

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.

* * *

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

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,

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.

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^{me} 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^{me} 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-

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

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

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.