

DISSENTING OPINION
OF JUDGE *AD HOC* AL-KHASAWNEH

Unusual character of Court's Order — Divergent from Court's rich and constant jurisprudence — Lack of reasoning — Urgency evidently satisfied — Monetary Gold principle inapplicable — Procedural flaw in hearing the Parties.

1. The Order issued today by the Court on the Request for the indication of provisional measures by Nicaragua is an unusual document, more notable for what it does not contain than for what it does and, as far as can be ascertained, unlike anything before it in terms of the long, rich and constant jurisprudence of the Court when faced with similar requests. At paragraph 26 (*dispositif*) of the Order, the Court finds that the circumstances, as they now present themselves, are not such as to require the exercise of its power under Article 41 of the Statute to indicate provisional measures. One would expect that such a finding would rest on a solid reasoned foundation (if only as a matter of professional commitment by the Court and, most probably, also as a matter of legitimacy), all the more so when what is at issue here is an ongoing human tragedy of semi-apocalyptic proportions and a real threat to international peace and security.

2. It goes without saying that it is within the Court's power not to indicate any measures. Even then, such a decision has to be based on solid reasoned grounds. Unlike in other cases where the Court declines to indicate provisional measures¹, in the present case neither Party nor indeed any other State knows on what basis the Court did not indicate any measures directed to Germany, as requested by Nicaragua — in other words, which requirement for the indication of provisional measures was deemed not to have been satisfied. It is truly unfortunate — above all for the Court's own standing and judicial function and ultimately for its relevance in these times of

¹ See e.g. *Aegean Sea Continental Shelf (Greece v. Turkey)*, *Interim Protection, Order of 11 September 1976*, I.C.J. Reports 1976, p. 11, para. 33; *Armed Activities on the Territory of the Congo (New Application: 2002) (Democratic Republic of the Congo v. Rwanda)*, *Provisional Measures, Order of 10 July 2002*, I.C.J. Reports 2002, p. 249, para. 89; *Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay)*, *Provisional Measures, Order of 13 July 2006*, I.C.J. Reports 2006, p. 132, para. 76.

OPINION DISSIDENTE
DE M. LE JUGE *AD HOC* AL-KHASAWNEH

[Traduction]

Caractère inhabituel de l'ordonnance de la Cour, divergeant de la jurisprudence abondante et constante de celle-ci — Défaut de motivation — Condition d'urgence étant de toute évidence remplie — Principe de l'Or monétaire étant inapplicable — Insuffisance de la procédure orale.

1. L'ordonnance que la Cour a rendue ce jour sur la demande en indication de mesures conservatoires soumise par le Nicaragua présente un caractère inhabituel, en ce qu'elle se distingue davantage par ce qu'elle ne dit pas que par ce qu'elle dit et, pour autant que l'on puisse en juger à l'aune de la jurisprudence ancienne, abondante et constante de la Cour, en ce qu'elle ne ressemble à aucune décision prise par celle-ci en réponse à des demandes analogues. Dans le dispositif (par. 26) de l'ordonnance, la Cour conclut que les circonstances, telles qu'elles se présentent actuellement à elle, ne sont pas de nature à exiger l'exercice de son pouvoir d'indiquer des mesures conservatoires en vertu de l'article 41 du Statut. On pourrait s'attendre à ce qu'une telle conclusion repose sur une argumentation solide (ne serait-ce qu'en raison du professionnalisme dont la Cour doit faire montre, ainsi que, sans aucun doute, eu égard à sa légitimité), *a fortiori* quand ce qui est en cause est une tragédie humaine en cours qui atteint des proportions semi-apocalyptiques et représente une menace réelle pour la paix et la sécurité internationales.

2. Il va sans dire que la Cour a le pouvoir de ne pas indiquer de mesures conservatoires; cela étant, même dans ce cas, sa décision doit être solidement motivée. À la différence d'autres affaires dans lesquelles elle a refusé d'indiquer des mesures conservatoires¹, ni les Parties ni d'ailleurs aucun autre État ne savent, dans la présente instance, sur quel fondement la Cour a refusé d'indiquer la moindre mesure adressée à l'Allemagne, comme le demandait le Nicaragua — autrement dit, quelle était la condition régissant l'indication de mesures conservatoires que la Cour a considérée comme n'étant pas remplie. Il est vraiment regrettable — principalement pour sa

¹ Voir, par exemple, *Plateau continental de la mer Égée (Grèce c. Turquie)*, mesures conservatoires, ordonnance du 11 septembre 1976, C.I.J. Recueil 1976, p. 11, par. 33; *Activités armées sur le territoire du Congo (nouvelle requête: 2002) (République démocratique du Congo c. Rwanda)*, mesures conservatoires, ordonnance du 10 juillet 2002, C.I.J. Recueil 2002, p. 249, par. 89; *Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay (Argentine c. Uruguay)*, mesures conservatoires, ordonnance du 13 juillet 2006, C.I.J. Recueil 2006, p. 132, par. 76.

perplexity and tumult — that the Court opted for a novel approach constituting a departure from its established jurisprudence in order to respond to Nicaragua’s request for provisional measures in the present case².

3. As things stand, the Court is content with a minimalistic approach, comprising a statement that reminds all States, including Germany, of their obligations relating to the transfer of arms to what is euphemistically referred to as “parties to an armed conflict” (Order, para. 24) but in reality, concerns a State found by the Court to be plausibly engaged in an ongoing genocide³. The “reasoning” deployed to arrive at this platitude would, of necessity, bear the remotest of resemblance to the reasoning of a court of law and much in common with the compromise-seeking parlance and *oratio obliqua* of political discourse. Apparently, the contagion is spreading.

4. As is well known, the indication of provisional measures, which has as its purpose the protection of rights of both Parties pending a final determination of the case by the Court, depends on the satisfaction of certain criteria. It can be safely asserted that these are all fulfilled in the present case. Even the Court does not state otherwise. Indeed, the requirements of *prima facie* jurisdiction and standing, plausibility of rights that are related to the measures requested, and the risk of irreparable prejudice are plainly apparent from the facts of the case and the settled jurisprudence of the Court. In other words, this is a classic request for the indication of provisional measures.

5. Two matters nevertheless warrant further consideration. The first is urgency, to the extent that the Order (paras. 18-20) may contain an intimation within a hint of legal reasoning in this regard by relying heavily on statements by Germany to which Nicaragua did not have an opportunity to respond. Indeed, the Court’s entire “reasoning” is comprised of five paragraphs, virtually all based on what Germany asserts. The second is the Monetary Gold principle, since it was argued extensively by Germany as grounds to preclude the rendering of any measures by the Court.

I. URGENCY

6. Urgency must be satisfied “in the sense that there is a real and imminent risk that irreparable prejudice will be caused to the rights claimed

² CR 2024/15, pp. 58-59, para. 39 (Argüello Gómez).

³ *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. 23, para. 54.*

réputation même, pour sa fonction judiciaire et, en définitive, pour sa pertinence en ces temps troublés et incertains — que la Cour ait suivi, en réponse à la demande en indication de mesures conservatoires présentée par le Nicaragua en l'espèce, une approche inédite s'écartant de sa jurisprudence établie².

3. La Cour, en l'occurrence, se contente d'une approche minimaliste, formulant une déclaration par laquelle elle rappelle à tous les États, y compris l'Allemagne, les obligations qui leur incombent en ce qui concerne le transfert d'armes à ce qu'elle qualifie par euphémisme de « parties à un conflit armé » (ordonnance, par. 24), mais qui vise en réalité un État dont la Cour a conclu qu'il était plausiblement en train de commettre un génocide³. Le « raisonnement » suivi pour arriver à cette platitude ne tient du raisonnement d'un organe judiciaire qu'*a minima* (par la force des choses), et s'apparente fortement au verbiage qui caractérise la recherche de compromis et aux circonlocutions émaillant les discours politiques. Manifestement, le virus se propage.

4. Comme on le sait, l'indication de mesures conservatoires, qui a pour objet de protéger les droits des deux Parties dans l'attente de la décision finale de la Cour en l'affaire, est subordonnée au respect de certains critères. Or, il y a tout lieu de considérer que ces derniers sont en l'espèce tous remplis. La Cour elle-même ne dit pas le contraire. De fait, il est absolument évident, au vu des faits de l'espèce et de la jurisprudence de la Cour, qu'il est satisfait aux conditions relatives à la compétence *prima facie* et à la qualité pour agir, à la plausibilité des droits ayant un lien avec les mesures demandées et au risque de préjudice irréparable. En d'autres termes, il s'agit là d'une demande en indication de mesures conservatoires tout à fait classique.

5. Deux questions méritent toutefois d'être examinées plus avant. La première est celle de l'urgence, que la Cour dans son ordonnance (par. 18-20) a peut-être vaguement abordée dans son raisonnement juridique limité à ce sujet, en s'appuyant pour l'essentiel sur des déclarations de l'Allemagne auxquelles le Nicaragua n'a pas eu la possibilité de répondre. En effet, l'intégralité du « raisonnement » de la Cour se compose de cinq paragraphes, presque tous fondés sur des assertions de l'Allemagne. La seconde est celle du principe de l'Or monétaire, puisque l'Allemagne s'y est abondamment référée pour faire obstacle à l'indication de mesures par la Cour.

I. URGENCE

6. Le critère de l'urgence doit être rempli, c'est-à-dire qu'il doit « existe[r] un risque réel et imminent qu'un préjudice irréparable soit causé aux droits

² CR 2024/15, p. 58-59, par. 39 (Argüello Gómez).

³ *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. 23, par. 54.*

before the Court gives its final decision”⁴, essentially requiring a factual determination. In this regard, Germany’s decision to transfer 3,000 anti-tank weapons in the aftermath of 7 October 2023 is noteworthy. Anyone familiar with their use in civil wars would know or ought to know that, especially when employed against an enemy which does not have tanks, as is the case in Gaza, they are used to target homes and other buildings with the devastating effect of penetrating the building and indiscriminately incinerating everyone inside. That they have actually been used in an indiscriminate manner in Gaza is attested to by substantial evidence, including footage indicating the wanton use by Israeli soldiers of anti-tank weapons of the sort supplied by Germany against Palestinian homes in Gaza⁵. Equally noteworthy is Germany’s permission to allow Israel to use the drones already in the latter’s territory. Their use in attacking civilians had also been widely reported⁶. Of considerable significance in assessing the overall German policy is the fact admitted by Germany that weapons to Israel were prioritized immediately after 7 October 2023⁷ and are indeed reported to include the possibility of transfers from Germany’s own stockpiles⁸.

7. Germany prides itself on its robust system designed to ensure that its arms shipments to foreign States meet a high threshold, reflecting Germany’s deep concern for international law. There are no reasons to doubt the veracity of such assertions, nor the sincerity of Germany’s attachment to those ideals. But a legitimate question arises, given that precisely when the decision to supply the aforementioned lethal weapons was made, both the civilian and military leadership of Israel were making the most blood-curdling genocidal statements ordering the annihilation of the people of Gaza in imitation of the annihilation of the Amalekites of biblical renown (a Semitic people obliterated by the ancient Israelites). The more secular among the Israeli leadership openly declared, among other similar statements, that no water or food will be available to the people of Gaza⁹. These were not merely instigations, but widely disseminated orders that came from people at the helm of power, revealing the otherwise elusive intent (*dolus specialis*) to commit genocide and that were acted upon. It was precisely at this point, when Germany must have known that a genocide was in the making, that it never-

⁴ *Ibid.*, p. 24, para. 61.

⁵ See e.g. Forensis, *Report: Short Study — German Arms Exports to Israel, 2003-2023*, p. 6.

⁶ *Ibid.*, pp. 8 and 25-26.

⁷ CR 2024/16, p. 20, para. 23 (Tams).

⁸ Matthias Gebauer, Christoph Schult and Gerald Traufetter, “Waffenhilfe für den Gaza-Krieg: Bundesregierung prüft Lieferung von Panzermunition an Israel”, *Der Spiegel*, 16 January 2024.

⁹ See also *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), pp. 22-23, paras. 52-53.

revendiqués avant que la Cour ne rende sa décision définitive»⁴, ce qui suppose en réalité une détermination des faits. À cet égard, la décision de l'Allemagne de transférer 3 000 armes antichars à la suite du 7 octobre 2023 mérite d'être relevée. Comme toute personne au fait de leur usage dans le cadre de guerres civiles le sait — ou devrait le savoir —, ces armes, surtout quand elles sont employées contre un ennemi qui ne dispose pas de chars, comme c'est le cas à Gaza, ont pour cibles des logements ou autres bâtiments et pour effets dévastateurs d'éventrer ceux-ci et de brûler vives toutes les personnes se trouvant à l'intérieur. L'utilisation effective et indiscriminée de ces armes à Gaza est attestée par des éléments de preuve solides, notamment des séquences vidéo montrant des soldats israéliens actionnant aveuglément des armes antichars du type de celles fournies par l'Allemagne contre des habitations palestiniennes à Gaza⁵. Il convient également de relever que l'Allemagne a autorisé Israël à utiliser les drones se trouvant déjà sur le territoire de celui-ci. L'emploi de ces appareils dans des attaques contre des civils est aussi abondamment rapporté⁶. Ce qui est essentiel pour apprécier la politique générale allemande, c'est le fait, reconnu par la défenderesse, que les armes destinées à Israël sont devenues une priorité immédiatement après le 7 octobre 2023⁷, l'Allemagne ayant même, selon certaines informations, envisagé de transférer des armes de ses propres stocks à cet État⁸.

7. L'Allemagne s'enorgueillit de son solide système conçu pour garantir que ses livraisons d'armes à des États étrangers répondent à des critères stricts, témoignant de son grand souci du droit international. Il n'y a aucune raison de douter de la véracité de ces affirmations, ni de la sincérité de l'attachement de l'Allemagne à ces idéaux. Mais une question légitime se pose, étant donné que, au moment précis où l'Allemagne a décidé de fournir les armes létales susmentionnées, les autorités israéliennes, aussi bien civiles que militaires, faisaient des déclarations génocidaires à glacer le sang, ordonnant l'extermination de la population de Gaza à l'image du massacre des Amalécites (peuple sémite qui fut anéanti par les anciens Israélites) que relate la Bible. Les dirigeants israéliens moins religieux ont ouvertement déclaré, entre autres annonces du même acabit, que la population de Gaza serait privée d'eau et de nourriture⁹. Il s'agissait non pas de simples incitations, mais d'ordres largement diffusés, qui émanaient de personnes à la tête du pouvoir, révélant ainsi l'intention (*dolus specialis*) par ailleurs difficile à établir de commettre un génocide, et qui ont été exécutés. C'est précisément

⁴ *Ibid.*, p. 24, par. 61.

⁵ Voir, par exemple, Forensis, *Report: Short Study — German Arms Exports to Israel, 2003-2023*, p. 6.

⁶ *Ibid.*, p. 8 et 25-26.

⁷ CR 2024/16, p. 20, par. 23 (Tams).

⁸ Matthias Gebauer, Christoph Schult et Gerald Traufetter, «Waffenhilfe für den Gaza-Krieg: Bundesregierung prüft Lieferung von Panzermunition an Israel», *Der Spiegel*, 16 janvier 2024.

⁹ Voir aussi *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. 22-23, par. 52-53.

theless did not hesitate to contribute to the weapons and equipment required to accomplish it.

8. Learned counsel for Germany put much stock in the fact that there has been a significant decrease in German shipments to Israel. Notably, however, there has been no indication, let alone a guarantee, from Germany that this will not be reversed. And yet, it seems to have been the only ground that could have possibly persuaded the Court not to indicate measures at this time directed against Germany. There are none so blind as those who will not see¹⁰. Moreover, given Germany's assertion regarding the inherited collective guilt for what Nazi Germany did to European Jewry in the Second World War, as reiterated by Germany's distinguished Agent, any hope placed in the robustness of German guarantees might be overestimated. It is relevant that the Court, since at least *Equatorial Guinea v. France*¹¹, has considered the test of urgency to be satisfied when there is a possibility of recurrence. More specifically, "[t]he condition of urgency is met when the acts susceptible of causing irreparable prejudice can 'occur at any moment' before the Court makes a final decision on the case"¹². There is no reason why it should be otherwise in this case.

9. Indeed, since the closure of oral hearings, Nicaragua has brought to the Court's attention information from the German Government concerning the export licences granted for Israel in 2024. These include war weapons and other military equipment, apparently not for training or test purposes, as Germany had suggested in respect of certain earlier licences. Licences granted in 2024 concern, among other things, ammunition for machine guns; propellant charges; items falling within the category of warships (surface or underwater), specialized naval equipment, accessories, components and other surface vessels; and, most ominously, *an item falling into the category of chemical agents, biological agents, irritants, radioactive substances, associated equipment, components and materials*¹³. It is also worth pointing out that the Court dealt with "other military equipment" as exclusively relating to non-lethal equipment. This was an oversimplification dealt with summarily by the Court since, under German law,

¹⁰ Ultimately traceable to Jeremiah 5:21.

¹¹ *Immunities and Criminal Proceedings (Equatorial Guinea v. France)*, Provisional Measures, Order of 7 December 2016, I.C.J. Reports 2016 (II), p. 1169, para. 90.

¹² *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.

¹³ For more comprehensive and detailed information, see Answer of the Federal Government of Germany to the parliamentary question by Sevim Dağdelen, Dr Sahra Wagenknecht, Ali Al-Dailami, other MPs and the BSW group, 10 April 2024; Supplementary question concerning the parliamentary question by the Sahra Wagenknecht Alliance Group on "German war weapons exports to Israel", 17 April 2024.

à ce moment-là, alors qu'elle aurait dû savoir qu'un génocide était en cours, que l'Allemagne n'a pas hésité malgré tout à prendre part à la fourniture des armes et du matériel nécessaires à la perpétration de ce crime.

8. Les éminents conseils de l'Allemagne ont particulièrement insisté sur le fait que les livraisons de celle-ci à Israël avaient considérablement diminué. Il faut toutefois souligner que l'Allemagne n'a jamais dit — et encore moins garanti — que cette tendance ne pourrait pas s'inverser. Cela aurait pourtant été la seule raison qui aurait pu convaincre la Cour de ne pas indiquer à ce stade de mesures conservatoires adressées à l'Allemagne. Il n'est pire aveugle que celui qui ne veut pas voir¹⁰. Du reste, au vu des propos tenus par les conseils de l'Allemagne concernant la culpabilité collective héritée de l'Allemagne nazie et de ce que cette dernière avait fait subir à la communauté juive européenne pendant la seconde guerre mondiale, comme l'a rappelé l'agente de la défenderesse, tout espoir placé dans la solidité des assurances données par cet État risque d'être déçu. Relevons que la Cour considère, au moins depuis l'affaire *Guinée équatoriale c. France*¹¹, qu'il est satisfait au critère de l'urgence lorsqu'il existe une possibilité que les faits se répètent. Plus précisément, « [l]a condition d'urgence est remplie dès lors que les actes susceptibles de causer un préjudice irréparable peuvent “intervenir à tout moment” avant que la Cour ne se prononce de manière définitive en l'affaire »¹². Il n'y a pas de raison qu'il en soit autrement en l'espèce.

9. D'ailleurs, depuis la clôture de la procédure orale, le Nicaragua a appelé l'attention de la Cour sur des informations communiquées par le Gouvernement allemand au sujet des autorisations d'exportation à destination d'Israël en 2024. Ces autorisations portent notamment sur des armes de guerre et d'autres équipements militaires, qui ne sont de toute évidence pas utilisés à des fins d'entraînement ou d'essai, comme l'Allemagne l'avait laissé entendre à propos de certaines autorisations antérieures. Les autorisations accordées en 2024 concernent, entre autres, des munitions pour mitrailleuses, des charges propulsives, des articles entrant dans la catégorie des navires de guerre (de surface ou sous-marins), du matériel naval spécialisé, des accessoires, des composants et autres bâtiments de surface, et, bien plus inquiétant encore, *un article relevant de la catégorie des agents chimiques, agents biologiques, produits irritants, substances radioactives et équipements, composants et matériels connexes*¹³. Il est également intéres-

¹⁰ Proverbe dont on trouve déjà trace dans le Livre de Jérémie, chap. 5, verset 21.

¹¹ *Immunités et procédures pénales (Guinée équatoriale c. France)*, mesures conservatoires, ordonnance du 7 décembre 2016, C.I.J. Recueil 2016 (II), p. 1169, par. 90.

¹² *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. 645-646, par. 78.

¹³ Pour des informations plus complètes et détaillées, voir Answer of the Federal Government of Germany to the parliamentary question by Sevim Dağdelen, Dr Sahra Wagenknecht, Ali Al-Dailami, other MPs and the BSW group, 10 avril 2024; Supplementary question concerning the parliamentary question by the Sahra Wagenknecht Alliance Group on «German war weapons exports to Israel», 17 avril 2024.

certain lethal weapons may fall under the “other military equipment” category.

II. MONETARY GOLD PRINCIPLE

10. The pleadings in the present case have brought into sharp focus a number of issues relating to the status of the so-called principle or doctrine of an indispensable third State, otherwise known as the “Monetary Gold principle”, as well as the weight to be afforded to it within the overall scheme of access to the Court.

11. Learned counsel for Germany expended considerable effort in attempting to prove that the invocation of the Monetary Gold principle is timely at this stage of the proceedings and applicable in that only a prior determination of Israel’s responsibility for genocide would permit a continuation of the proceedings in the present one. Nothing is more debatable.

12. In the first place, a prior determination has already taken place in *South Africa v. Israel*, albeit in a preliminary manner¹⁴. But beyond this and as far as can be ascertained, there has not been one case where the Monetary Gold principle was successfully invoked at the provisional measures stage. In fact, there is one instance where the United States of America attempted to invoke an indispensable third State rule in *Nicaragua v. United States of America* and failed. The Court could not have been clearer. It stated that:

“on a request for provisional measures the Court need not, before deciding whether or not to indicate them, finally satisfy itself that it has jurisdiction on the merits of the case, or, as the case may be, that an objection taken to jurisdiction is well-founded, yet it ought not to indicate such measures unless the provisions invoked by the Applicant

¹⁴ *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. 23, para. 54. That the Court found there to be a plausible genocide is reflected in the Court’s consideration of Israel’s conduct and other relevant evidence before concluding that “at least some of the rights claimed by South Africa . . . are plausible”. See *ibid.*, pp. 20-23, paras. 46-53. Indeed, that the “plausible right” test has come to be a “plausible claim” test is reflected also in the Court’s reasoning in other cases. See e.g. *Immunities and Criminal Proceedings (Equatorial Guinea v. France), Provisional Measures, Order of 7 December 2016, I.C.J. Reports 2016 (II)*, p. 1167, para. 79; *Application of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Azerbaijan v. Armenia), Provisional Measures, Order of 7 December 2021, I.C.J. Reports 2021*, p. 425, para. 53.

sant de relever que la Cour a considéré que la catégorie des « autres matériels militaires » ne concernait que les équipements non létaux. C'est là une simplification excessive que la Cour a traitée de façon superficielle puisque, au regard de la législation allemande, certaines armes létales peuvent entrer dans la catégorie des « autres matériels militaires ».

II. PRINCIPE DE L'OR MONÉTAIRE

10. Les exposés présentés en l'espèce ont clairement mis en évidence un certain nombre de questions portant sur le statut du principe (ou doctrine) de l'État tiers indispensable, également appelé principe de l'Or monétaire, ainsi que sur le poids qu'il convient d'accorder à ce principe dans le cadre du dispositif global régissant l'accès à la Cour.

11. Les éminents conseils de l'Allemagne ont déployé des efforts considérables pour tenter d'établir que l'invocation du principe de l'Or monétaire était opportune à ce stade de la procédure et applicable en ce que, audit stade, seule une détermination préalable de la responsabilité d'Israël à raison d'actes de génocide permettrait la poursuite de la procédure. Or, c'est pour le moins contestable.

12. Premièrement, la Cour s'est déjà prononcée à cet égard en l'affaire *Afrique du Sud c. Israël*, bien qu'à titre préliminaire¹⁴. Mais au-delà, et pour autant que l'on puisse en juger, jamais le principe de l'Or monétaire n'a été utilement invoqué au stade des mesures conservatoires. On ne recense en réalité qu'une seule tentative, lorsque les États-Unis d'Amérique ont essayé d'invoquer la règle de l'État tiers indispensable en l'affaire *Nicaragua c. États-Unis d'Amérique* — en vain. La Cour n'aurait pas pu être plus claire quand elle a dit que,

« lorsqu'elle est saisie d'une demande en indication de mesures conservatoires, [elle] n'a pas besoin, avant de décider si elle indiquera ou non de telles mesures, de parvenir à une conclusion définitive sur sa compétence au fond ou, éventuellement, sur le bien-fondé d'une exception d'incompétence, mais ... elle ne doit cependant indiquer de telles

¹⁴ *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. 23, par. 54. Le fait que la Cour ait conclu à l'existence d'un génocide plausible transparaît dans l'examen par celle-ci du comportement d'Israël et d'autres éléments de preuve pertinents, ce qui l'a amenée à juger qu'« au moins certains des droits que l'Afrique du Sud revendique ... sont plausibles ». Voir *ibid.*, p. 20-23, par. 46-53. D'ailleurs, la transformation du critère du « droit plausible » en critère de l'« allégation plausible » est également mise en évidence dans le raisonnement qu'a suivi la Cour dans d'autres affaires. Voir, par exemple, *Immunités et procédures pénales (Guinée équatoriale c. France)*, mesures conservatoires, ordonnance du 7 décembre 2016, C.I.J. Recueil 2016 (II), p. 1167, par. 79; *Application de la convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (Azerbaïdjan c. Arménie)*, mesures conservatoires, ordonnance du 7 décembre 2021, C.I.J. Recueil 2021, p. 425, par. 53.

appear, *prima facie*, to afford a basis on which the jurisdiction of the Court might be founded”¹⁵.

Obviously, this is a reflection of the fact that the essence and purpose of provisional measures is to protect plausible rights from an imminent risk of irreparable prejudice. It is not apparent how an assessment of possible objections to admissibility is relevant to this purpose or is otherwise necessary for the indication of provisional measures.

13. Secondly, assuming that the doctrine could be invoked (*quod non*), the next issue is the condition that the legal interest of the third State should be the “very subject-matter of the decision” of the Court. However, what constitutes the very subject-matter of the decision is difficult to determine and open to divergent viewpoints. In any event, I fail to see how it could apply to a duty to prevent genocide for that duty is triggered as soon as a State, in this case Germany, learned or should have learned that a genocide is plausibly in the making. Given how openly and boastfully the intent (*dolus specialis*) to commit genocide was communicated by Israeli leaders and the fact that simultaneous on-the-ground implementation was taking place, it would be absurd for Germany to have to await the total completion of genocide before its responsibility could be engaged. In adjudicating compliance with Germany’s responsibility to *prevent* genocide, a finding of the commission of genocide by Israel cannot, by definition, be the very subject-matter of the Court’s decision. This applies with greater force with respect to the duty to ensure respect for international humanitarian law, not least because “[c]ommon Article 1 requires High Contracting Parties to refrain from transferring weapons if there is an expectation, based on facts or knowledge of past patterns, that such weapons would be used to violate the Conventions”¹⁶. Germany’s responsibility was triggered as soon it knew or should have known of plausible violations of international humanitarian law and regardless of the ascertainment of intent on the part of Israel.

14. Thirdly, there is every reason to think that, in its limited dealings with the Monetary Gold principle, the Court never treated it as a *carte blanche* that would give third States a virtual veto power on the rights of other States to seek justice through resort to the Court. Thus, in *Nicaragua v. United States of America*, the first case where the principle arose after the

¹⁵ *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, Provisional Measures, Order of 10 May 1984, I.C.J. Reports 1984, p. 179, para. 24.

¹⁶ International Committee of the Red Cross, Convention (I) for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armed Forces in the Field, Geneva, 12 August 1949, Commentary of 2016, para. 162.

mesures que si les dispositions invoquées par le requérant paraissent constituer *prima facie* une base sur laquelle sa compétence pourrait être fondée»¹⁵.

À l'évidence, cela illustre le fait que les mesures conservatoires ont pour essence et pour but de protéger des droits plausibles d'un risque imminent de préjudice irréparable. On ne voit pas comment l'appréciation d'éventuelles exceptions d'irrecevabilité pourrait présenter un intérêt à cette fin, ni se révéler, pour quelque autre raison, nécessaire à l'indication de mesures conservatoires.

13. Deuxièmement, à supposer que la doctrine puisse être invoquée (*quod non*), se poserait alors la question de la condition selon laquelle l'intérêt juridique de l'État tiers doit constituer «l'objet même de la [] décision» de la Cour. Il est cependant difficile de déterminer ce qui constitue l'objet même de la décision, et ce point peut susciter des divergences d'opinion. En tout état de cause, je ne vois pas en quoi cela pourrait s'appliquer à l'obligation de prévenir le génocide, car celle-ci s'impose dès qu'un État (l'Allemagne, en l'occurrence) sait, ou devrait savoir, qu'un génocide est plausiblement en cours. Étant donné que les dirigeants israéliens se sont ouvertement vantés de leur intention (*dolus specialis*) de commettre un génocide, et que celle-ci se traduisait simultanément dans les faits, il serait absurde de devoir attendre que le génocide soit complètement terminé pour que l'Allemagne puisse voir sa responsabilité engagée. La Cour étant appelée à se prononcer sur le respect par l'Allemagne de son obligation de *prévenir* le génocide, l'objet même de sa décision ne peut, par définition, être une conclusion énonçant qu'Israël commet un génocide. Cela vaut d'autant plus en ce qui concerne l'obligation de veiller au respect du droit international humanitaire, ne serait-ce que dans la mesure où «[l']article [premier] commun exige que les Hautes Parties contractantes s'abstiennent de transférer des armes si l'on peut s'attendre, sur la base de faits ou de la connaissance de tendances, actuelles ou passées, à ce que ces armes puissent être utilisées pour violer les Conventions»¹⁶. La responsabilité de l'Allemagne a été engagée dès l'instant où celle-ci a eu connaissance, ou aurait dû avoir connaissance, de violations plausibles du droit international humanitaire, et ce, que l'intention d'Israël ait été ou non établie.

14. Troisièmement, il y a tout lieu de penser que, les rares fois où elle a dû s'intéresser au principe de l'Or monétaire, la Cour n'a jamais considéré celui-ci comme une carte blanche qui donnerait aux États tiers un quasi-droit de veto sur le droit d'autres États de chercher à obtenir justice en s'adressant à elle. Ainsi, dans l'affaire *Nicaragua c. États-Unis d'Amérique* — première

¹⁵ *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique)*, mesures conservatoires, ordonnance du 10 mai 1984, C.I.J. Recueil 1984, p. 179, par. 24.

¹⁶ Comité international de la Croix-Rouge, Convention (I) pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne, Genève, 12 août 1949, commentaire de 2016, par. 162.

Monetary Gold case itself, the Court delineated that principle in a very narrow manner. The Court stated that “[t]he circumstances of the *Monetary Gold* case probably represent the limit of the power of the Court to refuse to exercise its jurisdiction”¹⁷. The Court added that:

“[t]here is no trace, either in the Statute or in the practice of international tribunals, of an ‘indispensable parties’ rule of the kind argued for by the United States, which would only be conceivable in parallel to a power, which the Court does not possess, to direct that a third State be made a party to proceedings.”¹⁸

15. Fourthly, *Monetary Gold* is distinguishable from the situation where there is a treaty conferring jurisdiction on the Court. In the latter situation, the mere fact of being a party to the treaty with no reservation to its compromissory clause means and can only mean by necessary implication that the State party to the treaty in question has given its consent to refer the question to the Court. We must keep in mind that, in *Guyana v. Venezuela*, the inoperativeness of the *Monetary Gold* principle was based on the fact that the United Kingdom, as a party to the Geneva Agreement of 1966, had expressly given its consent for the proceedings to continue. There is no normative difference between this situation and the case of a State giving its consent by necessary implication by being a party to the Genocide Convention without reservation to Article IX.

16. Fifthly, as a matter of legal policy, the increasing interdependence of States, as exemplified by multilateral treaties, illustrates that it would be wrong to give the *Monetary Gold* principle wider scope than it is due and certainly wider than its founding judges could have ascribed to it. It should also be borne in mind that the existence of Articles 59, 62 and 63 provide statutory protection for third States whose legal interests might be significantly affected. This delicate balance should not be upset by giving more weight to the *Monetary Gold* principle than it deserves.

17. Lastly, the dearth of precedent can be gleaned from the attempt by distinguished counsel for Germany to find support for the so-called *Monetary Gold* principle in the fact that maritime delimitations by the Court stop before reaching the entitlements of third States. That fact can be used just as easily to support precisely the opposite conclusion, since the Court and other courts and tribunals never refrain from adjudicating on such cases due to the possible effect on third States. As a matter of fact, the question came to the forefront in *El Salvador/Honduras*, where the Court acknow-

¹⁷ *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, *Jurisdiction and Admissibility, Judgment*, I.C.J. Reports 1984, p. 431, para. 88 (emphasis added).

¹⁸ *Ibid.*

dans laquelle ce principe a été mentionné après celle de l'*Or monétaire* —, la Cour en a considérablement restreint la portée, constatant que «*[l]es circonstances de l'affaire de l'Or monétaire marqu[ai]ent vraisemblablement la limite d[e son] pouvoir ... de refuser d'exercer sa juridiction*»¹⁷. Elle a également dit ce qui suit :

« Dans le Statut comme dans la pratique des tribunaux internationaux, on ne trouve aucune trace d'une règle concernant les "parties indispensables" comme celle que défendent les États-Unis, qui ne serait concevable que parallèlement à un pouvoir, dont la Cour est dépourvue, de prescrire la participation à l'instance d'un État tiers. »¹⁸

15. Quatrièmement, les circonstances de l'affaire de l'*Or monétaire* se distinguent de celles dans lesquelles il y a un traité qui confère compétence à la Cour. Dans ce dernier cas, le simple fait qu'un État soit partie au traité et n'ait pas fait de réserve à la clause compromissoire signifie, et ne peut que signifier, en toute logique, que cet État consent à ce que la question soit soumise à la Cour. Il convient de garder à l'esprit que, dans l'affaire *Guyana c. Venezuela*, le caractère inopérant du principe de l'*Or monétaire* s'expliquait par le fait que le Royaume-Uni, en tant que partie à l'accord de Genève de 1966, avait expressément consenti à ce que la procédure se poursuive. Or il n'y a aucune différence normative entre cette situation et le cas d'un État ayant nécessairement donné son consentement parce qu'il est partie à la convention sur le génocide sans avoir formulé de réserve à l'article IX.

16. Cinquièmement, du point de vue de la politique juridique, l'interdépendance croissante des États, dont témoignent les traités multilatéraux, montre que l'on aurait tort d'attribuer au principe de l'*Or monétaire* une portée plus vaste qu'il ne convient, et certainement plus vaste que celle que les juges qui l'ont énoncé ont pu lui donner. Il faut en outre ne pas perdre de vue que les articles 59, 62 et 63 prévoient une protection statutaire pour les États tiers dont les intérêts juridiques pourraient être sérieusement lésés. Il ne s'agirait pas de compromettre ce subtil équilibre en accordant au principe de l'*Or monétaire* plus de poids qu'il n'en mérite.

17. Enfin, c'est parce que les précédents manquent que les éminents conseils de l'Allemagne ont invoqué, à l'appui de l'application du principe dit de l'*Or monétaire*, le fait que le tracé des délimitations maritimes auxquelles procède la Cour s'arrête là où commencent les espaces auxquels peuvent prétendre les États tiers. On peut tout aussi aisément tirer de ce fait la conclusion inverse, puisque la Cour et les autres juridictions ne s'abstiennent jamais de statuer sur ce type d'affaires en invoquant les éventuels effets sur des États tiers. La question s'est d'ailleurs retrouvée au cœur de l'affaire

¹⁷ *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique)*, compétence et recevabilité, arrêt, C.I.J. Recueil 1984, p. 431, par. 88 (les italiques sont de moi).

¹⁸ *Ibid.*

ledged that its finding as to the existence of a condominium opposable to one of the parties or of a community of interests between the two parties would:

“evidently affect an interest of a legal nature of Nicaragua; but even so that interest would not be the ‘very subject-matter of the decision’ in the way that the interests of Albania were in the case concerning *Monetary Gold*. . . . [I]t follows from this that the question whether the Chamber would have power to take a decision on these questions, without the participation of Nicaragua in the proceedings, does not arise; but that the conditions for an intervention by Nicaragua in this aspect of the case are nevertheless clearly fulfilled.”¹⁹

So, here again, we find that the Court provided the avenue of third-State intervention as the proper remedy for any impact on a third State’s legal interest, rather than the automatic application of the Monetary Gold principle. This yet again proves that the Monetary Gold principle is of modest and limited application.

III. PROCEDURAL MATTERS

18. Before concluding, I ought to put on record my serious misgivings at the way in which Nicaragua’s request was dealt with by the Court. In the first place, a one-round two-hour pleading is hardly enough for justice to be done and to be seen to be done. In the present case, Germany did not reply in writing to Nicaragua’s written request, so the latter did not know what to expect in the oral pleadings and, since Germany was also the last to speak, did not have the possibility to respond to Germany’s submissions. I consider this a serious procedural flaw.

*

19. For all the above reasons, I cannot concur with my learned colleagues’ findings and feel in duty and conscience-bound to dissent.

(Signed) Awn AL-KHASAWNEH.

¹⁹ *Land, Island and Maritime Frontier Dispute (El Salvador/Honduras), Application for Permission to Intervene, Judgment, I.C.J. Reports 1990, p. 122, para. 73.*

El Salvador/Honduras, dans laquelle la Cour a relevé que sa conclusion relative à l'existence d'un condominium opposable à l'une des parties, ou d'une communauté d'intérêts entre les deux parties,

« affecterait donc évidemment un intérêt d'ordre juridique du Nicaragua ; mais même ainsi cet intérêt ne constituerait pas “l'objet même de ladite décision”, comme l'étaient les intérêts de l'Albanie dans l'affaire de l'*Or monétaire*... De cela résulte ... que la question de savoir si la Chambre aurait le pouvoir de statuer sur ces questions sans la participation du Nicaragua à l'instance ne se pose pas, mais que les conditions d'une intervention du Nicaragua sur cet aspect de l'affaire n'en sont pas moins manifestement remplies. »¹⁹

Nous constatons donc là encore que la Cour a considéré que, lorsqu'une atteinte était portée à un intérêt juridique d'un État tiers, c'était l'intervention de cet État qui constituait un recours approprié, et non l'application automatique du principe de l'Or monétaire. Cela prouve une nouvelle fois que ce principe est d'application modeste et limitée.

III. QUESTIONS DE PROCÉDURE

18. Avant de conclure, je tiens à faire part de mes sérieux doutes sur la manière dont la Cour a traité la demande du Nicaragua. En premier lieu, un unique tour de procédure orale, comprenant deux audiences de deux heures chacune, ne peut guère suffire pour que justice soit rendue, et pour que l'on considère que tel a été le cas. Dans la présente affaire, l'Allemagne n'a pas répondu par écrit à la demande écrite du Nicaragua, de sorte que celui-ci ne savait pas à quoi s'attendre à l'audience et n'a pas non plus eu la possibilité, puisque l'Allemagne s'est exprimée en dernier, de répondre aux arguments qu'elle avait avancés. C'est à mes yeux une insuffisance majeure dans la procédure orale.

*

19. Pour l'ensemble des raisons qui précèdent, je ne peux souscrire aux conclusions de mes éminents collègues, et estime, en mon âme et conscience, qu'il était de mon devoir d'exprimer mon désaccord.

(Signé) Awn AL-KHASAWNEH.

¹⁹ *Différend frontalier terrestre, insulaire et maritime (El Salvador/Honduras), requête à fin d'intervention, arrêt, C.I.J. Recueil 1990, p. 122, par. 73.*