any one of the above criteria is not met, the request for the indication of provisional measures will not be granted. In the present case, Nicaragua’s failure to meet several of the above criteria is, in my view, fatal to the Applicant’s Request.

¹ See e.g. *Allegations of Genocide under the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Ukraine v. Russian Federation)*, Provisional Measures, Order of 16 March 2022, I.C.J. Reports 2022 (I), p. 217, para. 24; *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (The Gambia v. Myanmar)*, Provisional Measures, Order of 23 January 2020, I.C.J. Reports 2020, pp. 9-17, paras. 16-42.

² See e.g. *Alleged Violations of the 1955 Treaty of Amity, Economic Relations, and Consular Rights (Islamic Republic of Iran v. United States of America)*, Provisional Measures, Order of 3 October 2018, I.C.J. Reports 2018 (II), p. 638, para. 53.

³ See e.g. *ibid.*, pp. 645-646, paras. 77-78.

impropres, et que les États demandeurs respectent strictement et visiblement les critères établis par la Cour dans sa jurisprudence relativement à l'indication de mesures conservatoires. À mon humble avis, la Cour est une nouvelle fois priée par un État de s'ingérer dans les détails de la conduite des hostilités dans le conflit en cours entre Israël et le Hamas en indiquant des « mesures conservatoires ». Faire droit à la demande en indication de mesures conservatoires du Nicaragua aurait pour effet de réduire l'assistance militaire dont bénéficie l'une des parties au conflit (Israël), que cette assistance soit ou non destinée à la légitime défense de cette partie, tout en permettant à l'autre partie (le Hamas) de conserver son accès à une assistance militaire de toute sorte de la part de ses amis et alliés, que cette assistance soit ou non destinée à des fins illicites. Étant donné l'immense attention que suscite ce conflit surveillé de près par les opinions publiques du monde entier, ainsi que sa tonalité politique, la Cour se devait de respecter rigoureusement les critères régissant l'indication de mesures conservatoires, afin de limiter toute perception éventuelle de partialité. Il est regrettable qu'elle se soit écartée de cette approche bien établie en choisissant de ne pas mentionner ou appliquer de critère spécifique et de faire à la place allusion de façon générale aux « circonstances » de l'affaire.

*Nécessité de respecter strictement les critères établis
dans la jurisprudence de la Cour pour l'indication
de mesures conservatoires*

2. La Cour a progressivement élaboré des normes juridiques pour déterminer si et quand elle doit exercer le pouvoir d'indiquer des mesures conservatoires que lui confère l'article 41 de son Statut. Ces critères comprennent la détermination de la compétence *prima facie* de la Cour (et, dans certains cas, de la qualité pour agir qu'a *prima facie* la partie requérante)¹ ; l'application d'un critère de plausibilité pour établir si les droits revendiqués par la partie requérante sont plausibles et s'ils ont un lien avec les mesures conservatoires demandées² ; et l'appréciation de l'urgence de la situation, à savoir s'il existe un risque réel et imminent qu'un préjudice irréparable soit causé aux droits revendiqués avant que la Cour ne rende sa décision définitive³. La Cour a dit que, lorsque l'une quelconque de ces conditions n'est pas remplie, elle ne fait pas droit à la demande en indication de mesures conservatoires. En l'espèce, le fait que le Nicaragua ne respecte pas plusieurs des critères susmentionnés invalide selon moi sa demande.

¹ Voir, par exemple, *Allégations de génocide au titre de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Ukraine c. Fédération de Russie)*, mesures conservatoires, ordonnance du 16 mars 2022, C.I.J. Recueil 2022 (I), p. 217, par. 24 ; *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Gambie c. Myanmar)*, mesures conservatoires, ordonnance du 23 janvier 2020, C.I.J. Recueil 2020, p. 9-17, par. 16-42.

² Voir, par exemple, *Violations alléguées du traité d'amitié, de commerce et de droits consulaires de 1955 (République islamique d'Iran c. États-Unis d'Amérique)*, mesures conservatoires, ordonnance du 3 octobre 2018, C.I.J. Recueil 2018 (II), p. 638, par. 53.

³ Voir, par exemple, *ibid.*, p. 645-646, par. 77-78.

3. Although I have voted with the majority in rejecting Nicaragua's Request for provisional measures against Germany, I do not agree with the strange approach that the Court has adopted in handling the Request, nor do I agree with the scanty reasoning that underpins the Order of the Court. There is also no discernible reason for shying away from an outright *rejection* or *dismissal* of the Request in the operative clause, in accordance with the usual practice of the Court. Instead, the Court has for no discernible reason, chosen to adopt the softer language reflected therein. The fact of the matter is that the Court has *rejected* Nicaragua's Request because *it does not meet the criteria* that the Court has developed in its jurisprudence for the indication of provisional measures. In this separate opinion, I give the reasons for my rejection of Nicaragua's Request.

II. PRIMA FACIE JURISDICTION

4. In the Order, the Court makes no mention whatsoever of the requirement for a showing of *prima facie* jurisdiction. Regrettably, other than a cursory conclusion in paragraph 21 of the Order that "[i]n the present case, there being no manifest lack of jurisdiction, the Court cannot accede to Germany's request" (to remove the case from the List), there is nothing in the Order showing how the Court arrived at such a conclusion; nor is there any indication that the Court gave any prior consideration to the Parties' extensive arguments relating to jurisdiction and the exercise of jurisdiction.

5. The Court may indicate provisional measures only if the provisions relied on by the applicant appear, *prima facie*, to afford a basis on which its jurisdiction could be founded, but it need not satisfy itself in a definitive manner that it has jurisdiction as regards the merits of the case⁴. In the present case, Nicaragua relies for jurisdiction on the Parties' declarations accepting the compulsory jurisdiction of the Court under Article 36 (2) of the Court's Statute and Article IX of the Genocide Convention to which both Germany⁵ and Nicaragua⁶ are parties; there being no reservations in either declaration relevant to the present case⁷. The Court would have jurisdiction over Nicaragua's claims under Article IX of the Genocide Convention only if it is demonstrated that they involve a dispute relating

⁴ *Allegations of Genocide under the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Ukraine v. Russian Federation), Provisional Measures, Order of 16 March 2022, I.C.J. Reports 2022 (I)*, pp. 217-218, para. 24.

⁵ United Nations, *Treaty Series*, Vol. 201, p. 369.

⁶ *Ibid.*, Vol. 120, p. 300.

⁷ Nicaragua's reservation contained in its declaration dated 24 December 1929 relates to matters before 1901, while Germany's reservation contained in its declaration dated 30 April 2008 relates to the deployment of its armed forces abroad and the use of German territory for military purposes.

3. Bien que j'aie voté avec la majorité en faveur du rejet de la demande en indication de mesures conservatoires présentée par le Nicaragua contre l'Allemagne, je ne suis d'accord ni avec l'étrange approche que la Cour a adoptée dans son examen de cette demande ni avec le raisonnement sommaire qui sous-tend son ordonnance. Il ne semble pas y avoir non plus de raison de vouloir éviter de *rejeter* ou d'*écarter* purement et simplement la demande dans le dispositif, conformément à la pratique habituellement suivie par la Cour. Au lieu de cela, celle-ci a choisi, sans raison apparente, d'adopter le libellé plus pondéré qui figure dans l'ordonnance. Le fait est qu'elle a *rejété* la demande du Nicaragua parce que *celle-ci ne remplit pas les critères* qu'elle a établis dans sa jurisprudence pour l'indication de mesures conservatoires. Dans la présente opinion individuelle, j'expose les raisons pour lesquelles j'ai rejeté la demande du Nicaragua.

II. COMPÉTENCE *PRIMA FACIE*

4. Dans l'ordonnance, la Cour ne mentionne aucunement la condition que soit démontrée la compétence *prima facie*. Malheureusement, hormis une conclusion hâtive au paragraphe 21 — relevant que, « [e]n la présente affaire, à défaut d'incompétence manifeste, la Cour ne saurait accéder à la demande de l'Allemagne » (tendant à ce que l'instance soit rayée du rôle) —, rien dans l'ordonnance n'indique comment la Cour en est venue à se faire une idée, ni qu'elle a préalablement examiné les arguments détaillés des Parties se rapportant à la compétence et à l'exercice de celle-ci.

5. La Cour ne peut indiquer des mesures conservatoires que si les dispositions invoquées par le demandeur semblent *prima facie* constituer une base sur laquelle sa compétence pourrait être fondée, mais elle n'a pas besoin de s'assurer de manière définitive qu'elle a compétence quant au fond de l'affaire⁴. Dans la présente espèce, le Nicaragua entend fonder la compétence sur les déclarations d'acceptation de la juridiction obligatoire de la Cour faites par les Parties en vertu du paragraphe 2 de l'article 36 du Statut de la Cour et sur l'article IX de la convention sur le génocide, à laquelle l'Allemagne⁵ et le Nicaragua sont tous deux parties⁶; aucune de ces déclarations ne contient de réserve pertinente en l'espèce⁷. La Cour n'aurait compétence pour connaître des demandes formulées par le Nicaragua au

⁴ *Allégations de génocide au titre de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Ukraine c. Fédération de Russie), mesures conservatoires, ordonnance du 16 mars 2022, C.I.J. Recueil 2022 (I), p. 217-218, par. 24.*

⁵ Nations Unies, *Recueil des traités*, vol. 201, p. 369.

⁶ *Ibid.*, vol. 120, p. 300.

⁷ La réserve du Nicaragua qui figure dans sa déclaration en date du 24 décembre 1929 porte sur des questions antérieures à 1901, et la réserve de l'Allemagne qui figure dans sa déclaration en date du 30 avril 2008 porte sur le déploiement de ses forces armées à l'étranger et l'utilisation de son territoire à des fins militaires.

to the interpretation, application, or fulfilment of that Convention. Article IX of the Genocide Convention provides that:

“Disputes between the Contracting Parties relating to the interpretation, application or fulfilment of the present Convention, including those relating to the responsibility of a State for genocide or for any of the other acts enumerated in article III, shall be submitted to the International Court of Justice at the request of any of the parties to the dispute.”

6. For *prima facie* jurisdiction to be established, (i) a *dispute must exist* between the Parties as at the date of filing the Application (1 March 2024) and (ii) the acts complained of by the Applicant must be *capable of falling within the scope* of the treaty or treaties invoked.

The Existence of a Dispute

7. In the present case, the existence of a dispute (i.e. a disagreement on a point of law, a conflict of legal views or interests between the Parties relating to “the interpretation, application, or fulfilment of the present Convention, including those relating to the responsibility of a State for genocide or for any of the other acts enumerated in Article III”) is a *sine qua non* for the exercise of jurisdiction⁸. To establish the existence of a dispute, the Court must consider any statements, conduct and exchanges between the Parties and determine whether, at the time Nicaragua submitted its Application, a dispute existed between the Parties concerning the claims at issue. Nicaragua’s claims against Germany are categorized as follows⁹:

- (a) Germany’s alleged violation of the Genocide Convention through its failure to prevent the genocide against the Palestinian people in Gaza; its complicity in or facilitation of genocide by providing aid and assistance to Israel, in particular weapons that would or could be used in the commission of genocide; and by suspending the provision of funds to UNRWA.
- (b) Germany’s alleged violation of the Geneva Conventions of 1949 in particular, the Convention IV relative to the Protection of Civilian Persons in Times of War, and Their Additional Protocol of 1977, by providing aid and assistance to Israel, in particular weapons that would or could be used in the commission of genocide, war crimes and crimes against humanity, including attacks directed against civilians or civilian objects.

⁸ *Mavrommatis Palestine Concessions, Judgment No. 2, 1924, P.C.I.J., Series A, No. 2*, p. 11.

⁹ Application of Nicaragua, p. 33, para. 67.

titre de l'article IX de la convention sur le génocide que s'il est démontré que celles-ci concernent un différend relatif à l'interprétation, l'application ou l'exécution de cette convention. L'article IX de la convention sur le génocide prévoit en effet ce qui suit :

« Les différends entre les Parties contractantes relatifs à l'interprétation, l'application ou l'exécution de la présente Convention, y compris ceux relatifs à la responsabilité d'un État en matière de génocide ou de l'un quelconque des autres actes énumérés à l'article III, seront soumis à la Cour internationale de Justice, à la requête d'une partie au différend. »

6. Pour que la compétence *prima facie* soit établie, i) un *différend doit exister* entre les Parties à la date du dépôt de la requête (1^{er} mars 2024) et ii) les actes dénoncés par le demandeur doivent être *susceptibles d'entrer dans le champ d'application* du traité ou des traités invoqués.

Existence d'un différend

7. En la présente espèce, l'existence d'un différend (c'est-à-dire un désaccord sur un point de droit, une opposition de thèses juridiques ou d'intérêts entre les Parties s'agissant de « l'interprétation, l'application ou l'exécution de la ... Convention, y compris ceux relatifs à la responsabilité d'un État en matière de génocide ou de l'un quelconque des autres actes énumérés à l'article III ») est une condition *sine qua non* pour l'exercice de la compétence⁸. Pour établir l'existence d'un différend, la Cour doit tenir compte des déclarations, comportements et échanges entre les Parties, et déterminer si, au moment du dépôt de la requête du Nicaragua, un différend existait entre elles concernant les revendications en cause. Les griefs formulés par le Nicaragua contre l'Allemagne peuvent être catégorisés comme suit⁹ :

- a) l'Allemagne aurait violé la convention sur le génocide en manquant à son obligation de prévenir le génocide contre le peuple palestinien à Gaza, en se rendant complice de génocide ou en facilitant le génocide en prêtant aide et assistance à Israël, notamment en lui fournissant des armes qui seraient ou pourraient être utilisées pour commettre un génocide, et en suspendant le financement de l'UNRWA ;
- b) l'Allemagne aurait violé les conventions de Genève de 1949, en particulier la convention IV relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre, et leurs protocoles additionnels de 1977 en prêtant aide et assistance à Israël, notamment en lui fournissant des armes qui seraient ou pourraient être utilisées pour commettre un génocide, des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité, y compris des attaques dirigées contre des civils ou des biens de caractère civil ;

⁸ *Concessions Mavrommatis en Palestine*, arrêt n° 2, 1924, C.P.J.I. série A n° 2, p. 11.

⁹ Requête du Nicaragua, p. 27, par. 67.

- (c) Germany's alleged violation of the principles of customary rules of international law, including *erga omnes* principles of international humanitarian law and peremptory norms of general international law, including the prohibition of racial discrimination and apartheid, including rendering assistance to Israel in its serious breaches of those norms.
- (d) Germany's alleged violation of international law by failing to prosecute, bring to trial and punish persons responsible for, or accused of grave crimes of international law, including war crimes and apartheid, whether such persons are German nationals or not.

8. To prove the existence of a dispute, Nicaragua refers to two statements that it contends set out its complaint against Germany. *Firstly*, the Applicant refers to a press release dated 1 February 2024 stating that Nicaragua had

“notified the governments of the United Kingdom, Germany, the Netherlands and Canada of its decision to hold them responsible under international law for gross and systematic violations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, international humanitarian law and customary law, including the law of occupation in the Occupied Palestinian Territories, in particular the Gaza Strip”¹⁰.

Secondly, the Applicant refers to a Note Verbale dated 2 February 2024 sent by Nicaragua to Germany in which Nicaragua sets out its claim that Germany has violated the Genocide Convention as well as international humanitarian law and customary international law “in the context of its failure to prevent and facilitation of breaches of international law by Israel in its operation against Palestinians in the Occupied Palestinian Territories, particularly Gaza”¹¹. Nicaragua argues that a spokesperson of the German Foreign Office made clear Germany's rejection of Nicaragua's claims in a press conference on 7 February 2024¹². The Applicant also asserts that Germany continued to publicly reiterate its support for Israel after receiving Nicaragua's Note Verbale¹³ and that Germany expressed its opposition to Nicaragua's claims on 11 March¹⁴.

9. According to Germany, Nicaragua did not send its said Note Verbale using the ordinary diplomatic channels and Germany only located it on 13 February and acknowledged its receipt on 14 February 2024¹⁵. Subse-

¹⁰ *Ibid.*, Ann. 3.

¹¹ *Ibid.*, Ann. 1.

¹² *Ibid.*, p. 15, para. 30.

¹³ CR 2024/15, p. 50, para. 7 (Argüello Gómez).

¹⁴ *Ibid.*, pp. 50-51, para. 8 (Argüello Gómez).

¹⁵ CR 2024/16, p. 32, para. 28 (Wordsworth).

- c) l'Allemagne aurait violé les principes des règles coutumières de droit international, y compris les principes *erga omnes* du droit international humanitaire et les normes impératives du droit international général, dont l'interdiction de la discrimination raciale et de l'apartheid, notamment en prêtant assistance à Israël dans la commission de violations graves de ces normes ;
- d) l'Allemagne aurait violé le droit international en manquant de poursuivre, de traduire en justice et de punir les personnes responsables, ou accusées, de graves crimes de droit international, notamment de crimes de guerre et d'apartheid, qu'il s'agisse ou non de ressortissants allemands.

8. Pour prouver l'existence d'un différend, le Nicaragua se réfère à deux déclarations dans lesquelles, soutient-il, sont exposés ses griefs à l'égard de l'Allemagne. *Premièrement*, le demandeur mentionne un communiqué de presse daté du 1^{er} février 2024, indiquant qu'il avait

«notifié aux Gouvernements du Royaume-Uni, de l'Allemagne, des Pays-Bas et du Canada sa décision de les tenir pour responsables, au regard du droit international, de violations flagrantes et systématiques de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, du droit international humanitaire et du droit coutumier, dont le droit de l'occupation dans les territoires palestiniens occupés, en particulier la bande de Gaza»¹⁰.

Deuxièmement, il fait référence à sa note verbale en date du 2 février 2024 adressée à l'Allemagne, dans laquelle il expose son grief concernant la violation par celle-ci de la convention sur le génocide ainsi que du droit international humanitaire et du droit international coutumier, «résultant de ce que l'Allemagne a manqué de prévenir et a facilité la commission de violations du droit international par Israël dans le cadre des opérations que celui-ci a dirigées contre les Palestiniens dans les territoires palestiniens occupés, en particulier à Gaza»¹¹. Le Nicaragua fait valoir qu'une porte-parole du ministère allemand des affaires étrangères a clairement affirmé, lors d'une conférence de presse tenue le 7 février 2024, que l'Allemagne rejetait les griefs du Nicaragua¹². Il avance également que l'Allemagne a continué de réaffirmer publiquement son soutien à Israël après avoir reçu la note verbale du Nicaragua¹³ et qu'elle a exprimé son opposition aux griefs du Nicaragua le 11 mars¹⁴.

9. L'Allemagne soutient que le Nicaragua n'a pas envoyé ladite note verbale par les voies diplomatiques ordinaires et qu'elle n'en a eu connaissance que le 13 février 2024 et en a accusé réception le lendemain¹⁵. Puis, alors qu'elle

¹⁰ *Ibid.*, annexe 3.

¹¹ *Ibid.*, annexe 1.

¹² *Ibid.*, p. 13, par. 30.

¹³ CR 2024/15, p. 50, par. 7 (Argüello Gómez).

¹⁴ *Ibid.*, p. 50-51, par. 8 (Argüello Gómez).

¹⁵ CR 2024/16, p. 32, par. 28 (Wordsworth).

quently, while Germany was considering its response. Nicaragua launched proceedings, without allowing for any opportunity to engage¹⁶. Accordingly, Germany contests the existence of a dispute and consequently, of *prima facie* jurisdiction. It argues that for a dispute to have existed, there must have been some form of meaningful engagement by Germany with Nicaragua's claim that would have crystallized the dispute¹⁷.

10. In my view, Nicaragua's statements and communications referred to above contain only some but not all the claims that Nicaragua has asserted in its Application. Notably the statements refer to Germany's support for Israel and its temporary suspension of financial assistance to UNRWA as violating Germany's obligations under the Genocide Convention and international humanitarian law. However, Nicaragua's statements did not detail the third and fourth category of claims pertaining to Germany's alleged complicity in Israel's violation of the Palestinian people's right of self-determination, the maintenance of "an apartheid régime" and the failure by Germany to prosecute and punish persons responsible for grave crimes under international law¹⁸. The term "self-determination" is not mentioned at all in the Note Verbale and is mentioned only once in the press release. The word "apartheid" does not appear at all in either document and nor does either document mention any obligation by Germany to prosecute or punish any individuals for war crimes. Nicaragua's press release contains a single reference to "international humanitarian law and customary law" with no mention of any specific obligation violated or of the Geneva Conventions or of common Article 1, a key element in Nicaragua's claims. Thus, assuming, *arguendo*, that Nicaragua effectively communicated its claims to Germany (which is doubtful) this would only concern Nicaragua's allegations in relation to the Genocide Convention, and not its other claims.

11. More importantly however, is Germany's response to Nicaragua's Note Verbale and press statement. On 7 February 2024 before Germany had located or seen Nicaragua's Note Verbale, a spokesperson for the German Foreign Ministry stated at a press conference in response to questioning about the 1 February 2024 press release that "We reject the contents of the press release"¹⁹. Whilst in Nicaragua's view, this statement suffices to demonstrate Germany's opposition to all the claims of Nicaragua, this single statement by one German spokesperson is insufficient to show that a dispute existed regarding *all* of Nicaragua's claims at the time the Application was submitted. It is unclear which aspects of the press release or of Nicaragua's claims in this case Germany is said to have rejected. Nicaragua has not

¹⁶ *Ibid.*, pp. 32-33, paras. 30-31 (Wordsworth).

¹⁷ *Ibid.*, p. 31, para. 27 (Wordsworth).

¹⁸ Application of Nicaragua, p. 33, paras. 67 (5) and (6).

¹⁹ *Ibid.*, Ann. 4.

préparait sa réponse, le Nicaragua a engagé une procédure sans lui avoir donné la moindre occasion d'un échange¹⁶. En conséquence, l'Allemagne conteste l'existence d'un différend et, partant, de la compétence *prima facie*. Elle affirme que, pour qu'il y ait un différend, il aurait fallu qu'elle se saisisse des griefs du Nicaragua d'une manière tangible qui aurait cristallisé le différend¹⁷.

10. Selon moi, les déclarations et communications du Nicaragua mentionnées ci-dessus ne contiennent que quelques-uns des griefs exposés par le Nicaragua dans sa requête, et non pas la totalité. En particulier, les déclarations font référence au soutien apporté par l'Allemagne à Israël et à la suspension temporaire du financement assuré à l'UNRWA comme à des violations des obligations de l'Allemagne au titre de la convention sur le génocide et du droit international humanitaire. Cependant, elles ne détaillent pas les troisième et quatrième catégories de griefs se rapportant à la complicité alléguée de violation du droit à l'autodétermination du peuple palestinien et de maintien d'«un régime d'apartheid» et au manquement de l'Allemagne à son obligation de poursuivre et de punir les personnes responsables de graves crimes de droit international¹⁸. Le terme «autodétermination» n'est pas mentionné du tout dans la note verbale, et seulement une fois dans le communiqué de presse. Le terme «apartheid» n'apparaît nulle part dans ces deux documents, dont aucun ne mentionne non plus une obligation incombant à l'Allemagne de poursuivre ou de punir des personnes pour crimes de guerre. Le communiqué de presse du Nicaragua contient une unique référence au «droit international humanitaire et [au] droit coutumier» et n'invoque ni la violation d'une obligation spécifique, ni les conventions de Genève ou leur article premier commun, élément central dans les griefs du Nicaragua. Par conséquent, à supposer (pour les besoins de l'argumentation) que le Nicaragua ait effectivement fait part de ses griefs à l'Allemagne (ce dont on peut douter), seules seraient concernées ses allégations se rapportant à la convention sur le génocide, et pas ses autres reproches.

11. Plus importante encore, cependant, est la réponse de l'Allemagne à la note verbale et au communiqué de presse du Nicaragua. Le 7 février 2024, avant que l'Allemagne ait eu ou pris connaissance de la note verbale du Nicaragua, une porte-parole du ministère allemand des affaires étrangères, interrogée au sujet du communiqué de presse du 1^{er} février 2024 au cours d'une conférence de presse, a déclaré : «nous rejetons le contenu du communiqué de presse»¹⁹. Même si elle suffit, selon le Nicaragua, à démontrer l'opposition de l'Allemagne à l'ensemble de ses griefs, cette unique déclaration faite par une porte-parole allemande est cependant trop succincte pour établir qu'un différend existait concernant *tous* les griefs du Nicaragua au moment du dépôt de la requête. Il n'est pas clairement indiqué quels

¹⁶ *Ibid.*, p. 32-33, par. 30-31 (Wordsworth).

¹⁷ *Ibid.*, p. 31, par. 27 (Wordsworth).

¹⁸ Requête du Nicaragua, p. 27, par. 67, al. 5 et 6.

¹⁹ *Ibid.*, annexe 4.

demonstrated how Germany's rejection of the press release can be said to have demonstrated its opposition to all of Nicaragua's claims contained in its Application, particularly given that most of those claims were not set out in the press release. At best, Germany's response or answer of its spokesperson can be said to demonstrate its opposition to Nicaragua's claim concerning the Genocide Convention, the only claim that was discussed in any detail in the press release. But even with respect to that claim, the relatively general and vague "rejection" does not clearly express opposition to the specific claims of complicity in genocide made in the press release. In my view, it is doubtful whether the Court has *prima facie* jurisdiction in the sense that a dispute had not crystalized between the Parties as of 1 March 2024 when Nicaragua prematurely filed the Application. Considering the foregoing conclusion, it is not necessary for me to determine whether Nicaragua's claim under the Genocide Convention is "capable of falling" within the provisions of that treaty. Besides the problem of *prima facie* jurisdiction, there is a bigger concern regarding whether the Court can exercise jurisdiction, assuming, *arguendo*, that it did have *prima facie* jurisdiction.

III. EXERCISE OF THE COURT'S JURISDICTION AND THE MONETARY GOLD PRINCIPLE

12. A more difficult hurdle for Nicaragua to overcome relates to Germany's argument that even if the Court were to find that it has jurisdiction (as indeed it appears to do in paragraph 21 of the Order) it is precluded from exercising that jurisdiction²⁰. Germany argues that, since Israel's alleged violations of international law constitute the bedrock of Nicaragua's Application and Request for provisional measures (Nicaragua frequently refers to serious breaches by Israel of international humanitarian law ("IHL") and other peremptory norms of international law taking place in Palestine)²¹, the Court must examine whether it is able to exercise jurisdiction during these proceedings, in the absence of Israel, an indispensable third State that has not consented to these proceedings²². Germany argues further that indicating provisional measures in the present case would entail a prior assessment of wrongful conduct on the part of Israel, yet Israel would have no standing to challenge the order without Nicaragua's consent²³, and that accordingly, the Monetary Gold principle requires the Court to reject Nicaragua's Request on that ground. For its part, Nicaragua contends that the subject-matter of its

²⁰ CR 2024/16, pp. 24-25, para. 6 (Wordsworth).

²¹ *Ibid.*, pp. 26-29, paras. 13-17 (Wordsworth).

²² *Ibid.*, pp. 24-25, para. 6 (Wordsworth).

²³ *Ibid.*, pp. 25-26, paras. 8-9 (Wordsworth).

aspects du communiqué de presse ou des griefs du Nicaragua en l'espèce l'Allemagne est censée avoir rejetés. Le Nicaragua n'a pas démontré en quoi le rejet par l'Allemagne du communiqué de presse peut être considéré comme reflétant son opposition à l'ensemble des griefs contenus dans la requête, d'autant que la plupart n'étaient pas exposés dans ledit communiqué. Tout au plus peut-on dire de la réponse de l'Allemagne ou de celle de sa porte-parole qu'elles démontrent son opposition au grief du Nicaragua concernant la convention sur le génocide, le seul qui soit un peu détaillé dans le communiqué de presse. Cela étant, même s'agissant de ce grief-là, le «rejet» relativement général et vague n'exprime pas clairement une opposition aux griefs spécifiques de complicité de génocide formulés dans le communiqué de presse. Selon moi, il est douteux que la Cour ait compétence *prima facie*, en ce sens qu'un différend n'était pas cristallisé entre les Parties au 1^{er} mars 2024 lorsque le Nicaragua a déposé prématurément sa requête. Compte tenu de la conclusion qui précède, il ne m'est pas nécessaire de déterminer si le grief que le Nicaragua formule au titre de la convention sur le génocide est «susceptible d'entrer» dans les prévisions de ce traité. Outre le problème de la compétence *prima facie*, celui de savoir si la Cour peut exercer sa compétence est plus préoccupant encore, à supposer, pour les besoins de l'argumentation, que la Cour avait effectivement compétence *prima facie*.

III. EXERCICE DE LA COMPÉTENCE DE LA COUR ET PRINCIPE DE L'OR MONÉTAIRE

12. Un obstacle plus difficile à surmonter pour le Nicaragua est lié à l'argument de l'Allemagne selon lequel la Cour, même si elle en venait à conclure qu'elle a compétence (ce qu'elle semble faire en effet au paragraphe 21 de son ordonnance), est empêchée d'exercer cette compétence²⁰. L'Allemagne fait valoir que, étant donné que les allégations de violation du droit international par Israël constituent le fondement de la requête et de la demande en indication de mesures conservatoires du Nicaragua (qui fait fréquemment référence à des violations graves du droit international humanitaire et d'autres normes impératives du droit international commises par Israël en Palestine)²¹, la Cour doit examiner si elle peut exercer sa compétence dans la présente procédure, en l'absence d'Israël, État tiers indispensable qui n'a pas consenti à celle-ci²². L'Allemagne ajoute que l'indication de mesures conservatoires en la présente affaire supposerait une appréciation préalable de l'illicéité du comportement d'Israël, alors qu'Israël n'aurait pas qualité pour contester cette ordonnance sans le consentement du Nicaragua²³ et que, en conséquence, le principe de l'Or monétaire impose à la

²⁰ CR 2024/16, p. 24-25, par. 6 (Wordsworth).

²¹ *Ibid.*, p. 26-29, par. 13-17 (Wordsworth).

²² *Ibid.*, p. 24-25, par. 6 (Wordsworth).

²³ *Ibid.*, p. 25-26, par. 8-9 (Wordsworth).

claims is not the conduct of Israel but that of Germany, namely, the alleged violation by Germany of its own obligations under the Genocide Convention and IHL²⁴.

13. A fundamental principle of international law is that the Court will not decide a dispute between sovereign States without their consent to its jurisdiction²⁵. In a series of cases the Court, referring to this principle, has explained that it cannot exercise its jurisdiction in situations whereby deciding on the claim of one State against another State, would require it to rule, as a prerequisite, on the lawfulness of the conduct of a third State (also referred to as an indispensable third party)²⁶. This is often referred to as the Monetary Gold principle, taking its name from the relevant case. For the Monetary Gold principle to apply, there must be two key elements, namely (i) the legal interest of a third State must form “the very subject-matter of the decision”; and (ii) deciding upon the conduct of the third State must be a “prerequisite” for deciding upon the claim before the Court. If the principle is implicated, the Court should decline to exercise jurisdiction, even *prima facie*. To conclude otherwise would allow an applicant to receive the benefit of a binding order of the Court in circumstances when its claim will clearly be subject to dismissal for lack of jurisdiction or admissibility at a later stage of the proceedings. To determine whether the Court’s *prima facie* jurisdiction is not barred by the Monetary Gold principle, it is necessary to examine each category of the Applicant’s claims as presented in Nicaragua’s own words.

1. Alleged Violation of Obligations under the Genocide Convention

14. The first category of Nicaragua’s claims concerns the allegation that Germany has:

- (a) breached and continues to breach its obligations under the Genocide Convention, in particular the obligation provided in Article I by, with full knowledge of the situation, failing to prevent the ongoing genocide against the Palestinian people in particular Gazans;
- (b) breached and continues to breach its obligations under the Genocide Convention, in particular the obligation provided in Article I by . . .

²⁴ CR 2024/15, pp. 39-48, paras. 10-33 (Pellet).

²⁵ Article 36 of the Statute of the Court.

²⁶ See *Monetary Gold Removed from Rome in 1943 (Italy v. France, United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and United States of America)*, Preliminary Question, Judgment, I.C.J. Reports 1954, p. 32; *Certain Phosphate Lands in Nauru (Nauru v. Australia)*, Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 1992, pp. 261-262, para. 55; *East Timor (Portugal v. Australia)*, Judgment, I.C.J. Reports 1995, p. 102, para. 28; *Arbitral Award of 3 October 1899 (Guyana v. Venezuela)*, Preliminary Objection, Judgment, I.C.J. Reports 2023 (I), pp. 286-292, paras. 86-107.

Cour de rejeter la demande du Nicaragua pour ce motif. Pour sa part, le Nicaragua soutient que l'objet de ses griefs est le comportement non pas d'Israël, mais celui de l'Allemagne, à savoir la violation que celle-ci aurait commise de ses propres obligations au titre de la convention sur le génocide et du droit international humanitaire²⁴.

13. Un principe fondamental du droit international est que la Cour ne tranche pas un différend entre États souverains sans que ceux-ci aient consenti à sa juridiction²⁵. Dans une série d'affaires, la Cour, se référant à ce principe, a expliqué qu'elle ne peut exercer sa compétence dans des situations où il faudrait, pour trancher la revendication d'un État contre un autre État, qu'elle statue au préalable sur la licéité du comportement d'un État tiers (aussi qualifié de « tierce partie indispensable »)²⁶. C'est là le principe souvent dit de l'« Or monétaire », tiré de l'affaire éponyme. Pour que ce principe s'applique, les deux éléments essentiels suivants doivent être présents : i) l'intérêt juridique d'un État tiers doit constituer « l'objet même de la[] décision » ; et ii) pour trancher la demande dont elle est saisie, la Cour doit avoir statué « au préalable » sur le comportement de l'État tiers. Si ce principe entre en jeu, la Cour devrait refuser d'exercer sa compétence, même *prima facie*. Toute autre conclusion permettrait à un demandeur de bénéficier d'une ordonnance contraignante rendue par la Cour dans des circonstances où sa demande serait sans aucun doute rejetée pour défaut de compétence ou irrecevabilité à un stade ultérieur de la procédure. Pour déterminer si le principe de l'Or monétaire ne fait pas obstacle à la compétence *prima facie* de la Cour, il est nécessaire d'examiner chacune des catégories de griefs du Nicaragua tels qu'ils ont été formulés.

1. Violation alléguée des obligations imposées par la convention sur le génocide

14. La première catégorie de griefs du Nicaragua concerne l'allégation que l'Allemagne

- a) a manqué et continue de manquer aux obligations qui lui incombent en vertu de la convention sur le génocide, en particulier celle prévue à l'article premier, en s'abstenant, en toute connaissance de cause, de prévenir le génocide en cours du peuple palestinien, en particulier les Gazaouis ;
- b) a manqué et continue de manquer aux obligations qui lui incombent en vertu de la convention sur le génocide, en particulier celle prévue à

²⁴ CR 2024/15, p. 39-48, par. 10-33 (Pellet).

²⁵ Article 36 du Statut de la Cour.

²⁶ Voir *Or monétaire pris à Rome en 1943 (Italie c. France, Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord et États-Unis d'Amérique)*, question préliminaire, arrêt, C.I.J. Recueil 1954, p. 32 ; *Certaines terres à phosphates à Nauru (Nauru c. Australie)*, exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1992, p. 261-262, par. 55 ; *Timor oriental (Portugal c. Australie)*, arrêt, C.I.J. Recueil 1995, p. 102, par. 28 ; *Sentence arbitrale du 3 octobre 1899 (Guyana c. Venezuela)*, exception préliminaire, arrêt, C.I.J. Recueil 2023 (I), p. 286-292, par. 86-107.

providing aid, including military equipment, to Israel that would be used in the commission of genocide by Israel, and by withdrawing the financial assistance to victims provided by UNRWA²⁷.

15. The obligation to prevent genocide arises as soon as there is a risk or indication that genocide may occur. State parties to the Convention have a legal duty to take measures to prevent genocide within their territories or under their jurisdiction. The international community as a whole has a responsibility to prevent genocide and States are encouraged to co-operate in preventing and suppressing acts of genocide. The obligation not to be complicit in genocide arises whenever a State has the knowledge or reasonable belief that genocide is being committed or is about to be committed and that State fails to take active steps to prevent or stop it. The obligation also entails refraining from any actions that could contribute to or facilitate genocide. However, the Court has held that “a State can be held responsible for breaching the obligation to prevent genocide only if genocide was actually committed”²⁸. Thus, for the Court to be able to find that Germany has “failed to prevent the ongoing genocide by Israel against the Palestinian people in Gaza” or has been complicit in genocide by “providing aid, including military equipment, to Israel that would be used in the commission of genocide by Israel” as alleged by Nicaragua, it must necessarily find, as a prerequisite, that genocide has in fact been committed in Gaza by Israel. The latter is a precondition for the former. In other words, the conduct of Israel (an indispensable third party that has not given its consent in these proceedings) would form “the very subject-matter of the decision” and deciding upon that conduct would be a *prerequisite* for deciding upon Germany’s impugned conduct. In my view, the above circumstances pose an irreconcilable obstacle to the exercise of the Court’s jurisdiction. Exercising jurisdiction in those circumstances would run afoul of the Monetary Gold principle.

2. Alleged Violation of Obligations under Article 1 of the Fourth Geneva Convention of 1949 and Customary International Law

16. The second category of claims concerns the allegation that Germany has:

²⁷ Application of Nicaragua, p. 32, para. 67.

²⁸ *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. 221, para. 431.

l'article premier, en fournissant à Israël une aide, y compris du matériel militaire, qui serait et pourrait être utilisée par Israël pour commettre le génocide, et en retirant sa contribution à l'aide financière aux victimes que distribue l'UNRWA²⁷.

15. L'obligation de prévenir le génocide prend naissance dès qu'il existe un risque ou une indication qu'un génocide est susceptible de se produire. Les États parties à la convention ont l'obligation juridique de prendre des mesures pour prévenir le génocide sur leur territoire ou les territoires relevant de leur juridiction. La communauté internationale dans son ensemble a la responsabilité de prévenir le génocide et les États sont encouragés à coopérer pour prévenir et réprimer les actes de génocide. L'obligation de ne pas se rendre complice de génocide naît dès lors qu'un État a connaissance ou des motifs raisonnables de croire qu'un génocide est en train d'être commis ou sur le point d'être commis, et que cet État ne prend pas de mesures effectives pour prévenir ou faire cesser ce crime. Cette obligation suppose également que l'État s'abstienne de toute action qui pourrait contribuer au génocide ou le faciliter. Toutefois, la Cour a dit que «la responsabilité d'un État pour violation de l'obligation de prévenir le génocide n'est susceptible d'être retenue que si un génocide a effectivement été commis»²⁸. Par conséquent, pour pouvoir conclure que l'Allemagne s'est «absten[ue] ... de prévenir le génocide en cours du peuple palestinien [commis par Israël à Gaza]» ou s'est rendue complice de génocide en «fournissant à Israël une aide, y compris du matériel militaire, qui serait et pourrait être utilisée par Israël pour commettre le génocide», ainsi que l'allègue le Nicaragua, la Cour doit nécessairement avoir conclu au préalable que le génocide a effectivement été commis à Gaza par Israël, cette conclusion étant la condition préalable de la première. En d'autres termes, le comportement d'Israël (tierce partie indispensable qui n'a pas consenti à la présente procédure) constituerait «l'objet même de la[] décision» et la Cour devrait s'être prononcée *au préalable* sur ce comportement pour pouvoir statuer sur celui qui est reproché à l'Allemagne. Selon moi, les circonstances ci-dessus font irrémédiablement obstacle à l'exercice de la compétence de la Cour. Exercer sa compétence dans ces circonstances irait à l'encontre du principe de l'Or monétaire.

*2. Violation alléguée des obligations imposées par l'article premier
de la quatrième convention de Genève de 1949
et par le droit international coutumier*

16. La deuxième catégorie de griefs concerne l'allégation que l'Allemagne

²⁷ Requête du Nicaragua, p. 27, par. 67.

²⁸ *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. 221, par. 431.

- (a) breached and continues to breach its obligations under Article 1 of the Fourth Geneva Convention and the . . . principles of humanitarian law, not only by failing to ensure that the requirements of that Convention are complied with by Israel, but also by
- (b) providing aid, including military equipment that would be used in the commission of genocide, crimes against humanity, grave breaches of the Geneva Conventions of 1949, attacks directed against civilian objects or civilians protected as such, or other war crimes, in violation of its duties under the Geneva Conventions of 1949 and customary international law, and
- (c) by withdrawing Germany's financial assistance to UNRWA²⁹.

17. Under Article 1 of the Fourth Geneva Convention, which is common to the four Geneva Conventions, a State party undertakes to respect and ensure respect for the Conventions in all circumstances, regardless of whether it is a party to the conflict or not. States are under an obligation to take effective measures to prevent and suppress violations of the Conventions by their own armed forces, as well as by any persons or groups over which they exercise control. In its *Wall* Advisory Opinion, the Court observed that "It follows from that provision that every State party to that Convention, whether or not it is a party to a specific conflict, is under an obligation to ensure that the requirements of the instruments in question are complied with."³⁰ Nicaragua does not claim that Germany itself has committed acts in Gaza amounting to serious violations of IHL. Rather, Nicaragua asserts that Germany has failed to comply with this provision to the extent its conduct has *aided or assisted Israel in violating international humanitarian law* or *has failed to ensure Israel's respect for these norms*³¹. As is clear from Article 16 of the ILC's Articles on State Responsibility and its commentary, a finding of *aid or assistance* requires as a prerequisite that a wrongful act be committed in the first place³². Determining the IHL violations by Israel would require the Court to engage in a detailed examination of Israel's military operations in Gaza and at the very least, to come to a tentative conclusion concerning the legality of those operations. This would run afoul of the Monetary Gold principle as it would require the Court to make determinations regarding Israel's conduct without Israel's consent³³.

²⁹ Application of Nicaragua, p. 33, para. 67.

³⁰ *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion*, I.C.J. Reports 2004 (I), pp. 199-200, para. 158.

³¹ Application of Nicaragua, p. 39, para. 88.

³² International Law Commission, Articles on the Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, Article 16 and commentary.

³³ *East Timor (Portugal v. Australia)*, Judgment, I.C.J. Reports 1995, p. 102, para. 28.

- a) a manqué et continue de manquer aux obligations qui lui incombent en vertu de l'article premier de la quatrième convention de Genève et des principes du droit humanitaire, non seulement en ne veillant pas à ce que les prescriptions de cette convention soient respectées par Israël, mais encore
- b) en fournissant une aide, y compris du matériel militaire, qui serait et pourrait être utilisée pour commettre un génocide, des crimes contre l'humanité, des infractions graves aux conventions de Genève de 1949, des attaques dirigées contre des biens de caractère civil ou des personnes civiles et protégées comme telles, ou d'autres crimes de guerre, en violation des obligations qui lui incombent en vertu des conventions de Genève de 1949 et du droit international coutumier, et
- c) en retirant son aide financière à l'UNRWA²⁹.

17. Selon l'article premier de la quatrième convention de Genève, commun aux quatre conventions de Genève, un État partie s'engage à respecter et à faire respecter ces conventions en toutes circonstances, qu'il soit ou non partie au conflit. Les États ont l'obligation de prendre des mesures effectives pour prévenir et réprimer les violations des conventions par leurs propres forces armées, ainsi que par toute personne ou tout groupe sur lesquels ils exercent un contrôle. Dans son avis consultatif sur le *Mur*, la Cour a observé ce qui suit : « Il résulte de cette disposition l'obligation de chaque État partie à cette convention, qu'il soit partie ou non à un conflit déterminé, de faire respecter les prescriptions des instruments concernés. »³⁰ Le Nicaragua ne prétend pas que l'Allemagne elle-même ait commis à Gaza des actes constitutifs de violations graves du droit international humanitaire. Il affirme en revanche qu'elle ne s'est pas conformée à la disposition susvisée dans la mesure où, par son comportement, elle a *prêté aide ou assistance à Israël dans ses violations du droit international humanitaire*, ou a *manqué de veiller au respect de ces normes par Israël*³¹. Comme l'indiquent clairement l'article 16 du projet d'articles de la Commission du droit international sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite et le commentaire y relatif, pour établir qu'il y a eu *aide ou assistance*, il est nécessaire d'avoir constaté au préalable qu'un fait illicite a été commis en premier lieu³². Pour pouvoir se prononcer sur les violations du droit international humanitaire par Israël, la Cour devrait examiner minutieusement les opérations militaires menées par Israël à Gaza et, au minimum, parvenir à une conclusion provisoire concernant la licéité de ces opérations. Cela irait à l'encontre du principe de l'Or monétaire, car cela nécessiterait que la Cour statue sur le comportement d'Israël sans le consentement de celui-ci³³.

²⁹ Requête du Nicaragua, p. 27, par. 67.

³⁰ *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé, avis consultatif*, C.I.J. Recueil 2004 (I), p. 199-200, par. 158.

³¹ Requête du Nicaragua, p. 32, par. 88.

³² Commission du droit international, projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, article 16 et commentaire y relatif.

³³ *Timor oriental (Portugal c. Australie)*, arrêt, C.I.J. Recueil 1995, p. 102, par. 28.

18. A similar conclusion applies to Nicaragua's claim under common Article 1 of the Geneva Conventions. In examining this claim, it is not clear whether the Court would be required to definitively conclude whether Israel's acts violate international humanitarian law. It may be enough for Nicaragua to show that the commission of such violations was "likely or foreseeable" for Germany's obligations under common Article I to be triggered³⁴. However, even determining the likelihood or foreseeability of IHL violations by Israel would require the Court to engage in a detailed examination of Israel's military operations in Gaza and at the very least, to come to a tentative conclusion concerning the legality of those operations. This would fall afoul of the Monetary Gold principle as it would require the Court to make determinations regarding Israel's conduct in the absence of Israel's consent³⁵. In other words, deciding upon the conduct of Israel in Gaza would form "the very subject-matter of the decision" and is a "prerequisite" for deciding upon Germany's impugned conduct.

3. *Alleged Violation of Other Obligations under Customary International Law*

19. The third category of claims concerns the allegation that Germany has breached and continues to breach its conventional and customary law obligations, including the obligation to facilitate and co-operate in bringing about the Palestinian people's right to self-determination, by providing aid and particularly military equipment to Israel that is used to deny this right of self-determination and moreover helps to maintain and impose an alleged apartheid regime.

20. A State is said to assist or be complicit in the violation of peremptory norms of international law, such as the right to self-determination, when it provides support, assistance, or encouragement that facilitates or enables the commission of violations of such norms by another State or non-State actor. For the Court to determine whether Germany's conduct amounts to a violation of this obligation, it would have to make a prior determination that Israel (an indispensable third State that has not consented to these proceedings) had violated those norms in the first place. This too would be inconsistent with the Monetary Gold principle as it would require the Court to make determinations regarding Israel's conduct in the absence of Israel's consent³⁶. As the Court noted in the *East Timor* case, the Monetary Gold principle applies even if the right in question is a right *erga omnes*³⁷.

³⁴ *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1986, p. 130, para. 256.

³⁵ *East Timor (Portugal v. Australia)*, Judgment, I.C.J. Reports 1995, p. 102, para. 28.

³⁶ *Ibid.*

³⁷ *Ibid.*, para. 29.

18. Une conclusion similaire s'applique au grief formulé par le Nicaragua au titre de l'article premier commun aux conventions de Genève. On ne voit pas clairement si, en examinant ce grief, la Cour devrait aboutir à une conclusion définitive sur la question de savoir si les actes commis par Israël enfreignent le droit international humanitaire. Il suffirait peut-être que le Nicaragua démontre que la commission de telles violations était « probable ou prévisible » pour mettre en œuvre les obligations de l'Allemagne au titre de l'article premier commun³⁴. Or, même pour se prononcer sur la probabilité ou la prévisibilité de violations du droit international humanitaire par Israël, la Cour devrait se lancer dans un examen méticuleux des opérations militaires menées par cet État à Gaza et, au minimum, parvenir à une conclusion provisoire concernant la licéité de ces opérations. Cela irait à l'encontre du principe de l'Or monétaire, car cela nécessiterait que la Cour statue sur le comportement d'Israël en l'absence du consentement de celui-ci³⁵. Autrement dit, pour pouvoir se prononcer sur le comportement qui est reproché à l'Allemagne, la Cour devrait avoir statué « au préalable » sur le comportement d'Israël à Gaza, ce qui constituerait « l'objet même de la [] décision ».

3. *Violation alléguée d'autres obligations imposées par le droit international coutumier*

19. La troisième catégorie de griefs concerne l'allégation que l'Allemagne a manqué et continue de manquer à ses obligations conventionnelles et coutumières, y compris celle de faciliter la réalisation du droit du peuple palestinien à l'autodétermination et d'y coopérer, en fournissant à Israël une aide, et en particulier du matériel militaire, qui est utilisée pour dénier ce droit au peuple palestinien et qui, en outre, contribue à l'imposition et au maintien d'un régime allégué d'apartheid.

20. On dit d'un État qu'il prête assistance à la violation de normes impératives du droit international, telles que le droit à l'autodétermination, ou qu'il se rend complice d'une telle violation, lorsqu'il fournit un appui, une assistance ou un encouragement qui facilite ou permet la commission de violations de telles normes par un autre État ou un acteur non étatique. Pour pouvoir déterminer si le comportement de l'Allemagne constitue un manquement à ses obligations, la Cour devrait au préalable établir qu'Israël (tierce partie indispensable qui n'a pas consenti à la présente procédure) avait en premier lieu enfreint les normes susmentionnées. Cela aussi serait incompatible avec le principe de l'Or monétaire, car cela nécessiterait que la Cour statue sur le comportement d'Israël en l'absence du consentement de celui-ci³⁶. Ainsi que la Cour l'a noté en l'affaire relative au *Timor oriental*, le principe de l'Or monétaire s'applique même si le droit en cause est un droit *erga omnes*³⁷.

³⁴ *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique)*, fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1986, p. 130, par. 256.

³⁵ *Timor oriental (Portugal c. Australie)*, arrêt, C.I.J. Recueil 1995, p. 102, par. 28.

³⁶ *Ibid.*

³⁷ *Ibid.*, par. 29.

4. *Alleged Violation of the Obligation to Prosecute and Punish*

21. The last category of claims concerns the allegation that Germany has breached and continues to breach international law by refusing to prosecute, bring to trial, and punish persons responsible for, or accused of grave crimes under international law, including war crimes and apartheid, whether such persons are German nationals or not³⁸. In this regard, Nicaragua seems to expect Germany to assert universal criminal jurisdiction over persons allegedly committing these grave crimes outside Germany (i.e. in the Occupied Palestinian Territories).

22. States are obliged to investigate and prosecute *individuals within their jurisdiction* who are responsible for committing grave crimes under international law. Treaty law, such as the Geneva Conventions and their Additional Protocols, the Rome Statute of the International Criminal Court and the Genocide Convention, establish specific obligations for States parties thereto to prosecute and punish individuals responsible for grave crimes. Whilst some States may choose to assert universal jurisdiction over individuals accused of serious international crimes, there is no obligation under international law for Germany to establish universal jurisdiction over grave crimes committed outside Germany or by non-German nationals. A decision to establish universal jurisdiction is ultimately a matter of national law and policy for each State. In the present case, for the Court to determine whether Germany's impugned conduct amounts to a violation under international law, it would have to make a prior determination that Israel (an indispensable third State that has not consented to these proceedings) was in violation of the Genocide Convention or the prohibition against apartheid or that individuals in Israel had committed grave crimes under the Rome Statute. This too would run afoul of the Monetary Gold principle as it would require the Court to make prior determinations regarding Israel's conduct without Israel's consent³⁹.

23. In conclusion, I am of the view that even if one was to conclude that the Court did have jurisdiction in this case, *prima facie* the Court cannot exercise that jurisdiction in relation to any of Nicaragua's claims against Germany, since deciding on Germany's impugned conduct would require the prior assessment of the lawfulness of the conduct of Israel, an indispensable third party that has not given its consent to these proceedings. For me, this conclusion is not only dispositive of Nicaragua's Request for provisional measures but is also fatal to Nicaragua's primary case against Germany. I would have disposed of Nicaragua's case at this stage.

³⁸ Application of Nicaragua, p. 33, para. 67.

³⁹ *East Timor (Portugal v. Australia), Judgment*, I.C.J. Reports 1995, p. 102, para. 28.

4. Violation alléguée de l'obligation de poursuivre et de punir

21. La dernière catégorie de griefs concerne l'allégation que l'Allemagne a violé et continue de violer le droit international en refusant de poursuivre, faire juger et punir les personnes responsables ou accusées de crimes graves de droit international, y compris les crimes de guerre et le crime d'apartheid, que ces personnes soient ou non des ressortissants allemands³⁸. À ce sujet, le Nicaragua semble s'attendre à ce que l'Allemagne revendique sa compétence universelle en matière pénale à l'égard des personnes qui commettraient ces crimes graves hors des frontières de l'Allemagne (à savoir dans les territoires palestiniens occupés).

22. Les États ont l'obligation d'ouvrir des enquêtes et d'engager des poursuites contre les *personnes relevant de leur juridiction* qui sont responsables de crimes graves de droit international. Le droit conventionnel, notamment les conventions de Genève et leurs protocoles additionnels, le Statut de Rome de la Cour pénale internationale et la convention sur le génocide, établit pour les États qui y sont parties des obligations spécifiques de poursuivre et de punir les personnes responsables de crimes graves. Si certains États peuvent choisir d'affirmer leur compétence universelle à l'égard de personnes accusées de crimes internationaux graves, il n'y a aucune obligation en droit international qui imposerait à l'Allemagne d'exercer sa compétence universelle pour juger des crimes graves commis hors de son territoire ou par des personnes n'ayant pas la nationalité allemande. La décision d'établir sa compétence universelle relève en définitive de la législation et des politiques internes de chaque État. En la présente espèce, pour déterminer si le comportement qui est reproché à l'Allemagne constitue une violation du droit international, la Cour devrait d'abord constater qu'Israël (tierce partie indispensable qui n'a pas consenti à la présente procédure) a agi en violation de la convention sur le génocide ou de l'interdiction de l'apartheid, ou que des personnes se trouvant en Israël ont commis des crimes graves visés par le Statut de Rome. Cela aussi irait à l'encontre du principe de l'Or monétaire, car cela nécessiterait que la Cour statue au préalable sur le comportement d'Israël sans le consentement de celui-ci³⁹.

23. En conclusion, je suis d'avis que, même si l'on en venait à conclure qu'elle avait effectivement compétence en l'espèce, *prima facie* la Cour ne peut exercer cette compétence à l'égard d'aucun des griefs formulés par le Nicaragua contre l'Allemagne puisque, pour statuer sur le comportement qui est reproché à celle-ci, il lui faudrait au préalable apprécier l'illicéité du comportement d'Israël, tierce partie indispensable qui n'a pas consenti à la présente procédure. Pour moi, non seulement cette conclusion permet de trancher la demande en indication de mesures conservatoires du Nicaragua, mais elle invalide également l'argument principal du Nicaragua contre l'Allemagne. J'aurais rejeté la demande du Nicaragua à ce stade.

³⁸ Requête du Nicaragua, p. 27, par. 67.

³⁹ *Timor oriental (Portugal c. Australie)*, arrêt, C.I.J. Recueil 1995, p. 102, par. 28.

IV. THE PRE-CONDITION OF URGENCY AND RISK OF IRREPARABLE PREJUDICE

24. Germany argues that there is no imminent risk of harm to Palestinians in Gaza associated with Germany's provision of assistance to Israel. In this regard, Germany notes that its existing legal procedures for exporting arms remove any imminent risk that Germany would assist Israel in violating international law⁴⁰. Furthermore, Germany highlights the significant drop in military assistance to Israel since 7 October 2023⁴¹. Finally, Germany emphasizes that it continues to provide humanitarian assistance and that, in any event, the lack of humanitarian aid in Gaza is not caused by a lack of funding, but rather a lack of co-ordination in distribution of humanitarian aid, amongst other problems⁴².

25. The Court has stated that "the power of the Court to indicate provisional measures will be exercised only if there is an urgency, in the sense that there is a real and imminent risk that irreparable prejudice will be caused before the Court gives its final decision"⁴³. In assessing the existence of such a risk, the Court is not requested to establish breaches of the relevant international rules or make definitive findings of fact, but instead, may consider whether the asserted rights are of such a nature that their violation may entail irreparable consequences⁴⁴.

26. In its rulings in the *South Africa v. Israel* provisional measures Orders, the Court noted the dire humanitarian situation in the Gaza Strip and concluded that the situation is at severe risk of further deterioration before the Court issues its final judgment⁴⁵. However, the present case is not about Israel's ongoing military offensive in Gaza, as such. Rather, it concerns the role played by Germany in relation to Israel's conduct. In paragraphs 16 to 20 of the Order, the Court rightly highlights Germany's role and conduct regarding the kind and value of military assistance it has supplied to Israel during the Israeli/Hamas war. In particular, the Court rightly notes that Germany's existing legal framework for the manufacture, export and marketing of weapons and other military equipment is stringent and rigorous enough to remove any "real and imminent risk of irreparable harm to Nicaragua's asserted rights" that Germany's conduct would otherwise

⁴⁰ CR 2024/16, pp. 44-45, paras. 14-16 (Palchetti).

⁴¹ *Ibid.*, p. 46, paras. 25-27 (Palchetti).

⁴² *Ibid.*, pp. 47-48, paras. 32-35 (Palchetti).

⁴³ *Alleged Violations of the 1955 Treaty of Amity, Economic Relations, and Consular Rights (Islamic Republic of Iran v. United States of America), Provisional Measures, Order of 3 October 2018, I.C.J. Reports 2018 (II)*, p. 645, para. 78.

⁴⁴ *Ibid.*, p. 649, para. 90.

⁴⁵ See *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide in the Gaza Strip (South Africa v. Israel), Provisional Measures, Order of 26 January 2024, I.C.J. Reports 2024 (I)*, p. 28, para. 72; *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide in the Gaza Strip (South Africa v. Israel), Request for the Modification of the Order of 26 January 2024 Indicating Provisional Measures, Order of 28 March 2024, I.C.J. Reports 2024 (I)*, p. 525, para. 40.

IV. CONDITION PRÉALABLE D'URGENCE ET DE RISQUE DE PRÉJUDICE IRRÉPARABLE

24. L'Allemagne fait valoir qu'il n'y a aucun risque imminent de préjudice aux Palestiniens à Gaza en lien avec l'assistance prêtée par elle à Israël. À cet égard, l'Allemagne note que ses procédures juridiques en vigueur pour l'exportation d'armes écartent tout risque imminent qu'elle prête assistance à Israël dans la violation du droit international⁴⁰. En outre, elle souligne que l'assistance militaire à Israël a été nettement réduite depuis le 7 octobre 2023⁴¹. Enfin, elle fait observer qu'elle continue de fournir une aide humanitaire et que, en tout état de cause, l'insuffisance de l'aide humanitaire à Gaza résulte non pas d'un manque de financement, mais plutôt d'un manque de coordination dans la distribution de cette aide, entre autres problèmes⁴².

25. La Cour a dit que «[son] pouvoir ... d'indiquer des mesures conservatoires ne sera ... exercé que s'il y a urgence, c'est-à-dire s'il existe un risque réel et imminent qu'un préjudice irréparable soit causé avant que la Cour ne rende sa décision définitive»⁴³. Pour déterminer s'il existe un tel risque, il est demandé à la Cour non pas d'établir qu'il y a eu violation des règles internationales pertinentes, ou de parvenir à des conclusions définitives sur les faits, mais d'examiner si les droits revendiqués sont de nature telle que leur violation risque d'entraîner des conséquences irréparables⁴⁴.

26. Dans les constatations auxquelles elle est parvenue dans les ordonnances en indication de mesures conservatoires qu'elle a rendues en l'affaire *Afrique du Sud c. Israël*, la Cour a relevé que la situation humanitaire était catastrophique dans la bande de Gaza et conclu que cette situation risquait fort de se détériorer encore avant qu'elle ne rende son arrêt définitif⁴⁵. La présente instance, cependant, ne porte pas sur l'offensive militaire d'Israël qui est en cours à Gaza en tant que telle. En effet, elle concerne le rôle joué par l'Allemagne en lien avec le comportement d'Israël. Aux paragraphes 16 à 20 de l'ordonnance, la Cour met l'accent à juste titre sur le rôle et le comportement de l'Allemagne au regard de la nature et de la valeur de l'assistance militaire que celle-ci a fournie à Israël pendant la guerre Israël/Hamas. En particulier, elle note avec raison que le cadre juridique allemand relatif à la fabrication, à l'exportation et à la commercialisation d'armes

⁴⁰ CR 2024/16, p. 44-45, par. 14-16 (Palchetti).

⁴¹ *Ibid.*, p. 46, par. 25-27 (Palchetti).

⁴² *Ibid.*, p. 47-48, par. 32-35 (Palchetti).

⁴³ *Violations alléguées du traité d'amitié, de commerce et de droits consulaires de 1955 (République islamique d'Iran c. États-Unis d'Amérique), mesures conservatoires, ordonnance du 3 octobre 2018, C.I.J. Recueil 2018 (II)*, p. 645, par. 78.

⁴⁴ *Ibid.*, p. 649, par. 90.

⁴⁵ Voir *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide dans la bande de Gaza (Afrique du Sud c. Israël), mesures conservatoires, ordonnance du 26 janvier 2024, C.I.J. Recueil 2024 (I)*, p. 28, par. 72 ; *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide dans la bande de Gaza (Afrique du Sud c. Israël), demande tendant à la modification de l'ordonnance du 26 janvier 2024 indiquant des mesures conservatoires, ordonnance du 28 mars 2024, C.I.J. Recueil 2024 (I)*, p. 525, par. 40.

cause⁴⁶. Furthermore, Germany highlights the significant drop in military assistance to Israel since 7 October 2023⁴⁷. Finally, although Germany emphasizes that it continues to provide humanitarian assistance to the victims in the Occupied Palestinian Territory and that, the lack of humanitarian aid in Gaza is not caused by a lack of funding but rather of maldistribution⁴⁸, Germany is under no legal obligation under international law, much less under the Genocide Convention, to donate humanitarian assistance to victims of war anywhere. Accordingly, the requirement of urgency has also not been met in this case.

V. CONCLUSION

27. Considering the foregoing, the conditions for the indication of provisional measures in the present case have not been met. The Court does not have *prima facie* jurisdiction to entertain Nicaragua's claims on the grounds that Nicaragua's Application was prematurely filed before a dispute had crystalized between the Parties. Alternatively, the Court cannot exercise its jurisdiction, even *prima facie*, in relation to any of Nicaragua's claims against Germany, on the grounds that deciding on Germany's conduct would require it to assess, as a prerequisite, the lawfulness of the conduct of Israel, an indispensable third party that has not given its consent in this case. Finally, the requirement of urgency has not been met. Nicaragua's Request for provisional measures was therefore rightly rejected.

(Signed) Julia SEBUTINDE.

⁴⁶ CR 2024/16, pp. 44-45, paras. 14-16 (Palchetti).

⁴⁷ *Ibid.*, p. 46, paras. 25-27 (Palchetti).

⁴⁸ *Ibid.*, pp. 47-48, paras. 32-35 (Palchetti).

et autres équipements militaires est strict et suffisamment rigoureux pour écarter tout «risque réel et imminent de préjudice irréparable aux droits revendiqués par le Nicaragua» que, à défaut, le comportement de l'Allemagne entraînerait⁴⁶. En outre, l'Allemagne met en avant la nette diminution de l'assistance militaire apportée à Israël depuis le 7 octobre 2023⁴⁷. Enfin, même si elle souligne qu'elle continue de fournir une aide humanitaire aux victimes dans le Territoire palestinien occupé et que l'insuffisance de l'aide humanitaire à Gaza résulte non pas d'un manque de financement, mais plutôt d'une mauvaise distribution⁴⁸, l'Allemagne n'est aucunement tenue par le droit international, et encore moins par la convention sur le génocide, d'offrir une assistance humanitaire aux victimes de guerre, où que ce soit. En conséquence, la condition d'urgence n'a pas non plus été remplie en l'espèce.

V. CONCLUSION

27. Compte tenu de ce qui précède, les conditions requises pour l'indication de mesures conservatoires en l'espèce ne sont pas réunies. La Cour n'a pas compétence *prima facie* pour connaître des griefs du Nicaragua car la requête de celui-ci a été déposée prématurément, avant qu'un différend se soit cristallisé entre les Parties. Par ailleurs, la Cour ne peut exercer sa compétence, même *prima facie*, à l'égard d'aucun des griefs formulés par le Nicaragua contre l'Allemagne, puisqu'il lui faudrait, pour se prononcer sur le comportement de l'Allemagne, apprécier au préalable la licéité du comportement d'Israël, tierce partie indispensable qui n'a pas consenti à la présente procédure. Enfin, la condition d'urgence n'est pas remplie. C'est donc à juste titre que la demande en indication de mesures conservatoires du Nicaragua a été rejetée.

(Signé) Julia SEBUTINDE.

⁴⁶ CR 2024/16, p. 44-45, par. 14-16 (Palchetti).

⁴⁷ *Ibid.*, p. 46, par. 25-27 (Palchetti).

⁴⁸ *Ibid.*, p. 47-48, par. 32-35 (Palchetti).