

## OPINION INDIVIDUELLE DE M. MORENO QUINTANA

A mon grand regret, bien que je sois complètement d'accord avec eux au sujet de la solution qu'ils donnent à cette affaire, je ne puis rallier mon opinion à celle de la majorité de mes collègues qui établit comme motif déterminant unique de leur décision celui de la diversité de la loi suédoise du 6 juin 1924 sur l'éducation protectrice de l'enfance par rapport à la Convention de 1902 qui règle entre les Pays-Bas et la Suède la tutelle des mineurs.

Il prévaut pour cela dans mon esprit l'obligation de trancher une question de principe: celle qui a trait à l'opposabilité de l'ordre public d'une des Parties en cause à une convention internationale qui les lie. La Partie demanderesse en l'affaire en fait état capital aussi bien que la Partie défenderesse. Décisif comme il l'est pour trancher ce litige, le motif précédemment indiqué n'est pas suffisant, à mon sens, pour juger un différend qui porte sur une question de droit fondamentale. J'ai sur elle une conviction établie et je dois avancer aussi que, loin de se faire échec, l'un et l'autre argument se complètent tout logiquement. Car, si ladite convention n'est pas violée dans l'espèce en vertu de sa diversité juridique par rapport avec la loi d'éducation protectrice, c'est le caractère d'ordre public de cette dernière qui soutient cette diversité. Une loi d'un tout autre caractère ne pourrait jamais, voire même d'une manière incidentelle, entraver le complet accomplissement d'une convention internationale.

Parallèlement à sa fonction de « régler conformément au droit international les différends qui lui sont soumis » prévue à l'article 38, alinéa 1, de son Statut, la Cour internationale de Justice a aussi — nonobstant la limitation que l'article 59 établit pour ses décisions — une fonction doctrinale de la plus haute importance. Cette fonction, elle peut et doit l'assurer dans le cas d'espèce en vue de développer progressivement le droit international au sujet de la question posée à sa considération sur le principe de l'ordre public face à une convention internationale. A ce même alinéa, paragraphe *d*), ledit article 38 de son Statut lui enjoint de faire état de « la doctrine des publicistes les plus qualifiés des différentes nations, comme moyen auxiliaire de détermination des règles de droit ».

Je fonderais pour ces raisons mon opinion individuelle, favorable à la thèse soutenue par la Partie défenderesse, en analysant la portée juridique dudit principe dans cette affaire.

## SEPARATE OPINION OF JUDGE MORENO QUINTANA

[*Translation*]

To my great regret, although I am fully in agreement with them concerning the judgment at which they arrive in this case, I am unable to share the opinion of the majority of my colleagues who give as the sole determining reason for their decision the fact that the Swedish law of June 6th, 1924, on the protective upbringing of children is of a different nature from the Convention of 1902 which governs the guardianship of infants as between the Netherlands and Sweden.

The chief consideration in my mind is that a question of principle has to be settled, namely, the question whether the *ordre public* of one of the Parties in the case can be invoked against an international Convention which is binding on both Parties. The Applicant in this case attaches fundamental importance to this question, as also does the Respondent. Decisive as it is for the settlement of this dispute, the reason first mentioned above does not, in my view, furnish sufficient ground for a decision on a dispute relating to a fundamental question of law. I hold a very definite view on this question, and I must also point out that, far from ruling one another out, the two grounds supplement each other quite logically. For, though the Convention in question is not infringed in this case, because legally it is of a different nature from the law on protective upbringing, it is the *ordre public* character of that law which marks the difference. A law of an entirely different nature could never, even in an incidental way, impede the complete accomplishment of an international convention.

Side by side with its function of deciding "in accordance with international law such disputes as are submitted to it", as mentioned in Article 38, paragraph 1, of its Statute, the International Court of Justice has also—notwithstanding the limitation which Article 59 prescribes for its decisions—a doctrinal function of the greatest importance. The Court can and must discharge this function in the present case with a view to the progressive development of international law on the question submitted for its consideration concerning the principle of the relationship between *ordre public* and an international Convention. Paragraph 1 (*d*) of Article 38 of the Statute moreover enjoins the Court to apply "the teachings of the most highly qualified publicists of the various nations, as subsidiary means for the determination of rules of law".

For these reasons, I shall furnish grounds for my separate opinion, which is in favour of the contention advanced by the Respondent, by analyzing the legal scope of the said principle in this case.

\* \* \*

Il s'agit, dans le cas d'espèce, d'une affaire qui se rapporte aux questions auxquelles donne lieu le droit international privé. La jurisprudence de la Cour permanente en fait état dans son arrêt sur l'affaire des Emprunts serbes :

« Tout contrat qui n'est pas un contrat entre des États en tant que sujets du droit international — a-t-elle dit — a son fondement dans une loi nationale. La question de savoir quelle est cette loi fait l'objet de la partie du droit qu'aujourd'hui on désigne le plus souvent sous le nom de droit international privé ou de théorie du conflit des lois. Les règles en peuvent être communes à plusieurs États et même être établies par des conventions internationales ou des coutumes, et dans ce dernier cas avoir le caractère d'un vrai droit international, régissant les rapports entre des États. Mais, à part cela — et je termine la citation — il y a lieu de considérer que lesdites règles font partie du droit interne. » (V. *Arrêts*, etc., Série A, nos 20/21, p. 41.)

Ces notions sont celles applicables à la présente affaire parce que les traités qui, comme celui dont elle s'occupe, ont pour but l'unification des règles découlant de l'application aux personnes privées des lois particulières des États, ont incontestablement le caractère de traités de droit international privé. Intitulée d'abord comme de tutelle d'une mineure, l'affaire a été par la suite sagement rebaptisée comme application de la Convention de 1902 pour régler la tutelle des mineurs. Cette nouvelle dénomination est incontestablement beaucoup plus d'accord avec la portée du jugement à rendre par la Cour dans le cas d'espèce.

Nous avons, face à nous, une intervention du droit international que l'on qualifie volontairement de *public* en matière d'interprétation d'une convention internationale. Et c'est à la Cour, comme organe judiciaire, qu'il incombe de décider. Sa compétence est clairement établie par l'article 38, alinéa 1, de son Statut, que j'ai déjà mentionné, et dont la portée impérative est incontestable. Une conversion du droit international privé en droit international public a eu lieu, qui permet à la Cour d'exercer ses pouvoirs judiciaires.

La Cour a à statuer sur le cas d'une enfant mineure. Celle-ci a été l'objet d'une mesure d'éducation protectrice prise par l'autorité suédoise compétente, laquelle serait hors du cadre juridique de ladite convention et, en plus, relèverait de l'ordre public de la Suède. A ce que la Partie demanderesse réplique que le défendeur enfreint cette convention qui constitue la norme juridique applicable à la tutelle des mineurs de l'un et de l'autre pays. Ce n'est précisément pas un déni de justice qu'elle impute à la Partie défenderesse, sinon le fait de l'adoption d'une mesure découlant du droit de ce pays à une enfant dont la tutelle est régie par la loi

\* \* \*

The case before the Court is one which relates to questions within the domain of private international law. Such a situation was dealt with by the Permanent Court in its judgment in the Serbian Loans Case in the following terms:

“Any contract which is not a contract between States in their capacity as subjects of international law is based on the municipal law of some country. The question as to which this law is forms the subject of that branch of law which is at the present day usually described as private international law, or the doctrine of the conflict of laws. The rules thereof may be common to several States and may even be established by international conventions or customs, and in the latter case may possess the character of true international law governing the relations between States. But apart from this, it has to be considered that these rules form part of municipal law.”  
(*Collection of Judgments*, Series A, Nos. 20/21, p. 41.)

These are notions that are applicable to the present case since treaties which, like that with which it is concerned, are designed to achieve unification of the rules deriving from the application to private persons of particular State laws, undeniably have the character of private international law treaties. The original title: “Case concerning the guardianship of an infant” was subsequently, and very wisely, changed to “Case concerning the application of the Convention of 1902 governing the guardianship of infants”, and this new title is undoubtedly much more in accord with the scope of the judgment to be given by the Court in this case.

We are confronted with an intervention of what may properly be described as *public* international law in the matter of the interpretation of an international Convention. And it is for the Court, as a judicial organ, to decide the matter. The Court’s jurisdiction is clearly established by Article 38, paragraph 1, of the Statute—to which I have already referred—the imperative character of which is beyond doubt. A conversion of private international law into public international law has occurred and this enables the Court to exercise its judicial powers.

The Court has to adjudicate upon the case of an infant. This infant was the subject of a measure of protective upbringing taken by the competent Swedish authorities which, it is argued, falls outside the legal framework of the Convention and, furthermore, falls within the *ordre public* of Sweden. To this the Applicant has replied that the Respondent is in breach of the Convention which constitutes the legal norm applicable to the guardianship of infants of both countries. It is not precisely a denial of justice that the Applicant alleges against the Respondent, but rather the fact that a measure deriving from the law of Sweden has been applied to a

hollandaise. En d'autres mots, les Pays-Bas considèrent que la Suède a violé ses obligations internationales fixées par ladite convention, selon laquelle la loi nationale des mineurs est la norme applicable à leur tutelle. Sans contrevenir ce dernier point de vue, le défendeur soutient que la mesure adoptée ne relève pas de cette convention et que, appartenant en tout cas à l'ordre public, elle fait échec à l'application de la loi étrangère.

Une sage règle en la matière, qui doit servir comme point de départ pour la décision du cas présent, nous est fournie par l'éminent Savigny, dans son *Système du droit romain actuel*. Le juge, a-t-il dit, doit appliquer à chaque rapport de droit la norme la plus conforme avec la nature propre et essentielle de ce rapport. Ce droit peut être aussi bien celui de son pays que celui d'un État étranger. Mais ce principe, qui établit une communauté du droit entre les différents États, reconnaît une importante restriction: celle motivée par l'existence de plusieurs espèces de lois d'une nature spéciale, dont les lois d'une nature positive et rigoureusement obligatoire telles que celles qui ont été dictées pour des motifs d'intérêt général (*publica auctoritas*) (v. version française, Paris, 1860, t. 8, par. CCCXLIX).

Dans le cas d'espèce, le noyau de l'affaire est constitué par la question de l'opposabilité de l'ordre public à une convention internationale. C'est-à-dire le rapport qui pourrait exister entre l'application de la Convention de 1902 qui règle la tutelle des mineurs et qui fait droit entre les Pays-Bas et la Suède, et la mesure d'éducation protectrice adoptée à l'égard de Marie Elisabeth Boll par ce dernier pays. L'une et l'autre des Parties en cause en font état capital quand elles lui dédient une attention principale dans leur débat judiciaire. En tant que les Pays-Bas prétendent que le maintien de cette mesure est contraire à ladite convention puisqu'elle entrave l'exercice complet de la tutelle, la Suède affirme qu'elle ne fait que l'application dans l'espèce de son ordre public. Il s'agit toutefois de procédures d'une portée différente accomplies dans deux ordres juridiques nationaux qui incident sur une même situation: la garde de l'enfant. C'est sur elle que tombe le point de collision de deux lois, la loi néerlandaise sur la tutelle et la loi suédoise sur l'éducation protectrice. La Suède ne discute nullement l'existence légale de la tutelle décernée par la loi néerlandaise, ainsi qu'il est prévu dans l'article premier de la Convention. Dans sa décision en date du 16 septembre 1954, le tribunal de Norrköping écarte dans l'affaire l'application de la loi suédoise sur la tutelle. Elle soutient que sa loi d'éducation protectrice a un but et une portée tout différents de l'institution de la tutelle, institution typique du droit de famille, qui est l'objet de la Convention de 1902. Mais ce ne sera pas la diversité par elle-même de la loi suédoise par rapport à la Convention de 1902 qui lui permettra de faire échec à cette dernière. Il faut pour cela qu'elle relève de l'ordre public,

child whose guardianship is governed by the law of the Netherlands. In other words, the Netherlands consider that Sweden has violated her international obligations under the Convention, which provides that the national law of the infant is the norm applicable to its guardianship. Without disputing this view, the Respondent contends that the measure adopted is not covered by the Convention, and that since, in any case, it comes within the domain of *ordre public*, it constitutes a bar to the application of the foreign law.

A wise rule on the subject which must serve as a point of departure for the decision in the present case is supplied by the great Savigny, in his *Système du droit romain actuel*. The judge, he says, must apply to each legal relationship the norm which is most in conformity with the specific and essential nature of that relationship. This law may be the law of a person's own country or it may be that of a foreign State. But this principle, which establishes a uniformity of law between the different States, is subject to an important restriction—the restriction based upon the existence of several species of laws of a special nature, including laws which are positive and strictly compulsory in character, such as those which are dictated by reason of general interest (*publica autoritas*) (see French translation, Paris, 1860, Vol. 8, para. CCCXLIX).

In the present proceedings, the crux of the case is constituted by the question whether *ordre public* may validly be invoked against an international convention. That is to say, the question at issue is that of the relationship between the application of the 1902 Convention which governs the guardianship of infants and which is law as between the Netherlands and Sweden, and the measure of protective upbringing taken by Sweden in respect of Marie Elisabeth Boll. Both Parties attribute cardinal importance to this, devoting to it the greater part of their arguments. While the Netherlands claim that the maintenance of the measure is contrary to the Convention on the ground that it impedes the full exercise of guardianship, Sweden contends that she has merely applied her *ordre public* in the present case. However, what are involved are procedures which are of different scope, which are carried out in two different national legal spheres but which affect one and the same situation, the custody of the infant. It is on that point that there is conflict between two laws, the Dutch law on guardianship and the Swedish law on protective upbringing. Sweden has in no wise challenged the legal existence of the guardianship instituted under Netherlands law in accordance with Article 1 of the Convention. In its decision of September 16th, 1954, the Norrköping court rejected the application to this case of the Swedish law on guardianship. Sweden maintains that her law on the protective upbringing of infants, of June 6th, 1924, is quite different in object and in scope from the institution of guardianship, a typical institution of family law, to which the 1902 Convention relates. But the difference of the Swedish Law in relation to the 1902 Convention will not

notion qui lui donnera l'efficacité nécessaire pour développer ses effets juridiques sur le plan international.

\* \* \*

La notion de l'ordre public qui apparaît si nette et si claire dans les systèmes juridiques qui découlent du droit appelé *continental* dans les pays latins, ne semble pas être toujours comprise de la même manière dans d'autres systèmes de droit. C'est ce qui arrive à fausser un peu certaines interprétations données dans le cas d'espèce par l'une et l'autre des Parties en cause. Nul besoin — je crois —, pour arriver à une solution légale, d'échafauder des théories et des distinctions qui ne font que la confondre. L'ordre public — comme je l'entends — est l'ensemble des lois et des instruments juridiques dont les principes ne sauraient être mis en cause ni par les conventions particulières, ni par la collision d'une loi étrangère. Ses dispositions ont un effet rétroactif et on ne saurait lui opposer des droits définitivement acquis. Les juges doivent l'appliquer en dépit de toute convention internationale. Il a son fondement dans la nécessité de tout État de se donner des institutions fondamentales en ce qui a trait à son organisation politique et sociale. Celles qui régissent notamment la constitution de la famille, la protection de l'enfance, le régime successoral ou l'observance des bonnes mœurs ont indiscutablement ce caractère.

Le Gouvernement suédois affirme dans sa duplique (pp. 11 et ss.) que sa loi sur l'éducation protectrice relève aussi bien du droit public que de l'ordre public. Pour autant que l'effet de ces deux éléments puisse être le même dans son opposabilité à l'application d'une loi étrangère, il s'agit cependant de conceptions juridiques différentes. Le droit public a en effet un rôle très spécifique: celui de pourvoir à la structure politique de l'État en statuant sur des intérêts souverainement collectifs. Dans cette idée, la constitution d'un pays, son système économique ou son organisation sociale sont des manifestations de l'activité de son droit public. Mais il n'est pas toujours facile de détacher l'élément net de séparation entre l'une et l'autre branche du droit. Une même loi, comme celle de la Suède sur l'éducation protectrice de l'enfance, peut révéler aussi bien un caractère de droit public qu'un caractère de droit privé. Elle appartient au droit public en tant qu'elle protège l'enfance dans son ensemble; elle appartient au droit privé quand elle a une incidence sur la situation des personnes. Beaucoup plus ample, la notion de l'ordre public couvre celle du droit public. Voilà pourquoi il ne sera pas nécessaire d'invoquer dans ce cas la portée du droit public pour soutenir que l'éducation protectrice de l'enfance est une institution primordiale d'ordre public.

of itself enable the Law to override the Convention. To do so it must fall within the *ordre public*, a concept which confers upon it the validity which enables it to extend its legal effects on the international plane.

\* \* \*

The concept of *ordre public* which is so clear and well defined in the legal systems derived from the so-called *continental* law in the latin countries, does not seem always to be understood in the same way in other legal systems. As a result, certain of the interpretations given by the Parties in the present case, have become somewhat distorted. In order to arrive at a legal solution, there is, I think, no need to construct theories and draw distinctions which merely confuse the issue. I understand *ordre public* to be the whole body of laws and legal instruments whose principles cannot be set at naught either by special conventions or by a conflicting foreign law. Its provisions have retrospective effect and definitively acquired rights cannot be invoked against it. The judges should apply it in spite of any international convention. It finds its basis in the need of each State to provide itself with fundamental institutions in the field of its political and social organization. Those institutions, in particular, which govern the family, child welfare, inheritance and public morals, indubitably have this character.

The Swedish Government contends in its Rejoinder (pp. 11 *et seq.*) that its law on protective upbringing falls within the sphere both of public law and of *ordre public*. But although the effect of these two elements may be the same in regard to its invocation as against the application of a foreign law, what are involved are different legal concepts. Indeed, public law has a very specific role: that of providing for the political structure of the State by adjudicating upon interests that are supremely collective. In this connection, the constitution of a country, its economic system or its social organization are manifestations of the activity of its public law. But it is not always easy to draw a hard and fast line between the two branches of law. A single law, such as that of Sweden on protective upbringing of children, may reveal aspects of public law and aspects of private law. It belongs to public law in so far as it protects children in general; it belongs to private law when it affects the position of individuals. The concept of *ordre public*, being much broader, embraces that of public law. That is why it is unnecessary in the present case to invoke the scope of public law in order to show that the protective upbringing of children is one of the primary institutions of *ordre public*.

Dans les rapports qui dérivent du droit international privé, il y a un principe de limitation de l'autorité d'une loi étrangère. Celui-ci entre en fonction chaque fois que ladite loi se heurte à l'ordre public du pays où elle doit être appliquée. Chaque État l'interprète en vertu de sa législation nationale selon les principes qui dominent à un moment donné son organisation sociale. Cette notion peut varier assez d'un État à un autre, mais elle reconnaît toujours un trait commun: celui qui l'identifie avec les intérêts permanents d'une nation quand elle pourvoit à sa fonction étatique d'assurer les droits individuels. La *lex fori* qui a le caractère d'une loi d'ordre public garde alors toute sa vigueur dans les rapports auxquels donne lieu le droit international privé. Dans son arrêt sur l'affaire — déjà citée — des Emprunts serbes, la Cour permanente fit référence à la difficulté d'établir la notion d'ordre public « dont la définition dans un pays déterminé — dit-elle — dépend dans une large mesure de l'opinion qui prévaut à chaque moment dans ce pays même... » (v. *Arrêts*, etc., Série A, nos 20/21, p. 46). Antonio Sanchez de Bustamante — le juriste internationaliste cubain bien connu, auteur du Code de droit international privé qui porte son nom — admet que les lois qu'il appelle d'ordre public interne, telles que celles qui régissent dans un État l'état et la capacité des personnes, les rapports de famille, les successions, etc., ont un caractère impératif; elles obligent aussi bien les domiciliés dans cet État que ses nationaux et font échec à l'application d'une loi étrangère (art. 3, al. 1).

On a voulu aussi établir une différence entre l'ordre public national et l'ordre public international en donnant à ce dernier une portée plus large dans le sens de son opposabilité à une loi étrangère. Plusieurs auteurs le reconnaissent ainsi. D'autres — et je suis des leurs — affirment qu'il n'y a que l'ordre public national qui puisse faire échec à un rapport de droit international privé. L'ordre public international se confine dans le système du droit international public quand il établit certains principes, tels les principes généraux du droit des gens et les droits fondamentaux des États, dont le respect est indispensable pour permettre la coexistence juridique des unités politiques qui composent la communauté internationale. La société naturelle des nations entrevue au XVI<sup>me</sup> siècle par Francisco de Vitoria, celle de la coexistence de communautés parfaites dans une communauté universelle développée par Francisco Suarez au siècle suivant, la *Civitas Maxima* de Christian Wolff constituée par tous les États sur la base d'un pacte tacite exprimée pendant le XVIII<sup>me</sup> siècle, et la communauté juridique des États liée par l'accomplissement de certains devoirs que définit au siècle passé Friedrich Karl von Savigny, en font nécessairement état. Ces principes — nous les connaissons bien puisqu'ils sont fort limités — et ces droits aussi, ont un caractère impératif et une portée universelle. D'une part, la liberté des mers, la représ-

In relations which are derived from private international law there is a principle of the limitation of the authority of a foreign law. This principle comes into play whenever the foreign law is in conflict with the *ordre public* of the country where it is to be applied. Each State interprets it by virtue of its national legislation according to the principles which may at a given moment govern its social organization. This concept may vary considerably from State to State, but one common feature is always recognized: the feature which identifies it with the permanent interests of a nation when that nation provides for its State function of securing respect for individual rights. In those circumstances, the full force of the *lex fori* which has the character of a law of *ordre public* remains unimpaired in the relations flowing from private international law. In its judgment, which I have already cited, in the Serbian Loans case the Permanent Court referred to the difficulty of defining *ordre public* "a conception the definition of which in any particular country is largely dependent on the opinion prevailing at any given time in such country itself..." (*Collection of Judgements*; Series A., Nos. 20/21, p. 46). The well-known Cuban international lawyer, Antonio Sanchez de Bustamante, the author of the code of private international law which bears his name, agrees that laws which he calls of domestic *ordre public*, such as those governing the status and capacity of persons, family relationships, inheritance, etc., in a State are peremptory in character; they are binding both on persons having their residence in the State and on the nationals of the State, and prevent the application of a foreign law (Art. 3, para. 1).

It has also been suggested that there is a difference between national *ordre public* and international *ordre public* on the ground that the latter is of wider scope with regard to its invocation against a foreign law. Many writers recognize that this is so. Others, including myself, consider that only national *ordre public* may constitute a bar to the application of a relationship of private international law. International *ordre public* operates within the limits of the system of public international law when it lays down certain principles such as the general principles of the law of nations and the fundamental rights of States, respect for which is indispensable to the legal co-existence of the political units which make up the international community. The natural society of nations, to which Francisco de Vitoria looked forward, in the 16th century, the society which involved the co-existence of perfect communities within a universal community as propounded by Francisco Suarez in the following century, the *Civitas Maxima* described by Christian Wolff in the 18th century, as constituted by all States on the basis of a tacit covenant, and the legal community of States bound by the performance of certain duties, as defined in the last century by Friedrich Karl von Savigny, are all necessarily based on these principles and these rights. These principles—we are all quite familiar with them because they are very limited—and these rights,

sion de la piraterie, la continuité internationale de l'État, l'immunité de juridiction et la réglementation de la guerre; d'une autre, l'inviolabilité des traités, l'indépendance et l'égalité juridique des États. Mais il s'agit en tout cas d'une conception bien différente de celle qui a été exposée par les Parties dans cette affaire.

Même sans en faire mention expresse, tout accord international qui établit des règles de droit privé se heurte nécessairement à la notion de l'ordre public national. Aucune loi étrangère n'est applicable quand le principe de l'extraterritorialité des lois se heurte à un cas régi spécifiquement par une loi locale. Et les États maintiennent à tout moment le pouvoir de régler, en vertu de leur souveraineté, leur ordre public. Des auteurs d'une autorité universelle l'affirment sans donner lieu au doute. La jurisprudence de plusieurs tribunaux nationaux est bien concluante aussi à ce sujet. Les uns et l'autre font doctrine en la matière. L'ordre public est lié indissolublement aux principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées dont l'article 38, alinéa 1, lettre c), de son Statut instruit à la Cour de faire application principale dans sa mission de régler conformément au droit international les différends qui lui sont soumis. Cela veut dire que ladite application fait l'objet d'un engagement international de la part de tous les États Membres de l'ONU et de ceux qui ont adhéré au Statut de la Cour. *Jus posteriori derogat priori* établit la maxime romaine bien connue en vertu de laquelle l'article 103 de la Charte des Nations Unies prescrit que, en cas de conflit entre les obligations qu'elle impose aux États Membres et celles établies par tout autre accord international, ce sont les premières qui prévaudront. L'ordre public national de la Suède prévaut par conséquent sur les dispositions de la Convention de 1902 qui règle la tutelle des mineurs entre ce pays et la Hollande. D'autre part, aucune des dispositions de cette Convention ni les opinions exprimées au cours de ses travaux préparatoires ne permettent d'établir que l'application du principe de l'ordre public aurait été enrayée.

\* \* \*

La loi suédoise sur la protection de l'enfance est-elle ou non une loi d'ordre public? Elle règle dans tous ses détails les modalités de l'éducation des enfants qui tombent dans les différents cas envisagés par son article 22. En particulier, les articles 1, 20 et 21, qui visent la protection des enfants dans chaque commune, la surveillance des gouvernements des provinces pour le bien-être de

too, have a peremptory character and a universal scope. On the one hand, the freedom of the seas, the repression of piracy, the international continuity of the State, the immunity of jurisdiction and the rules governing warfare; and on the other hand the inviolability of treaties, the independence and legal equality of States. But, in any event, what is involved is a conception that is entirely different from the one laid before the Court by the Parties in this case.

Even in the absence of an express reference, any international agreement laying down rules of private law necessarily runs up against the concept of national *ordre public*. No foreign law is applicable when the principle of the extraterritoriality of laws comes up against a case that is specifically governed by a local law. And, by virtue of their sovereignty, States possess at all times the power to regulate their own *ordre public*. Authors enjoying universal authority assert that this is so beyond any doubt. The decisions of several national courts are also quite decisive on this point. Teachings in this matter are to be drawn from these authors and from these decisions. *Ordre public* is indissolubly bound up with the general principles of law recognized by civilized nations which, under Article 38, paragraph 1 (c) of the Statute, the Court is required to apply as a main source of law in discharging its function of deciding in accordance with international law such disputes as are submitted to it. This means that the application of these principles is the subject of an international undertaking by all Members of the United Nations and by those States which have adhered to the Statute of the Court. *Jus posteriori derogat priori* says the well-known Roman maxim in accordance with which Article 103 of the Charter of the United Nations prescribes that, in the event of a conflict between the obligations imposed on Member-States by the Charter and obligations arising from any other international agreement, it is the former obligations that shall prevail. The national *ordre public* of Sweden consequently prevails over the provisions of the 1902 Convention which governs the guardianship of infants as between that country and the Netherlands. Moreover, none of the provisions of that Convention, and none of the opinions expressed in the course of the preparatory work for it justify the view that the application of the principle of *ordre public* was excluded.

\* \* \*

Is the Swedish law on the protection of infants a law of *ordre public* or is it not? It regulates in great detail the practical methods to be employed in the upbringing of infants who fall within the various categories contemplated in Article 22. In particular, Articles 1, 20 and 21 which relate to the protection of children in each commune, the supervision by the provincial governments

l'enfance et la fonction de la direction générale des Affaires sociales sont des dispositions d'ordre public. En soi, ladite loi suédoise n'est, face à la Cour, qu'un fait. « Du point de vue du droit international et de la Cour qui est son organe — a dit la Cour permanente dans son arrêt sur les Intérêts allemands en Haute-Silésie — les lois nationales sont de simples faits, manifestation de la volonté et de l'activité des États, au même titre que les décisions judiciaires ou les mesures administratives » (v. *Arrêts*, etc., Série A, n° 7, p. 19). Par conséquent, son origine, l'intention du législateur qui l'a dictée, ses dérivations possibles, sont des questions qui restent hors de la compétence de la Cour. Il lui suffit de s'en tenir à son texte pour savoir si elle est ou non une loi d'ordre public.

Toutefois, il est indispensable, pour que l'ordre public d'un pays puisse jouer face à une convention internationale, qu'il existe un lien de rattachement de la personne intéressée avec le territoire. Les Parties en cause sont d'accord, avec raison, que la résidence permanente d'une personne sur un territoire peut constituer ce lien de rattachement. Mais la demanderesse a soutenu que, dans le cas de la mineure Boll, sa résidence en Suède est une résidence forcée par suite de l'application de la mesure d'éducation protectrice. Aucune preuve cependant n'a été apportée par cette Partie pour démontrer que la résidence de la mineure en Suède est contraire à son désir personnel. Elle a jugé suffisant d'invoquer sa loi nationale selon laquelle le domicile d'un pupille est choisi par son tuteur. Il n'a pas été fait référence à la manifestation d'une volonté personnelle. En tout cas, il y a lieu de supposer — présomption *juris tantum* —, en l'absence de toute preuve contraire, que la vie en commun de l'enfant avec ses grand-parents, les parents de sa mère, là où elle est née, où elle a grandi, où se trouve le centre de ses affections, n'est nullement en fait une résidence forcée. *Ubi bene, ibi patria*, dit la maxime si bien connue.

\* \* \*

Les faits et le droit dans le cas d'espèce apparaissent comme suit. Une mineure née en Suède, mais de nationalité néerlandaise par suite de la nationalité de son père et de celle acquise par sa mère originellement suédoise, est soumise dans le pays qu'elle n'a pas quitté depuis sa naissance à une mesure d'éducation protectrice. La tutelle de cette mineure doit être réglée par sa loi nationale selon une convention entre la Suède et les Pays-Bas. Celle-ci est dûment organisée par des décisions d'un tribunal suédois d'abord, néerlandais ensuite, mais la garde de l'enfant est entravée par suite de l'adoption de cette mesure d'ordre public. Ceci est-il contraire au droit international? Je ne l'estime pas ainsi. Les conséquences de situations juridiques motivées par l'application des lois territoriales ne sont pas en opposition avec les obligations

with a view to ensuring the welfare of children, and the functions of the Director-General of Social Affairs, are all provisions of *ordre public*. In itself and in so far as the Court is concerned, the Swedish law in question is no more than a fact. In its Judgment on German interests in Upper Silesia, the Court said: "From the standpoint of international law and of the Court which is its organ, municipal laws are merely facts which express the will and constitute the activities of States, in the same manner as do legal decisions or administrative measures" (*Collection of Judgments*, Series A, No. 7, p. 19). Consequently the origin of the law, the intention of the draftsman and the possible results to which it may lead are questions which do not fall within the jurisdiction of the Court. It is sufficient for the Court to scrutinize the text of the law in order to ascertain whether or not it is a law of *ordre public*.

However, before the *ordre public* of a country may be validly invoked against an international convention there must exist a substantive connection between the person concerned and the territory. The Parties to this case agree—and rightly so—that permanent residence by a person in a territory can constitute such a substantive connection. But the Applicant contended that, in the case of the infant Boll, her residence in Sweden is a forced residence through the application of the measure of protective upbringing. No proof however has been brought forward by the Applicant to show that the residence of the infant in Sweden is contrary to her personal wish. The Applicant has thought it sufficient to invoke its national law, according to which the domicile of a ward is chosen by its guardian. No reference has been made to any expression of a personal desire. In any case, it is to be presumed—and this is a presumption *juris tantum*—in the absence of any proof to the contrary, that the child's living with her grandparents, her mother's parents, in the place where she was born, where she grew up and where her affections are centred, by no means constitutes a forced residence. *Ubi bene, ibi patria*, says the well-known maxim.

\* \* \*

The facts and the law in this case appear to be as follows. An infant born in Sweden, but of Netherlands nationality because of the nationality of her father and of the nationality acquired by her mother who was originally Swedish, is placed under a measure of protective upbringing in the country which she has not left since her birth. The guardianship of this infant must be governed by her national law in accordance with a convention between Sweden and the Netherlands. This guardianship has been duly established by decisions of a Swedish court in the first place and subsequently by a decision of a Dutch court, but the right of custody of the infant is impeded by the adoption of this measure of *ordre public*. Is this contrary to international law? I do not consider that it is so. The consequences flowing from legal situations produced

découlant des conventions internationales. C'est ce qui caractérise plus particulièrement le cas d'espèce: une loi territoriale dont l'application ne fait pas échec à celle d'une convention, mais a une incidence sur une situation de fait constituée par la garde d'un enfant.

Toute appréciation de l'ordre public dans les rapports internationaux est nécessairement le fait de l'interprétation d'un organe juridictionnel pourvu que cette interprétation ne conduise pas — comme le dit la Cour permanente dans son avis consultatif sur le Service postal polonais à Dantzig — « à des résultats déraisonnables ou absurdes » (v. *Arrêts, etc.*, Série B, n° 11, p. 39). Et serait-elle déraisonnable ou absurde, la décision de notre Cour aurait pour résultat d'éviter le dépaysement et la souffrance d'un enfant qui autrement serait arrachée des bras de ses grands-parents, emportée loin de son pays natal et obligée à vivre dans une ambiance étrangère. Le droit n'est pas une création métaphysique, une conséquence d'un raisonnement froid et abstrait de la pensée humaine qui ne tient aucunement compte de la réalité sociale. Et les États comme les Pays-Bas et la Suède, qui ont incorporé dans leur droit international des règles de droit international privé, n'ont sûrement pas eu en vue l'application de solutions inhumaines. C'est notre propre Cour qui a exprimé dans l'affaire de l'Anglo-Iranian qu'elle ne pourrait se fonder sur une interprétation purement grammaticale du texte et qu'elle devait chercher l'interprétation qui fût en harmonie avec la manière naturelle et raisonnable de le lire (v. *Recueil, etc.*, 1952, p. 104).

Les faits particuliers de la cause, qui ont amené les autorités suédoises à prendre les mesures incriminées par le Gouvernement des Pays-Bas, n'ont pas été l'objet d'une contestation par les Parties. C'est pourquoi la Cour a décidé de ne pas prendre position sur eux. Leur connaissance aurait pu être cependant d'une singulière utilité pour établir si dans le cas d'espèce la Suède a agi légitimement en appliquant sa mesure d'éducation protectrice à Marie Elisabeth Boll. Car, si ces autorités ne l'avaient pas fait de la sorte, je me demande si la Partie défenderesse serait à même d'opposer avec succès, face à un organe juridictionnel, son ordre public pour entraver les effets d'une loi étrangère découlant d'une convention internationale. La jurisprudence de notre propre Cour dans le cas *Nottebohm*, dans lequel elle a sagement dissocié les institutions de la nationalité et de la protection diplomatique dans leur capacité pour fonctionner indépendamment dans des ordres juridiques nationaux différents, me permet de penser ainsi (v. *Recueil, etc.*, 1955, p. 26). Faute de connaître les faits de l'espèce, et ne lui ayant pas été imputé un déni de justice, je dois logiquement présumer que la Partie défenderesse a fait un usage légitime de son ordre public.

(Signé) LUCIO MORENO QUINTANA.

by the application of territorial laws are not in opposition to the obligations flowing from international treaties. This is the special feature of the present case: it is concerned with a territorial law the application of which does not debar the application of a convention but affects a *de facto* situation constituted by the custody of an infant.

Any appraisal of *ordre public* in international relations is necessarily a matter for interpretation by a court, provided that such an interpretation does not—to use the words of the Permanent Court in its advisory opinion concerning Polish postal service in Danzig—“lead to something unreasonable or absurd” (see *Judgments*, etc., Series B, No. 11, p. 39). And would the Court’s decision be unreasonable or absurd if the result of it was to obviate the transplantation and the suffering of a child who would otherwise be torn from the arms of her grandparents, carried away far from the country of her birth and obliged to live in a foreign atmosphere? The law is not a metaphysical creation, a consequence of cold and abstract reasoning of the human mind, which has no regard for social reality. And States like the Netherlands and Sweden, which have incorporated rules of private international law in their international law, surely do not contemplate the application of inhuman solutions. Our own Court stated in the Anglo-Iranian case that it could not base itself on a purely grammatical interpretation of the text and that it must seek the interpretation which is in harmony with a natural and reasonable way of reading the text (see *I.C.J. Reports 1952*, p. 104).

The specific facts of the case, which led the Swedish authorities to take the measures objected to by the Netherlands Government, are not a subject of disagreement between the Parties. That is why the Court decided to adopt no position with regard to them. Knowledge of them might, however, have been extremely useful in determining whether in this particular case Sweden has acted justifiably in putting Marie Elisabeth Boll under protective upbringing. For, if this was not the case, I wonder whether the Respondent would be able, before a judicial organ, to sustain its *ordre public* to impede the effects of a foreign law derived from an international convention. The decision of this Court in the Nottebohm case, in which it wisely dissociated the questions of nationality and of diplomatic protection as regard their capacity for functioning independently in different national judicial systems, allows me to think that they would (see *I.C.J. Reports 1955*, p. 26). Not being cognizant of the facts, and no denial of justice having been alleged against the Respondent, I must logically assume that the latter has made a proper use of its *ordre public*.

(Signed) LUCIO MORENO QUINTANA.