

Juge ou policier : les mesures conservatoires dans l'affaire du *Temple de Preah Vihear*

Pierre D'Argent

Résumé

L'ordonnance du 18 juillet 2011 dans l'affaire Cambodge c. Thaïlande est la deuxième ordonnance en indication de mesures conservatoires prononcée par la cour internationale de Justice dans le cadre d'un recours en interprétation. Ce bref commentaire s'attache à identifier les apports de cette décision au sujet des conditions habituelles auxquelles l'indication de mesures conservatoires est subordonnée (I) et à apprécier ce que l'instauration d'une « zone démilitarisée provisoire » par cette ordonnance peut vouloir signifier quant à la manière dont la cour conçoit ses responsabilités dans le cadre du contentieux de l'urgence (II).

Abstract

The order of 18 July 2011 in the case of Cambodia v Thailand is the second order indicating provisional measures made by the international court of Justice in the context of a request for interpretation of an earlier judgment. This short commentary attempts (I) to identify what this decision contributes to the question of the usual conditions to which the indication of provisional measures is subject and (II) to assess what the creation of a “provisional demilitarized zone” by this order might mean with respect to how the court views its responsibilities in the context of emergency litigation.

Citer ce document / Cite this document :

D'Argent Pierre. Juge ou policier : les mesures conservatoires dans l'affaire du *Temple de Preah Vihear*. In: Annuaire français de droit international, volume 57, 2011. pp. 147-163;

doi : <https://doi.org/10.3406/afdi.2011.4180>

https://www.persee.fr/doc/afdi_0066-3085_2011_num_57_1_4180

Fichier pdf généré le 16/07/2018

JUGE OU POLICIER ? LES MESURES CONSERVATOIRES DANS L'AFFAIRE DU TEMPLE DE PRÉAH VIHÉAR

PIERRE D'ARGENT

Résumé : L'ordonnance du 18 juillet 2011 dans l'affaire *Cambodge c. Thaïlande* est la deuxième ordonnance en indication de mesures conservatoires prononcée par la Cour internationale de Justice dans le cadre d'un recours en interprétation. Ce bref commentaire s'attache à identifier les apports de cette décision au sujet des conditions habituelles auxquelles l'indication de mesures conservatoires est subordonnée (I) et à apprécier ce que l'instauration d'une « zone démilitarisée provisoire » par cette ordonnance peut vouloir signifier quant à la manière dont la Cour conçoit ses responsabilités dans le cadre du contentieux de l'urgence (II).

Abstract : The order of 18 July 2011 in the case of *Cambodia v Thailand* is the second order indicating provisional measures made by the International Court of Justice in the context of a request for interpretation of an earlier judgment. This short commentary attempts (I) to identify what this decision contributes to the question of the usual conditions to which the indication of provisional measures is subject and (II) to assess what the creation of a “provisional demilitarized zone” by this order might mean with respect to how the Court views its responsibilities in the context of emergency litigation.

Depuis 1962, le temple de Préah Vihéar fait partie de ces noms que les étudiants entendent cités dans leurs cours de droit international. Certains de ces étudiants le retiennent, d'autres l'oublient, puis s'en souviennent soudainement lorsque des années plus tard, voyageant en Asie du Sud-Est, l'occasion leur est donnée d'aller visiter le vénérable édifice inscrit sur la liste du patrimoine mondial de l'UNESCO. Trois poignées de ces anciens étudiants sont devenus juges à la Cour internationale de Justice et les voilà saisis d'une demande en interprétation de l'arrêt prononcé il y a un demi-siècle par la juridiction à laquelle ils appartiennent désormais. Est-ce leur attachement inconscient à cette emblématique affaire remontant au temps de leur initiation au droit international qui a poussé la majorité d'entre eux à prononcer, le 18 juillet 2011, une ordonnance en indication de mesures conservatoires¹ particulièrement spectaculaire en ce qu'elle crée de toutes pièces une « zone démilitarisée provisoire » entourant le temple et chevauchant les territoires du Cambodge et de la Thaïlande ? Il serait vain de se perdre dans de telles conjectures psychologisant, même s'il est de la nature du recours en interprétation

(*) Pierre D'ARGENT, professeur à l'Université de Louvain, professeur invité à l'université de Leiden et avocat au barreau de Bruxelles ; ancien premier secrétaire de la CIJ, ayant cessé d'exercer cette fonction quelques semaines avant la requête du Cambodge.

1. *Demande en interprétation de l'arrêt du 15 juin 1962 en l'affaire du Temple de Préah Vihéar (Cambodge c. Thaïlande)*, *Demande en indication de mesures conservatoires, (Cambodge c. Thaïlande)*, ordonnance du 18 juillet 2011.

de renforcer plus encore la continuité institutionnelle invisible qui unit le juge d'aujourd'hui au juge d'hier. On se contentera dès lors de relever les apports de cette ordonnance au sujet des conditions auxquelles l'indication de mesures conservatoires est subordonnée, singulièrement dans le cadre d'un recours en interprétation (I), avant de s'arrêter plus particulièrement sur la mesure qui en fait toute l'originalité, à savoir l'instauration d'une « zone démilitarisée provisoire » (II).

I. – MESURES CONSERVATOIRES ET RECOURS EN INTERPRÉTATION

L'arrêt du 15 juin 1962 a dit pour droit que « le temple de Préah Vihear [était] situé en territoire relevant de la souveraineté du Cambodge ». La Cour a en conséquence enjoint la Thaïlande « de retirer tous les éléments de forces armées ou de police ou autres gardes ou gardiens qu'elle a[vait] installés dans le temple *ou dans ses environs situés en territoire cambodgien* »². Cependant, l'arrêt ne délimitait pas les territoires respectifs des deux États voisins, de telle manière qu'ils ont continué à avoir des vues divergentes au sujet du tracé exact de leur frontière à proximité du temple. Selon le Cambodge, la souveraineté qui lui a été reconnue sur le temple signifie nécessairement que ce dernier n'est pas enclavé en territoire thaïlandais et que la frontière passe au nord du temple en suivant la ligne tracée sur la carte jointe en annexe à son mémoire déposé en janvier 1960, ladite carte ayant été établie en 1907 par la commission mixte franco-siamoise³. En revanche, selon la Thaïlande, la souveraineté cambodgienne est limitée au temple lui-même et non à la zone qui l'entoure, l'arrêt de 1962 n'ayant pas consacré la ligne tracée en 1907 comme frontière entre les deux États.

À la suite du classement du temple en 2008 sur la liste du patrimoine mondial de l'UNESCO, différents incidents armés sont survenus entre les deux parties, certains, en février et avril 2011, ayant endommagé l'édifice et causé des pertes en vies humaines et des blessés. C'est dans ce contexte que le Cambodge a, le 28 avril 2011, soumis à la Cour une requête en interprétation de l'arrêt de 1962, considérant qu'il existait entre les deux parties une « contestation sur le sens et la portée » de celui-ci, au sens de l'article 60 du statut. Le même jour, le Cambodge a également déposé une demande en indication de mesures conservatoires, sollicitant de la Cour qu'elle ordonne à la Thaïlande le « retrait immédiat et inconditionnel de toutes les forces thaïlandaises des parties du territoire cambodgien dans la zone du temple de Préah Vihear ; l'interdiction de toute activité militaire de la Thaïlande » dans cette zone et, enfin, « l'abstention de tout acte ou action [...] qui pourrait entraver les droits du Cambodge ou aggraver le différend dans l'instance au principal ». La Thaïlande a conclu à la radiation de cette nouvelle instance du rôle de la Cour, estimant qu'il n'y avait pas de contestation entre les parties au sujet du sens et de la portée de l'arrêt de 1962. Selon la Thaïlande, l'incompétence manifeste de la Cour pour se prononcer sur la requête en interprétation l'empêcherait d'indiquer des mesures conservatoires.

Les conditions requises pour l'indication de mesures conservatoires ressortent clairement de la jurisprudence de la Cour, en particulier de l'ordonnance commentée,

2. Affaire du Temple de Préah Vihear (Cambodge c. Thaïlande), Fond, arrêt du 15 juin 1962, CIJ Recueil, 1962, p. 37. Je souligne.

3. Cette carte est reproduite en feuillet à la fin du volume 1 relatif à l'affaire du Temple dans la série *Mémoires, plaidoiries et documents* publiée par la Cour.

et elles sont bien connues⁴ : la Cour doit être *prima facie* compétente pour connaître de la demande ; les droits qui y sont allégués et dont la protection est demandée au provisoire doivent apparaître comme étant au moins plausibles ; il doit exister un lien entre ces droits et les mesures conservatoires sollicitées ; il faut encore qu'un préjudice irréparable risque d'être causé à ces droits et, enfin, que l'urgence soit établie à cet égard, c'est-à-dire que ce risque de préjudice irréparable soit réel et imminent. Si ces conditions ne sont pas cumulativement réunies, la Cour n'a pas le pouvoir d'indiquer des mesures conservatoires.

Quel est l'apport de l'ordonnance du 18 juillet 2011 sur chacune de ces conditions ?

A. Compétence *prima facie* et recours en interprétation

La jurisprudence est bien établie et abondante s'agissant de la vérification, dans le cadre des mesures conservatoires sollicitées sur la base de l'article 41 du statut, de l'existence d'une compétence *prima facie* pour connaître du fond de la demande. Par ailleurs, plusieurs requêtes en interprétation ont été soumises à la Cour sur la base de l'article 60 du statut. Après la demande en interprétation introduite par le Mexique dans l'affaire *Avena*, ce n'est toutefois que la deuxième fois, dans l'histoire de la Cour, qu'une demande en indication de mesures conservatoires (article 41) lui est présentée dans le cadre d'une demande en interprétation (article 60). Sans grande surprise, la Cour confirme par la présente ordonnance l'approche adoptée dans celle du 16 juillet 2008⁵ : rien ne s'oppose en principe à l'indication de mesures conservatoires dans le cadre d'une procédure en interprétation⁶, pour autant que la condition de déclenchement d'une telle procédure, à savoir l'existence d'une « contestation sur le sens et la portée de l'arrêt » entre parties, paraisse remplie. L'ordonnance de 2011 présente cette exigence dans un ordre légèrement différent de celui retenu en 2008 et apporte quelques précisions à cet égard.

En ce qui concerne l'agencement des paragraphes, les changements sont mineurs : tandis qu'en 2008 la Cour avait commencé par indiquer que sa compétence au titre de l'article 60 du statut « n'est subordonnée à l'existence d'aucune autre base ayant fondé, dans l'affaire initiale, sa compétence à l'égard des Parties »⁷, de telle manière qu'elle existe même si cette base « est devenue caduque », cette précision est apportée en 2011 seulement après (et non avant) l'affirmation de principe selon laquelle, « lorsqu'elle est saisie d'une demande en indication de mesures conservatoires dans le cadre d'une procédure en interprétation d'un arrêt en vertu de l'article 60 du statut, la Cour doit déterminer si les conditions auxquelles elle peut, aux termes de cet article, connaître d'une demande en interprétation, paraissent être remplies »⁸. C'est ce test d'apparence qui fait l'objet

4. Voir not. le commentaire dans cet *Annuaire* de l'ordonnance du 8 mars 2011 dans l'affaire relative à *Certaines activités menées par le Nicaragua dans la région frontalière (Costa Rica c. Nicaragua)*.

5. *Demande en interprétation de l'arrêt du 31 mars 2004 en l'affaire Avena et autres ressortissants mexicains (Mexique c. États-Unis d'Amérique)*, Demande en indication de mesures conservatoires, ordonnance du 16 juillet 2008, *CIJ Recueil 2008*, p. 311.

6. Seule la juge Donoghue exprime des doutes à cet égard, mais elle ne rejette pas explicitement cette possibilité, construisant son opinion dissidente sur l'hypothèse que le statut n'interdit pas l'indication de mesures conservatoires dans le cadre d'une procédure en interprétation : *Dissenting opinion of Judge Donoghue*, § 10.

7. *Ibid.*, § 44. Dans l'ordonnance commentée, cette phrase est reprise mot à mot au paragraphe 21, le seul changement qui y est apporté consistant à écrire « les parties » avec une minuscule et non une majuscule, ce qui dénote la généralisation du principe énoncé au-delà de l'instance concernant les « Parties » en litige.

8. Ordonnance du 18 juillet 2011, § 19 ; la phrase est reprise du paragraphe 45 de l'ordonnance du 16 juillet 2008.

d'une précision dans l'ordonnance commentée : ayant estimé en 2008 qu'il lui fallait « déterminer si paraît exister une contestation entre les Parties au sens de l'article 60 du Statut »⁹, la Cour souligne désormais qu'elle « ne peut indiquer des mesures conservatoires dans le cadre d'une procédure en interprétation d'un arrêt que si elle constate qu'il semble *prima facie* exister une « contestation » au sens de l'article 60 du Statut ». Reprenant les mots qu'elle utilise d'habitude lorsqu'elle fait référence à la compétence *prima facie* dans le cadre d'un différend au sens de l'article 36 du statut, et en substituant « contestation » à « compétence », la Cour ajoute « qu'elle n'a pas besoin de s'assurer de manière définitive, à ce stade, qu'une telle contestation existe »¹⁰. Dans le cadre d'un recours en interprétation, le test de compétence *prima facie* requise pour indiquer des mesures conservatoires se rapporte donc à la condition à laquelle la compétence interprétative de la Cour est subordonnée, à savoir l'existence d'une « contestation sur le sens et la portée de l'arrêt » antérieurement prononcé.

À la lumière de la jurisprudence antérieure, le paragraphe 22 de l'ordonnance de 2011 rappelle ce qu'il faut entendre par « contestation » au sens de l'article 60 du statut, notion que l'on sait « plus large »¹¹ que celle de « différend » quand bien même la version anglaise de la même disposition utilise, tout comme l'article 36, le mot « *dispute* ». Quant au paragraphe 23, il rappelle qu'une telle « divergence d'opinions ou de vues entre les parties quant au sens et à la portée d'un arrêt »¹² doit porter sur son dispositif et non ses motifs, sauf si ces derniers en sont « inséparables ». Rien de très neuf donc sur ces points, la Cour procédant ensuite à l'identification de l'apparente « contestation » existant entre le Cambodge et la Thaïlande au sujet de l'arrêt de 1962.

Après avoir résumé les positions des parties à ce sujet, la Cour constate qu'une telle divergence d'opinions paraît en effet exister entre elles sur trois points : le sens et la portée de l'expression « environs situés en territoire cambodgien » utilisée par le dispositif de l'arrêt de 1962 ; la nature de l'obligation imposée par le même dispositif à la Thaïlande de « retirer [du temple] tous les éléments de forces armées ou de police ou autres gardes et gardiens », et notamment la question de savoir si cette obligation a un caractère instantané ou continu ; la question de savoir si l'arrêt de 1962 a, ou non, décidé avec force obligatoire que la ligne tracée sur la carte de 1907 représentait la frontière entre les deux États¹³. La constatation de l'existence *prima facie* d'une « contestation » conduit la Cour à rejeter la demande thaïlandaise de radiation de l'instance du rôle, une telle mesure ne pouvant être prise (y compris au stade des mesures conservatoires) qu'en cas d'incompétence manifeste¹⁴.

B. Caractère plausible des droits allégués

L'objet des mesures conservatoires étant la sauvegarde des droits de l'une ou l'autre des parties que la Cour pourrait reconnaître dans l'arrêt sur le fond, la protection provisoire sollicitée ne peut être accordée que pour autant que les droits

9. Ordonnance du 16 juillet 2008, § 55.

10. Ordonnance du 18 juillet 2011, § 21.

11. Ordonnance du 16 juillet 2008, § 53.

12. Ordonnance du 18 juillet 2011, § 22.

13. *Ibid.*, § 31.

14. Même lorsqu'elle considère ne pas disposer de compétence *prima facie* pour connaître de la demande, la Cour ne raye pas pour autant l'affaire du rôle, cette mesure devant être refusée « en l'absence d'incompétence manifeste » : *Activités armées sur le territoire du Congo (nouvelle requête : 2002) (République démocratique du Congo c. Rwanda)*, mesures conservatoires, ordonnance du 10 juillet 2002, *CIJ Recueil 2002*, p. 249, § 91.

allégués « apparaissent au moins plausibles »¹⁵. À la suite de la très éclairante opinion individuelle du juge Abraham sous l'ordonnance du 13 juillet 2006 dans l'affaire des *Usines de pâte à papier*¹⁶, cette précision a été explicitement formulée pour la première fois dans l'ordonnance en indication de mesures conservatoires du 28 mai 2009 prononcée dans l'affaire *Belgique c. Sénégal*¹⁷. Dans cette affaire, considérant qu'étaient en cause des obligations *erga omnes*, la Belgique estimait être en droit de voir le Sénégal poursuivre Hissène Habré, ou, à défaut, d'obtenir son extradition. L'ordonnance en indication de mesures conservatoires suivante, celle prononcée le 8 mars 2011 dans l'affaire *Costa Rica c. Nicaragua*, a réitéré cette exigence au sujet du caractère « au moins plausibles »¹⁸ des droits dont la protection est demandée. Alors que, deux ans plus tôt, cette notion n'avait apparemment pas suscité de difficulté au sein de la Cour, elle a, en mars 2011, fait l'objet d'interrogations ou de commentaires de la part de certains juges¹⁹. La question est en effet de savoir s'il s'agit d'une condition nouvelle supplémentaire devant être satisfaite pour que la Cour puisse indiquer des mesures conservatoires, et en ce cas ce qu'elle recouvre précisément, ou s'il s'agit plutôt de l'explicitation de la condition générale selon laquelle l'objet des mesures conservatoires étant la protection de droits allégués, ces derniers doivent apparaître au stade des mesures conservatoires comme au moins susceptibles d'être reconnus sur le fond pour mériter une telle protection.

L'ordonnance commentée paraît retenir cette dernière conception de la plausibilité. La Cour fait droit à la position du Cambodge, lequel soutient qu'il lui suffit « d'établir que l'existence [des droits dont la protection est demandée] peut raisonnablement être plaidée »²⁰. Exiger que les droits allégués existent « de façon plausible » implique que la Cour « exerce un minimum de contrôle, jet[te] un regard »²¹ sur le fond de l'affaire, de telle manière à procéder, de manière nécessairement sommaire, à l'examen du caractère au moins défendable des droits allégués dont la protection est sollicitée. La Cour doit donc être convaincue qu'il existe une possibilité raisonnable²² que ces droits soient reconnus sur le fond. Transposée dans le cadre d'un recours en interprétation, la Cour précise que l'exigence de plausibilité « suppose que les droits que la partie sollicitant des mesures conservatoires prétend faire découler de l'arrêt en cause à la lumière de l'interprétation qu'elle donne de celui-ci apparaissent au moins plausibles »²³. L'apparence de bon droit, en d'autres termes le *fumus boni juris* auquel le juge Abraham faisait référence dans son opinion de 2006, est donc une condition logiquement liée à l'office du juge statuant au provisoire, quel que soit le cadre procédural dans lequel la demande conservatoire lui est présentée.

15. Ordonnance du 18 juillet 2011, § 33.

16. *Usines de pâtes à papier sur le fleuve Uruguay (Argentine c. Uruguay)*, mesures conservatoires, ordonnance du 13 juillet 2006, opinion individuelle de M. le juge Abraham, *CIJ Recueil 2006*, p. 137.

17. *Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader (Belgique c. Sénégal)*, mesures conservatoires, ordonnance du 28 mai 2009, *CIJ Recueil 2009*, p. 151, § 57.

18. *Certaines activités menées par le Nicaragua dans la région frontalière (Costa Rica c. Nicaragua)*, mesures conservatoires, ordonnance du 8 mars 2011, § 53.

19. Voy. *Separate Opinion of Judge Koroma, Separate Opinion of Judge Sepúlveda-Amor, Declaration of Judge Greenwood, Separate opinion of Judge ad hoc Dugard*.

20. Ordonnance du 18 juillet 2011, § 35.

21. *Usines de pâtes à papier sur le fleuve Uruguay (Argentine c. Uruguay)*, mesures conservatoires, ordonnance du 13 juillet 2006, opinion individuelle de M. le juge Abraham, *CIJ Recueil 2006*, p. 141.

22. Voy. en ce sens la *Declaration of Judge Greenwood*, § 5, jointe à l'ordonnance du 8 mars 2011 dans l'affaire relative à *Certaines activités menées par le Nicaragua dans la région frontalière (Costa Rica c. Nicaragua)*.

23. Ordonnance du 18 juillet 2011, § 33.

La Cour estime que les droits revendiqués par le Cambodge sur la base de l'arrêt de 1962 tels qu'il l'interprète sont plausibles. Elle arrive à cette conclusion après avoir apporté « à titre préliminaire » deux précisions qui auraient tout aussi bien pu être placées dans les motifs consacrés à la condition de compétence déduite de l'existence *prima facie* d'une « contestation » au sens de l'article 60 du statut : il s'agit, d'une part, de rappeler que cette disposition « ne soumet les demandes en interprétation à aucune condition de délais » et, d'autre part, de souligner qu'« une telle contestation peut parfaitement, en soi, trouver sa source dans des faits postérieurs au prononcé dudit arrêt »²⁴.

C. Lien entre les droits allégués et les mesures demandées

La nécessité de l'existence d'un lien entre les droits allégués sur le fond et les mesures demandées pour les protéger au provisoire est désormais bien établie dans la jurisprudence. C'est dans l'affaire *RDC c. Ouganda* que les parties ont semble-t-il pour la première fois débattu de cette question du « lien » entre les mesures sollicitées et les droits revendiqués sur le fond²⁵. La Cour n'avait pas eu besoin de se prononcer à ce sujet. Dans l'affaire des *Usines de pâte à papier*, lors de l'examen de la deuxième demande en indication de mesures conservatoires, celle présentée par l'Uruguay, la question du « lien » entre les droits dont cet État entendait obtenir la protection et l'objet de la procédure sur le fond engagée par l'Argentine a été soulevée par celle-ci afin de contester la compétence de la Cour pour examiner la demande uruguayenne. Cette fois, la Cour se pencha sur cette difficulté et conclut à l'existence d'un « lien suffisant » entre les droits que l'Uruguay cherchait à protéger et le fond de l'affaire dont la Cour était saisie sur la base de la clause compromissoire contenue dans le traité portant statut du fleuve Uruguay²⁶. Ce n'est cependant que dans l'ordonnance du 16 juillet 2008 déjà citée, prononcée dans l'affaire relative à la demande d'interprétation de l'arrêt *Avena*, que la Cour, après avoir rappelé quel était l'objet des mesures conservatoires qu'elle a le pouvoir d'indiquer en application de l'article 41 de son statut, a souligné qu'« un lien doit donc être établi entre les droits allégués dont la protection est recherchée par les mesures conservatoires sollicitées et l'objet de la demande principale soumise à la Cour »²⁷. L'affirmation de la nécessité d'un tel lien a depuis lors été systématiquement réitérée, même si les formules retenues ont parfois quelque peu varié²⁸. C'est à partir de l'affaire *Belgique c. Sénégal* que les ordonnances en indication de mesures conservatoires sont structurées autour d'intertitres et que le « lien entre le droit protégé et les mesures demandées » apparaît comme tel²⁹.

24. *Ibid.*, § 37.

25. *Activités armées sur le territoire du Congo (République démocratique du Congo c. Ouganda)*, mesures conservatoires, ordonnance du 1^{er} juillet 2000, *CIJ Recueil 2000*, p. 118, § 21 et p. 122, § 29.

26. *Usines de pâtes à papier sur le fleuve Uruguay (Argentine c. Uruguay)*, mesures conservatoires, ordonnance du 23 janvier 2007, *CIJ Recueil 2007*, p. 11, § 30.

27. *Demande en interprétation de l'arrêt du 31 mars 2004 en l'affaire Avena et autres ressortissants mexicains (Mexique c. États-Unis d'Amérique)*, Demande en indication de mesures conservatoires, ordonnance du 16 juillet 2008, *CIJ Recueil 2008*, p. 327, § 58.

28. *Application de la convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (Géorgie c. Fédération de Russie)*, mesures conservatoires, ordonnance du 15 octobre 2008, *CIJ Recueil 2008*, p. 389, § 118 : « un lien doit donc être établi entre les droits allégués que les mesures conservatoires sollicitées visent à protéger et l'objet de l'instance pendante devant la Cour sur le fond de l'affaire ».

29. *Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader (Belgique c. Sénégal)*, mesures conservatoires, ordonnance du 28 mai 2009, *CIJ Recueil 2009*, p. 151, § 56 : « un lien doit donc être établi entre les mesures conservatoires sollicitées et les droits qui font l'objet de l'instance pendante devant la Cour sur le fond de l'affaire » ; *Certaines activités menées par le Nicaragua dans la région frontalière (Costa Rica c. Nicaragua)*, mesures conservatoires, ordonnance du 8 mars 2011, § 54 : « un lien doit exister

En affirmant qu'« un lien doit être établi entre les droits allégués et les mesures conservatoires sollicitées aux fins de les protéger »³⁰, l'ordonnance commentée paraît se situer dans le droit fil de ces précédents. Son apport particulier consiste à préciser que « dans une procédure au titre de l'article 60 du statut, cela suppose que les mesures conservatoires demandées par une partie aient un lien avec les droits qu'elle prétend faire découler de l'arrêt en cause à la lumière de l'interprétation qu'elle donne de celui-ci »³¹. Depuis que la Cour a identifié comme telle cette exigence de « lien », elle a chaque fois conclu à son existence, consacrant à l'examen de cette question quelques développements souvent succincts. Tel est à nouveau le cas.

Que signifie précisément cette exigence de « lien » ? Les formules successivement retenues par la Cour se sont faites de plus en plus succinctes, ce qui n'aide sans doute pas à en comprendre le sens. En effet, si affirmer que les mesures sollicitées doivent être liées aux droits allégués (ou inversement) signifie qu'elles doivent s'y rapporter, l'évidence ainsi énoncée est relativement creuse. En relisant chacune des formules plus explicites et moins ramassées retenues antérieurement par la Cour, on constate que l'idée essentielle qu'elles véhiculent consiste à indiquer que les mesures conservatoires sollicitées ne peuvent viser à obtenir la protection d'autres droits que ceux faisant l'objet de l'instance pendante sur le fond. En ce sens, l'exigence d'un « lien » est... liée à la vérification de la compétence *prima facie* de la Cour puisque les mesures conservatoires doivent nécessairement avoir pour objet la protection de droits qui, apparemment, pourraient faire l'objet d'une décision de la Cour sur le fond, entrant ainsi dans le champ de sa compétence. L'ordonnance du 8 avril 1993 prononcée dans l'affaire du *Génocide*, citée en référence par les ordonnances dans les affaires *Géorgie c. Russie* et *Belgique c. Sénégal*, est particulièrement éclairante à cet égard :

« Considérant que la Cour, après avoir établi qu'il existe une base sur laquelle sa compétence pourrait être fondée, ne devrait pas indiquer de mesures tendant à protéger des droits contestés autres que ceux qui pourraient en définitive constituer la base d'un arrêt rendu dans l'exercice de cette compétence ; considérant que, par voie de conséquence, la Cour se limitera, dans son examen des mesures demandées, et des motifs mis en avant pour justifier ces demandes, à prendre en considération ceux qui entrent dans le champ d'application de la convention sur le génocide »³².

Même si, à l'époque, il n'était pas encore explicitement question du « lien » entre les droits allégués et les mesures conservatoires demandées, on comprend que, puisque les mesures conservatoires demandées ne peuvent viser à protéger provisoirement des droits ne relevant pas de la compétence de la Cour selon l'objet de l'instance sur le fond, le pouvoir de la Cour d'en indiquer n'est pas seulement conditionné par son apparence de compétence pour connaître du fond de l'affaire ; il est également limité, *ratione materiae*, par cette compétence *prima facie*. La demande de mesures conservatoires constitue bien une procédure incidente à l'instance principale et demeure en ce sens conditionnée par cette dernière, étant taillée à sa mesure. L'incident ne peut donc « déborder » le principal.

La Cour ayant à ce jour toujours constaté que les mesures sollicitées étaient, en ce sens, en « lien » avec les droits allégués, elle n'a pas encore eu à se prononcer

entre les droits qui font l'objet de l'instance pendante devant la Cour sur le fond de l'affaire et les mesures conservatoires sollicitées ».

30. Ordonnance du 18 juillet 2011, § 34.

31. *Ibid.*

32. *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, mesures conservatoires, ordonnance du 8 avril 1993, *CIJ Recueil* 1993, p. 19, § 35.

sur les conséquences s'attachant à l'absence d'un tel lien. On peut imaginer qu'elle déclare irrecevable le chef de demande contenu dans la demande en indication de mesure conservatoire qui ne présenterait pas de « lien » avec les droits allégués, c'est-à-dire ceux faisant l'objet de l'instance sur le fond. On peut aussi imaginer que, ne souhaitant pas entrer dans les difficiles (et parfois très culturels) distinguos entre causes d'irrecevabilité et d'incompétence, la Cour préfère plus simplement se déclarer sans pouvoir, au sens de l'article 41 du statut, pour indiquer la mesure demandée.

Ce n'est pas pour autant qu'aucune mesure conservatoire ne serait indiquée. On sait d'ailleurs que, dans certaines affaires (et celle-ci en donne une illustration supplémentaire), après avoir dûment constaté l'existence d'un lien entre les droits allégués et les mesures demandées, la Cour a indiqué des mesures conservatoires « totalement ou partiellement différentes de celles sollicitées », ce qu'elle peut incontestablement faire ainsi que le rappelle à nouveau l'ordonnance commentée³³. Lorsque la Cour estime nécessaire d'ordonner des mesures différentes de celles sollicitées, on peut s'interroger sur la nécessité qu'il y a à avoir préalablement vérifié l'existence d'un lien entre les droits allégués et les mesures spécifiquement demandées. Dans un tel cas, la nécessité d'un « lien » s'impose en réalité à la Cour elle-même puisque les mesures finalement indiquées ne peuvent déborder l'objet de l'instance sur le fond par rapport auquel la Cour aura constaté sa compétence *prima facie*. La vérification préalable du lien entre les droits allégués et les mesures demandées, même en cas d'indication de mesures différentes, s'explique alors sans doute par la volonté d'évaluer de manière générale la pertinence de la sollicitation de mesures conservatoires en tant que telle, plutôt que le rapport précis que chaque mesure demandée peut avoir avec les droits en litige sur le fond.

Dans l'ordonnance commentée, la vérification du « lien » fait l'objet d'une appréciation globale plus succincte que celle à laquelle la Cour procéda dans l'ordonnance rendue quelques mois auparavant pour chacune des mesures demandées par le Costa Rica³⁴. On relèvera en outre qu'en ce qui concerne la demande tendant à empêcher l'aggravation du différend, la Cour avait, en mars 2011, indiqué qu'une telle demande « étant formulée en des termes très larges [...] présente un lien avec les droits qui font l'objet de l'instance pendant devant la Cour sur le fond en ce qu'elle vient en complément de mesures plus spécifiques de protection de ces mêmes droits »³⁵, tandis qu'elle affirme désormais de manière plus générale, sans s'arrêter au lien qu'une demande de non- aggravation peut présenter avec les droits allégués, disposer « du pouvoir d'indiquer des mesures conservatoires en vue d'empêcher l'aggravation ou l'extension du différend quand elle estime que les circonstances l'exigent », et cela « indépendamment des demandes des parties »³⁶. Bien que la Cour ordonne spécifiquement aux parties « de s'abstenir de tout acte qui risquerait d'aggraver ou d'étendre le différend [...] ou d'en rendre la solution plus difficile »³⁷, il est difficile de ne pas voir dans l'instauration de la « zone démilitarisée provisoire » une mesure visant, elle aussi, à la non-aggravation du différend.

Dans sa déclaration sous l'ordonnance du 8 mars 2011 prononcée dans l'affaire *Costa Rica c. Nicaragua*, le juge Greenwood avait souligné que l'indication de « *measures requiring the parties to refrain from action which might aggravate or extend the dispute [...]* are not limited to the protection of rights which might be adjudged to belong to either party but serve a wider purpose », raison pour laquelle

33. Ordonnance du 18 juillet 2011, § 58.

34. Ordonnance du 8 mars 2011, §§ 60-62.

35. *Ibid.*, § 62.

36. Ordonnance du 18 juillet 2011, § 59.

37. *Ibid.*, § 69, B) 4).

de telles mesures de non-aggravation ne devaient pas nécessairement satisfaire aux exigences auxquelles les demandes de mesures conservatoires sont habituellement subordonnées, dont celle du « lien ». La Cour semble avoir fait droit à cette remarque en autonomisant les mesures de non-aggravation de toute demande spécifique des parties et en les faisant relever de son pouvoir propre. Ceci paraît conforter l'idée selon laquelle la vérification d'un « lien » entre les droits allégués et les mesures demandées perd de sa pertinence dès l'instant où la Cour estime devoir indiquer des mesures différentes de celles sollicitées. Ce « lien » s'impose toutefois en ce cas à la Cour elle-même, ainsi qu'on l'a déjà souligné. Le juge Xue reproche précisément à la Cour, en ayant imposé aux parties une « zone démilitarisée provisoire », de ne pas avoir maintenu « *within reasonable bounds* » le « *necessary link* » devant exister entre les droits allégués et la mesure ordonnée³⁸. Tout dépend bien sûr de la manière dont on envisage le préjudice irréparable susceptible d'être causé à ces droits. Le tour de force de cette ordonnance consiste précisément à inclure dans ceux-ci, pourtant limités à des considérations fort classiques de souveraineté territoriale, la protection des personnes et des biens.

D. Risque de préjudice irréparable et urgence

Réitérant des formules bien connues, l'ordonnance commentée rappelle que les circonstances « exigent » d'indiquer des mesures conservatoires seulement lorsqu'il est avéré que les droits en litige font l'objet d'un risque réel et imminent de préjudice irréparable³⁹.

Qu'en est-il de l'urgence ? Constatant qu'il existe des « prétentions concurrentes sur le territoire entourant le temple », que la « situation dans la zone du temple de Préah Vihéar demeure instable et pourrait se détériorer », et compte tenu des « tensions persistantes et [...] l'absence de règlement du conflit », la Cour estime qu'« il existe un risque réel et imminent qu'un préjudice irréparable soit causé aux droits revendiqués par le Cambodge » en vertu de l'arrêt de 1962⁴⁰. Cette appréciation de l'urgence n'appelle guère de commentaires. Il faut toutefois se garder de généraliser le propos de la Cour au sujet de l'absence de règlement du conflit comme un élément constitutif de l'urgence, car autrement, bien sûr, toute saisine de la Cour témoignerait à elle seule du caractère urgent d'une situation. L'absence de règlement du conflit mise en avant par l'ordonnance doit donc être replacée dans le contexte particulier de cette affaire, lequel est fait des multiples incidents armés entre parties dans la zone du temple que la Cour ne manque pas de rapporter⁴¹. On relèvera encore que « le cessez-le-feu verbal qui a été négocié le 28 avril 2011⁴² entre les commandants militaires des deux Parties » n'est pas considéré par la Cour comme une circonstance susceptible d'altérer l'urgence d'indiquer des mesures conservatoires. La Cour rappelle à cet égard ce qu'elle avait déjà souligné dans l'affaire *Cameroun c. Nigéria*, à savoir que l'existence d'un cessez-le-feu « ne [la] prive... pas... des droits et devoirs qui sont les siens dans l'affaire portée devant elle »⁴³ ; en conséquence, elle juge ne pas devoir établir au stade des mesures conservatoires si ledit cessez-le-feu « couvre ou non la zone du temple »⁴⁴.

38. *Dissenting opinion of Judge Xue*.

39. Ordonnance du 18 juillet 2011, §§ 46-57.

40. *Ibid.*, § 56.

41. *Ibid.*, § 53.

42. Soit le jour du dépôt de la requête cambodgienne en interprétation de l'arrêt de 1962, accompagnée d'une demande en indication de mesures conservatoires.

43. *Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria (Cameroun c. Nigéria)*, mesures conservatoires, ordonnance du 15 mars 1996, *CIJ Recueil 1996 (I)*, p. 22, § 37.

44. Ordonnance du 18 juillet 2011, § 54.

Qu'en est-il du préjudice irréparable ? Selon la Cour, « les droits que le Cambodge prétend détenir en vertu de l'arrêt de 1962 dans la zone du temple pourraient subir un préjudice irréparable résultant des activités militaires dans cette zone et, en particulier, des pertes en vies humaines, des atteintes à l'intégrité physique des personnes et des dommages infligés au temple ainsi qu'aux biens qui s'y rattachent »⁴⁵. En mettant en avant les risques de pertes de vies humaines et d'atteintes à l'intégrité physique des personnes dans l'identification du risque de préjudice irréparable, l'ordonnance commentée présente une incontestable continuité par rapport à celle du 8 mars 2011. On relèvera toutefois que cette dernière avait tenu à marquer la distinction entre le « risque imminent de préjudice irréparable au titre de souveraineté revendiqué par le Costa Rica » et le fait « de surcroît que cette situation fai[sai]t naître un risque réel et actuel d'incidents susceptibles d'entraîner une atteinte irrémédiable à l'intégrité physique de personnes ou à leur vie »⁴⁶. Cette distinction paraît s'être estompée quelques mois plus tard ; il en résulte une phrase qui n'est pas parfaitement claire. Le motif reproduit ci-dessus identifie en effet à la fois la cause matérielle du préjudice irréparable (les activités militaires dans la zone du temple) qui risque d'être causé aux droits allégués par le Cambodge et ce en quoi ce préjudice consisterait (des pertes en vies humaines, des atteintes à l'intégrité physique des personnes et des dommages infligés au temple). En indiquant toutefois que le préjudice irréparable aux droits que le Cambodge prétend détenir sur la base de l'arrêt de 1962 – à savoir, en substance, le respect de sa souveraineté sur le temple et ses environs – résulterait « en particulier » de pertes, blessures et destructions, ce motif suppose logiquement que la souveraineté d'un État emporte le droit à la protection de la vie humaine, de l'intégrité physique des personnes et de la préservation des biens culturels. Même un peu confus, le raccourci est assurément intéressant. Il a été critiqué par le juge Cançado Trindade qui estime que « *[n]ot everything can be subsumed under territorial sovereignty* »⁴⁷ et qu'en conséquence la Cour devrait plus clairement porter son attention sur la protection de valeurs humaines comme telles, sans toujours vouloir les rapporter à la protection du territoire. Malgré une expression qui laisse peut-être à désirer, il n'est pas certain toutefois que le rapprochement ainsi opéré par l'ordonnance entre souveraineté territoriale et protection des personnes et des biens culturels soit la marque d'un conservatisme de mauvais aloi, voire d'un fétichisme prenant la souveraineté pour objet. Il s'agit peut-être là d'une lecture exagérément optimiste, mais on n'hésite pas à la préférer dès lors que la mesure principale ordonnée par la Cour – l'imposition d'une « zone démilitarisée provisoire » – procède nécessairement d'une certaine désacralisation de la souveraineté territoriale.

II. – LA « ZONE DÉMILITARISÉE PROVISOIRE »

A. L'instauration de la zone

Afin de protéger les droits qui sont en cause dans l'instance, mais aussi, semble-t-il, de prévenir plus largement toute aggravation ou extension du différend, la Cour considère qu'« il convient d'exclure provisoirement toute présence de forces armées dans une zone entourant la zone du temple, sans préjudice de l'arrêt que la Cour rendra sur la demande en interprétation présentée par le Cambodge ». Est ainsi

45. *Ibid.*, § 55.

46. Ordonnance du 8 mars 2011, § 75.

47. *Separate opinion of Judge Cançado Trindade*, § 99, jointe à l'ordonnance du 18 juillet 2011.

définie « une zone qui devra provisoirement être exempte de toute présence militaire, sans préjudice de l'administration normale, y compris de la présence des personnels non militaires nécessaires à la sécurité des personnes et des biens »⁴⁸. Après avoir précisé les coordonnées géographiques des points d'angle du quadrilatère irrégulier constituant cette zone⁴⁹, la Cour ajoute que « les deux Parties devront, pour se conformer à la présente ordonnance, retirer toutes les forces armées actuellement présentes dans la zone ainsi définie », ainsi que « s'abstenir non seulement de toute présence militaire dans cette zone démilitarisée provisoire, mais aussi de toute activité armée dirigée à l'encontre de ladite zone »⁵⁰. Le temple lui-même appartenant au Cambodge, la Cour précise que cet État « doit, en toutes circonstances, [y] avoir libre accès [...] et qu'il doit pouvoir y ravitailler son personnel non militaire », la Thaïlande devant « prendre toutes les mesures qui seraient nécessaires pour ne pas faire obstacle à un tel accès libre et ininterrompu »⁵¹. Selon le président Guillaume, juge *ad hoc* désigné par le Cambodge en la présente instance, cet État conserverait ainsi le droit de stationner « dans les secteurs relevant de sa souveraineté et notamment dans le temple » du personnel de police, des gardes ou des gardiens qui « devront nécessairement disposer des armes et munitions requises à [l']effet »⁵² d'assurer « la sécurité des personnes et des biens »⁵³. Il doit logiquement y aller de même dans les secteurs de la « zone démilitarisée provisoire » relevant incontestablement de la souveraineté thaïlandaise, hormis donc le temple. On rappellera en effet que cette zone est, ainsi que le souligne l'ordonnance, « sans préjudice de l'administration normale »⁵⁴. A la différence de l'ordonnance du 8 mars 2011 qui avait enjoint au Costa Rica et au Nicaragua de s'abstenir « d'envoyer ou de maintenir sur le territoire litigieux, y compris le *caño*, des agents, qu'ils soient civils, de police ou de sécurité »⁵⁵, l'ordonnance commentée n'impose pas aux parties de retirer tout personnel de la zone qu'elle définit, mais seulement les membres de leurs forces armées.

La Cour ne donne aucune explication au sujet de la raison pour laquelle elle a retenu le périmètre particulier et la forme précise de la « zone démilitarisée provisoire » qu'elle définit. Rien ne vient éclairer le lecteur sur l'emplacement des points d'intersection retenus ni sur la longueur des droites tracées sur la carte. Est ainsi formé un quadrilatère irrégulier, autour du temple, lequel n'est pas placé en son milieu mais à proximité de l'angle sud-est. Les quatre points d'angle ne semblent correspondre à aucune configuration géographique particulière, même si les courbes de niveau du croquis illustratif joint à l'ordonnance paraissent suggérer que trois d'entre eux sont situés dans des dépressions topographiques. La plus longue base du quadrilatère mesure environ 6,750 km ; elle court horizontalement au nord du temple. Le plus court côté de la zone fait 2 km, tandis que les deux autres mesurent environ 5,5 km et 4,5 km. La zone a ainsi une superficie d'environ 18 km².

48. Ordonnance du 18 juillet 2011, § 61.

49. *Ibid.*, § 62.

50. *Ibid.*, § 63.

51. *Ibid.*, § 65. Voir aussi le point B) 2) du dispositif : « La Thaïlande ne doit pas faire obstacle au libre accès du Cambodge au temple de Préah Vihear ni à la possibilité pour celui-ci d'y ravitailler son personnel non militaire ».

52. Déclaration de M. le juge *ad hoc* Guillaume, § 8.

53. Ordonnance du 18 juillet 2011, § 61.

54. Ordonnance du 18 juillet 2011, § 61.

55. Ordonnance du 8 mars 2011, § 86, point 1). Le point 2) du dispositif permet néanmoins au Costa Rica de dépêcher sur les lieux évacués des agents civils de protection de l'environnement en cas de risque de préjudice environnemental.

B. Critiques et évaluation

La mesure conservatoire ainsi ordonnée est véritablement sans aucun précédent dans la jurisprudence. Même relativement limitée dans sa portée et circonscrite dans l'espace, elle est, comme telle, spectaculaire. Elle dénote certainement par rapport à d'autres mesures conservatoires bien plus timorées – mais, il est vrai, prononcées à l'occasion de conflits autrement plus sensibles politiquement – par lesquelles la Cour se contentait en réalité de rappeler aux parties leurs obligations internationales préexistantes⁵⁶. La Cour le fait ici encore, mais dans les motifs de l'ordonnance, juste avant d'en énoncer le dispositif⁵⁷. Cette forme d'activisme est sans doute d'autant plus intéressante qu'elle est mise en œuvre dans le cadre d'une instance relative à l'interprétation d'un arrêt rendu il y a un demi-siècle. Sans doute la Cour a-t-elle été inspirée, voire encouragée, par la mesure de retrait du petit territoire frontalier ordonnée quelque quatre mois plus tôt au Costa Rica et au Nicaragua. On relèvera cependant qu'il était alors question d'un territoire contesté entre les parties et clairement délimité par le *caño* litigieux, tandis qu'il était par ailleurs inhabité et exempt de tout édifice significatif.

Les juges de la minorité dénoncent le caractère artificiel⁵⁸, voire arbitraire⁵⁹, de la zone dessinée par la Cour sans grande connaissance du terrain⁶⁰ ; craignent qu'elle soit tout simplement impraticable⁶¹ ou dépassée par les techniques militaires⁶² ; critiquent le fait qu'elle chevauche les territoires respectifs des parties de manière déséquilibrée (la zone empiète en effet plus sur le territoire thaïlandais que sur celui du Cambodge)⁶³ ; estiment qu'elle constitue une mesure excessive exagérément attentatoire à la souveraineté des parties dès lors qu'elles doivent retirer leurs forces armées de territoires qui leur reviennent incontestablement⁶⁴ ; considèrent que la Cour aurait pu se limiter à ordonner aux parties de s'abstenir de toute activité militaire dans les environs du temple⁶⁵ ; ou encore, plus fondamentalement, affirment que la mesure ordonnée par la Cour excède la compétence de la Cour dans le cadre d'un recours en interprétation⁶⁶ ou est sans lien raisonnable avec les droits déduits de l'arrêt de 1962 devant recevoir protection⁶⁷.

Dans la mesure où l'ordonnance ne donne aucune explication au sujet du tracé de la « zone démilitarisée provisoire »⁶⁸, il est difficile de répondre à la critique selon laquelle celui-ci serait dès lors arbitraire. Il l'est certainement si par « arbitraire » on reproche à la Cour d'avoir choisi un quadrilatère irrégulier plutôt, par exemple, qu'un cercle autour du temple, ou d'avoir retenu sans motif apparent tel point d'angle plutôt que tel autre. Mais si reproche d'arbitraire il doit y avoir, ne faut-il

56. Voy. p. ex. *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, mesures conservatoires, ordonnance du 8 avril 1993, *CIJ Recueil* 1993, p. 24 ; *Application de la convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale* (Géorgie c. Fédération de Russie), mesures conservatoires, ordonnance du 15 octobre 2008, *CIJ Recueil* 2008, p. 398.

57. Ordonnance du 18 juillet 2011, § 66.

58. *Dissenting opinion of President Owada*.

59. *Dissenting opinion of Judge Al-Khasawneh*.

60. Opinion dissidente de M. le juge *ad hoc* Cot.

61. *Dissenting opinion of President Owada* ; Opinion dissidente de M. le juge *ad hoc* Cot.

62. *Dissenting opinion of Judge Al-Khasawneh*.

63. *Dissenting opinion of President Owada*.

64. *Dissenting opinion of Judge Xue*.

65. *Dissenting opinion of Judge Al-Khasawneh* ; *Dissenting opinion of Judge Xue*.

66. *Dissenting opinion of President Owada* ; *Dissenting opinion of Judge Donoghue*.

67. *Dissenting opinion of Judge Xue* ; voy. aussi *Dissenting opinion of Judge Al-Khasawneh*.

68. La seule indication livrée par un juge de la majorité est celle mentionnée par le juge Koroma : la zone est « of a size adequate to minimize the risk of further armed clashes – including shelling – in the disputed area » : *Declaration of Judge Koroma*. La précision est vraiment très générale et finalement peu éclairante.

pas plutôt le formuler à l'encontre des parties, dès lors qu'elles ne paraissent pas hésiter – 50 ans après un arrêt de principe, et probablement pour de sombres motifs de politique interne – à utiliser des moyens militaires à proximité d'un édifice dont elles reconnaissent pourtant toutes deux l'immense valeur historique et culturelle commune ? L'apparent arbitraire de la Cour ne ferait alors que répondre à ce qu'on ne peut manquer de considérer comme un comportement, certes souverain, mais étrangement irrationnel. Plus fondamentalement, il faut souligner que le reproche d'arbitraire adressé à la Cour n'est pertinent que pour autant qu'elle doive s'expliquer sur la mesure ordonnée. Or, la seule motivation qu'elle est tenue d'apporter à cet égard concerne les raisons pour lesquelles elle considère pouvoir exercer le pouvoir que le statut lui accorde ; elle ne doit toutefois pas dire pourquoi elle exerce ce pouvoir d'une certaine manière plutôt que d'une autre. La Cour est certes tenue de motiver le fait qu'elle ordonne une mesure conservatoire, ou refuse de le faire, mais elle n'est pas obligée d'expliquer la configuration précise de la mesure en question. Cette dernière relève en effet de sa discrétion, selon l'appréciation qu'elle se fait de la situation. Les seules limites s'imposant à la Cour tiennent aux conditions mêmes de l'exercice du pouvoir que lui accorde le statut. Pour le reste, la Cour apprécie et ce qu'elle décide est censé être adéquat pour assurer la protection des droits en litige dans l'attente de sa décision sur le fond. Certes, on peut légitimement s'étonner qu'à la différence des trois autres cas dans lesquels elle a ordonné un désengagement militaire⁶⁹, la Cour a décidé de celui-ci en l'absence d'accord de cessez-le-feu ou de retrait entre parties, ou encore d'identification d'un territoire clairement contesté entre elles⁷⁰. Il serait toutefois imprudent de limiter à de tels cas son pouvoir d'enjoindre aux parties de se retirer militairement d'un espace particulier qu'elle jugerait nécessaire de vider de toute présence armée afin de sauvegarder les droits en litige. Il faut enfin relativiser la limitation temporaire de souveraineté imposée ainsi aux États concernés : non seulement la mesure les oblige tous deux, mais, en outre, c'est associer la souveraineté à une forme de susceptibilité épidermique que de considérer qu'il lui serait insupportable de ne pas pouvoir temporairement déployer des forces armées dans une zone frontalière reculée et particulièrement exiguë, alors que la présence de tous autres organes n'est pas interdite.

Les inquiétudes que l'on peut nourrir au sujet du caractère difficilement praticable des lignes tracées par la Cour sans beaucoup d'égard à la géographie des lieux paraissent également devoir être relativisées, singulièrement à une époque où les appareils de géopositionnement sont désormais à portée du grand public – et donc, on l'espère, des forces armées. On ne peut certes pas exclure que des patrouilles croisent par mégarde l'une des droites délimitant la zone tracée par la Cour, venant ainsi à y pénétrer. Faudrait-il y voir une violation de l'ordonnance ? Ce n'est pas sûr, puisqu'elle prohibe spécifiquement le maintien du personnel militaire se trouvant dans la zone à la date du 18 juillet 2011 et, ensuite, toute « présence militaire » ainsi que « toute activité armée dirigée à l'encontre de celle-ci »⁷¹. On peut raisonnablement espérer que les militaires de chaque partie ne placeront pas des campements à la lisière immédiate de la zone, comme pour narguer l'autre (ou la Cour) par une obéissance à ce point scrupuleuse qu'elle en deviendrait dangereuse s'ils venaient à se tromper dans leurs repères géographiques. En toute hypothèse,

69. *Différend frontalier (Burkina Faso / Mali)*, mesures conservatoires, ordonnance du 10 janvier 1986, *CIJ Recueil 1986*, p. 12 ; *Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria (Cameroun c. Nigéria)*, mesures conservatoires, ordonnance du 15 mars 1996, *CIJ Recueil 1996 (I)*, p. 24 ; *Certaines activités menées par le Nicaragua dans la région frontalière (Costa Rica c. Nicaragua)*, mesures conservatoires, ordonnance du 8 mars 2011, § 86.

70. *Voy. Dissenting opinion of President Owada.*

71. Ordonnance du 18 juillet 2011, par. 69, point B) 1).

ce n'est sans doute ⁷² que si l'une des parties devait dénoncer la violation de la zone par l'autre que la Cour pourrait devoir tenir compte de toutes les circonstances, et notamment celles du terrain, pour en apprécier la réalité. Il est certain que ce contrôle du respect de l'ordonnance pourrait être exercé au stade de l'arrêt en interprétation, la Cour ayant déjà affirmé qu'elle « n'a[vait] pas à rechercher d'autre base de compétence que celle de l'article 60 du Statut pour connaître de [l']allégation de violation de l'ordonnance en indication de mesures conservatoires rendue dans la même instance » ⁷³. Lorsque le contentieux de la responsabilité ⁷⁴ vient ainsi se greffer sur celui de l'interprétation par le truchement de mesures conservatoires, la Cour doit bien entendu avoir égard à l'ensemble des circonstances pour apprécier la réalité d'un éventuel manquement à ces mesures, voire même procéder à une analyse de la portée exacte des obligations qu'elles énoncent, quand bien même exercerait-elle à cette occasion une fonction de nature plus administrative que juridictionnelle ⁷⁵. Pour l'heure, et bien que les deux parties aient accueilli favorablement l'ordonnance du 18 juillet 2011 ⁷⁶, il est difficile de savoir ⁷⁷ si toutes leurs forces armées ont effectivement évacué la « zone démilitarisée provisoire » : tandis que la Thaïlande semble en avoir retiré ses troupes en septembre 2011 ⁷⁸ alors qu'elle devait faire face à des inondations catastrophiques sans précédent, le Cambodge paraît avoir maintenu des forces armées dans le temple au moins

72. La question de savoir si la Cour peut se saisir d'office de la question du respect de ses ordonnances en indication de mesures conservatoires est ici réservée. À ce jour, la Cour n'a pas eu à le faire, ayant d'ailleurs fait état de sa compétence pour connaître d'« allégations » de violations d'ordonnances dans le cadre de sa compétence au titre de l'article 60 du statut. Il faut cependant relever qu'elle ne manque pas de décider dans ses ordonnances qu'elle demeure saisie des questions qui en font l'objet (voy. l'ordonnance du 18 juillet 2011, § 69, D)) et que l'hypothèse d'une dénonciation d'office par la Cour des violations de ses ordonnances a été formulée par J. Verhoeven en sa qualité de juge *ad hoc* dans l'affaire *RDC c. Ouganda*, la « raison d'être fondamentale [des ordonnances en indication de mesures conservatoires] étant moins de protéger les droits des parties que de préserver l'« utilité » de la décision que la Cour est appelée à rendre à leurs propos » : *Activités armées sur le territoire du Congo (République démocratique du Congo c. Ouganda)*, arrêt du 19 décembre 2005, *CIJ Recueil 2005*, déclaration de M. le juge *ad hoc* Verhoeven, p. 358.

73. *Demande en interprétation de l'arrêt du 31 mars 2004 en l'affaire Avena et autres ressortissants mexicains (Mexique c. États-Unis d'Amérique)*, arrêt du 19 janvier 2009, *CIJ Recueil 2009*, p. 19, § 51. La Cour poursuit : « La compétence que lui confère cette disposition [ndlr : l'article 60] entraîne nécessairement la compétence incidente pour statuer sur les violations alléguées de l'ordonnance en indication de mesures conservatoires. Cela demeure vrai même lorsque la Cour décide, au stade de l'examen de la demande en interprétation, comme elle l'a fait en l'espèce, de ne pas exercer sa compétence pour statuer en vertu de l'article 60 ». On relèvera que la Cour décide à l'unanimité que les États-Unis n'ont pas respecté l'ordonnance dans le cas d'un des ressortissants mexicains en cause, ce qui donne à penser qu'aucun juge n'a douté de la compétence de la Cour pour ce faire. Voir en particulier sur ce point la déclaration de M. le juge Abraham jointe à cet arrêt, qui affirme que « le titre de compétence que met en œuvre la Cour en l'espèce englobe, incidemment, la question du respect des mesures conservatoires ordonnées par elle », même si la Cour refuse à bon droit de se prononcer sur la violation de l'arrêt dont l'interprétation lui est déferée (p. 28).

74. Cette expression doit être comprise de manière restrictive en ce sens que la compétence de la Cour pour connaître de violations d'ordonnances en indication de mesures conservatoires au titre de l'article 60 du statut paraît devoir être limitée à la possibilité de constater d'éventuelles violations, sans qu'elle puisse englober un contentieux de réparation à proprement parler.

75. Sur le caractère administratif de la fonction exercée par la Cour à l'occasion d'allégations de violation de mesures conservatoires dans le cadre d'un recours en interprétation, voy. B. TRANCHANT, « L'arrêt rendu par la CIJ sur la demande en interprétation de l'arrêt Avena (Mexique c. États-Unis d'Amérique) », cet *Annuaire*, 2009, pp. 212-218.

76. *Waging Peace : ASEAN and the Thai-Cambodian Border Conflict*, International Crisis Group Asia Report n° 215, 6 December 2011, p. 25, disponible sur le site de l'ONG : <<http://www.crisisgroup.org>>.

77. Le point C) du dispositif de l'ordonnance du 18 juillet 2011 enjoint assez classiquement chaque partie d'informer la Cour de la manière dont elle « assurera l'exécution des mesures conservatoires » indiquées. Les communications des parties à la Cour en exécution de cette demande demeurent confidentielles. L'obligation d'informer la Cour témoigne de son souci d'instaurer une forme de monitoring de ses ordonnances (voy. *Separate opinion of Judge Cançado Trindade*, § 65).

78. <<http://notthenation.com/2011/09/thai-army-quietly-abandons-preah-vihear-temple/>>.

jusqu'en février ou mars 2012⁷⁹, sans que l'on sache avec certitude ce qu'il en a été par après⁸⁰. Par ailleurs, tandis que la Cour avait également indiqué que « [l]es deux Parties doivent poursuivre la coopération qu'elles ont engagée dans le cadre de l'ANASE et permettre notamment aux observateurs mandatés par cette organisation d'accéder à la zone démilitarisée provisoire »⁸¹, la Thaïlande semble avoir continué de s'opposer au déploiement de 15 observateurs militaires indonésiens dont le Cambodge avait approuvé la présence dès le mois de mai 2011, soit avant même l'ordonnance commentée⁸².

C. Juge ou policier ?

Au-delà des questions d'opportunité et de praticabilité qu'il est sans doute trop tôt pour apprécier définitivement, la question juridique essentielle suscitée par cette ordonnance est celle de la compétence de la Cour pour ordonner une mesure conservatoire telle que la « zone démilitarisée provisoire », singulièrement dans le cadre d'un recours fondé sur l'article 60 du statut. Dans son opinion dissidente, le président Owada rappelle le caractère incident de la procédure en indication de mesures conservatoires et estime en conséquence que la Cour n'a pas le pouvoir, dans le cadre d'un recours en interprétation, d'indiquer des mesures allant au-delà de son titre de compétence principal, ce qui serait le cas de l'instauration de la « zone démilitarisée provisoire »⁸³. La juge Xue considère que la mesure ordonnée est sans lien raisonnable avec les droits qui sont l'objet de l'instance sur le fond, c'est-à-dire le recours en interprétation⁸⁴. La juge Donoghue estime de même que la mesure ordonnée par la Cour dépasse le cadre d'une procédure incidente survenant à l'occasion d'un recours en interprétation et rappelle que la Cour est sans compétence pour connaître du différend frontalier entre les deux parties⁸⁵.

Ces approches plus restrictives n'ont manifestement pas convaincu la majorité des juges de la Cour. Le pouvoir d'indiquer « *any provisional measures* », ainsi qu'en dispose la version anglaise de l'article 41 du statut, est donc très large quant à la nature des mesures pouvant être retenues, pourvu qu'elles préservent l'office de la Cour dans l'instance principale en protégeant les droits menacés qui en sont l'objet. Par ailleurs, le cadre procédural de l'instance n'altère pas la compétence du juge de l'urgence : les articles 41 et 60 du statut se combinent sans que l'addition des conditions qui les régissent respectivement n'aboutisse à restreindre le pouvoir qu'a la Cour d'indiquer des mesures conservatoires. Ce pouvoir est d'autant plus large que, ainsi que le rappelle l'article 75 du règlement, le contentieux de l'urgence n'est pas régi par le principe dispositif qui domine le contentieux sur le fond en cas de différend au sens de l'article 36 du statut⁸⁶. Une fois la compétence *prima facie* de

79. <<http://www.thejakartapost.com/news/2012/03/17/waiting-ri-observers-preah-vihear.html>>. Selon Jonathan Prentice, auteur de cet article publié en mars 2012 dans le *Jakarta Post* et *Senior Policy Adviser* à l'*International Crisis Group* (Bruxelles), les forces armées cambodgiennes (RCAF) étaient encore présentes dans le temple en février 2012 lors de son déplacement sur place (information de l'auteur).

80. Lors de la procédure orale sur la demande de mesures conservatoires, l'agent du Cambodge avait indiqué que son pays « ne pourra jamais accepter » de retirer ses troupes du temple ainsi que la Thaïlande l'aurait exigé pour pouvoir accepter le déploiement de troupes sous le couvert de l'ASEAN : CR 2011/13, p. 21.

81. Ordonnance du 18 juillet 2011, § 69, point B) 3).

82. Voy. les notes n° 79 et 80.

83. *Dissenting opinion of President Owada*.

84. *Dissenting opinion of Judge Xue*.

85. *Dissenting opinion of Judge Donoghue*.

86. On relèvera en passant que le principe dispositif ne domine pas plus le contentieux de l'interprétation, en ce sens que la Cour demeure libre d'attribuer à son arrêt antérieur le sens qu'elle estime convenir, sans qu'elle soit limitée à devoir choisir entre les interprétations présentées par les parties.

la Cour établie pour connaître de prétentions au moins plausibles, son action est ainsi essentiellement guidée par un principe de nécessité, lequel sera fonction de la perception qu'elle a du préjudice imminent susceptible d'être causé aux droits allégués sur le fond. Or, en cas de (risque de) violence armée, force est de constater qu'il n'est guère de droits qui ne risquent d'être gravement préjudiciés. Sans doute ne relèvent-ils pas tous de la compétence de la Cour, de telle manière à limiter les mesures que celle-ci peut ordonner puisqu'elles doivent rester en « lien » avec les droits allégués dont elle peut *prima facie* connaître. Le *modus operandi* de tout emploi de la force étant la contrainte résultant de l'atteinte à l'intégrité physique des personnes et de la destruction de biens, le fait de les subsumer dans la souveraineté territoriale aboutit à l'indication de mesures conservatoires formellement justifiées par la protection de droits souverains entrant dans le champ de compétence de la Cour, mais substantiellement conçues pour protéger ces personnes et ces biens. Par ailleurs, la protection provisoire des droits allégués sur le fond en vient à être assurée par des mesures cherchant essentiellement à réduire la tension entre les parties et à éviter la détérioration de leurs rapports ou la répétition d'incidents fâcheux – en bref, des mesures de non-aggravation.

Dans ces conditions, et sachant que les ordonnances en indication de mesures conservatoires ont un caractère obligatoire pour les parties⁸⁷, jusqu'où la Cour peut-elle aller ? Le juge ne risque-t-il pas de se transformer ainsi en policier, et la Cour d'empiéter sur des responsabilités revenant au Conseil de sécurité ? C'est le reproche formulé par le président Owada⁸⁸. On peut le comprendre, tant il apparaît entre les lignes que le souci premier de la Cour n'est sans doute pas tant de protéger les droits qui seront l'objet de sa décision au fond, ni même de se ménager la possibilité de prendre utilement celle-ci le moment venu en imposant aux parties de se comporter temporairement d'une manière déterminée, que d'apaiser les tensions entre elles, ce qui est une responsabilité habituellement réservée au Conseil de sécurité. Face à une situation dont elle est saisie et qui risque de dégénérer, la Cour est toutefois face à un dilemme : soit appliquer strictement les critères élaborés par une jurisprudence désormais bien établie, et ainsi se taire ou chuchoter au risque de devenir quelque peu insignifiante en renvoyant la responsabilité à autrui ; soit décider d'agir et marquer le différend de son intervention, quitte même au prix de créer une certaine surprise. La « zone démilitarisée provisoire », mesure centrale de cette ordonnance, est en ce sens tout à fait symptomatique de l'apparente volonté de la Cour d'utiliser les pouvoirs qui sont les siens au titre de l'article 41 à des fins réellement préventives⁸⁹, plutôt que strictement « conservatoires ». Si tel est le cas, il ne faut pas s'étonner que les conditions habituelles auxquelles l'indication de telles mesures – que l'on serait alors bien inspiré de désigner désormais, en français également, comme « provisoires » afin de décrire plus exactement ce qu'elles sont – est soumise fassent l'objet d'une appréciation tout orientée par la finalité recherchée. C'est donc ultimement la conception que la Cour se fait de son rôle et de ses responsabilités qui oriente les choix qu'elle pose et explique les justifications techniques qu'elle livre dans les motifs de ses décisions. À la lecture de l'ordonnance du 18 juillet 2011, on peut assurément penser que « quelque chose » semble avoir basculé à cet égard. Qu'il faille le craindre ou s'en réjouir est une question de point de vue, mais on ne peut manquer de l'observer, même si seules de futures décisions permettraient de le confirmer. Le risque institutionnel inhérent à cette forme d'activisme judiciaire ne réside pas tant – ou alors seulement à long

87. Ce que ne manque pas de rappeler l'ordonnance commentée (§ 67) par une formule désormais rodée faisant appel aux arrêts *LaGrand* et *RDC c. Ouganda*.

88. *Dissenting opinion of President Owada*, § 11.

89. En ce sens, *Separate opinion of Judge Cançado Trindade*, § 65.

terme – dans une désaffectation des États pour une juridiction dont la compétence est fondée sur leur consentement⁹⁰. Il est plutôt, en termes d'autorité, de savoir, d'une part, si les parties au différend vont effectivement se conformer à ce qui leur est ordonné ou s'en détourner de commun accord, et, d'autre part, si la Cour elle-même saura ne pas décevoir de futurs justiciables en leur assurant, par un indispensable traitement égalitaire en cas de situations similaires, une protection comparable.

90. En ce sens, *Dissenting opinion of Judge Donoghue*, § 28.