

OPINION INDIVIDUELLE DE SIR PERCY SPENDER

[Traduction]

Tout en me ralliant à la décision de la Cour, j'estime qu'il convient de procéder pour ma part à l'examen de certains aspects de cette affaire et de présenter à ce propos quelques remarques complémentaires.

Je me propose de limiter mon exposé, tout d'abord à l'interprétation de la Convention au sujet des faits de l'espèce et ensuite aux conclusions du Gouvernement du Royaume de Suède sur l'ordre public.

L'éducation protectrice est-elle conforme aux obligations qui incombent à la Suède à l'égard des Pays-Bas en application de la Convention de 1902?

La tâche de la Cour peut, à mon avis, être ainsi définie :

a) La loi suédoise de 1924 sur la protection de l'enfance, dans son texte modifié, ou l'une quelconque des dispositions de cette loi, est-elle en contradiction ou incompatible avec la Convention?

b) Les mesures d'éducation protectrice prises et maintenues à l'égard de l'enfant en vertu des dispositions de cette loi sont-elles en contradiction ou incompatibles avec la Convention?

La réponse à ces questions dépendra surtout de la juste interprétation qui doit être donnée à la Convention. Il faut également examiner les termes de la loi suédoise en vertu de laquelle ont été prises les mesures contestées par les Pays-Bas et il convient de le faire d'après l'interprétation que l'on donnera à la Convention.

L'interprétation de la Convention doit avoir pour objet de déterminer si le cas particulier que nous sommes amenés à trancher entre ou n'entre pas dans son champ d'application. Notre mission n'exige rien de plus.

Étant rédigée en termes généraux, la Convention doit, à mon avis, être interprétée et comprise conformément à la matière à laquelle elle se rapporte. Les circonstances qui lui ont donné naissance, son objectif et le but poursuivi constituent des considérations importantes. Défini à la lumière de ces considérations, la matière à laquelle se rapporte la Convention en indiquera la portée et le domaine.

Quelle était la situation avant la conclusion de la Convention? A quels inconvénients de cette situation cherchait-on à remédier? Comment et pour quelles raisons cherchait-on à y remédier? Toutes ces questions sont pertinentes, lorsqu'il s'agit d'interprétation. Les réponses ne prêtent guère à controverse.

La Convention est l'une de celles qui ont été conclues à peu près au même moment en matière de *conflits de lois*. Elle a trait aux

problèmes qui se posaient lorsqu'à propos de l'administration de la tutelle des mineurs, un conflit de lois s'élevait entre deux États. Elle cherchait à formuler des règles qui résoudraient les difficultés inhérentes à cet état de choses; elle cherchait aussi à réaliser entre les États contractants un accord sur la loi applicable à cette fin. La tâche des rédacteurs était axée sur le problème des *conflits de lois* relatifs à la *tutelle* et à son administration. Tel était la nature, et la seule nature, de leur mission.

Ainsi, c'est à cette fin que la Convention cherchait à élaborer des règles et à imposer des obligations aux États contractants. Son but était de supprimer les cas de concurrence et de conflit entre les lois de ces États au sujet de la loi applicable à l'administration des biens et à la garde d'un mineur. Ses dispositions devaient aboutir à l'intégration, dans les systèmes juridiques respectifs des États contractants, de certaines stipulations homogènes, en cas de conflit de lois relatif à l'administration de la tutelle.

Alors qu'auparavant la solution de ce conflit de lois était laissée au droit distinct de chaque État, le but de la Convention était d'introduire certaines règles et certaines dispositions juridiques uniformes et de substituer par la suite, en cas de conflit de lois, ces règles et dispositions à la législation régissant dans chaque État l'administration tutélaire.

A la lumière de ces observations, il appert immédiatement que l'objet de la Convention était de résoudre un conflit de lois existant, ou susceptible de se produire, pendant la durée de sa validité entre deux États contractants, au sujet du droit applicable à la tutelle et à son administration, lorsqu'un enfant, ressortissant d'un État, réside habituellement dans le territoire d'un autre État contractant; à cet effet, sous réserve des dispositions figurant dans d'autres parties, le texte disposait que la loi valablement applicable à la tutelle serait la loi nationale du mineur.

La Convention envisageait l'éventualité d'un conflit entre les lois de deux États — à propos de la tutelle dans chacun de ces États. Elle ne visait pas les lois des États en général. Elle se bornait strictement à un conflit de lois sur la tutelle et son administration. Tel était son objet à l'exclusion de tout autre.

Y a-t-il une incompatibilité ou une contradiction *quelconque* avec la Convention, dans le cas de *toute* limite ou restriction imposée au droit de garde du tuteur, en application d'une loi d'un État contractant dans lequel l'enfant réside habituellement, lorsqu'il ne s'agit pas d'une loi sur la tutelle ou traitant de la tutelle?

La réponse à cette question doit être conditionnée par la portée et la mise en œuvre de la Convention et cela, à son tour, dépend de la matière à laquelle elle se rapporte.

C'est en envisageant la Convention dans son ensemble qu'il faut déterminer la qualification ou l'objet de ce texte. Les questions fondamentales qui se posent sont les suivantes: quelle en est la nature essentielle; à quelle matière se rapporte-t-elle? Les réponses ne sauraient être trouvées dans l'énoncé abstrait d'un critère général, mais dans les considérations que je viens d'exposer.

La nature fondamentale apparaît, à mon avis, assez clairement. Il s'agit de la tutelle: de l'administration tutélaire et des conflits de lois relatifs à la tutelle et à son administration. Telle est la matière visée par la Convention et ce qui, à mon avis, en définit la portée et le domaine. C'est dans cette perspective qu'il faut interpréter la Convention. Ainsi interprétée, elle ne confère au tuteur aucune immunité de cette nature. Il se peut que l'exercice de son droit de garde soit restreint, même à un degré considérable, par l'effet d'autres lois portant sur des sujets totalement différents, sans qu'il se produise de conflit de lois au sens de la Convention.

Mais les dispositions, modifiées, de la loi suédoise de 1924 sur la protection de l'enfance, en application desquelles l'éducation protectrice a été instituée, visent-elles la tutelle?

Une loi peut produire des effets dans une certaine matière sans être pour autant une loi portant sur cette matière. Le fond de cette loi doit être déterminé par son action et non par les effets de cette action en d'autres matières.

La loi suédoise sur la protection de l'enfance forme un tout. Ses dispositions sont liées les unes aux autres. Elle a pour objet la protection de l'enfance et la délinquance, dans le cadre du problème social ainsi créé, ainsi que la protection et le bien-être de la société à cet égard.

On s'accorde de plus en plus à reconnaître que la protection de l'enfance et la délinquance juvénile représentent un problème social d'une importance vitale qui concerne l'État, non seulement dans l'intérêt des enfants, mais avant tout dans celui de la communauté, afin que les adolescents puissent devenir d'utiles membres de la société au lieu de lui être à charge. A mon avis, les objectifs essentiels de la loi suédoise, qui oriente notre recherche, sont les suivants:

a) empêcher que des foyers ayant une influence corruptrice se créent ou continuent d'exister, empêcher et corriger la délinquance juvénile,

b) protéger la société contre les conséquences de la mauvaise éducation de la jeunesse.

Quel que soit l'objet de la loi suédoise, *ce n'est pas* une loi sur la tutelle ou se rapportant à la « tutelle ». Je ne saurais imaginer qu'une nation possédant une législation analogue puisse avoir cette conception.

On ne saurait contester que, dans certaines circonstances, la loi suédoise produise des *effets* à l'égard de la tutelle. Dans la présente

espèce, la Suède ne conteste pas que ces effets sont de nature à constituer un empêchement majeur à l'exercice par le tuteur de son droit de garde. Cela n'en fait pas toutefois, à mon avis, une loi de tutelle, sur la tutelle, relative à la tutelle ou ayant trait à la tutelle. Sa nature essentielle n'est *pas* déterminée par les *effets* qui en découlent lorsqu'elle s'applique à des circonstances particulières et à des faits donnés, ni par des mesures susceptibles d'être régulièrement prises pour son application, ni par leur portée ou leur effet sur le droit de garde d'un tuteur. Aucun conflit de lois relevant de la Convention ne se produit donc en principe entre la loi néerlandaise sur la tutelle et la loi suédoise sur la protection de l'enfance. Elles portent sur des matières différentes. Leur portée et le domaine dans lequel elles s'appliquent sont distincts. La Convention n'avait trait qu'aux conflits de lois qui se produisent dans ce seul domaine de la tutelle, et c'est à cela que se limitent sa portée et sa mise en œuvre. En principe, la loi suédoise est en dehors du cadre de la Convention.

Mais là ne se borne pas notre examen. Un État partie à la Convention ne saurait, *quelle que soit* la matière de la loi en vertu de laquelle il agit, contrevenir en quoi que ce soit aux dispositions de cette Convention.

L'éducation protectrice instituée en l'espèce constitue-t-elle donc une tutelle rivale ?

Son maintien est-il incompatible avec la Convention ou l'une de ses dispositions particulières ?

La réponse à la première question doit, à mon avis, être négative, et cela pour les raisons exposées dans l'arrêt de la Cour.

Et s'il en est ainsi, la réponse à la deuxième question doit dépendre d'une disposition donnée de la Convention ; sinon, pour les raisons déjà exposées, on ne peut pas dire qu'il y ait incompatibilité entre la mesure d'éducation protectrice et la Convention.

Existe-t-il donc une disposition donnée de la Convention dont on puisse dire qu'elle est contredite par l'éducation protectrice ? La seule clause précise qu'il conviendra d'invoquer est celle de l'article 7.

Cet article signifie-t-il que toutes les autres mesures que l'on peut considérer comme destinées à protéger la personne du mineur sont exclues, quelle que soit la matière ou le contexte de la loi en vertu de laquelle ces mesures sont prises, ou les circonstances dans lesquelles elles interviennent ? En particulier, une juste interprétation de ce texte interdit-elle la mesure d'éducation protectrice ?

Je ne le pense pas. Il est certain que l'article ne le prévoit pas expressément. A mon avis, il ne vise que la protection de la personne de l'enfant dans les éventualités qu'il expose. Il faut l'interpréter d'après la portée et le domaine de la Convention dont il fait partie. Interprété correctement, ce texte n'a jamais eu pour but d'interdire d'autres mesures, telle que l'éducation protectrice, qui n'ont pas le moindre rapport avec la tutelle.

L'article 22 a) de la loi suédoise et les articles qui s'y rattachent doivent être également interprétés d'après la portée et l'application de la loi dont ils font partie intégrante. On ne peut les isoler de leur contexte. Ces dispositions de la loi suédoise et l'article 7 de la Convention s'appliquent à des domaines entièrement différents. Les dispositions pertinentes de la loi suédoise et l'éducation protectrice instituée en application de cette loi n'ont rien à voir avec la tutelle proprement dite ou l'administration tutélaire; elles sont entièrement en dehors des termes de l'article 7 de la Convention. Il n'y a pas de contradiction ou d'incompatibilité.

Il convient de faire une remarque supplémentaire.

Si l'on pouvait prouver que, dans un cas donné, une loi dont les dispositions soient comparables aux dispositions pertinentes de la loi suédoise a été appliquée par un État contractant, non pas de bonne foi, pour en assurer la mise en œuvre mais pour atteindre un objectif étranger à ce texte, en intervenant par exemple et en effectuant des restrictions dans l'exercice du droit de garde d'un tuteur, d'autres considérations tout à fait différentes entreraient en jeu. Mais tel n'est pas le cas en l'espèce. Les Pays-Bas ont très justement reconnu que la Suède a agi avec une bonne foi absolue, en application de sa législation. Et il n'est pas question non plus de déni de justice. Les Pays-Bas contestent uniquement que la mesure d'éducation protectrice soit conforme aux dispositions de la Convention.

A mon avis, les Pays-Bas ne sont pas parvenus à démontrer que la Suède n'avait pas respecté les dispositions de la Convention.

Ordre public

Dans la présente affaire, la question essentielle sur laquelle les Parties ont concentré leur attention est la suivante: convient-il d'interpréter la Convention comme contenant une réserve implicite qui permettrait, en raison de l'ordre public, d'écarter l'application de la loi étrangère reconnue comme régulièrement applicable au droit de garde du tuteur à l'égard de l'enfant? L'arrêt de la Cour ne se prononce nullement sur ce point, et il n'est pas nécessaire qu'il le fasse; néanmoins, étant donné la façon dont les Parties ont exposé leur thèse et l'importance attachée à cette question, je crois qu'il convient que j'exprime mon opinion sur ce point. Je ne voudrais pas, en effet, qu'en gardant le silence je puisse donner à croire que l'argumentation de la Suède aurait pu se fonder avec quelque chance de succès sur les conclusions qu'elle a formulées à cet égard.

Le Gouvernement suédois a fait valoir que l'« ordre public » est réservé par la Convention, que la loi suédoise de 1924 sur la protection de l'enfance, modifiée par la suite, est une loi d'ordre public et qu'en conséquence, l'« éducation protectrice » instituée par les autorités suédoises ne constituerait pas une violation de la Convention de 1902.

L'examen de cette partie de l'argumentation soulève des questions dont l'importance pourrait être assez considérable. Nous avons affaire à une convention sur un conflit de lois suscitée dans ce qu'on peut appeler le domaine du droit privé; il n'en s'agit pas moins, à tous égards, d'une convention internationale entre États souverains. Si l'on accueille la thèse suédoise que cette réserve doit être sous-entendue dans la Convention, cela pourrait permettre de prétendre que des réserves analogues doivent être sous-entendues dans le cas d'autres traités et conventions de nature très différente.

La règle *pacta sunt servanda* présente une importance particulière lorsqu'on examine cette thèse du Gouvernement de la Suède. Il nous faut être constamment sur nos gardes, afin que rien de ce que l'on pourrait dire — ou de ce que l'on pourrait omettre de dire — ne vienne donner crédit à l'idée que les nations ont le droit, en invoquant « l'ordre public », de déterminer leurs propres critères pour définir les obligations qui leur incombent en vertu de conventions ou de traités internationaux (cf. la *Question des « communautés » gréco-bulgares*, C. P. J. I., Série B, n° 17, p. 32).

Les conclusions officiellement présentées à la Cour par la Suède à l'issue des plaidoiries sont les suivantes:

« Que les règles de conflits de lois qui font l'objet de la Convention de 1902 sur la tutelle des enfants mineurs n'affectent pas le droit des Hautes Parties contractantes d'imposer aux pouvoirs des tuteurs étrangers, comme du reste des parents étrangers, les limitations réclamées par leur ordre public;

que ces règles laissent notamment intactes les compétences des autorités administratives assurant le service public de la protection de l'enfance;

que la mesure d'éducation protectrice prise à l'égard d'Elisabeth Boll n'a pu dès lors violer en rien la Convention de 1902 dont les Pays-Bas se réclament. »

L'argumentation suivante a été présentée à l'appui de ces conclusions. On s'est efforcé de poser deux prémisses.

La première est que l'application du statut personnel d'un étranger doit céder devant celles des dispositions de la loi du for qui relèvent de l'ordre public, ou tout au moins de l'ordre public international.

La seconde est que les dispositions de la législation suédoise relative à l'éducation protectrice ont bien ce caractère, en fait.

Il convient de noter que la première prémisse énoncée par la Suède ne prétend pas que le statut personnel de l'étranger doive céder devant *toutes* les dispositions de la loi du for. Il ne s'agit que des dispositions qui relèvent de l'*ordre public* ou, tout au moins, de l'ordre public international.

Il n'est pas non plus allégué que *toutes* les règles ou lois d'ordre public doivent avoir priorité sur le statut personnel des enfants ressortissants des États signataires de la Convention. Il s'agit *seulement* de la *fraction* de l'ordre public à laquelle, de toute évidence,

les législateurs attachent une importance telle que non seulement ils l'appliquent aux étrangers dans leur propre territoire, mais encore qu'ils refusent d'admettre dans ce domaine l'application de la loi étrangère. Cette partie de l'ordre public est qualifiée d'ordre public international ou d'ordre public international privé.

Je m'abstiendrai d'examiner ces termes descriptifs et de rechercher s'ils impliquent ou non un concept de droit définissable, ou s'ils ne sont que des termes descriptifs, s'appliquant de façon générale à certaines catégories de lois que d'autres pourraient définir différemment. Il est important cependant de comprendre le sens donné à ces termes par la Suède.

C'est ce qu'indique ensuite l'argumentation suédoise, en reproduisant la citation suivante de l'arrêt de la Cour de cassation de Belgique, en date du 4 mai 1950 (*Pas.* 1950, I. 624):

« Une loi d'ordre public interne n'est d'ordre public international privé que pour autant que le législateur ait entendu consacrer par les dispositions de celle-ci un principe qu'il considère comme essentiel à l'ordre moral, politique ou économique et qui, pour ce motif, doit nécessairement, à ses yeux, exclure l'application en Belgique de toute règle contraire ou différente inscrite dans le statut personnel de l'étranger. »

On soutient donc que l'ordre public est applicable dans les cas où :

- a) il est fait obstacle à l'application de la loi étrangère — c'est l'effet négatif;
- b) l'application de la loi locale est rendue obligatoire — c'est l'effet positif.

En outre, on soutient que les mesures locales rendues obligatoires dans l'intérêt général, afin de prévaloir sur la loi étrangère, peuvent, dans certains cas, avoir pour conséquence l'élimination complète de cette loi, la loi du lieu étant appliquée ou lui étant substituée; dans d'autres cas, l'application de la loi étrangère peut n'être affectée que partiellement.

Il n'est guère nécessaire de faire allusion aux nombreux cas où, conformément au droit interne d'un pays, les tribunaux de ce pays ont refusé, en dehors des obligations imposées par traité, de reconnaître les lois étrangères, les décisions de justice ou les droits résultant de ces lois, en invoquant l'ordre public. Toute nation peut agir ainsi dans la mesure où elle estime que les principes fondamentaux de son ordre public l'exigent.

Dans tous les pays, l'ordre public est dans un état de transformation constante. Il ne cesse d'évoluer. Il est impossible de formuler un critère absolu. Il ne peut être défini par une formule. Il s'agit d'un concept. Les différences entre les points de vue juridiques adoptés par les tribunaux internes des divers pays dans les cas particuliers qu'ils ont été appelés à trancher paraissent assez évidentes, de même que les larges divergences de vues à propos de

divers aspects importants de l'ordre public, telles qu'elles sont exprimées par la jurisprudence et par d'éminents publicistes. Le vrai problème est celui de savoir si la notion d'ordre public se fonde sur des considérations analogues à celles de l'article VI du Code civil français, ou sur des principes très larges d'ordre moral, politique ou économique, ou sur le caractère obligatoire des lois internes, sur leur application, dans le territoire de l'État, à tous les individus, ressortissants ou étrangers, ou sur des différences réelles ou supposées entre les lois de caractère positif et négatif, ou les lois de droit privé et de droit public, ou les lois de caractère administratif et non administratif, ou sur l'ordre public en tant que tel, ou l'ordre public international (ou l'ordre public international privé), etc.; les décisions mettant en œuvre l'ordre public sur le plan interne se fondent soit sur les termes précis d'un texte législatif, soit sur une conception plus ou moins souple de ce qu'exige ou permet l'ordre public à l'égard de l'espèce envisagée.

Il est difficile de discerner, si tant est que ce soit possible, un lien ou un raisonnement commun rattachant ou harmonisant les différentes espèces, si ce n'est le concept général d'ordre public tel qu'il est élaboré dans chaque système juridique interne, loi par loi, cas par cas et au fur et à mesure. On peut dire évidemment que les espèces se rattachent à des principes généraux ou à des catégories très larges et quelque peu imprécises. Il est, par exemple, notoire que les tribunaux internes d'un même pays peuvent différer dans l'application des principes de l'ordre public à des circonstances nouvelles et changeantes. Certains répugnent à soutenir un nouveau développement d'un principe d'ordre public ou à étendre à des circonstances nouvelles l'application des principes existants. D'autres n'éprouvent pas la même répugnance.

Certains se sont efforcés de discerner un ou plusieurs principes définissables permettant d'expliquer ou d'harmoniser les diverses espèces ainsi tranchées dans des pays différents et d'ériger ces principes en règles de droit international. Pour ma part, je dois admettre que ces tentatives ne me semblent pas convaincantes. C'est pour le moins compréhensible. Quelles que soient les lois internes ou les principes généraux invoqués au nom de l'ordre public, chaque pays détermine pour lui-même, au moyen de sa législation, de ses organes administratifs ou par l'intermédiaire de ses tribunaux, dans quelle mesure il admettra — si tant est qu'il les admette — ou exclura les lois étrangères ou les droits étrangers normalement applicables. Dans chacun de ces cas, pour des raisons certainement valables et suffisantes aux yeux de l'État intéressé, il s'agit d'une affirmation de la souveraineté nationale.

Il n'y a donc pas lieu de s'étonner que, lorsque l'on s'efforce de formuler quelques règles directrices, les lois auxquelles est attribué un caractère absolu et impératif soient réparties en deux catégories (Savigny, traduction anglaise par Guthrie, p. 78): celles qui sont « édictées uniquement en vue de personnes titulaires de droits » et

celles qui ne sont pas édictées de cette manière mais reposent sur des motifs d'ordre moral ou sur l'intérêt général, « en ce qu'elles ont trait à la politique, la police ou l'économie politique ».

Ainsi, Brocher qualifie respectivement ces deux catégories de « lois d'ordre public interne » et de « lois d'ordre public international ». Cette distinction a pour but d'indiquer que les lois appartenant à la première catégorie ne sont applicables que lorsque la loi interne du for s'applique, tandis que l'application des secondes s'impose de façon impérative, même dans le domaine du droit international privé du pays.

Niboyet est d'un autre avis; il en va de même de Martin et de Mancini. Les nombreux auteurs cités par les deux Parties au cours des plaidoiries devraient pour le moins nous apporter la preuve, s'il en était besoin, que l'ordre public ne sert qu'à décrire de façon générale le processus par lequel les nations repoussent ou refusent d'accepter les lois étrangères, afin, ou sous prétexte d'appliquer les principes fondamentaux de l'« ordre public », tels qu'on les conçoit d'une époque à l'autre (voir Dennis Lloyd, *Public Policy: A Comparative Study on English and French Law*, 1953, et l'*Affaire du paiement de divers emprunts serbes émis en France*, C. P. J. I., Série A, nos 20/21, p. 46).

Mais, quelle que soit la position prise à un moment donné par un système de droit interne, dès lors que notre Cour est saisie d'un accord, d'une convention ou d'un traité international, les considérations qui me paraissent devoir s'appliquer au problème sont entièrement différentes.

Le Gouvernement suédois n'a pas sous-estimé la difficulté que comporte l'application de l'ordre public aux traités et conventions. C'est particulièrement manifeste dans la duplique suédoise déposée en réponse à la réplique néerlandaise. Ce dernier document avait présenté des arguments qui me paraissent très forts contre le recours à l'ordre public, pour l'opposer aux conventions internationales en général. Il ne servirait à rien, à mon avis, de faire allusion aux éminents auteurs cités par les deux Parties à l'appui de leurs conclusions respectives. La Suède prétend, d'une part, que presque tous les auteurs qui ont traité des conflits de lois reconnaissent avec elle que l'ordre public peut faire obstacle aux conventions — ou qu'il est réservé par elles; les Pays-Bas d'autre part affirment que la situation est exactement inverse. Il me semble que la Suède s'est sentie tenue, dans sa duplique, de contrebalancer l'autorité des remarques de Wolff (*Das internationale Privatrecht Deutschlands*, p. 70) et de Melchior (*Grundlagen*, p. 359) citées dans la réplique des Pays-Bas. La force de persuasion de ces remarques est, à mon avis, si grande qu'il convient de les citer *in extenso* :

« Lewald souligne avec raison les dangers qui surviennent quand on invoque l'ordre public à propos de conventions entre États. Cela permettrait à tout État de restreindre pratiquement à sa guise

l'application de la Convention et de la priver ainsi pratiquement de toute sa valeur. » (Wolff, *loc. cit.*)

« A mon avis, en cas de doute, il faut considérer que l'application de l'ordre public ne peut être admise sur le plan des conventions entre États portant sur les conflits de lois. Normalement, les États parties à une convention internationale ont l'intention de créer des obligations d'un caractère prévisible de part et d'autre. Pourtant, si l'on admet des exceptions au nom de l'ordre public, il doit en résulter d'importantes perturbations dans les conventions entre États, et ceci d'une façon qui n'est guère prévisible au moment de la conclusion de la convention, car l'ordre public est moins nettement défini que ne le sont les autres principes en matière de conflits. Et si l'on permet aux tribunaux d'appliquer la notion d'ordre public dans le domaine des conventions entre États, il faut nécessairement aussi approuver les lois d'un État contractant qui, ultérieurement, saperaient la convention au nom de l'ordre public. » (Melchior, *loc. cit.*)

Tout en demeurant sur les positions adoptées par elle dans son contre-mémoire, la Suède, dans sa duplique, a présenté son argumentation d'une façon un peu différente et en la circonscrivant dans des limites qui étaient, sans aucun doute, à son avis, plus aisément défendables. Elle pose tout d'abord le problème de la façon suivante :

« La question est de savoir si le Gouvernement suédois a violé la Convention de 1902 en faisant à une enfant néerlandaise application de sa loi sur la protection de l'enfance, nonobstant la loi de tutelle néerlandaise reconnue applicable à ladite enfant. »

La suite de l'argumentation suédoise consiste à dire que la loi sur la protection de l'enfance faisant partie du droit *public* est applicable sur tout le territoire à tout enfant étranger qui s'y trouve; qu'aucune loi, nationale ni étrangère, ne peut en empêcher l'application et que la Convention de 1902 n'était nullement destinée à modifier cette situation.

Les règles de droit public (ou administratif) sont, à l'en croire, absolument impératives.

Il paraît inutile de faire valoir que le caractère obligatoire d'une loi interne, valablement édictée, qui s'applique clairement, expressément ou qui s'impose implicitement, en termes qui sont obligatoires pour les organes administratifs et judiciaires du pays, aux personnes et aux biens qui se trouvent sur le territoire d'un État souverain et indépendant, doit être respecté par ces organes judiciaires et administratifs à l'égard de tous, étrangers ou nationaux, dans les limites de ce territoire. En vérité, si l'on suppose que la loi est constitutionnelle et valable dans l'ordre juridique interne de l'État intéressé, tout État partie à un traité ou à une convention a compétence pour édicter une loi obligatoire à l'égard de ses *propres* autorités, aux termes de laquelle, nonobstant toute stipulation à cet effet dans le traité ou la convention, certaines de

ses dispositions, obligatoires pour cet État, ne sont pas applicables ; de même, tout État sera compétent pour édicter des lois dont les termes seront en contradiction flagrante avec ceux d'un traité préexistant et dictés par une intention dérogatoire (voir *Sanchez v. United States, U.S. Supreme Court Reports*, vol. 216, p. 167). Que cette loi soit qualifiée ou non de loi impérative ou de loi de droit public, elle aura son plein effet dans les limites du territoire de l'État en question. Mais cela n'aurait aucun rapport avec la question de savoir si cette législation — ou si un acte accompli en application de cette législation — constitue ou non une violation des obligations qui lient l'État en vertu du traité ou de la convention.

L'on peut résumer ainsi l'argumentation du Gouvernement suédois sur cet aspect, telle qu'elle est exposée dans sa duplique :

1) Il faut distinguer « ordre public » et « droit public », en tant que justification de l'application de la loi du for.

2) Cela représente plus d'une divergence de points de vue juridiques.

3) L'*ordre public* peut être invoqué pour écarter une loi étrangère qui serait applicable et pour appliquer, *par voie d'exception*, la loi locale.

4) D'autre part, les règles impératives du *droit public* sont applicables de façon normale et obligatoire à tous ceux qui résident dans le territoire, *abstraction faite de toute loi étrangère*.

Il convient de faire observer que l'argumentation de la Suède est la suivante : tandis que l'« ordre public » peut être invoqué par voie d'exception, les règles impératives du « droit public » s'imposent à tous ceux qui résident dans le territoire, abstraction faite de toute loi étrangère ; qu'il résulte d'une convention ou d'un traité ou de toute autre source, le « droit public » n'admet pas même le *principe* de l'applicabilité de la loi étrangère. Mais si l'« ordre public » ou le « droit public » peut être invoqué à l'égard de la présente convention, il apparaît clairement, à mon avis — quelle que soit la manière de présenter l'argumentation —, que cela n'est réalisable qu'au moyen d'une réserve implicite ou d'une exception à la Convention. A mon avis, pareille réserve ne saurait être sous-entendue en l'absence d'une nécessité évidente qu'il faut ainsi la sous-entendre pour donner effet aux intentions des parties.

Quelle est la nature ou la définition d'une « loi de droit public » ? Les opinions varient. Il y a désaccord sur ce point.

Il est commode de répartir les lois au sens large en deux catégories, droit public et droit privé, les premières portant sur un domaine général ayant trait à l'organisation de la société et s'appliquant à tous dans les limites de l'État intéressé, les secondes se rapportant plutôt aux intérêts particuliers des individus, etc., et non pas de la société dans son ensemble.

Mais il convient de définir de façon plus précise le « droit public » dans le contexte du présent différend. La duplique de la Suède a

laissé subsister dans mon esprit un certain doute : prétend-elle que la notion de « droit public » est considérée comme faisant partie ou comme se distinguant de la notion d'« ordre public » ? Ce point demeure quelque peu obscur dans les conclusions finales de la Suède. Mais quoi qu'il en soit, il est raisonnablement clair que, telle qu'elle est employée par la Suède, l'expression « droit public » désigne une loi dont les termes s'appliquent sans distinction aux nationaux ainsi qu'aux étrangers, dans les limites du territoire d'un État et qui est rendue obligatoire à toutes les personnes et à tous les organismes chargés de l'appliquer. Elle comprend les règles de droit constitutionnel, de procédure et de droit administratif.

D'autres décrivent parfois le « droit public », faute de le définir, dans des sens parfois similaires et parfois différents. Pour certains, c'est un synonyme de « droit social », d'autres lui attribuent le rôle précis de fournir à un État sa structure politique et y englobent la constitution d'un pays, les lois électorales, les lois pénales et *certaines* lois administratives et fiscales. Dans ce contexte, le « droit public » couvre un domaine différent de celui de l'« ordre public ». Les deux notions apparaissent aux uns comme des notions différentes, dont les domaines peuvent se rejoindre mais sans jamais empiéter l'un sur l'autre.

D'autres considèrent que le « droit public » est une ramification particulière du droit dont les limites sont assez précises et qui peut être ainsi définie : « l'ensemble des règles — législatives, administratives et jurisprudentielles — qui définissent ou devraient définir les rapports entre les pouvoirs publics et les différents organismes administratifs et les autorités, aussi bien entre eux qu'à l'égard des particuliers. Elle englobe, par conséquent, le droit constitutionnel et le droit administratif. » (*Droit public and ordre public, Transactions of Grotius Society, 1929, vol. 15, pp. 83 et s.*)

Ainsi décrit, le « droit public » me paraît non seulement empiéter sur le domaine qui est en général considéré comme appartenant à l'« ordre public », mais encore en recouvrir une partie considérable. Je présume qu'il comprendrait une loi de droit public de la catégorie indiquée par la Suède, mais il est assez évident qu'il en comprend encore bien d'autres. Il me semble que le « droit public » au sens employé par la Suède est soit une partie de la notion d'« ordre public », soit, s'il s'agit d'une notion distincte, que ces deux notions coïncident pour occuper une importante partie du même domaine. Il n'est cependant pas nécessaire, à mon avis, d'en décider en l'occurrence. Car dans les deux cas, quel que soit l'énoncé de l'argumentation, ce que l'on demande à la Cour, c'est de sous-entendre à la Convention une réserve — en d'autres termes, de laisser entendre qu'il existe une clause ou une restriction — faisant échapper aux termes et à l'application de la Convention toutes les lois d'« ordre public » et/ou le droit public. Sur cette base, les thèses présentées dans les deux cas par la Suède subsistent ou s'effondrent ensemble car, à mon avis, on ne peut, en principe, les distinguer l'une de l'autre.

En vérité, s'il faut considérer que le « droit public » est une notion distincte de l'« ordre public » et n'en fait nullement partie, il me paraît évident que la thèse de la Suède est sans fondement (voir l'affaire du *Traitement des nationaux polonais dans le territoire de Dantzig*, C. P. J. I., Série A/B, n° 44, p. 24). En effet, en dehors de tout ce qui pourrait figurer dans cette Convention (ou dans une autre convention) relative aux conflits de lois, il serait permis et conforme à la Convention qu'un État contractant édicte une « loi de droit public » ayant la nature indiquée par la Suède et que cette loi stipule que certaines de ses dispositions devront entrer en vigueur, nonobstant toute disposition contraire figurant dans une telle convention. Lorsqu'une mesure prise en vertu d'une réserve, d'une exception ou d'une exclusion du « droit public » peut l'être « nonobstant toute loi étrangère », il n'y a guère de place même pour les garanties qui ont été envisagées afin de maintenir dans des limites raisonnables et contrôlables les recours à la réserve d'« ordre public ».

Je ne puis considérer comme fondée une thèse aboutissant à de tels résultats. (Voir l'avis consultatif sur le *Service postal polonais à Dantzig*, C. P. J. I., Série B, n° 11, pp. 37-39.)

Il semble en outre que la Suède n'a pas tenu compte, ou n'a pas assez tenu compte du fait que les mesures qui pourraient, dans certains pays, devenir l'objet de lois de « droit public », sont régies dans d'autres pays par le Code civil.

J'estime que le problème aurait été posé plus clairement dans cette affaire si l'on s'était moins attaché à l'« ordre public » et au « droit public » et davantage à l'examen de la matière, du but, de la portée et du fonctionnement de la Convention, en tenant compte des termes dans lesquels elle a été rédigée et acceptée.

Il est cependant compréhensible que ce dernier point de vue ait moins attiré l'attention que l'autre, puisque les conclusions relatives à une réserve ou à l'exclusion de l'« ordre public » ou du « droit public » reposent sur des considérations en grande partie étrangères aux termes de la Convention. En supposant qu'il existe pareille réserve ou exclusion — ce que la thèse suédoise se propose d'établir —, les termes de la Convention n'avaient, dans ce débat, qu'une importance secondaire. Selon les conclusions de la Suède, il suffit de démontrer que la loi en vertu de laquelle a été prise la mesure litigieuse est une loi d'« ordre public » ou de « droit public »; c'est cela, en l'absence de tout grief de déni de justice, qui résout la question, quels que soient les termes de la Convention.

L'ordre public est principalement et au premier chef un concept de droit interne. Cependant, lorsqu'il s'agit d'une obligation internationale dont la Cour est appelée à connaître, comme c'est le cas dans la présente espèce, l'on se trouve dans un domaine entièrement différent. Les obligations résultant de traités et de conventions, quelles qu'elles soient, doivent être fidèlement respectées. Les dispositions

du droit interne ne peuvent l'emporter sur celles d'un traité ou d'une convention (*Question des « communautés » gréco-bulgares*, C. P. J. I., Série B, n° 17, p. 32).

Il convient de redire que ce que l'on demande ici à la Cour c'est de sous-entendre ou, en termes juridiques, d'impliquer une réserve — dont les termes précis n'ont jamais été énoncés clairement — qui écarte du domaine de la Convention toutes les lois des États contractants se rapportant à l'« ordre public » ou aux « lois de droit public ». Il serait nécessaire de fournir l'argumentation la plus convaincante pour justifier de la part de la Cour une telle attitude, car elle permettrait aux États de décider eux-mêmes de la portée des obligations qui leur incombent en vertu de la Convention. Cela leur serait permis même en dérogation des obligations qu'elle impose par ailleurs. La Convention ne serait plus qu'un cadre vide. On imagine difficilement quelle valeur la Convention pourrait avoir dans ces conditions ou, étant donné le problème qu'elle cherchait à résoudre, pourquoi elle aurait jamais été conclue.

Avant que la Cour soit fondée à sous-entendre une réserve, il faudrait que la preuve lui soit apportée qu'une telle attitude était essentielle pour respecter l'intention des parties, car dans le cas contraire, un accord nouveau et différent serait imposé aux États contractants.

Il n'y a aucune preuve que telle ait été l'intention. On s'est appuyé, cependant, sur un prétendu principe selon lequel une telle réserve ou exclusion doit être sous-entendue dans les conventions relatives au droit privé. En d'autres termes, l'« ordre public » s'applique rétroactivement, et l'on ne peut même pas invoquer à l'encontre d'une telle convention des droits définitivement acquis.

Les Parties avaient la faculté de stipuler expressément une telle réserve. En vérité, on a fait valoir pour la Suède qu'une réserve d'ordre public est stipulée expressément dans presque tous les traités et que ceux où elle ne figure pas sont des exceptions. Or, les Parties à la présente Convention n'en ont pas disposé ainsi. Il n'appartient pas, à mon avis, à la Cour de faire des conjectures sur la raison de leur silence. Au cours des travaux préparatoires, les rédacteurs de la convention se sont manifestement préoccupés de la question de savoir s'il convenait ou non d'inclure une clause de ce genre. C'est de propos délibéré qu'ils se sont abstenus de le faire. Ce serait, à mon avis, aller à l'encontre de toutes les règles de l'interprétation, telles que je les comprends, que de sous-entendre à présent une telle réserve.

J'estime qu'il convient de faire ici quelques observations d'ordre général sur le recours aux travaux préparatoires lorsque l'on recherche l'interprétation valable de traités et de conventions. Dans certains cas, il se peut que le recours aux travaux préparatoires de traités ou de conventions soit nécessaire. Mais, toutes les fois que cela est permis, il convient, à mon avis, de le faire avec prudence et modération, car il est toujours à craindre qu'au lieu d'interpréter.

le traité ou la convention en question, l'on s'aperçoit que l'on a tendance à interpréter les travaux préparatoires et à reporter cette interprétation sur le traité ou la convention qui doit être l'unique objet de cette interprétation.

Il y a, à mon sens, dans l'affaire qui nous est soumise, un exemple de cette possibilité. Certains ne trouvent aucun élément réellement utile, dans un sens ou dans l'autre, dans les travaux préparatoires. D'autres prétendent que ces travaux viennent très nettement renforcer l'opinion que l'« ordre public » échappe à la Convention. D'autres sont tout aussi convaincus que les travaux préparatoires confirment tout aussi nettement le point de vue opposé. Pour ma part, il me semble qu'il y a là un terrain quelque peu instable pour servir de base à un raisonnement.

Ceux qui soutiennent qu'il faut sous-entendre une telle réserve sont, il me semble, contraints d'admettre que — sous réserve d'un examen par cette Cour — les États ont pouvoir discrétionnaire, en appliquant dans les limites de leur territoire leur propre conception de l'ordre public, de déterminer dans quelle mesure la réserve permettra d'appliquer la Convention. On a laissé entendre que, lorsqu'un État invoque la réserve, son devoir est, dans une certaine mesure, de démontrer qu'il a fait une application raisonnable et de bonne foi de son ordre public — quel qu'en puisse être le sens dans le présent contexte. L'État doit être prêt à soumettre son action à l'examen. En cas de différend, on fait valoir, en outre, que les actions des États sont soumises à la censure de la Cour, à condition qu'elle soit compétente. Mais que se produit-il lorsque, dans une espèce donnée, la Cour n'est pas compétente? Au surplus, s'il nous appartient de définir — et c'est la tâche qui nous incombe — le sens de la Convention au moment où elle a été conclue en 1902, il n'y a pas lieu de tenir compte d'un argument qui prétendrait qu'en cas de différend on pourrait s'adresser à la Cour en qualité de juridiction de revision, pour qu'elle exerce un contrôle sur l'usage déraisonnable fait par un État contractant de la réserve, ou pour qu'elle en atténue les conséquences. Et quel critère convient-il d'appliquer pour en déterminer le caractère raisonnable? (Voir *Emprunts serbes*, C. P. J. I., Série A, nos 20/21, p. 46.)

Si une telle réserve était sous-entendue, elle aurait un caractère indéfini et il ne resterait plus grand-chose d'obligations juridiques prévues par la Convention. En effet, leur teneur serait variable, indéfinie, imprévisible, et dépendrait du bon vouloir des diverses parties. Il me paraît difficile de comprendre des obligations juridiques aussi mal définies et imprécises.

A mon avis, les conclusions de la Suède sur ces points sont dénuées de fondement.

L'opinion que j'ai exprimée à propos de l'interprétation exacte de la Convention exclut toute réserve, exception ou exclusion fondée sur l'« ordre public » ou le « droit public ».

Dans la présente espèce — et la décision doit évidemment se limiter à l'espèce, aux circonstances et aux faits qui en sont le cadre

—, j'arrive au même *résultat* que ceux qui sont partisans d'une telle réserve, exception ou exclusion.

Mais, à mon avis, les *motifs* qui nous amènent à cette conclusion ne sont pas dénués d'importance. Ils ne représentent pas simplement une manière d'aborder le problème, ils diffèrent sur le fond.

A mon avis, une réserve ou une exception d'« ordre public » sèmerait la confusion dans le texte de la Convention. Ce qui est donné d'une main serait repris de l'autre. Des obligations destinées clairement à s'imposer, en vertu de la Convention, à tous les États contractants n'auraient aucun sens durable — si en vérité elles conserveraient un sens prévisible. Ces obligations ne pourraient jamais être définies ni même définissables en des termes compris par les deux Parties et s'imposant à elles.

Néanmoins, à mon avis, l'arrêt de la Cour auquel j'ai donné mon accord ne porte pas atteinte à la Convention et lui conserve sa valeur intégrale.

La Convention garde, sur la plan de l'administration de la tutelle auquel se limitent sa portée et son domaine, toute la force et toute la valeur de ses dispositions et des obligations assumées à ce titre par les Parties contractantes.

(Signé) Percy SPENDER.