

OPINION INDIVIDUELLE  
DE SIR HERSCH LAUTERPACHT

[Traduction]

Si, pour des raisons que j'estime devoir exposer, je ne puis accepter certaines des thèses avancées par le Gouvernement défendeur et admises par la Cour, j'arrive, sur la base d'autres motifs, aux mêmes conclusions que l'arrêt. J'arrive à ces conclusions en partant de considérations d'ordre public — question qui a occupé la plus grande partie de la procédure écrite et orale, qui figure exclusivement dans l'énoncé des points de droit dans les conclusions définitives des deux Parties et que, par conséquent, je me crois tenu d'examiner dans la présente opinion.

\* \* \*

Les faits à la base de la controverse entre les Parties sont énoncés en détail dans l'arrêt de la Cour. Aux fins de la présente opinion, il suffit de rappeler brièvement l'aspect essentiel du différend: la Convention de La Haye du 12 juin 1902 pour régler la tutelle des mineurs, à laquelle la Suède et les Pays-Bas sont parties, prévoit, dans son article premier, que la tutelle d'un mineur est réglée par sa loi nationale. Il ressort clairement des articles de la Convention, et les Parties ne le contestent pas, que cette tutelle comprend normalement la garde de la personne du mineur. Conformément aux dispositions de la Convention, un tuteur néerlandais a été nommé par un tribunal néerlandais en 1954 pour s'occuper d'Elisabeth Boll qui, bien que née en Suède et y ayant résidé en permanence depuis sa naissance, est de nationalité néerlandaise. La même année, diverses autorités suédoises, par une série de décisions et dans des circonstances qui ressortent de l'arrêt, ont appliqué à Elisabeth Boll la loi suédoise de 1924 sur la protection de l'enfance et de la jeunesse (*Child Welfare Act*) — qui sera désignée par la suite dans la présente opinion sous le nom de loi sur l'éducation protectrice. En vertu de l'une de ces décisions, l'office des mineurs à Norrköping, lieu de résidence d'Elisabeth Boll, a assumé la garde de celle-ci en 1954. A son tour l'office a confié la garde d'Elisabeth à son grand-père maternel — cette garde devant être exercée au nom de l'office. La mesure a été finalement confirmée par la Cour suprême administrative de Suède. On remarquera que dans une série de décisions les tribunaux et les autorités suédoises ont, par ailleurs, reconnu la tutrice nommée par le tribunal néerlandais.

Le principal argument invoqué par le Gouvernement suédois pour justifier la mesure prise par les autorités suédoises est que la

loi sur l'éducation protectrice est une mesure d'ordre public et que, loin d'être contraire à la Convention, le recours à l'ordre public en fait implicitement partie. Au cours de la procédure écrite et orale, des arguments subsidiaires ont été invoqués par le Gouvernement suédois. L'un de ces arguments est que la Convention de 1902, étant une convention sur la tutelle, ne s'étend pas à la loi suédoise sur l'éducation protectrice qui, dit-on, poursuit un but différent et se situe sur un autre plan. C'est le raisonnement qui domine la présente affaire et qu'il faut examiner en premier lieu.

On peut résumer cette manière d'aborder la question, telle qu'elle a été exprimée dans l'argumentation suédoise ou qu'elle lui sert de base, de la manière suivante: Il n'y a pas incompatibilité entre la Convention sur la tutelle et la loi sur l'éducation protectrice. La Convention, qui vise la tutelle, ne s'étend pas à l'éducation protectrice. Cette dernière est en dehors de la Convention. Il en est ainsi bien que l'effet de la loi sur l'éducation protectrice soit de nature à rendre impossible, temporairement, l'exercice par le tuteur néerlandais de son droit de garde sur la personne d'Elisabeth Boll. L'objet et le but de la loi sur l'éducation protectrice est entièrement différent de celui de la Convention sur la tutelle. La Cour n'a pas à s'occuper des incidences de la loi sur l'éducation protectrice, mais de sa nature et de son but. La tutelle et l'éducation protectrice sont des institutions absolument différentes. La tutelle vise les intérêts du mineur, l'éducation protectrice ceux de la société. La tutelle est du domaine du droit privé, l'éducation protectrice est de celui du droit public. La Convention, qui est une convention de droit international *privé*, ne saurait être violée que par une législation visant le droit international privé. Au point de vue de leur nature et de leur but, la Convention et la loi sur l'éducation protectrice opèrent sur des plans tout différents et, par conséquent, il ne saurait être question d'incompatibilité entre la loi et les mesures prises en application de celle-ci et la Convention.

Le raisonnement sur lequel reposent ces allégations soulève des questions importantes d'interprétation et d'application des traités qui dépassent la question directement soumise à la Cour. Si un État promulgue et applique une législation qui a pour effet de rendre un traité inopérant en tout ou partie, peut-on dire que cette législation ne constitue pas une violation du traité, pour le motif que cette législation porte sur des matières différentes de celles visées par le traité, qu'elle s'occupe d'une institution différente et qu'elle poursuit un autre but? Il m'est très difficile de répondre par l'affirmative à cette question. La difficulté est augmentée du fait que le conflit entre le traité et la loi en question peut être masqué, ou qu'on peut le masquer, par ce qui n'est rien de plus qu'une différence de classification doctrinale ou législative. Une disposition identique qui fait partie de la loi sur la protection de l'enfance dans un pays donné peut, dans un autre pays, rentrer dans les

dispositions relatives à la tutelle. Il va être démontré que ce n'est pas là une simple possibilité théorique. En fait, c'est là l'un des traits saillants de la présente affaire.

Que signifie l'expression: « La Convention de 1902 ne vise pas un régime tel que celui qui a été institué par la loi suédoise sur l'éducation protectrice »? On admet que la tutelle régie par la Convention comprend le droit de fixer la résidence du mineur et son éducation — droit invoqué et exercé par l'autorité suédoise et, en son nom, par le grand-père maternel suédois, agissant en application de la loi sur l'éducation protectrice. S'il en est ainsi, alors, effectivement, la Convention s'étend, sous un de ses aspects essentiels, aux mêmes pouvoirs et aux mêmes fonctions qui sont actuellement exercés par les autorités suédoises en application de la loi sur l'éducation protectrice. Le fond est le même, bien que le but de la Convention et celui de la loi soient différents. On peut dire que ce qui importe ce n'est pas le fond de ces fonctions, mais leur objet. Distinction difficile à suivre. Lorsqu'un État conclut un traité, il est fondé à s'attendre à ce que ce traité ne soit ni mutilé ni détruit par des mesures législatives ou autres qui poursuivent un but différent mais qui, en fait, empêchent l'application de tout ou partie du traité.

Le traité s'étend à toute loi et à toute disposition légale qui entrave, qui contrecarre sa mise en œuvre. On a dit que la loi en question peut avoir un effet contraire sur la matière du traité, sans être couverte par le traité. Toutefois, ce qui doit préoccuper la Cour, c'est précisément l'effet de la loi, pour autant qu'elle fait obstacle à la mise en œuvre du traité, et non le point de savoir s'il y a ou non identité conceptuelle entre les objectifs de la loi et du traité. Le traité interdit tout obstacle à sa mise en œuvre, à moins qu'il ne contienne une justification explicite ou implicite à cet effet; pareille justification ne saurait résulter du simple fait que la loi n'a pas le même objet que le traité. Elle ne saurait résulter que du fait que cet objet particulier est permis expressément par le traité, ou autorisé par lui explicitement ou implicitement, en vertu d'un principe de droit international public ou privé — d'un principe tel que celui qui découle de l'ordre public ou d'un principe apparenté, quoique plus limité, qui n'est souvent rien de plus qu'une autre manière de formuler l'ordre public, à savoir que certaines catégories de lois, telles que les lois pénales, de police, fiscales, administratives, etc., s'appliquent à tous les habitants du territoire, nonobstant l'applicabilité en général de la loi nationale.

L'exemple suivant illustrera le problème et les conséquences qui en découlent: les États concluent souvent des traités de commerce et d'établissement qui assurent une certaine protection contre les restrictions à l'importation ou à l'exportation des marchandises, l'admission à résidence des étrangers, leurs droits de recueillir des successions, régissent les fonctions des consuls, etc. Quelle est la position d'un État qui, ayant conclu un traité de ce genre, découvre

que l'autre partie rogne sur les dispositions du traité ou les rend tout à fait inopérantes, l'une après l'autre, en promulguant des lois « touchant des matières différentes », telles que la lutte contre le chômage, la sécurité sociale, le développement de l'industrie et de l'artisanat locaux, la protection de la morale publique en matière d'admission des étrangers, la ségrégation raciale, une réforme de la procédure civile entraînant l'abolition des droits coutumiers de la représentation consulaire, une réforme du code civil modifiant le droit successoral de manière à affecter le droit successoral des étrangers, une loi générale de codification sur la compétence des tribunaux et entraînant l'abolition des immunités accordées par le traité aux navires de commerce appartenant à l'État, ou toutes autres lois « poursuivant des buts différents »? Au point de vue de l'autre partie, il est à peu près indifférent que le traité soit devenu lettre morte par l'effet de lois qui en ont si évidemment touché la matière à laquelle il se rapporte, mais qui poursuivent un but différent. Comme il a été dit, certaines de ces lois pourraient se justifier comme appartenant au domaine de l'ordre public, ou pour une raison analogue. Toutefois, l'argument résumé ici ne suit pas la même voie. Il se fonde sur l'allégation d'une différence entre le traité et la loi qui en empêche l'application.

Un autre exemple, se rapportant directement à la Convention de 1902, illustrera le problème sous un autre angle. L'article 2 de la Convention a disposé que, dans certains cas, les agents diplomatiques ou consulaires autorisés par la loi de l'État dont le mineur est un ressortissant peuvent pourvoir à la tutelle conformément à la loi de cet État. Quelle est la situation si l'une des parties contractantes promulgue une loi d'ordre général — une loi de droit public sur un plan tout à fait différent — portant sur les immunités et les fonctions des représentants diplomatiques et consulaires étrangers et prescrivant qu'à l'avenir les représentants diplomatiques et consulaires étrangers n'accompliront aucun acte touchant aux droits privés sur le territoire de cet État? Cet État peut-il plaider que, puisque la Convention et la loi poursuivent un but tout à fait différent, il importe peu que la loi ait pour effet de faire obstacle à l'une des dispositions de la Convention?

Le fait saillant, dans la présente affaire, est que le tuteur néerlandais acceptable pour le père de la mineure et nommé en vertu de la loi néerlandaise et conformément à la Convention a été remplacé, au point de vue de l'exercice du droit de garde, par le grand-père maternel suédois d'Elisabeth Boll, agissant pour le compte de l'office des mineurs. Les autorités néerlandaises et le tuteur néerlandais peuvent considérer assez naturellement que la garde exercée par le grand-père suédois est, en fait, et dans les circonstances de l'affaire qui révèlent un certain désaccord entre les branches néerlandaise et suédoise de la famille, dans une large mesure, une tutelle rivale. Il se peut qu'il leur soit difficile d'apprécier l'idée qu'il n'y a pas conflit entre la Convention et les mesures prises, parce qu'elles

se placent sur des plans différents et poursuivent des buts différents. La situation n'est pas changée par le maintien du droit du tuteur néerlandais d'administrer les biens de la mineure ou d'introduire une instance pour être réinstallé en ses fonctions de garde. Tant que l'exercice du droit de garde est confié aux mains de l'autorité suédoise et du grand-père maternel suédois, agissant pour le compte de celle-ci, les attributs essentiels de la tutelle, telle qu'elle a été créée par la Convention, sont neutralisés. Il se peut qu'il existe — et, comme il sera suggéré plus loin, il existe — une justification complète de cette mesure, pour des considérations d'un caractère différent. On ne peut trouver cette justification dans l'allégation discutée que la tutelle néerlandaise et l'éducation protectrice suédoise sont des institutions entièrement différentes.

Un État n'a pas le droit de réduire ses obligations conventionnelles à propos d'une institution en promulguant dans le domaine d'une autre institution des dispositions ayant pour effet de faire échec au jeu d'un aspect essentiel du traité. Il est gênant d'accepter un principe d'interprétation élaboré aux fins d'un cas particulier qui, si on l'appliquait d'une manière générale, devrait forcément avoir des répercussions graves sur l'autorité des traités. Comme on l'a dit, la Convention et la disposition particulière de la loi sur l'éducation protectrice couvrent, dans le présent différend, le même terrain et la même matière. On a dit que la Convention et la loi sur l'éducation protectrice présentent des différences techniques, attendu qu'elles se placent sur des plans différents. Admettant qu'il y ait une différence technique, il peut encore sembler indésirable qu'un différend entre deux Gouvernements soit tranché par référence à un point technique controversé, dans un cas qui pose d'importantes questions de fond — point technique qui, si on l'appliquait d'une manière générale, jetterait la confusion, et même pire, dans le droit régissant l'application des traités. Si l'on commence à fonder l'interprétation des traités sur des distinctions conceptuelles entre des règles de droit effectivement en conflit, se plaçant sur des plans différents et, pour cette raison, n'étant pas en quelque sorte contradictoires, il pourrait être difficile de limiter les effets de ces opérations dans le domaine de la logique et de la classification.

On a avancé l'opinion qu'il ne peut y avoir de conflit entre la Convention sur la tutelle et la loi sur l'éducation protectrice pour le motif que la Convention de 1902 est une convention de droit international privé et que la tutelle dont elle s'occupe exclusivement est une institution de droit privé, en particulier du droit de la famille, tandis que la loi sur l'éducation protectrice et les diverses mesures qu'elle autorise sont du domaine du droit public, attendu qu'elles se préoccupent de sauvegarder les intérêts de la société. Même si ces raisons étaient acceptables par ailleurs, une classification et une distinction essentiellement doctrinales ne fournissent qu'une base douteuse pour trancher la question de l'observation

régulière des traités. Toutefois, dans le cas actuel il existe une difficulté particulière à admettre la force de cette distinction.

L'examen des principaux systèmes de droit interne en matière de tutelle ne corrobore pas l'opinion qu'il y a là une simple institution de famille, d'un caractère de pur droit privé. La principale justification de cette opinion est que, dans la classification traditionnelle, la tutelle trouve sa place dans les codes de droit privé et qu'elle crée de nombreux droits et devoirs dans le domaine du droit privé. Néanmoins, on peut dire en même temps que la tutelle est une institution dans laquelle le tuteur agit en quelque sorte comme organe de l'État et, par conséquent, qu'elle participe de la nature d'une institution de droit public. Le tuteur agit sous le contrôle actif de l'État, qui peut intervenir à tout moment — dans l'intérêt de l'enfant comme de la société — et remplacer le tuteur, en tout ou partie. Il est peu de pays dont la loi se fonde exclusivement sur une conception de la tutelle relevant du droit privé et de la famille. Dans la plupart des États, y compris les Pays-Bas et la Suède, le régime juridique se caractérise en la matière par l'intervention active de l'État à tous les stades comme organe de contrôle et de supervision. Dans certains pays tels que l'Allemagne, la protection des mineurs est confiée principalement à l'État, qui intervient au moyen d'un tribunal spécial — le tribunal des tutelles —, et ce n'est que par voie d'exception que ces fonctions sont déléguées au conseil des familles. Il est intéressant de noter qu'avant les Conventions de La Haye qui ont examiné les divers projets de conventions sur la tutelle, on reconnaissait clairement la différence entre les deux systèmes — « tutelle de famille » (*family guardianship*) et « tutelle d'autorité » (*authority guardianship*). Cette distinction a été développée par exemple en 1902 par M. Lehr, secrétaire de l'Institut de droit international, qui a pris une part importante à la préparation des premiers projets de la Convention (Lehr, « De la tutelle des mineurs d'après les principales législations de l'Europe », *Revue de droit international et de législation comparée*, 2<sup>me</sup> série, vol. 4 (1902), pp. 315 et suiv.). Il a classé les systèmes de tutelle néerlandais et suédois tous les deux dans le groupe de la « tutelle d'autorité » (pp. 320, 326, 329).

Cela étant, il ne me paraît pas possible d'accepter l'argument fondé sur la notion du caractère de pur droit privé et familial de la tutelle. On peut juger du caractère artificiel des distinctions entre le caractère de droit privé supposé de la tutelle et le caractère de droit public supposé des systèmes d'éducation protectrice ou d'éducation des enfants, en dehors du jeu normal de la tutelle, par le fait que la question est entièrement une question de technique et de rédaction législatives. Cela ressort, par exemple, des dispositions du code civil néerlandais régissant la tutelle et contenues dans le livre I<sup>er</sup>, titre XV. La section A 1 du titre XV vise la puissance paternelle. La section B 2 vise la tutelle paternelle tandis que la section A 3 qui, d'après la section B 9, est applicable à la tutelle, contient dans une large mesure les mêmes dispositions qui sont

incorporées dans la partie du droit suédois sur l'éducation protectrice qui a été appliquée au cas d'Elisabeth Boll. Cette section, à l'article 365, dispose, en termes presque identiques à ceux de la loi suédoise précitée, que certaines mesures seront prises « si un enfant grandit de façon telle qu'il est menacé de déchéance morale ou physique ». Ces mesures peuvent être prises à la demande des conseils de tutelle prévus dans les mêmes parties de la loi et qui, sous l'autorité des tribunaux judiciaires, remplissent des fonctions semblables à celles de l'office des mineurs dans la loi suédoise de 1924 (articles 461 et suiv.). La même section A 3 prévoit que les enfants dans cette situation seront placés par le juge des enfants dans un établissement d'observation pour examen mental ou physique ou, si l'enfant a besoin d'une observation spéciale, dans un établissement choisi à cet effet (art. 372 *a* et *b*). Le code civil allemand, dans la section sur la tutelle, dispose dans un article unique (art. 1838) que le tribunal des tutelles peut ordonner le placement du mineur dans une famille appropriée ou dans une institution d'éducation ou de réforme — un genre de dispositions que l'on retrouve dans la loi suédoise de 1924. C'est une question de technique législative et de rédaction que de déterminer si les dispositions pour la protection de l'enfance, lorsque la tutelle normale s'est avérée insuffisante, relève, comme aux Pays-Bas, de la législation relative à la tutelle ou si, comme en Suède, elles font partie d'une disposition distincte. Dans les deux cas, elles ont pour objet de protéger à la fois l'enfant et la société.

Car il est clair que la distinction entre la protection de l'enfant et de la société est artificielle. Les lois relatives à la tutelle comme celles relatives à l'éducation protectrice sont des lois dont le but principal est la protection des mineurs et de leurs intérêts, mais, en même temps, la protection de l'enfance — au moyen de la tutelle ou de l'éducation protectrice — présente un intérêt social de première importance. Les enfants font partie de la société — ils en sont les éléments les plus vulnérables et celui qui a le plus besoin de protection. En dernière analyse, toutes les lois sociales sont des lois pour la protection des individus. Toutes les lois pour la protection des individus sont, à vrai dire, des lois sociales. Il y a quelque chose d'artificiel à prendre ces deux aspects du but de l'État comme point de départ pour en tirer des conséquences juridiques d'importance pratique. Il est absolument artificiel de souligner que les mesures prises en vertu de la loi sur l'éducation protectrice pour la sauvegarde, la santé et le bonheur d'Elisabeth Boll n'ont pas été prises au premier chef dans l'intérêt de cette enfant — et, par conséquent, ne sont pas des mesures pour la tutelle de sa personne — mais qu'elles ont été prises au premier chef dans l'intérêt de la société en général et qu'elles rentrent, par conséquent, dans une catégorie toute différente. C'est à la lumière de ces considérations qu'il faut juger l'opinion d'après laquelle la Convention de 1902 sur

la tutelle visant uniquement une institution de droit privé, des rapports de famille, dénués de tout élément public, il ne saurait y avoir conflit entre cette Convention et une disposition de caractère exclusivement de droit public, telle que la loi suédoise sur l'éducation protectrice. Même si l'on pouvait démontrer chaque élément de cette proposition en se référant à la loi interne en vigueur dans la plupart des pays — et cela ne semble pas être le cas —, on rencontrerait encore la difficulté d'apprécier le contenu de la formule d'après laquelle il ne peut y avoir de conflit entre un traité qui régit un domaine du droit privé et une loi interne du domaine du droit public.

Sans doute la Convention de 1902 était destinée à régler les conflits de lois en matière de tutelle, mais il n'y a pas de raison convaincante pour accepter l'idée que les dispositions pertinentes de la loi suédoise sur l'éducation protectrice, en vertu desquelles la garde d'Elisabeth Boll a été confiée à son grand-père maternel, en son domicile, sous l'autorité de l'office des mineurs, n'ont rien à voir avec la tutelle, attendu qu'elles ont le caractère de droit public. De même, il est difficile d'admettre la suggestion que la tutelle, instituée dans l'intérêt privé de l'enfant, est dénuée d'un élément public important d'ordre social. Les droits des parties, en particulier dans un différend d'ordre international, ne devraient pas être déterminés par référence au mystère controversé de la distinction entre le droit privé et le droit public. Le fait que la Convention de 1902 a pour but d'établir des règles pour éviter les conflits de lois en matière de tutelle ne signifie pas que ce domaine se limite aux lois *décrites* comme visant la tutelle. Il couvre toutes les lois, quelle qu'en soit la description ou la classification, remplissant une fonction essentielle de tutelle. Un élément fermement établi de la jurisprudence de la Cour est qu'en matière de lois internes affectant les obligations nées des traités, ce qui importe, ce n'est pas la lettre de la loi, mais son effet positif.

Quoi qu'il en soit, il est inutile d'insister sur ce point. A mon avis, les considérations qui précèdent suffisent à démontrer les difficultés décisives inhérentes à la proposition qu'un État peut légitimement prétendre s'écarter des obligations résultant d'un traité en promulguant des lois qui, bien qu'empêchant l'application du traité, sont considérées comme n'étant pas en conflit avec lui, pour le motif qu'elles opèrent sur des plans différents ou qu'elles s'occupent d'une matière différente.

Il est clair que le tuteur ne bénéficie pas d'une immunité dans l'application d'une loi interne, telle qu'une loi pénale, qui pourrait le priver de la garde du mineur placé dans un institut pénitencier ou de réforme. Le tuteur est soumis aux lois visant l'éducation, la santé, les impôts, etc. Mais, bien qu'en l'absence d'une justification plus solide que les différences de classification le tuteur ne jouisse pas d'une immunité à l'égard de la loi interne, il a droit en principe à être protégé contre la privation permanente ou temporaire de

certains des attributs principaux de la tutelle, tels que la garde du mineur — en particulier si cette garde fait l'objet de ce qui, dans les circonstances de l'affaire, peut donner l'impression d'une tutelle rivale. Il se peut que cette privation puisse être justifiée, mais cette justification ne peut à bon droit se fonder sur des facteurs d'un caractère essentiellement technique. A mon avis, la vraie façon d'aborder la question n'est pas de dire que le système de l'éducation protectrice est en dehors de la Convention et qu'il poursuit un but différent, mais plutôt de dire qu'il n'est pas incompatible avec la Convention. En d'autres termes, c'est que la question est à la fois couverte et autorisée par la Convention, en vertu de l'ordre public ou de quelque raison semblable fondée sur le droit, reconnu par le droit international, pour un État d'appliquer une loi particulière qui entrave ou empêche le jeu de la Convention.

En fait, c'est en ce sens que je comprends cette partie de l'arrêt de la Cour qui souligne les buts sociaux bénéfiques d'un caractère urgent de la loi suédoise en question — et que je m'y rallie. C'est une considération qui se rattache étroitement à celles qui sont à la base de la notion d'ordre public. C'est cet aspect de la question qu'il m'incombe d'examiner avec quelques détails dans la présente opinion.

\* \* \*

Avant d'en arriver là, il faut examiner une conclusion subsidiaire du conseil du Gouvernement suédois sur les effets possibles d'une décision que la loi suédoise sur l'éducation protectrice ne s'applique pas aux enfants de nationalité néerlandaise. Il a été signalé pour le compte du Gouvernement suédois qu'une pareille interprétation de la Convention entraînerait un dangereux vide juridique. On a soutenu que, les autorités administratives néerlandaises étant responsables de l'application de la loi néerlandaise dans le domaine de la protection de l'enfance, le résultat serait qu'aucun État ne pouvant, d'après le droit international, accomplir des actes administratifs sur le territoire d'un autre État, les enfants néerlandais en Suède qui auraient besoin de protection en dehors de la tutelle se trouveraient dépourvus de toute protection.

Il faut reconnaître que, dans les limites du possible, eu égard à l'intention des Parties, on doit interpréter un traité comme ayant pour objet de faciliter plutôt que d'empêcher les mesures désirables de protection sociale. Toutefois, il me semble que le spectre d'un vide juridique tel qu'on l'a dépeint à ce propos au nom du Gouvernement suédois est illusoire. Normalement, le tuteur néerlandais en pareil cas prendra les mesures nécessaires pour ramener l'enfant aux Pays-Bas. Si cela n'est pas possible, le tuteur néerlandais placera l'enfant dans un foyer approprié (comme la tutrice néerlandaise d'Elisabeth Boll l'avait envisagé, en fait, à un moment donné) ou prendra d'autres mesures requises par la condition

physique ou mentale de l'enfant, par exemple en le plaçant dans un établissement pour observation ou traitement. Dans les cas exceptionnels où, pour une raison ou pour une autre, le tuteur n'agit pas, ou n'agit pas de façon satisfaisante, les autorités néerlandaises prescrivent les mesures nécessaires. Mais d'après la loi néerlandaise il ne s'agit pas d'autorités administratives; ce sont des autorités judiciaires, appliquant la loi néerlandaise que la Suède, en vertu de la Convention, est tenue de reconnaître et qu'elle doit respecter de bonne foi, sans exiger d'arrangement conventionnel supplémentaire à cette fin. C'est ainsi que l'article 365 précité du code civil néerlandais prévoit que, si l'enfant grandit de façon telle qu'il est menacé de déchéance morale ou physique, le juge des enfants peut le mettre sous surveillance. C'est également au juge des enfants que les articles 372 *a* et 372 *b* du code donnent le pouvoir de placer l'enfant dans un établissement d'observation ou, s'il a besoin d'une discipline spéciale, dans un établissement approprié. Aux termes de l'article 461 *c* il appartient au juge, sur l'initiative du conseil de tutelle, de prescrire les mesures nécessaires lorsque le mineur ne se trouve pas sous l'autorité légale exigée ou dans d'autres cas d'urgence. Il faut ajouter que ces mesures exceptionnelles de protection visant un enfant restant en Suède seraient, en pratique, les mêmes que celles prises par les autorités suédoises en pareil cas et que, par conséquent, aucune considération tenant à l'ordre public suédois ne ferait obstacle à leur exécution.

Sans doute, en prenant les mesures en question, la tâche des autorités judiciaires néerlandaises pourrait être rendue quelque peu plus difficile qu'elle ne l'eût été autrement, du fait qu'il leur faudrait obtenir les renseignements nécessaires sur la situation dans un pays étranger. Mais ces difficultés — qui sont absolument en dehors du problème juridique de l'applicabilité du droit administratif étranger — sont inhérentes à une Convention qui sanctionne et prescrit l'application de la loi nationale du mineur. A une époque de voyages rapides, qui permettent aux parties intéressées ou aux représentants des conseils de tutelle ou d'autres institutions de visiter les lieux, et à une époque de relations postales faciles, ces difficultés sont considérablement réduites. En tout cas, comme il a été dit, elles visent une situation absolument exceptionnelle et, à ce titre, elles semblent assez artificielles quand on les invoque comme décisif pour interpréter la Convention. Elles me semblent un motif insuffisant pour permettre de s'écarter de ses termes et de son but. C'est pourquoi je ne puis accepter cet argument invoqué par la Suède.

\* \* \*

Comme je l'ai déjà dit, le recours à l'ordre public constitue le trait principal des écritures et des plaidoiries des Parties. C'est le seul point ayant le caractère d'un principe juridique dans les

conclusions finales des Parties. La Cour n'est pas rigoureusement tenue de statuer par référence exclusive aux propositions juridiques, telles qu'elles sont formulées par les Parties dans leurs conclusions. Néanmoins, je considère que je ne devrais pas négliger les conclusions des Parties qui énoncent de façon complète le point de droit en litige entre elles. La position est analogue à celle où les Parties ont conclu un compromis pour définir le différend juridique qui les sépare et demander à la Cour de statuer sur ce différend comme élément du dispositif de son arrêt. Ce n'est que s'il est absolument clair que la formule adoptée par les Parties pour énoncer le différend juridique ne peut fournir de base à la décision et qu'on dispose d'une autre solution juridique d'une valeur incontestable que je me sentirais libre de négliger les conclusions des Parties. Dans le cas actuel, il me semble qu'aucune de ces conditions n'est remplie. (Il faut signaler à ce propos que la position est différente de celle de l'affaire des *Pêcheries*, où la Cour a décliné de se prononcer par référence aux définitions, principes ou règles formulés par l'une des Parties. *C. I. J. Recueil 1951*, p. 126.) Sans doute le différend juridique ainsi défini par les Parties en leurs écritures et conclusions dans la présente affaire touche directement une question difficile et controversée qui a constitué l'un des problèmes essentiels dans le domaine du droit international privé et qui fait ressortir les rapports entre le droit international privé et le droit international public.

\* \* \*

La Convention de 1902 sur la tutelle, qui ne mentionne pas expressément l'exception d'ordre public, permet-elle de l'invoquer? Ceci paraît être la question cruciale. Mais avant d'essayer d'y répondre, il faut faire à ce sujet deux remarques préliminaires.

La première est qu'il faut être prudent quant à la manière de poser la question dans le contexte actuel. Il paraît inexact de poser le problème sous une forme comme celle-ci: « La Cour doit-elle appliquer la Convention, ou doit-elle appliquer l'ordre public? Qui passe en premier? » Car il ne s'agit pas ici de choisir entre la Convention et l'ordre public. Si telle était l'alternative, la Cour n'aurait évidemment pas d'autre choix que d'appliquer la Convention. La question est de savoir si la Convention, prise dans son ensemble et à la lumière des règles d'interprétation pertinentes — et non pas simplement dans sa seule lettre —, admet l'exception d'ordre public. C'est pourquoi on ne trouve aucun appui dans les divers prononcements de la Cour permanente de Justice internationale, aux termes desquels on ne peut valablement invoquer la législation nationale comme motif de ne pas se conformer à une obligation internationale. Le problème qui se pose à la Cour est précisément de savoir quelle est l'obligation internationale en question.

La deuxième question préliminaire est de savoir si la loi sur l'éducation protectrice des mineurs rentre légitimement dans le domaine de l'ordre public, c'est-à-dire si, nonobstant une disposition conventionnelle apparemment contraire, l'ordre public s'étend aux mesures exceptionnelles pour la protection des mineurs, en plus et à l'exclusion de la tutelle mise en œuvre dans les circonstances normales. De toute évidence, il faut répondre à cette question par l'affirmative. En dehors du droit pénal, il est difficile d'imaginer un cas plus approprié et plus naturel d'invoquer l'ordre public, tel qu'on l'entend généralement, que la protection des mineurs par l'État, en particulier quand ils sont sans défense, malades, quand ils constituent un danger positif ou éventuel pour eux-mêmes ou pour la société, quand ils sont l'objet légitime de sa compassion ou de son assistance et la source de griefs publics quand l'État n'est pas à la hauteur de ses responsabilités en la matière. Il existe dans le vaste domaine hautement controversé de l'ordre public des matières qui font l'objet d'incertitudes et à propos desquelles se produit, à l'occasion, une exagération des préjugés nationaux contre l'application de la loi étrangère. Mais à l'intérieur de ce domaine, il existe un noyau solide qu'on ne peut raisonnablement contester. La protection des enfants au sens indiqué plus haut fait évidemment partie de ce solide noyau. A ce propos, on peut mentionner comme soulignant cet aspect de la tutelle (dont on trouve un exemple au sens le plus large dans le système de l'éducation protectrice) le fait qu'en droit anglais la Couronne, en tant que *parens patriae* — le parent de la nation dans son ensemble —, est le suprême tuteur des mineurs et, dans ce domaine, exerce son autorité à tous les stades, par l'intermédiaire de ses tribunaux, avec un dédain absolu des formalités légales artificielles. Le *Guardianship Act* de 1925, dans sa section 1, dispose que toutes les fois qu'il s'agit, dans une procédure judiciaire, de la garde ou de l'éducation d'un mineur, le tribunal, en traitant de la question, « retiendra en premier lieu et comme considération dominante le bien-être du mineur » et ne retiendra d'une manière décisive aucune réclamation du père ou de la mère tendant à faire reconnaître un droit supérieur de garde et de contrôle, fondée sur une règle de droit particulière.

On emploie généralement la notion d'ordre public en deux sens: soit pour viser des domaines particuliers du droit comme les lois territoriales, les lois pénales, les lois de police, les lois visant le bien-être, la santé et la sécurité sociale et d'autres lois du même ordre. A ce point de vue, il est clair que l'éducation protectrice relève de la notion d'ordre public. En second lieu, la notion d'ordre public s'emploie par extension plus générale aux conceptions nationales fondamentales du droit, de la décence et de la moralité. A ce point de vue encore, la protection des intérêts du mineur par des mesures telles que l'éducation protectrice relève de la notion d'ordre public. (On peut dire dans le présent contexte que, si le terme français d'ordre public est employé le plus souvent dans cette opinion, il

n'est pas employé pour marquer implicitement une différence de fond entre cette notion et la notion de « *public policy* » dans les pays de « *commom law* » tels que le Royaume-Uni et les États-Unis d'Amérique — bien que la notion d'ordre public soit probablement plus large. L'expression est employée ici parce qu'elle est courante dans la loi des deux États parties au différend.)

Sans doute, en répondant à la question telle qu'elle est ici posée, nous nous trouvons en face du dilemme suivant: faut-il répondre à la question par référence à l'ordre public suédois? Dans l'affirmative, la Cour est-elle compétente pour examiner une question d'ordre public suédois, de droit interne suédois et en mesure de le faire? Il est clair qu'il faut répondre par l'affirmative. Toutes les fois qu'il est nécessaire de le faire, l'examen du droit interne relève de la fonction propre de la Cour. Elle l'a entrepris à plusieurs reprises. Les complexités de l'ordre public n'apportent pas, elles non plus, une limite à cette légitime fonction de la Cour. Dans l'affaire des *Emprunts serbes*, la Cour a examiné le droit français et la pratique judiciaire en matière d'ordre public à propos de la loi monétaire (*C. P. J. I.*, Série A, nos 20/21, pp. 46-47). Toutefois, la question à laquelle il faut répondre à ce propos n'est pas seulement de savoir si l'éducation protectrice des mineurs relève, d'après la loi suédoise, de l'ordre public suédois, mais encore de savoir si l'on peut légitimement la comprendre comme rentrant dans ce domaine. C'est une question à laquelle il ne peut être répondu par référence au seul droit suédois. On peut y répondre en invoquant une notion d'ordre public conçue en tant que principe général de droit — un aspect de la question qui sera visé plus loin.

\* \* \*

Si l'éducation protectrice des mineurs rentre légitimement dans le domaine de l'ordre public, alors — et alors seulement — il faut examiner la question principale, à savoir: l'ordre public, quand il n'est pas expressément admis par la Convention, peut-il être invoqué en aucune façon? A-t-il été légitimement invoqué dans le cas actuel et, dans l'affirmative, la loi sur l'éducation protectrice a-t-elle été appliquée par les autorités suédoises d'une manière raisonnable et qui n'est pas manifestement contraire à l'objet et aux principes de la Convention?

La notion d'ordre public joue-t-elle dans le cas actuel? C'est là le nœud de la question soumise à la Cour. On ne peut l'examiner ici qu'en traçant une brève esquisse.

En premier lieu, la Convention actuellement soumise à la Cour est une convention de droit international public dans le domaine de ce qu'on appelle généralement le droit international privé. Cela veut dire: a) que, comme tout autre traité, il faut l'interpréter à la lumière des principes qui régissent l'interprétation des traités dans le domaine du droit international public, et b) que cette interpré-

tation doit tenir compte des conditions et des circonstances spéciales à la matière visée par le traité, traité qui relève, dans le cas actuel, du domaine du droit international privé.

En second lieu, dans le domaine du droit international privé, l'exception d'ordre public, de *public policy*, comme motif pour écarter la loi étrangère dans un cas particulier est généralement — ou plutôt universellement — reconnue. On la reconnaît sous diverses formes et avec plus ou moins d'importance, et, à l'occasion, avec des différences appréciables dans la manière de l'appliquer. Ainsi, dans certains domaines tels que la reconnaissance des lois de propriété acquise à l'étranger, les tribunaux de certains pays hésitent plus que d'autres à permettre à leur conception de l'ordre public — à leur *public policy* — de faire obstacle au titre acquis de cette manière. Néanmoins, les restrictions apportées dans certaines directions sont souvent compensées par des règles de procédure ou de fond dans d'autres domaines. Dans l'ensemble, le résultat est le même dans la plupart des pays — à telle enseigne qu'il faut considérer la reconnaissance du rôle de l'ordre public comme un principe général de droit dans le domaine du droit international privé. S'il en est ainsi, on peut à bon droit la regarder comme un principe général de droit au sens de l'article 38 du Statut de la Cour. Cette circonstance fournit également une réponse à la question visant la nature et le contenu de la notion d'ordre public, par laquelle on doit apprécier la légitimité de la législation suédoise en la matière. Il est clair que ce n'est pas la notion suédoise d'ordre public qui peut fournir un critère exclusif à ce point de vue. La réponse est que, la notion d'ordre public — de *public policy* — étant une notion juridique générale, il faut en déterminer le contenu de la même manière que pour tout autre principe général du droit, au sens de l'article 38 du Statut, à savoir, par référence à la pratique et à l'expérience en ce domaine des tribunaux nationaux des nations civilisées. C'est en me rapportant à des considérations de ce genre que, dans une partie antérieure de cette opinion, j'ai essayé de répondre à la question de savoir si la loi suédoise sur l'éducation protectrice pouvait être légitimement considérée comme rentrant dans le domaine de l'ordre public.

Telles sont les raisons pour lesquelles l'interprétation correcte d'une convention sur le droit international privé doit pleinement tenir compte de cette reconnaissance générale de l'ordre public. On aboutit au même résultat au moyen d'un autre principe d'interprétation, également important: dans une affaire visant l'interprétation d'un traité sur une question particulière au sujet de laquelle le droit et la pratique des deux parties reconnaissent que certains principes sont applicables, il faut donner à ces principes l'importance qui convient. Par exemple: si la loi et la pratique de la Suède et des Pays-Bas reconnaissaient que la limite normale des eaux territoriales est de vingt milles et si ces deux États passaient un traité disposant que leurs navires devront se soumettre à cer-

taines restrictions dans leurs eaux territoriales respectives, l'expression « eaux territoriales » devrait alors s'interpréter suivant le sens que lui attachent la loi et la pratique des deux États, à savoir, comme s'étendant à vingt milles. De même, si la loi en Suède et aux Pays-Bas reconnaît l'exception d'ordre public dans le domaine du droit international privé, alors ce facteur doit être considéré comme pertinent pour l'interprétation des traités en question, dans les rapports de ces deux pays entre eux. On sait parfaitement, et les deux Parties le reconnaissent, qu'en Suède comme aux Pays-Bas, l'ordre public est un motif valable pour écarter la loi étrangère. En conséquence, le fait qu'une question particulière de droit international privé est visée par une convention n'exclut pas, par lui-même, en l'absence d'une disposition expresse en sens contraire, le jeu de l'ordre public, même si la convention garde par ailleurs le silence en la matière — pourvu toujours que l'État qui invoque l'ordre public soit prêt, si l'on conteste sa décision de l'invoquer, à soumettre la question à une décision judiciaire ou arbitrale impartiale. Cette dernière condition découle inévitablement du principe que l'État qui invoque une exception qui n'est pas expressément reconnue par le traité ne peut invoquer le droit de décider unilatéralement si l'exception s'applique.

En même temps, et c'est la troisième considération principale dans le contexte actuel, le fait que les Parties sont liées par traité sur un point particulier de droit international privé apporte une limite à l'application de l'ordre public. Et cela à trois points de vue :

En premier lieu, l'existence du traité impose aux tribunaux internes l'obligation de se montrer prudents quand ils invoquent l'ordre public — prudence supplémentaire à celle qui s'impose à eux, d'une manière générale, en matière de droit international privé. Les deux Parties le reconnaissent. En fait, l'un des buts d'un traité visant le droit international privé est d'apporter certaines limites supplémentaires au recours à l'ordre public.

En second lieu, l'existence d'un traité limite le pouvoir discrétionnaire des tribunaux nationaux pour dire si une question donnée rentre dans le domaine de l'ordre public. Elle le limite en ce sens qu'en cas de différend, et pourvu qu'un tribunal international ait la compétence voulue, c'est à lui qu'il appartient de trancher la question. Cela encore, les deux Parties au fond le reconnaissent.

En troisième lieu — opinion soutenue par les Pays-Bas mais contestée par la Suède —, en cas de différend sur la manière dont l'autorité nationale a appliqué l'exception d'ordre public, la question relève de l'examen et de la décision d'un tribunal international, pourvu que celui-ci soit compétent par ailleurs. Cet aspect de la question est examiné plus loin dans cette opinion.

Ces principes appliqués à la présente affaire signifient, d'une manière générale, que l'exception d'ordre public est admissible dans

des limites appropriées et que, puisqu'il y a un différend sur le point de savoir si ces limites ont été observées, c'est à la Cour qu'il appartient de décider si la notion d'ordre public a été légitimement invoquée et appliquée. Comme je l'ai dit, j'en suis arrivé à la conclusion que le recours à l'ordre public à propos d'une loi sur l'éducation protectrice se justifie pleinement et que, par conséquent, l'ordre public a été légitimement invoqué. Je reviendrai dans un moment à la question de savoir s'il a été démontré de façon satisfaisante en l'espèce que l'ordre public a été légitimement *appliqué*.

\* \* \*

A ce propos, il faut mentionner certains opinions exprimées pendant les écritures et les plaidoiries à propos de l'ordre public, notamment l'opinion que le recours à l'ordre public est incompatible avec le but des traités de droit international privé et que l'ordre public doit s'interpréter restrictivement, ou même se voir refuser toute reconnaissance. On a soutenu en particulier qu'en raison de son caractère étendu et de son élasticité, l'ordre public a été cause d'incertitude et de confusion, qu'il a jeté le trouble en ce domaine et, plus encore, qu'il a détruit le droit international privé. Ces considérations ont quelque valeur. Elles ne peuvent cependant pas être décisives.

Il est admis que la notion d'ordre public — comme celle de *public policy* — est variable, indéfinie et, à l'occasion, conduit à l'arbitraire et aux abus. A ce point de vue, et non sans quelque raison, on a comparé l'ordre public à la notion vague de droit naturel. On reconnaît également que l'ordre public a souvent été l'instrument ou l'expression de l'exclusivisme national et des préjugés qui supportent mal l'application du droit étranger. Toutefois, ces objections, pour justifiées qu'elles soient, ne changent pas le fait que le principe qui permet de recourir à l'ordre public dans le domaine du droit international privé est devenu — et qu'il est — un principe général du système juridique de la plupart des États civilisés, sinon de tous. Bien plus: il fait par lui-même partie de toute la doctrine et de toute la pratique du droit international privé, presque depuis son origine. Les deux sont inséparables, non seulement au point de vue historique, mais par nécessité. Ils ont grandi ensemble, en réagissant l'un sur l'autre et dans un compromis réciproque. Le but du droit international privé est de permettre l'application, sur le territoire d'un État, du droit des États étrangers. Ce but est dicté par des considérations de justice, de commodité, par les nécessités des rapports internationaux entre individus et même, on l'a dit, parfois, par une conception éclairée de l'ordre public lui-même. Mais c'est évidemment trop simplifier les choses que de soutenir que le droit d'un État doit être tenu pour avoir consenti, ou qu'on devrait raisonnablement s'attendre à ce qu'il consente

d'avance, à l'application du droit étranger sans aucune limitation, dans tous les cas, sans soupape de sûreté, sans un minimum de situations dans lesquelles, en raison de la nature même de sa structure et des conceptions juridiques morales et politiques fondamentales sur lesquelles il repose, il doit pouvoir décliner l'application de la loi étrangère.

A l'intérieur de l'État, le recours judiciaire à l'ordre public — au *public policy* — a souvent fait l'objet de critiques, mais on a rarement, peut-être même jamais, suggéré qu'il ne soit pas un instrument indispensable de l'interprétation, de l'application et du développement du droit. S'il en est ainsi dans le domaine de la loi nationale de l'État, qui peut être modifiée par les procédés législatifs ordinaires, il en est particulièrement ainsi dans le domaine de la loi étrangère, sur laquelle l'État n'exerce aucun contrôle et que ses tribunaux pourraient, dans certaines circonstances, juger inconcevable d'appliquer. L'histoire — l'histoire moderne — a fourni à l'occasion des exemples de législations manifestant des crises d'injustice délibérée, ou pire, auxquelles les tribunaux des pays étrangers peuvent juger absolument impossible de donner effet et à propos desquelles le droit de dénoncer le traité peut ne pas fournir un remède opportun et praticable.

C'est ce résidu de pouvoir discrétionnaire, c'est cette soupape de sûreté qui a rendu possible le droit international privé et qui, si on la maintient dans les limites raisonnables, est l'une des garanties principales de sa survie et de son développement. Il est significatif qu'une grande partie de l'apport des plus illustres théoriciens du droit international privé — tels que Story, Savigny et Pollet — consiste en leur effort pour formuler la notion d'ordre public et les limites, souvent larges et générales, de son application. L'ordre public est et doit être de plus en plus limité de façon raisonnable, conformément au but principal du droit international privé. Mais la difficulté ne peut être résolue en se bornant à la classer. Il peut y être remédié par l'existence de recours internationaux, de contrôle et de revision judiciaire toutes les fois qu'un tribunal international possède la compétence voulue. Le cas actuel fournissait l'occasion d'agir en ce sens.

\* \* \*

Les considérations qui précèdent peuvent également faciliter la réponse à la question de savoir si l'existence d'un traité apporte une limite au recours à l'ordre public, en ce sens que ce dernier ne peut être légitimement invoqué, à moins que le traité ne contienne expressément une exception à cet effet. A cette question il faut répondre par la négative. Évidemment, le traité peut expressément ou implicitement interdire le recours à l'ordre public. C'est ainsi qu'on a soutenu parfois que la Convention de La Haye de 1902 sur la conclusion des mariages contenait une prohibition implicite de

ce genre, en énumérant de façon limitative les raisons pour lesquelles la *lex fori* pouvait ignorer les empêchements au mariage reconnus par la loi étrangère. (Il est pourtant significatif qu'en dépit de la Convention, presque toutes les parties ont refusé de reconnaître, avant la deuxième guerre mondiale, les empêchements institués par les lois allemandes de Nuremberg. Bien que les tribunaux néerlandais aient appliqué la Convention à cet égard, ils ont souvent trouvé des moyens détournés pour faire échec aux lois de Nuremberg en question.)

Néanmoins, en dehors d'une prohibition expresse ou clairement implicite, le principe correct semble être que la Convention n'exclut pas le recours à l'ordre public. Il ne faut rien moins qu'une prohibition expresse pour interdire d'invoquer un principe de droit international privé fermement établi. Telle me paraît être l'opinion presque unanime des auteurs. Parmi eux, on compte des autorités de l'envergure des professeurs Batiffol et Niboyet. Telle est également l'opinion formelle d'un auteur qui a examiné avec un soin particulier les questions de droit international privé en matière de traité (Plaisant, *Les règles de conflit de lois dans les traités*, 1946, pp. 91-94). Le professeur Lewald, un auteur modéré et de grande autorité, à l'opinion de qui j'attache du prix, ne fait pas nettement exception à cette quasi-unanimité. En 1928, écrivant dans la *Revue de droit international privé* (pp. 164 et suiv.), il a, non sans de très graves hésitations, déclaré qu'*a priori*, si le traité est muet sur la question de l'ordre public, ce dernier ne peut être invoqué. En 1930, écrivant pour le *Répertoire de droit international* (vol. 7, p. 308), il a exprimé un avis différent, à savoir qu'en pareils cas, la réponse à la question dépend de l'interprétation du traité envisagé et qu'il est impossible de répondre *a priori*. Il existe peu de jurisprudence directement applicable à la matière.

\* \* \*

A ce propos, on peut également se référer aux travaux préparatoires de la Convention de 1902. L'étude des travaux préparatoires s'y rapportant montre l'existence d'une opposition, et d'une opposition efficace, à l'incorporation dans la Convention de La Haye de toute clause générale permettant d'invoquer l'ordre public (bien qu'aucune discussion sur la question n'ait eu lieu à propos de la Convention sur la tutelle). Cela veut-il dire qu'on a eu l'intention d'exclure entièrement le recours à l'ordre public, sauf dans les cas expressément autorisés? On peut en douter. Les auteurs des Conventions ont voulu éviter les complications d'une autorisation générale et expresse, d'un blanc-seing général en faveur d'une notion aussi élastique et étendue que l'ordre public. Il est naturel qu'ils n'aient pas voulu introduire dans les conventions, en termes exprès, une source possible de controverses ou d'abus. Mais cela signifie-t-il que, par leur seul silence, les auteurs de la Convention ont exclu indirectement du jeu de la Convention l'un des principes du droit

international les plus fermement établis? Cela n'est pas probable. Il est douteux que les Gouvernements eussent signé et ratifié ces Conventions si elles avaient expressément refusé le droit d'invoquer, en toutes circonstances, leur ordre public comme motif d'exclure la loi étrangère.

\* \* \*

Il est un facteur important, qui se rapporte directement à la question de savoir si les Parties en cause peuvent invoquer l'ordre public à propos de la Convention de 1902. Ce facteur est que, sur ce point, la Cour se trouve en face d'un accord assez complet entre les Parties. Le Gouvernement néerlandais, à plusieurs reprises, et bien qu'avec d'importantes restrictions, a répondu affirmativement à cette question — sous réserve de l'obligation pour les Parties à la Convention de procéder, quand elles limitent l'application du traité par l'exception d'ordre public, avec une prudence, une réserve particulières et avec un soin méticuleux. Cette attitude a été maintenue dans la conclusion II des Pays-Bas où la dénégation du droit d'invoquer l'ordre public est limitée par les mots « d'une manière générale » et, plus encore, dans la conclusion III, A et B, qui affirme le pouvoir de la Cour d'apprécier si les conditions de l'ordre public ont été respectées, eu égard au caractère de l'espèce et aux dispositions de la loi suédoise sur l'éducation protectrice — conclusion qui ne peut se comprendre qu'en admettant qu'il n'y avait pas d'intention de refuser en principe le droit d'invoquer l'ordre public. Cet accord des Parties sur une question de principe fondamentale constitue un aspect juridique significatif de la situation; il rend difficile de soutenir qu'on ne peut invoquer l'ordre public, à moins qu'il n'ait été expressément prévu dans la Convention.

Sans doute, le Gouvernement néerlandais conteste que, dans la *présente affaire*, il y ait possibilité de recourir à l'ordre public. Il le fait pour deux raisons: La première est que la prudence et la réserve nécessaires obligent les Parties à n'invoquer l'ordre public que s'il existe l'élément requis de rattachement territorial étroit, et que ce lien n'existe pas dans le cas actuel. Il est difficile de suivre cette thèse. On peut difficilement imaginer un rapport plus étroit entre le mineur en question et le pays qui invoque l'ordre public. Elisabeth Boll est née en Suède; pour autant qu'on le sache, elle ne parle que le suédois; depuis sa naissance, elle a constamment résidé en Suède. Je ne trouve pas que l'argument d'après lequel Elisabeth Boll, aux yeux du droit néerlandais, partage le domicile légal néerlandais de sa tutrice néerlandaise soit convaincant, ni que, si elle n'est pas domiciliée aux Pays-Bas, c'est uniquement parce que l'éducation protectrice suédoise, prétendument contraire à la Convention, l'empêche d'être amenée aux Pays-Bas. La question de domicile, qui est une question de fait et d'intention, ne saurait être légitimement résolue par des arguments de ce genre.

Il est également difficile d'admettre la deuxième raison invoquée par le Gouvernement néerlandais d'après laquelle le rattachement territorial nécessaire fait défaut, attendu qu'il s'agit d'une « affaire de transfert », à savoir que si le transfert de l'enfant aux Pays-Bas était seulement possible, conformément à la Convention, rien ne pourrait plus se produire en territoire suédois qui soit contraire à l'ordre public suédois. Cet argument n'a pas plus de valeur que celui qui prétendrait qu'un État n'a pas de motif de refuser de livrer un réfugié politique aux poursuites et à la persécution d'un pays étranger en considération du fait que ces poursuites et cette persécution se produiront sur un territoire étranger. Et pourtant, il est évident qu'en pareils cas le fait même du transfert envisagé est décisif au point de vue du recours à l'ordre public, attendu que le transfert est considéré contraire aux conceptions fondamentales du droit public de cet État, et qu'il risque de produire une révolte de l'opinion publique, comme étant en contradiction flagrante avec les idées nationales sur le respect humain. Il n'est pas facile de faire admettre à l'opinion publique l'idée que la responsabilité morale et sociale de l'État est dégagée par le simple artifice du déplacement dans un pays étranger de l'objet de persécutions et de souffrances éventuelles. Ce serait un moyen trop facile d'apaiser les consciences. Par conséquent, lorsqu'on soutient qu'une « affaire de transfert » n'est pas suffisamment rattachée au pays du for pour justifier l'application de l'ordre public, la vraie réponse est probablement qu'il est peu d'exemples où le rattachement soit plus évident.

Tels sont donc les deux motifs principaux — les deux seuls motifs — que les Pays-Bas aient invoqués contre l'application de l'ordre public en cette affaire: l'absence de rattachement et le caractère d'une « affaire de transfert ». Aucun de ces motifs ne paraît acceptable. S'ils ne sont pas acceptables, alors il n'existe pas de motif qui, d'après les conclusions néerlandaises, empêche d'invoquer l'ordre public.

\* \* \*

Il faut envisager maintenant la question de la mesure dans laquelle la Cour est invitée à examiner la question de la légitimité du recours à l'ordre public et de la manière dont il a été appliqué dans la présente affaire. C'est de la réponse à une question de ce genre que doit dépendre, dans une large mesure, la position de l'ordre public dans le développement de cette branche du droit.

Les deux Parties reconnaissent que la Cour a compétence pour déterminer si la loi suédoise sur l'éducation protectrice rentre dans le domaine de l'ordre public et si on l'a invoqué légitimement à cette fin. En particulier, le Gouvernement suédois ne conteste pas que la Cour soit compétente pour déterminer si, en principe, la loi suédoise sur l'éducation protectrice relève de la catégorie de l'ordre public. Dans ses conclusions, il a prié la Cour de dire que la Convention

de 1902 n'affecte pas le droit des Parties d'imposer aux pouvoirs des tuteurs étrangers les limitations réclamées par leur ordre public. L'accord des Parties sur cette question enlève, dans une large mesure, toute base au reproche qu'on a fait au recours à l'ordre public, en raison de son effet désintégrant, parce qu'il ouvre largement la voie à l'annulation totale de cette Convention et d'autres semblables par le simple procédé consistant à déclarer unilatéralement qu'une loi donnée, en vertu de laquelle la mesure a été prise, relève du domaine de l'ordre public. En effet, les deux Parties reconnaissent que c'est à la Cour, et non pas à elles, qu'il appartient de trancher ce point.

En même temps, les Parties sont en désaccord sur le point de savoir si la Cour est fondée à examiner les motifs en vertu desquels les autorités suédoises ont, se référant à la loi sur l'éducation protectrice, décidé d'instituer et de maintenir la mesure qu'elles ont prise. La Suède lui a contesté cette compétence dans ses conclusions et dans ses écritures et ses plaidoiries. D'autre part, le Gouvernement des Pays-Bas a répété que la Cour était compétente à cet égard. C'est ce qu'il a fait à la fois dans ses conclusions et dans une intervention formelle au cours de la procédure orale. L'agent des Pays-Bas a insisté sur la compétence de la Cour pour examiner « chaque fait, chaque circonstance, chaque motif » touchant à l'application de la loi suédoise et pour dire que, s'agissant d'une affaire touchant à une obligation résultant d'un traité, il n'était pas nécessaire d'invoquer à cette fin une accusation de déni de justice.

J'accepte la conclusion néerlandaise III A, d'après laquelle la Cour est compétente pour apprécier, à la lumière des circonstances et des faits pertinents, si les conditions de l'ordre public ont été respectées. La Cour est compétente pour dire non seulement si la loi sur l'éducation protectrice relève de la notion d'ordre public, mais encore si cette loi a été appliquée d'une manière raisonnable et non contraire aux véritables objectifs de la Convention. Je ne saurais accepter la thèse suédoise d'après laquelle, n'étant pas une Cour d'appel, elle n'a pas qualité pour examiner cet aspect de la question. Supposons que les autorités suédoises aient décidé d'appliquer la loi sur l'éducation protectrice à un enfant de nationalité néerlandaise, né en Hollande, ne parlant que le néerlandais et n'ayant résidé qu'un mois en Suède. Serait-il interdit à la Cour de prendre ces faits en considération? Le recours à l'ordre public, surtout s'il n'est pas expressément autorisé par la Convention, présente le caractère d'une exception. C'est une exception permise. Mais c'est une exception qui doit être justifiée avec quelque détail. Si un État prend une mesure qui s'écarte, à première vue, des termes de la Convention, il ne saurait alors se borner à prouver d'une manière générale que la loi en vertu de laquelle il a agi relève de l'exception permise: il doit prouver que cette exception a été appliquée d'une manière raisonnable et de bonne foi.

Lorsqu'un État n'est pas tenu par un traité, il possède un pouvoir discrétionnaire considérable — bien que non illimité — dans l'application de son système de droit international privé à propos de l'ordre public. Mais quand cet État est lié par un traité sur un sujet particulier, il ne peut invoquer l'ordre public que s'il est prêt à soumettre à une décision impartiale la légalité des mesures qu'il a prises et qui sont contestées. C'est cette juridiction qui fait échapper la notion d'ordre public et le recours à l'ordre public au domaine de l'incertitude, de la discrétion pure et simple et de l'arbitraire et qui confère au traité le caractère d'une obligation légale positive. C'est cette soumission à la décision arbitraire ou judiciaire, comme condition même du recours légitime à l'ordre public dans les cas qui n'ont pas été expressément prévus au traité, qui en pareil cas exonère l'ordre public du reproche d'être un travesti de la répudiation unilatérale du traité et qui lui donne le caractère d'un effort d'assurer l'interprétation juste et raisonnable des obligations conventionnelles. Le cas actuel a fourni l'occasion d'affirmer ce principe et de lui donner effet. Un tel examen des faits peut être une tâche difficile et, à l'occasion, déplaisante. Néanmoins, elle constitue l'exercice légitime des fonctions judiciaires à propos d'un différend de droit et de fait au sens de l'article 36 du Statut de la Cour.

Dans le cas actuel, les Parties n'ont pas soumis à la Cour les faits pouvant lui permettre de statuer avec certitude sur cet aspect de la question. Le Gouvernement suédois n'a pas donné suite à l'offre, qu'il avait formellement énoncée dans les conclusions finales du contre-mémoire et qu'il a répétée pendant la procédure orale, de soumettre à la Cour les documents pertinents. Il est vrai qu'il était loisible à la Cour, à n'importe quel stade de la procédure, de réclamer cette production. En particulier, l'article 49 du Statut dispose que « la Cour peut, même avant tout débat, demander aux agents de produire tout document et de fournir toutes explications ». Mais il n'est pas nécessaire à ce propos d'examiner les problèmes de la fonction qui est dévolue à la Cour aux termes de cet article et d'autres articles du Statut et du Règlement, en tant qu'instance appelée à éclairer et à justifier le fondement de ses décisions en prenant activement l'initiative d'élucider les facteurs pertinents, avant et pendant la procédure orale, car il n'y avait aucune raison pour que le Gouvernement suédois ne présentât point cette documentation de son propre gré, pour le cas où la Cour aurait jugé qu'elle pouvait légitimement l'examiner. L'État qui invoque une exception ne saurait se montrer trop diligent à produire les preuves à l'appui. Il ne doit pas se borner à des allusions vagues — et probablement inadmissibles, du point de vue des règles ordinaires de procédure —, au contenu éventuel des preuves qu'il s'est, de son propre gré, abstenu de produire. En même temps, dans l'exercice de son pouvoir d'examen, une instance judiciaire doit attacher de l'importance à l'appréciation des faits par les autorités locales — c'est-

à-dire par les autorités de l'État où l'enfant est née et où elle a son domicile. Leur décision ne doit pas être infirmée à la légère. Il en est ainsi en particulier si le Gouvernement demandeur, tout en invitant la Cour à se prononcer sur les circonstances de fait de l'affaire et sur les motifs à la base de la décision des autorités locales, s'est abstenu de porter à sa connaissance aucun fait de nature à suggérer que le pouvoir discrétionnaire des autorités suédoises n'a pas été exercé légitimement et de bonne foi. Dans ces conditions, sur la base des preuves dont nous disposons, je suis forcé d'admettre que les mesures prises par les autorités suédoises n'étaient pas de nature à constituer une application erronée de la loi sur l'éducation protectrice, qu'elles ont clairement le droit d'invoquer comme partie de leur ordre public.

\* \* \*

Les conclusions qui précèdent expliquent les raisons pour lesquelles, sous réserve de différences dans la manière d'aborder la question et le raisonnement, je suis d'accord avec le dispositif de l'arrêt qui rejette la demande du Gouvernement des Pays-Bas.

(Signé) Hersch LAUTERPACHT.