

OPINION DISSIDENTE DE M. CORDOVA

[Traduction]

A mon grand regret, je suis en désaccord à la fois avec le raisonnement et la conclusion de la Cour en cette affaire.

Le 18 mars 1954, les autorités judiciaires de la Suède ont organisé la tutelle de Marie Elisabeth Boll, une mineure domiciliée en Suède et de nationalité néerlandaise. D'après la loi suédoise, cette tutelle vise uniquement l'administration des intérêts de la mineure et ne s'étend pas à la garde et au contrôle de sa personne. Le 2 juin 1955, les mêmes autorités ont mis fin à cette tutelle, quand la Cour suprême de Suède a définitivement donné décharge au curateur (*god man*), nommé par les instances judiciaires inférieures.

Le 26 avril 1954, les autorités administratives suédoises, appliquant l'article 22 a) de la loi suédoise sur la protection de l'enfance et de la jeunesse du 6 juin 1924, ont placé Marie Elisabeth Boll sous le système dénommé *skyddsuppfostran* qui, d'après les deux agents, doit se traduire en anglais par « *protective upbringing* » et en français par « éducation protectrice ».

Cette mesure de protection — que les autorités suédoises maintiennent encore après quatre ans et demi — donne, d'après la loi suédoise, la garde et le contrôle de la mineure à l'office suédois des mineurs.

De leur côté, les autorités judiciaires aux Pays-Bas, appliquant les lois néerlandaises, ont organisé la tutelle de la même mineure et, le 5 août 1954, nommé tutrice M^{me} Catharina Postema. D'après le droit néerlandais, le tuteur a le droit et le devoir d'assurer la garde et le contrôle de la mineure.

Ni les autorités judiciaires suédoises, qui ont d'abord institué, puis mis fin à la tutelle, ni les autorités administratives qui ont institué l'éducation protectrice, n'ont, dans l'ensemble de leurs procédures, fait la moindre allusion à la Convention pour régler la tutelle des mineurs, signée par leur pays et par les Pays-Bas le 12 juin 1902, bien que l'existence de cette Convention leur eut été signalée (par. 5, contre-mémoire suédois).

En mettant fin à la tutelle organisée par elles, les autorités suédoises ont appliqué leur propre loi de 1904 (contre-mémoire, Annexe D a). Elles ont donc reconnu la tutrice néerlandaise, M^{me} Catharina Postema, avec tous les droits d'administration des intérêts de la mineure, mais, en fait, elle l'ont mise dans l'impossibilité d'exercer son droit de garde et de contrôle de la personne de cette mineure, celle-ci étant soumise au régime de l'éducation protectrice.

Le conseil de la Suède a tenté de justifier ce dédain de la Convention — parmi d'autres motifs moins importants, dont je ne crois

pas utile de parler ici — par le motif principal que la Convention de 1902 ne devait pas être considérée comme applicable, parce que, la loi suédoise sur l'éducation protectrice de 1924 étant une loi de droit public et se rapportant à l'ordre public de l'État, cette loi pouvait s'appliquer à tous les mineurs, suédois ou étrangers, nonobstant les dispositions de la Convention.

L'arrêt de la Cour, bien que fondé sur des motifs différents, aboutit à la même conclusion que la Convention de 1902 ne s'applique pas au cas actuel.

Sans rejeter expressément la théorie de l'ordre public invoqué par la Suède, l'arrêt repose sur la théorie que la loi de 1924 sur la protection de l'enfance et de la jeunesse — sous l'autorité de laquelle a été instituée « l'éducation protectrice » maintenue encore à ce jour — ayant un but et une portée différents de ceux de la Convention n'en viole pas les dispositions, bien qu'en fait elle rende impossible à la tutrice néerlandaise d'exercer pleinement ses droits et de remplir ses devoirs, tels qu'ils découlent des lois néerlandaises et de la Convention elle-même, attendu qu'elle lui refuse la garde et le contrôle de la personne de Marie Elisabeth Boll.

Les deux théories, celle de l'ordre public et de la loi de droit public, et celle de la portée et du but différents, ont le même effet au regard d'une convention. L'une et l'autre permettent à l'État partie au traité d'éviter de remplir les obligations prescrites par le contrat international en invoquant ses propres lois. La théorie adoptée par la Cour n'est rien d'autre que la même théorie de l'ordre public sous un autre aspect, mais peut-être encore plus dangereux dans ses implications. Il est vrai que l'arrêt n'exige pas que la loi nationale soit une loi de droit public ou se rapporte à l'ordre public, mais pour ce qui est d'accorder à un État signataire d'une convention la possibilité d'en violer les dispositions et les conséquences légales naturelles, logiques et attendues, il ouvre la porte plus large encore que ne le fait la théorie de l'ordre public à la possibilité d'exciper des lois nationales contre la force obligatoire des traités.

A mon avis, il n'y a pas de loi nationale, quelle qu'en soit la classification, de droit public ou privé, ou avec une portée et un but différents qui, en face d'un traité relatif à la même matière, puisse juridiquement réclamer priorité dans son application. Les lois de procédure, les règles de fond du droit pénal, les lois politiques ou fiscales, la réglementation des passeports et même les lois visant la souveraineté d'un État sur son territoire sont parfois écartées et suspendues par les dispositions des traités et, qui plus est — dans certains cas —, par le droit international et par la courtoisie internationale seule, même en l'absence de toute disposition d'un traité. Tel est le cas du régime des capitulations, des immunités pénales et des exemptions fiscales diplomatiques et des transferts de territoire par voie de traité. Dans tous ces cas, les dispositions d'un traité ou d'une convention sont obligatoires pour les parties, nonobstant le caractère de droit public de leurs lois internes affectées. Je pense

donc qu'on ne peut attacher grande valeur juridique à la proposition d'après laquelle l'ordre public, ou une loi dont la portée et le but sont différents de ceux d'un traité peuvent par eux-mêmes être opposés à l'application d'une convention ou d'un traité, neutralisant ainsi ses effets juridiques et pratiques. Il me semble clair que la législation d'un État partie à un traité qui traite spécifiquement d'une question par ailleurs normalement réglée par ses propres lois, doit s'incliner devant les dispositions d'un tel traité.

On a dit que les traités et les conventions ne peuvent être érigés en obstacles au pouvoir d'un État partie à un tel contrat international de légiférer pour l'avenir. L'argument ne vaut pas parce qu'on peut généralement dénoncer les traités et conventions, laissant les parties complètement libres de modifier leurs principes législatifs et leurs lois. Même si, comme dans certains cas de transfert de territoire, un traité ne peut être considéré comme susceptible de dénonciation, cette restriction au pouvoir législatif qui résulte pour un État partie au traité doit être considérée comme une conséquence acceptée de son plein gré par cet État.

On a également soutenu qu'il existe un principe bien connu d'interprétation des traités relatifs aux conflits de lois nationales, ce qu'on appelle les conventions de droit international privé, d'après lequel les parties à ces traités ont le droit d'en ignorer les dispositions en invoquant leurs propres lois de droit public ou leurs lois relatives à l'ordre public. Je ne crois pas à l'existence d'un tel principe de droit international public — seule loi applicable dans les rapports entre nations; au contraire, j'ai toujours connu la règle ancienne, vénérable et fondamentale: *pacta sunt servanda*, qui interdit aux États de se libérer, par leurs propres décisions unilatérales, des obligations conventionnelles résultant d'un traité qu'ils ont signé.

La place à donner aux lois nationales d'ordre public et à celles qui ont un but et une portée différents, quelle qu'en soit la classification, dépend de l'interprétation du traité, mais quand cette interprétation inclut évidemment dans ses dispositions une question par ailleurs normalement réglementée par ces sortes de lois nationales, on doit accorder priorité aux dispositions du traité. Une décision en sens contraire signifierait l'anarchie complète dans les rapports entre États, laisserait la force obligatoire des traités à la décision unilatérale des autorités législatives, judiciaires et administratives des États parties aux traités et, en fin de compte, détruirait complètement la hiérarchie indispensable entre les lois internes des États et celles de la législation internationale.

Dans l'interprétation d'un traité ou d'une convention, une juridiction internationale doit fixer la portée du consentement des parties à cet instrument. Ce faisant, elle doit tenir compte de la volonté réelle des États signataires, telle qu'elle est fixée par le texte du traité lui-même, par les origines du contrat international, ou par tout autre moyen dont elle dispose.

Je suis d'accord avec la Cour pour dire que les parties à la Convention de 1902 ont envisagé principalement des questions de conflits de lois relatives à la tutelle et aussi qu'elles ont implicitement exclu, généralement, toutes les lois nationales, publiques ou ordinaires, traitant des questions différentes de la tutelle, telles que les lois pénales, les lois d'organisation judiciaire et politique du gouvernement, celles qui visent les passeports et peut-être même la répression de la délinquance juvénile. Mais je suis convaincu que toutes les questions relatives à la tutelle des mineurs, y compris tous les effets légaux ou pratiques de la tutelle, comme la garde et le contrôle des mineurs, les mesures visant la protection et le bien-être des enfants, doivent être considérées comme rentrant dans les termes de la Convention, bien qu'elles aient pu être traitées par des lois nationales de droit public, par des lois relatives à l'ordre public de l'État, ou par des lois ayant un autre but et une autre portée que la tutelle. L'arrêt de la Cour, bien qu'il écarte la théorie de l'ordre public et fonde son raisonnement sur la théorie du but et de la portée différents de ceux du traité, essaie pourtant d'interpréter la Convention de 1902 en disant qu'elle avait simplement pour objet de régler les conflits entre les lois nationales relatives à la tutelle, matière étrangère à celle de la protection de l'enfance et de la jeunesse et complètement différente de cette question, qui est le seul but et le seul domaine de la loi suédoise du 6 juin 1924. Je ne puis me rallier à cette proposition fondamentale.

A mon avis, la loi suédoise de 1924 — tout au moins en ce qui concerne son article 22 a) — est bien loin d'avoir un but et une portée différents de ceux de la Convention.

Au fond, la tutelle et les lois de protection de la jeunesse sont remarquablement semblables et leurs moyens de réaliser leurs buts sont identiques: la garde et le contrôle de la personne du mineur. En ce qui concerne les intentions de l'une et de l'autre, la tutelle, visée par la Convention, et « l'éducation protectrice » ont, l'une et l'autre, le même objectif: la protection des mineurs. La tutelle remplit son but en confiant la garde et le contrôle de l'enfant à un individu, parent ou tuteur, et c'est seulement quand cette méthode de protection échoue qu'intervient le système de la protection par l'État, au moyen de « l'éducation protectrice » et autres mesures semblables qui enlèvent aux parents et au tuteur la garde et le contrôle.

En dépit du propre aveu des Pays-Bas et des allégations suédoises en sens contraire, l'article 7 de la Convention, tel que je le comprends, s'étend clairement aux mesures de protection comprises dans l'article 22 a) de la loi suédoise de 1924, lorsqu'elle vise la possibilité pour les autorités locales de prendre « dans tous les cas d'urgence » les mesures « nécessaires pour la protection de la personne » du mineur. Pour prouver le contraire, on a soutenu que les lois nationales de toutes les parties à la Convention traitant de la protection des mineurs avaient été mises en vigueur longtemps

après celle de la Convention, mais tel n'est pas le cas, tout au moins en ce qui concerne les deux États en cause: les Pays-Bas et la Suède. Je crois que la référence aux mesures de protection mentionnées à l'article 7 n'a été ni accidentelle ni dénuée de sens. Elle suggère nettement que les rédacteurs de la Convention ont clairement pensé à la nécessité d'introduire une disposition permettant aux États du domicile d'appliquer aux mineurs étrangers des mesures de protection, conformément à leurs lois présentes ou à venir, « dans tous les cas d'urgence ». C'est l'interprétation naturelle de l'article 7 et peut-être la seule raisonnable. Au surplus, bien que la loi néerlandaise introduisant le système de la protection des mineurs n'ait été mise en vigueur qu'après l'année 1902, cette législation était déjà envisagée et préparée depuis 1901, et la Suède a promulgué sa propre loi sur l'éducation protectrice en 1902, ce qui démontre que les Pays-Bas et la Suède songeaient déjà à l'application de mesures protectrices. Il me semble que les rédacteurs de la Convention de 1902, uniquement préoccupés de l'intérêt des mineurs, ont essayé, bien que visant principalement la tutelle, d'organiser l'application adéquate des différentes méthodes de protection des États signataires, qu'il s'agisse de la tutelle aussi bien que de toute autre mesure de protection. Ils ont essayé de rendre compatible l'institution de la tutelle nationale avec les lois et les mesures de protection locales, en donnant priorité à la première (articles 1 et 6) sur les secondes (article 7).

Je maintiens cette opinion en dépit de la position des deux Parties au litige soumis à la Cour qui, comme je l'ai signalé, pensent que l'article 7 de la Convention ne s'applique pas. Si la Convention de 1902 avait été un traité bilatéral, leur interprétation commune de l'un de ses articles — l'article 7 — m'aurait suffi pour considérer cette interprétation comme définitive; mais comme la Convention de 1902 est un traité multilatéral, je crois qu'il est possible d'avoir une opinion différente de celle des deux Parties en cause sur l'application de ses articles.

Puisque ce droit de garde et de contrôle appartient au tuteur d'après les lois néerlandaises, il existe des raisons juridiques suffisantes pour décider que Catharina Postema peut, en vertu de la Convention elle-même, réclamer légitimement la garde et le contrôle de Marie Elisabeth Boll, le principe fondamental de la Convention étant que la tutelle sera régie par la loi nationale du mineur (articles 1, 2, 4 et 8 de la Convention). Telle est certainement la raison pour laquelle le Tribunal de première instance néerlandais de Dordrecht, lorsqu'il a nommé tutrice M^{me} Postema, le 5 août 1954, a, en même temps, ordonné que l'enfant lui serait confiée. Mais si cela ne suffisait pas, l'article 6 de la Convention lèverait les moindres doutes quand il dit « l'administration tutélaire s'étend à la personne... » du mineur.

J'en conclus donc en toute sécurité que la Convention régit à la fois le droit de garde et de contrôle et les mesures de protection en général, y compris évidemment la mesure de protection dénommée « éducation protectrice » visée à l'article 22 a) de la loi sur la protection de l'enfance et de la jeunesse du 6 juin 1924. Un corollaire nécessaire est que la Convention aurait dû être appliquée par le tribunal et que le cas de Marie Elisabeth Boll aurait dû être réglé exclusivement suivant les dispositions de cette Convention. La tâche du tribunal aurait été ainsi très simplifiée et sa décision, à mon avis, eût été correcte.

Même si les autorités suédoises ignoraient la nationalité néerlandaise de la mineure Boll, quand elles ont institué l'« éducation protectrice » le 26 avril 1954, et même si elles n'ont pas non plus tenu compte des termes de la Convention de 1902, j'estime que la mesure protectrice prise par elles pour placer la mineure néerlandaise sous le régime de l'éducation protectrice était un acte légal aux termes de la Convention. Estimant qu'il y avait urgence, ainsi qu'elles ont dû nécessairement le penser, cette mesure est parfaitement justifiée au regard de l'article 7 de la Convention, qui permet aux autorités locales de prendre « dans tous les *cas d'urgence* les mesures nécessaires pour la protection ... d'un mineur étranger... ».

Par conséquent, l'institution d'une mesure protectrice ne constitue pas en elle-même une violation de la Convention. Je vais jusqu'à penser que les autorités suédoises semblent avoir été dans l'obligation morale aussi bien que légale de prendre de telles mesures de protection, à juger d'après les informations succinctes que possède la Cour sur la vraie situation de la mineure Boll.

Il ne reste qu'à décider si, d'après les termes de la Convention, le maintien de ces mesures de protection peut, lui aussi, être considéré comme compatible avec les dispositions du traité de 1902. A mon sens, il aurait fallu répondre à cette question par la négative. On ne peut concevoir une urgence de quatre ans et demi, en particulier si l'on pense comme moi que l'urgence envisagée par l'article 7 de la Convention appelle deux éléments, l'un de fait, l'autre de droit, c'est-à-dire une nécessité pratique pour l'enfant, aussi bien que l'absence de protection légale efficace, soit parce qu'il n'a pas encore été désigné de tuteur, soit parce que, dans le cas contraire, celui-ci n'agit pas ou ne peut agir efficacement.

La nécessité pratique peut s'étendre sur une période de temps indéfinie mais, une fois que le but de la Convention a été rempli, en ce sens que le mineur étranger peut être considéré comme suffisamment protégé d'après les lois de sa propre nationalité, la notion d'urgence ne peut plus s'appliquer dans le cas actuel; dès que M^{me} Postema s'est montrée légalement et pratiquement capable de se charger de la mineure Boll et d'exercer ses droits et devoirs de tutrice conformément aux lois néerlandaises. Il ne m'est pas possible de comprendre l'objet de l'article 6 de la Convention autrement que comme imposant aux autorités locales, judiciaires ou

administratives, de remettre l'enfant étranger à la garde et au contrôle du tuteur nommé conformément aux lois nationales du mineur, et, par conséquent, ce n'est que dans le cas où la mineure Boll resterait en Suède après avoir été remise à la tutrice néerlandaise et où les faits à venir justifieraient encore l'intervention de l'État en faveur de l'enfant et à l'encontre de la tutrice légalement désignée que les autorités suédoises seront fondées — par leur loi nationale et absolument en dehors de la Convention à laquelle elles se sont déjà conformées — d'instituer une nouvelle « éducation protectrice », mais celle qui a été provisoirement créée et qui existe à l'heure actuelle doit prendre fin immédiatement.

Je refuse d'admettre que la Convention ne s'applique pas à ce cas, ainsi que l'interprétation des dispositions de la loi sur l'éducation protectrice comme donnant droit à l'État du domicile de retenir un mineur étranger — dans le cas actuel, Marie Elisabeth Boll — indéfiniment sur son territoire, pour lui imposer sa protection, en refusant de remettre l'enfant à la tutrice légalement désignée — M^{me} Postema —, ce qui est l'effet logique, juridique voulu et attendu de l'article 6 de la Convention. L'effet le plus étrange de la loi de l'éducation protectrice, de garder un mineur étranger dans le pays de son domicile contre la volonté exprimée du tuteur étranger légalement désigné, me paraît injustifié et illégal, d'après les principes généraux du droit international, même en l'absence d'une Convention comme celle de 1902.

Tel serait le cas, par exemple, d'une prétendue loi de droit public ou d'une loi d'ordre public qui imposerait aux mineurs, nationaux ou étrangers, un travail forcé dans les champs, afin d'obtenir pour la communauté les récoltes nécessaires. Le but et la portée de cette loi seraient certainement tout différents de ceux d'une convention visant la tutelle, mais pourrait-on dire que le tuteur étranger ne peut empêcher que ce travail forcé soit imposé à son pupille étranger en le retirant du pays de son domicile? La loi locale peut-elle empêcher qu'on retire du pays le mineur étranger parce qu'il s'agit d'une loi de droit public, ou se rapportant à l'ordre public, ou parce qu'elle a un but et une portée différents de ceux de la Convention?

Il me semble que j'arriverais à la même conclusion dans le cas de toute loi nationale autre qu'une loi pénale qui aurait l'effet de refuser à un étranger, adulte ou mineur, le droit de quitter le pays de son domicile.

De tout ce qui précède, j'en arrive à l'opinion mûrement réfléchie que la deuxième conclusion finale du Gouvernement néerlandais, insérée par son agent dans ses conclusions déposées le 3 octobre dernier, aux termes de laquelle la Suède est tenue de mettre fin à l'éducation protectrice, aurait dû être admise par la Cour.

(Signé) R. CORDOVA.