

SEPARATE OPINION OF JUDGE NOLTE

Preconditions for the modification of an order on provisional measures under Article 76 of the Rules of Court — Modification as a form of implementation of an earlier provisional measure — Whether change of the situation in the Gaza Strip since 26 January 2024 justifies the modification.

1. I agree with the present Order. Given the current horrific situation of the Palestinians in the Gaza Strip, raising any apparently technical legal issues now may seem out of place. However, I will do so in the interest of the Court's future practice.

2. According to Article 76, paragraph 1, of the Rules of Court, “the Court may . . . modify any decision concerning provisional measures if, in its opinion, some change in the situation justifies such . . . modification”. In its jurisprudence, the Court has not easily arrived at the conclusion that a relevant change in the situation has occurred. For example, in its Orders of 12 October 2022 and 6 July 2023 in *Application of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Armenia v. Azerbaijan)*, the Court rejected Armenia's requests pursuant to Article 76 by finding “that the circumstances, as they now present themselves to the Court, are not such as to require the exercise of its power to modify the measures indicated” in earlier Orders¹. In both cases, the Court rather viewed the circumstances as “confirm[ing] the need for effective implementation of the measure indicated” in its earlier Orders².

¹ *Application of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Armenia v. Azerbaijan), Request for the Modification of the Order Indicating Provisional Measures of 7 December 2021, Order of 12 October 2022, I.C.J. Reports 2022 (II)*, p. 583, para. 23 (1); *Application of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Armenia v. Azerbaijan), Request for the Modification of the Order of 22 February 2023 Indicating a Provisional Measure, Order of 6 July 2023, I.C.J. Reports 2023 (II)*, p. 410, para. 33 (1).

² *Application of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Armenia v. Azerbaijan), Request for the Modification of the Order Indicating Provisional Measures of 7 December 2021, Order of 12 October 2022, I.C.J. Reports 2022 (II)*, p. 583, para. 21; *Application of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Armenia v. Azerbaijan), Request for the Modification of the*

OPINION INDIVIDUELLE DE M. LE JUGE NOLTE

[Traduction]

Conditions préalables aux fins de la modification d'une ordonnance en indication de mesures conservatoires en vertu de l'article 76 du Règlement de la Cour — Modification comme forme de mise en œuvre d'une mesure conservatoire déjà indiquée — Point de savoir si le changement de situation intervenu dans la bande de Gaza depuis le 26 janvier 2024 justifie la modification.

1. Je souscris à l'ordonnance rendue ce jour. Au vu de la situation effroyable que subissent actuellement les Palestiniens dans la bande de Gaza, il peut paraître déplacé à ce stade de soulever des questions juridiques apparemment techniques. C'est néanmoins ce que je me propose de faire, dans l'intérêt de la pratique ultérieure de la Cour.

2. Aux termes du paragraphe 1 de l'article 76 de son Règlement, la Cour «peut ... modifier toute décision concernant des mesures conservatoires si un changement dans la situation lui paraît justifier que cette décision soit ... modifiée». Dans sa jurisprudence, elle s'est montrée peu disposée à conclure à l'existence d'un changement pertinent dans la situation. Par exemple, dans les ordonnances qu'elle a rendues les 12 octobre 2022 et 6 juillet 2023 en l'affaire relative à l'*Application de la convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (Arménie c. Azerbaïdjan)*, elle a rejeté les demandes formulées par l'Arménie au titre de l'article 76 en disant «que les circonstances, telles qu'elles se présent[ai]ent [alors] à elle, n[']étaie[n]t pas de nature à exiger l'exercice de son pouvoir de modifier les mesures indiquées» dans ses ordonnances précédentes¹. Dans les deux cas, la Cour a considéré que les circonstances «confirm[ai]ent la nécessité d'une mise en œuvre effective de la mesure indiquée» dans lesdites ordonnances précédentes².

¹ *Application de la convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (Arménie c. Azerbaïdjan)*, demande tendant à la modification de l'ordonnance en indication de mesures conservatoires du 7 décembre 2021, ordonnance du 12 octobre 2022, C.I.J. Recueil 2022 (II), p. 583, point 1 du dispositif (par. 23); *Application de la convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (Arménie c. Azerbaïdjan)*, demande tendant à la modification de l'ordonnance du 22 février 2023 indiquant une mesure conservatoire, ordonnance du 6 juillet 2023, C.I.J. Recueil 2023 (II), p. 410, point 1 du dispositif (par. 33).

² *Application de la convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (Arménie c. Azerbaïdjan)*, demande tendant à la modification de l'ordonnance en indication de mesures conservatoires du 7 décembre 2021, ordonnance du 12 octobre 2022, C.I.J. Recueil 2022 (II), p. 583, par. 21; *Application de la convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (Arménie*

3. The Court's previous treatment of requests under Article 76 confirms that the purpose of a modification of provisional measures is not normally the implementation of provisional measures already indicated. If one party does not comply with a provisional measure, it is usually for the Court to determine in its final judgment that the provisional measure has been violated, but not to repeatedly insist, at the initiative of the other party, that the provisional measure be complied with. Such a use of the procedure under Article 76 of the Rules of Court would be problematic since it could be seen as an implicit determination of a State's non-compliance with the measures set out in an earlier order, thereby prejudging the Court's assessment at the merits phase.

4. I have therefore hesitated about whether the current situation of the Palestinians in the Gaza Strip indeed constitutes a change in the situation which would justify a modification of the existing provisional measures which the Court ordered on 26 January 2024. I do not doubt that the humanitarian situation of the Palestinians in the Gaza Strip has dramatically deteriorated since 26 January 2024. I also take very seriously recently voiced concerns that Israel is using hunger as a "weapon of war"³ and the provision of humanitarian aid as a "bargaining chip"⁴. My hesitations rather resulted from the fact that this terrible situation would most probably not exist if the Order of 26 January 2024 had been fully implemented. Under this Order, "Israel shall take immediate and effective measures to enable the provision of urgently needed basic services and humanitarian assistance to address the adverse conditions of life faced by Palestinians in the Gaza Strip" (*Order of 26 January 2024, I.C.J. Reports 2024 (I)*, p. 29, para. 80). The Court adopted this Order noting that "[a]t present, many Palestinians in the Gaza Strip have no access to the most basic foodstuffs, potable water, electricity, essential medicines or heating" (*ibid.*, p. 27, para. 70). The Court even envisaged the risk that this situation would become worse, stating that "[i]n these circumstances, the Court considers that the catastrophic humanitarian situation in the Gaza Strip is at serious risk of deteriorating further before the Court renders its final judgment" (*ibid.*, p. 28, para. 72).

Order of 22 February 2023 Indicating a Provisional Measure, Order of 6 July 2023, I.C.J. Reports 2023 (II), p. 410, para. 30.

³ European Commission, "Statement by High Representative Josep Borrell and Commissioner for Crisis Management Janez Lenarčič on famine in Gaza", 18 March 2024, available at: https://civil-protection-humanitarian-aid.ec.europa.eu/news-stories/news/statement-high-representative-josep-borrell-and-commissioner-crisis-management-janez-lenaric-famine-2024-03-18_en.

⁴ The White House, "Remarks of President Joe Biden — State of the Union Address as Prepared for Delivery", 7 March 2024, available at: <https://www.whitehouse.gov/briefing-room/speeches-remarks/2024/03/07/remarks-of-president-joe-biden-state-of-the-union-address-as-prepared-for-delivery-2/>.

3. La manière dont la Cour a, jusqu'à présent, traité les demandes formulées au titre de l'article 76 confirme qu'une modification de mesures conservatoires n'a normalement pas pour objet la mise en œuvre de mesures déjà indiquées. Lorsqu'une partie ne se conforme pas à une mesure conservatoire, il est d'usage que la Cour dise dans son arrêt définitif que la mesure en question a été violée, mais pas qu'elle exige à maintes reprises, à la demande de l'autre partie, que la mesure conservatoire soit exécutée. Une telle utilisation de la procédure prévue à l'article 76 du Règlement serait problématique, car elle pourrait être perçue comme une reconnaissance implicite du non-respect, par un État, des mesures indiquées dans une ordonnance antérieure, qui reviendrait à préjuger le fond de l'affaire.

4. J'ai par conséquent hésité sur le point de savoir si la situation actuelle des Palestiniens de la bande de Gaza avait effectivement connu un changement susceptible de justifier une modification des mesures conservatoires déjà indiquées par la Cour le 26 janvier 2024. Je ne doute pas que la situation humanitaire de cette population se soit considérablement aggravée depuis cette date. Je prends en outre très au sérieux les inquiétudes récemment exprimées, selon lesquelles Israël utiliserait la faim comme « arme de guerre »³ et la fourniture d'aide humanitaire comme « monnaie d'échange »⁴. La raison pour laquelle j'ai hésité tient davantage au fait que cette situation terrible n'aurait très probablement pas existé si l'ordonnance du 26 janvier 2024 avait été pleinement mise en œuvre. Aux termes de cette ordonnance, « Israël d[eva]it prendre sans délai des mesures effectives pour permettre la fourniture des services de base et de l'aide humanitaire requis de toute urgence afin de remédier aux difficiles conditions d'existence auxquelles [étaie]nt soumis les Palestiniens de la bande de Gaza » (*ordonnance du 26 janvier 2024, C.I.J. Recueil 2024 (I)*, p. 29, par. 80). La Cour a indiqué cette mesure en relevant que, « [a]ujourd'hui, de nombreux Palestiniens de la bande de Gaza n'[avaie]nt pas accès aux denrées alimentaires de première nécessité, à l'eau potable, à l'électricité, aux médicaments essentiels ou au chauffage » (*ibid.*, p. 27, par. 70). Elle a même envisagé la possibilité que la situation s'aggrave, affirmant que, « [d]ans ces circonstances, [elle] consid[érait] que la situation humanitaire catastrophique dans la bande de Gaza risqu[ait] fort de se détériorer encore avant qu'elle ne rende son arrêt définitif » (*ibid.*, p. 28, par. 72).

c. Azerbaïdjan), demande tendant à la modification de l'ordonnance du 22 février 2023 indiquant une mesure conservatoire, ordonnance du 6 juillet 2023, C.I.J. Recueil 2023 (II), p. 410, par. 30.

³ Commission européenne, « Statement by High Representative Josep Borrell and Commissioner for Crisis Management Janez Lenarčič on famine in Gaza », 18 mars 2024, disponible à l'adresse suivante : https://civil-protection-humanitarian-aid.ec.europa.eu/news-stories/news/statement-high-representative-josep-borrell-and-commissioner-crisis-management-janez-lenarcic-famine-2024-03-18_en.

⁴ The White House, « Remarks of President Joe Biden — State of the Union Address as Prepared for Delivery », 7 mars 2024, disponible à l'adresse suivante : <https://www.whitehouse.gov/briefing-room/speeches-remarks/2024/03/07/remarks-of-president-joe-biden-state-of-the-union-address-as-prepared-for-delivery-2/>.

5. Against this background, the present Order may appear to merely repeat and specify the previous measures indicated by the Order of 26 January 2024 rather than impose additional measures that would be justified by a change in the situation. If the present Order were read in this way it would set a problematic precedent. That precedent would consist in signalling to the parties in this and other cases that the Court considers that the threshold for modifying, adding or specifying a provisional measure is low.

6. However, in the present Order, the Court finds not only that since 26 January 2024 the humanitarian situation has simply deteriorated further, but that the prolonged and widespread deprivation of food has become “exceptionally grave” (Order, para. 22). In coming to this conclusion, the Court points to the best available and manifestly reliable sources of public information according to which famine is imminent, as confirmed by a significant number of deaths by starvation which have already occurred (*ibid.*, paras. 19 and 20). In my view, the circumstances which are described in the present Order go beyond what the Court in its Order of 26 January 2024 considered as being encompassed in the “serious risk of deteriorating further” (*I.C.J. Reports 2024 (I)*, p. 28, para. 72). They rather constitute a qualitative change of the situation which is exceptional. These circumstances also reflect a plausible risk of a violation of relevant rights under the Genocide Convention.

(Signed) Georg NOLTE.

5. Dans ce contexte, on pourrait penser que, plutôt que d'imposer des mesures supplémentaires justifiées par un changement dans la situation, l'ordonnance rendue ce jour ne fait que répéter et préciser les mesures indiquées précédemment dans celle du 26 janvier 2024. Une telle interprétation créerait un dangereux précédent consistant à laisser croire aux Parties à la présente affaire, ainsi qu'aux États qui pourront s'opposer dans d'autres, que la Cour considère que les conditions à remplir pour qu'une mesure conservatoire puisse être modifiée, complétée ou précisée sont peu exigeantes.

6. Or, la Cour, dans la présente ordonnance, conclut non seulement que la situation humanitaire s'est détériorée depuis le 26 janvier 2024, mais que la privation prolongée et généralisée de nourriture est désormais « d'une gravité exceptionnelle » (ordonnance, par. 22). Pour arriver à cette conclusion, elle s'appuie sur les meilleures sources d'information publiques disponibles, et qui sont manifestement fiables, d'après lesquelles la famine est imminente, comme en témoigne le nombre considérable de personnes déjà mortes de faim (*ibid.*, par. 19 et 20). Selon moi, les circonstances qui sont exposées dans la présente ordonnance vont au-delà de ce que la Cour envisageait, dans son ordonnance du 26 janvier 2024, lorsqu'elle a dit que la situation « risqu[ait] fort de se détériorer encore » (*C.I.J. Recueil 2024 (I)*, p. 28, par. 72). Ces circonstances constituent plutôt un changement d'ordre qualitatif dans la situation, qui est exceptionnel. Elles reflètent également un risque plausible de violation de droits pertinents au titre de la convention sur le génocide.

(Signé) Georg NOLTE.
