

## OPINION INDIVIDUELLE DE M. BADAWI

Je suis d'accord tant sur le dispositif que sur les motifs de l'arrêt de la Cour. Pour motiver sa décision, la Cour n'a pas estimé nécessaire de se prononcer sur l'interprétation de la loi sur l'éducation protectrice comme une loi d'ordre public ayant un but de garantie sociale, ainsi que de la Convention de 1902 comme comportant une réserve tacite autorisant à faire échec, pour motif d'ordre public, à l'application de la loi étrangère reconnue compétente pour régir le rapport de droit considéré. Elle s'est contentée d'établir une analyse serrée et approfondie des différences entre l'objet de la Convention et celui de la loi. Vu ces différences, la Cour a considéré que la Convention ne pouvait pas mettre la loi en échec, sans compter que sans la prévalence de la loi, on aboutirait à une solution négative suivant laquelle la mineure perdrait en Suède, où elle a sa résidence, à la fois le bénéfice de la loi sur l'éducation protectrice ainsi que celui du système néerlandais correspondant de mise sous surveillance, ce système ne s'appliquant qu'aux Pays-Bas par les organes nationaux néerlandais.

Pour ma part, j'estime que cette seule justification n'est pas décisive, car en dehors des différences entre la convention et la loi, il y a que l'application de celle-ci affecte les effets de la convention. Il y a donc opposition entre les deux actes et nécessité de faire prévaloir l'un sur l'autre.

Or, la loi est un acte national, alors que la Convention est un acte international. Celle-ci jouit d'une présomption de primauté, et il est de jurisprudence constante qu'un État ne peut se soustraire aux obligations établies par une convention internationale en invoquant sa propre loi, fût-ce même sa propre constitution.

Il ne suffit donc pas que l'objet de la loi soit différent de celui de la Convention. Il faut, en outre, considérer soit que cette loi particulière serait supérieure à la Convention, soit que la Convention devrait s'interpréter comme comportant une réserve implicite autorisant dans certains cas de donner la préférence à la *lex fori*, en d'autres termes, que la loi constituant la *lex fori* soit une loi d'ordre public.

La première explication est évidemment à exclure. Resterait la deuxième. Or, malgré son incongruité apparente en matière de conventions internationales, la notion des lois d'ordre public est une notion courante en droit international privé.

Elle est universellement reconnue dans les systèmes nationaux des conflits de lois comme inséparable de ces systèmes, nonobstant

qu'on estime que cette formule générale d'ordre public est une notion vague, indéfinie, relative et variable selon les lieux et les temps.

En est-il de même dans les conventions internationales relatives au système de conflit de lois? A la vérité, les conventions internationales en cette matière ne tendent qu'à l'unification du système, sans créer des obligations spécifiques. Elles constituent simplement un alignement des États sur une solution uniforme, sans changer la nature de cette solution, telle qu'elle est généralement adoptée dans les législations nationales.

On semble toutefois mettre en doute la constance de cette conclusion dans les conventions internationales. D'aucuns estiment que, dans la Convention de 1904 sur les successions, signée par les représentants d'un grand nombre d'États, l'article 6 relatif à l'ordre public, élaboré tant de fois, aurait fait échouer la convention, car elle ne fut jamais ratifiée, et qu'en 1913 la France aurait dénoncé les trois conventions de 1902, également pour une question d'ordre public.

Quoi qu'il en soit, il est assez significatif de constater que les conventions récentes de droit international privé prévoient expressément l'exception de l'ordre public.

Certes, lors de l'élaboration de la Convention de 1902 sur la tutelle, il y eut de longs débats sur l'adoption d'une formule générale d'ordre public. Le courant d'opinion opposé à son inclusion dans la convention l'a remporté en invoquant son vague et sa généralité ainsi que la crainte que les tribunaux nationaux ne réduisent la convention à néant en donnant à la formule une interprétation large. Suivant cette opinion, la convention aurait adopté un système de spécialisation en prévoyant les seuls cas qui méritent d'être retenus comme exception à la règle générale établie par l'article premier de la Convention.

On a cité les articles 3, 6 et 7 de la Convention comme des cas où, en vertu de l'ordre public, la loi nationale serait exclue. Suivant cette interprétation, en aucun autre cas pareille exception ne se justifierait.

A la vérité, en dehors de l'alinéa 2 de l'article 6, il ne s'agit, dans les dispositions des articles 3 et 7, que de modalités ou d'hypothèses où on ne pourrait pas envisager l'application de la loi nationale, non pour des raisons d'ordre public, mais pour les données afférentes aux hypothèses elles-mêmes. Dans l'article 3, c'est par suite du défaut de la loi nationale que la loi du lieu serait appliquée, alors que dans l'article 7 il ne s'agit que des mesures provisoires prises en attendant l'organisation de la tutelle conformément à la loi nationale ou des mesures prises dans les cas d'urgence.

Abstraction faite de cet argument tiré de la Convention et sur la base des débats des Conférences de La Haye, faut-il conclure qu'en l'absence d'une exception d'ordre public expressément prévue dans la convention, pareille exception ne devrait pas être admise?

Mais aucune spécialisation ne saurait être suffisante ou adéquate pour répondre aux besoins de la vie juridique, car les cas d'ordre public ne peuvent être déterminés par voie d'énumération anticipée. Les contingences humaines qui peuvent créer une opposition entre une règle déterminée par le système adopté sur les conflits des lois et une autre règle du *lex fori* sont nombreuses et souvent imprévisibles, sans compter que des législations nouvelles pourraient créer des cas où pareille opposition peut se vérifier.

L'absence d'une formule générale d'ordre public ne saurait donc être interprétée comme une négation de cette réserve. En effet, cette réserve implicite fait partie de la structure technique du droit international privé qui, en réglant le conflit entre deux systèmes de droit par une acceptation globale de l'un d'eux, ne peut éviter un autre conflit entre une règle particulière du système choisi et une autre du *lex fori*. Or c'est précisément l'exception de l'ordre public impliquée dans tout système de conflits de lois qui constitue le critère du règlement de ce dernier conflit, prévisible mais non déterminable à l'avance.

Mais si l'abstention de prévoir l'exception de l'ordre public dans une convention ne signifie pas que celle-ci en nie l'existence, l'omission aurait pu, dans l'esprit de ses protagonistes, servir comme moyen de minimiser les violations de la convention qui résulteraient d'une utilisation abusive de l'exception. Peut-être pensait-on que sans un arbitrage volontairement consenti par les parties contractantes des conventions de La Haye, en cas d'abus d'emploi de l'exception, procédé éminemment encombrant, coûteux et peu approprié, celles-ci n'auraient pu obtenir justice.

Nonobstant cette réserve mentale probable, le silence de la Convention sur l'exception n'a à aucun moment pu s'entendre comme une négation de son existence. La conviction qu'elle serait admissible sous une forme ou sous une autre n'a pas cessé parce que l'exception est inséparable du système de conflit des lois.

\* \* \*

En fait, exclure l'exception d'ordre public dans l'application d'une convention internationale sur le conflit des lois ne se conçoit qu'en prêtant aux États contractants l'intention implicite d'accepter l'obligation de ne réserver pour leur propre action souveraine aucun droit d'appliquer des règles de leur propre législation qui puissent directement ou indirectement aller à l'encontre des effets de l'application de la convention.

Or, pareille interprétation n'est ni admissible ni conforme à la réalité des faits. Elle n'est pas admissible parce qu'elle tend à refuser l'implication de l'exception de l'ordre public pour lui substituer une implication plus grave.

Elle n'est pas conforme à la réalité des faits parce que même le plus extravagant des adversaires de l'exception ne peut contester que certaines limitations à l'application de la convention existent en fait, notamment en matière pénale, nonobstant que ces limitations n'ont pas été expressément prévues et qu'elles ne peuvent résulter que d'une interprétation par implication. Sans tenter une définition de l'ordre public, que les conférences n'ont pas réussi à établir, il n'est pas difficile d'admettre que les limitations qui peuvent se justifier par des raisons analogues ou aussi valables que la limitation précitée devraient bénéficier du même traitement. Il s'agirait d'une comparaison entre l'obligation résultant de la convention et la loi locale. Si les tribunaux d'un État contractant, sous le contrôle éventuel d'une juridiction internationale, estiment que la loi, vu son importance et sa gravité, ne devrait pas s'appliquer aux seuls nationaux, soit comme droit ou privilège, soit comme obligation ou charge, mais à tous les habitants du territoire en tant que loi d'ordre public, on ne saurait considérer qu'ils contreviennent aux intentions des États contractants en faisant prévaloir la loi sur la convention. En fait, c'est une question d'espèce de convention et de loi.

\* \* \*

Il suffit, en ce qui concerne l'affaire actuelle, de rappeler que les Pays-Bas reconnaissent, nonobstant l'omission de toute allusion à l'exception dans la Convention, qu'il n'y a pas lieu d'invoquer celle-ci au nom de la garde d'un enfant sous tutelle contre l'exécution d'une peine ou d'une mesure de réforme prononcée contre lui pour une infraction qu'il aurait commise, de même qu'ils reconnaîtraient que l'éducation protectrice exercée dans les cas *b)*, *c)* et *d)*, visés à l'article 22 de la loi suédoise du 6 juin 1924, ferait échec à l'application de la Convention mais non le cas *a)*, qui est celui d'Elisabeth Boll, parce que ce cas ne vise que l'intérêt privé de l'enfant et qu'ainsi il constituerait un cas de tutelle et partant une tutelle rivale de celle prévue à l'article premier de la Convention.

Mais il est arbitraire, où la loi a traité les divers motifs sur un même pied d'égalité, de considérer que l'un se rattache à l'intérêt privé de l'enfant, alors que les autres visent les intérêts de la société, surtout en tenant compte de l'évolution des idées au sujet de l'enfance et de la jeunesse.

Comment, d'autre part, et sur quelle base déterminer la gravité respective des motifs prévus par l'article 22, lorsque la loi établit et met à la disposition de l'office des mesures qui ne sont pas subordonnées à la différence des motifs — pour tel motif, telle mesure — mais uniquement à l'opportunité de la mesure en ce qui concerne le cas concret? Un cas *a)* peut être plus grave qu'un cas *c)* et peut

nécessiter une mesure plus importante, et le contraire peut être vrai.

\* \* \*

Pour contester l'exception d'ordre public, on a souvent invoqué le vague et la généralité de la notion ainsi que l'abus ou l'arbitraire à craindre dans son application; mais outre qu'il s'agit là d'un danger hypothétique et exagéré, l'objection n'est pas valable pour exclure une règle de droit dont elle postule la vérité en principe. Au plus, la seule portée de l'objection serait d'inviter à une plus grande circonspection dans son application.

En l'espèce, la contestation ne porte en réalité ni sur le principe de l'exception d'ordre public, ni sur le fait qu'elle constitue une réserve implicite à l'article premier de la Convention de 1902, ni sur la portée générale de la loi sur l'éducation protectrice, mais sur l'application de l'une de ses dispositions à l'espèce soumise à la Cour, en détachant l'alinéa premier de l'article 22 de la loi du 6 juin 1924 de l'ensemble du système et en contestant son caractère d'ordre public.

On a également contesté la présence de l'élément de rattachement considéré comme une condition de l'exception de l'ordre public, mais la résidence ininterrompue de la mineure en Suède ne laisse aucun doute sur l'existence, dans le cas actuel, dudit élément.

\* \* \*

Des considérations qui précèdent on peut conclure que la loi sur l'éducation protectrice est une loi d'ordre public et qu'à ce titre elle met en échec l'application de la Convention de 1902.

Ce motif devrait s'ajouter aux motifs adoptés par la Cour dont il serait le complément nécessaire.

Ainsi, le rejet des conclusions des Pays-Bas, établi sur la base des arguments des Parties elles-mêmes, n'en serait que plus convaincant.

(Signé) A. BADAWI.