

SEPARATE OPINION OF JUDGE *AD HOC* BARAK

1. This is the third time that South Africa has come to the Court seeking the suspension of the military operation in the Gaza Strip. It is the third time that it has failed. The Court has once again rejected South Africa's main contention and refrained from ordering the suspension of the military operation. It is my hope that South Africa will cease its unbecoming attempts to enter the Great Hall of Justice through the side door of provisional measures and let the Court proceed to the merits of the case, where the true sanctuary of justice lies.

2. The Order issued today does two things. First, it reaffirms the Court's previous Order of 26 January 2024. Second, it reinforces Israel's obligations concerning the provision and access of basic services and humanitarian assistance throughout Gaza. These obligations were, for the most part, already contained in the Court's Order of 26 January 2024 (see Order, para. 45).

3. The Court has also reiterated its call for the immediate and unconditional release of the hostages abducted during the attack on Israel on 7 October 2023 and held since then by Hamas and other armed groups (see Order, para. 50).

4. The provisional measures indicated by the Court are thus of a significantly narrower scope than those requested by South Africa. I have voted against operative paragraph (1) because most of the provisional measures indicated by the Court in its Order of 26 January 2024 were unwarranted. I cannot reaffirm provisional measures which were unjustified to begin with. In my separate opinion appended to the Order of 26 January 2024, I elaborated extensively on this issue. With regard to operative paragraph (2), I have voted in favour of the first measure (*a*), but against the second measure (*b*). In this opinion, I will explain my reasons for doing so.

I. THE COURT'S GENERAL APPROACH
IN *SOUTH AFRICA v. ISRAEL*

5. South Africa brought a case before the Court on 29 December 2023 concerning the interpretation, application or fulfilment of the Genocide Convention. However, through successive requests for provisional measures, it has sought to create a second case concerning the conduct of

OPINION INDIVIDUELLE DE M. LE JUGE *AD HOC* BARAK

[Traduction]

1. C'est la troisième fois que l'Afrique du Sud sollicite la Cour en vue d'obtenir la suspension de l'opération militaire menée dans la bande de Gaza. C'est la troisième fois qu'elle échoue. La Cour a, une fois de plus, rejeté la thèse principale de la demanderesse et s'est abstenue d'ordonner une telle suspension. J'espère voir cesser les tentatives indignes de l'Afrique du Sud de s'introduire dans la grande salle de justice par le moyen détourné des mesures conservatoires, pour que l'affaire puisse se poursuivre au fond, stade auquel la justice peut le plus sûrement s'exercer.

2. L'ordonnance rendue aujourd'hui a deux effets. Premièrement, elle réaffirme les mesures déjà indiquées par la Cour le 26 janvier 2024 ; deuxièmement, elle renforce les obligations d'Israël concernant la fourniture des services de base et de l'aide humanitaire, et l'accès à ceux-ci dans l'ensemble de la bande de Gaza, obligations qui, pour la plupart, figuraient déjà dans l'ordonnance du 26 janvier 2024 (voir ordonnance, par. 45).

3. La Cour réitère en outre son appel en faveur de la libération immédiate et inconditionnelle des personnes enlevées pendant l'attaque menée contre Israël le 7 octobre 2023 et détenues depuis lors par le Hamas et d'autres groupes armés (voir ordonnance, par. 50).

4. Les mesures conservatoires indiquées par la Cour sont donc d'une portée bien plus limitée que celles demandées par l'Afrique du Sud. J'ai voté contre le point 1 du dispositif parce que les mesures prescrites par la Cour dans son ordonnance du 26 janvier 2024 étaient, pour la plupart, injustifiées. Je ne peux réaffirmer des mesures conservatoires qui étaient, dès l'origine, dénuées de fondement. Dans l'opinion individuelle que j'ai jointe à ladite ordonnance, je me suis longuement exprimé à ce sujet. En ce qui concerne le point 2 du dispositif, j'ai voté pour la première mesure (a)), mais contre la seconde (b)), choix dont j'expliquerai les raisons dans le présent exposé de mon opinion.

I. DÉMARCHE GÉNÉRALE ADOPTÉE PAR LA COUR EN L'AFFAIRE *AFRIQUE DU SUD c. ISRAËL*

5. L'Afrique du Sud a, le 29 décembre 2023, introduit devant la Cour une instance concernant l'interprétation, l'application ou l'exécution de la convention sur le génocide. Elle a cependant tenté, en présentant plusieurs demandes successives en indication de mesures conservatoires, de créer une

hostilities under the guise of the Genocide Convention. The Court has regrettably allowed South Africa to do so by entertaining its requests for provisional measures beyond the confines of the Genocide Convention. The Court now finds itself entangled in an armed conflict, which presents two problems for the fulfilment of its judicial function.

6. The first problem is that regulating the conduct of hostilities falls outside the Court's jurisdiction, which is limited to the Genocide Convention. The Court does not have jurisdiction to deal with possible violations of international humanitarian law *per se*. Any measures indicated by the Court must be based on a plausible intent to commit genocide. If intent is not plausible, no measures can be ordered under the Genocide Convention. The Court's reasoning today is far removed from the Genocide Convention and based primarily on humanitarian considerations. The plausibility analysis has gone from thin to essentially non-existent, and the central question of intent has completely disappeared. In short, the Court has accepted South Africa's invitation to become the micromanager of an armed conflict and use the Genocide Convention as an excuse to rule on the basis of international humanitarian law. Managing an armed conflict under the Genocide Convention is a dangerous endeavour, especially when one of the belligerents is not a party to the Convention.

7. The second problem is that the Court is intervening in an armed conflict between Hamas and Israel, but only Israel is bound by its decisions. Hamas is not a party to these proceedings, and therefore the Court cannot direct orders at it. This creates a structural imbalance which is particularly acute in the case of provisional measures addressing the conduct of hostilities. The Court is confronted with the impossible task of squaring a circle. While the Court is powerless to change its Statute, it must take account of this imbalance in its reasoning. Unfortunately, it has failed to do so. The Court has failed to consider that the effective provision of humanitarian aid is not a one-way street; it requires the collaboration of other actors, including Hamas. In effect, part of today's Order shields Hamas while imposing interim obligations on Israel.

8. I am heartbroken by the humanitarian situation in Gaza. In January, I voted in favour of the measure concerning humanitarian aid. In my separate opinion I wrote:

"I have been personally and deeply affected by the death and destruction in Gaza. There is a danger of food and water shortages and the outbreak of diseases. The population lives in precarious conditions, facing the unfathomable consequences of war. In the role that has been entrusted to me as a judge *ad hoc*, but also as a human being, it is important for me to express my most sincere and heartfelt regret for the loss of innocent lives in this conflict." (*Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide in the Gaza Strip*)

seconde instance portant sur la conduite des hostilités sous le couvert de la convention. La Cour s'est malheureusement prêtée au jeu de l'Afrique du Sud en acceptant d'examiner des demandes qui dépassent le cadre de la convention. Elle se trouve désormais empêtrée dans un conflit armé, ce qui pose deux problèmes aux fins de l'exercice de sa fonction judiciaire.

6. En premier lieu, la réglementation de la conduite des hostilités déborde la compétence de la Cour, qui est limitée aux questions relevant de la convention sur le génocide. Des violations présumées du droit international humanitaire ne sont pas, en soi, du ressort de la Cour. Toute mesure indiquée par celle-ci doit être fondée sur l'existence d'une intention plausible de commettre un génocide. À défaut d'intention plausible, elle ne peut prescrire de mesures sur le fondement de la convention. Or le raisonnement qu'a suivi la Cour aujourd'hui est très éloigné de la convention sur le génocide et repose essentiellement sur des considérations humanitaires. L'analyse de la plausibilité, déjà fragile, est devenue presque inexistante, et la question centrale de l'intention a complètement disparu. En résumé, la Cour a accepté, comme l'y invitait l'Afrique du Sud, de gérer un conflit armé dans ses moindres détails et d'utiliser la convention sur le génocide pour justifier une décision fondée sur le droit international humanitaire. Gérer un conflit armé sur le fondement de la convention est un exercice périlleux, surtout lorsque l'un des belligérants n'est pas partie à cet instrument.

7. En second lieu, la Cour intervient dans un conflit armé entre le Hamas et Israël alors même que seul ce dernier est lié par ses décisions. Le Hamas n'étant pas partie à la présente instance, la Cour ne peut rien lui prescrire. Cette situation crée un déséquilibre structurel qui prend une acuité toute particulière lorsqu'il s'agit de mesures conservatoires relatives à la conduite des hostilités. La Cour est confrontée à un problème insoluble. Si elle n'a pas le pouvoir de modifier son Statut, elle doit néanmoins prendre ce déséquilibre en considération dans son raisonnement ; ce n'est malheureusement pas ce qu'elle a fait. La Cour n'a pas tenu compte du fait que la fourniture efficace d'aide humanitaire n'est pas une voie à sens unique et requiert la collaboration d'autres acteurs, dont le Hamas. De fait, une partie des mesures indiquées par l'ordonnance rendue aujourd'hui protège le Hamas et impose au contraire à Israël des obligations à titre conservatoire.

8. Je suis bouleversé par la situation humanitaire à Gaza. En janvier, j'ai voté pour les mesures relatives à l'aide humanitaire. Dans l'exposé de mon opinion individuelle, j'avais dit ce qui suit :

« Je suis, à titre personnel, profondément affecté par les pertes en vies humaines et les destructions causées à Gaza. Des pénuries de nourriture et d'eau et des épidémies sont à redouter. La population vit dans des conditions précaires, confrontée aux conséquences insondables de la guerre. Dans le cadre des fonctions de juge *ad hoc* qui m'ont été confiées, mais également en tant qu'homme, je tiens à exprimer mes regrets les plus sincères et profonds pour les vies innocentes perdues dans ce conflit. »
(Application de la convention pour la prévention et la répression

(South Africa v. Israel), Provisional Measures, Order of 26 January 2024, I.C.J. Reports 2024 (I), p. 68, para. 23.)

I stand by every word.

9. There is little doubt that greater effort is needed to increase the delivery of aid. However, unlike the Security Council, the Court's powers are limited under the Genocide Convention. In today's Order, the Court has artificially linked the Genocide Convention to the provision and access of basic services and assistance, which are issues regulated by international humanitarian law. The thin line it walked in the Order of 26 January 2024 has now been crossed. The Court has not only failed to draw a strong link between the measures it has indicated and any plausible rights under the Genocide Convention, but has also disregarded that the other belligerent, Hamas, is not a party before the Court.

10. I worry about the turn that the Court is taking. Its approach to this case is steadily leaving the land of law and entering the land of politics. The ideas of a judge as a human being should not determine the opinions of a human being when he or she acts as a judge.

II. THE SHORTCOMINGS OF THE COURT'S ORDER

11. I will focus on three fatal flaws in the Order issued by the Court: (1) there is no "change in the situation" that justifies the modification of the Order of 26 January 2024; (2) the conditions for the indication of provisional measures are not met, in particular, because there is no intent and no link between the new measures indicated and any plausible rights under the Genocide Convention; (3) the Court has inadequately dealt with evidence.

1. There Is No Change in the Situation that Justifies the Modification of the Original Order

12. The Court's task is to ascertain whether the situation that warranted the indication of provisional measures on 26 January 2024 has changed. In making this determination, the Court has to take account both of the circumstances that existed when it issued its earlier Order and of the changes that are alleged to have taken place. If the Court finds that there has been a change in the situation since the delivery of its original Order, it will then have to consider whether such a change justifies a modification of the measures previously indicated¹.

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 Indi-*

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. 68, par. 23.)

Je maintiens chacun de ces mots.

9. Il ne fait guère de doute que des efforts supplémentaires doivent être faits pour augmenter le volume d'aide acheminée. Cependant, contrairement au Conseil de sécurité, la Cour dispose de pouvoirs limités au titre de la convention sur le génocide. Dans l'ordonnance rendue ce jour, elle a artificiellement relié la convention à des questions concernant la fourniture des services et de l'aide de première nécessité, et l'accès à ceux-ci, lesquels relèvent du droit international humanitaire. Le fragile équilibre auquel elle était parvenue dans son ordonnance du 26 janvier 2024 s'est rompu. La Cour non seulement n'établit pas de lien solide entre les mesures indiquées et un quelconque droit plausible conféré par la convention, mais également ne tient pas compte du fait que l'autre belligérant, le Hamas, n'est pas partie à l'affaire devant elle.

10. Le changement de direction opéré par la Cour me semble préoccupant. En la présente affaire, celle-ci adopte une démarche qui tend à s'éloigner du droit au profit de la politique. Un juge ne devrait pas laisser ses idées personnelles influencer ses opinions professionnelles.

II. LACUNES DE L'ORDONNANCE DE LA COUR

11. Je mettrai l'accent sur trois défauts rédhibitoires que présente l'ordonnance rendue par la Cour : 1) il n'y a eu aucun « changement dans la situation » justifiant la modification de l'ordonnance du 26 janvier 2024 ; 2) les conditions requises pour l'indication de mesures conservatoires ne sont pas réunies, notamment parce qu'il n'existe ni intention ni lien entre les nouvelles mesures indiquées et un quelconque droit plausible au regard de la convention sur le génocide ; 3) la Cour n'a pas traité les éléments de preuve comme il se doit.

1. Absence de changement dans la situation justifiant la modification de l'ordonnance initiale

12. La Cour doit rechercher si la situation ayant justifié l'indication de mesures conservatoires le 26 janvier 2024 a changé. Ce faisant, elle doit tenir compte à la fois des circonstances qui existaient lorsqu'elle a rendu son ordonnance précédente et des changements qui seraient intervenus depuis lors. Si elle constate que la situation a changé depuis ladite ordonnance, elle doit alors examiner si ce changement justifie une modification des mesures déjà indiquées¹.

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*

13. In today's Order, the Court considers that there has been a "change in the situation" because the living conditions of Palestinians in the Gaza Strip have deteriorated further, in particular in view of the prolonged and widespread deprivation of food and other basic necessities (see Order, para. 18). The Court also observes that Palestinians in Gaza are no longer facing a risk of famine, but that famine is "setting in" (see *ibid.*, para. 21).

14. I do not doubt that the humanitarian situation in Gaza has worsened. However, I fail to see how this constitutes a "change in the situation" within the meaning of Article 76 (1) of the Rules of Court. South Africa made accusations of starvation, based on similar facts, in its original Request for provisional measures. It mentioned "food" 80 times, "starvation" 20 times and "famine" five times. Furthermore, in its original Order of 26 January 2024, the Court explicitly noted the risk of starvation and indicated measures in light of this risk. South Africa's new Request is not different from its original one. Furthermore, fighting has substantially decreased in comparison to January and February 2024 and the Israeli army has reduced its personnel in Gaza.

15. The Court is also of the view that the provisional measures indicated in the Order of 26 January 2024 do not fully address the consequences arising from the "changes in the situation", thereby justifying the modification of these measures (see Order, para. 23). However, even if we accept that the situation has changed, it is not clear that it cannot be addressed by the Order of 26 January 2024, where the Court indicated that "Israel shall take immediate and effective measures to enable the provision of urgently needed basic services and humanitarian assistance" (*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. 29, para. 80). I wonder how this measure is insufficient to take account of the ongoing situation in Gaza. The measures indicated by the Court today may serve to clarify, but are essentially implicit in the Order of 26 January 2024.

16. The Court regrettably confuses the modification of an Order with its implementation, which is an issue to be determined only at the merits stage.

cating Provisional Measures of 7 December 2021, Order of 12 October 2022, I.C.J. Reports 2022 (II), p. 581, para. 12.

13. Dans l'ordonnance rendue ce jour, la Cour a considéré qu'il y avait eu un «changement dans la situation» parce que les conditions de vie des Palestiniens de la bande de Gaza s'étaient encore détériorées, en particulier au vu de la privation prolongée et généralisée de nourriture et d'autres produits de première nécessité (voir ordonnance, par. 18). Elle a également observé que les Palestiniens de Gaza n'étaient plus seulement exposés à un risque de famine, devant désormais faire face à une famine «qui s'installe» (voir *ibid.*, par. 21).

14. Je ne doute pas que la situation humanitaire à Gaza se soit détériorée. Je ne vois cependant pas en quoi cela constitue un «changement dans la situation» au sens du paragraphe 1 de l'article 76 du Règlement de la Cour. L'Afrique du Sud a, dans sa demande initiale en indication de mesures conservatoires, formulé des accusations concernant la privation de nourriture sur le fondement de faits semblables. Le terme «*food*» (nourriture) y est employé 80 fois, le terme «*starvation*» (faim ou inanition), 20 fois, et le terme «*famine*» (famine), cinq fois. De plus, dans sa première ordonnance, datée du 26 janvier 2024, la Cour a explicitement constaté le risque de famine, et a indiqué des mesures sur ce fondement. La nouvelle demande soumise par l'Afrique du Sud n'est pas différente de la première. En outre, l'intensité des combats a nettement diminué par rapport aux mois de janvier et février 2024, et l'armée israélienne a réduit son personnel à Gaza.

15. La Cour est en outre d'avis que les mesures conservatoires indiquées dans l'ordonnance du 26 janvier 2024 ne couvrent pas intégralement les conséquences découlant des «changements dans la situation», ce qui justifie une modification de ces mesures (voir ordonnance, par. 23). Or, même en admettant que la situation ait changé, on voit mal pourquoi il ne pourrait y être remédié par l'ordonnance du 26 janvier 2024, dans laquelle la Cour a indiqué qu'«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» (*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. 29, par. 80*). Je me demande en quoi cette mesure serait insuffisante pour répondre à la situation actuelle à Gaza. Bien qu'elles apportent peut-être certaines précisions, les mesures indiquées aujourd'hui par la Cour sont, pour l'essentiel, implicitement contenues dans l'ordonnance du 26 janvier 2024.

16. Malheureusement, la Cour confond la modification d'une ordonnance avec l'exécution de celle-ci, question sur laquelle elle ne peut se prononcer qu'au stade du fond.

l'ordonnance en indication de mesures conservatoires du 7 décembre 2021, ordonnance du 12 octobre 2022, C.I.J. Recueil 2022 (II), p. 581, par. 12.

*2. The Conditions for the Indication of Provisional Measures
Are Not Met*

17. The modification of provisional measures is only appropriate if the general conditions for the indication of provisional measures are met (see Order, para. 14). The Court's analysis is strikingly brief. The Court merely states that it does not need to revisit its original conclusion that certain rights are plausible, and that at least some of the provisional measures sought by South Africa are aimed at preserving these rights (see *ibid.*, para. 25).

18. The Court's lack of reasoning is concerning with regard to the issue of intent. South Africa made no reference to intent in its Request for the modification of provisional measures, although it is the key requirement in cases of genocide.

19. To modify provisional measures, the Court needs to be satisfied that plausible intent is present in the "new" situation in Gaza. Israel, in its written observations, presented concrete evidence of its efforts to address the humanitarian catastrophe in Gaza. It mentioned, *inter alia*, the establishment of a maritime corridor (para. 22), the protection of United Nations and Qatari warehouses (para. 28), the delivery of vaccines (para. 33) and incubators (para. 32), the supply of ambulances (para. 32), eye surgeries (para. 31) and field hospitals (para. 30). The Court did not engage with any of these arguments, which are crucial to the question of intent. Instead, it simply dismissed this evidence by quoting a statement by the High Commissioner for Human Rights, who stated that "hunger, starvation and famine is a result of Israel's extensive restrictions on the entry and distribution of humanitarian aid" (see Order, para. 34). The Court conveniently refrains from evaluating Israel's evidence that points in a different direction and dismisses over 20 pieces of evidence by reference to a declaration by one official. Israel has also made it clear in its other communications to the Court that the armed conflict in Gaza is not a war against civilians, but against Hamas. Israel has pointed out that if Hamas releases the hostages and lays down its arms, the hostilities will end. The element of intent is absent in South Africa's case generally, but especially in its new Request for the modification of provisional measures.

20. It is also troubling that the Court fails to explain why the provision of basic services and humanitarian assistance is linked to any of the rights found to be plausible under the Genocide Convention. It presumes a link that is nowhere to be found in the text of the Convention. In its Order of 26 January 2024, the Court considered that it was necessary to enable the

*2. Non-satisfaction des conditions requises
pour l'indication de mesures conservatoires*

17. Il n'y a lieu de modifier des mesures déjà indiquées que s'il est satisfait aux conditions générales requises pour l'indication de mesures conservatoires (voir ordonnance, par. 14). La Cour procède à une analyse étonnamment succincte. Elle se contente d'affirmer qu'elle n'a pas à revenir sur sa conclusion initiale que certains droits sont plausibles, et que certaines au moins des mesures conservatoires demandées par l'Afrique du Sud visent à préserver ces droits (voir *ibid.*, par. 25).

18. Le défaut de motivation de la décision de la Cour est particulièrement préoccupant en ce qui concerne la question de l'intention. L'Afrique du Sud n'a fait aucune mention de cette question dans sa demande tendant à la modification des mesures conservatoires, alors même qu'il s'agit d'une condition primordiale en matière de génocide.

19. Pour modifier les mesures conservatoires, la Cour devait s'assurer de l'existence plausible d'une intention dans la situation «nouvelle» à Gaza. Dans ses observations écrites, Israël a présenté des éléments de preuve concrets montrant qu'il s'efforce de remédier à la catastrophe humanitaire qui se déroule à Gaza. Il a notamment mentionné la création d'un couloir maritime (par. 22), la protection des entrepôts des Nations Unies et du Qatar (par. 28), la distribution de vaccins (par. 33) et d'incubateurs (par. 32), la fourniture d'ambulances (par. 32), l'établissement d'un département de chirurgie ophtalmologique (par. 31) et la mise en place d'hôpitaux de campagne (par. 30). La Cour n'a tenu compte d'aucun de ces arguments, qui sont pourtant essentiels au regard de la question de l'intention. Elle s'est contentée d'écarter ces éléments de preuve en citant le haut-commissaire des Nations Unies aux droits de l'homme, selon lequel «[l]a faim et la famine actuelles sont le résultat des restrictions importantes imposées par Israël à l'entrée et à la distribution de l'aide humanitaire» (voir ordonnance, par. 34). La Cour s'est bien gardée d'évaluer les preuves présentées par Israël qui n'allaient pas dans le même sens, et a rejeté plus de 20 documents au profit d'une seule déclaration émanant d'un unique fonctionnaire. En outre, Israël a clairement indiqué, dans les autres communications qu'il a adressées à la Cour, que le conflit armé qui se déroule à Gaza est une guerre non pas contre les civils, mais contre le Hamas. Il a souligné que, si le Hamas libérait les otages et déposait définitivement les armes, les hostilités cesseraient. L'élément d'intentionnalité est absent de l'argumentation présentée globalement par l'Afrique du Sud en l'affaire, et plus particulièrement de sa nouvelle demande tendant à la modification des mesures conservatoires.

20. De plus, il est troublant que la Cour n'explique pas en quoi la fourniture de services de base et d'une assistance humanitaire est liée à l'un quelconque des droits jugés plausibles au regard de la convention sur le génocide. Elle présume l'existence d'un lien que n'étaye nullement le texte de la convention. Dans son ordonnance du 26 janvier 2024, la Cour a estimé

access of basic services and humanitarian assistance to safeguard the plausible right of the Palestinian people to be protected from genocide. While this measure was already somewhat removed from Israel's obligations under the Genocide Convention, it was understandable due to humanitarian considerations. However, the Court now seeks to extend this problematic line of reasoning and incorporate into the Convention rules that are extrinsic to it, providing no good explanation.

21. In order to conclude that there is a risk of irreparable prejudice to the plausible rights claimed by South Africa, the Court takes note of several statements according to which the humanitarian situation in Gaza can only be addressed by suspending the military operation (see Order, para. 36). These statements, however, were made under political rather than legal considerations, and addressed to Israel and Hamas. More importantly, they do not draw any link between the suspension of the military operations and the Genocide Convention. Neither does the Court assert the existence of such link. Thus, the fact that the Court has noted these statements in finding the existence of a risk of irreparable prejudice should not be interpreted as meaning that a ceasefire is necessary to comply with the measures indicated by the Court. Indeed, the Court has expressly refrained from ordering the suspension of the military operation in the operative clause, precisely because the obligation to ensure humanitarian aid can be achieved through other means.

3. The Court's Inadequate Treatment of Evidence

22. The Court's overall treatment of evidence is problematic. The Court's conclusions are grounded in several declarations by United Nations officials and reports by intergovernmental organizations that were not submitted by either Party. Furthermore, Israel and South Africa did not have the opportunity to comment on any of the evidence relied upon by the Court.

23. For example, to conclude that the living conditions in Gaza have deteriorated since January, the Court relied on a special brief by the Integrated Food Security Phase Classification Global Initiative (see Order, para. 19), a UNICEF press release (see *ibid.*, para. 20) and an OCHA daily report (see *ibid.*, para. 21). None of these documents were presented by the Parties. But even more problematic is that all three were published after South Africa and Israel submitted their written briefs.

24. Similarly, the reports noted by the Court according to which the humanitarian situation in Gaza can only be addressed by suspending the military operation were not introduced by the Parties. South Africa and

qu'il était nécessaire de permettre l'accès à des services de base et à l'aide humanitaire pour préserver le droit plausible du peuple palestinien d'être protégé d'un génocide. Bien que déjà quelque peu éloignée des obligations incombant à Israël au regard de la convention, cette mesure pouvait néanmoins être justifiée par des considérations humanitaires. Cependant, la Cour entend maintenant appliquer plus largement ce raisonnement problématique en incorporant dans la convention des règles qui lui sont étrangères, sans fournir d'explication valable.

21. Pour conclure qu'il existe un risque qu'un préjudice irréparable soit causé aux droits plausibles revendiqués par l'Afrique du Sud, la Cour prend note de plusieurs déclarations qui tendent à montrer que le seul moyen de remédier à la situation humanitaire à Gaza est de suspendre l'opération militaire (voir ordonnance, par. 36). Or, ces déclarations ont été faites sur le fondement de considérations politiques et non juridiques, et s'adressaient à Israël et au Hamas. Plus important encore, elles n'établissent aucun lien entre la suspension des opérations militaires et la convention sur le génocide. La Cour n'affirme pas non plus qu'un tel lien existe. Ainsi, ce n'est pas parce qu'elle a tenu compte de ces déclarations pour conclure à l'existence d'un risque de préjudice irréparable qu'un cessez-le-feu est nécessaire à la mise en œuvre des mesures qu'elle a indiquées. De fait, la Cour s'est expressément abstenue de prescrire la suspension de l'opération militaire dans le dispositif, précisément parce qu'il est possible de faire respecter l'obligation de permettre la fourniture de l'aide humanitaire par d'autres moyens.

3. Traitement inopportun par la Cour des éléments de preuve

22. La façon dont la Cour a, de manière générale, traité les éléments de preuve pose problème. Ses conclusions se fondent sur un certain nombre de déclarations de responsables de l'Organisation des Nations Unies et de rapports d'organisations intergouvernementales qui n'ont pas été soumis par les Parties. De plus, ni Israël ni l'Afrique du Sud n'ont eu la possibilité de formuler des observations à propos de l'un quelconque des éléments de preuve sur lesquels s'est appuyée la Cour.

23. Par exemple, pour conclure que les conditions de vie à Gaza se sont détériorées depuis janvier, la Cour s'est fondée sur un rapport spécial du Cadre intégré de classification de la sécurité alimentaire (voir ordonnance, par. 19), un communiqué de presse du Fonds des Nations Unies pour l'enfance (UNICEF) (voir *ibid.*, par. 20) et un bulletin quotidien du Bureau des Nations Unies pour la coordination des affaires humanitaires (OCHA) (voir *ibid.*, par. 21). Aucun de ces documents n'a été présenté par les Parties. Plus grave encore, ils ont tous les trois été publiés après la soumission par l'Afrique du Sud et Israël de leurs écritures respectives.

24. De même, les rapports mentionnés par la Cour selon lesquels le seul moyen de remédier à la situation humanitaire à Gaza serait de suspendre l'opération militaire n'ont pas été présentés par les Parties. Ni l'Afrique du

Israel did not have a chance to comment on the press briefing of the UN Under-Secretary-General for Humanitarian Affairs, the declaration of the World Food Programme Deputy Executive Director, the UNICEF Executive Director, or the declaration by the President of the ICRC (see Order, para. 36).

25. In *Armenia v. Azerbaijan*, the Court stated that its task was to ascertain

“whether, taking account of the information that the Parties have provided with respect to the current situation, there is reason to conclude that the situation which warranted the indication of a provisional measure in February 2023 has changed since that time”².

26. In the present case, regretfully, the Court arrived at its conclusions based on evidence that neither Party provided, some of which was not public when the Parties prepared their written briefs, and on which they were not given the opportunity to comment.

27. Furthermore, the Court recalls that there have been over 6,600 fatalities and almost 11,000 injuries in the Gaza Strip since 26 January 2024, based on a report by OCHA (Order, para. 39). It, however, fails to mention that those numbers come from the Hamas-run Ministry of Health and refer to the total number of fatalities and injuries, without distinguishing between civilians and combatants. Furthermore, they are general figures concerning the armed conflict and say nothing about the existence of famine or shortage of humanitarian aid.

28. The Court’s flexible approach to evidence should not hamper the principle of equality of arms. While the Court may rely on information publicly available, it should be cautious. Particularly when the information is made public after the Parties have submitted their arguments. It is not for the Court to discharge the burden of proof when the Applicant has so clearly failed to do so.

29. I hope in the future that the Court will develop clearer rules to determine the extent to which it may rely on evidence that was not submitted by the parties, and on which the parties were not given the opportunity to comment. A stricter approach is especially called for in a case involving allegations of genocide, which requires fully conclusive evidence³.

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 of 22 February 2023 Indicating a Provisional Measure, Order of 6 July 2023, I.C.J. Reports 2023 (II)*, p. 406, para. 16.

³ *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. 129, para. 209.

Sud ni Israël n'ont pu formuler d'observations sur la déclaration à la presse du secrétaire général adjoint de l'Organisation des Nations Unies aux affaires humanitaires, pas plus que sur les déclarations du directeur exécutif adjoint du Programme alimentaire mondial, du directeur exécutif de l'UNICEF ou de la présidente du Comité international de la Croix-Rouge (voir ordonnance, par. 36).

25. En l'affaire *Arménie c. Azerbaïdjan*, la Cour a dit qu'elle devait rechercher

«si, compte tenu des informations que lui [avaie]nt fournies les Parties au sujet de la situation [alors en cours], il y a[vait] lieu de conclure que celle qui avait motivé l'indication d'une mesure conservatoire en février 2023 a[vait] changé»².

26. En la présente espèce, la Cour a malheureusement fondé ses conclusions sur des éléments de preuve que ni l'une ni l'autre des Parties n'avaient présentés, qui, pour certains, n'étaient pas accessibles au public au moment où celles-ci ont rédigé leurs exposés écrits, et au sujet desquels elles n'ont pas eu la possibilité de formuler des observations.

27. En outre, la Cour rappelle que plus de 6 600 personnes ont été tuées et près de 11 000, blessées dans la bande de Gaza depuis le 26 janvier 2024, en se fondant sur un rapport de l'OCHA (ordonnance, par. 39). Elle omet toutefois de mentionner que ces chiffres proviennent du ministère de la santé de Gaza, contrôlé par le Hamas, et qu'ils représentent le nombre total de morts et de blessés, sans distinction entre civils et combattants. De plus, il s'agit de données générales sur le conflit armé qui ne disent rien de l'existence d'une famine ou d'un manque d'aide humanitaire.

28. La souplesse de la Cour en matière d'administration de la preuve ne doit pas porter atteinte au principe de l'égalité des armes. Si elle peut s'appuyer sur des informations accessibles au public, la Cour doit néanmoins faire preuve de prudence. Cela est particulièrement vrai lorsque de telles informations sont rendues publiques après que les Parties ont présenté leurs arguments. Il n'appartient pas à la Cour de s'acquitter de la charge de la preuve lorsque le demandeur a manifestement manqué de le faire.

29. J'espère qu'à l'avenir la Cour établira des règles plus claires pour déterminer dans quelle mesure elle peut s'appuyer sur des éléments de preuve qui n'ont pas été soumis par les parties et sur lesquels celles-ci n'ont pas eu la possibilité de formuler des observations. Une démarche plus rigoureuse s'impose en particulier dans une affaire concernant des allégations de génocide, qui exige des éléments ayant pleine force probante³.

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 du 22 février 2023 indiquant une mesure conservatoire, ordonnance du 6 juillet 2023, C.I.J. Recueil 2023 (II), p. 406, par. 16.*

³ *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. 129, par. 209.*

III. THE MEASURES INDICATED BY THE COURT

30. The first measure in operative paragraph (2) provides that Israel shall take measures to ensure the unhindered provision by all concerned of urgently needed basic services and humanitarian assistance. The Order also includes a non-exhaustive list of basic services and assistance, as well as particular measures that Israel shall take. I have voted in favour of this measure for the same reasons expressed in paragraph 44 of my separate opinion appended to the Order of 26 January 2024. I do not think this measure is grounded in the preservation of plausible rights under the Genocide Convention. However, it is consistent with Israel's obligations under international humanitarian law, if interpreted in light of Article 23 of the Fourth Geneva Convention and the applicable customary international law. It is only in this sense that I have supported it. I have been guided by moral reasons, hoping that it will alleviate the consequences of the armed conflict for the most vulnerable.

31. I feel compelled to recall, however, that the situation on the ground concerning the provision of humanitarian aid is more difficult than it appears. Israel is not the only responsible party. In most cases, Hamas quickly takes control of the aid when it enters Gaza or prevents it from being delivered to those who need it the most. In other instances, when the aid reaches civilians, it triggers mass movements of people and creates a high-risk environment for humanitarian workers. Even if one would want much more to be done for the delivery of aid, the process is not without complications. The power vacuum that is emerging in Gaza, particularly in the north, makes it more difficult to provide aid effectively. We have now seen efforts to deliver aid from the air, which Israel has supported, and the United States is considering the establishment of a floating port. Israel has agreed to help all of these initiatives. The main problems today are, *inter alia*, the unloading, storage and distribution of aid, and, most of all, securing all of these stages from acts of looting.

32. The second measure in operative paragraph (2) orders Israel to ensure that its military does not commit acts which violate the rights of the Palestinians in Gaza under the Genocide Convention, including by preventing, through any action, the delivery of urgently needed humanitarian assistance. I have voted against this measure for two reasons. First, because it is not grounded in the preservation of plausible rights under the Genocide Convention, since there is no indication of an intent to commit genocide. Second, because this measure deliberately builds an artificial link between Israel's obligations under the Genocide Convention and the obligation not to prevent the delivery of humanitarian assistance. A State that prevents the

III. MESURES INDIQUÉES PAR LA COUR

30. À l'alinéa *a*) du point 2 du dispositif de l'ordonnance, la Cour prescrit à Israël de prendre des mesures pour veiller à ce que soit assurée, sans restriction, la fourniture par toutes les parties intéressées des services de base et de l'aide humanitaire requis de toute urgence. Figurent au même point une liste non exhaustive desdits services et aide, ainsi que des dispositions particulières que doit prendre Israël à cet égard. J'ai voté en faveur de cette mesure pour les mêmes raisons que celles exposées au paragraphe 44 de mon opinion individuelle jointe à l'ordonnance du 26 janvier 2024. Je ne crois pas que cette mesure soit fondée sur la préservation de droits plausibles au regard de la convention sur le génocide. Elle cadre toutefois avec les obligations qui incombent à Israël au titre du droit international humanitaire, si on l'interprète à la lumière de l'article 23 de la quatrième convention de Genève et du droit international coutumier applicable. C'est en ce sens, et en ce sens seulement, que j'ai soutenu cette mesure, guidé par des motivations morales, et dans l'espoir qu'elle atténue les répercussions de ce conflit armé sur les plus vulnérables.

31. Cela dit, je crois devoir rappeler que la situation sur le terrain, s'agissant de la fourniture de l'aide humanitaire, est plus complexe qu'il n'y paraît. Israël n'est pas la seule partie responsable. Le plus souvent, le Hamas s'empare rapidement de l'aide dès qu'elle entre à Gaza ou empêche son acheminement à ceux qui en ont le plus besoin. Dans d'autres cas, la livraison de l'aide aux civils déclenche des mouvements de foule qui mettent en danger les travailleurs humanitaires. Bien qu'on puisse souhaiter que des efforts bien plus importants soient déployés en vue de la fourniture de l'aide humanitaire, il s'agit d'un processus complexe. En raison du vide créé au sein du pouvoir à Gaza, en particulier dans le Nord, il est plus difficile d'acheminer efficacement cette aide. Nous avons pu constater que des dispositions avaient été prises, avec le soutien d'Israël, pour permettre une livraison aérienne de l'aide, et les États-Unis envisagent la mise en place d'un port flottant. Israël a accepté d'appuyer toutes ces actions. Les principaux problèmes qui se posent aujourd'hui sont notamment le déchargement, le stockage et la distribution de l'aide, et, surtout, la lutte contre le pillage à chacune de ces étapes.

32. À l'alinéa *b*) du point 2 du dispositif, la Cour prescrit à Israël de veiller à ce que son armée ne commette pas d'actes emportant violation des droits des Palestiniens de Gaza au regard de la convention sur le génocide, y compris en empêchant, d'une quelconque façon, la livraison d'aide humanitaire requise de toute urgence. J'ai voté contre cette mesure pour deux raisons. Premièrement, elle n'est pas fondée sur la préservation de droits plausibles en vertu de la convention, étant donné que rien n'indique l'existence d'une intention génocidaire. Deuxièmement, cette mesure crée délibérément un lien artificiel entre les obligations d'Israël découlant de la convention et l'obligation de ne pas empêcher la livraison de l'aide humani-

delivery of humanitarian assistance may violate international humanitarian law, but not the rights of a protected group under the Genocide Convention. In the past, the Court has carefully explained that the Genocide Convention should not be interpreted as incorporating rules of international law that are extrinsic to it⁴.

33. I voted against the submission of a report because I am not persuaded that such reports are an effective tool for the Court given its current working methods.

IV. CONCLUDING REMARKS

34. The war in Gaza is Israel's second war of independence. Israel's very existence was imperilled on 7 October 2023, and since that time, the daughters and sons of Israel have made the ultimate sacrifice to safeguard their nation's survival.

35. In one of my judgments as President of Israel's Supreme Court I wrote:

“This is the destiny of a democracy — it does not see all means as acceptable, and the ways of its enemies are not always open before it. A democracy must sometimes fight with one hand tied behind its back. Even so, a democracy has the upper hand. The rule of law and the liberty of an individual constitute important components in its understanding of security. At the end of the day, they strengthen its spirit, and this strength allows it to overcome its difficulties.”⁵

I am glad that the Court has decided not to tie both of Israel's hands behind its back, preserving its right to protect its people.

36. As judges, our approach is grounded in principles, operating within the confines of the law rather than outside it. The principle of the rule of law remains paramount. While there may be compelling ideas on how to end the fighting in Gaza, these belong to the realm of personal opinions, not judicial decisions.

37. I sincerely hope that this war comes to an end as quickly as possible, and that the hostages will return to Israel immediately. The key lies in the

⁴ *Allegations of Genocide under the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Ukraine v. Russian Federation: 32 States intervening), Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 2024 (I)*, pp. 420-421, para. 146; *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. 430.

⁵ *Public Committee against Torture v. Israel*, HCI 5100/94, 1999, pp. 36-37.

taire. Un État qui empêche une telle livraison peut violer le droit international humanitaire sans pour autant porter atteinte aux droits d'un groupe protégé par la convention. Par le passé, la Cour a pris soin d'expliquer que la convention ne devait pas être interprétée comme incorporant des règles de droit international qui lui sont étrangères⁴.

33. J'ai voté contre la soumission d'un rapport parce que je ne suis pas convaincu qu'il s'agisse d'un outil efficace pour la Cour au vu de ses méthodes de travail actuelles.

IV. OBSERVATIONS FINALES

34. La guerre à Gaza est la seconde guerre d'indépendance d'Israël. Le 7 octobre 2023, Israël a vu son existence même mise en péril et, depuis lors, ses filles et ses fils offrent leur vie pour assurer la survie de leur nation.

35. Dans l'une des décisions que j'ai rendues en ma qualité de président de la Cour suprême israélienne, j'ai écrit ce qui suit :

« Tel est le lot d'une démocratie : elle ne juge pas tous les moyens acceptables et ses ennemis ont parfois recours à des voies détournées. Elle doit parfois combattre avec une main liée dans le dos mais, même ainsi, elle conserve l'avantage. La primauté du droit et les libertés individuelles sont des composantes importantes de ce qui constitue, dans une démocratie, la sécurité. Elles renforcent, en fin de compte, l'esprit de la démocratie, qui peut ainsi surmonter les difficultés auxquelles elle est confrontée. »⁵

Je me réjouis que la Cour ait décidé de ne pas lier les deux mains d'Israël, préservant ainsi son droit de protéger son peuple.

36. En tant que juges, nous suivons une démarche fondée sur des principes, en naviguant dans les limites du droit, et non en dehors. Le principe de la primauté du droit demeure fondamental. Aussi convaincantes qu'elles puissent être, les idées sur les moyens de faire cesser les combats à Gaza relèvent des opinions personnelles, et n'ont rien à faire dans les décisions judiciaires.

37. J'espère sincèrement que cette guerre prendra fin le plus rapidement possible, et que les otages rentreront immédiatement en Israël. La balle est

⁴ *Allégations de génocide au titre de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Ukraine c. Fédération de Russie ; 32 États intervenants), exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 2024 (I), p. 420-421, par. 146 ; 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. 430.*

⁵ *Public Committee against Torture v. Israel*, HCJ 5100/94, 1999, p. 36-37.

hands of Hamas. Hamas started the war and Hamas can finish it. It is time for the thunder of war to be replaced by the bells of peace.

(Signed) Aharon BARAK.

dans le camp du Hamas ; c'est lui qui a commencé cette guerre, c'est lui aussi qui peut y mettre un terme. Il est temps que le grondement des canons cède la place au son du carillon de la paix.

(Signé) Aharon BARAK.
