

SEPARATE OPINION OF JUDGE *AD HOC* BARAK

1. South Africa came to the Court seeking the immediate suspension of the military operations in the Gaza Strip. It has wrongly sought to impute the crime of Cain to Abel. The Court rejected South Africa's main contention and, instead, adopted measures that recall Israel's existing obligations under the Genocide Convention. The Court has reaffirmed Israel's right to defend its citizens and emphasized the importance of providing humanitarian aid to the population of Gaza. The provisional measures indicated by the Court are thus of a significantly narrower scope than those requested by South Africa.

2. Notably, the Court has emphasized that "all parties to the conflict in the Gaza Strip are bound by international humanitarian law", which certainly includes Hamas. The Court has also stated that it "is gravely concerned about the fate of the hostages abducted during the attack on Israel on 7 October 2023 and held since then by Hamas and other armed groups, and calls for their immediate and unconditional release" (see Order, para. 85).

## I. GENOCIDE: AN AUTOBIOGRAPHICAL REMARK

3. The Genocide Convention holds a very special place in the heart and history of the Jewish people, both within and beyond the State of Israel. The term "genocide" was coined in 1942 by a Jewish lawyer from Poland, Raphael Lemkin, and the impetus for the adoption of the Genocide Convention came from the carefully planned and deliberate murder of 6 million Jews during the Holocaust.

4. I was five years old when, as part of Operation Barbarossa, the German army occupied the city in which I was born — Kaunas — in Lithuania. Within a few days, almost 30,000 Jews in Kaunas were taken from their homes and put into a ghetto. It was as if we were sentenced to death, awaiting our execution. On 26 October 1941, every Jew in the ghetto was instructed to gather in the central square, known as "Democracy Square". Around 9,000 Jews were taken from the square on that day and executed by machine gun fire.

There was constant hunger in the overcrowded ghetto. But despite all the difficulties, there was an organized community life. It was a community of individuals condemned to death, yet in their hearts there was a spark of hope for life and a desire to preserve basic human dignity.

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

*[Traduction]*

1. L'Afrique du Sud s'est adressée à la Cour pour demander la suspension immédiate des opérations militaires menées dans la bande de Gaza. Elle a cherché à tort à imputer à Abel le crime de Caïn. La Cour a rejeté sa thèse principale et a préféré adopter des mesures qui reproduisent des obligations incombant déjà à Israël au regard de la convention sur le génocide. Elle a réaffirmé le droit d'Israël de défendre ses citoyens et souligné l'importance de la fourniture de l'aide humanitaire à la population de Gaza. Les mesures conservatoires qu'elle a indiquées sont donc bien plus étroites dans leur portée que celles demandées par l'Afrique du Sud.

2. La Cour a, en particulier, relevé que «toutes les parties au conflit dans la bande de Gaza [étaie]nt liées par le droit international humanitaire», ce qui comprend assurément le Hamas. En outre, elle s'est dite «gravement préoccupée par le sort des personnes enlevées pendant l'attaque en Israël le 7 octobre 2023 et détenues depuis lors par le Hamas et d'autres groupes armés et [a] appell[é] à la libération immédiate et inconditionnelle de ces otages» (voir ordonnance, par. 85).

I. GÉNOCIDE : REMARQUES D'ORDRE AUTOBIOGRAPHIQUE

3. La convention sur le génocide occupe une place toute particulière dans le cœur et l'histoire du peuple juif, dans l'État d'Israël comme ailleurs. Le terme «génocide» est apparu en 1942, sous la plume du juriste juif polonais Raphaël Lemkin, et c'est le meurtre méticuleusement planifié et exécuté de 6 millions de Juifs pendant l'Holocauste qui a motivé l'adoption de la convention.

4. J'avais cinq ans lorsque ma ville natale, Kaunas, en Lituanie, est passée sous occupation de l'armée allemande dans le cadre de l'opération Barbarossa. En quelques jours, près de 30 000 Juifs de Kaunas ont été emmenés de chez eux et parqués dans un ghetto. Nous étions tels des condamnés à mort, attendant notre exécution. Le 26 octobre 1941, l'ordre a été donné à tous les Juifs du ghetto de se rassembler sur la place centrale, nommée «place de la Démocratie». Ce sont quelque 9 000 Juifs qui, ce jour-là, ont été emmenés et fusillés.

Dans le ghetto surpeuplé, la faim était omniprésente. Or, malgré toutes les difficultés vivait une communauté organisée, une communauté dont les membres étaient condamnés à mort, mais demeuraient, au plus profond, animés de l'espoir de vivre et du désir de conserver une dignité humaine élémentaire.

5. At the beginning of 1944, the Nazis rounded up all children under the age of 12, loaded them onto trucks and shot them during the infamous “Kinder Aktion”. It was clear that I had to leave in order to survive. I was smuggled out of the ghetto in a sack and taken to a Lithuanian farmer. A couple of weeks later my mother and I were transferred to another farmer. We had to be very discreet, so the farmer built a double wall in one of the rooms. We hid in that narrow space until we were finally liberated by the Red Army on 1 August 1944. Only 5 per cent of the Jews of Lithuania had survived.

6. Genocide is more than just a word for me; it represents calculated destruction and human behaviour at its very worst. It is the gravest possible accusation and is deeply intertwined with my personal life experience.

7. I have thought a lot about how this experience has affected me as a judge. In my opinion, the effect has been twofold. First, I am deeply aware of the importance of the existence of the State of Israel. If Israel had existed in 1939, the fate of the Jewish people might have been different. Second, I am a strong believer in human dignity. The Nazis and their collaborators sought to reduce us to dust and ashes. They aimed to strip us of our human dignity. However, in this, they failed. During the most challenging moments in the ghetto, we preserved our humanity and the spirit of humankind. The Nazis succeeded in murdering many of our people, but they could not take away our humanity.

8. The rebirth following the Holocaust is the rebirth of the human being, of the centrality of humanity and of human rights for every person. Many international instruments focusing on the rights of the individual were adopted after 1945, and the protection of human rights is also deeply rooted in the Israeli legal system.

## II. ISRAEL’S COMMITMENT TO THE RULE OF LAW AND INTERNATIONAL HUMANITARIAN LAW

9. Israel is a democracy with a strong legal system and an independent judicial system. Whenever there is tension between national security interests and human rights, the former must be attained without compromising the protection of the latter. As I have written:

“Security and human rights go hand in hand. There is no democracy without security; there is no democracy without human rights. Democracy is based upon a delicate balance between collective security and individual liberty”<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> A. Barak, “International Humanitarian Law and the Israeli Supreme Court”, *Israel Law Review*, Vol. 47, July 2014, para. 185.

5. Au début de l'année 1944, lors de la tristement célèbre « Kinder Aktion », les nazis ont rassemblé tous les enfants de moins de 12 ans, les ont fait monter dans des camions et les ont abattus. Il est devenu évident que, pour pouvoir survivre, je devais partir. Après avoir quitté le ghetto caché dans un sac, j'ai été confié à un fermier lituanien. Quelques semaines plus tard, ma mère et moi avons été emmenés chez un autre fermier. Pour rendre notre présence la plus discrète possible, le fermier a construit une double cloison dans l'une des pièces. Nous nous sommes cachés dans cet espace étroit jusqu'à ce que nous soyons finalement délivrés par l'armée rouge le 1<sup>er</sup> août 1944. Seuls 5 % des Juifs de Lituanie ont survécu.

6. Le génocide est, pour moi, davantage qu'un simple mot ; il représente une entreprise de destruction et le pire de ce dont l'humanité est capable. Il s'agit de la plus grave accusation qui puisse être portée et d'un crime qui a profondément marqué mon histoire personnelle.

7. J'ai beaucoup réfléchi à la manière dont ce passé avait résonné sur ma vie en tant que juge et il m'apparaît qu'il a eu un effet double. Premièrement, je suis profondément convaincu de l'importance de l'existence de l'État d'Israël. Si celui-ci avait existé en 1939, le sort du peuple juif aurait pu être tout autre. Deuxièmement, je crois fermement en la dignité humaine. Les nazis et leurs collaborateurs ont cherché à nous anéantir. Ils voulaient nous dépouiller de notre dignité humaine. En cela, toutefois, ils ont échoué. Même aux heures les plus sombres de la vie dans le ghetto, nous avons conservé notre humanité et notre conscience d'appartenir au genre humain. Les nazis sont parvenus à assassiner un grand nombre d'entre nous, mais pas à nous ôter notre humanité.

8. La renaissance qui a suivi l'Holocauste est celle de l'être humain, celle de l'humanité et des droits de l'homme comme valeurs fondamentales. De nombreux instruments internationaux consacrés aux droits des personnes ont été adoptés après 1945, et la protection des droits de l'homme est aussi profondément ancrée dans le système juridique israélien.

## II. L'ATTACHEMENT D'ISRAËL À LA PRIMAUTÉ DU DROIT ET AU DROIT INTERNATIONAL HUMANITAIRE

9. Israël est une démocratie dotée d'un solide système juridique et d'une justice indépendante. En cas d'antagonisme entre les intérêts nationaux en matière de sécurité et les droits de l'homme, il convient de défendre les premiers sans compromettre la protection des seconds. Comme je l'ai écrit,

« [l]a sécurité et les droits de l'homme vont de pair. Il n'y a pas de démocratie sans sécurité ; il n'y a pas de démocratie sans droits de l'homme. La démocratie repose sur un équilibre délicat entre sécurité collective et liberté individuelle »<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> A. Barak, « International Humanitarian Law and the Israeli Supreme Court », *Israel Law Review*, vol. 47, juillet 2014, par. 185.

10. The need for such balancing has served as a silver lining in the rulings of the Supreme Court of Israel. Once, in the midst of a military operation in Gaza, the Supreme Court ordered the army to repair the water pipes that had been damaged by army tanks, and to do so while the operation was still ongoing. On the same occasion, it ordered the army to provide humanitarian aid to civilians and to halt hostilities to allow for the burial of the dead<sup>2</sup>. In its judgment on “targeted killings”, the Supreme Court ruled that Israel must always act in accordance with international humanitarian law, and that Israel must refrain from targeting terrorists when excessive harm to civilians is anticipated<sup>3</sup>.

11. As a judge in the Israeli Supreme Court, I wrote that every Israeli soldier carries with him (or her), in their backpack, the rules of international law<sup>4</sup>. This means that international law guides the actions of all Israeli soldiers wherever they are. I also wrote that when a democratic State fights terrorism, it does so with one hand tied behind its back<sup>5</sup>. Even when fighting a terrorist group like Hamas that does not abide by international law, Israel must abide by the law and uphold democratic values.

12. The Israeli Supreme Court, has also held that torture may not be used during the interrogation of terrorists<sup>6</sup>, that religious sites and clergy must be protected, and that all captives must be afforded fundamental guarantees<sup>7</sup>. Naturally, as in any democratic society, some of these rulings have been criticized in Israel. Still, the public stands behind them and the military upholds them on a regular basis. Rulings of the Israeli Supreme Court — many of them based on international law — are the standards by which Israel conducts itself.

13. International law is also an integral part of the military code and the conduct of the Israeli army. The Code of Ethics of the Israel Defense Forces states that

“[a]n IDF soldier will only exercise their power or use their weapon in order to fulfill their mission and only when necessary. They will maintain their humanity during combat and routine times. The soldier will not use their weapon or power to harm uninvolved civilians and

<sup>2</sup> *Physicians for Human Rights v. IDF Commander in Gaza* (2004), HCJ 4764/04.

<sup>3</sup> *Public Committee against Torture in Israel v. Government of Israel* (2005) (*Targeted Killings*), HCJ 769/02.

<sup>4</sup> *Jam'iat Iscan Al-Ma'almoun v. IDF Commander in the Judea and Samaria Area* (1983), HCJ 393/82.

<sup>5</sup> *The Public Committee against Torture in Israel v. Government of Israel* (2006), HCJ 769/02.

<sup>6</sup> *Public Committee against Torture in Israel v. Government of Israel* (1999) (*Interrogations*), HCJ 5100/94.

<sup>7</sup> *Center for the Defense of the Individual Founded by Dr. Lota Salzberger v. Commander of the IDF Forces in the West Bank* (2002), HCJ 3278/02.

10. La nécessité de concilier ces deux impératifs a eu un effet positif sur les décisions de la Cour suprême d'Israël. Ainsi, alors qu'une opération militaire était en cours à Gaza, celle-ci a ordonné à l'armée de réparer, sans même attendre la fin de l'opération, les canalisations qui avaient été endommagées par ses blindés. Par la même décision, elle a enjoint à l'armée d'apporter une aide humanitaire aux civils et de suspendre les hostilités pour permettre l'inhumation des victimes<sup>2</sup>. Dans son arrêt relatif aux « exécutions ciblées », elle a jugé qu'Israël était tenu de toujours agir conformément au droit international humanitaire et de s'abstenir de cibler des terroristes lorsqu'un préjudice excessif était à craindre pour les civils<sup>3</sup>.

11. En ma qualité de juge de la Cour suprême d'Israël, j'ai écrit que chaque soldat israélien porte, dans son paquetage, les règles du droit international<sup>4</sup>. Cela signifie que le droit international guide les actes de tous les soldats israéliens où qu'ils se trouvent. J'ai également écrit que, lorsqu'un État démocratique combat le terrorisme, il le fait avec une main attachée dans le dos<sup>5</sup>. Même quand il lutte contre un groupe terroriste tel que le Hamas, qui bafoue le droit international, Israël doit respecter le droit et maintenir des valeurs démocratiques.

12. La Cour suprême israélienne a également jugé qu'il ne saurait être fait usage de la torture durant les interrogatoires des terroristes<sup>6</sup>, que les sites religieux et ministres du culte devaient être protégés, et que tous les détenus devaient se voir accorder des garanties fondamentales<sup>7</sup>. Ces décisions, si elles ont parfois été critiquées en Israël, comme cela se produit dans toute société démocratique, n'en sont pas moins soutenues par le public et régulièrement appliquées par l'armée. Les arrêts de la Cour suprême israélienne — dont beaucoup sont fondés sur le droit international — constituent les normes qui régissent le comportement d'Israël.

13. Le droit international fait aussi partie intégrante du code militaire et des pratiques de l'armée israélienne. Le code éthique des forces de défense israéliennes prévoit ce qui suit :

« Le soldat des forces de défense israéliennes n'exerce son autorité et ne fait usage de son arme qu'aux fins de l'exécution de sa mission, et seulement en cas de nécessité. Il fait preuve d'humanité au combat comme dans les opérations courantes. Il ne fait pas usage de son arme ou de son

<sup>2</sup> *Physicians for Human Rights v. IDF Commander in Gaza* (2004), HCJ 4764/04.

<sup>3</sup> *Public Committee against Torture in Israel v. Government of Israel* (2005) (*Targeted Killings*), HCJ 769/02.

<sup>4</sup> *Jam'iat Iscan Al-Ma'almoun v. IDF Commander in the Judea and Samaria Area* (1983), HCJ 393/82.

<sup>5</sup> *The Public Committee against Torture in Israel v. Government of Israel* (2006), HCJ 769/02.

<sup>6</sup> *Public Committee against Torture in Israel v. Government of Israel* (1999) (*Interrogations*), HCJ 5100/94.

<sup>7</sup> *Center for the Defense of the Individual Founded by Dr. Lota Salzberger v. Commander of the IDF Forces in the West Bank* (2002), HCJ 3278/02.

prisoners and will do everything in their power to prevent harm to their lives, bodies, dignity and property.”<sup>8</sup>

When those norms are violated, the Attorney General, the State Attorney and the Military Advocate General take the necessary measures to bring those responsible to justice, and their decisions are subject to judicial review. In appropriate cases, the Israeli Supreme Court may instruct them how to act. This is Israel’s DNA. Governments have been replaced, new justices have come to the Supreme Court, but the DNA of Israel’s democracy does not change.

14. Israel’s multiple layers of institutional safeguards also include legal advice provided in real time, during hostilities. Strikes that do not meet the definition of a military objective or that do not comply with the rule of proportionality cannot go forward. The holdings of the Israeli Supreme Court and Israel’s institutional framework demonstrate a commitment to the rule of law and human life — a commitment that runs through its collective memory, institutions, and traditions.

### III. THE COURT’S PRIMA FACIE JURISDICTION

15. The Court has affirmed its *prima facie* jurisdiction for the purpose of indicating provisional measures (see Order, para. 31). However, it is doubtful whether South Africa brought this dispute in good faith. After South Africa sent a Note Verbale to Israel on 21 December 2023, concerning the situation in Gaza, Israel replied with an offer to engage in consultations at the earliest possible opportunity. South Africa, instead of accepting this offer, which could have led to fruitful diplomatic talks, decided to institute proceedings against Israel before this Court. It is regrettable that Israel’s attempt to open a dialogue was met with the filing of an application.

If anything, history has taught us that the best attempts at peace in the Middle East have generally been a result of political negotiations and not judicial recourse. The 1978 peace talks between Egypt and Israel at Camp David are a good example of this. These talks succeeded when a third party — the United States — entered the process and assisted the parties in reaching an agreement. In my opinion, a similar scenario could have unfolded here. While the jurisdictional clause of the Genocide Convention does not require formal negotiations, the principle of good faith dictates that at least some efforts should be made to resolve disputes amicably before resorting to the Court. South Africa made no such effort and denied Israel a

<sup>8</sup> Israel Defense Forces, Code of Ethics, Additional Values, Purity of Arms.

autorité pour porter atteinte à des civils non impliqués ou à des prisonniers et fait tout son possible pour empêcher toute atteinte à leur vie, à leur intégrité physique, à leur dignité et à leurs biens.»<sup>8</sup>

En cas de violation de ces règles, le procureur général, le procureur et l'avocat général militaire prennent les mesures nécessaires pour traduire les responsables en justice, et leurs décisions peuvent faire l'objet d'un contrôle judiciaire. La Cour suprême israélienne peut, dans certains cas, ordonner des mesures à prendre. On touche ici à la substance même des institutions d'Israël. Les gouvernements se succèdent, de même que les juges de la Cour suprême, mais les principes intrinsèques de la démocratie israélienne demeurent inchangés.

14. Les multiples garanties institutionnelles dont Israël s'est doté comprennent également des conseils juridiques fournis en temps réel, pendant les hostilités. Les frappes qui ne répondent pas à la définition d'un objectif militaire ou ne respectent pas le principe de proportionnalité ne peuvent se poursuivre. Les décisions de la Cour suprême israélienne et le cadre institutionnel d'Israël témoignent de son respect de l'état de droit et de la vie humaine, lequel imprègne la mémoire collective, les institutions et les traditions israéliennes.

### III. LA COMPÉTENCE *PRIMA FACIE* DE LA COUR

15. La Cour a confirmé sa compétence *prima facie* pour indiquer des mesures conservatoires (voir ordonnance, par. 31). Or, il est douteux que l'Afrique du Sud ait introduit la présente instance de bonne foi. Après que celle-ci lui eut, le 21 décembre 2023, adressé une note verbale relative à la situation à Gaza, Israël a proposé, en réponse, d'entamer des consultations aussitôt que possible. Au lieu d'accepter cette proposition, ce qui aurait pu conduire à des échanges diplomatiques productifs, l'Afrique du Sud a décidé d'introduire une instance contre Israël devant la Cour. Il est regrettable que la tentative d'Israël d'ouvrir le dialogue se soit soldée par le dépôt d'une requête.

L'histoire montre plutôt que les efforts les plus prometteurs en vue d'instaurer la paix au Moyen-Orient ont généralement été le fruit de négociations politiques et non de recours judiciaires. Les pourparlers de paix tenus en 1978 à Camp David entre l'Égypte et Israël en sont un bon exemple. Ces négociations ont abouti lorsqu'un tiers — les États-Unis — est intervenu pour aider les parties à trouver un accord. Selon moi, les choses auraient pu se dérouler de la même manière en l'espèce. Si la clause juridictionnelle de la convention sur le génocide n'exige pas la tenue de négociations formelles, le principe de bonne foi veut cependant que les parties aient au moins tenté de parvenir à un règlement amiable de leur différend avant de saisir la Cour. L'Afrique

<sup>8</sup> Israel Defense Forces, Code of Ethics, Additional Values, Purity of Arms.



reasonable opportunity to engage meaningfully in a discussion on how to address the difficult humanitarian situation in Gaza.

16. The present case involves an additional difficulty. The other belligerent in the armed conflict in Gaza, Hamas, is not a party to the present proceedings. Thus, it is not possible to indicate measures directed at Hamas in the Order's operative clause. While this does not prevent the Court from exercising its jurisdiction, it is an essential matter to be considered when determining the appropriate measures or remedies in this case.

#### IV. THE ARMED CONFLICT IN GAZA

17. The Court briefly recalls the immediate context in which the present case came before it, namely the attack of 7 October 2023 by Hamas and the military operation launched by Israel in response to that attack (see Order, para. 13). The Court, however, fails to give a complete account of the situation which has unfolded in Gaza since that fateful day.

18. On 7 October 2023, on the day of the Sabbath and the Jewish holiday of "Simchat Torah", over 3,000 Hamas terrorists, aided by members of the Palestinian Islamic Jihad, invaded Israeli territory by land, air and sea. The assault began in the early morning hours, with a barrage of rockets over the entire country and the infiltration of Hamas into Israeli territory. Alerts sounded all over Israel, civilians and soldiers took shelter, and many were later massacred inside those shelters. In other places, houses were burned down with civilians still in their safe rooms, burning alive or suffocating to death. At the Reim Nova Music Festival, young Israelis were murdered in their sleep or while running for their lives across open fields. Women's bodies were mutilated, raped, cut up and shot in the worst possible places. Overall, more than 1,200 innocent civilians, including infants and the elderly, were murdered on that day. Two hundred and forty Israelis were kidnapped and taken to the Gaza Strip, and over 12,000 rockets have been fired at Israel since 7 October. These facts have been largely reported and are indisputable.

19. Israel, faced with an ongoing assault on its people and territory, launched a military operation. The Israeli authorities declared that the purpose of the operation is to dismantle Hamas and destroy its military and governmental capabilities, return the hostages, and secure the protection of Israel's borders.

20. Hamas has vowed to "repeat October 7 again and again"<sup>9</sup>. Hamas is thus an existential threat to the State of Israel, and one that Israel must repel.

<sup>9</sup> See "Hamas Official Ghazi Hamad: We Will Repeat the October 7 Attack Time and Again until Israel Is Annihilated; We Are Victims — Everything We Do Is Justified #Hamas #Gaza #Palestinians", *X* (Twitter.com) at: <https://t.co/kXu3U0tAP>.

du Sud n'a fait aucun effort en ce sens et a refusé à Israël la possibilité raisonnable d'engager des échanges sérieux pour trouver une issue à la situation humanitaire difficile qui règne à Gaza.

16. Le cas d'espèce présente une difficulté supplémentaire : l'autre belligérant du conflit à Gaza, le Hamas, n'est pas partie à la présente instance. Aucune mesure ne peut donc être indiquée à son égard dans le dispositif de l'ordonnance. Si cela n'empêche pas la Cour d'exercer sa compétence, il est toutefois essentiel d'en tenir compte pour déterminer les mesures ou les réparations qui s'imposent en l'espèce.

#### IV. LE CONFLIT ARMÉ À GAZA

17. La Cour rappelle succinctement le contexte immédiat dans lequel l'affaire a été portée devant elle, à savoir l'attaque perpétrée par le Hamas le 7 octobre 2023 et l'opération militaire par laquelle Israël a riposté (voir ordonnance, par. 13). Elle n'a cependant pas présenté de manière exhaustive les faits qui se sont produits à Gaza depuis ce jour funeste.

18. Le 7 octobre 2023, jour de shabbat et jour de la fête juive de « Sim'hat Torah », plus de 3 000 terroristes du Hamas, appuyés par des membres du Djihad islamique palestinien, ont envahi le territoire israélien par la terre, les airs et la mer. L'assaut a débuté, à l'aube, par une pluie de roquettes visant le pays tout entier et l'infiltration des combattants du Hamas sur le territoire israélien. L'alerte a été donnée dans tout le pays, et civils et soldats se sont réfugiés dans des abris où nombre d'entre eux ont ensuite été massacrés. Ailleurs, des maisons ont été incendiées et leurs habitants, qui se trouvaient encore à l'intérieur, dans des pièces sécurisées, ont été brûlés vifs ou sont morts d'asphyxie. De jeunes Israéliens qui assistaient au festival musical Nova à Réïm ont été assassinés dans leur sommeil ou alors qu'ils tentaient de fuir à travers champs. On a trouvé des cadavres de femmes mutilées, violées, découpées, montrant des blessures par balles dans des parties du corps que je ne citerai pas. Au total, plus de 1 200 civils innocents, dont des nourrissons et des personnes âgées, ont été tués ce jour-là. Deux cent quarante Israéliens ont été enlevés et emmenés dans la bande de Gaza, et plus de 12 000 roquettes ont été tirées en direction d'Israël depuis le 7 octobre. Ces faits ont été largement relayés et sont incontestables.

19. En réponse à l'assaut continu contre son peuple et son territoire, Israël a lancé une opération militaire. Les autorités israéliennes ont déclaré que cette opération avait pour objectifs le démantèlement du Hamas et la destruction de ses capacités militaires et gouvernementales, le retour des otages et la protection des frontières d'Israël.

20. Le Hamas s'est juré de « répéter inlassablement le 7 octobre »<sup>9</sup> et fait donc peser sur l'existence même de l'État d'Israël une menace que celui-ci se

<sup>9</sup> Voir « Hamas Official Ghazi Hamad: We Will Repeat the October 7 Attack Time and Again until Israel Is Annihilated; We Are Victims — Everything We Do Is Justified #Hamas #Gaza #Palestinians », X (Twitter.com), accessible à l'adresse suivante : <https://t.co/kXu3U0BtAP>.

This terrorist organization rules over the Gaza Strip, exercising military and governmental functions. Hamas seeks to immunize its military apparatus by placing it within and below civilian infrastructure, which is itself a war crime, and intentionally places its own population at risk by digging tunnels under their homes and hospitals. Hamas fires missiles indiscriminately at Israel, including from schools and other civilian installations in Gaza, in the full knowledge that many of them will fall inside Gaza causing death and injuries to innocent Palestinians. This is Hamas's well-known *modus operandi*.

21. A few examples illustrate this well. When humanitarian aid enters Gaza, Hamas hoards it for its own purposes. Hamas has made clear that its tunnel network is designed for its fighters, rather than for civilians seeking shelter from the hostilities. Hamas has compromised the inherently civilian nature of schools and hospitals in Gaza, using them for military purposes by storing or launching rockets from and under these sites.

22. The fate of the hostages is especially disturbing. The act of hostage taking committed by Hamas on 7 October constitutes a grave breach of the Geneva Conventions of 12 August 1949 and is criminalized under the Rome Statute<sup>10</sup>. Hamas has not provided the names of the hostages, or any information regarding who is dead and who is still alive. Nor have they allowed the International Committee of the Red Cross (ICRC) to visit the hostages, as the law requires. The ICRC has not been able to provide medical supplies to the hostages, does not know their whereabouts, and has not succeeded in securing their release. As I write, this agony has now been ongoing for over 100 days.

23. This is not to undermine the suffering of innocent Palestinians. 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.

24. The State of Israel was brought before this Court as its leadership, soldiers, and children processed the shock and trauma of the attack of 7 October. An entire nation trembled and, in the blink of an eye, lost its most basic sense of security. Fears of additional attacks were palpable as infiltrations continued in the days following the attack. The immediate context in which South Africa's request was brought to the Court should have played a more central role in the Court's reasoning. While it in no way relieves Israel of its obligations, this immediate context forms the inescapable backdrop for the legal analysis of Israel's actions even at this stage of the proceedings.

<sup>10</sup> Rome Statute, Art. 8 (2) (a) (viii) and (c) (iii).

doit de repousser. Cette organisation terroriste contrôle la bande de Gaza, où elle exerce des fonctions militaires et gouvernementales. Elle tente de mettre son appareil militaire hors d'atteinte en le cachant au sein des infrastructures civiles et en dessous — ce qui constitue, en soi, un crime de guerre —, et met délibérément en danger sa propre population en creusant des tunnels sous les maisons et les hôpitaux. Le Hamas procède à des tirs aveugles de missiles contre Israël, y compris depuis des écoles et d'autres installations civiles de Gaza, en sachant pertinemment que beaucoup d'entre eux s'abattront dans Gaza, tuant et blessant des Palestiniens innocents. Ce *modus operandi* est monnaie courante pour le Hamas.

21. Un certain nombre d'exemples illustrent ce même point. Quand l'aide humanitaire entre à Gaza, le Hamas la détourne systématiquement pour ses propres besoins. Il a clairement indiqué que son réseau de tunnels était destiné à ses combattants, et non aux civils cherchant à se mettre à l'abri des hostilités. Le Hamas a bafoué le caractère intrinsèquement civil des écoles et des hôpitaux de Gaza, utilisant ces lieux et leurs sous-sols à des fins militaires, pour entreposer ou lancer des roquettes.

22. Le sort des otages est particulièrement préoccupant. L'acte de prise d'otages commis le 7 octobre par le Hamas emporte violation grave des conventions de Genève du 12 août 1949 et constitue un crime au regard du Statut de Rome<sup>10</sup>. Le Hamas n'a pas communiqué le nom des otages et n'a pas indiqué s'ils étaient encore en vie. Il n'a pas non plus autorisé le Comité international de la Croix-Rouge (CICR) à se rendre auprès d'eux, comme le droit l'exige. Le CICR n'a pas été en mesure de faire parvenir des fournitures médicales aux otages, ignore où ils se trouvent et n'a pas réussi à obtenir leur libération. À l'heure où j'écris ces mots, ce supplice dure depuis plus de 100 jours déjà.

23. Il ne s'agit pas ici de minimiser les souffrances des Palestiniens innocents. 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.

24. L'État d'Israël a été attiré devant la Cour alors même que ses dirigeants, ses soldats et ses enfants étaient en proie au choc et au traumatisme de l'attaque du 7 octobre. La nation tout entière a été bouleversée et a instantanément perdu le sentiment de sécurité le plus élémentaire. La peur de nouvelles attaques était palpable, alors que les infiltrations se poursuivaient les jours suivants. Le contexte immédiat dans lequel l'Afrique du Sud a déposé sa requête aurait dû peser davantage dans le raisonnement de la Cour. En effet, s'il ne décharge aucunement Israël de ses obligations, il constitue cependant la toile de fond indispensable sur laquelle l'analyse juridique des actions d'Israël doit être effectuée, même au stade actuel de la procédure.

<sup>10</sup> Statut de Rome, art. 8, par. 2, *litt. a*), al. viii), et *litt. c*), al. iii).

## V. THE APPROPRIATE LEGAL FRAMEWORK FOR ANALYSING THE SITUATION IN GAZA

25. South Africa seized the Court on the basis of the Genocide Convention, Article IX of which provides the Court with jurisdiction to resolve disputes related to the “interpretation, application or fulfilment” of that treaty, “including those relating to the responsibility of a State for genocide”. This does not mean that the Genocide Convention provides the appropriate legal prism through which to analyse the situation.

26. In my view, the appropriate legal framework for analysing the situation in Gaza is International Humanitarian Law (IHL) — and not the Genocide Convention. IHL provides that harm to innocent civilians and civilian infrastructure should not be excessive in comparison to the military advantage anticipated from a strike. The tragic loss of innocent lives is not considered unlawful so long as it falls within the rules and principles of IHL.

27. The drafters of the Genocide Convention clarified in their discussions that

“[t]he infliction of losses, even heavy losses, on the civilian population in the course of operations of war, does not as a rule constitute genocide.

In modern war belligerents normally destroy factories, means of communication, public buildings, etc. and the civilian population inevitably suffers more or less severe losses.

It would of course be desirable to limit such losses. Various measures might be taken to achieve this end, but this question belongs to the field of the regulation of the conditions of war and not to that of genocide.”<sup>11</sup>

28. Violations of IHL occurring in the context of the armed conflict, must be investigated and prosecuted by the competent Israeli authorities.

## VI. LACK OF INTENT

29. Central to the crime of genocide is the element of intent, namely the intent to destroy, in whole or in part, a national, ethnic, racial, or religious group *as such*. International courts have been reluctant to establish such intent and characterize atrocities as genocide. The International Criminal

<sup>11</sup> UN Economic and Social Council, Draft Convention on the Crime of Genocide, Section II: Comments Article by Article, UN doc. E/447, 26 June 1947, reproduced in H. Abtahi and P. Webb, *The Genocide Convention: The Travaux Préparatoires*, Martinus Nijhoff, 2008, p. 231.

## V. LE CADRE JURIDIQUE DANS LEQUEL IL CONVIENT DE PROCÉDER À L'ANALYSE DE LA SITUATION À GAZA

25. L'Afrique du Sud a saisi la Cour sur le fondement de la convention sur le génocide, dont l'article IX prévoit que celle-ci a compétence pour régler les différends relatifs à « l'interprétation, l'application ou l'exécution » de cet instrument, « y compris ceux relatifs à la responsabilité d'un État en matière de génocide ». Cela ne signifie pas que la convention sur le génocide soit le prisme juridique à travers lequel il convient d'analyser la situation.

26. J'estime que c'est au regard du droit international humanitaire — et non de la convention sur le génocide — qu'il convient d'examiner la situation à Gaza. Selon le droit international humanitaire, une frappe ne doit pas causer aux civils innocents et aux infrastructures civiles des dommages excessifs par rapport à l'avantage militaire attendu. La perte de vies innocentes, aussi tragique soit-elle, n'est pas considérée comme illicite tant que les règles et les principes du droit international humanitaire sont respectés.

27. Au cours de leurs débats, les rédacteurs de la convention sur le génocide ont précisé ce qui suit :

« Le fait d'infliger des pertes même étendues aux populations civiles au cours d'opérations de guerre ne constitue pas, en principe, le génocide.

Dans la guerre moderne, les belligérants procèdent normalement à des destructions d'usines, de voies de communication[], de bâtiments publics qui s'accompagnent fatalement de pertes plus ou moins étendues pour la population civile.

Il y a certainement intérêt à limiter les pertes subies par la population civile. Diverses mesures pourraient être prises à cet effet, mais cela rentre dans le domaine de la réglementation des conditions de la guerre et non dans celui du génocide. »<sup>11</sup>

28. C'est aux autorités israéliennes compétentes qu'il incombe de mener des enquêtes sur les violations du droit international humanitaire commises dans le cadre du conflit armé et d'en poursuivre les auteurs.

## VI. ABSENCE D'INTENTION

29. L'élément essentiel du crime de génocide est l'intention, c'est-à-dire l'intention de détruire, en tout ou en partie, un groupe national, ethnique, racial, ou religieux, *comme tel*. Les juridictions internationales sont peu disposées à conclure à l'existence de cette intention et à qualifier certaines

---

<sup>11</sup> Nations Unies, Conseil économique et social, projet de convention sur le crime de génocide, section II : commentaire de chaque article, doc. E/447, 26 juin 1947, publié dans H. Abtahi et P. Webb, *The Genocide Convention: The Travaux Préparatoires*, Martinus Nijhoff, 2008, p. 231.

Tribunal for Rwanda (ICTR) was established primarily to prosecute the crime of genocide. Nonetheless, it set a high threshold for proving the *specific intent* required for genocide. In its very first case, the *Akayesu* case, the ICTR described the required specific intent as a “psychological relationship between the physical result and the mental state of the perpetrator” which “demands that the perpetrator clearly seeks to produce the act charged”<sup>12</sup>. This high bar explains some of the full or partial acquittals at the ICTR<sup>13</sup>. An analogous bar was also adopted by the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia.

30. The Court, with regard to State responsibility, has similarly adopted a restrictive approach in cases involving genocide on the merits. In *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*, the Court concluded that — save in the case of Srebrenica — the widespread and serious atrocities committed in Bosnia and Herzegovina were not carried out with the specific intent to destroy, in part, the Bosnian Muslim group (*Judgment, I.C.J. Reports 2007 (I)*, p. 194, para. 370). Some years later, in *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Croatia v. Serbia)*, the Court found that the required intent was lacking altogether and therefore dismissed Croatia’s claims in their entirety (*Judgment, I.C.J. Reports 2015 (I)*, p. 154, para. 524 (2)).

31. I accept that the proof of intent required at this preliminary stage is different from the one required at the merits stage. It is not necessary, at this stage, to convincingly show the *mens rea* of genocide by reference to particular circumstances, or for a pattern of conduct to be such that it could only point to the existence of such intent<sup>14</sup>. However, some proof of intent is necessary. At the very least, sufficient proof to make a claim of genocide plausible.

\*

32. I strongly disagree with the Court’s approach regarding plausibility and, in particular, I disagree on the question of intent.

<sup>12</sup> ICTR-96-04-T, Trial Chamber I, Judgment of 2 September 1998, paras. 518 and 498.

<sup>13</sup> Of the 75 defendants whose trials were concluded before the ICTR, 14 were acquitted of all charges and several others were acquitted of genocide charges, often due to the difficulty of proving the required specific intent. See, e.g., ICTR-99-50-A, Appeal Judgment of 4 February 2013, para. 91; ICTR-99-52-A, Appeal Judgment of 28 November 2007, para. 912.

<sup>14</sup> *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Croatia v. Serbia)*, Judgment, I.C.J. Reports 2015 (I), p. 67, para. 148.

atrocités de génocide. Le Tribunal pénal international pour le Rwanda (TPIR) a été créé principalement pour poursuivre les auteurs de ce crime. Il a néanmoins fixé des critères exigeants à remplir pour que soit établie l'*intention spécifique* qui caractérise le génocide. Dans sa toute première affaire, l'affaire *Akayesu*, le TPIR a évoqué, au sujet de l'intention spécifique requise, une « relation psychologique entre le résultat matériel et l'intelligence de l'auteur » qui « exige que l'auteur de l'infraction ait eu nettement l'intention de provoquer le résultat incriminé »<sup>12</sup>. La rigueur de ce critère explique certains des acquittements totaux ou partiels prononcés par cette juridiction<sup>13</sup>. Un critère similaire a été retenu par le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie.

30. La Cour a elle aussi adopté une approche restrictive, s'agissant de la responsabilité de l'État, dans les affaires où des allégations de génocide sont formulées au fond. Dans l'affaire relative à l'*Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro)*, elle est parvenue à la conclusion que — sous réserve du cas de Srebrenica — les amples et graves atrocités commises en Bosnie-Herzégovine ne l'avaient pas été avec l'intention spécifique de détruire, en partie, le groupe des Musulmans de Bosnie (*arrêt, C.I.J. Recueil 2007 (I)*, p. 194, par. 370). Plusieurs années plus tard, en l'affaire relative à l'*Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Croatie c. Serbie)*, la Cour a conclu à l'absence totale d'intention et a par conséquent rejeté dans leur intégralité les demandes de la Croatie (*arrêt, C.I.J. Recueil 2015 (I)*, p. 154, par. 524, point 2).

31. J'admets que la preuve requise dans la phase préliminaire pour établir l'intention diffère de celle exigée dans la procédure au fond. Il n'est pas nécessaire, à ce stade, de prouver de manière convaincante la *mens rea* du génocide en référence à des circonstances précises, ou l'existence d'une ligne de conduite telle qu'elle ne puisse qu'en dénoter l'existence<sup>14</sup>. Il est cependant nécessaire de prouver l'intention dans une certaine mesure et, à tout le moins, d'une manière permettant de rendre plausible une allégation de génocide.

\*

32. Je suis en total désaccord avec le point de vue de la Cour sur la plausibilité et, plus particulièrement, sur la question de l'intention.

---

<sup>12</sup> TPIR, affaire n° ICTR-96-04-T, chambre de première instance I, jugement du 2 septembre 1998, par. 518 et 498.

<sup>13</sup> Sur les 75 prévenus jugés par le TPIR, 14 ont été acquittés de tous les chefs d'accusation et plusieurs autres ont été acquittés des chefs de génocide, souvent en raison de la difficulté d'établir l'intention spécifique requise. Voir, notamment, TPIR, affaire n° ICTR-99-50-A, chambre d'appel, arrêt du 4 février 2013, par. 91 ; affaire n° ICTR-99-52-A, chambre d'appel, arrêt du 28 novembre 2007, par. 912.

<sup>14</sup> *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Croatie c. Serbie)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2015 (I), p. 67, par. 148.



33. The Court may indicate provisional measures “only if it is satisfied that the rights asserted by the party requesting such measures are at least plausible” (*Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (The Gambia v. Myanmar)*, *Provisional Measures, Order of 23 January 2020*, *I.C.J. Reports 2020*, p. 18, para. 43). In the present case, the Court concluded, with scant evidence, that “the right of the Palestinians in Gaza to be protected from acts of genocide” is plausible (Order, para. 54).

34. To understand the Court’s erroneous approach, it is important to compare the present case to *The Gambia v. Myanmar* case: *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (The Gambia v. Myanmar)*, *Provisional Measures, Order of 23 January 2020*, *I.C.J. Reports 2020*. To conclude that the asserted rights were plausible, in *The Gambia v. Myanmar* case, the Court relied on two reports issued by an Independent International Fact-Finding Mission (IIFFM)<sup>15</sup>. These reports were based on the meticulous collection of evidence over two years, which included 400 interviews with victims and eyewitnesses, analysis of satellite imagery, photographs and videos, the cross-checking of information against credible secondary information, expert interviews and raw data<sup>16</sup>. The independent experts travelled to Bangladesh, Indonesia, Malaysia and Thailand to interview victims and witnesses and hold other meetings. Furthermore, the Mission’s secretariat undertook six additional field missions<sup>17</sup>. In its report of 12 September 2018, the IIFFM concluded that there were “reasonable grounds to conclude that serious crimes under international law ha[d] been committed”, including genocide<sup>18</sup>. The IIFFM also stated that “on reasonable grounds . . . the factors allowing the inference of genocidal intent [were] present”<sup>19</sup>. The IIFFM reiterated its conclusions, based on further investigations, in its second report of 8 August 2019<sup>20</sup>.

35. In the present case, there is no evidence comparable to that available to the Court in *The Gambia v. Myanmar* case. To determine the plausibility

<sup>15</sup> *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (The Gambia v. Myanmar)*, *Provisional Measures, Order of 23 January 2020*, *I.C.J. Reports 2020*, p. 22, para. 55.

<sup>16</sup> United Nations, Report of the Independent International Fact-Finding Mission on Myanmar, UN doc. A/HRC/39/64, 12 September 2018, para. 7.

<sup>17</sup> *Ibid.*, para. 8.

<sup>18</sup> *Ibid.*, paras. 83 and 84-87.

<sup>19</sup> United Nations, Report of the Detailed Findings of the Independent International Fact-Finding Mission on Myanmar, UN doc. A/HRC/39/CRP.2, 17 September 2018, para. 1441.

<sup>20</sup> United Nations, Report of the Independent International Fact-Finding Mission on Myanmar, UN doc. A/HRC/42/50, 8 August 2019, para. 18.

33. La Cour ne peut indiquer des mesures conservatoires «que si elle estime que les droits allégués par le demandeur sont au moins plausibles» (*Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Gambie c. Myanmar), mesures conservatoires, ordonnance du 23 janvier 2020, C.I.J. Recueil 2020*, p. 18, par. 43). En la présente instance, la Cour a conclu, sur la foi de maigres éléments de preuve, à la plausibilité «du droit des Palestiniens de Gaza d'être protégés contre les actes de génocide» (voir ordonnance, par. 54).

34. Pour comprendre en quoi la logique de la Cour est erronée, il y a lieu de comparer le cas d'espèce à l'ordonnance en indication de mesures conservatoires que celle-ci a rendue le 23 janvier 2020 en l'affaire relative à *l'Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Gambie c. Myanmar), mesures conservatoires, ordonnance du 23 janvier 2020, C.I.J. Recueil 2020*. Pour conclure à la plausibilité des droits revendiqués dans cette affaire, la Cour s'est appuyée sur deux rapports établis par une mission internationale indépendante d'établissement des faits<sup>15</sup> sur la base de preuves recueillies méticuleusement pendant plus de deux ans et notamment 400 entretiens menés avec des victimes et des témoins oculaires, l'analyse d'images satellitaires, de photographies et de vidéos, des recoupements avec des informations crédibles de seconde main, des consultations d'experts et des données brutes<sup>16</sup>. Les experts indépendants s'étaient rendus au Bangladesh, en Indonésie, en Malaisie et en Thaïlande pour entendre les victimes et témoins et s'entretenir avec d'autres personnes. Le secrétariat avait, en outre, effectué six autres missions sur le terrain<sup>17</sup>. Dans son rapport en date du 12 septembre 2018, la mission internationale indépendante d'établissement des faits a estimé qu'elle avait «des motifs raisonnables de conclure que des crimes graves de droit international [avaie]nt été commis», y compris celui de génocide<sup>18</sup>. Elle a également estimé avoir «des motifs raisonnables de penser que les éléments permettant de conclure à l'existence d'une intention génocidaire [étaient] réunis»<sup>19</sup>. Elle a répété ses conclusions, sur la base de nouvelles enquêtes, dans son second rapport, en date du 8 août 2019<sup>20</sup>.

35. En la présente instance, il n'existe aucun élément de preuve comparable à ceux dont disposait la Cour en l'affaire *Gambie c. Myanmar*. Pour

---

<sup>15</sup> *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Gambie c. Myanmar), mesures conservatoires, ordonnance du 23 janvier 2020, C.I.J. Recueil 2020*, p. 22, par. 55.

<sup>16</sup> Nations Unies, rapport de la mission internationale indépendante d'établissement des faits sur le Myanmar, doc. A/HRC/39/64, 12 septembre 2018, par. 7.

<sup>17</sup> *Ibid.*, par. 8.

<sup>18</sup> *Ibid.*, par. 83 et 84-87.

<sup>19</sup> Nations Unies, rapport portant constatations détaillées de la mission internationale indépendante d'établissement des faits sur le Myanmar, doc. A/HRC/39/CRP.2, 17 septembre 2018, par. 1441.

<sup>20</sup> Nations Unies, rapport de la mission internationale indépendante d'établissement des faits sur le Myanmar, doc. A/HRC/42/50, 8 août 2019, par. 18.

of rights in the present case, the Court relies on four sets of facts. First, it looks at the figures for deaths, injuries and damage to infrastructure reported by the United Nations Office for the Coordination of Humanitarian Affairs (OCHA) (see Order, para. 46). Second, it relies on a statement made by the Under-Secretary-General of OCHA (see *ibid.*, para. 47), a report of the World Health Organization (*ibid.*, para. 48), and a statement by the Commissioner-General of UNRWA (*ibid.*, para. 49). Third, it notes the statements of three Israeli officials (*ibid.*, para. 52). Fourth, it considers the views expressed by a group of Special Rapporteurs and the CERD Committee (*ibid.*, para. 53).

36. Regarding the figures for death, injuries and damage to infrastructure, the Court omits to mention that such figures come from the Ministry of Health of Gaza, which is controlled by Hamas. They are not the United Nations' figures. Furthermore, these figures do not distinguish between civilians and combatants, or between military objectives and civilian objects. It is difficult to draw any conclusions from them.

The statements by the Under-Secretary-General of OCHA, the WHO and the Commissioner-General of UNRWA are insufficient to prove plausible intent. None of these statements mention the term genocide or point to any trace of intent. They indeed describe a tragic humanitarian situation, which is the unfortunate result of an armed conflict, but there is no reference to the subject-matter of the Genocide Convention. Furthermore, the Court is unaware of the underlying information or methodology used by the individuals who made these statements. This is in stark contrast to the evidence available to the Court in *The Gambia v. Myanmar* case.

The declarations made by the President of Israel and the Minister of Defence of Israel are not a sufficient factual basis for inferring a plausible intent of genocide. Both authorities have issued several statements clarifying that Israel's intent is the destruction of Hamas, not the Palestinians in Gaza. For example, on 29 October 2023, Israel's Minister of Defence, stated that "we are not fighting the Palestinian multitude and the Palestinian people in Gaza". On 29 November 2023, the President of Israel said that "Israel is doing all it can, in cooperation with various partners, to increase the flow of humanitarian aid to the citizens of Gaza". Regrettably, the Court did not take note of these statements. Finally, regarding the statements made by the Minister of Energy and Infrastructure, the latter is not an official with authority over the military. The relevant factual basis allowing for an inference of intent to commit genocide must stem from the organs which are capable of having an effect on the military operations. These organs have repeatedly explained that the purpose of the military operation is to target Hamas, not the Palestinians in Gaza.

apprécier la plausibilité des droits allégués en la présente espèce, la Cour s'est appuyée sur quatre types d'éléments factuels. Elle a d'abord pris en considération les chiffres relatifs aux morts, aux blessés et aux infrastructures endommagées fournis par le Bureau des Nations Unies pour la coordination des affaires humanitaires (OCHA) (voir ordonnance, par. 46). Elle s'est ensuite référée à une déclaration du Secrétaire général adjoint aux affaires humanitaires (voir *ibid.*, par. 47), à un rapport de l'Organisation mondiale de la Santé (*ibid.*, par. 48) et à une déclaration du commissaire général de l'UNRWA (*ibid.*, par. 49). Elle a en outre pris note des déclarations de trois responsables israéliens (*ibid.*, par. 52). Enfin, elle a tenu compte des vues exprimées par un groupe de rapporteurs spéciaux et par le Comité de la CIEDR (*ibid.*, par. 53).

36. En ce qui concerne le nombre de morts, de blessés et d'infrastructures endommagées, la Cour a omis de préciser que ces chiffres émanaient du ministère de la santé de Gaza, qui est contrôlé par le Hamas. Il ne s'agit pas de données fournies par l'ONU. De surcroît, ces chiffres ne font pas de distinction entre civils et combattants, ni entre objectifs militaires et biens à caractère civil. Il est donc difficile d'en tirer la moindre conclusion.

Les déclarations du Secrétaire général adjoint aux affaires humanitaires, de l'OMS et du commissaire général de l'UNRWA ne suffisent pas à prouver une intention plausible. Le génocide n'y est pas mentionné et l'on n'y trouve pas la moindre trace d'une intention génocidaire. Ces déclarations dépeignent, certes, une situation humanitaire tragique, résultat déplorable d'un conflit armé, mais elles ne font nullement référence à l'objet de la convention sur le génocide. En outre, les informations et les méthodes sur la base desquelles elles ont été faites n'ont pas été portées à la connaissance de la Cour. Il en allait tout autrement des éléments de preuve produits en l'affaire *Gambie c. Myanmar*.

Les déclarations faites par le président d'Israël et par le ministre israélien de la défense ne fournissent pas une base factuelle suffisante pour conclure à l'existence plausible d'une intention génocidaire. Ceux-ci ont l'un et l'autre clairement précisé, à plusieurs reprises, que l'intention d'Israël était de détruire le Hamas et non les Palestiniens de Gaza. Le ministre israélien de la défense a ainsi déclaré, le 29 octobre 2023, que «ce n'[était] pas la population palestinienne dans son ensemble ni le peuple palestinien qu'[Israël] combatt[ait] à Gaza». Le président d'Israël a dit, le 29 novembre 2023, qu'«Israël fai[sai]t tout son possible, en coopération avec divers partenaires, pour accélérer l'acheminement de l'aide humanitaire aux citoyens de Gaza». Il est regrettable que la Cour n'ait pas tenu compte de ces déclarations. Pour ce qui est, enfin, des déclarations du ministre de l'énergie et des infrastructures, ce dernier n'est investi d'aucune autorité sur les forces armées. Les éléments factuels pertinents permettant de déduire l'intention génocidaire doivent émaner des organes qui ont le pouvoir d'agir sur les opérations militaires. Or, ces organes ont expliqué à maintes reprises que le but de l'opération militaire était de cibler le Hamas, et non les Palestiniens de Gaza.

37. It is concerning that certain Israeli officials have used inappropriate and degrading language, as noted by the group of Special Rapporteurs and the CERD Committee. Indeed, it is an issue that will have to be investigated by the competent Israeli authorities. However, to infer an intent to commit genocide from these statements, which were made in the wake of horrific attacks against the Israeli population, is plainly implausible.

38. The evidence presented by Israel shows that it is the opposite intent that is plausible and guides the military operation in Gaza. Israel pointed out that it has adopted several measures to minimize the impact of hostilities on civilians. For example, Israel continues to supply its own water to Gaza by two pipelines; it has increased access to medical supplies, facilitated the establishment of field hospitals and distributed fuel and winter equipment (see Order, para. 64, referring to CR 2024/2, pp. 50-52). Furthermore, the Prime Minister of Israel stated on 17 October 2023 “[a]ny civilian death is a tragedy . . . we’re doing everything we can to get the civilians out of harm’s way”, and on 28 October 2023 that “the IDF is doing everything possible to avoid harming those not involved”.

39. It is surprising that the Court took note of Israel’s statements explaining the steps it has taken to alleviate the conditions faced by the population in Gaza, together with the Attorney General’s statement announcing the investigation of any calls for the intentional harm to civilians (see Order, para. 73), but then it completely failed to draw conclusions from these statements when examining the existence of intent. It is even more surprising that the Court did not view any of these measures and statements as sufficient to rule out the existence of a plausible intent to commit genocide.

40. The Court’s approach to plausibility in the present case is not akin to the one it took in *The Gambia v. Myanmar* case, where the Court had compelling evidence of “clearance operations” committed against the Rohingya. These “clearance operations” included sexual violence, torture, the methodical planning of mass killing, denial of legal status, and instigation of hatred based on ethnic, racial, or religious grounds<sup>21</sup>.

41. It is concerning that applying the Genocide Convention in these circumstances would undermine the integrity of the Convention and dilute the concept of genocide. The Genocide Convention seeks to prevent and punish the physical destruction of a group *as such*. It is not meant to ban

<sup>21</sup> See United Nations, Report of the Independent International Fact-Finding Mission on Myanmar, UN doc. A/HRC/39/64, 12 September 2018, paras. 27 and 52; United Nations, Report of the Detailed Findings of the Independent International Fact-Finding Mission on Myanmar, UN doc. A/HRC/39/CRP.2, 17 September 2018, paras. 458-748 and 1140.

37. Il est préoccupant que certains responsables israéliens aient tenu des propos déplacés et dégradants, ainsi que l'ont relevé le groupe de rapporteurs spéciaux et le Comité de la CIEDR. La question devra, de fait, faire l'objet d'enquêtes des autorités israéliennes compétentes, mais il n'était nullement plausible d'inférer de ces déclarations, faites au lendemain d'attaques effroyables menées contre la population israélienne, une intention de commettre le génocide.

38. Les preuves produites par Israël démontrent que c'est l'intention contraire qui est plausible et qui préside à l'opération militaire menée à Gaza. Israël a souligné qu'il avait adopté plusieurs mesures visant à réduire au minimum l'impact des hostilités sur les civils. Par exemple, il continue de fournir ses propres ressources hydriques à Gaza via deux conduites d'eau ; il a amélioré l'accès aux fournitures médicales, soutenu la création d'hôpitaux de campagne et distribué du carburant et des équipements pour l'hiver (voir ordonnance, par. 64, renvoyant au CR 2024/2, p. 50-52). En outre, le premier ministre israélien a, le 17 octobre 2023, déclaré que « [c]haque civil mort [était] une tragédie ... [et que] tout [était] fait pour mettre les civils à l'abri du danger ». Le 28 octobre 2023, il a ajouté que « les forces de défense israéliennes f[aisaie]nt tout leur possible pour épargner ceux qui n[']étaie]nt pas impliqués ».

39. Il est surprenant que la Cour, bien que prenant note des précisions apportées par Israël sur les mesures qu'il a prises pour atténuer les difficultés auxquelles est soumise la population de Gaza, ainsi que de l'annonce faite par le procureur général d'Israël selon laquelle tout appel à s'en prendre délibérément à la population civile ferait l'objet d'une enquête (voir ordonnance, par. 73), se soit ensuite abstenue d'en tirer la moindre conclusion dans son examen de la question de l'intention. Il est encore plus surprenant que la Cour ait considéré qu'aucune de ces mesures et déclarations ne suffisait pour écarter l'existence d'une intention plausible de commettre le génocide.

40. La position adoptée par la Cour en l'espèce quant à la plausibilité diffère de celle qu'elle avait adoptée en l'affaire *Gambie c. Myanmar*. Dans cette espèce, la Cour disposait de preuves convaincantes d'« opérations de nettoyage » menées contre les Rohingya, au cours desquelles ceux-ci avaient subi des violences sexuelles, des actes de torture et des massacres méthodiquement planifiés, s'étaient vu priver de statut juridique et avaient été la cible d'actes d'incitation à la haine pour des motifs ethniques, raciaux ou religieux<sup>21</sup>.

41. L'application des dispositions de la convention sur le génocide à la présente espèce a pour effet regrettable de compromettre l'intégrité de cet instrument et de vider d'une partie de sa substance la notion de génocide. La convention sur le génocide vise à prévenir et à punir la destruction physique

<sup>21</sup> Voir Nations Unies, rapport de la mission internationale indépendante d'établissement des faits sur le Myanmar, doc. A/HRC/39/64, 12 septembre 2018, par. 27 et 52 ; voir aussi *ibid.*, rapport portant constatations détaillées de la mission internationale indépendante d'établissement des faits sur le Myanmar, doc. A/HRC/39/CRP.2, 17 septembre 2018, par. 458-748 et 1140.

armed conflict altogether. The Court's approach opens the door for States to misuse the Genocide Convention in order to curtail the right of self-defence, in particular in the context of attacks committed by terrorist groups.

## VII. THE MEASURES INDICATED BY THE COURT

42. I now turn to the measures indicated by the Court. It is important to recall that the Court has not made any findings with regard to South Africa's claims under the Genocide Convention. The conclusions reached by the Court in this preliminary stage do not prejudice in any way the claims brought by South Africa, which remain wholly unproven (see Order, paras. 30 and 62).

43. Regarding the conditions for the Court to indicate provisional measures, for the reasons stated above, I am not persuaded by South Africa's arguments on the plausibility of rights, since there is no indication of an intent to commit genocide. This is why I voted against the first and second provisional measures indicated by the Court. Nevertheless, it is of the utmost importance to highlight that the first and second measures indicated by the Court merely restate obligations that Israel already has under Articles I and II of the Genocide Convention. The Court has made explicit what is already implicit in light of Israel's existing obligations under the Convention.

44. Although I am convinced that there is no plausibility of genocide, I voted in favour of the third and fourth provisional measures.

With regard to the third measure, which concerns acts of public incitement, I have voted in favour in the hope that the measure will help to decrease tensions and discourage damaging rhetoric. I have noted the concerning statements by some authorities, which I am confident will be dealt with by the Israeli institutions.

With regard to the fourth measure, I voted in favour, guided by my deep humanitarian convictions and the hope that this will alleviate the consequences of the armed conflict for the most vulnerable. Through this measure, the Court reminds Israel of essential international obligations, which are already present in the DNA of the Israeli military. This measure will ensure that Israel continues to enable the delivery of humanitarian aid to Gaza, which I see as an obligation arising under IHL.

45. However, it is regretful that the Court was unable to order South Africa to take measures to protect the rights of the hostages and to facilitate their release by Hamas. These measures are based on IHL, as are those enabling the provision of humanitarian aid. Moreover, the fate of the hostages is an

d'un groupe *en tant que tel*. Elle n'est pas destinée à proscrire les conflits armés en général. La Cour a ouvert une brèche dans laquelle les États pourraient s'engouffrer pour faire un usage dévoyé de la convention en vue de limiter le droit à la légitime défense, en particulier en cas d'attentats commis par des groupes terroristes.

## VII. LES MESURES INDIQUÉES PAR LA COUR

42. J'en viens maintenant aux mesures indiquées par la Cour. Il importe de rappeler que celle-ci ne s'est pas prononcée sur les griefs formulés par l'Afrique du Sud sur le fondement de la convention. Les conclusions auxquelles la Cour est parvenue à ce stade préliminaire de la procédure ne préjugent en rien des prétentions de l'Afrique du Sud, dont le bien-fondé reste à démontrer (voir ordonnance, par. 30 et 62).

43. En ce qui concerne les conditions qui doivent être remplies pour que la Cour puisse indiquer des mesures conservatoires, je ne suis pas convaincu, pour les raisons énoncées ci-dessus, par les arguments présentés par l'Afrique du Sud quant à la plausibilité des droits invoqués, dès lors que rien n'indique l'existence d'une intention génocidaire. C'est pourquoi j'ai voté contre les première et deuxième mesures conservatoires indiquées par la Cour. Il est néanmoins de la plus haute importance de souligner que ces deux mesures ne font que réaffirmer des obligations incombant déjà à Israël au regard des articles premier et II de la convention sur le génocide. La Cour a énoncé expressément ce que prévoient déjà de manière implicite les obligations d'Israël au titre de la convention.

44. Bien que convaincu que l'allégation de génocide est dénuée de plausibilité, j'ai voté en faveur des troisième et quatrième mesures conservatoires.

Pour ce qui est de la troisième mesure, qui concerne les actes constitutifs d'incitation publique, j'ai choisi de la soutenir dans l'espoir qu'elle aide à apaiser les tensions et à décourager les discours délétères. J'ai évoqué les déclarations préoccupantes que certains dirigeants ont faites et je ne doute pas que celles-ci seront examinées par les institutions israéliennes.

Si j'ai voté en faveur de la quatrième mesure, c'est en raison de mes profondes convictions humanitaires et dans l'espoir d'aider à atténuer les répercussions du conflit armé sur les plus vulnérables. Par cette mesure, la Cour rappelle à Israël des obligations internationales essentielles qui font déjà partie des principes fondateurs sur lesquels repose son armée. Elle entend ainsi veiller à ce qu'Israël continue de permettre l'acheminement de l'aide humanitaire à Gaza, ce qui, selon moi, constitue une obligation de droit international humanitaire.

45. Il est toutefois regrettable que la Cour n'ait pas su prescrire à l'Afrique du Sud de prendre des mesures pour protéger les droits des otages et faciliter leur libération par le Hamas. De telles mesures sont fondées sur le droit international humanitaire, comme le sont celles qui visent à permettre la



integral part of the military operation in Gaza. By taking measures to facilitate the release of the hostages, South Africa could play a positive role in bringing the conflict to an end.

46. I voted against the fifth provisional measure, which concerns the preservation of evidence. I did not vote against this measure because evidence is not important, but because South Africa has not shown that Israel has destroyed or concealed evidence. This claim is baseless and therefore should not have been entertained by the Court.

\*

47. Genocide is a shadow over the history of the Jewish people, and it is intertwined with my own personal experience. The idea that Israel is now accused of committing genocide is very hard for me personally, as a genocide survivor deeply aware of Israel's commitment to the rule of law as a Jewish and democratic State. Throughout my life, I have worked tirelessly to ensure that the object and purpose of the Genocide Convention is realized in practice; and I have fought to make sure that genocide disappears from our lives.

48. Had the Court granted South Africa's request to put an immediate end to the military operation in Gaza, Israel would have been left defenceless in the face of a brutal assault, unable to fulfil its most basic duties vis-à-vis its citizens. It would have amounted to tying both of Israel's hands, denying it the ability to fight even in accordance with international law. Meanwhile, the hands of Hamas would have been free to continue harming Israelis and Palestinians alike.

49. It is with great respect that I have joined this Court as an *ad hoc* judge. I was appointed by Israel; I am not an agent of Israel. My compass is the search for morality, truth and justice. It is to protect these values that Israel's daughters and sons have selflessly paid with their lives and dreams, in a war that Israel did not choose.

(Signed) Aharon BARAK.

---

fourniture d'aide humanitaire. En outre, le sort des otages fait partie intégrante de l'opération militaire menée à Gaza. En prenant des mesures pour faciliter leur libération, l'Afrique du Sud aurait pu contribuer à mettre fin au conflit.

46. J'ai voté contre la cinquième mesure conservatoire, relative à la conservation des éléments de preuve. Si je ne l'ai pas soutenue, ce n'est pas parce que cette question ne me semble pas importante, mais parce que l'Afrique du Sud n'a pas démontré qu'Israël avait détruit ou dissimulé des preuves. Cette demande était dénuée de fondement et n'aurait donc pas dû être accueillie par la Cour.

\*

47. Le génocide pèse lourdement sur l'histoire du peuple juif et il fait partie intégrante de mon passé. L'idée qu'Israël soit aujourd'hui accusé de commettre un génocide m'est très pénible, à titre personnel, étant moi-même rescapé d'un génocide et pleinement conscient de l'attachement d'Israël, en tant qu'État juif et démocratique, à la primauté du droit. Tout au long de ma vie, j'ai œuvré sans relâche pour que, en pratique, l'objet et le but de la convention sur le génocide soient réalisés. J'ai aussi lutté pour veiller à ce que le génocide disparaisse à tout jamais.

48. Si la Cour avait accueilli la demande de l'Afrique du Sud de faire cesser immédiatement l'opération militaire à Gaza, Israël se serait trouvé sans défense face à une attaque brutale, dans l'incapacité de remplir ses devoirs les plus élémentaires envers ses citoyens. Cela aurait conduit à le paralyser en le privant de toute possibilité de se battre, y compris en accord avec le droit international. Parallèlement, le Hamas aurait gardé les mains libres pour continuer de nuire aux Israéliens comme aux Palestiniens.

49. C'est avec le plus grand respect que j'ai accepté de siéger à la Cour en qualité de juge *ad hoc*. J'ai été désigné par Israël; je ne suis pas agent de cet État. Je suis guidé par une quête de morale, de vérité et de justice. 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.

(Signé) Aharon BARAK.

---

## CONTENTS OF THE FASCICLE

	Page
APPLICATION OF THE CONVENTION ON THE PREVENTION AND PUNISHMENT OF THE CRIME OF GENOCIDE IN THE GAZA STRIP (SOUTH AFRICA v. ISRAEL)	
ORDER OF 26 JANUARY 2024 (PROVISIONAL MEASURES) . . . . .	3
Declaration of Judge Xue . . . . .	33
Dissenting opinion of Judge Sebutinde . . . . .	35
Declaration of Judge Bhandari . . . . .	52
Declaration of Judge Nolte . . . . .	55
Separate opinion of Judge <i>ad hoc</i> Barak . . . . .	63

---

## SOMMAIRE DU FASCICULE

	Page
APPLICATION DE LA CONVENTION POUR LA PRÉVENTION ET LA RÉPRESSION DU CRIME DE GÉNOCIDE DANS LA BANDE DE GAZA (AFRIQUE DU SUD c. ISRAËL)	
ORDONNANCE DU 26 JANVIER 2024 (MESURES CONSERVATOIRES) . . . .	3
Déclaration de M <sup>m</sup> c la juge Xue . . . . .	33
Opinion dissidente de M <sup>m</sup> c la juge Sebutinde . . . . .	35
Déclaration de M. le juge Bhandari . . . . .	52
Déclaration de M. le juge Nolte . . . . .	55
Opinion dissidente de M. le juge <i>ad hoc</i> Barak . . . . .	63

---

ISBN 978-92-1-003218-6



9 789210 032186