

# LA CONFÉRENCE DE LA HAYE SANS CONVENTION

Andreas BUCHER \*

**SOMMAIRE:** 1. LA CONFÉRENCE EN ATTENTE DE GOUVERNANCE.—2. LA CONFÉRENCE DEVENUE GUIDE.—3. LA CONFÉRENCE À LA DÉCOUVERTE DE PRINCIPES.—4. QUELLES PERSPECTIVES POUR LA CONFÉRENCE?

Le sujet traduit un souci, voire une certaine frustration. Que va devenir la Conférence si elle n'est plus engagée à faire ce qui lui a valu une célébrité centenaire —l'élaboration de conventions? Pour quelqu'un qui a tant œuvré, comme Alegría Borrás, à soutenir les travaux de la Conférence, l'interrogation prend une dimension personnelle, voire sentimentale. L'élan et le savoir ne lui manqueront pas pour parvenir à la «re-fondation» qu'elle avait souhaitée il y a plus de dix ans déjà <sup>1</sup>.

Pour connaître l'état actuel des travaux de la Conférence, on consultera, sur son site, les Conclusions et Recommandations du Conseil sur les affaires générales et la politique de la Conférence (avril 2012). Elles sont consacrées principalement au «suivi» des conventions, à savoir l'analyse de leur fonctionnement et l'assistance technique fournie pour leur mise en œuvre. On peut y lire notamment que quelques groupes de travail vont être convoqués pour tenter d'élaborer un guide de bonnes pratiques sur l'application de l'art. 13, al. 1, lit. *b*) de la Convention enlèvement de 1980 et un autre document sur les accords de médiation. Une Commission spéciale s'est réunie en novembre 2012 pour approuver un projet de principes sur l'autonomie de la volonté en matière de contrats. Les problèmes rencontrés avec les maternités de substitution feront l'objet d'un questionnaire, en vue d'un rapport à établir pour 2014,

---

\* Professeur de Droit international privé. Université de Genève.

<sup>1</sup> A. BORRAS, «The 1999 Preliminary Draft Hague Convention on Jurisdiction, Recognition and Enforcement of Judgments: Agreements and Disagreements», *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2004, p. 5-30 (30).

ce qui signifie qu'aucun texte de quelque importance ne sera produit par la Conférence avant cinq ou six ans. Enfin, le projet sur les Jugements est réactivé sous forme de travaux préliminaires sur un noyau de règles essentielles pour un instrument relatif à la reconnaissance et l'exécution des jugements, dont l'extension à des questions de compétence et de procédures parallèles est encore en suspens. Cependant, ce projet manquant de soutien, il n'ira pas loin. Quant à l'accès au contenu du droit étranger, les travaux sont au point mort, comme il fallait s'y attendre. En somme, le constat est aussi limpide qu'inquiétant: il ne figure à l'heure actuelle aucun projet de convention au programme de la Conférence.

## 1. LA CONFÉRENCE EN ATTENTE DE GOUVERNANCE

Avant de savoir si et comment cet état des choses peut être changé, il faut d'abord en connaître les raisons. Une difficulté majeure est d'ordre institutionnel. Lors de l'entrée de l'Union européenne au sein de la Conférence, il s'est créé un déséquilibre parmi les Membres, divisés dorénavant entre un bloc d'Etats européens sans droit de vote individuel, d'un côté, et un groupe hétéroclite d'Etats agissant souvent sans concertation préalable, de l'autre côté. Dans ces conditions, on aurait pu attendre de l'Union européenne qu'elle joue le rôle d'incitateur de projets futurs d'une portée suprarégionale, susceptible de rendre à la Conférence son lustre d'antan qu'elle ne peut plus trouver en Europe. Il n'en fut rien. Alors qu'elle tenait à souligner initialement à quel point elle était attachée à la prospérité de la Conférence, l'Union européenne n'a démontré aucune inspiration pour lancer des idées et des projets utiles; elle n'a proposé aucun projet au programme. En réalité, l'Union européenne poursuit, sans le déclarer, une stratégie de désengagement de la Conférence que seuls les plus naïfs ne veulent pas reconnaître.

La nouvelle version du Statut de la Conférence, entrée en vigueur début 2007, a apporté, outre l'accueil de l'Union européenne, un changement dans la structure de direction de la Conférence. Dorénavant, le fonctionnement de celle-ci est assuré par le Conseil sur les affaires générales et la politique, ce qu'il fait par l'intermédiaire du Bureau Permanent (art. 4, al. 1 et 2), qui est chargé de toutes les tâches qui entrent dans l'activité d'un secrétariat, dont notamment l'organisation des Sessions de la Conférence et d'autres réunions (art. 5). Alors que le Conseil, composé de tous les Membres, est censé exercer le rôle dominant dans la définition des travaux de la Conférence, le Bureau Permanent étant placé sous sa direction (art. 4, al. 2, art. 6), dans les faits, les rôles sont inversés, le Conseil suivant et appuyant très largement les propositions du Bureau Permanent. S'il avait voulu marquer de son empreinte les travaux de la Conférence, le Conseil aurait dû se donner une structure opérationnelle lui permettant d'affirmer une certaine présence. Il ne l'a pas fait, se bornant à se réunir deux ou trois jours une fois par an pour entendre le rapport d'activité du Bureau Permanent et formuler des observations. Le même schéma s'applique aux décisions sur les documents officiels émanant de la Conférence, ce qui est plus inquiétant. En fait, depuis qu'il est en fonction dans sa nouvelle mouture, le Conseil n'a encore jamais approuvé un projet de convention, un guide ou tout autre document à contenu juridique. Le Bureau Permanent s'est octroyé

ce rôle. Il l'exerce en règle générale avec l'appui d'une Commission spéciale qui, d'après le Statut, a pour fonction d'élaborer des projets de conventions et d'étudier toutes questions de droit international privé conformes au but de la Conférence. Une telle commission n'a donc aucun mandat décisionnel ou d'approbation; cette compétence revient aux Sessions diplomatiques, et dans l'intervalle des Sessions, au Conseil (art. 8, al. 1). Sur ce point également, la réalité a pris le pas sur le Statut.

Même si le Conseil n'exerce pas le rôle de gouvernance qui lui revient d'après le Statut, des travaux se font néanmoins, mais la détermination de leur contenu est du ressort du Bureau Permanent. Cela a fonctionné pendant un certain temps, mais ne va probablement pas durer. La prolifération de multiples guides ou proclamations de principes, ayant les faveurs des milieux influents au sein de la Conférence, risque d'arriver à épuisement.

## 2. LA CONFÉRENCE DEVENUE GUIDE

Le moyen classique pour exprimer des positions sur des points de droit à l'intention des Etats sans les soumettre à des obligations consiste à leur adresser une *recommandation*. La Conférence a utilisé cet instrument plutôt rarement, consciente du fait que leur impact est momentané. La dernière fois que cette voie a été suivie, à la demande de la Session diplomatique de 1993, il en résulta la recommandation de 1994 concernant l'application de la convention sur l'adoption aux enfants réfugiés. Or, comme le montre cet exemple, l'action suggérée dans un tel texte est soit mise en œuvre dans un laps de temps plutôt bref, soit elle ne l'est pas, mais la vie de la recommandation sera courte quoi qu'il en soit. En effet, la recommandation de 1994 fut encore rappelée par la Commission spéciale de 2000 (n.° 70), mais dans les Conclusions de la Commission spéciale de 2010, où le sort des enfants dans des situations de catastrophe est abordé (n.° 38-40), la Recommandation de 1994 n'est plus mentionnée. On formula donc de nouvelles conclusions, oubliant celles adoptées quinze ans plus tôt.

L'instrument en vue ces dernières années est dorénavant le *guide*. On doit y associer les *manuels pratiques*, sachant cependant qu'il n'existe aucune nomenclature précise pour savoir quelle matière se prête pour un guide, et quelle autre pour un manuel pratique. En règle générale, le manuel porte directement sur l'application pratique d'une convention déterminée, tandis que le guide prend appui sur une ou plusieurs conventions et formule des propositions qui sont liées au texte d'une convention, mais qui vont souvent plus loin, afin d'inciter les Etats à transformer leur droit interne dans le sens des directives émises. Toujours est-il que le guide vise à fournir des conseils sur l'application d'une convention. Un terme à la mode est la «bonne pratique» («best practice»), suggérant que le contenu du guide représente la meilleure mise en œuvre de la convention. La volonté d'influencer la pratique des Etats est manifeste.

Un domaine particulièrement important dans lequel l'élaboration d'un guide s'est avérée utile est celui de l'*adoption*. Le projet d'un premier guide a été examiné par la Commission spéciale de 2005, puis finalisé avec l'aide d'ex-

perts désignés par la Commission et publié par le Bureau Permanent en 2008. Il est très volumineux et complet dans son explication du fonctionnement de la convention, faisant sur certains points double emploi avec le Rapport explicatif, dont la lecture peut paraître moins accessible aux autorités nationales soucieuses de mettre en œuvre la convention. Ce guide a été complété en 2012 par un second document sur l'agrément et les organismes agréés, dont un projet a été examiné par la Commission spéciale de 2010, puis mis au point par le Bureau Permanent, avec le concours de nombreux experts, qui n'ont pas été désignés cette fois par la Commission spéciale. Il y est précisé que les «bonnes pratiques» répertoriées seraient «consensuelles à l'échelle internationale» du fait de s'appuyer sur les recommandations des Commissions spéciales (n.° 18). On tend ainsi à déduire des conclusions adoptées par consensus des Commissions spéciales un accord sur la «bonne pratique» dans l'application de la convention. Or, il est certain que les délégués réunis au sein d'une telle Commission n'ont eu aucun mandat pour approuver n'importe quelle pratique déterminée engageant leur Etat dans l'application de la convention, tout comme le Bureau Permanent n'a reçu aucune compétence pour finaliser un document ayant cette qualité, et ce sans le soumettre à l'approbation finale des Etats, ne fût-ce qu'à travers le Conseil, organe dirigeant de la Conférence.

*L'enlèvement d'enfants* est le thème dominant de la plupart des guides de la Conférence. Un premier guide pratique, publié en 2003, entendait soutenir la pratique des Autorités centrales. Ce guide a été suggéré par la Commission spéciale de 2001 et il devait être consacré essentiellement aux questions opérationnelles (p. 7). La deuxième partie sur la «mise en œuvre» portait sur quelques points de procédure, à l'ordre du jour de la Commission spéciale de 2002. Ces deux projets ont été examinés et leur texte définitif adopté par cette Commission spéciale, le Bureau Permanent étant autorisé à procéder encore à des «modifications d'ordre éditorial» et à le mettre à jour, mais «à condition que ces modifications ne portent pas sur la substance» (n.° 112).

La troisième partie, suggérée par la Commission spéciale de 2002, portait sur les mesures préventives et fut publiée en 2005. Le champ de cette partie devait être plus large, son objectif étant «d'indiquer plus généralement le genre de mesures préventives que les Etats pourraient adopter pour réduire le nombre de cas d'enlèvement d'enfants» (p. vii). Ce texte a été fondé sur un «document de référence» du Bureau Permanent et un questionnaire, qui n'a pas reçu plus qu'une vingtaine de réponses. De nombreux experts ont été consultés, mais ni leur mode de sélection ni leur rôle par rapport au contenu du document ne sont indiqués (p. viii). Le Bureau Permanent a pris son envol: ce guide n'a été soumis à aucune autre instance de la Conférence.

La quatrième partie a été fondée sur une analyse juridique et pratique en matière d'exécution. Un document préliminaire explicite fut soumis à la Commission spéciale de 2006 qui chargea le Bureau Permanent d'établir un «projet de guide de bonnes pratiques», avec l'aide d'un groupe d'experts dont certains furent désignés par la Commission, le Bureau Permanent étant libre d'en ajouter d'autres (n.° 4). Ce projet devait tenir compte des discussions et des principes adoptés par la Commission, ainsi que de «toute information complémentaire reçue relative à l'expérience des Etats contractants» —autant

dire que le Bureau Permanent ne s'est vu imposer aucune contrainte quant aux travaux à venir—. Il était prévu toutefois qu'avant sa publication le projet soit soumis aux Etats membres ou parties à la convention pour leurs observations, sans qu'aucune mesure ne soit prise s'agissant de la transparence et de l'achèvement de ce processus. Un cadre mieux défini aurait été d'autant plus utile que les travaux n'ont finalement abouti qu'en 2010 à la publication d'un texte définitif. Ce guide comporte des zones d'ombre, puisque l'on ignore la teneur des réactions des Etats membres au projet et l'influence exercée par des experts agréés par le Bureau Permanent.

Ce dernier aspect n'est pas anodin. Il suffit de consulter le titre qui annonce le thème du guide: «Vue d'ensemble des facteurs susceptibles de retarder l'exécution». On ne s'intéresse pas à une analyse des raisons, parfois fondées, d'un refus ou d'une impossibilité d'exécution. Le parti est pris d'emblée: il faut accélérer le retour. Ainsi, lorsque le parent ravisseur refuse de rentrer avec l'enfant dans l'Etat de résidence du parent demandeur, il faudra mettre en place une assistance psychologique (n.º 20); la question de savoir si l'imminence de la séparation d'avec son parent gardien ne place pas l'enfant dans une situation intolérable, rendant nécessaire que le renvoi soit refusé ou différé, n'est pas posée. Tout au plus est-il suggéré d'établir un bilan ou un accompagnement psychologique, dont l'enfant pourra bénéficier après le retour. De plus, dit-on, la nécessité de faire intervenir un tel professionnel doit toujours être comparée au retard que son intervention est susceptible d'occasionner (n.º 108); aucune attention n'est portée au fait que cette intervention pourrait servir l'intérêt d'un enfant placé dans une situation de crise aigüe. En effet, selon le guide, le rôle d'un tel professionnel consiste à apporter son concours à l'officier chargé de l'exécution pour soustraire l'enfant au parent (n.º 109). Le constat du psychologue ou du médecin pourrait pourtant être à ce point désastreux qu'il préconise de ne pas forcer le retour de l'enfant; pour le Bureau Permanent, la question ne se pose pas, et les experts n'ont pas insisté à ce qu'elle le soit. Un autre moyen prévu par le guide est de déclarer la décision de retour exécutoire, temporairement ou immédiatement, alors même qu'elle est encore pendante en appel et n'a pas passé en force de chose jugée (n.º 53, 74). On n'a pas manqué d'observer que la Cour européenne des droits de l'homme accepte la mise en œuvre directe de la décision de retour par les organes de l'Etat (n.º 25). Le respect de l'intérêt de l'enfant, pièce centrale de la jurisprudence de la Cour, n'est pas mentionné, car cela pourrait contredire le parti pris du guide de renvoyer les enfants enlevés au plus vite. Le guide ne prend pas en compte qu'entre la décision de retour et sa mise en exécution, des circonstances graves peuvent survenir rendant le retour dorénavant intolérable, un fait avéré dans la pratique. Une telle situation n'entre pas dans le schéma prédéterminé de pensée et doit donc être ignorée. Ce guide vise le renvoi des enfants, il ne vise pas à protéger leurs intérêts si ce n'est à travers un retour forcé, quel qu'il soit, pourvu qu'il soit efficace. On n'est pas étonné de constater que pour ce guide, richement développé, le seul point méritant référence à l'intérêt supérieur de l'enfant porte sur l'application de mesures coercitives permettant un retour rapide, ne souffrant pas de délais indus (n.º 72, 121). A travers la lecture de ce guide, on remarque qu'aucun des auteurs ne disposait d'expérience pratique dans l'exécution d'une décision de retour. Aucun d'eux n'a assisté à la scène

de l'enfant, sorti du lit par les gendarmes tôt le matin, en proie à une violente crise lorsqu'il se fait pousser dans la voiture de police ou sur la passerelle de l'avion, souvent après une séparation brutale d'avec sa mère, décrite par les officiels de la force publique comme une criminelle du fait de l'avoir enlevé. Pour le guide, la seule réponse possible consiste à faire appel à un professionnel afin de ne pas retarder le retour. La sensibilité humaine la plus élémentaire aurait dû laisser une place permettant de préserver l'enfant d'un tel traumatisme, soit en renonçant au renvoi, soit en le reportant à un moment plus propice. Cela aurait été une faiblesse de trop pour les auteurs du guide et leurs experts.

Le Bureau Permanent n'a pas apprécié que la Cour européenne des droits de l'homme ne partage pas sa position. Suivant une jurisprudence constante fondée sur l'art. 8 de la Convention européenne et reposant sur les deux pôles représentés par la Convention sur les droits de l'enfant et la Convention de La Haye, la Cour soutient depuis longtemps que l'intérêt supérieur de l'enfant doit constituer la considération dominante, comme la Grande Chambre l'a constaté dans l'arrêt *Neulinger* du 6 juillet 2010 (§ 134, 137). Le Bureau Permanent y est opposé. Il a fait adopter par la Commission spéciale de 2011/12 une résolution dans laquelle celle-ci a cru devoir exprimer des «préoccupations sérieuses» face à l'arrêt *Neulinger* et ses successeurs (n.º 48). Pourtant, avant de se lancer dans une critique aussi forte —venant d'une organisation internationale qui n'a aucun titre pour donner des leçons à la Cour européenne des droits de l'homme— n'aurait-il pas fallu présenter une analyse de la jurisprudence relative aux rapports entre l'art. 8 CEDH et la Convention de La Haye et y intégrer un examen de l'impact de la Convention des Nations Unies sur les droits de l'enfant, dont la Cour de Strasbourg dit depuis des années que, dans le contexte de l'art. 8 CEDH, elle doit être prise en compte parallèlement à la Convention de La Haye? Or, on peut parcourir le site de la Conférence et du Bureau Permanent en avant et en arrière, aucune étude n'est consacrée à ces questions, pourtant fondamentales. Et comme s'il fallait insister encore, le Bureau Permanent a sollicité une contribution de l'auteure américaine la plus réactionnaire qui soit pour exprimer aux magistrats que la Cour aurait procédé à un «recul considérable»; l'arrêt était pourtant prévisible, non seulement eu égard à la jurisprudence antérieure et constante, mais également en tenant compte de la situation dramatique dans laquelle l'enfant aurait été placé en cas de retour, ce dont l'auteure ne dit mot<sup>2</sup>. Aucune revue sérieuse n'aurait accepté la publication d'un tel pamphlet sans au moins réserver une place à une réaction critique, mais la *Lettre des Juges*, ne connaissant aucun contrôle éditorial indépendant, rend cela possible<sup>3</sup>. Alors que l'on était prêt, récemment, à consacrer un numéro entier aux positions américaines —un pays qui, rappelons-le, n'a pas ratifié la Convention sur les droits de l'enfant— aucune contribution substantielle sur la jurisprudence de la Cour européenne des droits de

<sup>2</sup> L. SILBERMAN, *Un bref commentaire de l'arrêt Neulinger et Shuruk c. Suisse* (2010), la Lettre des Juges, t. XVIII, p. 20 s.

<sup>3</sup> Certes, le Bureau Permanent a assorti la contribution d'une note précisant que celle-ci ne reflète que les vues personnelles de son auteur, comme si on pouvait en douter. Ce faisant, le Bureau Permanent pouvait à peine cacher sa satisfaction de voir ce texte publié dans le journal officiel de la Conférence, dont la lecture est fortement conseillée aux juges du monde entier. Et le prochain Conseil exprimera docilement sa satisfaction de voir la Lettre des Juges diffusée largement, à défaut de vouloir débattre de son contenu et de sa politique éditoriale.

l'homme n'a été vue, et pourtant on s'est décidé subitement à l'attaquer, sous la pression de milieux dont le Bureau Permanent n'a pas voulu révéler l'identité.

Le côté pénible, voire ridicule, de pareille proclamation mis à part, il faudrait logiquement que la Conférence décide de modifier la quatrième partie de son guide afin de le rendre compatible avec une pratique des droits fondamentaux qui lie presque la moitié de ses Membres. Or, le silence règne. L'obstruction du Bureau Permanent n'offre pas une explication suffisante. Celle-ci est simple: si rien n'est fait, c'est parce que cela n'intéresse personne. Et cela n'intéresse personne parce que le guide en lui-même n'intéresse personne, à part les quelques volontaires qui tentent d'y glaner une idée utile, sachant bien que ce guide n'a aucune portée ou influence directe sur la manière de procéder dans la pratique de l'exécution du retour d'enfants enlevés. Et le Conseil fait comme s'il n'avait rien vu.

En attendant que les Membres prennent conscience de ce qui est dit en leur nom sans que leur avis ne soit sollicité ou suivi, l'édition de nouveaux guides suit son chemin. La Convention relative aux aliments de 2007 mentionne expressément que la Commission spéciale convoquée ultérieurement aura pour tâche d'encourager le développement de «bonnes pratiques» (art. 54, al. 1).

En 2008 déjà, un guide sur les *contacts transfrontaliers à travers les frontières* a été édité. Il s'agissait en fait d'une première tentative de réunir les deux conventions de 1980 et de 1996 dans un document unique. Il est dit que ce guide «aurait été entériné de manière générale par la Commission spéciale de 2006» (p. vii, xxv). En effet, cette Commission avait, dans ses conclusions (n.º 1.7.2), «avalisé» un document préliminaire et recommandé que le Bureau Permanent le modifie et le complète, et ce en consultation avec un groupe d'experts, dont ni la composition ni le mode de fonctionnement n'ont été fixés. Une autre ambition est révélée: ce guide contient de substantielles parties consacrées au droit interne des Membres. Dans sa partie internationale, il présente un inventaire utile des règles applicables et des moyens disponibles, sans parvenir cependant, comme il le prétend, à constituer un «modèle général pour la construction d'un système international de coopération destiné à assurer le respect effectif des droits de contact» (p. vii).

Le guide de bonnes pratiques sur la *médiation*, publié en 2012, constitue dans certaines parties un prolongement du guide sur les contacts transfrontaliers. Le regard est cette fois dirigé exclusivement sur le principal mode de résolution volontaire des conflits à travers les frontières et impliquant le sort d'un enfant. Lors de sa parution, une bonne partie de son contenu était déjà largement dépassée si on le compare aux pratiques développées dans certains pays et la riche littérature publiée à un rythme soutenu, dont le guide ne tient guère compte. L'accent est mis à nouveau sur le développement de structures procédurales favorisant la médiation, tandis que l'analyse des questions juridiques reste en retrait. Bien que cette fois le Conseil se soit montré davantage engagé, il ne l'était que pour soutenir l'aboutissement des travaux et beaucoup moins pour en assurer un contenu donnant satisfaction. Il a approuvé que le Bureau Permanent entreprenne des travaux en vue de la mise sur pied d'un tel guide, en 2008 et en 2009, comme l'avait suggéré la Commission spéciale de 2006. L'aide a été fournie par un «groupe d'experts indépendants» (n.º 10),

dont les noms sont mentionnés, mais non le mode de désignation, si ce n'est le fait que le Bureau Permanent était maître de leur choix. La Commission spéciale de 2011 a accueilli favorablement le projet, invitant le Bureau Permanent à le réviser et à diffuser la nouvelle version aux Membres et Etats contractants pour consultation finale, ce qui fut fait en mai 2012, «les derniers commentaires étant par la suite intégrés» (n.° 10), sans que l'on puisse connaître les modalités de ce processus. L'approbation du Conseil n'a pas été sollicitée et celui-ci n'a pas voulu qu'elle le soit.

La Commission spéciale de 2011 n'a pas pris de précaution afin d'élargir l'angle d'observation lors de la mise au point définitive par le Bureau Permanent, qui s'est fait à nouveau appuyer par un groupe de travail composé à sa guise. Inutile de préciser que des esprits progressistes, voire critiques, ont dû rester hors du cercle des initiés soigneusement sélectionnés. Fidèle à sa stratégie de soutenir le retour rapide des enfants enlevés sans égard à leur état, le guide, censé soutenir la médiation, refuse qu'elle soit une condition préalable à l'introduction d'une procédure judiciaire, car cela pourrait retarder celle-ci; même une séance d'information serait de trop (n.° 197), alors qu'il est dit par ailleurs que la médiation, de par sa nature, devrait être disponible dès que possible (n.° 118), et ce également lorsque l'enfant a été enlevé (n.° 120). Quelle est alors la «bonne pratique»? Prônant le recours sans délai au procès judiciaire, le guide se met en travers de l'art. 11 de la Convention, qui place les mesures à prendre en vue d'un retour volontaire au début du processus engagé par l'enlèvement. Pourtant, le guide admet ce principe de la priorité de la remise volontaire, que la médiation pourrait servir au mieux (n.° 194). Le principe est noté, mais son application répond à des considérations de politique familiale pour lesquelles le Bureau Permanent s'estime seul maître. Aussi n'a-t-on pas saisi l'occasion de renforcer la médiation à travers son inclusion dans le principe de la gratuité consacré à l'art. 26. Cela aurait pu froisser certains Etats influents auprès du Bureau Permanent, qui rechignent à offrir de tels services sans faire payer les familles. Les auteurs du guide, avec leurs experts, n'ont pas voulu s'avancer plus loin, tout en constatant que la totale gratuité au sens de l'art. 26 est une «grande réussite» de la Convention (n.° 162) et que les coûts associés à la médiation dans de nombreux systèmes sont déterminants quant à l'accès à celle-ci en pratique (n.° 163). On savait donc fort bien ce qui constitue la «bonne pratique», mais on n'a pas osé le dire. Pire, le guide refuse de rendre service alors qu'il a bien identifié un problème sérieux. L'on a constaté, en effet, qu'en cas d'enlèvement, la question de la compétence pour connaître du sort d'un accord trouvé dans le cadre d'une médiation est «très complexe» (n.° 299). Or, pour rendre l'intégralité d'un accord complet, incluant des questions d'entretien, juridiquement contraignant et exécutoire, «il pourra être nécessaire de recueillir des conseils juridiques spécialisés sur les mesures qu'il faut prendre» (n.° 300, 317). Cette recommandation émane, rappelons-le, de l'organisation internationale la mieux placée pour énoncer les solutions dans son guide de «bonnes pratiques» ou de se charger de l'élaboration de règles juridiques sous forme d'un projet de convention<sup>4</sup>. Aucune réponse n'étant fournie par le guide,

---

<sup>4</sup> La Commission spéciale de 2012 a estimé, pour sa part, qu'il fallait d'abord «identifier les problèmes juridiques et pratiques» et mener, pour ce faire, des «travaux exploratoires» (n.° 76 et 77), pour lesquels le Conseil est invité à autoriser un groupe d'experts, dont la composition sera

les parents sont invités à se faire aider par les Autorités centrales (n.º 314), alors que l'on sait pertinemment que les Autorités centrales n'ont aucun devoir ni les connaissances pour donner ce type de conseil que les auteurs du guide se déclarent incapables de fournir eux-mêmes. Le guide finit ainsi par avouer l'extinction du savoir de la Conférence, qui prétend néanmoins qu'elle sait énoncer les «bonnes pratiques». Cela finit en cul-de-sac.

Le regard critique sur l'ensemble de cette œuvre de «guides» ne doit pas occulter leur utilité, incontestable, s'agissant de faciliter l'accès à la compréhension pratique des conventions, mieux que les traditionnels rapports explicatifs peuvent le faire. Cependant, l'évolution progressive des travaux laisse apparaître leurs faiblesses. Alors qu'au début, la Commission spéciale avait tenu à ce que le Bureau Permanent ne prenne pas de liberté au-delà d'un travail éditorial, la pratique ultérieure a élargi considérablement l'autonomie laissée au Bureau Permanent pour forger le document tel qu'il l'entendait, avec des experts de complaisance qui ne manquent jamais. Le Conseil, pour sa part, n'a pas joué son rôle, soutenant les travaux, certes, mais en restant complètement absent au regard de leur contenu. Il en résulte un grave déficit de légitimité, engendrant un affaiblissement de l'impact auprès des destinataires. Cela explique également une diffusion bien restreinte des guides: leur lectorat se limite aux initiés, dans les administrations et les Autorités centrales<sup>5</sup>. Au-delà de ce cercle, ils se font rarement remarquer, même lorsqu'ils seraient utiles<sup>6</sup>. Aucun guide ne présente des règles de droit destinées à ceux qui sont les plus directement concernés: les familles et les enfants.

Pour se donner une meilleure légitimité, on a associé aux travaux de plus en plus intensément des juges, en les fidélisant par la création du «Réseau international de juges de La Haye». Pourtant, pour une grande partie d'entre eux, leur désignation ne repose sur aucun acte de leur Etat, sans parler de l'absence complète de toute intégration de cette nouvelle fonction dans la structure judiciaire des pays ainsi «engagés», bien artificiellement. Ces juges ont sans doute apporté un enrichissement aux débats de la Conférence. Force est de constater, cependant, qu'ils n'ont jamais produit une seule règle de droit que l'on aurait pu faire figurer dans un instrument de la Conférence. Ces juges ont creusé un vide que de bonnes volontés auraient pu combler si on avait bien voulu les écouter.

De toute manière, la Conférence ne songeant pas à réviser les guides déjà mis en circulation, la matière semble bientôt épuisée. Il reste un seul guide au programme du Conseil de 2012, qui doit servir «à fournir des orientations spécifiquement destinées aux autorités judiciaires» dans l'application de la disposition charnière de l'art. 13, al. 1, lit. *b*) de la Convention de 1980. Si le Conseil a décidé d'établir un groupe de travail composé d'un «large éventail d'experts»,

---

à nouveau laissée au Bureau Permanent. Or, étant donné que le Bureau Permanent a pour tâche de veiller au bon fonctionnement des conventions, ces travaux, n'auraient-ils pas déjà dû être entrepris? En fait, entre experts et juges expérimentés, on connaît bien ces problèmes, comme on connaît les solutions et les lacunes qu'il conviendrait de combler.

<sup>5</sup> Ce qui avait encore été signalé dans le premier guide en matière d'enlèvement d'enfant en 2003 (p. 7).

<sup>6</sup> On peut prendre pour illustration l'énumération utile des mesures de protection à prendre en vue d'assurer le retour effectif de l'enfant, telle qu'elle figure dans la 3<sup>e</sup> partie du guide (n.º 19).

il n'a pas désigné ses membres, ce que le Bureau Permanent ne manquera pas de faire, une nouvelle occasion lui étant ainsi fournie pour désigner des experts partageant ses vues. Lorsque ce dernier guide aura pris forme, on comprendra peut-être qu'il ne faudra plus fermer les yeux devant la nécessité de réviser la Convention de 1980, de même que celle de 1996. Il restera encore à achever l'édition de Manuels pratiques, qui sont plus directement liés aux conventions sous examen, mais dont l'intérêt semble être minime au regard du nombre d'années nécessaires à leur confection<sup>7</sup>. Or, sachant qu'il n'y a plus de convention au programme de la Conférence, que va-t-elle faire lorsque tous les guides et manuels imaginables auront été produits? A travers le vide, on verra un trou noir.

### 3. LA CONFÉRENCE À LA DÉCOUVERTE DE PRINCIPES

Dans des domaines où l'ancrage au sein d'une convention déjà existante n'est pas disponible ou semble inappropriée, l'idée a germé qu'au lieu d'élaborer un projet de convention, la Conférence pourrait développer l'énoncé de principes généraux.

Un projet de «Principes de La Haye» sur le choix de la loi applicable en matière de contrats internationaux a vu le jour «tel qu'approuvé» par une Commission spéciale siégeant en novembre 2012. Le Conseil de 2012 n'avait pas envisagé que la Commission adopte un texte formel, celle-ci étant invitée à «examiner les propositions du Groupe de travail» et à «formuler des recommandations quant aux mesures futures à entreprendre». On ne sait pas si un second échange de positions pourra encore avoir lieu, faute de quoi les principes seront proclamés définitivement, après avoir été «finalisés» par l'adjonction d'un commentaire, qui est et qui sera très controversé. Or, une réflexion plus approfondie serait utile. Ces principes devraient servir de «modèle» pour tout instrument consacré au thème, sachant que la Conférence ne s'y intéressera plus. Qui d'autre va s'y intéresser, s'agissant d'une matière déjà largement développée dans un grand nombre de codifications, internationales et nationales, à travers tous les continents? Vu sous cet angle, ces principes ne fournissent guère plus qu'un ensemble de banalités sur des solutions passablement connues depuis longtemps. L'apport du modèle pourrait être attractif, en revanche, de par les nouveautés qu'il propose. Cela pourrait être le cas, pour ne prendre que cet exemple, du principe autorisant le choix de «règles de droit généralement acceptées au niveau international» (art. 4). Hélas, tel que formulé, le principe est inutilisable, puisqu'il précise que cette acceptation, qu'elle soit «supranationale» ou «régionale», doit l'être en tant que «ensemble de règles neutres et équilibrées», sans que ce concept ne soit défini. Comment y parviendra-t-on dans un marché mondialisé où les règles dites «neutres et équilibri-

---

<sup>7</sup> La mise sur pied d'un Manuel pratique sur la Convention de 1996 a été approuvée par la Commission de 2006 déjà, puis relancé en 2011 sur la base d'un avant-projet méritant d'être revu entièrement. On attend également une nouvelle édition du Manuel pratique sur l'obtention des preuves, dont la préparation a été souhaitée par la Commission spéciale de 1989, puis à nouveau par celle de 2009. Un Manuel pratique relatif à la Convention aliments de 2007 était en préparation en 2009 déjà.

brées» sont normalement celles définies par ceux qui dominent ce marché? La Commission a pris la précaution de subordonner le respect de son principe à l'exception que «la loi du for n'en dispose autrement». Cela signifie que les «règles de droit», nonobstant le fait d'être «généralement acceptées», seront encore soumises au contrôle de la loi d'un «for» dont les parties contractantes ne sauront normalement pas où il se trouve avant qu'éclate un litige. On a donc fait de l'unification du droit sous la réserve de la loi du for —du jamais vu! Et comment les tribunaux arbitraux identifieront-ils ce for, sachant qu'il est une règle tout aussi «généralement acceptée» que le tribunal arbitral international n'a pas de for? Avant de s'exposer, pour la première fois, dans le domaine de l'arbitrage et avec un principe aussi confus, la Conférence n'aurait-elle pas été mieux inspirée de procéder à des études préalables et d'écouter plus largement les milieux de la profession du commerce international? Cela ne peut tout de même pas servir de «modèle». Les délégués réunis dans la Commission spéciale le savaient bien. S'ils ont néanmoins approuvé le texte, c'est qu'ils étaient rassurés qu'il ne serait jamais appliqué.

Les Principes généraux relatifs aux communications judiciaires demeurent en chantier, en leur état de juillet 2012<sup>8</sup>. La Commission spéciale de 2012 en matière d'enfants a suggéré au Bureau Permanent de promouvoir l'utilisation de ses «Lignes de conduite émergentes» et des «Principes généraux relatifs aux communications judiciaires», tout en précisant qu'il fallait également «répertorier les bases juridiques interne» en matière de communications judiciaires directes (n.° 79). Le point commun avec les principes adoptés en matière de contrats est l'absence d'engagement de la Conférence au plan international. On entend créer des textes modèles, mais en prenant les Etats et leur droit national comme destinataires, au lieu de viser l'élaboration d'un instrument représentant une «unification progressive» comme le veut le Statut. Or, pour la communication judiciaire au-delà des frontières, encore bien davantage que pour le droit international des contrats, la création de règles de droit international fondées sur la réciprocité est d'importance capitale. Pour y parvenir, il ne suffit pas de peaufiner des «lignes» et des «principes» en petit comité et avec des juges mis «en liaison». Il faut placer le débat sur le terrain politique, face aux Etats. La Commission spéciale l'a vu, déclarant qu'il conviendrait d'inclure une base juridique pour de telles communications lors de l'élaboration de toute future convention pertinente (n.° 78). Cela signifie nécessairement qu'il conviendrait de s'atteler à préparer une telle base également pour les conventions déjà existantes. Or, ce n'est pas ce qui est envisagé et le Conseil ne s'y avancera certainement pas. Donc, rien ne va se faire, mais on va «guider» les Etats à le faire eux-mêmes. Cela paraît bien insuffisant pour la Conférence.

#### 4. QUELLES PERSPECTIVES POUR LA CONFÉRENCE?

On ne dira pas que l'avenir de la Conférence est sombre. Il se profile dans le vide, faute de gouvernance et de projets. Pourtant, les bonnes volontés ne

<sup>8</sup> Cf. Document préliminaire révisé n.° 3A de juillet 2012, associé aux travaux de la Commission spéciale enlèvement de 2011/12.

manquent pas, prêts à s'investir. Encore faudra-t-il que les Gouvernements et la commission de l'Union européenne soient de meilleure disposition pour remettre la Conférence sur les rails. Pour y parvenir, il faudra que le Conseil se constitue sous une forme et selon des règles lui permettant de remplir sa mission. Et le Bureau Permanent doit revenir à sa mission principale et œuvrer pour l'avenir des Conventions de La Haye. Cela implique tout d'abord de réduire la prolifération de guides et de manuels et, au cas où ils semblent indispensables, en confier la préparation à des centres universitaires dont plusieurs disposent de connaissances de droit international et comparé et fournissent des prestations bien meilleures que celles du Bureau Permanent. En effet, le fait que les professeurs n'aient plus la cote à la Conférence ne signifie pas qu'ils ne s'y intéressent plus. Il n'y a pas de raison non plus de conserver une activité externe d'assistance technique aussi importante, comme il n'est pas justifié qu'elle émerge sur le budget réservé aux collaborateurs du Bureau Permanent<sup>9</sup>. On doit également se rendre compte du fait que le suivi devient inefficace chaque fois qu'on se trouve face à une situation conflictuelle, du fait, notamment, que des Autorités centrales n'arrivent pas à s'équiper suffisamment ou à coopérer comme il le faudrait. Il serait ainsi grand temps de créer une commission d'appel composée d'experts indépendants désignés par le Conseil, à laquelle un Etat peut s'adresser lorsqu'il constate des dysfonctionnements dans l'opération d'une convention. Certes, le Bureau Permanent peut prodiguer des conseils, mais il n'arrive souvent pas à remédier à de telles défaillances, faute d'autorité. Les Commissions spéciales offrent parfois un cadre utile, mais qui osera nuire à l'ambiance de satisfaction habituellement célébrée?

Dès que la voie sera libre pour permettre l'uniformisation progressive du droit international privé, comme le veut le Statut, il faudra repenser la politique législative à suivre à l'avenir. A ce stade tout au moins, les nombreux experts-fonctionnaires et juges qui gravitent autour du Bureau Permanent pourraient laisser la place à quelques professeurs connaissant mieux la matière dans son ensemble et disposant d'une vision permettant de déboucher sur des projets de conventions. Il faudra tout d'abord cesser de définir des projets de futurs instruments en fonction des projets internes de l'Union européenne. Les besoins du monde sont différents de ceux de l'Europe. C'est une banalité que la Conférence peine à assimiler. Un regard sur la genèse de la Conférence serait utile. Dans ses débuts, elle s'est attachée à régler des problèmes de procédure, le mariage et la tutelle: des questions très actuelles, faisant appel à des solutions simples. Il conviendra d'engager une réflexion prospective: des sujets comme la communication entre autorités judiciaires, l'enregistrement et le respect de l'état civil, la reconnaissance des actes publics en matière familiale et successorale, la transmission directe d'actes judiciaires pourraient

---

<sup>9</sup> C'est un point bien caché: il existe, certes, un budget spécifique pour l'assistance technique qui est fournie à la demande et quasiment sans sélection, mais à ce budget, il faut ajouter le coût du travail du personnel permanent, qui émerge au budget ordinaire. Or, cela ne doit pas être négligeable, l'activité de «suivi» occupant 70% des forces de travail du Bureau Permanent. Au demeurant, il conviendra de consacrer enfin le principe que l'assistance aux pays qui ont besoin d'aide doit être financée par les pays qui en retirent le plus grand profit, en termes de services rendus, en comptant le nombre d'enfants adoptés ou d'enfants enlevés renvoyés, par exemple. Avant d'entamer cette réforme, il conviendra d'accepter d'abord la transparence du budget.

se prêter à un tel examen. Pour des matières plus complexes et présentant des enjeux importants et délicats, il faudrait se demander si l'instrument usuel de la convention multilatérale est encore le plus approprié. Le rythme très lent des ratifications récentes laisse place au doute. La Conférence parviendrait moins laborieusement à un accord si elle se proposait d'élaborer une convention modèle dont les Etats pourraient reprendre la substance à travers des accords bilatéraux conclus entre eux et tenant compte des particularités de leur relation à deux. A La Haye, toute idée nouvelle a la vie dure, si elle n'est pas ignorée d'emblée. Le regard sur les milliers d'accords bilatéraux en matière d'investissement montre cependant que l'attractivité d'une telle méthode est indéniable.

La création de bureaux régionaux est dans l'air du temps. Après un premier essai sans lendemain au Canada, une antenne a été ouverte à Buenos Aires et une autre devrait suivre à Hongkong. On couvrira ainsi l'Amérique latine, puis encore l'Asie et le Pacifique. Mais quelle est la motivation derrière ces créations? La Conférence entend élargir son rayonnement dans le monde à travers son Bureau Permanent. C'est une idée louable, certes, mais comment va-t-on faire si la centrale est déjà épuisée en idées et en projets concernant l'avenir de la Conférence? Comment va-t-on animer la vie des bureaux? Et surtout, comment va-t-on pouvoir faire progresser l'adhésion des pays lointains, géographiquement et du point de vue de leur culture sociale et juridique? Sous cet angle-là, l'expérience en Amérique latine n'est pas concluante. Certes, les conventions de La Haye y sont mieux connues aujourd'hui. Mais l'Amérique latine n'est d'aucun poids sur la marche de la Conférence vers des projets nouveaux. Pour éveiller l'intérêt des pays émergents aux travaux de la Conférence et obtenir de leur part une participation active, il aurait fallu soutenir la création de bureaux régionaux par les groupes d'Etats périphériques. L'histoire récente a fourni suffisamment d'exemples pour comprendre que la démarche venant d'en-haut, comme l'impérialisme d'antan, ne peut convaincre des pays qui doivent affirmer leur souveraineté et leur fierté, même si cela nécessite souvent une aide extérieure. Plutôt que de parachuter des fonctionnaires de La Haye, il serait plus utile de créer des centres régionaux autonomes, qui pourront alors venir faire entendre leur voix au Conseil au lieu de se faire étouffer par les délégués des Etats européens et leur allié américain.

Au lieu de régionaliser la Conférence à partir de La Haye, pourquoi n'oserait-on pas poser la question de l'ancrage de la Conférence dans les Pays-Bas? Ce pays est principalement responsable de l'inclusion du droit international privé dans le Traité d'Amsterdam. Quel est son mérite de conserver sur son sol une institution dont il a extrait l'essentiel de sa substance? Il existe aujourd'hui de moins en moins de raisons pour conserver la Conférence dans une Europe qui ne s'intéresse plus que modérément à son activité. La dimension mondiale de la Conférence doit gagner une nouvelle visibilité; pour y parvenir, son déplacement géographique serait un signal fort et encourageant. Simultanément, il conviendrait de se poser la question, proscrite dans le cercle des initiés s'accrochant à leur petit confort, de chercher à se rapprocher d'une institution onusienne capable de soutenir plus efficacement le développement du droit international privé. Cependant, avant d'aller poser de telles questions à La Haye,

il faudra se préparer à un accueil glacial. La mondialisation, on veut bien en parler, mais on ne veut pas la vivre.

Les esprits raisonnables et de bonne volonté savent que la Conférence du xx<sup>e</sup> siècle a vécu. Celle du xxi<sup>e</sup> siècle n'est pas encore née. Elle peut compter sur Alegría Borrás et tous ses nombreux amis pour la faire naître vivante et prospère.