

DISSENTING OPINION OF JUDGE *AD HOC* BARAK

1. Once again, South Africa has requested the Court to order the State of Israel to “cease its military operations in the Gaza Strip . . . and immediately, totally and unconditionally withdraw the Israeli army from the entirety of the Gaza Strip”¹. Once again, South Africa’s request has been rejected by the Court. Instead, the first additional measure indicated by the Court provides that

“[t]he State of Israel shall, in conformity with its obligations under the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, and in view of the worsening conditions of life faced by civilians in the Rafah Governorate:

Immediately halt its military offensive, and any other action in the Rafah Governorate, which may inflict on the Palestinian group in Gaza conditions of life that could bring about its physical destruction in whole or in part”².

This measure requires Israel to halt its military offensive in the Rafah Governorate only in so far as is necessary to comply with Israel’s obligations under the Genocide Convention. In this sense, it merely reaffirms Israel’s existing obligations under the Convention. Even without an order issued by the Court, a military offensive that may result in a violation of a State’s obligations under the Genocide Convention would have to stop. Israel has never disputed this. Thus, the measures indicated by the Court differ decisively from those requested by South Africa. Instead of ordering a blanket suspension and a total withdrawal from the Gaza Strip, the Court’s Order is expressly limited to offensive action in the Rafah Governorate. Since the measure contains an explicit link to Israel’s existing obligations under the Genocide Convention (“which may inflict on the Palestinian group in Gaza conditions of life that could bring about its physical destruction in whole or in part”), Israel is not prevented from carrying out its military operation in the Rafah Governorate as long as it fulfils its obligations under the Genocide Convention. As a result, the measure is a qualified one, which preserves Israel’s right to prevent and repel threats and attacks by Hamas, defend itself and its citizens, and free the hostages.

¹ CR 2024/27, p. 63, para. 3 (Madonsela).

² Order, para. 57 (2) (a).

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

[Traduction]

1. Une nouvelle fois, l'Afrique du Sud a demandé à la Cour de prescrire à l'État d'Israël de «cesser ... ses opérations militaires dans la bande de Gaza ... et de retirer immédiatement, entièrement et inconditionnellement son armée de l'ensemble de la bande de Gaza»¹. Une nouvelle fois, la Cour a rejeté la demande de l'Afrique du Sud. En lieu et place, elle a indiqué, par une première mesure additionnelle, que

«[l']État d'Israël d[eva]it, conformément aux obligations lui incombant au titre de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, et au vu de la dégradation des conditions d'existence auxquelles [étaie]nt soumis les civils dans le gouvernorat de Rafah :

Arrêter immédiatement son offensive militaire, et toute autre action menée dans le gouvernorat de Rafah, qui serait susceptible de soumettre le groupe des Palestiniens de Gaza à des conditions d'existence capables d'entraîner sa destruction physique totale ou partielle»².

Cette mesure n'impose à Israël d'arrêter son offensive militaire dans le gouvernorat de Rafah que pour autant que cela est nécessaire pour lui permettre de s'acquitter des obligations que lui impose la convention sur le génocide. En ce sens, elle réaffirme simplement les obligations qui incombent déjà à celui-ci au regard de cet instrument. Même en l'absence d'ordonnance de la Cour, toute offensive militaire susceptible d'entraîner le manquement d'un État aux obligations mises à sa charge par la convention devrait cesser. Israël ne l'a jamais contesté. Les mesures indiquées par la Cour diffèrent donc de manière décisive de celles sollicitées par l'Afrique du Sud. Au lieu d'ordonner une suspension générale des opérations militaires et un retrait total de la bande de Gaza, l'ordonnance de la Cour est expressément limitée à l'offensive menée dans le gouvernorat de Rafah. Étant donné que la mesure établit un lien explicite avec les obligations auxquelles Israël est déjà tenu sur le fondement de la convention sur le génocide («susceptible de soumettre le groupe des Palestiniens de Gaza à des conditions d'existence capables d'entraîner sa destruction physique totale ou partielle»), rien n'empêche Israël de mener son opération militaire dans le gouvernorat de Rafah tant qu'il satisfait auxdites obligations. Il s'agit donc là d'une mesure limitée, qui préserve le droit d'Israël de prévenir et de repousser les menaces et attaques du Hamas, de se défendre et de défendre ses citoyens, ainsi que de libérer les otages.

¹ CR 2024/27, p. 63, par. 3 (Madonsela).

² Ordonnance, alinéa a) du point 2 du dispositif (par. 57).

2. South Africa has turned to the International Court of Justice four times in just five months. Each time it has requested a ceasefire or the suspension of Israel's military operation in Gaza, accusing Israel of engaging in genocide against the Palestinian people. The Court declined to order any kind of ceasefire or suspension in its decisions of 26 January 2024, 16 February 2024 and 28 March 2024. Its reasons were as simple as they were important. South Africa failed to substantiate its claim that Israel's military operation is plausibly motivated by genocidal intent. In fact, the Court itself recognized the immediate context in which Israel decided to undertake the military operation: the attacks of 7 October 2023 by Hamas, which continues to pose an existential threat to Israel, and the abduction of hundreds of Israeli citizens and other foreign nationals to Gaza. Against this background, the Court understood that it cannot order one party to stop, while the other is free to continue. These reasons have lost none of their validity since the Court issued its previous Orders. Today's Order does not undermine these considerations.

3. The Court was fully aware that Israel's military operation in the Gaza Strip would not be taking place had the attacks by Hamas on 7 October 2023 and the abduction of 250 hostages not occurred. In my view, the specific, credible and up-to-date evidence provided by Israel, expertly and convincingly presented by its legal team during the hearings, played a decisive role in refuting any allegations of intent by South Africa. Israel was able to produce this evidence despite the extremely limited amount of time that it had to prepare for the hearings. Even though Israel was in a procedurally disadvantageous position, South Africa did not succeed with its principal request before the Court.

4. Indeed, I cannot fail to note the difference between South Africa's written request of 10 May 2024, its final submissions of 16 May 2024 and the measures indicated by the Court. South Africa, which initially brought a much more limited and specific written request, asking the Court to order Israel to "immediately withdraw and cease its military offensive in the Rafah Governorate"³, subsequently returned to the request it had already made three times in almost identical terms: it asked for a measure ordering Israel to "cease its military operations in the Gaza Strip, including in the Rafah Governorate, and withdraw from the Rafah Crossing and immediately, totally and unconditionally withdraw the Israeli army from the entirety of the Gaza Strip"⁴. And yet South Africa's tactics failed. Once again, its request for an "immediate[], total[] and unconditional[] with-

³ Request of South Africa, 10 May 2024, para. 25.

⁴ CR 2024/27, p. 63, para. 3 (Madonsela).

2. L'Afrique du Sud s'est tournée vers la Cour internationale de Justice à quatre reprises en l'espace de cinq mois à peine. Chaque fois, elle a demandé un cessez-le-feu ou la suspension de l'opération militaire israélienne à Gaza, accusant Israël de se livrer à un génocide contre le peuple palestinien. La Cour s'est refusée, dans ses décisions des 26 janvier 2024, 16 février 2024 et 28 mars 2024, à prescrire une forme quelconque de cessez-le-feu ou de suspension. Les raisons à cela étaient aussi simples qu'importantes. L'Afrique du Sud n'a pas étayé son grief selon lequel l'opération militaire israélienne était, de manière plausible, sous-tendue par une intention génocidaire. En réalité, la Cour elle-même a pris en considération le contexte immédiat dans lequel Israël avait décidé d'entreprendre cette opération, soit les attaques commises le 7 octobre 2023 par le Hamas, qui continue de menacer son existence même, ainsi que l'enlèvement de centaines de citoyens israéliens et de ressortissants étrangers, emmenés à Gaza. Dans ces conditions, la Cour a compris qu'elle ne pouvait enjoindre à une partie de cesser ses actions, tandis que l'autre serait libre de les poursuivre. Ces raisons n'ont rien perdu de leur validité depuis que la Cour a rendu ses premières ordonnances, et celle rendue ce jour ne retire rien aux considérations exposées ci-dessus.

3. La Cour avait pleinement conscience que l'opération militaire d'Israël dans la bande de Gaza n'aurait pas eu lieu si le Hamas n'avait pas commis ses attaques le 7 octobre 2023 ni enlevé 250 personnes. Selon moi, les éléments de preuve spécifiques, crédibles et récents fournis par Israël, que son équipe juridique a présentés de manière professionnelle et convaincante à l'audience, ont contribué de manière décisive à réfuter toute allégation formulée par l'Afrique du Sud quant à l'existence d'une intention. Israël est parvenu à produire ces éléments de preuve en dépit du temps extrêmement court dont il a disposé pour préparer les audiences. Alors même qu'il se trouvait dans une position défavorable sur le plan procédural, l'Afrique du Sud n'a pas obtenu gain de cause s'agissant de la demande principale qu'elle avait présentée à la Cour.

4. De fait, je ne peux que relever la différence existant entre la demande écrite du 10 mai 2024 déposée par l'Afrique du Sud, les conclusions finales qu'elle a présentées le 16 mai 2024 et les mesures indiquées par la Cour. Alors qu'elle avait initialement prié la Cour, de manière bien plus limitée et spécifique, de dire qu'Israël devait «immédiatement se retirer du gouvernorat de Rafah et y cesser son offensive militaire»³, l'Afrique du Sud est par la suite revenue à la demande qu'elle avait déjà formulée à trois reprises dans des termes quasi identiques, sollicitant une mesure qui prescrirait à Israël de «cesser ... ses opérations militaires dans la bande de Gaza, notamment dans le gouvernorat de Rafah, d'évacuer le point de passage de Rafah, et de retirer immédiatement, entièrement et inconditionnellement son armée de l'ensemble de la bande de Gaza»⁴. Ses manœuvres ont cepen-

³ Demande de l'Afrique du Sud, 10 mai 2024, par. 25.

⁴ CR 2024/27, p. 63, par. 3 (Madonsela).

draw[al]” of the Israeli army from the Gaza Strip, based on allegations of genocide, failed. To me, this makes clear that today’s Order was not adopted because there was any piece of evidence substantiating the allegations made by South Africa under the Genocide Convention.

5. I am not oblivious to the increasing suffering in Gaza. On the contrary, I am no less alarmed by the humanitarian situation in Gaza than the rest of my colleagues at the Court. Nevertheless, I find myself unable to vote in favour of the operative clause of today’s Order, because the military operation does not plausibly raise questions under the Genocide Convention. In particular, there is no evidence of intent. Needless to say, every armed conflict, including this one, raises relevant questions under human rights and international humanitarian law. However, those questions, and the corresponding responsibilities, must continue to be addressed and decided by Israel’s independent and robust judicial system.

6. The Court’s treatment of evidence regarding the conditions for the indication of provisional measures for protecting rights under the Genocide Convention is particularly concerning. The Court relies primarily on statements made by United Nations officials on social media and on press releases issued by relevant organizations (see Order, paras. 44-46). It relies on these statements and press releases without even inquiring into what kind of evidence they draw upon. The Court’s approach is in stark contrast with its previous jurisprudence, in which it has stated that “United Nations reports [are] reliable evidence only ‘to the extent that they are of probative value and are corroborated, if necessary, by other credible sources’”⁵. In the present case, the statements and press releases noted by the Court have simply not been corroborated. The Court has not inquired into the methodology or amount of research underlying their preparation, as it has done in previous cases⁶. I fail to see how the Court’s approach here is compatible with its previous decisions to exclude elements of United Nations reports which rely only on second-hand sources⁷. This complete deviation from the Court’s usual treatment of evidence is particularly concerning given that the present case concerns “charges of exceptional gravity” requiring “proof at a high level of certainty appropriate to the seriousness of the allega-

⁵ *Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda), Reparations, Judgment, I.C.J. Reports 2022 (I)*, p. 85, para. 215.

⁶ *Ibid.*, p. 66, para. 152.

⁷ *Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda), Judgment, I.C.J. Reports 2005*, p. 225, para. 159.

dant échoué. Une nouvelle fois, sa demande tendant au «ret[rait] immédia[t], enti[er] et inconditionne[l]» de l'armée israélienne de la bande de Gaza, présentée sur le fondement d'allégations de génocide, a été rejetée. À mon sens, cela indique clairement que l'ordonnance rendue ce jour n'a pas été adoptée parce qu'il existait un quelconque élément de preuve étayant les allégations formulées par l'Afrique du Sud au titre de la convention sur le génocide.

5. Je n'oublie pas les souffrances toujours plus grandes subies à Gaza, et suis, au contraire, tout comme mes collègues de la Cour, profondément préoccupé par la situation humanitaire de la région. J'ai néanmoins estimé ne pas pouvoir voter en faveur du dispositif de l'ordonnance rendue ce jour, car l'opération militaire ne soulève plausiblement aucune question relevant de la convention sur le génocide. En particulier, rien ne prouve l'existence d'une intention génocidaire. Tout conflit armé — et celui-ci ne déroge pas à la règle — soulève à l'évidence des questions pertinentes au regard du droit relatif aux droits de l'homme et du droit international humanitaire. C'est toutefois dans le cadre du système judiciaire indépendant et fiable d'Israël que ces questions, ainsi que les responsabilités qui en découlent, doivent continuer d'être examinées et tranchées.

6. Le traitement réservé par la Cour aux éléments de preuve relatifs aux conditions régissant l'indication de mesures conservatoires destinées à protéger des droits garantis par la convention sur le génocide est particulièrement préoccupant. La Cour s'est principalement fondée sur des déclarations faites par des responsables de l'Organisation des Nations Unies sur les réseaux sociaux et sur des communiqués de presse publiés par des organisations compétentes (voir ordonnance, par. 44-46). Elle s'est appuyée sur ces déclarations et communiqués sans même chercher à savoir sur quels éléments de preuve ils reposent. L'approche de la Cour tranche nettement avec sa jurisprudence antérieure, dans laquelle elle a précisé que «les rapports de l'ONU [n'étaient] des éléments de preuve fiables que “dans la mesure où ils [avaie]nt une valeur probante et [étaie]nt corroborés, si nécessaire, par d'autres sources crédibles”»⁵. En la présente espèce, les déclarations et communiqués de presse mis en avant par la Cour n'ont tout simplement pas été corroborés. Celle-ci n'a pas cherché à déterminer quelles méthodes avaient été suivies ou si des recherches approfondies avaient été effectuées aux fins de leur élaboration, contrairement à ce qu'elle avait fait dans d'autres affaires⁶. Je ne vois pas comment l'approche adoptée par la Cour dans la présente instance pourrait être compatible avec ses décisions précédentes de ne pas tenir compte d'éléments tirés de rapports de l'Organisation des Nations Unies qui reposaient uniquement sur des informations de seconde main⁷.

⁵ *Activités armées sur le territoire du Congo (République démocratique du Congo c. Ouganda), réparations, arrêt, C.I.J. Recueil 2022 (I)*, p. 85, par. 215.

⁶ *Ibid.*, p. 66, par. 152.

⁷ *Activités armées sur le territoire du Congo (République démocratique du Congo c. Ouganda), arrêt, C.I.J. Recueil 2005*, p. 225, par. 159.

tion”⁸. While I am aware that this standard has been developed for a later stage of such proceedings, it should have at least informed the treatment of evidence at the stage of provisional measures.

7. In this opinion, I wish to do three things. *First*, to offer some remarks on the situation in Rafah and Al-Mawasi. *Second*, to show that there is no place for the indication of new measures. Nothing of what South Africa has argued points to a “change in the situation”, which is a condition for the indication of new measures. Rather, its request seeks to turn the Court into a micro-manager of the armed conflict. In this context, I will also address the glaring absence of proof establishing, even based on a plausibility standard, circumstances that point to intent of genocide. *Third*, I wish to clarify the scope of the measures indicated by the Court, in particular the limited nature of the suspension and how it still preserves Israel’s fundamental right to defend itself and its citizens.

I. THE SITUATION IN RAFAH AND AL-MAWASI

8. Israel’s military operation in the Gaza Strip cannot be understood — in fact, would not exist — without the existential threat posed by Hamas and the ongoing captivity of more than one hundred hostages. It is telling that neither the threat posed by Hamas nor the situation of the hostages were mentioned by South Africa in its written request or oral argument. Not even once.

9. For years Rafah, which is part of the Gaza Strip, has been, and still is, the stronghold of Hamas. Israel explained that the indiscriminate threats and attacks by Hamas against Israel have not ceased for a single day⁹. Hamas continues to hide in and around hospitals and schools, and to use Palestinian civilians as human shields¹⁰.

⁸ *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), pp. 129-130, paras. 209-210.

⁹ CR 2024/28, pp. 9-10, paras. 11-15 (Noam); see also Volume of documents submitted by the State of Israel for the Provisional Measures Hearing on 11-12 January 2024, 10 January 2024, tab 6 (“The Hamas Agenda”) and tab 7 (“Hamas Threat to the Israeli Population”).

¹⁰ Judges’ folder submitted by Israel (17 May 2024), tab 2; CR 2024/28, p. 11, para. 19 (Noam); see also Volume of documents submitted by the State of Israel for the Provisional

Le fait que la Cour se soit nettement écartée de sa pratique habituelle concernant les éléments de preuve est d'autant plus inquiétant que la présente affaire porte sur des «accusations d'une exceptionnelle gravité» qui doivent être «prouvée[s] avec un degré élevé de certitude, à la mesure de [leur] gravité»⁸. Même si, j'en ai bien conscience, ce critère a été élaboré pour une phase ultérieure de la procédure dans ce type d'affaire, la Cour aurait dû, au minimum, en tenir compte dans son traitement des preuves au stade des mesures conservatoires.

7. Dans le présent exposé de mon opinion, je souhaite faire trois choses. *Premièrement*, je formulerai quelques observations sur la situation à Rafah et à Al-Mawasi. *Deuxièmement*, je montrerai que rien ne justifie l'indication de nouvelles mesures. Aucune des allégations de l'Afrique du Sud n'indique qu'il y ait eu un «changement dans la situation», ce qui constitue l'une des conditions auxquelles est subordonnée l'indication de nouvelles mesures. Par sa demande, l'Afrique du Sud cherche, en réalité, à obtenir que la Cour s'ingère dans les détails de la conduite du conflit armé. Dans ce contexte, je traiterai également de l'absence flagrante de preuve démontrant, même selon un critère de plausibilité, l'existence de circonstances qui dénoteraient une intention génocidaire. *Troisièmement*, j'entends préciser la portée des mesures indiquées, notamment le caractère limité de la suspension des opérations militaires et la manière dont la Cour continue de préserver le droit fondamental d'Israël de se défendre et de défendre ses citoyens.

I. LA SITUATION À RAFAH ET À AL-AVASI

8. L'opération militaire d'Israël dans la bande de Gaza ne peut se comprendre — et n'aurait d'ailleurs pas eu lieu — sans la menace que fait peser le Hamas sur l'existence même d'Israël et les plus de 100 otages qui demeurent en captivité. Élément révélateur, la menace du Hamas et la situation des otages n'ont été mentionnées ni dans la demande écrite ni dans les plaidoiries de l'Afrique du Sud, et ce, pas même une seule fois.

9. Depuis des années, Rafah, qui fait partie de la bande de Gaza, est et reste le bastion du Hamas. Israël a exposé qu'il subissait les menaces et attaques indiscriminées incessantes de ce dernier⁹. Le Hamas continue de se retrancher à l'intérieur ou à proximité des hôpitaux et des écoles, et d'utiliser les civils palestiniens comme boucliers humains¹⁰.

⁸ *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. 129-130, par. 209-210.

⁹ CR 2024/28, p. 9-10, par. 11-15 (Noam); voir aussi le dossier de documents en date du 10 janvier 2024 soumis par l'État d'Israël aux fins des audiences sur les mesures conservatoires tenues les 11 et 12 janvier 2024, onglets 6 («The Hamas Agenda») et 7 («Hamas Threat to the Israeli Population»).

¹⁰ Dossier de plaidoiries soumis par Israël (17 mai 2024), onglet 2; CR 2024/28, p. 11, par. 19 (Noam); voir aussi le dossier de documents en date du 10 janvier 2024 soumis par l'État

Israel maintained that hundreds of rockets have been fired from Rafah over the last two weeks hitting several cities and towns in Israel¹¹. Israel also referred to the elaborate tunnel system under Rafah consisting of 700 tunnel shafts, of which some 50 cross into Egypt¹². According to Israel, these tunnels are used by Hamas to supply itself with weapons and ammunition, and could potentially be used to smuggle hostages or senior Hamas operatives out of Gaza¹³.

10. In order to prevent and repel the threat posed by Hamas and free the hostages, Israel has to carry out military operations in Rafah and in the entirety of the Gaza Strip. It has both a right and a duty to prevent and repel these threats and attacks. As stated by its highest authorities, Israel has only one aim: to defeat Hamas and bring the hostages back to Israel.

11. Israel explained during the hearings, and in its reply to the question asked by Judge Nolte, that it has taken measures to establish humanitarian zones where the civilian population may safely evacuate. The Al-Mawasi area has been designated as the principal, but not the only safe zone for the persons fleeing from Rafah. Israel provided evidence that the Al-Mawasi area is connected to the two main humanitarian routes in Gaza and to the new temporary pier (JLOTS)¹⁴. The Al-Mawasi area is not just “barren sand dunes”¹⁵. According to Israel, it is connected to the Bani Suheila water line, which Israel has helped to repair, and has water tanks, water pumps and desalination plants¹⁶. It has also been reinforced with additional supplies of shelter, food and medicine, *inter alia*, and the construction of two field hospitals¹⁷. On 12 May 2024, Israel announced another new field hospital in the Al-Mawasi area. This constitutes the eighth field hospital facilitated by Israel in Gaza since the beginning of the war¹⁸.

Measures Hearing on 11-12 January 2024, 10 January 2024, tab 7 (“The Embedment of Hamas Military Infrastructure in the Urban Terrain and the Risk to Civilians in Gaza”).

¹¹ Judges’ folder submitted by Israel (17 May 2024), tab 1; CR 2024/28, pp. 9-10, paras. 11-15 (Noam).

¹² *Ibid.*; see also CR 2024/28, p. 10, para. 14 (Noam).

¹³ CR 2024/28, p. 10, para. 14 (Noam).

¹⁴ Response of the State of Israel to the question posed by Judge Nolte at the oral hearings of 17 May 2024 on South Africa’s fourth request for provisional measures, 18 May 2024, para. 8.

¹⁵ CR 2024/27, p. 20, para. 13 (Dugard).

¹⁶ Response of the State of Israel to the question posed by Judge Nolte at the oral hearings of 17 May 2024 on South Africa’s fourth request for provisional measures, 18 May 2024, paras. 22-25.

¹⁷ *Ibid.*, paras. 19-21 and 26-31.

¹⁸ *Ibid.*, paras. 32-34.

Israël a soutenu que des centaines de roquettes avaient été tirées depuis Rafah au cours des deux dernières semaines, frappant plusieurs villes ou localités situées sur son territoire¹¹. Il a également mentionné le large réseau de tunnels creusés sous Rafah qui comprend plus de 700 galeries, dont une cinquantaine vont jusqu'en Égypte¹². Selon Israël, ces tunnels sont utilisés aux fins de l'approvisionnement en armes et en munitions du Hamas, et pourraient servir à faire sortir clandestinement de Gaza des otages ou des membres importants de l'organisation¹³.

10. Afin de prévenir et de repousser la menace que fait peser sur lui le Hamas et de libérer les otages, Israël doit mener des opérations militaires à Rafah et dans l'ensemble de la bande de Gaza. Il a le droit autant que le devoir de prévenir et de repousser ces menaces et attaques. Comme l'ont déclaré ses plus hautes autorités, Israël ne poursuit qu'un seul objectif : vaincre le Hamas et ramener les otages.

11. Israël a précisé à l'audience, ainsi que dans sa réponse à la question posée par le juge Nolte, qu'il avait pris des mesures visant à établir des zones humanitaires susceptibles d'accueillir en toute sécurité la population civile évacuée. Al-Mawasi a été désignée comme la principale — mais pas la seule — de ces zones sûres destinées aux personnes fuyant Rafah. Israël a produit des éléments attestant que la zone d'Al-Mawasi est reliée aux deux grandes voies d'accès humanitaire de Gaza et à la nouvelle jetée temporaire¹⁴. Cette zone ne se réduit pas à une étendue de « dunes de sable arides »¹⁵. Israël indique qu'elle est raccordée à la conduite d'eau de Bani Suheila, qu'il a contribué à réparer, et qu'elle est équipée de réservoirs d'eau, de pompes à eau et d'usines de dessalement¹⁶. La zone humanitaire a en outre reçu des stocks supplémentaires d'abris, de denrées alimentaires, de médicaments et d'autres fournitures, et deux hôpitaux de campagne y ont été établis¹⁷. Le 12 mai 2024, Israël a annoncé la mise en service à Al-Mawasi d'un nouvel hôpital de campagne. Il s'agit du huitième qu'Israël aide à établir à Gaza depuis le début de la guerre¹⁸.

d'Israël aux fins des audiences sur les mesures conservatoires tenues les 11 et 12 janvier 2024, onglet 7 (« The Embedment of Hamas Military Infrastructure in the Urban Terrain and the Risk to Civilians in Gaza »).

¹¹ Dossier de plaidoiries soumis par Israël (17 mai 2024), onglet 1 ; CR 2024/28, p. 9-10, par. 11-15 (Noam).

¹² *Ibid.* ; voir aussi CR 2024/28, p. 10, par. 14 (Noam).

¹³ CR 2024/28, p. 10, par. 14 (Noam).

¹⁴ Réponse de l'État d'Israël à la question posée par le juge Nolte à l'audience du 17 mai 2024 sur la quatrième demande en indication de mesures conservatoires de l'Afrique du Sud, 18 mai 2024, par. 8.

¹⁵ CR 2024/27, p. 20, par. 13 (Dugard).

¹⁶ Réponse de l'État d'Israël à la question posée par le juge Nolte à l'audience du 17 mai 2024 sur la quatrième demande en indication de mesures conservatoires de l'Afrique du Sud, 18 mai 2024, par. 22-25.

¹⁷ *Ibid.*, par. 19-21 et 26-31.

¹⁸ *Ibid.*, par. 32-34.

II. NO PLACE FOR THE INDICATION OF NEW MEASURES

12. In my previous opinions, I have set out my views regarding the ill-advised approach taken by the Court since the institution of proceedings by South Africa in December 2023. It is an approach that taints this and all prior orders. As was already the case with respect to the Order of 28 March 2024, this Order does not meet the conditions laid down in Article 76, paragraph 1, of the Rules of Court. The Court can modify an order indicating provisional measures only if there is a change in the circumstances that justifies such modification. Despite the fact that these conditions are not met, the Court has imposed additional measures on Israel. In so doing, it is acting outside its judicial function and beyond the jurisdiction conferred on it by States under Article 41 of the ICJ Statute. Its approach also severely undermines the integrity of the Genocide Convention.

1. No Change in the Situation

13. South Africa seeks to portray Israel's military operation in Rafah as a "change in the situation" that would justify the indication of new measures. Yet the military operation in Rafah is not a *new* military campaign. It forms part of Israel's ongoing military operation throughout the Gaza Strip, which began in October 2023. It is an integral part of its overall effort to prevent and repel ongoing threats and attacks by Hamas and free the hostages in captivity. Indeed, both in its letter of 16 February 2024 and in its Order of 28 March 2024, the Court explicitly referred to the deteriorating situation in Rafah. The Court should not act every time there is a development in the hostilities. Otherwise, it will become the micromanager of an armed conflict.

2. No Justification for New Measures

14. The Court can only modify an order for provisional measures if the existing measures are not capable of fully addressing the consequences arising from the change in the situation. However, any consequences that may arise from Israel's actions in Rafah are already covered by the Court's two previous Orders. By its Order of 26 January, the Court has already ordered Israel to take all measures within its power to prevent acts that fall within the scope of the Genocide Convention¹⁹. Israel must also ensure with immediate effect that its military does not commit any acts prohibited by the Genocide

¹⁹ *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. 30, para. 86 (1).*

II. RIEN NE JUSTIFIE L'INDICATION DE NOUVELLES MESURES

12. Dans mes précédentes opinions, j'ai exposé mes vues concernant le raisonnement peu judicieux suivi par la Cour depuis que l'Afrique du Sud a introduit la présente instance en décembre 2023. Ce raisonnement entache l'ordonnance rendue ce jour et toutes les précédentes. Comme c'était déjà le cas de celle du 28 mars 2024, la nouvelle ordonnance ne satisfait pas aux conditions énoncées au paragraphe 1 de l'article 76 du Règlement de la Cour, selon lesquelles cette dernière ne peut modifier une ordonnance en indication de mesures conservatoires que s'il s'est produit un changement dans la situation qui justifie pareille modification. Alors même que ces conditions n'étaient pas réunies, la Cour a imposé des mesures additionnelles à Israël. Ce faisant, elle a agi en dehors de sa fonction judiciaire et outrepassé la compétence que les États lui ont conférée au titre de l'article 41 de son Statut. Son raisonnement porte en outre gravement atteinte à l'intégrité de la convention sur le génocide.

1. Absence de changement dans la situation

13. L'Afrique du Sud a cherché à présenter l'opération militaire menée par Israël à Rafah comme un «changement dans la situation» qui justifierait l'indication de nouvelles mesures. Or, il ne s'agit pas d'une *nouvelle* campagne militaire. Cette opération s'inscrit dans le cadre de celle qu'Israël mène actuellement dans toute la bande de Gaza et qui a débuté en octobre 2023. Elle fait partie intégrante des efforts qu'il a mis en œuvre, plus largement, pour prévenir et repousser les menaces et attaques continues du Hamas et libérer les otages toujours détenus. De fait, la Cour, dans sa décision en date du 16 février 2024 autant que dans son ordonnance du 28 mars 2024, avait expressément mentionné l'aggravation de la situation à Rafah. Il n'y a pas lieu qu'elle agisse à chaque nouvelle évolution des hostilités, car cela reviendrait pour elle à s'ingérer dans les détails de la conduite d'un conflit armé.

2. Absence de justification de nouvelles mesures

14. La Cour ne peut modifier une ordonnance en indication de mesures conservatoires que si les mesures existantes ne sont pas à même de répondre pleinement aux conséquences découlant du changement dans la situation. Or, toutes les conséquences susceptibles de découler des actions d'Israël à Rafah sont déjà couvertes par ses deux ordonnances précédentes. Dans celle du 26 janvier, la Cour avait déjà enjoint à Israël de prendre toutes les mesures en son pouvoir pour prévenir la commission d'actes entrant dans le champ d'application de la convention sur le génocide¹⁹. Israël devait également veil-

¹⁹ *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. 30, point 1 du dispositif (par. 86).*

Convention²⁰. Furthermore, it must take immediate and effective measures to enable the provision of urgently needed basic services and humanitarian assistance²¹. The humanitarian aid obligations were strengthened by the Order of 28 March 2024²². Even though I voted against several of these measures, they are binding decisions of the Court²³. In this sense, the Court's previous Orders already restrict Israel's military operation in Rafah in such a way that they protect any plausible rights found by the Court under the Genocide Convention. Indeed, it is telling that the present Order does not explain at all why it considers that the previous measures "do not fully address the consequences arising from the change in the situation" in the relevant paragraph (see Order, para. 30).

15. What South Africa's request appears to be about is Israel's compliance with the previous Orders. However, it is neither for South Africa nor the Court to assess Israel's compliance with the previous Orders at this stage of the proceedings. The Court shall do so only at the merits stage. South Africa also seems to be asking the Court to assume the role of the General Assembly and the Security Council. But the Court cannot exceed its judicial function just because South Africa believes that these bodies have not fulfilled their functions effectively.

3. *No Circumstances for Indicating Provisional Measures: The Lack of Intent*

16. The power of the Court to indicate provisional measures under Article 41 of the Statute has as its object the preservation of the rights claimed by a party, pending a decision on the merits. In the present case, the rights in question are those that exist under the Genocide Convention. No more, no less. South Africa's task was, therefore, to demonstrate that Israel's actions create a risk of irreparable prejudice to *those* rights. Not to rights under international humanitarian law or under human rights law, but under the Genocide Convention alone. South Africa has failed to do so.

²⁰ *Ibid.*, p. 31, para. 86 (2).

²¹ *Ibid.*, para. 86 (4).

²² *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide in the Gaza Strip (South Africa v. Israel), Request for the Modification of the Order Indicating Provisional Measures of 26 January 2024, Order of 28 March 2024, I.C.J. Reports 2024 (I)*, p. 527, para. 51 (2) (a).

²³ *LaGrand (Germany v. United States of America), Judgment, I.C.J. Reports 2001*, p. 506, para. 109.

ler, avec effet immédiat, à ce que son armée ne commette aucun des actes prohibés par cet instrument²⁰. En outre, il devait prendre sans délai des mesures effectives pour permettre la fourniture des services de base et de l'aide humanitaire requis de toute urgence²¹. Les obligations relatives à la fourniture de l'aide ont été renforcées par l'ordonnance du 28 mars 2024²². Bien que j'aie voté contre plusieurs d'entre elles, ces mesures constituent des décisions contraignantes de la Cour²³. Ainsi, les précédentes ordonnances soumettent déjà à restrictions l'opération militaire menée par Israël à Rafah afin de protéger tout droit jugé plausible au regard de la convention sur le génocide. Il convient de noter que, au paragraphe pertinent de l'ordonnance rendue ce jour, la Cour ne précise nullement les raisons pour lesquelles elle considère que les mesures précédentes « ne couvrent pas intégralement les conséquences découlant du changement dans la situation » (voir ordonnance, par. 30).

15. La demande de l'Afrique du Sud semble avoir pour objet l'exécution par Israël des précédentes ordonnances. Il n'appartient toutefois ni à l'Afrique du Sud ni à la Cour d'apprécier cette question au présent stade de la procédure. Ce n'est que dans le cadre de l'examen au fond que la Cour pourra procéder à une telle appréciation. L'Afrique du Sud semble en outre inviter la Cour à endosser le rôle de l'Assemblée générale et du Conseil de sécurité. Or la Cour ne saurait outrepasser sa fonction judiciaire du seul fait que cet État estime que les organes en question ne se sont pas acquittés de manière effective de leurs responsabilités.

3. Absence de circonstances justifiant d'indiquer des mesures conservatoires : le défaut d'intention génocidaire

16. Le pouvoir d'indiquer des mesures conservatoires que la Cour tient de l'article 41 de son Statut a pour objet de sauvegarder, dans l'attente de sa décision sur le fond de l'affaire, les droits revendiqués par une partie. En l'espèce, les droits en cause sont ceux qui existent au titre de la convention sur le génocide. Ni plus ni moins. La tâche de l'Afrique du Sud consistait dès lors à démontrer que les actions entreprises par Israël créaient le risque qu'un préjudice irréparable fût causé à *ces droits-là*. Pas à des droits découlant du droit international humanitaire ou du droit relatif aux droits de l'homme, mais aux droits découlant de la convention sur le génocide, et à eux seuls. L'Afrique du Sud ne l'a pas démontré.

²⁰ *Ibid.*, p. 31, point 2 du dispositif (par. 86).

²¹ *Ibid.*, point 4 du dispositif (par. 86).

²² *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide dans la bande de Gaza (Afrique du Sud c. Israël)*, demande tendant à la modification de l'ordonnance en indication de mesures conservatoires du 26 janvier 2024, ordonnance du 28 mars 2024, C.I.J. Recueil 2024 (I), p. 527, alinéa a) du point 2 du dispositif (par. 51).

²³ *LaGrand (Allemagne c. États-Unis d'Amérique)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2001, p. 506, par. 109.

17. The conduct of a State can only create a risk of irreparable prejudice to rights under the Genocide Convention, if such conduct falls within the scope of the Convention. For this to be the case, the specific intent to commit genocide (*dolus specialis*) must be present. If the *dolus specialis* of genocide is absent, the conduct does not fall within the scope of the Convention and, consequently, the rights under the Genocide Convention are not implicated.

18. The threshold to find an intent of genocide is very high. In *Bosnian Genocide*, the Court held that

“[t]he *dolus specialis*, the specific intent to destroy the group in whole or in part, has to be convincingly shown by reference to particular circumstances, unless a general plan to that end can be convincingly demonstrated to exist; and for a pattern of conduct to be accepted as evidence of its existence, it would have to be such that it could only point to the existence of such intent”²⁴.

19. South Africa has not produced any evidence that would allow the Court to draw this conclusion; not even on the basis of a plausibility standard. Indeed, South Africa has not produced a single piece of *new* evidence that would substantiate the plausible existence of genocidal intent.

20. In contrast to South Africa, Israel distinguishes between Hamas and civilians in Gaza. I find it pertinent to recall that, on 12 February 2024, South Africa brought a request for the indication of provisional measures on the ground that a military operation in Rafah was imminent. The Court rightly rejected it. Israel did not act in February. Instead, as Israel explained, it planned a military operation that would minimize the harm to civilians as much as possible. In the period between February and May, Israel took several measures to protect the civilians that would have to evacuate the Rafah area, some of which were detailed in Israel’s reply to Judge Nolte’s question. The stated purpose of its military operation in Rafah is to prevent and repel the threat posed by Hamas, to defend itself and its citizens, and to free the hostages. Several high-ranking Israeli officials have reiterated that the military operation is being conducted against Hamas, not the Palestinian people²⁵.

²⁴ *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), pp. 196-197, para. 373.

²⁵ Volume of documents submitted by the State of Israel for the Provisional Measures Hearing on 11-12 January 2024, 10 January 2024, tab 2 (“Selected Public Statements by Israeli Leaders Stating the War’s Objectives and Commitment to International Law”); see also CR 2024/28, pp. 25-26, paras. 22-24 (Kaplan Tourgeman).

17. Le comportement d'un État ne peut créer le risque qu'un préjudice irréparable soit causé à des droits protégés par la convention sur le génocide que si ce comportement entre dans les prévisions de celle-ci. Pour qu'il en soit ainsi, il faut qu'une intention spécifique de commettre un génocide (*dolus specialis*) existe. En l'absence de *dolus specialis*, le comportement en question ne relève pas de la convention et, partant, les droits qu'elle protège ne sont pas en jeu.

18. Les conditions requises pour qu'une intention génocidaire puisse être établie sont très exigeantes. En l'affaire du *Génocide en Bosnie*, la Cour a jugé que

«[l]e *dolus specialis*, l'intention spécifique de détruire le groupe en tout ou en partie, d[eva]it être établi en référence à des circonstances précises, à moins que l'existence d'un plan général tendant à cette fin puisse être démontrée de manière convaincante; pour qu'une ligne de conduite puisse être admise en tant que preuve d'une telle intention, elle devrait être telle qu'elle ne puisse qu'en dénoter l'existence»²⁴.

19. L'Afrique du Sud n'a produit aucune preuve pouvant permettre à la Cour de tirer cette conclusion, même selon un critère de plausibilité. Elle n'a en effet pas présenté le moindre élément *nouveau* susceptible d'étayer l'existence plausible d'une intention génocidaire.

20. Contrairement à l'Afrique du Sud, Israël établit une distinction entre le Hamas et les civils présents à Gaza. Il me semble pertinent de rappeler que, le 12 février 2024, l'Afrique du Sud a présenté une demande en indication de mesures conservatoires au motif qu'une opération militaire était imminente à Rafah. La Cour a rejeté à juste titre cette demande. Israël n'a pas agi en février. Au lieu de cela, comme il l'a précisé, il a préparé son opération militaire de manière à réduire dans toute la mesure possible les dommages susceptibles d'être causés aux civils. Entre février et mai, Israël a pris plusieurs mesures visant à protéger les civils qui seraient contraints d'évacuer la région de Rafah, mesures dont certaines ont été exposées en détail dans sa réponse à la question posée par le juge Nolte. L'objectif clairement annoncé de son opération militaire à Rafah était de prévenir et de repousser la menace présentée par le Hamas, de se défendre et de défendre ses citoyens, ainsi que de libérer les otages. Plusieurs hauts responsables israéliens ont répété que l'opération militaire était dirigée contre le Hamas, et non le peuple palestinien²⁵.

²⁴ *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. 196-197, par. 373.

²⁵ Dossier de documents soumis par l'État d'Israël aux fins des audiences consacrées aux mesures conservatoires tenues les 11 et 12 janvier 2024, 10 janvier 2024, onglet 2 («Selected Public Statements by Israeli Leaders Stating the War's Objectives and Commitment to International Law»); voir également CR 2024/28, p. 25-26, par. 22-24 (Kaplan Tourgeman).

21. Israel has also noted that the IDF has called on eastern Rafah residents to evacuate. The evacuation messages were communicated through flyers, text messages, phone calls and media broadcasts in Arabic. This information has been corroborated by independent media reports²⁶.

22. Israel has taken measures to mitigate the harm suffered by the Palestinians displaced from Rafah to the humanitarian area established in Al-Mawasi. Israel is not sending Palestinians to the middle of nowhere. It is not sending them, as South Africa put it, “to the barren sand dunes of Al-Mawasi”. On the contrary, Israel is sending them to specifically designated evacuation zones, to which it directs humanitarian aid and assistance. In paragraph 11 of this opinion, I described the measures taken by Israel in the Al-Mawasi area.

23. I find it difficult to understand why the Court failed to acknowledge, even in a sentence, that there has been an increase of humanitarian aid and assistance entering the Gaza Strip. Indeed, these past months have seen the highest numbers of humanitarian trucks entering Gaza since the beginning of the war. Importantly, last week, the IDF reported that it had allowed hundreds of humanitarian aid trucks carrying flour and fuel into Gaza through the Kerem Shalom and Erez crossings. As shown by the statement of United Nations Senior Humanitarian Coordinator Sigrid Kaag and Israel’s reports submitted to the Court, there has been a significant increase in the amount of humanitarian aid delivered to Gaza²⁷. The newly constructed temporary pier (JLOTS) is now operating, and the Cyprus Maritime Corridor will make it possible to increase the entry of humanitarian aid and assistance. Israel maintains that it has facilitated both of these initiatives. Regrettably, the Court did not consider or even take account of these developments.

24. One may think that Israel should do more to protect civilians in Rafah. However, that question is not at stake in the present case. The Court can *only* indicate measures to protect rights that are plausible under the Genocide Convention. The relevant question is one of plausible intent. I do not see how Israel’s conduct could even plausibly amount to a pattern that provides the basis for inferring the specific intent required by the Genocide Convention. Why would a State that has the intention to destroy a group provide tents, humanitarian aid and field hospitals? Why would they issue warnings and build humanitarian zones?

²⁶ CR 2024/28, p. 28, para. 31 (Kaplan Tourgeman).

²⁷ OCHA, “Remarks to the Security Council by Sigrid Kaag, Senior Humanitarian and Reconstruction Coordinator for Gaza”, 24 April 2024.

21. Israël a en outre relevé que ses forces de défense avaient demandé aux résidents de la partie est de Rafah de quitter la zone. Les messages d'évacuation ont été communiqués au moyen de tracts, de messages SMS, d'appels téléphoniques et d'annonces diffusées en arabe par les médias. Ces informations ont été corroborées par des articles de presse indépendants²⁶.

22. Israël a pris des dispositions en vue d'atténuer le préjudice subi par les Palestiniens de Rafah qui ont dû rejoindre la zone humanitaire établie à Al-Mawasi. Il ne les envoie pas au milieu de nulle part, ni, comme l'affirme l'Afrique du Sud, «dans les dunes de sable arides d'Al-Mawasi». Bien au contraire, il les évacue dans des zones spécialement conçues à cet effet, où il fait acheminer l'aide et l'assistance humanitaires. Au paragraphe 11 du présent exposé de mon opinion, j'ai décrit les mesures prises par Israël dans la zone d'Al-Mawasi.

23. Je peine à comprendre pourquoi la Cour n'a pas confirmé, ne serait-ce que par une seule phrase, l'augmentation du volume d'aide et d'assistance humanitaires qui entre dans la bande de Gaza. De fait, le nombre de camions humanitaires qui ont pénétré dans Gaza au cours des derniers mois n'a jamais été aussi élevé depuis le début de la guerre. Il importe de relever que, la semaine passée, les forces de défense israéliennes ont rapporté qu'elles avaient autorisé des centaines de camions humanitaires chargés de farine et de carburant à entrer dans Gaza par les points de passage de Kerem Shalom et d'Erez. Comme cela ressort de la déclaration de Sigrid Kaag, coordonnatrice humanitaire principale de l'Organisation des Nations Unies, et des rapports qu'Israël a soumis à la Cour, la quantité d'aide humanitaire fournie à Gaza a considérablement augmenté²⁷. La jetée temporaire nouvellement construite est désormais opérationnelle, et le couloir maritime chypriote permettra d'accroître encore les livraisons d'aide et d'assistance humanitaires. Israël fait valoir qu'il a facilité l'une et l'autre de ces initiatives. Malheureusement, la Cour n'a pas examiné ni même pris en considération ces développements.

24. L'on peut penser qu'Israël devrait en faire plus pour protéger les civils à Rafah, mais cette question n'est pas en jeu dans la présente affaire. La Cour peut *uniquement* indiquer des mesures visant à protéger des droits qui sont plausibles au regard de la convention sur le génocide. La question pertinente est celle de l'intention plausible. Je ne vois pas comment le comportement d'Israël pourrait être considéré, ne serait-ce que de manière plausible, comme constituant une ligne de conduite dont pourrait être déduite l'intention spécifique requise par ladite convention. Pourquoi un État ayant l'intention de détruire un groupe fournirait-il des tentes, de l'aide humanitaire et des hôpitaux de campagne ? Pourquoi émettrait-il des avertissements et établirait-il des zones humanitaires ?

²⁶ CR 2024/28, p. 28, par. 31 (Kaplan Tourgeman).

²⁷ OCHA, «Remarks to the Security Council by Sigrid Kaag, Senior Humanitarian and Reconstruction Coordinator for Gaza», 24 avril 2024.

25. The absence of proof of plausible intent in all of South Africa's requests is the fatal flaw of its case. The Court cannot look at the *actus reus* without also looking at the *mens rea*. How can the measures indicated by the Court preserve rights under the Genocide Convention when there is no show of intent whatsoever? This is why I have voted against the majority of the measures indicated by the Court thus far.

26. The road taken by the Court is a dangerous one. It weakens the régime of the Genocide Convention by using it (or misusing it) to arbitrate an armed conflict. How can States trust the Court with the settlement of disputes concerning the interpretation and application of multilateral conventions, if they are used for purposes that are entirely removed from the original intention of the parties?

III. THE LIMITED NATURE OF THE MEASURES INDICATED BY THE COURT

27. The first measure indicated by the Court reaffirms the previous Orders of 26 January and 28 March 2024. Since I voted against the majority of the measures indicated by the Court in those Orders, I have voted against this measure as well.

28. The first additional measure indicated by the Court reiterates an obligation that already exists for Israel under the Genocide Convention, and specifies the measures previously indicated by the Court in its Orders of 26 January and 28 March 2024. This measure reads:

“The State of Israel shall, in conformity with its obligations under the [Genocide Convention], and in view of the worsening conditions of life faced by civilians in the Rafah Governorate:

Immediately halt its military offensive, and any other action in the Rafah Governorate, which may inflict on the Palestinian group in Gaza conditions of life that could bring about its physical destruction in whole or in part”.

I have voted against this measure because the conditions necessary for its indication under Article 76, paragraph 1, of the Rules of Court are not met. However, I note that this measure does not require Israel to refrain from its military operation in Rafah altogether. It is not an unconditional obligation to halt the military operation. It specifies that Israel must, in accordance with its obligations under the 1948 Genocide Convention, conduct its military offensive in a way that does not deprive the Palestinian civilian population of its essential means of existence. Naturally, if the military offensive was being carried out in violation of Israel's obligations under the Genocide

25. L'absence de preuve d'une intention plausible dans l'ensemble des demandes de l'Afrique du Sud compromet de manière rédhibitoire l'argumentation qu'elle avance. La Cour ne peut examiner l'*actus reus* sans s'intéresser aussi à la *mens rea*. Comment les mesures qu'elle a indiquées peuvent-elles préserver les droits protégés par la convention sur le génocide lorsqu'il n'existe pas le moindre signe d'une intention ? Telles sont les raisons pour lesquelles j'ai voté contre la majeure partie des mesures indiquées par la Cour jusqu'ici.

26. La voie empruntée par la Cour est périlleuse. Elle affaiblit le régime de la convention sur le génocide en l'utilisant (ou en le détournant) pour arbitrer un conflit armé. Comment les États peuvent-ils confier à la Cour le règlement de leurs différends concernant l'interprétation et l'application de conventions multilatérales si celles-ci sont employées à des fins très éloignées de l'intention initiale des parties ?

III. LE CARACTÈRE LIMITÉ DES MESURES INDIQUÉES PAR LA COUR

27. Par la première mesure indiquée, la Cour réaffirme les ordonnances précédentes des 26 janvier et 28 mars 2024. Ayant voté contre la majeure partie des mesures indiquées par la Cour dans ces ordonnances, j'ai également voté contre celle-ci.

28. La première mesure additionnelle indiquée par la Cour réaffirme une obligation déjà imposée à Israël par la convention sur le génocide et précise les mesures déjà contenues dans les ordonnances des 26 janvier et 28 mars 2024. Elle se lit comme suit :

« L'État d'Israël doit, conformément aux obligations lui incombant au titre de la convention [sur le] génocide, et au vu de la dégradation des conditions d'existence auxquelles sont soumis les civils dans le gouvernorat de Rafah :

Arrêter immédiatement son offensive militaire, et toute autre action menée dans le gouvernorat de Rafah, qui serait susceptible de soumettre le groupe des Palestiniens de Gaza à des conditions d'existence capables d'entraîner sa destruction physique totale ou partielle ».

J'ai voté contre cette mesure parce que les conditions nécessaires à son indication, énoncées au paragraphe 1 de l'article 76 du Règlement de la Cour, n'étaient pas réunies. Je relèverai cependant qu'elle n'exige pas qu'Israël s'abstienne totalement de mener son opération militaire à Rafah. Elle ne constitue pas une obligation inconditionnelle de mettre fin à cette opération, mais précise qu'Israël doit, conformément aux obligations que lui impose la convention de 1948 sur le génocide, conduire son offensive militaire d'une manière qui ne prive pas la population civile palestinienne de ses moyens d'existence essentiels. Il va de soi que, si elle était menée en violation des

Convention, it would need to end. Nevertheless, there is no evidence, even at the low standard required for provisional measures, that any rights under the Genocide Convention are implicated. The Court's first measure is therefore limited to offensive (and not defensive) military action in Rafah, and requires a halt only in so far as is necessary to protect the Palestinian group in Gaza from conditions of life that could bring about its physical destruction. This qualified measure shows that the Court is cognizant of Israel's need to undertake those military operations that are necessary to prevent and repel threats and attacks by Hamas, and to take action to defend itself and its citizens and free the hostages held in Gaza.

29. The second additional measure reads:

“The State of Israel shall, in conformity with its obligations under the [Genocide Convention], and in view of the worsening conditions of life faced by civilians in the Rafah Governorate:

Maintain open the Rafah crossing for unhindered provision at scale of urgently needed basic services and humanitarian assistance”.

This measure reaffirms the Court's two previous Orders. In particular, it specifies the measure indicated in paragraph 86, subparagraph 4, of the Order of 26 January 2024, and paragraph 51, subparagraph 2 (*a*), of the Order of 28 March 2024. I voted in favour of both of those measures because I believe that the provision of humanitarian aid and assistance is crucial. However, I cannot support this new specification because it is targeted at the Rafah crossing. The Court did not have a single piece of evidence regarding the situation of the Rafah crossing. The Parties did not present any evidence on whether Israel, Egypt, or both, are responsible for the current closure of the Rafah crossing. More importantly, the Rafah crossing can only operate if both Egypt and Israel agree. I do not understand how Israel can be expected to “maintain open” a crossing with respect to which it does not have exclusive control. The Court has indicated this measure with scant evidence before it and ignoring that another sovereign State controls the other half of the crossing.

30. The third additional measure reads:

“The State of Israel shall, in conformity with its obligations under the [Genocide Convention], and in view of the worsening conditions of life faced by civilians in the Rafah Governorate:

obligations que ladite convention fait à Israël, cette offensive militaire devrait cesser. Néanmoins, il n'existe aucun élément établissant, même selon le niveau de preuve peu élevé requis au stade des mesures conservatoires, qu'un quelconque droit garanti par cet instrument serait en cause. En conséquence, la première mesure indiquée par la Cour porte exclusivement sur l'action militaire menée à Rafah à des fins offensives (et non défensives), et n'exige l'arrêt de celle-ci que pour autant qu'il sera nécessaire pour protéger le groupe des Palestiniens de Gaza contre des conditions d'existence susceptibles d'entraîner sa destruction physique. Cette mesure conditionnelle montre que la Cour a conscience de la nécessité pour Israël d'entreprendre les opérations militaires qui s'imposent pour lui permettre de prévenir et de repousser les menaces et attaques du Hamas, et d'agir pour se défendre, défendre ses citoyens et libérer les otages toujours en captivité à Gaza.

29. La deuxième mesure additionnelle se lit comme suit :

« L'État d'Israël doit, conformément aux obligations lui incombant au titre de la convention [sur le] génocide, et au vu de la dégradation des conditions d'existence auxquelles sont soumis les civils dans le gouvernorat de Rafah :

Maintenir ouvert le point de passage de Rafah pour que puisse être assurée, sans restriction et à grande échelle, la fourniture des services de base et de l'aide humanitaire requis de toute urgence ».

Cette mesure réaffirme les deux ordonnances précédentes de la Cour. En particulier, elle précise les mesures qui étaient indiquées au point 4 du dispositif (par. 86) de l'ordonnance du 26 janvier 2024 et à l'alinéa *a*) du point 2 du dispositif (par. 51) de celle du 28 mars 2024. J'avais voté en faveur de ces deux mesures, la fourniture de l'aide et de l'assistance humanitaires étant à mes yeux essentielle. Je ne peux, en revanche, appuyer cette nouvelle prescription, car elle concerne spécifiquement le point de passage de Rafah. La Cour ne possédait pas la moindre preuve se rapportant à la situation de ce point de passage, les Parties n'ayant produit aucun élément concernant la question de savoir si la responsabilité de sa fermeture actuelle revient à Israël, à l'Égypte ou aux deux. Plus important encore, ce point de passage ne peut être opérationnel que si l'Égypte et Israël y consentent l'une et l'autre. Je ne comprends pas comment ce dernier peut se voir prescrire de « maintenir ouvert » un point de passage sur lequel il n'exerce pas un contrôle exclusif. La Cour a indiqué cette mesure alors qu'elle ne disposait que de maigres éléments de preuve, et sans tenir compte du fait qu'un second État souverain contrôle l'autre moitié du point de passage.

30. La troisième mesure additionnelle se lit comme suit :

« L'État d'Israël doit, conformément aux obligations lui incombant au titre de la convention [sur le] génocide, et au vu de la dégradation des conditions d'existence auxquelles sont soumis les civils dans le gouvernorat de Rafah :

Take effective measures to ensure the unimpeded access to the Gaza Strip of any commission of inquiry, fact-finding missions or other investigative body mandated by competent organs of the United Nations to investigate allegations of genocide”.

This measure again reaffirms Israel’s existing obligations under the first two Orders, which provide that Israel must preserve evidence. I voted against this measure because South Africa has not provided evidence that additional measures are required for the preservation of evidence. Neither the geographic scope nor the mandate of these fact-finding missions is clearly defined. It is also unclear what a “competent organ” means in this context. While I understand the merits of independent fact-finding, such measures should not arise out of a Court order, but rather based on consent.

31. The fourth additional measure provides that “Israel shall submit a report to the Court on all measures taken to give effect to this Order, within one month as from the date of this Order”. This measure extends Israel’s reporting obligations. I voted against this measure because the reporting obligations have not served a meaningful purpose.

IV. CONCLUDING REMARKS

32. I would like to end by reiterating that I sincerely hope that this war comes to an end as quickly as possible, and that the hostages will return to Israel immediately²⁸. In this regard, I appreciate that the Court, in this Order, “finds it deeply troubling that many of these hostages remain in captivity and reiterates its call for their immediate and unconditional release” (paragraph 56 of this Order). Like every State, Israel has the fundamental right to protect its citizens and itself. This right receives a special dimension in the case of the hostages, in the sense that it imposes a duty on the State to do everything in its power to bring them back to Israel. The fulfilment of this duty is not in conflict with Israel’s obligations under the Genocide Convention because it stems from Israel’s intent to protect its citizens and not from an intent to commit acts prohibited under the Genocide Convention. As I have written in my first opinion in this case, “[i]t is to protect these values that Israel’s daughters and sons have selflessly paid with their lives and dreams,

²⁸ See *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide in the Gaza Strip (South Africa v. Israel), Request for the Modification of the Order Indicating Provisional Measures of 26 January 2024, Order of 28 March 2024, I.C.J. Reports 2024 (I)*, separate opinion of Judge *ad hoc* Barak, pp. 553-554, para. 37.

Prendre des mesures permettant effectivement de garantir l'accès sans entrave à la bande de Gaza à toute commission d'enquête, toute mission d'établissement des faits ou tout autre organisme chargé par les organes compétents de l'Organisation des Nations Unies d'enquêter sur des allégations de génocide».

Cette mesure réaffirme elle aussi des obligations déjà imposées à Israël par les deux premières ordonnances, qui exigent qu'il préserve les éléments de preuve. J'ai voté contre son indication, car l'Afrique du Sud n'a pas produit d'élément attestant que des mesures additionnelles étaient requises aux fins de la conservation des preuves. Ni la zone géographique d'intervention ni le mandat de ces missions d'établissement des faits ne sont clairement définis. En outre, il est difficile de savoir ce qu'il faut entendre par «organes compétents» dans ce contexte. Même si je comprends l'intérêt des enquêtes indépendantes, pareilles mesures ne devraient pas découler d'une ordonnance de la Cour ; elles devraient reposer sur le consentement.

31. La quatrième mesure additionnelle dispose qu'«Israël devra, dans un délai d'un mois à compter de la date de la présente ordonnance, soumettre à la Cour un rapport sur l'ensemble des mesures qu'il aura prises pour donner effet à cette ordonnance». Elle prolonge les obligations qui incombent déjà à Israël en matière de présentation de rapports. J'ai voté contre cette mesure, car les obligations en question n'ont pas d'utilité réelle.

IV. OBSERVATIONS FINALES

32. Pour conclure, je tiens à répéter que j'espère sincèrement voir cette guerre cesser aussitôt que possible et les otages rentrer sans tarder en Israël²⁸. À cet égard, je me félicite de ce que la Cour, au paragraphe 56 de l'ordonnance rendue ce jour, ait «estim[é] qu'il [était] profondément inquiétant que nombre de ces otages demeuraient en captivité et réitér[er] son appel en faveur de leur libération immédiate et inconditionnelle». Comme tout État, Israël a le droit fondamental de protéger ses citoyens et de se protéger lui-même. Ce droit prend une dimension particulière dans le cas des otages, en ce sens qu'il impose à l'État le devoir de faire tout ce qui est en son pouvoir pour les ramener sur son territoire. L'accomplissement de ce devoir n'entre pas en conflit avec les obligations mises à la charge d'Israël par la convention sur le génocide, puisque l'intention sous-jacente est de protéger ses citoyens, et non pas de commettre des actes prohibés par ladite convention. Comme je l'ai écrit dans ma première opinion en la présente affaire,

²⁸ Voir *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide dans la bande de Gaza (Afrique du Sud c. Israël)*, demande tendant à la modification de l'ordonnance en indication de mesures conservatoires du 26 janvier 2024, ordonnance du 28 mars 2024, C.I.J. Recueil 2024 (I), opinion individuelle du juge *ad hoc* Barak, p. 553-554, par. 37.

in a war that Israel did not choose”²⁹. The key to ending this war does not lie in asking the Court to intervene in this conflict by making unsubstantiated allegations of genocide against Israel. The key to ending this war lies in the hands of Hamas. Hamas has started the war and can finish it by releasing the hostages and by fully respecting the security of the State of Israel and its citizens.

33. The Court is in a difficult position and facing great pressure. Even so, the Court should not have sacrificed the integrity of the Genocide Convention and overstepped the limits of its jurisdiction in response to public pressure. The urge to “do something” is understandable, particularly as the ceasefire request comes before this Court for the fourth time. But this cannot be sufficient. The absence of Hamas from the proceedings and a jurisdiction confined to the Genocide Convention and Article 41 of the ICJ Statute remain significant obstacles, as they were in January when South Africa made its first request.

34. I underwent similar experiences in my 28 years as a judge on Israel’s Supreme Court. The only way that I found to be truthful as a judge was to leave aside the “background noise” and focus purely on the legal reasoning. This is the only common language that we judges have. We cannot be bothered by political, military or public policy troubles. We can only be concerned with legal troubles. We are a court of law, not one of public opinion. When we judges sit at trial, we also stand on trial. We will not be judged by hysteria and the fleeting waves of the hour, but by history.

(Signed) Aharon BARAK.

²⁹ *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)*, separate opinion of Judge *ad hoc* Barak, p. 75, para. 49.

«[c]’est pour défendre ces valeurs que les filles et les fils d’Israël ont sacrifié leurs vies et leurs rêves, victimes d’une guerre qu’Israël n’a pas choisie»²⁹. Demander à la Cour d’intervenir dans le conflit sur le fondement d’allégations de génocide non étayées formulées contre Israël ne mettra pas fin à la guerre. La fin de la guerre est entre les mains du Hamas. C’est lui qui a déclenché la guerre et c’est lui qui peut y mettre un terme en libérant les otages et en assurant à Israël et à ses citoyens le plein respect de leur sécurité.

33. La Cour se trouve dans une position délicate et doit répondre à des attentes élevées. Cela dit, elle n’aurait pas dû céder à ces pressions publiques en sacrifiant l’intégrité de la convention sur le génocide et en outrepassant les limites de sa compétence. Il est compréhensible qu’elle ressente le besoin de «faire quelque chose», d’autant plus que c’est la quatrième fois qu’il lui est demandé d’imposer un cessez-le-feu. Toutefois, cela ne saurait être suffisant. Le fait que le Hamas ne soit pas partie à la procédure et le fait que la compétence de la Cour soit limitée par la convention sur le génocide et l’article 41 du Statut de la Cour demeurent des obstacles de taille, comme c’était déjà le cas en janvier, lorsque l’Afrique du Sud a présenté sa première demande.

34. J’ai vécu des expériences analogues au cours des 28 années pendant lesquelles j’ai siégé à la Cour suprême d’Israël. Il m’a semblé que le seul moyen de rester fidèle à la vérité en tant que juge était de faire abstraction du «bruit de fond» et de me concentrer exclusivement sur le raisonnement juridique. C’est la seule langue que nous, juges, partageons. Nous ne devons pas nous laisser envahir par des problématiques politiques ou militaires ou par des considérations de politique publique. Nous ne devons nous préoccuper que de questions juridiques. Nous sommes une cour de justice, et non un tribunal où s’exprimerait l’opinion publique. Alors même que nous jugeons, nous sommes aussi jugés. Nous ne serons pas jugés par l’hystérie et les turbulences passagères, mais par l’histoire.

(Signé) Aharon BARAK.

²⁹ *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), opinion individuelle du juge ad hoc Barak, p. 75, par. 49.*