

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.

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.*

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.

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.

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.*

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.

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.*

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.*