

Tous droits réservés par la
Cour internationale de Justice

All rights reserved by the
International Court of Justice

Le présent volume doit être cité comme suit :

« C. I. J. Mémoires, *Affaire relative à l'application de la Convention de 1902 pour régler la tutelle des mineurs (Pays-Bas c. Suède)* »

This volume should be quoted as :

“I.C.J. Pleadings, *Case concerning the application of the Convention of 1902 governing the guardianship of infants (Netherlands v. Sweden)*”

N° de vente : 210
Sales number

AFFAIRE RELATIVE A L'APPLICATION
DE LA CONVENTION DE 1902
POUR RÉGLER LA TUTELLE DES MINEURS *
(PAYS-BAS c. SUÈDE)

CASE CONCERNING THE APPLICATION
OF THE CONVENTION OF 1902
GOVERNING THE GUARDIANSHIP OF INFANTS *
(NETHERLANDS v. SWEDEN)

* *Note du Greffe.* — Les renvois à un texte ayant fait l'objet d'une édition provisoire à l'usage de la Cour ont été remplacés par des renvois aux pages de la présente édition définitive.

* *Note by the Registry.*—Any references to a text which was issued in a provisional edition for the use of the Court have been replaced by references to the pages in the present definitive edition.

COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE

MÉMOIRES, PLAIDOIRIES ET DOCUMENTS

AFFAIRE RELATIVE A L'APPLICATION
DE LA CONVENTION DE 1902
POUR RÉGLER LA TUTELLE DES MINEURS
(PAYS-BAS c. SUÈDE)

ARRÊT DU 28 NOVEMBRE 1958



INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE

PLEADINGS, ORAL ARGUMENTS, DOCUMENTS

CASE CONCERNING THE APPLICATION
OF THE CONVENTION OF 1902
GOVERNING THE GUARDIANSHIP OF INFANTS
(NETHERLANDS *v.* SWEDEN)

JUDGMENT OF NOVEMBER 28th, 1958



PRINTED IN THE NETHERLANDS

DEUXIÈME PARTIE

PLAIDOIRIES

AUDIENCES PUBLIQUES

*tenués au Palais de la Paix, La Haye,
du 25 septembre au 4 octobre et le 28 novembre 1958,
sous la présidence de M. Klaestad, Président*

PART II

ORAL ARGUMENTS

PUBLIC HEARINGS

*held at the Peace Palace, The Hague
from September 25th to October 4th and on November 28th, 1958,
the President, Mr. Klaestad, presiding*

PROCÈS-VERBAUX DES AUDIENCES TENUES
DU 25 SEPTEMBRE AU 4 OCTOBRE
ET LE 28 NOVEMBRE 1958

DEUXIÈME AUDIENCE PUBLIQUE (25 IX 58, II h.)

Présents : M. KLAESTAD, *Président* ; M. ZAFRULLA KHAN, *Vice-Président* ; MM. BASDEVANT, HACKWORTH, WINIARSKI, BADAWI, ARMAND-UGON, KOJEVNIKOV, Sir Hetsch LAUTERPACHT, MM. MORENO QUINTANA, CORDOVA, WELLINGTON KOO, SPIROPOULOS, Sir Percy SPENDER, *Juges* ; MM. STERZEL et OFFERHAUS, *Juges ad hoc* ; M. LÓPEZ OLIVÁN, *Greffier*.

Présents également :

Pour le Gouvernement du Royaume des Pays-Bas :

M. W. RIPHAGEN, *comme agent* ;

assisté de :

M. I. KISCH, professeur à la faculté de droit de l'université d'Amsterdam, *comme conseil* ;

M. J. G. SAUVEPLANNE, *comme expert*.

Pour le Gouvernement du Royaume de Suède :

Son Excellence M. Sven DAHLMAN, ambassadeur de Suède à La Haye, *comme agent* ;

assisté de :

M. Sture PETRÉN, ambassadeur, directeur des affaires juridiques au ministère royal des Affaires étrangères,

M. Henri ROLIN, professeur de droit international à l'université libre de Bruxelles, avocat à la cour d'appel de Bruxelles, *comme conseils*.

En ouvrant la séance, le PRÉSIDENT dit qu'il a le regret d'annoncer que M. Guerrero, juge, est empêché par sa santé de prendre part à cette audience.

Le Président déclare que la Cour se réunit pour examiner le différend entre le Royaume des Pays-Bas et le Royaume de Suède au sujet de l'application de la Convention de 1902 régissant la tutelle des mineurs. L'instance a été introduite par requête du Gouvernement des Pays-Bas, déposée au Greffe le 10 juillet 1957.

Attendu que la Cour ne compte sur le siège aucun juge de la nationalité des Parties en cause, chacun des deux Gouvernements s'est prévalu du droit que lui confère l'article 31 du Statut de la Cour, pour désigner un juge *ad hoc*. Le Gouvernement de la Suède a désigné M. Frederik Julius Christian Sterzel, ancien juge à la Cour suprême, et le Gouvernement des Pays-Bas a désigné M. J. Offerhaus, professeur de droit international privé à l'université d'Amsterdam.

MINUTES OF THE HEARINGS HELD FROM
SEPTEMBER 25th TO OCTOBER 4th AND ON
NOVEMBER 28th, 1958

SECOND PUBLIC HEARING (25 IX 58, 11 a.m.)

Present: President KLAESTAD; *Vice-President* ZAFRULLA KHAN; *Judges* BASDEVANT, HACKWORTH, WINIARSKI, BADAWI, ARMAND-UGON, KOJEVNIKOV, Sir HERSCH LAUTERPACHT, MORENO QUINTANA, CORDOVA, WELLINGTON KOO, SPIROPOULOS, Sir Percy SPENDER; *Judges ad hoc* STERZEL and OFFERHAUS; *Registrar* LÓPEZ OLIVÁN.

Also present:

For the Government of the Kingdom of the Netherlands:

Mr. W. RIPHAGEN, *as Agent*;

assisted by:

Mr. I. KISCH, Professor in the Law Faculty of the University of Amsterdam, *as Counsel*;

Mr. J. G. SAUVEPLANNE, *as Expert*.

For the Government of the Kingdom of Sweden:

His Excellency Mr. Sven DAHLMAN, Ambassador of Sweden at The Hague, *as Agent*;

assisted by:

Mr. Sture PETRÉN, Ambassador, Director of Legal Affairs at the Royal Ministry for Foreign Affairs,

M. Henri ROLIN, Professor of International Law at the Free University of Brussels, Member of the Bar of the Brussels Court of Appeal
as Counsel.

The PRESIDENT opened the hearing and declared that he regretted to state that Judge Guerrero was prevented by illness from attending this meeting.

The Court was assembled to deal with the dispute between the Kingdom of the Netherlands and the Kingdom of Sweden concerning the application of the Convention of 1902 governing the guardianship of infants. Proceedings in this case were instituted by an Application by the Government of the Netherlands, filed in the Registry on July 10th, 1957.

Since the Court did not include upon the Bench any Judge of the nationality of either of the Parties in this case, each of the two Governments had availed itself of the right conferred by Article 31 of the Statute of the Court to designate a judge *ad hoc*. The Government of Sweden had designated Mr. Frederik Julius Christian Sterzel, former Judge of the Supreme Court of Sweden, and the Government of the Netherlands had designated Mr. J. Offerhaus, Professor of Private International Law at the University of Amsterdam.

Le Président invite M. Sterzel et M. Offerhaus à faire la déclaration solennelle prescrite par l'article 20 du Statut de la Cour.

M. STERZEL et M. OFFERHAUS prononcent successivement la déclaration solennelle.

Le PRÉSIDENT prend acte des déclarations faites par M. Sterzel et par M. Offerhaus et les déclare installés en leurs fonctions de juges *ad hoc* aux fins de la présente affaire.

Le Président déclare que le Gouvernement des Pays-Bas est représenté par M. W. Riphagen, conseiller juridique du ministère des Affaires étrangères, comme agent, et que le Gouvernement de la Suède est représenté par S. Exc. M. Sven Dahlman, ambassadeur de Suède aux Pays-Bas, comme agent.

Le Président invite les Parties à interrompre leurs plaidoiries aux intervalles qui leur seront commodes, par exemple toutes les dix ou quinze minutes, pour en permettre la traduction.

Il donne la parole à l'agent du Gouvernement des Pays-Bas.

M. RIPHAGEN prie la Cour de permettre au conseil du Gouvernement néerlandais de plaider le premier.

Le PRÉSIDENT donne la parole au professeur I. KISCH, qui fait l'exposé reproduit en annexe ¹.

(L'audience est suspendue de 12 h. 50 à 16 h.)

Le professeur KISCH continue la plaidoirie reproduite en annexe ².

(L'audience est levée à 18 h. 10.)

Le Président,

(Signé) Helge KLAESTAD.

Le Greffier,

(Signé) J. LÓPEZ OLIVÁN.

¹ Voir pp. 137-146.

² » » 146-159.

The President called upon Mr. Sterzel and Mr. Offerhaus to make the solemn declaration prescribed by Article 20 of the Statute of the Court. Mr. STERZEL and Mr. OFFERHAUS made the relevant declaration.

The PRESIDENT placed on record the declarations just made by Mr. Sterzel and Mr. Offerhaus, and declared them duly installed as Judges *ad hoc* for the purposes of the present case.

The President stated that the Government of the Netherlands was represented by Mr. W. Riphagen, Legal Adviser to the Ministry for Foreign Affairs, as Agent. The Government of Sweden was represented by His Excellency Mr. Sven Dahlmán, Ambassador of Sweden to the Netherlands, as Agent.

The President would request the Parties to interrupt their speeches at convenient intervals, for example, every ten or fifteen minutes, in order to allow the oral interpretation to be given.

He called upon the Agent of the Government of the Netherlands.

Mr. RIPHAGEN requested the Court to allow Counsel for the Netherlands Government to open his Government's case.

The PRESIDENT called upon Professor I. KISCH, who began the speech reproduced in the annex ¹.

(The Court adjourned from 12.50 p.m. to 4.00 p.m.)

Professor KISCH continued the speech reproduced in the annex ².

(The Court rose at 6.10 p.m.)

(Signed) Helge KLAESTAD,
President.

(Signed) J. LÓPEZ OLIVÁN,
Registrar.

¹ See pp. 137-146.

² " " 146-159.

TROISIÈME AUDIENCE PUBLIQUE (26 IX 58, 10 h. 30)

Présents : [Voir audience du 25 IX 58.]

Le PRÉSIDENT donne la parole au conseil du Gouvernement des Pays-Bas.

Le professeur KISCH continue la plaidoirie reproduite en annexe ¹.

(L'audience est suspendue de 12 h. 30 à 16 h.)

Le professeur KISCH termine la plaidoirie reproduite en annexe ².

Le PRÉSIDENT annonce que la Cour tiendra une audience lundi 29 septembre à 16 heures.

(L'audience est levée à 17 h. 55.)

[Signatures.]

QUATRIÈME AUDIENCE PUBLIQUE (29 IX 58, 16 h.)

Présents : [Voir audience du 25 IX 58.]

Le PRÉSIDENT donne la parole à M. l'agent du Gouvernement suédois.

S. Exc. M. SVEN DAHLMAN prononce le discours reproduit en annexe ³ et prie la Cour de permettre aux conseils du Gouvernement suédois d'exposer la thèse de son Gouvernement.

Le PRÉSIDENT donne la parole au professeur ROLIN, qui prononce la plaidoirie reproduite en annexe ⁴.

S. Exc. M. PETRÉN, conseil, prononce ensuite la plaidoirie reproduite en annexe ⁵.

(L'audience est levée à 18 h. 10.)

[Signatures.]

CINQUIÈME AUDIENCE PUBLIQUE (30 IX 58, 10 h. 30)

Présents : [Voir audience du 25 IX 58.]

Le PRÉSIDENT donne la parole au conseil du Gouvernement suédois.

Le professeur ROLIN continue la plaidoirie reproduite en annexe ⁶.

(L'audience, suspendue à 13 h., est reprise à 16 h.)

Le professeur ROLIN continue la plaidoirie reproduite en annexe ⁷.

(L'audience est levée à 18 h.)

[Signatures.]

¹ Voir pp. 159-171.

² » » 171-184.

³ » p. 185.

⁴ » pp. 186-192.

⁵ » » 193-197.

⁶ » » 198-213.

⁷ » » 213-224.

THIRD PUBLIC HEARING (26 IX 58, 10.30 a.m.)

Present: [As listed for hearing of 25 IX 58.]

The PRESIDENT called upon Counsel for the Government of the Netherlands.

Professor KISCH continued the speech reproduced in the annex ¹.

(The Court adjourned from 12.30 to 4 p.m.)

Professor KISCH concluded the speech reproduced in the annex ².

The PRESIDENT announced that the Court would next meet on Monday, September 29th, at 4 p.m.

(The Court rose at 5.55 p.m.)

[Signatures.]

FOURTH PUBLIC HEARING (29 IX 58, 4 p.m.)

Present: [As listed for hearing of 25 IX 58.]

The PRESIDENT called upon the Agent for the Swedish Government.

H. E. Mr. Sven DAHLMAN, Agent for the Swedish Government, pronounced the speech reproduced in the annex ³ and asked the Court to authorize Counsel for the Swedish Government to state the case for his Government.

The PRESIDENT called upon Professor ROLIN, who made the speech reproduced in the annex ⁴.

H. E. Mr. PETRÉN then made the speech reproduced in the annex ⁵.

(The Court rose at 6.10 p.m.)

[Signatures.]

FIFTH PUBLIC HEARING (30 IX 58, 10.30 a.m.)

Present: [As listed for hearing of 25 IX 58.]

The PRESIDENT called upon Counsel for the Swedish Government.

Professor ROLIN continued the speech reproduced in the annex ⁶.

(The Court adjourned from 1 p.m. to 4 p.m.)

Professor ROLIN continued the speech reproduced in the annex ⁷.

(The Court rose at 6 p.m.)

[Signatures.]

¹ See pp. 159-171.

² " " 171-184.

³ " " p. 185.

⁴ " " pp. 186-192.

⁵ " " 193-197.

⁶ " " 198-213.

⁷ " " 213-224.

SIXIÈME AUDIENCE PUBLIQUE (1 x 58, 10 h. 30)

Présents: [Voir audience du 25 IX 58.]

Le PRÉSIDENT donne la parole au conseil du Gouvernement suédois.

Le professeur ROLIN termine la plaidoirie reproduite en annexe ¹.

Le PRÉSIDENT annonce que la Cour tiendra audience le vendredi 3 octobre 1958, à 10 h. 30, pour entendre la réplique du Gouvernement des Pays-Bas.

(L'audience est levée à 12 h. 55.)

[Signatures.]

SEPTIÈME AUDIENCE PUBLIQUE (3 x 58, 10 h. 30)

Présents: [Voir audience du 25 IX 58.]

Le PRÉSIDENT donne la parole à l'agent des Pays-Bas.

M. RIPHAGEN prononce la plaidoirie reproduite en annexe ² et demande à la Cour d'autoriser le conseil du Gouvernement des Pays-Bas à continuer sa réplique orale.

Le professeur KISCH commence la plaidoirie reproduite en annexe ³.

(L'audience est suspendue de 13 h. à 16 h.)

Le professeur KISCH termine la plaidoirie reproduite en annexe ⁴.

Le PRÉSIDENT invite l'agent du Gouvernement des Pays-Bas à déposer au Greffe les conclusions finales de son Gouvernement. Il annonce que la Cour se réunira le samedi 4 octobre à 16 heures pour entendre la duplique orale du Gouvernement suédois.

(L'audience est levée à 17 h. 55.)

[Signatures.]

HUITIÈME AUDIENCE PUBLIQUE (4 x 58, 16 h.)

Présents: [Voir audience du 25 IX 58.]

Le PRÉSIDENT ouvre l'audience et donne la parole aux conseils du Gouvernement suédois.

M. PETRÉN prononce la plaidoirie reproduite en annexe ⁵.

M. ROLIN prononce la plaidoirie reproduite en annexe ⁶.

Le PRÉSIDENT prononce la clôture de la procédure orale.

(L'audience est levée à 18 h. 30.)

[Signatures.]

¹ Voir pp. 224-238.

² » » 239-243.

³ » » 244-254.

⁴ » » 254-265.

⁵ » » 266-267.

⁶ » » 268-281.

HEARINGS OF OCTOBER 1st, 3rd AND 4th, 1958 135
SIXTH PUBLIC HEARING (1 x 58, 10.30 a.m.)

Present: [As listed for hearing of 25 IX 58.]

The PRESIDENT called upon Counsel for the Government of Sweden. Professor ROLIN concluded the speech reproduced in the annex ¹.

The PRESIDENT announced that the Court would meet on Friday, October 3rd, 1958, at 10.30 a.m., to hear the reply of the Netherlands Government.

(The Court rose at 12.55 p.m.)

[Signatures.]

SEVENTH PUBLIC HEARING (3 x 58, 10.30 a.m.)

Present: [As listed for hearing of 25 IX 58.]

The PRESIDENT called upon the Agent for the Government of the Netherlands.

Mr. RIPHAGEN made the speech reproduced in the annex ² and requested the Court to allow Counsel for the Government of the Netherlands to continue the oral reply.

Professor KISCH began the speech reproduced in the annex ³.

(The Court adjourned from 1 p.m. to 4 p.m.)

Professor KISCH concluded the speech reproduced in the annex ⁴.

The PRESIDENT requested the Agent for the Government of the Netherlands to file in the Registry the Final Submissions of his Government. He announced that the Court would meet on Saturday, October 4th, at 4 p.m. to hear the oral rejoinder of the Government of Sweden.

(The Court rose at 5.55 p.m.)

[Signatures.]

EIGHTH PUBLIC HEARING (4 x 58, 4 p.m.)

Present: [As listed for hearing of 25 IX 58.]

The PRESIDENT opened the hearing and called upon Counsel for the Swedish Government.

Mr. PETRÉN made the speech reproduced in the annex ⁵.

M. ROLIN made the speech reproduced in the annex ⁶.

The PRESIDENT declared the hearings closed.

(The Court rose at 6.30 p.m.)

[Signatures.]

¹ See pp. 224-238.

² " " 239-243.

³ " " 244-254.

⁴ " " 254-265.

⁵ " " 266-267.

⁶ " " 268-281.

DIX-SEPTIÈME AUDIENCE PUBLIQUE (28 XI 58, 17 h.)

Présents : M. KLAESTAD, *Président* ; M. ZAFRULLA KHAN, *Vice-Président* ; MM. BASDEVANT, HACKWORTH, WINIARSKI, BADAWI, ARMAND-UGON, KOJEVNIKOV, Sir Hersch LAUTERPACHT, MM. MORENO QUINTANA, CORDOVA, WELLINGTON KOO, SPIROPOULOS, Sir Percy SPENDER, *Juges* ; MM. STERZEL et OFFERHAUS, *Juges ad hoc* ; M. AQUARONE, *Greffier en exercice*.

Présents également :

Pour le Gouvernement du Royaume des Pays-Bas :

M. W. RIPHAGEN, *comme agent* ;

assisté de :

M. I. KISCH, professeur à la faculté de droit de l'université d'Amsterdam, *comme conseil*.

Pour le Gouvernement du Royaume de Suède :

Son Excellence M. Sven DAHLMAN, ambassadeur de Suède à La Haye, *comme agent* ;

assisté de :

M. Henri ROLIN, professeur de droit international à l'université libre de Bruxelles, avocat à la cour d'appel de Bruxelles, *comme conseil*.

Le PRÉSIDENT ouvre l'audience et expose que la Cour est réunie pour le prononcé de l'arrêt qu'elle va rendre dans l'affaire relative à l'application de la Convention de 1902 pour régler la tutelle des mineurs, entre les Pays-Bas et la Suède. La Cour ayant décidé que le texte français de l'arrêt fera foi, M. Basdevant a consenti à donner lecture de ce texte.

M. BASDEVANT donne lecture de l'arrêt ¹.

Le PRÉSIDENT donne lecture du dispositif en langue anglaise.

Il annonce que MM. Kojevnikov et Spiropoulos, juges, ont joint à l'arrêt des déclarations ². M. Badawi, Sir Hersch Lauterpacht, MM. Moreno Quintana, Wellington Koo et Sir Percy Spender, juges, ont joint l'exposé de leur opinion individuelle ³. Le Vice-Président a déclaré se rallier d'une façon générale à l'opinion de M. Wellington Koo. MM. Winiarski et Córdoba, juges, et M. Offerhaus, juge *ad hoc*, ont joint l'exposé de leur opinion dissidente ⁴.

(L'audience est levée à 17 h. 50.)

Le Président,

(Signé) Helge KLAESTAD.

Le Greffier en exercice,

(Signé) S. AQUARONE.

¹ Voir publications de la Cour, *Recueil des Arrêts, Avis consultatifs et Ordonnances* 1958, pp. 55-72.

² *Ibid.*, pp. 72-73.

³ » , » 74-78, 79-101, 102-109, 110-115 et 116-131.

⁴ » , » 132-138, 139-145 et 146-156.

SEVENTEENTH PUBLIC HEARING (28 XI 58, 5 p.m.)

Present: President KLAESTAD; *Vice-President* ZAFRULLA KHAN; *Judges* BASDEVANT, HACKWORTH, WINIARSKI, BADAWI, ARMAND-UGON, KOJEVNIKOV, Sir Hertsch LAUTERPACHT, MORENO QUINTANA, CÓRDOVA, WELLINGTON KOO, SPIROPOULOS, Sir Percy SPENDER; *Judges ad hoc* STERZEL and OFFERHAUS; *Acting Registrar* AQUARONE.

Also present:

For the Government of the Kingdom of the Netherlands:

Mr. W. RIPHAGEN, *as Agent*;

assisted by:

Mr. I. KISCH, Professor in the Law Faculty of the University of Amsterdam, *as Counsel*.

For the Government of the Kingdom of Sweden:

His Excellency Mr. Sven DAHLMAN, Ambassador of Sweden at The Hague, *as Agent*;

assisted by:

Mr. Henri Rolin, Professor of International Law at the Free University of Brussels, Member of the Bar of the Brussels Court of Appeal, *as Counsel*.

The PRESIDENT opened the hearing and stated that the Court had met for the reading of its Judgment in the case concerning the application of the Convention of 1902 governing the guardianship of infants, between the Netherlands and Sweden. The Court had decided that the French text of the Judgment would be the authoritative text. Judge Basdevant would be good enough to read that text.

Judge BASDEVANT read the Judgment in the French text ¹.

The PRESIDENT read the operative clause in English.

He stated that Judges Kojevnikov and Spiropoulos had appended declarations ², Judges Badawi, Sir Hersch Lauterpacht, Moreno Quintana, Wellington Koo and Sir Percy Spender had appended statements of their separate opinions ³. The Vice-President had stated that he agreed generally with Judge Wellington Koo. Judges Winiarski and Córdoba and Judge *ad hoc* Offerhaus appended statements of their dissenting opinions ⁴.

(The Court rose at 5.50 p.m.)

(Signed) Helge KLAESTAD,
President.

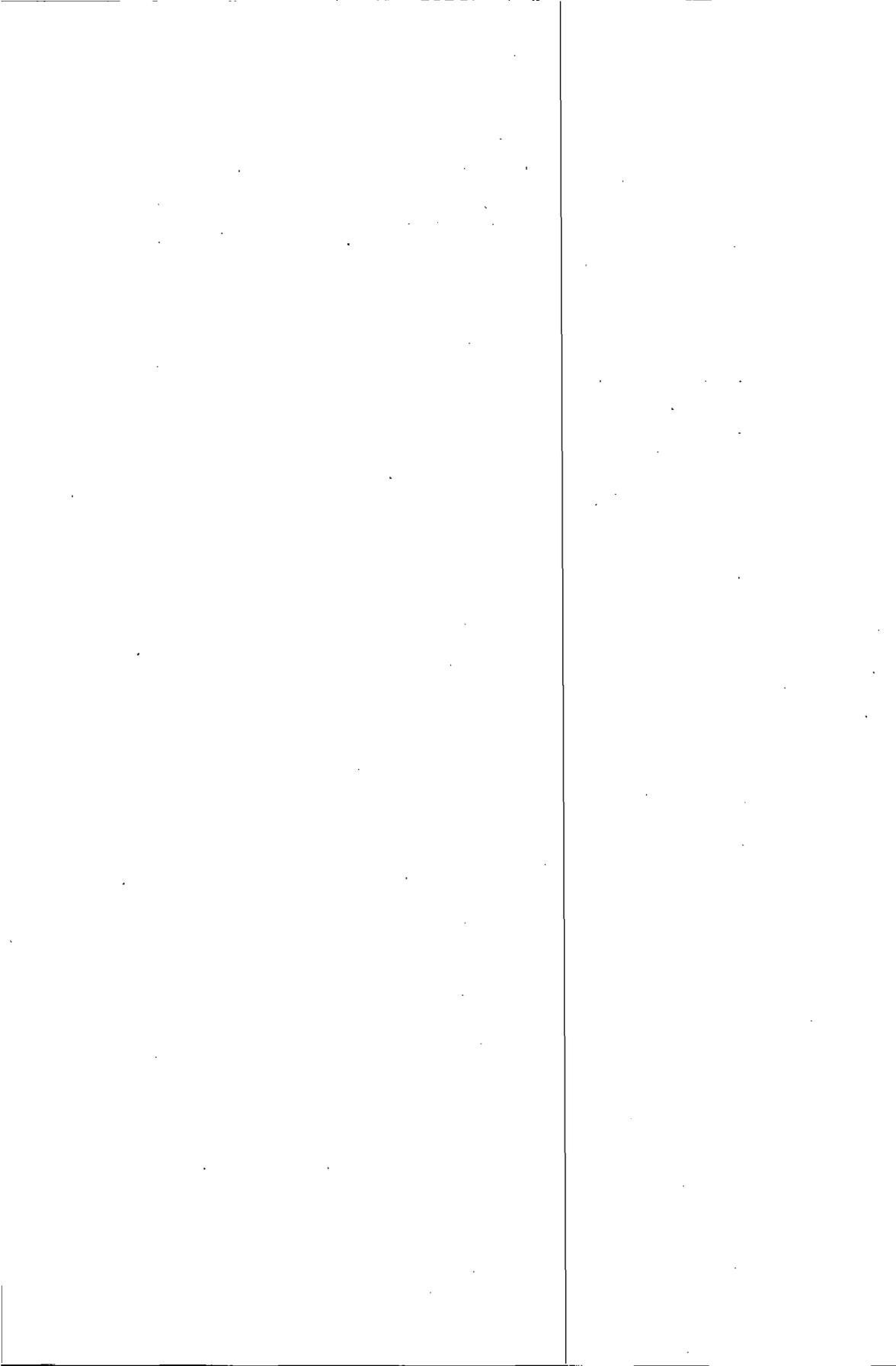
(Signed) S. AQUARONE,
Acting Registrar.

¹ See Court's publications, *Reports of Judgments, Advisory Opinions and Orders* 1958, pp. 55-72.

² *Ibid.*, pp. 72-73.

³ " " 74-78, 79-101, 102-109, 110-115 et 116-131.

⁴ " " 132-138, 139-145 et 146-156.



ANNEXE AUX PROCÈS-VERBAUX
ANNEX TO THE MINUTES

1. ORAL ARGUMENT OF PROFESSOR KISCH

(COUNSEL OF THE NETHERLANDS GOVERNMENT)
AT THE PUBLIC HEARINGS OF SEPTEMBER 25th AND 26th, 1958

[Public hearing of September 25th, 1958, morning]

Mr. President and Members of the Court:

When I took up this case I lived in hopes to make a very short speech. These hopes, I am sorry to state, have proved vain. So many points have been raised, so many precedents quoted, so many theories launched that obliged as I am to deal with them all, I cannot achieve that highly desirable object—brevity. However, to pay due homage to a brevity I can but admire, but not achieve this time, I may be allowed to take my opening cue from an address—one of the shortest in history—an address rightly renowned and, subject to changing a few words, singularly fitted to epitomize the case for the Government of the Netherlands. This then is how I would state the case. Two score and sixteen years ago, our fathers brought forth on this Continent a new Convention conceived in liberty and dedicated to the proposition that guardianship should be determined by national law. Now we are engaged in a great dispute testing whether that Convention or any convention so conceived and so dedicated can long endure. Mr. President, Members of the Court, the guardianship of the infant is determined by its national law. Thus Article 1 of the 1902 Convention on Guardianship. That is the principle. What does it imply? Not only that the guardianship shall begin and expire at such times and for such causes as established by the national law—that is what Article 5 of the Convention teaches; but likewise that the rights and duties of the guardian shall have such contents, such extension and such character as national law directs. This point cannot be doubted and has never been doubted. I may therefore refrain from adducing judgments and learned authors at length and I shall limit myself to quoting Professor Guyot in *Répertoire de droit international*, tome 10, Tutelle, n° 71:

“Dès son article premier, la convention de 1902 pose la règle qu'elle considère comme essentielle: «La tutelle d'un mineur est «réglée par sa loi nationale.» Dans l'article 5, dans l'article 6, alinéa 1, elle déduit des conséquences du principe ainsi affirmé en tête de la réglementation.

Aux termes de l'article 5, «dans tous les cas, la tutelle s'ouvre «et prend fin aux époques et pour les causes déterminées par la loi «nationale du mineur». Il peut sembler étrange de viser seulement la naissance et la mort de la tutelle, comme si toute sa vie comprise entre ces deux dates extrêmes obéissait à une loi différente. L'Institut de droit international qui fut, comme on l'a remarqué, le premier auteur de cette formule, l'avait développée dans ses conséquences pratiques, déclarant déterminés par la même loi «le «mode de délation, d'organisation et de contrôle de la tutelle, les «attributions et la compétence du tuteur». Ne peut-on conclure

de la suppression de l'énumération qu'elle a été jugée inexacte, que les auteurs de la Convention de 1902 ont entendu la condamner? Une telle déduction ne doit pas être admise: la conférence de 1894 a reconnu bien fondées toutes ces conséquences, mais a estimé inutile de les affirmer dans le texte; elle a seulement tranché les points qui avaient donné lieu à des controverses délicates."

[Translation]

"In its first Article, the Convention of 1902 lays down the rule which it regards as fundamental: 'The guardianship of an infant shall be governed by the national law of the infant.' In Article 5 and in Article 6, paragraph 1, it draws the conclusions of the principle thus stated at the outset in the provisions of the Convention.

Under Article 5, 'in all cases the guardianship shall begin and end at the times and for the reasons determined by the national law of the infant'. It may seem curious that only the beginning and the end of the guardianship are referred to, as if the whole period between the opening and closing dates were subject to some different law. The Institute of International Law which, as has been pointed out, was the original author of this formula, had gone on to develop its practical consequences, stating that the same law governed 'the mode of institution, organization and control of guardianship, the powers and competence of the guardian'. Can it be concluded from the deletion of this enumeration that the latter was considered incorrect, that the authors of the 1902 Convention intended to reject it? Such a conclusion is not warranted: the 1894 Conference recognized that all these consequences were well-founded, but it considered it unnecessary to state them in the text; it simply resolved the points which had given rise to controversy."

La compétence et les attributions du tuteur — Inhalt der Vormundschaft — Ernst Frankenstein, Wolff and others.

Now what are these "*compétence et attributions du tuteur*"? They are elaborated by national law, but their essence is given in Article 6 of the Convention: "*L'administration tutélaire s'étend à la personne et les biens du mineur*", in other words the rights of the guardian are two-fold. They comprise two functions, firstly the control of the person, the right to guide, to educate, to look after the ward, and secondly the care of his estate. Now in the present case we are concerned with the control of the person and that brings me to the facts.

Mr. President, Members of the Court, I now come to the facts. Mrs. Catharina Idema-Postema of Dordrecht, duly appointed guardian of the infant Marie Elisabeth Boll, a Netherlands citizen, born May 7th, 1945, now residing in Sweden, wants her to be removed from her present residence. She expresses that wish in her capacity of guardian and in virtue of her right of control, her *droit de garde*, as warranted both by the Convention and by the national law of the infant, that is Netherlands law. However, her wish is thwarted by the Swedish authorities. She is told that Elisabeth cannot be removed because she is under protective education under the terms of Article 22(a) of the Swedish law of June 6th, 1924. You will find that law in a French translation, pages 75 to 83 of the Counter-Memorial. Very properly, Mrs. Postema approaches the Swedish courts to have the protective education discontinued and there are no

less than four lawsuits. You will find them all in the Memorial, pages 24, 27 and 29 and one of them in the Counter-Memorial, page 58. I may be allowed to give you the substance. It is held by the Norrköping Child Welfare Board that the matter requires further examination. Thereupon it is held by the appellate courts, by the Östergötland County Government of Linköping, that the protective education should be discontinued. But finally it is held by the King in Council at Stockholm that the protective education is to continue, particularly on the grounds that in view of the dissensions to which the child has been exposed and the other circumstances stated in evidence, it is obvious that a removal of the child to a wholly strange environment would at present seriously endanger her mental health.

So this is how the matter stands at the present moment. The Netherlands guardian, in virtue of her rights as warranted by the Convention and by the Netherlands law wants the Netherlands girl to be transferred and the Swedish authorities say "no". I shall presently show that this attitude of the Swedish authorities is not in conformity with the Convention and therefore not in conformity with the duties incumbent upon Sweden towards the Netherlands under the terms of the Convention. But first I must supplement my statement of facts. Since they bear on removal, on transfer, on change of residence, I may call these facts "The Story of an Exodus", but then of an exodus that has not come off. However, no exodus, thwarted or not, is without a genesis. And then you may well ask three questions. Firstly, how guardianship came up in the first place? Secondly, how Mrs. Postema came to be guardian? Thirdly, how Elisabeth came to be submitted to protective education? The first two questions are readily answered. Question 1: Elisabeth was born out of the marriage of Johannes Boll, a Netherlands citizen, and Gerd Elisabeth Lindwall, a Swedish lady by origin, who, however, through marriage, became a Netherlands citizen. By the end of 1953 Mrs. Boll died, and under the rules of Netherlands law the surviving parent, the father, automatically became guardian—parent guardian, as we call it. Further, under Netherlands law, an assistant guardian, co-guardian, *subrogé-tuteur*, must be appointed in all cases of guardianship, and this was done in the present case by the Cantonal Court of Amsterdam on June 2, 1954, and in this manner Mr. Idema of Dordrecht became assistant guardian, a function he has held without interruption to this day. Question 2: How did Mrs. Postema come to be guardian? Within a few months after his wife's decease the father found that he was unable to look after and bring up his daughter as he wished on account of his being a sailor, and so he turned to the Dordrecht courts petitioning for (a) an *ontheffing*, as it is called in Dutch, a release of his person as guardian, and (b) having a guardian appointed in his stead. Here I must interrupt my statement for inserting some explanations on rules of Netherlands law. The "*ontheffing*"—release of parents or guardian, known to Netherlands law but not to various other legal systems—is fundamentally different from the "*ontzetting*", deprivation. It is a measure taken by the courts on the petition of the parent or guardian himself and that not for the motive of bad behaviour but for the motive that a parent or guardian feels unable or unfit to perform his duties in the appropriate manner. In contradistinction then to the *ontzetting*, the deprivation that is petitioned for by relatives or by the public prosecutor, the *ontheffing* (release) implies no stain whatsoever on the character

of the petitioner. One further remark. The Dordrecht Court was approached because under Netherlands law all infants residing abroad that are under guardianship, be it parental guardianship or any other sort, are domiciled with the assistant guardian, and it is imperative that such assistant guardian should be domiciled in the Netherlands. Accordingly, all Netherlands infants under guardianship are domiciled in the Netherlands with an assistant guardian. Accordingly, Elisabeth was, and is, domiciled with Mr. Idema of Dordrecht and accordingly the father had to approach the court of that city. The Dordrecht Court then, by an Order of August 5th, 1954, which you will find in the Memorial, page 23, released, let us call him Johannes for short—released Johannes, and appointed—let us call her Catharina for short, Mrs. Postema in his stead.

And now I come back to the legal aspects. We have submitted that under the Convention and under the national law of the infant the guardian has certain rights in respect of the ward. These rights include the right to direct the ward's removal. There can be no doubt about that, nor can there be any doubt that by the protective education the said right has been curtailed.

If you look up the leading authority in the Netherlands on family law (and in this connection you should know that in this country we have two forms of protection—we have it in the mild form, the mild *gezinsvoogdij*, the *mise sous surveillance*, where a *gezinsvoogd* is appointed to guide the parents but the child remains at their home; and we have it in the more radical and drastic form where the child is placed outside of the family, and that amounts to protective education in Sweden)—if then you look up the matter in the leading book on family law, Asser-Scholten-Wiarda, *Nederlands Burgerlijk Recht*, 1957, page 608, what will you find? That the whole matter, mild form and radical form, is dealt with under the heading *Beperking der ouderlijke macht*—curtailing of parental power or the power of the guardian, as the case may be. And in the same spirit, three years before, an expert on juvenile law, Dr. Lycklama, writes in the *Nederlands Juristen Blad*, 1954, page 868, as follows:

“The matter concerned is the removal of children that are under supervision from the home of their parents, respectively guardians. Such removal is not only a matter that affects the situation of the child, but is also a curtailing of the right of say of the parents or the guardian, because it may be taken, in our country, that the parents or the guardian have the right to determine where an infant who is submitted to their authority shall reside.”

This then, Mr. President and Members of the Court, is our case. I can state it in the very words of Dr. Lycklama. The parents or guardians have the right to determine where an infant shall reside. This right is guaranteed by the Convention. Protective education is a curtailment of the parents' or guardian's right. Therefore, the protective education as pronounced by Sweden is incompatible with the Convention and an encroachment upon the Convention, and it is therefore that we have asked the Court to adjudge and declare that the measure taken and maintained by the Swedish authorities in respect of Marie Elisabeth Boll, namely the *skyddsuffostrar* instituted and maintained by the decrees of May 5th, 1954, June 22nd, 1954, October 5th, 1954, June 3rd, 1955; and February 21st, 1956, is not in conformity with the obligations

binding upon Sweden vis-à-vis the Netherlands by virtue of the 1902 Convention governing the Guardianship of Infants, and that Sweden is under an obligation to end this measure.

Mr. President and Members of the Court, that is our case.

And now I come to the third question. How did Elisabeth come to be under protective education in the first place? Mr. President and Members of the Court, this is a painful and delicate story, and the less said about it the better, but it cannot possibly be left out because but for the events I shall presently relate there would never have been a protective education nor a guardian's wish thwarted, nor any lawsuit in Sweden, nor this suit before your Court. This then is what happened, and I shall quote from the Linköping resolution, Memorial, page 27.

In 1954, shortly after the death of the child's mother, there was brought an accusation against the father that he should have committed a certain criminal offence, an infamous crime, against his little daughter, then eight years old. I do not want to go into details, but there are only a few remarks I shall allow myself to make. Firstly, either this charge against the father was true or it was not. If it was true, it should have been followed up; there should have been prosecution, trial, verdict, sentence and punishment, and then the Government of the Netherlands would have been the first to deem the father unworthy of the care of his child and the first to applaud and approve any measure taken for the child's protection. But the charge proved unfounded. As we read in the Linköping resolution, the Public Prosecutor decided not to charge Johannes with the offence. However there certainly was a period where, possibly at least, the Swedish authorities had a suspicion, and that brings me to the second remark. If protective education was ordered at all in 1954, it was ordered by virtue of that suspicion. No other motive has ever been mentioned, and if there has been another motive, let the Government of the Kingdom of Sweden mention it.

Now we can understand, quite apart from legal considerations, that as long as that suspicion was strong the Swedish authorities felt bound to protect the child. That is what we have openly acknowledged in our Reply, page 106, and provided this acknowledgement be not twisted, we are not going to take it back. But once this charge had proved false and unfounded, once there was no further foundation for suspicion, there could have been no further motive for continuing the protective education, and the child should have been restored to the father with due apologies.

But this has not been done. The protective education has been continued, even after the father's character had proved unstained, even after the father had withdrawn and Mrs. Postema, a lady whose repute and qualifications had not even been ever subject to any doubts, had become the guardian in his stead.

And now Mrs. Postema decides, as she has the right to decide, that the child should be removed. She finds her wishes opposed by the protective education, and under what motto? That removal would harm the child.

Mr. President and Members of the Court, there is something there that, to put it mildly, sounds somewhat paradoxical. Suppose you imprison a person on a false charge, suppose you keep him in gaol for months and months, suppose it is finally proved that the charge is a false one. Now one would expect that the prison doors are widely open. No. Up comes the gaoler and says: "Look here, my good man, we have

taken a decision for your benefit. You have been in confinement so long it would be a sin to expose you to fresh air."

This is the paradoxical element of the case. Mr. President and Members of the Court; I must ask you to keep it in mind. I shall revert to it only at the end of my speech.

Now against our Submissions defendant has argued by way of first defence that the guardianship we consider encroached upon is not covered by the Convention. Following defendant's line of argument I must distinguish between two holdings on her parts. Firstly, the control of the person, the *droit de garde*, as such is not covered by the Convention. (You will find that in the Rejoinder from page 112 to page 114 and again pages 117 to 118.) And secondly that if the *droit de garde* as such is covered by the Convention it is not so covered as far as held by (1) Johannes, (2) Catharina.

First argument then, *droit de garde* as such not covered. Now that would be odd indeed, since Article 6 of the Convention is explicit in the matter, *l'administration tutélaire s'étend à la personne et à l'ensemble des biens du mineur*. It is argued that in Sweden there are different names for the different functions. Control of the person would be *vårdnad* and care of the estate would be *förmynderskap*; and it is argued that though normally both are in the same hands, the combination is, if I may put it that way, more a *union personnelle* than a *union réelle*.

Well, we can admit that, but what of it? Defendant's conclusion is apparently this: that if the Convention says *tutelle* and that if in Sweden *tutelle* is translated by *förmynderskap*, then the Convention deals only with *förmynderskap*. No. Sweden has subscribed to a Convention, and Article 6 of that Convention holds that *tutelle* is, *tutelle* amounts to, "*vårdnad och förmynderskap*", to both the functions. That is all there is to it. I can but wonder why in the *Duplique* two pages and a half should have been devoted to denying so obvious a proposition. Nor can I understand why this denial should have been offered under the name of *qualification*, characterization. The case at issue is really complicated enough as it is, and I fail to see why here one of the most difficult problems of conflict of law should be brought in: it can but confuse the issue. So with your leave I will make short work of it. It is true that characterization according to not a few authors, such as Kahn and Bartin, follows the *lex fori*, but even the advocates of what is often called the classical doctrine admit certain exceptions. Furthermore, you well know that the doctrine "characterization follows the *lex fori*" has been combated on good grounds by distinguished scholars such as Martin Wolff, Ernst Rabel and many others. But why go into these controversies? All authors, including Kahn, including Bartin, agree that the classical doctrine does not hold once a convention governs and is explicit on the matter. The defendant herself, and I appreciate this fair attitude, has called attention to *la doctrine la plus récente (Duplique, pp. 113 and 114)* and therefore I may limit myself to offering a quotation from Meili and Mamelok—*Das internationale Privat- und Zivilprozessrecht auf Grund der Haager Konventionen*, 1911, page 56 (1911—not so very recent, you see) reading as follows: "The question in which sense the legal terms should be understood is not to be established according to the construction of any particular State. The Conventions stand on their own feet. If this course were not adopted, the supranational law we are here confronted with would suffer degradation into a party law (*Particu-*

larrecht) and denaturation as to its contents and would finally be broken into shivers." But enough. The defendant has not insisted upon the conclusions drawn from the characterization doctrine (see *Duplicque*, pp. 114 and 118). She has, as she tells us, resisted temptation (*Duplicque*, p. 117), and then why further pursue the matter? It may then be taken as *un point acquis* that the *droit de garde* as such is covered by the Convention.

But now the defendant holds that if the *droit de garde*, the control of the person as such is covered by the Convention, it is not so covered in the case of (1) Johannes (*Duplicque*, pp. 114 to 117), and (2) Catharina (*Duplicque*, pp. 117 to 119).

Now then let us take Johannes first. I have considered abstaining from that point altogether. A discussion is not absolutely required since in our Memorial we have complained of five distinct Swedish Resolutions. We have complained of the continuation as well as of the institution of protective education. Now since three of these Resolutions concern the continuation of protective education over what I might call the "Period Catharina", it would simplify matters to leave the "Period Johannes" out altogether. We can, however, regretfully not adopt that simplification because defence has drawn certain conclusions as to the guardianship of Johannes (*Duplicque*, p. 117), and from these conclusions has drawn inferences as to the guardianship of Catharina, thus connecting the one with the other. Now I shall show that the conclusions *in re* "Guardianship Johannes" cannot be upheld and that even if they could, the inferences *in re* Catharina are, and respectively would be, unwarranted.

Firstly, then, *in re* "Guardianship Johannes". In the Pleadings a distinction has been drawn (Reply, p. 95) between (all that under Netherlands law) (a) parents during marriage; (b) one parent after the dissolution of a marriage; and (c) the outsider guardian. All three as regards their relations to infants. I may remind you that under Netherlands law, both (b) the parents after the dissolution of marriage and (c) the outsider guardian, are called "*voogden*" (guardians). For the sake of simplicity then and without as yet anticipating upon legal conclusions, let us call them (a) the parent parent, (b) the parent guardian, and (c) the outsider guardian. Now the defendant substantially submits that the parental guardian—*ouder voogd*—is, legally speaking, just a misnomer. What we call the parental guardian is not a guardian within the meaning of the Convention but a parent parent not covered by the Convention. Before entering upon this matter, I may be allowed to make a preliminary remark. I do not quite grasp, if I may put it that way, the defendant's philosophical position. A man may believe in words and sounds or, again, he may believe in things and substances. To put it in technical terms, he may be a nominalist or he may be a realist. Now there is one thing that rather strikes one. When Swedish guardianship was concerned, the defendant invited us to give our attention to a word—*förmynderskap*—and from that word to draw our inferences. He then showed himself a stern nominalist. As soon, however, as the Netherlands guardianship is concerned, he invites us not to look at the word "*voogden*" but to give our attention to the thing and the substance. Apparently he has now become a stern realist. But let that pass. I am quite willing not to look at the name but at the substance. Then, however, there is but one way to arrive at a solution, and since I have used the letters (a), (b) and (c), I may as well, just for a moment, proceed in a mathematical manner. Problem: there is (a) the parent parent, there is (b) the parental guardian

or, not to give offence, the so-called parental guardian, and there is (c) the outsider guardian. Now, from the point of view of the Convention, (a) the parent parent is admittedly out; (c) the outsider guardian is admittedly in. The problem is—is (b) in or out? The only way to arrive at the answer is to examine whether, given his position in law, (b) is equivalent to (a) or rather, the equivalent of (c).

Mr. President and Members of the Court, that is a matter we have dealt with in the Reply already. In the Reply, pages 96-97, we have shown that (b) the parental guardian, under Netherlands law, is on all fours with (c), the outsider guardian, and that both fundamentally differ from (a), the parent parent. The parental guardian and the outsider guardian, we have shown, have all specific features in common. The duty to make an inventory, the duty to deposit monies, the duty to ask the judge's authorization in all important matters, the duty to make investments in gilt-edged securities and the like, the duty to accept the assistant-guardian's supervision. Both the parental guardian and the outsider guardian have these specific features, and the parent parent has not. Now against that conclusion, the defendant says, if I well understand him: "You may have made a point there as to the care of the property but you have not made your point as to the control of the person." I admit that in respect of the control of the person, the *droit de garde*, the differences are somewhat less noticeable but there is this double difference. First, that the parent parent has his rights of control, under Netherlands law, jointly with the other parent parent; it is not paternal power, it is parental power—and it belongs to the father and the mother. Whereas both the parental guardian and the outsider guardian have the *droit de garde* alone. The second difference is that both the parental guardian and the outsider guardian in contradistinction to the parent parent are under the supervision of the assistant-guardian, whose task is admittedly mainly in the field of property but not exclusively because he has also duties concerning the parent guardian's, respectively, the outsider guardian's, *droit de garde*. To wit, to watch the parental guardian, respectively the outsider guardian, as to their control and care of the infant and, if there are grounds, to demand protective education, deprivation and the like. It is particularly his, the assistant-guardian's, duty to provoke these measures. This feature you do not find with the parent parent, simply because there is no assistant-guardian, and that I think tips the balance also as to the *droit de garde*.

Thus, Mr. President and Members of the Court, the parent guardian and the outsider guardian are in one boat in respect of the *droit de garde*. I am well aware that the matter is subject to some controversy. Let me mention, as far as I am aware the most recent contribution, Vischer, *Die rechtsvergleichenden Tatbestände im internationalen Privatrecht*, 1953, page 41, with reference to a judgment by the Swiss Bundesgericht where it has been held that Netherlands parental guardianship is not guardianship in the strict sense, because it results from parenthood. Now here I allow myself to disagree. After all, guardianship must result from something, but the cause should not be confused with the effect. There is testamentary guardianship, guardianship created by a last will, and there is parental guardianship. Now I don't think it makes sense to hold that a testamentary guardian is a sort of last will because he derives his powers from a testament, but then in the same spirit I think it does not make

sense to hold that a parental guardian is a sort of parent because he derives his rights from his parenthood.

I persist then in believing that parental guardianship is guardianship within the meaning of the Convention. There is—I may be allowed to emphasize that point, as already mentioned in the Reply, page 96—there is also the conclusion arrived at by Professor Kusters after a thorough analysis of the *Actes et Documents* of the various relevant conferences. Now I do not think that it should have been remarked in the Rejoinder, page 117, that, as it were, we have caught Professor Kusters napping, and that in writing as he did he did not think of the *droit de garde* at all. I think that for all who have had the privilege to know the late Professor Kusters, by itself it is an odd hypothesis that he would be neglectful on so important a point. But if that is the theory, and he would nap at all, it would be odder still that in his dream he would see guardianship not in the Netherlands but in the Swedish manner.

I may submit then that Johannes, a parent guardian, is a guardian within the meaning of the Convention. But now for Catharina. For the sake of argument I shall now assume that Johannes, the paternal guardian, is not a guardian within the meaning of the Convention, and then I come to Catharina. Is she a guardian within the meaning of the Convention? Now I was wondering how the defendant would come to a negative answer. I was wondering, and I asked myself "how is he going to do it"? After hurling a disqualification at the head of Johannes for being a parent guardian, is he going to hurl now a disqualification at the head of Catharina for not being a parent guardian? I was curious, and I had long to wait to get the defendant's theory. I had to wait somewhat because there are several paragraphs where the matter was announced.

In the Rejoinder, page 117, "*En va-t-il autrement du maintien de la mesure*", etc. Nothing. "*Le Gouvernement néerlandais le prétend.*" Nothing. "*Encore une fois, ce raisonnement passe à côté de la véritable objection formulée par le Gouvernement suédois.*" Nothing. "*Le moyen, cette fois, est cependant différent de celui employé à l'égard de la première tutelle.*" Well, that is what I understand. "*Certes, il était tentant pour le Gouvernement suédois de recourir encore une fois à la notion de qualification...*" Well, that is temptation resisted.

The next paragraph, "*Aussi le Gouvernement suédois admet-il qu'en général la garde exercée par un tuteur (qui n'est pas le père de l'enfant) doit être comprise dans la tutelle pour l'interprétation et l'application de la Convention de 1902.*"

Well, at that moment you think Catharina has arrived. But no. "*Si à son avis il n'en est pas ainsi dans le cas présent, c'est parce qu'en l'espèce le droit de garde compris dans la tutelle de Madame Postema*"—and here the bombshell explodes—"le droit de garde compris dans la tutelle de Madame Postema succède au droit de garde exercé par M. Johannes Boll, lequel droit, ainsi qu'il a été démontré, était étranger à la tutelle au sens de la Convention."

Here is the succession theory in matters of guardianship, particularly in the control of the person. Now I have seen in my time the word "succession" used in many meanings. I have heard of State succession, I have heard of a succession of immovables and a succession of movables. I have even heard about succession tax. But really, this is over-taxing the poor word. It is using the word "succession" in a very loose sense indeed. In the strict sense, as we all know, "succession" is rights directly

derived, the transfer of property *inter vivos* or on death. And now why use the word "succession" in this very loose sense? Apparently for introducing the maxim *nemo ad alium plus juris transferre potest quam ipse habet*—nobody can transfer to another man more rights than he has himself.

Now that maxim does not even hold for succession in the strict sense. This is admirably shown in a study by a Swiss author, Carlin, *Niemand kann auf einen Anderen mehr Recht übertragen als er selbst hat*, 1882, seventy-six years ago—and I may limit myself to giving one illustration—it is an article you all know of the French Code, Article 2279, whereby a *bona fide* purchaser for value without notice acquires ownership even if he is the successor to a man who was not the owner.

Now nobody has held in these later years the maxim *nemo plus juris*, even in respect of succession in the strict sense, and now it should apply to succession in the loose sense. The Court must allow me to call this reasoning absurd. There is no discourtesy intended here, I use the word in the strictly Euclidian sense. Absurd because the proposition is easily rejected by a *reductio ad absurdum*.

To this *reductio* I shall now turn. Suppose both Johannes and his wife had died simultaneously by the same accident and Catharina thereupon had been appointed guardian. The defendant's argument, in the sentence where the succession theory is launched, would read as follows: "... *le droit de garde compris dans la tutelle de Madame Postema succède au droit de garde exercé par les époux Boll...*" (on the hypothesis they both died: "*le droit de garde exercé par les époux Boll*"), "*lequel droit, ainsi qu'il a été démontré, était étranger à la tutelle au sens de la Convention* (because the deceased parents were parents)".

What is the result of that succession theory, under that hypothesis, under any hypothesis? That in no circumstances any guardian who succeeds to a parent or to parents can have a guardian's *droit de garde*, for he is always deriving his rights from the parent. Nor can any subsequent guardian who succeeds to the previous guardian, under the succession theory, ever acquire the guardian's *droit de garde*, for having obtained it from his predecessor who did not have it, which leads to the conclusion that the guardian's *droit de garde* cannot exist at all, which is absurd, as Euclid would have it.

[Public hearing of September 25th, 1958, afternoon]

Mr. President, Members of the Court, allow me to summarize just for a few moments. Defendant has submitted that the case is not covered by the Convention. His first objection to having the case covered by the Convention has been that the Convention does not look at the *droit de garde*, at the control of the person. I think that objection should be overruled in view of the explicit provision of the Convention itself. The second objection has been that Johannes is not a guardian within the meaning of the Convention. I think that that objection ought to be overruled on account of a substantial examination of the position of the parent guardian on the one hand and the outsider guardian on the other, whereby we come to the conclusion that they are exactly in the same condition and that therefore the parent guardian is rightly considered as a guardian, just as much a guardian as an outsider guardian is, and that

therefore he is covered by the Convention. The third objection has been that Catharina is not covered by the Convention. To make that objection, defendant had to start from the conclusion that I think ought to be rejected, to wit, that she is successor to somebody who is not the guardian. But even if we assume for the sake of argument that the parent guardian was not a guardian, we do not think the defendant can possibly make his point because it is based on what I have allowed myself to call the "succession theory", a theory that, I believe I have shown, does not hold water, a theory that leads to a conclusion I have allowed myself to call absurd because if you take that concept of succession seriously there can be no guardian's *droit de garde*, never for anybody. So much for the succession theory. But now there is worse to come. Under the succession theory Catharina at least had some legal power, not guardian's power, but anyway by way of succession such power as her predecessor, the parent guardian had. But now on second thoughts, defendant apparently holds that Catharina has no power at all, not even a parent's *droit de garde*, she is nothing, she is just a legal nonentity. What is the line of reasoning here? You will find it on pages 118 and 119 of the Rejoinder, and I shall presently show that it is drawn from what I may call the favourite conjurer's hat of defendant, the Geneva decision of 1912. We have met that conjurer's hat in the Counter-Memorial, we have dealt with it in the Reply, but still from that hat there are produced rabbits and even red herrings. I shall show you the red herrings' trail in a moment. But let me first look at the Geneva decision, the decision of the *autorité tutélaire de surveillance de Genève* as reproduced now at the end of the Rejoinder. The decision is really simple enough. The persons involved are French citizens, but they are domiciled in Switzerland. The courts involved are the Swiss courts, to wit, first, the lower court, *autorité tutélaire*, and then the higher court, the *autorité tutélaire de surveillance*, and the matter involved is the *déchéance*, the deprivation of the father, *déchéance de puissance paternelle*. Now there are just two questions that are dealt with in these decisions. The first is, is it for French law to decide whether *déchéance* gives rise to guardianship? This question is answered in the affirmative by both the courts, the lower and the higher, and how could it be otherwise, because that is exactly what Article 5 of the Convention rules. Once we recognize that it is for French law, to wit, national law, to decide whether *déchéance* gives rise to guardianship, the second question is, does this prevent the Swiss courts, the domiciliary courts that is, from handling the *déchéance*, and here the lower court says it does and the higher court says it does not. It doesn't prevent the Swiss court from pronouncing the *déchéance*. Those are the two problems involved and that is how the decision is reported, for instance, with Kusters, page 580, in the Tenth Volume of the *Répertoire* (article by Professor Van Hille, No. 184D), in Frankenstein's book, Fourth Volume, page 70, and so forth, and so forth. And these are all the conclusions that can possibly be drawn from the Geneva decision. And now comes the conjurer's hat. I shall allow myself to read to you pages 118 and 119 of the Rejoinder :

"Pour que la Cour puisse juger de la décision, nous en reproduisons le texte en annexe à la présente duplique. Il s'agissait en l'espèce d'un enfant se trouvant en Suisse et ayant la nationalité d'un autre État partie à la Convention de La Haye de 1902, à

savoir la France, suivant la législation de laquelle la déchéance de la puissance paternelle donne ouverture à la tutelle. La décision analysée admet sans doute qu'il en soit ainsi en Suisse, mais pas avant que la déchéance ait été prononcée au lieu du domicile de l'enfant et conformément à la loi qui y est en vigueur, cette question étant exclusive de la tutelle visée dans la Convention de La Haye. C'est très exactement la thèse soutenue par le Gouvernement suédois à l'égard de la tutelle de M^{me} Postema. Dans la mesure où cette tutelle comprend le droit de garde, elle succède à la puissance paternelle de M. Johannes Boll, dont celui-ci n'a pas été déchu par une décision devant avoir, aux termes de la Convention, autorité de chose jugée en Suède. Or, l'autorité judiciaire suédoise, seule compétente, n'a pas prononcé de déchéance du droit de garde à charge de M. Johannes Boll."

[Translation]

"... to enable the Court to judge of the matter we have reproduced the text of the decision as an Annex to this Rejoinder: the case concerned a child in Switzerland, having the nationality of another State party to the Hague Convention of 1902, namely France, according to the law of which a deprivation of paternal authority gives rise to the establishment of guardianship. The decision in question no doubt holds that this is so in Switzerland, but not before the decision to deprive of authority has been given in the place where the child is resident [*lieu du domicile*], and in accordance with the law then in force, this question falling outside guardianship as understood in the Hague Convention.

This is precisely the argument maintained by the Swedish Government in respect of the guardianship of Madame Postema. To the extent that that guardianship includes a right to custody and control, it succeeded the parental authority of M. Johannes Boll, a right of which he was not deprived by a decision which, under the terms of the Convention, is to be regarded as having the authority of *res judicata* in Sweden. The Swedish judicial authorities, however, who alone are competent in this connection, have never decided that M. Johannes Boll was to be deprived of his right to custody."

Well, here's the point. The words "*seule compétente*"; you won't find that in the Geneva decision at all. It is held in the Geneva decision that the domiciliary court, that is the Swiss court, may pronounce the *déchéance*. It is not held at all, and it could not be held, that only the Swiss, that is the domiciliary court, could pronounce the *déchéance*. Nor is it held in the decision, and couldn't be held, that the national court, the national jurisdiction, the French court that is, may not pronounce the *déchéance*. You see how the jump is made; it is the jump from "the domiciliary court can" to "*only* the domiciliary court can and the national court *cannot*". If that jump were warranted, but it isn't, indeed one might say that the *déchéance*, or in the present case the release of the father, could only have been pronounced by the Swedish court and that the Netherlands court, the Dordrecht court that is, had no competence to do it. Now this theory, not founded on the Geneva judgment at all, has really no leg to stand on. It has never, never been held, neither by French courts, nor by Netherlands courts, that they would not have

jurisdiction in regard of *déchéance* of nationals. There is absolutely no foundation for that theory; on the contrary, I can quote you as many decisions as you like where it is held by French courts and by Netherlands courts that irrespective of the question whether a foreign domiciliary court may also pronounce the *déchéance*, anyway the primary court to pronounce the *déchéance* of a national is the court of his country. But I don't think that in the present case it is worth the Court's while to consider the question long because even if it were true, that competence is, and is only, with the domiciliary court, I don't worry, since in the present case the child happens to be domiciled in Dordrecht with the assistant guardian.

Mr. President and Members of the Court, I think, just to summarize, that all three objections of what I may call the first chapter, ought to be overruled. The *droit de garde*, as such, is covered by the Convention. The *droit de garde* as vested in the parent guardian is covered by the Convention, and even if that were not so, the *droit de garde* as vested in the outsider guardian, Mrs. Postema, is covered by the Convention. But now I come, with your leave, to the second chapter, I come to *ordre public*.

What is *ordre public*? Many painstaking legislators, many excellent judges, many learned authors, have tried to find the ideal definition. They have not achieved it, and I shall certainly not invite the Court to solve a problem that may be as insoluble as squaring the circle. But the idea of *ordre public* may be generally stated like this that in any country there are certain provisions or principles so fundamental, so intense, so inflexible, that even where normally foreign law should be applied under the conflict rules, these provisions and principles must prevail. That is what Niboyet has justly called: "*L'intolérance de l'organisme juridique national à la réception de certaines institutions juridiques étrangères*".

Now it is often pointed out, and rightly so, that the *ordre public* of a country does not coincide with its compulsory or imperative laws generally. Many laws are compulsory but only for the citizen, and, as to the foreigner whose national law should apply under the conflict rules, these laws do not apply. The difficulty is that these compulsory laws, imperative laws, in the wider sense, that bind the citizen but not the foreigner are also called *ordre public*. To this, defendant has called our attention in the Counter-Memorial, page 42, quoting a judgment of the *Cour de Cassation de Belgique*:

"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."

[Translation]

"A law of domestic *ordre public* is only of private international *ordre public* in so far as it was the intention of the legislature to lay down by means of its provisions a principle which the legislator regards as essential to moral, political or economic order and which, on that ground, must necessarily, in his eyes, exclude the application,

in Belgium, of any rule to the contrary or any different rule in the personal law of the foreigner."

I quite agree, and the only remark I have to make as to that distinction between *ordre public interne* and *ordre public international* is that for making the distinction, for making the difference, defendant should have chosen the expression *ordre public interne* and *ordre public international*, a terminology that has been rejected these last sixty years by practically all authors on conflict of laws. Let me quote in this connection Professor Rolin, the late professor Albéric Rolin that is, who in his excellent book on conflict of laws which appeared in 1897 rejected the terminology with the remark "*l'expression est bizarre*". And so all modern authors. There is nothing of a more national character than this *ordre public international*, because it differs from country to country. Other expressions have been proposed, *ordre public interne*/*ordre public externe*, *ordre public relatif*/*ordre public absolu*, *ordre public général*/*ordre public spécial*. Personally, I might propose *ordre public conflictuel* et *ordre public intra-conflictuel*, but, to quote Edmond Rostand, "*Je ne veux pas avoir l'air de collaborer au dictionnaire de l'Académie*", and therefore I think the easiest solution of the terminological problem is the solution proposed by Niboyet, not to speak of *ordre public* in connection with the so-called *ordre public interne*, and to reserve the word for the so-called *ordre public international*.

Well, the idea of the distinction anyway is clear, but where is the demarcation line? And how far is that demarcation line influenced by the fact that there is a convention? That is what we are here concerned with. Now before going into the problem, I may be allowed to say a word on the *onus probandi*, on the burden of proof. When the question arose whether in the present case guardianship was covered by the Convention, the burden of proof was on us. Accordingly, we undertook to convince the Court that the guardianships in the present case are so covered. Now, however, it is the other way round. *Ordre public*, when invoked, even where there is no convention, is something to be established by the Party who invokes it. Why? For two excellent reasons. Firstly, *ordre public* is a deviation from the ordinary conflict rules. It is a remedy and *un élément perturbateur*, an obstacle and an exception; and whoever invokes the exception must prove that we are in the terms of an exception. And secondly, the need for proving *ordre public*, and proving it well, is the greater because one has only to consult any treatise on conflict of laws to perceive that all authors everywhere complain about misuse, about what I may call overdoing the *ordre public* game; or, and that amounts to the same thing, all authors everywhere recommend extreme caution, self-restraint, reserve, in the use of *ordre public*. It is not "*de l'audace, toujours de l'audace, et encore de l'audace*", but rather, "*de la réserve, toujours de la réserve, et encore de la réserve*".

Mr. President and Members of the Court, in this respect I could quote authors for hours and hours—Ago, Arminjon, Beale, Bustamante, Batiffol, Bartin, Cheshire, Dicey and De Vos, Frankenstein, Falconbridge, Gutzwiller, Healy, Koster—more than the whole alphabet, and even so, *j'en passerais et des meilleurs*.

I will not do that, but I may be allowed, in view of the Parties in this case, to quote one author on Swedish law and one on Netherlands law: Michaeli, *Internationales Privatrecht in Schweden*, 1948, page 66:

"As a rule that is an exception, the *ordre public* clause should be applied in a restricted manner. In Swedish law this is emphasized by repeated stress of the word ... 'uppenbart', manifest. The fact that a foreign rule is not adopted in this country may prevent the application imposed as such from the point of view of conflict of laws only then when Swedish law was such rule. The fact that in the concrete case the inland rule seems more appropriate may not cut off the application nor the possible facilitation that goes naturally with the application of the home law."

And now, Van Brakel, *Grondslagen en beginselen van Nederlands internationaal privaatrecht*, 1953, paragraph 58, exactly in the same spirit:

"In considering the differences of nationality and time to determine the character of *ordre public*, one immediately perceives that *ordre public* is the spoilsport of the application of conflict rules. This is increased by the fact that often in entering upon a legal relation one cannot foretell in which country a lawsuit may arise. Besides, laziness of the judge may easily hide behind *ordre public*. All this leads to the conclusion that *ordre public* should be handled in a most gingerly manner. One should always consider the object of private international law and application of foreign law as enabling and facilitating international relations. This naturally implies tolerance towards varying opinions. Encroachments may be justified, but only if absolutely necessary for upholding the home law."

As I said, all authors complain of *ordre public* being overdone by courts; of *ordre public* being used as a *passe-partout*, as a maid of all work, as a magic wand. It is overdone in two manners: sometimes to cut off the operation of a foreign law where that operation should not be cut off; and sometimes, as I shall presently show, to cut off the operation of a foreign law where it should be cut off but where this cutting-off, justified as it is, might as well be achieved, in fact better achieved, by other more convincing considerations.

Now, how should *ordre public* be established by the Party who invokes it? Anyway, it cannot be established just by—and here I may borrow a word from Bertrand Russell—it cannot just be established by naked power. Not by the naked power going with the situation, and not by the naked power going with words. *Ordre public* cannot raise itself, Münchhausen-like, by its own hairs. It cannot, to quote Lord Salisbury, depend upon the idiosyncratic inferences of a few judicial minds, or, to quote Lord Atkin: "I deny that any court can invent a new head of public policy."

How then is *ordre public* to be justified, to be established? It must be derived from an existing provision, from an existing principle, but the trouble is that no law is explicitly labelled *ordre public* law. As Kahn has it, "None of our laws, fundamental as they may be, demand exclusive and absolute application, and no foreign rule of law, much as we may think it objectionable, can be simply left out of consideration." On which basis, then, can *ordre public* be justified? I think on three bases, and I shall allow myself to elaborate them before the Court. The first is common sense, the second is doctrine, and the third is precedents.

With your permission I will deal with common sense, with doctrine and with precedents consecutively. Common sense, then. The defendant has appealed to common sense. I quote the two top phrases on page 123 of the *Duplique*, in the reverse order: "... on ne concevrait pas par exemple qu'un ressortissant étranger échappe à la répression des infractions qu'il aurait commises, sous prétexte qu'une telle condamnation l'empêcherait de s'acquitter des devoirs de cohabitation ou d'assistance que sa loi nationale lui impose à l'égard de son conjoint. Le bon sens indique du reste qu'il doit en être ainsi."

Now when I hear common sense appealed to, I always feel very attracted, but much as I appreciate common sense I do not think it is quite to the point. What, with the Court's leave, I propose to show is that this illustration is certainly conclusive as far as it goes, but that it does not bear on "*ordre public*" in the proper sense of the word but on a special category of rules and, finally, that the rule we are here concerned with, to wit, Article 22 (a) of the Swedish Act, does not belong to that special category.

The illustration is certainly convincing as far as it goes. No man in his senses, indeed, will say "I have committed a crime but you cannot punish me because I am a foreigner and, under my national law, I must respect, honour and cherish my good wife twenty-four hours a day, and now, look, by putting me in prison you encroach upon my national rights and duties".

Let me now adapt the illustration somewhat more to the guardianship situation. We then put the case like this: "I am a foreign guardian, let us say a Netherlands guardian, and my Netherlands ward resides in Sweden. My ward has committed thefts, or developed into a latter day Jack-the-Ripper. He is going to be judged and punished. I then certainly cannot say 'You cannot do that. Under my national law I must guide, educate, look after my ward continuously and now I cannot implement my powers and duties.'" That certainly would be nonsense.

But why would it? Because penal law and some other law I shall presently mention belong to a special category. I have referred, trying to coin a word, to infra-conflictual "*ordre public*". The rules I am referring to now may then be called supra-conflictual "*ordre public*"; that is to say, "*ordre public*", if it is to be called "*ordre public*" at all, that operates against the foreigner not in such manner that a foreign rule and not the law of conflict is in first and then exceptionally is suppressed by inland rule, but rather in such manner that the foreign rule has never been in, because the inland rule reigns supreme, because it is a rule *au-dessus de la mêlée*.

This distinction of "*ordre public conflictuel*" and "*ordre public supra-conflictuel*" is, apart from the word, not my own invention. You will find it presented far better than I could in the work of an author by whom the defendant, and justly so, sets great store: Niboyet. Allow me to quote his *Cours*, 504, 505. It will be a somewhat lengthy quotation, in fact the lengthiest quotation in my speech, but I believe it is worth it.

Niboyet, *Cours de Droit international privé* 1946, p. 508, "Conditions d'intervention de l'exception d'ordre public.

Division. — Il y a deux conditions principales, la première, essentielle, sur laquelle il y a eu énormément de confusion et d'équivoque, c'est qu'il faut par hypothèse que l'on soit dans un cas où il y a com-

pétence normale d'un pays étranger. C'est la base même qui permet à l'exception d'ordre public de jouer. S'il n'y a pas compétence normale d'un pays étranger il ne peut pas y avoir d'application de l'ordre public.

Il faut ensuite, dans chaque cas, diagnostiquer les exigences de l'ordre public. Dans chaque hypothèse qui se présente dans la vie juridique, notamment au juge, celui-ci doit déterminer si l'institution étrangère en cause est ou non contraire à la nôtre et doit être repoussée par l'exception d'ordre public. Il y a donc un diagnostic des cas d'ordre public à faire.

Pour qu'il y ait intervention du remède de l'ordre public il faut qu'on se trouve en présence d'un cas de compétence normale étrangère. De là résulte ce point capital qui a été souvent perdu de vue, notamment par la jurisprudence, c'est qu'il n'y a pas de place possible pour l'ordre public toutes les fois que le droit français est déjà applicable à une espèce. On ne peut pas craindre le mal qui résulte de la compétence d'un droit étranger, et il n'y a pas à faire appel à une exception pour se débarrasser de quelque chose d'imaginaire, si le droit français est applicable d'emblée, *de plano* à une question. Sans compétence normale étrangère, il n'y a pas de place pour l'ordre public.

Voici par exemple des cas où la loi française est compétente, en dehors de la notion d'ordre public.

1. *Lois politiques.* — 2. *Les lois de procédure.* — 3. *Le statut réel.* — 4. *Les lois de police et pénales.* On peut citer encore toutes les lois de police destinées à faire régner un certain ordre: leur compétence dans chaque lieu est une compétence territoriale, il ne peut pas être question de faire appel à une loi étrangère. Pour qu'il y ait une compétence étrangère, il faut que précisément la loi locale ne soit pas normalement compétente. Or elle est normalement compétente, de sorte que l'ordre public n'apporte rien de neuf.

Les lois pénales enfin: si les lois pénales françaises s'appliquent sur notre territoire, c'est une compétence absolument normale; on ne peut pas concevoir la compétence d'un pays étranger pour des infractions qui ont eu lieu sur notre territoire.

Retenons donc cette chose essentielle: on ne sera pas dans les conditions du problème de l'ordre public chaque fois que la loi française sera compétente d'office..."

[Translation]

"Conditions for the applicability of the exception based on *ordre public*.

Division.—There are two principal conditions, the *first*, which is fundamental, and with regard to which there has been a great deal of confusion and misunderstanding, is that *ex hypothesi* the case must be one in which there would in the ordinary way be competence vested in a foreign country. This is the very basis which makes possible the application of the exception based on *ordre public*. If there is not in the ordinary way competence vested in a foreign country, there can be no application of *ordre public*.

It is next necessary to diagnose in every case the requirements of *ordre public*. In every legal question which arises, and in particular in all legal questions coming before the Court, it is the Court which must

determine whether the foreign institution involved is or is not repugnant to our law and whether it must be rejected on the basis of *ordre public*. It is therefore necessary to make a diagnosis of the cases of *ordre public*.

For the remedy of *ordre public* to be applicable it is necessary that the case should be one in which there would normally be competence in a foreign country. From this there follows the vital point which has often been lost sight of, especially in the decisions of the Court, which is that there is no possible room for *ordre public* in any case in which French law would be applicable. There is no ground for fearing the evil resulting from the application of a foreign law, and there is no reason for relying upon an exception for the purpose of getting rid of something that is merely imaginary, if French law is applicable *in limine* and *de plano*. Where foreign law would not normally be applicable, there is no room for *ordre public*.

Here, for instance, are some cases in which French law is applicable quite apart from the concept of *ordre public*.

1. *Political laws*.—2. *Procedural laws*.—3. *Laws on real property*.—4. *Police and criminal laws*.—Reference might be made to all police laws designed to secure public order: their competence is everywhere a territorial competence, there can be no question of applying any foreign law. Before there can be any application of foreign law, it is in fact necessary that the *lex fori* should not normally be applicable. It is, however, normally applicable, so that the concept of *ordre public* is of no assistance.

Finally, criminal laws: if French criminal law is applicable over the whole territory of France, that is an absolutely normal application; one cannot imagine the competence of a foreign country in respect of offences which have occurred on French territory.

Let us therefore remember this essential point: wherever French law is normally the proper law applicable, the conditions for the invocation of *ordre public* are not satisfied..."

Mr. President, Members of the Court, here, expressed much better than I could, is the difference between *conflictual* and *supra-conflictual ordre public*.

In the same spirit as Niboyet: Arminjon, *Précis*, first volume, page 239, in the same spirit Batiffol, *Traité*, page 415. But I think I can stick to Niboyet and then the position is clear. The defendant has taken his illustration from what I may further call, in honour of the great scholar who is not with us any more, the Niboyet categories. We shall meet them again. But he has not proved—and that he must prove—that Article 22 (a) of the Swedish law, the provision with which we are here concerned, is in the Niboyet categories. As long as he has not done that, his common sense illustration does not prove anything. What the defendant may possibly have proved is something else. It is not for nothing that, in referring to the Swedish Act, I have somewhat emphasized the latter paragraph (a) of Article 22 because there is a difference within the Article itself. The Swedish law is given by the defendant in their Counter-Memorial, page 77. Then I think there is some reason for making a distinction between, let us say Article 22 (c):

“un enfant en-dessous de 18 ans dont la délinquance est si grave que des mesures éducatives spéciales sont requises pour sa correction”

on the one hand and a provision like the latter part of Article 22 (a) :

“un enfant en-dessous de 16 ans qui, dans la maison familiale, est ... exposé à une négligence sérieuse ou à un autre danger concernant sa santé physique ou morale”.

Now I beg to draw your attention to the following difference. Article 22 (c) is certainly not a penal rule itself but it concerns « *un enfant dont la délinquance est grave* » and is closely connected with the penal rule. It may be argued that if not a member of the Niboyet categories it is at least closely related—a sort of corollary—a quasi-member because here is a situation where the penal law might step in. But that cannot be argued as to Article 22 (a), particularly not in the present case where removal of the child is proposed and, much as that situation may be twisted, it can never be twisted so far that the penal law could possibly step in there. So much then for the common sense illustration, the common sense illustration that should, in the case of the defendant, establish the *ordre public* character of the Swedish provision. I respectfully submit that by the illustration the defendant has not proved such *ordre public* character.

And now I come to the second heading—doctrine. The defendant has offered certain doctrines on *ordre public* and I can but admire the certainty, the sureness of himself with which he has offered those arguments. It has been said by Franz Kahn that all doctrines on *ordre public* are more or less *in der Luft*—in the air—and then it may be said about the defendant that he flew through the air with the greatest of ease. He has then offered two doctrines: one, the distinction between public and private law (you will find that in the Counter-Memorial, page 47, and in the Rejoinder, page 123) and the doctrine or rather the distinction between negative and positive *ordre public*, which you will find in the Counter-Memorial, page 42, and in the Rejoinder, page 121.

Now I come first to public and private law. Mr. President and Members of the Court, if in a matter of *ordre public* generally, we should apply caution, and, as we shall presently show, in a matter of *ordre public* in the face of a convention we should apply double caution, certainly triple caution should be applied once the question of private law/public law steps in. Now here is a subject on which any lawyer worth his salt could talk for weeks and weeks and weeks. I certainly do not propose to fight it out on these lines even if it takes all autumn. I shall limit myself to mentioning five good reasons why, in my humble opinion, the present issue should not be decided upon the merits of the distinction between private and public law. Firstly, is there a distinction between public and private law? As everybody knows, the whole distinction has often been denied altogether. I could mention many names of first-rate scholars, but I need only mention the names of Duguit and Kelsen. Obviously then, if the distinction is non-existent, as many people believe, it is not workable. Secondly, assuming now that there is a distinction: how to make it, what position to adopt, what is the criterion, what is the demarcation line? You all know the varieties of opinions in this matter and that variety, that diversity is certainly not a matter of national taste or predilection, no. Within one and the self-same country,

be it England or France or Germany or Italy or Sweden or the Netherlands, you will find five, six, seven and more definitions. To stick, if I may, to my own country, there has been a discussion for nearly a century now whether public law distinguishes itself from private law through promoting the interest of the community and not of the individual, or through active participation in matters legal by public officers and other authorities, or through the maintenance of rights on the initiative of the State, or through the exceptional character, whatever it means, of its rules, etc. I for one shall certainly not invite the Court to adopt any particular formula.

Mr. President, Members of the Court, thirdly: even if some definition is adopted, it may serve to distinguish and qualify *some* sectors of the law, but certainly not *all*. Some parts of the law may be obviously public law, others as obviously private law. One may agree to call tax law or military law, public law, or, on the other hand, law of contracts and law of succession and marriage, private law, though even that with certain reservations. But then there remains the grey sphere in between. Sectors of legal rules with all the elements so mixed in them that it is impossible to decide under which heading to place them. And now, if there is one sector, one subject, where it is impossible to decide, it is just guardianship, or rather the protection of infants in the broadest sense, that is, guardianship in the classical sense, and all its modern accessories, refinements, such as protective education and the like. In this respect allow me to quote just two authors, Frankenstein, Fourth Volume, page 217:

"At an early period already, all these institutions were interspersed with elements of public law. But their evolution, which since the time of Roman law had not shown noticeable progress, has made an upward leap in modern times and it is to be expected that the law of guardianship, conceived as the protection of the individual, in the near future may come to belong entirely to public law."

And somewhat in the same vein, but with a shade of difference, our great Netherlands jurist, Meyers, *Algemene Leer Burgerlijk Recht*, Volume I, 1948, page 22:

"As public law one might consider modern guardianship where the guardian must use his powers exclusively in the interest of the ward and where the maintenance of the duty is entrusted more and more to authorities such as committees for the protection of infants and juvenile courts."

Moreover, one may ask oneself whether an assistant guardian has not a public law function. If for all that in most systems of law guardianship is still considered as private law this is due, apart from the force of tradition, to the circumstance that the legal effects of the non-performance of the guardian's duties for a considerable part consist in the rights of the ward that has come of age, rights whose exercise is left to its discretion, in so far they are as yet private law duties.

Well, I don't know whether I can subscribe to that conclusion, but that's not my point. If there is one sector of the law where it is difficult, nay, impossible, to decide whether it is public or private law, it is just protection of infancy. In fact any student could make a case of public law or conversely of private law of guardianship, just as the professor

desires. If private law were the watchword he could show that after all it is the protection of the individual, the infant, that is at stake. That by far the majority of countries, in so far as they have civil codes, regulate the protection of infants in that civil code. This holds even for very modern codes and even for modern drafts, such as the Meyers draft in the Netherlands. That the protection of infants is practically always to be found in the manuals, treatises and handbooks of civil law and practically never in the books of administrative law. But if, on the other hand, public law were the watchword, the student could show that the protection of infants is a matter of collective interest after all, and that in this field all over the place officials and authorities step in. The initiative is often taken by the State and not by individuals. That taking guardianship as private law is only a matter of old tradition. Now one theory may be right or the other, but anyway, both these supposed demonstrations would lead us to a sort of twilight in which all cats are grey and where it would be impossible to distinguish between the public law protection institutions and the private law protection institutions. Fourthly, even if the distinction could be made as regards protection of infants, relative to the provisions on protection of infants of one particular country, how to make it for all countries? May I with the Court's permission look one moment at protection of infants in the various countries. I then consult the well known *Traité de droit comparé*, that excellent book by Arminjon, Nolde and Wolff. What do I find? On French law I am informed that it is more on the private side, Volume I, No. 153. On Italian law I am informed that it is more on the public side, "*La tutela y reçoit il carattere publicistico*", Volume I, No. 157. On German law, I am informed that it is just in between, Volume II, No. 563. Now that is all as it should be. But once conflict of law steps in, and particularly once conventions step in, you have got to characterize guardianship and rules of guardianship according to a general and universal standard, and how then can you possibly achieve it?

Fifth and last reason: suppose you have surmounted all those difficulties. You have established a distinction, you have found a general line of demarcation in a universal spirit. Even so, it will not be any help in solving the problem of *ordre public*. For it is certainly not true what the defendant holds, that once it is established that a rule is a rule of public law it is also *ordre public*, that as soon as you have established that a rule is public law, everybody, citizen and foreigner alike, must submit to that rule. The defendant errs; *droit public* does not necessarily imply *ordre public*. With the Court's leave I shall just offer two illustrations, and those in the field of protection of infants. One under German law, paragraph 1896 of the German Civil Code: "A guardian must render accounts to the *Vormundschaftsgericht* (guardianship court)." This duty is generally considered as *öffentlichrechtliche Pflicht*, a duty of public law, and is expressly called that in one of the latest books on German family law, Lehmann, page 263.

But nobody has ever held that this public law duty should be incumbent upon the guardian of an alien infant.

Second illustration: Under Belgian law, it appears, the guardian, after selling immovables belonging to his ward, must deposit the proceeds of this sale with a public fund, "consignation". There appears to be a special law to this effect.

Now in the case I shall presently mention, guardian and ward are Netherlanders; they are domiciled in Belgium and the immovables concerned are situate in Belgium. The guardian sells immovables belonging to the ward. Must the proceeds be deposited? I am now going to quote the judgment by the Belgian *Cour de Cassation* of July 16th, 1906. You will find it in the Collection of Kesters-Bellemans, on page 744, and a very interesting judgment it is:

“Aux termes de l'article premier de la convention intervenue à La Haye entre la Belgique et les Pays-Bas le 12 juin 1902 et approuvée par la loi du 27 juin 1904, la tutelle des mineurs est réglée par leurs lois nationales. D'après l'article 6 de la même convention, l'administration tutélaire s'étend à la personne et à l'ensemble des biens du mineur, quel que soit le lieu de leur situation. La disposition de l'article 61 de la loi du 16 décembre 1851 (*that is the provision concerning "consignation", deposit of monies*), la disposition est une simple mesure de protection destinée à assurer, dans l'intérêt du mineur, la conservation de ses biens.

Chaque État peut organiser ses mesures de protection comme il l'entend, et l'ordre public belge n'est pas intéressé à ce que cette mesure soit appliquée à des mineurs étrangers, alors que leur loi nationale ne l'a pas jugée utile. Il n'importe, du reste, que les biens appartenant à des mineurs étrangers, et à l'occasion de la vente desquels pareilles mesures sont imposées par la loi belge, soient situés en Belgique.”

And now, there is a paragraph for which I beg to ask the special attention of the Court, because here is where we meet the Niboyet figures again:

“Il n'en serait autrement que si la prescription de la loi nationale du mineur était contraire au régime de la propriété immobilière en Belgique; ce qui n'est évidemment pas le cas de l'espèce.”

That would be, as I have allowed myself to express it, a piece of *supra-conflictual ordre public*.

“En ordonnant donc que le produit de la vente sera *consigné*, alors que la loi nationale du mineur néerlandais ne prescrit pas semblable mesure, le jugement précité a ordonné une mesure que ne comporte pas la loi nationale du mineur, violé l'article premier de la convention du 12 juin 1902 entre la Belgique et les Pays-Bas, approuvée par la loi du 27 juin 1904, et commis un excès de pouvoir.”

[*Translation*]

“Under Article 1 of the Convention concluded at The Hague between Belgium and the Netherlands on June 12th, 1902, approved by the law of June 27th, 1904, the guardianship of infants is governed by their national law. Under Article 6 of the same Convention, the administration of the guardianship extends to the person and all the property of the infant, wherever situated. The provision of Article 61 of the law of December 16th, 1851 [the law relating to the deposit of proceeds of sale of property], is a mere protective measure designed to safeguard property in the interests of an infant.

Every State may organize such measures of protection as it sees fit, and Belgian *ordre public* is not concerned to see that such a measure should be applied to foreign infants where their own national law does not see fit to provide for it. Nor does it matter that the property belonging to foreign infants, on the sale of which such measures would be imposed by Belgian law, is situated in Belgium."

"The position would only be different if the provisions of the national law of the infant were inconsistent with, or repugnant to, Belgian real property law; which clearly is not the case in the present instance."

"In order, therefore, that the proceeds of sale should be deposited, where the national law of the Dutch infant does not provide for any such measure, the judgment under appeal ordered a measure not contemplated by the national law of the infant, thus violating Article 1 of the Convention of June 12th, 1902, between Belgium and the Netherlands, approved by the law of June 27th, 1904, and in so doing exceeded its jurisdiction."

The judgment of the Belgian *Cour de Cassation* seems interesting to me from different angles, but in this context I beg the Court's leave to quote it particularly as evidence thereof that a rule that is generally considered as a public law rule in the interest and for the benefit of children, that such public law rule is *out* if the child is not a national. And then the Court, I think, will see that the whole distinction between *droit public* and *droit privé*, even if it could be made generally, just leads us nowhere in establishing *ordre public*.

Even if the distinction could be made, it is certainly not established that a rule, for being a *droit public* rule, is a rule of *ordre public*.

And now I may be allowed to come to the second doctrinal distinction, negative and positive *ordre public*. I shall show presently that this distinction, if sound, cannot mean and does not mean anything as soon as conventions step in. But I have not as yet dealt with *ordre public* and the Convention, and I shall come to that later. What I propose to show is that the distinction between positive and negative *ordre public* cannot be considered a sound distinction, as such.

[Public hearing of September 26th, 1958, morning]

May it please the Court: Last night I began to deal with the *ordre public* arguments as brought forth on the side of the defendant. I first mentioned the commonsense argument, and I submit that the commonsense argument cannot work since it is right enough as far as it goes, but it deals with certain categories of laws—I called them the Niboyet categories for short—with which we are not here concerned. I then came to two doctrines—rather, distinctions—put forth by the defendant and, holding that those distinctions could not help us in the present case, I was first allowed to deal with the distinction between public and private law, trying to show that even if this distinction can be made, it was not conclusive in a case like the present, because it is not shown at all that all public law is *ordre public*. And I then came to the other doctrine—negative and positive *ordre public*, that is: *effet négatif et positif de l'ordre*

public as it has been set out by the defendant on pages 142 and 143 of the Counter-Memorial.

Now again I think that here the terminology is somewhat confusing, because, once you deal with *ordre public*, you obviously cannot have *effet négatif* without having *effet positif*, and you cannot have *effet positif* without having *effet négatif*, in the literal sense, since each time *ordre public* steps in, the law that is usually *in* under the rules of conflict, is *out*, and the law that is usually *out* under the rules of conflict, is *in*. So, in the literal sense, you always have the one phenomenon with the other: exceptionally the law that usually is out, is in, and exceptionally the law that is usually in, is out. But certainly we know what the defendant means, and if I may now put it before the Court in other words, let me quote from the *Loi uniforme relative au droit international privé*, as it has been drafted between Belgium, the Netherlands and Luxembourg—the Benelux Convention. I then quote Article 26 of that Law, where the distinction is made and, I think, is very well worded:

“Il est fait exception [thus Article 26] à l'application des dispositions de la présente loi, lorsque cette application porte atteinte à l'ordre public, soit que celui-ci s'oppose à l'application d'une disposition de la loi étrangère, soit qu'il impose l'application d'une disposition de la loi néerlandaise/belge/luxembourgeoise.”

[Translation]

“The provisions of this law shall not, however, be applied where such application would involve conflict with *ordre public*, either because *ordre public* does not permit the application of a given provision of foreign law, or because it makes mandatory the application of a provision of the Netherlands/Belgium/Luxembourg law.”

And the commentary to the said Article reads as follows:

“Cette disposition est applicable non seulement lorsque le juge estime qu'une disposition légale étrangère est en opposition avec les principes fondamentaux de l'ordre juridique de son pays — par exemple, l'autorisation de la polygamie —, mais encore lorsque la loi de son pays contient une disposition qui doit en tous cas trouver application, même en plus ou au lieu de la disposition du droit étranger — par exemple, la nécessité dans le pays du juge de conclure le mariage devant l'officier de l'état civil.”

[Translation]

“This provision applies not only when the Court considers a provision of foreign law to be in conflict with fundamental principles of the law of the country of the Court—for instance, the permitting of polygamy—but also when the law of that country contains a provision which must be applied in every case, whether by way of supplement to the foreign law or in its place—for instance, the requirement in the country of the Court that marriages must be celebrated in the presence of a registrar of births, marriages and deaths.”

Mr. President and Members of the Court, here you have the antithesis—if it is an antithesis—as well worded as you might wish. But now I have a confession to make. Personally I have never been quite able to grasp

what that distinction means. I understand the idea which is put before me: in the one hypothesis the inland rule says "no" to the foreign rule, and in the other hypothesis the inland rule says—as it were—"yes" to itself. Or—to put it in another manner—in the one case it is said to the foreign rule—"I do not like you"—and in the other it is said—"Well, apart from liking or not liking you, we have no room for you."

Now I cannot help thinking that the one is just the polite formula for the other. If the Court will allow me to take an illustration from social life, if I have asked a man to write to me from time to time and I do not hear from him for months and months, and finally I meet him and I interview him and he says—"Well, I haven't had a moment of leisure"—I have a sort of haunting suspicion that he does not appreciate me as much as I might wish and that he is just using the polite formula. Or, if I am a coloured gentleman and I come to a restricted hotel and they tell me they have no room for me, I have a sort of haunting suspicion that maybe they do not like me as much as I might wish.

I cannot help thinking that it is the same with *ordre public négatif* and *ordre public positif*. Now if this were only my private opinion I should not venture to express it, but I happen to find myself in agreement with many modern learned authors. Let me quote Wolff, *Private International Law*, No. 161. He says: "In the first case [referring to negative and positive *ordre public*] the accent is laid on the repugnant feature of the foreign rule, in the second on the imperative character of an inland rule from which no deviation is admissible... The distinction is of no great importance." In the same spirit, Raape, *Einführungsgesetz* (Introductory Law), 1931, page 799: "This antithesis—antithesis between negative and positive *ordre public*—is fleeting and fickle. The command to apply home law comprises, at the same time, the command not to apply foreign law. Conversely, the command not to apply the foreign rule may necessitate the application of the home rule." And, in a still more radical sense, Nussbaum, *Private International Law*, page 116, on dealing with the distinction, substantially says: "Now, look here, I think that a good deal of public laws—so-called *ordre public* laws—might as well be put in the one category as in the other; for instance, as to the question 'Monogamy-Polygamy', you may as well say that, in a monogamist country, polygamy is refused because the legislator is so very keen on monogamy—that would be positive—as you might say polygamy is rejected because the legislator cannot admit a foreign law that implies polygamy, which would be the negative formula."

Now if the illustrations of the distinction are such that they are interchangeable, I venture to think that the distinction cannot be much of a distinction. And so, to quote just one more author—that is, Niederer—quoted before in the Reply, and now also in the Rejoinder—*Einführung* (Introduction), page 286: "Generally speaking, in the continental law systems, nowadays the doctrine prevails of *ordre public* as an exceptional non-application of foreign law on account of its contents." It is always negative, and there is no distinction to make. And he repeats that on page 291: "Modern doctrine substantially recognizes only the negative *ordre public*."

Mr. President and Members of the Court, so much for the two doctrinal contributions made by the defendant—distinction between public and private law, and distinction between positive and negative consequences. I really do not think they carry the matter any further, and I must apolo-

gize to the Court for taking up so much of its time in dealing with them, but, since these doctrines have been expounded at some length by the defendant, what could I do?

Mr. President and Members of the Court, I shall now come, after commonsense and doctrine, to the third and last heading—precedents.

There is something I must now remind the Court of. The defendant apparently thinks it just a trifle, but I venture to think that it is of some importance, and that is the fact I have not referred to before, the fact that we have here "*ordre public*", if we have it, in a Convention context.

On page 44 of the Counter-Memorial, the defendant has held that it is hardly worth our while to mention the fact that there is a Convention here. "*Ordre public*" has its display whether there is a convention or not a convention, just in the same manner. Again I do not quite grasp the defendant's philosophical position. In the first chapter, where the guardianship under the Convention was concerned, he showed himself very orthodox in respect of the Convention. Now apparently the Convention does not exist, or anyway has not any importance, and the defendant, with regard to the Convention, shows himself an extreme heretic. But let that pass. Anyway, I venture to think that the fact that we *have* a Convention here and that the matter is covered by the Convention, may be of some importance in view of "*ordre public*".

Now to avoid misunderstandings I may be allowed to say that I am referring only to such conventions that do not mention "*ordre public*" at all, such as the Convention on Guardianship that we are confronted with in the present issue, such as all the other Hague Conventions of 1902 and 1905, with the exception of the Convention on Marriage, which mentions "*ordre public*" in a very special manner.

So I limit myself to the conventions without the "*ordre public*"-clause, without the loophole of escape, without the safety-valve, without the *échappatoire* or whatever you call it. And then the problem is, if there is a convention without the safety-valve, can "*ordre public*" be applied as freely as before or has it been signed away partly or wholly?

Now in respect of this problem I find three opinions. First that "*ordre public*", subject to certain reservations I may be allowed to mention, has been signed away. This is the opinion supported and advocated by the great majority of authors. The second opinion is somewhat difficult to state, but I think it may be stated like this, that "*ordre public*" has not been signed away but it is not quite the "*ordre public*"; it used to be before. I shall come to that. This theory is supported by a small number of authors and therefore I may call it the "minority theory". And there is a third theory, to wit, that "*ordre public*" is exactly what it was before. That is the theory supported by the defendant.

Mr. President and Members of the Court, I have dealt with the majority theory on pages 99 and 100 of the Reply, mentioning at some length both arguments and learned authors. I have very little to add; I could add a number of further authors and of further arguments, but the arguments would be about the same as have been expounded already in the Reply.

Will you allow me just to quote one more author—I have mentioned him already—that is Visscher, in his recent booklet, 1953, *Die rechtsvergleichenden Tatbestände im I.P.R.*, "The effect of comparative law in conflict of laws", who on page 117 argues as follows—again he is an advocate of the majority theory:

"... The (opposite) view submits the application of the Convention to the far-going discretion of the parties. The advocates of this thesis fail to appreciate that the parties have consented to a mutual application of the diverse legislations *only* after a comparative examination, and that consequently conventional conflict rules are *not* a reference to the uncertain (not a blank cheque)."

Lewald rightly expresses the view:

"Nous serions disposés *a priori* à refuser aux États contractants le droit de faire valoir le point de vue de l'ordre public pour écarter la règle de conflit contractuellement fixée. Car pourquoi s'engager à suivre une règle de conflit déterminée si l'État contractant a le droit de passer outre chaque fois qu'il croit intéressé son propre ordre public, c'est-à-dire *ad libitum*?"

[Translation]

"We should be disposed *a priori* to refuse to contracting States the right to assert their *ordre public* for the purpose of rejecting a conflict rule fixed by agreement. For what is the point of undertaking to follow a given conflict rule if the contracting State is entitled to disregard it whenever it considers its own *ordre public* involved, i.e. *ad libitum*?"

As Kahn rightly remarks:

"The purpose of *ordre public* cannot allow any particular State to examine *a posteriori* those questions in respect of which the conference itself has taken a position... The exclusion of invoking *ordre public* must be considered as generally the right solution (*die prinzipielle Lösung*)."

Generally the right solution: that implies that in the opinion of the advocates of the majority-theory, certain reservations should be made. With your leave, I will dwell a moment on these reservations. The first is that even if there is a convention without a safety-valve, obviously, what I have called and will now call again the Niboyet categories are not touched. You can make as many conventions as you like without an *ordre public* clause and, of course, criminal law will work as before. I do not think it is necessary to insist on that point. Secondly, not all advocates of the majority-theory, but some of them, hold this: You have a convention without a safety-valve. So, generally speaking, you have signed away *ordre public*. But now in one of the countries that are parties to the convention there is an unforeseen and unexpected development in legislation. For instance, there has been a quite unforeseen and unexpected development of legislation in Germany, in 1935, when a law was issued forbidding mixed marriages between Aryans, as they were called, and Jews. Well, by some advocates of the majority-theory it has been held that in spite of there being no safety-valve in the Convention on marriage, at least no safety-valve for this particular legal phenomenon, *ordre public* might have operated all the same because here was a development—a development for the worse in the view of other countries—one could not possibly expect at the time of the conclusion of the Convention. I may add that the Netherlands did not take that view and applied—be it very regretfully—the Nüremberg laws of 1935; but I think some-

thing may be said for the opposite opinion. And then a third reservation, which is practically the same as the second, is this: that *ordre public* works, operates, as far as there is an unexpected new application or construction of the law already existing in a particular country. That is only a variation on the previous theme. It is not now an unexpected development in legislation but it is an unexpected development in case law.

So far the reservations, and I cannot see what reason or justice could more desire. But one may ask, and I have asked myself, if that is enough. Cannot it happen that in spite of your not having a safety-valve to the convention and your not being in the terms of the reservations just mentioned, that somehow you cannot accept the foreign rule because human sentiment just revolts? Let us take the illustration, if I may, from the very realm of the protection of infants; and let us take the illustration that is the classical illustration. In all the books on conflict of law it has been the classical illustration these last sixty years. You will find it in Professor Rolin's book, you will find it in the book by De Vareilles-Sommières and you will find it in all books to this day, and it is that (and now I take it first, for a moment, apart from conventions), according to the law of some country the father has what is called the *jus castigationis*, the right to chastise the child. Now it is absolutely sure that, always when there is *no* convention, once a father hailing from such a country with his child, lives, resides, in another country where his *jus castigationis* is not recognized, the country where he resides can say: "You stop that or I shall deprive you of your paternal power, since we won't stand that sort of thing here." Now one may ask: what about this *jus castigationis* when there *is* a convention? Has the country that won't suffer a child to be chastised, has that country signed away its right to protest? My answer is three-fold. Firstly, if there is the *jus castigationis*, that is the right to ill-treat the child, the case would be under the Niboyet categories that can never be signed way. Here certainly the penal law would step in on account of ill-treatment of the child. Secondly, as far as I am aware, there is no civilized country where this *jus castigationis*, popular as it is as an illustration in law books, in fact exists. But, thirdly, if there is such a country nowadays, which I doubt very much, what decent other country would enter into a convention with her? Then one may say "le problème ne se pose pas". This is a *casus non dabilis*. And also it must be considered, I think, that conventions not only create a common front of law but that they also, and this has been particularly elaborated by Gutzwiller and Lerebours-Pigeonnière, pre-suppose a common front of law and that if on a fundamental point of law there is such a fundamental difference, you may feel sure that the convention will not be concluded. The more so since nowadays, more and more, the one country knows what the law of the other is. The study of comparative law is spreading more and more, the knowledge of other countries' laws is steadily increasing, and you really cannot seriously suppose that one country would consider entering into a convention on protection of infancy with another country (if there is such a country) where there is the right of *jus castigationis*, without being aware of that. And the moment one is aware of that, one would not enter into a convention with such a country.

Mr. President, Members of the Court, I really think that "ce problème ne se pose pas", and then I venture to think that the majority-theory,

once the appropriate reservations are made, upholds the dignity of the conventions without any objectionable consequences whatsoever.

And I now come to the minority theory. I have spoken somewhat haltingly of the contents and purport of that theory, held by a minority, a minority comprising some great names, I should add. I have spoken somewhat haltingly about that because the authors in question express themselves in rather a hesitating manner.

The defendant has quoted Batiffol on page 44 of the Counter-Memorial. With your leave I will read the quotation to you:

“La raison d’être de l’exception d’ordre public permet de l’invoquer même quand la loi étrangère est applicable en vertu d’un traité. La conclusion d’un traité ne signifie pas que chacune des parties contractantes approuve *in globo* la législation interne de son cocontractant, encore moins sa législation à venir. La circonstance que l’exception a été expressément prévue par certains traités ne doit pas faire conclure que les autres l’ont exclue; une pareille renonciation aurait dû être expresse au moins pour la législation à venir, et ne saurait se présumer.”

[Translation]

“The *raison d’être* for the exception in respect of *ordre public* allows that exception to be invoked even where foreign law is applicable by virtue of a treaty. The conclusion of a treaty does not mean that each of the contracting parties approves *in globo* the domestic legislation of a co-contracting party, particularly its future legislation. The fact that the exception is specifically provided for in certain treaties does not mean that other treaties exclude it; such a renunciation should be expressed, at least in the case of future legislation, and cannot be presumed.”

Mr. President and Members of the Court, I must ask you respectfully to consider the manner in which this statement is drawn up. In my humble opinion it is not the statement of a man who has very radical feelings about a certain subject. It is stated “... *ne signifie pas que chacune des parties contractantes approuve in globo...*”. That is putting things in rather a negative manner. And then I may be allowed to draw your attention to the fact that twice reference is made to “*la législation à venir*”. Apparently that is where Batiffol puts the stress. Once it is said: “... *encore moins sa législation à venir*”, and three lines after that: “... *au moins pour la législation à venir*”.

I do not think that is a very radical manner in which to express an opinion. I do not think that, if I felt very strongly about a matter, I would express myself that way, and in so far as I have the privilege to know my friend Batiffol I do not think he would.

Let me take another illustration—M. Maury, whose opinion has been quoted in the Rejoinder. M. Maury adds something to his theories for the minority opinion that has not been reproduced in the Rejoinder, but you will find it on page 103 of Maury’s book, and it is: “*J’incline, non sans hésitations, à cette dernière conclusion.*” Again, that is not the manner in which a man who feels radically about a matter would express himself. Again I must respectfully ask you to take into account that even if there is no convention, particularly the French authors—and it is the French authors who form the minority in this matter—protest

very much more than any other authors against the misuse of *ordre public*, even if there is no convention.

Now naturally, when you cut off *ordre public* in a very severe manner if there is no convention, the fact that now there is a convention makes less difference, and to show you how that idea works I may be allowed to quote Arminjon, *Précis de Droit international privé*, Vol. 1, 1947, page 246. He supports the minority opinion, that even if there is a convention, *ordre public* is not signed away, but then he continues like this:

“Alors, objectera-t-on, chacun des États contractants pourra à son gré se soustraire à ses engagements?”

Pour réfuter cette objection, rappelons que nous avons dénoncé l'usage parfois abusif que fait la jurisprudence de la notion de l'ordre public. La sphère des règles de rattachement purement national ne saurait être étendue arbitrairement. Leur application n'est point laissée au bon plaisir des tribunaux. Nous avons défini la méthode suivant laquelle elle doit être faite. Sa mise en œuvre exige une circonspection encore plus grande quand la règle de rattachement dont la dérogation est en question a été stipulée dans une convention internationale.”

[Translation]

“Will it then be objected that each contracting State can at will withdraw from its undertaking?”

In order to meet this objection, let us recall that we have already criticized the sometimes unwarranted reliance on the concept of *ordre public* in the decided cases. The sphere of rules based on a purely national connection cannot be arbitrarily extended. Their application is not left to the pleasure of the Courts. We have defined the method to be followed. Its implementation calls for even greater circumspection when the rule of connection, derogation from which is involved, is one laid down in an international convention.”

Mr. President and Members of the Court, I ask your special attention for a quotation like this one, because here you see that certainly the French authors do not say there is no difference. There is a difference, and I can express it in words I have used already in the Reply: “Caution when there is no convention, double caution when there is a convention.”

Now I come to the third opinion held by the defendant, that, whether there is a convention, or no convention, that does not make any difference at all. Frankly speaking, I cannot understand that theory. It goes against reason, it goes against good faith, it goes against international trust and confidence, and it goes finally against the real facts. And here I might add a quotation from Plaisant which I find in the Rejoinder, page 122, at the middle of the page:

“... On constate que la réserve de l'ordre public est formellement stipulée dans la quasi-totalité des traités. Elle constitue une clause de style et les conventions qui ne la comportent pas sont des exceptions.”

[Translation]

“It is to be observed that the reservation of *ordre public* is expressly stipulated in almost all treaties. It has become common

form and the conventions which do not include it are the exceptions."

Now I have asked myself, "What does M. Plaisant mean by "*clause de style*"?" "*Clause de style*" I think has a strict and a more colloquial meaning. In the strict meaning it is a clause that is always put in and, with due reverence, M. Plaisant is then speaking nonsense, because in four of the five Hague Conventions the "*ordre public*"-clause has not been put in.

In the more colloquial sense, a *clause de style* is the sort of clause that is a routine clause in documents, and the sort of clause about which a lawyer or a notary says to the junior clerk or to the typist: "Don't forget to look into the book of forms and precedents and to put it in." That is the more colloquial sense of the *clause de style*, and if M. Plaisant means it that way he really does the Hague conferences an injustice.

I may be allowed to certify to the contrary. There has been no Hague conference where the greatest attention has not been paid to the "*ordre public*" clause and to the problem whether to put it in or not, and that holds from the very start in 1893 until the present day. If you look at the documents, the very first "*Actes et documents de la Conférence de La Haye*", you will see how particularly in respect of the Marriage Convention the delegates had given their greatest care and attention to the "*ordre public*" problem. And now you look at the latest documents, the "*Actes et documents de la Conférence de La Haye*", 1956. You will find there a draft convention on *alimentation*. And then you will see in the *Actes*, Vol. I, page 176, that again particular attention has been given to the question of the "*ordre public*"-clause, whether to put it in or not to put it in, and if put in, how to frame it.

Particular attention was given to this matter, and that particularly by the delegate of the Kingdom of Sweden, Mr. Dennemark, who insisted on the formula ultimately adopted "*manifestement contraire à l'ordre public*".

Before closing this chapter, there are two additional remarks I must make.

I must not overlook the fact that in the Counter-Memorial a quotation has been made of the note of 1936 by Niboyet. If I quoted Niboyet on certain points and then ignored him on others it certainly would not be fair. There is then a note of Niboyet quoted on page 44 of the Counter-Memorial, where he says:

"... la notion de l'ordre public est telle qu'on ne conçoit pas que dans un pays elle soit battue en brèche, même par un traité. Elle est de sa nature même applicable à tous et en toute circonstance. Aucun traité ne peut la diminuer."

[Translation]

"... the concept of *ordre public* is such that it cannot be conceived that in any country it should be overridden, even by a treaty. It is by its very nature applicable to all and in all circumstances. No treaty can diminish it."

Mr. President, Members of the Court, I must mention that note, or rather annotation. It is, I admit, the theory of the defence. I can only say that I have been rather astonished at that annotation, and I am

inclined to think that it has been written, as annotations sometimes are, with special reference to a special case. I have tried to pursue the matter, I have looked up the "*Traité*" by Niboyet which is of a later date, I have examined the "*Cours*" which is of a later date, and I have not found any further utterance of Niboyet in this spirit. I can leave this point to the Court's appreciation.

A second remark before closing this chapter is the following. When mentioning the doctrine of *effet positif* and *negatif*, I have submitted that the doctrine is not very sound. I have then refrained from taking conventions into account, but now I have taken conventions into account and I think I am now in a position, if I may call it that, to give the theory the final stroke, because one thing is certain: if you make a convention and if you can sign away *ordre public* (as the majority theory has it), you may sign away both *ordre public positif* and *ordre public négatif*.

If there is a difference—and let us assume that for the moment—once you make a convention you can sign away the one as well as the other. I take my illustration, this time, from the Divorce Convention, another Hague Convention of 1902. It has always been held in the Netherlands that in virtue of *ordre public* everybody, citizen and foreigner, can get a divorce on the grounds mentioned in the Netherlands Civil Code—adultery, desertion during five years, and two other motives.

Now if there is a distinction at all between *ordre public positif* and *ordre public négatif*, here surely we have a piece of *ordre public positif*. If there is such a distinction, certainly the principle that everybody in this country should have a divorce and that we won't even look at different law, is an outstanding principle of *ordre public positif*.

For all that, this principle we signed away by subscribing to the Divorce Convention. In the Divorce Convention there is: "*Les époux ne peuvent former une demande en divorce que si leur loi nationale et la loi du lieu où la demande est formée admettent le divorce l'une et l'autre.*" And since then, seeing that now we have to take into account not only our own principle but also the national law of the would-be divorcees, we cannot pronounce—though, seeing our *ordre public*, it goes against the grain—any more divorces in respect of such foreigners as hail from countries where divorce does not exist; we cannot divorce Italian citizens.

Now if that is not an instance of signing away your *ordre public positif*, I do not know what is.

And now to close this chapter and to go on to precedents, I may be allowed to summarize like this. I really do not think that the theory "that *ordre public* should have as free a display when there is a convention as when there is no convention" should be adopted. We have heard unanimous complaints of all authors in all countries about the "free" *ordre public*, as the spoil-sport, the *élément perturbateur*, as—in the field of conflict of law—Public Enemy No. 1.

Now think of conventions where, at the cost of hard work, heavy sacrifice and long preparation, some international harmony has been achieved.

Well, would it make sense, if I may take an illustration from the geographical situation of this country, to build a dyke against inundations and leave open a hole for the sea to run in? To make an agreement and to allow one's partner to back out of it? To allow one's partner

to nullify the convention under the motto of *ordre public*? To nullify—in fact: free display of *ordre public* is nothing else than nullification in the technical sense of the word, and if a constitution in a federal country cannot live when nullification by any separate State is allowed, so an international convention cannot live once it is permitted to any partner State to nullify it.

Mr. President and Members of the Court, I now come to the chapter on precedents. I have dealt with commonsense, I have dealt with the doctrines, I have dealt with the Convention and its influence on *ordre public*. Now I have still to deal with the precedents. The defendant has put in a number of precedents, and I must most respectfully ask the Court to deal with these precedents with the utmost reserve. Judgments, as the Court well knows—and I must apologize for emphasizing it—are precedents only as far as, firstly, the facts are governed by the same law—that speaks for itself—and, secondly, as far as the factual *substratum* is essentially the same. In support of this last theory, will you allow me to quote Black's "*Law of Judicial Precedents*", page 62:

"The process of distinguishing cases is a legitimate and even necessary part of the right application of the doctrine of precedents. It is only by this means that the value and importance of earlier decisions can be exactly appraised and certainty and precision be given to the principles of law announced from the bench."

And, again, Bouvier's "*Law Dictionary*", Vol. II, page 2658:

"The opinion must be read as a whole in view of the facts on which it is based. The facts are the foundation of the entire structure, which cannot with safety be used without reference to the facts."

Well then, I must most respectfully ask the Court, on account of, firstly, the difference of law, to rule out all would-be precedents where the case is not covered by the same law, that is, by the Convention. By this standard, no notice can be taken, apart from other considerations—and I shall mention now some judgments that have been quoted in the Pleadings—no notice should be taken of the judgment of the *Reichsgericht* of June 30th, 1927, quoted in the Rejoinder, page 123. Here a Russian child was concerned, and it is explicitly stated: "Likewise, the Hague Convention on Guardianship of June, 1902, or other State Conventions cannot apply, since, toward Russia, no arrangement by State Conventions has been effected." So how can we know what the Court would have judged if it had been bound by a State Convention? The same reason holds—again, apart from other considerations—in respect of the *Reichsgericht* judgment of May 22, 1933—quoted likewise in the Rejoinder, page 123. Here the child involved was a French child; but at the time of the judgment France had denounced the Convention twenty years before.

So much for cases where the Convention on Guardianship did not cover the infant. And even where the Convention did cover the infant, I must most respectfully ask the Court not to take into account such cases where the Convention, although applicable as such, was not invoked and therefore could not be considered. Here I am thinking particularly of the restrictions by which a *Cour de cassation* may be bound, and is usually bound. To take my illustration from Netherlands law: the Netherlands Code of Procedure, Article 406, rules that the petitioner—

before the *Cour de cassation*—must mention the *moyens de cassation*—that is, must state the legal rules that, in the opinion of the petitioner, have been neglected or infringed upon or misapplied. Failing such statement, the Court cannot consider any law, and it is then in the same position as if such law did not apply. Now, in this spirit, I have particularly examined the three Netherlands judgments by the Supreme Court—that is, the *Cour de cassation*—as quoted, and partly reproduced, by the defendant in the Counter-Memorial, pages 87 to 91—that is, the Netherlands Supreme Court, June 13th, 1924, the Netherlands Supreme Court, January 15th, 1942, and the Netherlands Supreme Court, September 23rd, 1949.

On examination it appears that in none of these three decisions had the petitioner invoked the Convention on Guardianship. Consequently, though the cases were covered by the Convention, the Supreme Court could not consider the Convention, and for this reason I must respectfully ask the Court, apart from other considerations to which I shall come later, not to take these decisions into account as precedents, because the same reasoning holds here as holds for the *Reichsgericht* decisions of 1927 and 1933: one does not know what the Court would have done if it had been in a position to take the Convention into account.

Mr. President and Members of the Court, so much for the would-be precedents that are not covered by the same law, that is, the Convention. Now for precedents under the aspect of facts. Again, I must ask the Court, respectfully, not to take into account certain cases of various classes which I may be allowed to mention. First, those cases where protective education or a similar measure has been ordered, or continued, for motives belonging to what I may call again, for short, the Niboyet categories—where a conflict of laws proper has not arisen because the law of the land reigns supreme anyway, where the *ordre public* is *ordre public supra-conflictuel*. An excellent illustration is afforded by the decision of the Netherlands Supreme Court, a decision already mentioned, of 1942. In passing, I note that here was a case where all the parties, parent and child, were residents and domiciliaries of the Netherlands. But what I should like particularly to stress is what you can read on page 88 of the Counter-Memorial. I take the defendant's translation:

“Action du Ministère public en déchéance d'un père allemand pour incapacité de remplir son devoir d'éducation de son enfant allemand étant donné que lui et sa femme ne peuvent empêcher l'enfant de commettre des vols”,

and, again, on the next page (89), in the first paragraph:

“que GMKS et sa femme — la mineure habitant avec eux — sont incapables de remplir leur devoir d'éducation de cet enfant, étant donné qu'ils ne peuvent l'empêcher de commettre des vols”.

Now this is obviously a case where the community is involved in quite another manner than in the present issue. Here we have certainly not primarily the protection of an infant against the guardian, here we have the protection of the community against the infant that is given to stealing. Here we are not in the terms of the latter part of Article 22 (a) of the Swedish law but far more in the terms, and here is the distinction I allowed myself to make yesterday, far more in the terms of Article 22 (c); a child whose delinquency is so grave that special measures of

education are required. This difference, I think, is so fundamental and so self-evident that using such a case as a precedent for the present one can, in my opinion, not even be considered. To summarize: if the situation is such that we are in the Niboyet categories or we have a corollary of the Niboyet categories, the judgment cannot be a precedent.

Furthermore, secondly, I must respectfully ask the Court not to take into account judgments, respectively cases, where measures have been taken by the Court for the benefit of the infant and not so much for protecting the community against the infant—but where such measures were substantially in accordance with the infant's national law and the only difficulty, if any at all, arose from the difference in what I may call the machinery of justice. Under that angle, will you allow me to look once more at the 1924 case mentioned already under the heading of "law", now to be mentioned under the heading of "facts", as you will find it on page 87 of the Counter-Memorial. What is the case here? Firstly, it is not protective education; the case is rather concerned with the appointment of a special representative for taking alimony action against the father of the child. The child is an illegitimate German child, and it claims alimony from its father, and again I note that the father, the mother and the child are domiciled in the Netherlands. Now the principle that alimony can be claimed and should be claimed—as to that principle, as such, as explicitly stated in the judgment, German and Netherlands law are in perfect harmony. The only difference is a difference of legal machinery. Netherlands law, in such cases, requires special representation and German law does not. And once you read the opinion—the judgment in its entirety is to be found in the *Nederlandse Jurisprudentie*, 1924, page 826—once you consult the judgment in its entirety and you read the opinion expressed by Attorney-General Noyon, you will find that he holds, and I think rightly so, that the only point that makes a difference between German and Netherlands law is a point of procedure, a point of technique. It is not the substance of the law that differs, it is just a slight difference of adjective law. It is a difference not of principle but of ways and means. The two legal systems arrive at the same result and after all the result is welcomed by all concerned. The difference, if I might put it in another way, is just as if my house were on fire and I myself were away. Now, I believe in extinguishing fires by sand and you believe in extinguishing fires by water. I am away and now you are good enough to quench the fire successfully by water. In that case I will just say "thank you" and certainly not bother you about the method. So, in the 1924 case. And I have never heard that the German Republic should have made remonstrances against the judgment.

[Public hearing of September 26th, 1958, afternoon]

Mr. President and Members of the Court, I have, dealing with precedents, respectfully asked the Court to rule out all decisions that are not relevant in law, such decisions as are not covered by the Convention, or where, even if the cases are covered by the Convention, the Convention has not been invoked. Furthermore, I have respectfully asked the Court not to consider firstly those decisions where the case belongs to what I have called the Niboyet categories. Secondly, not to consider such

decisions where the law of the one country and the other being identical in substance, there is only a difference in legal machinery. In this connection, I have quoted the Netherland's decision of 1924, the decision of the Supreme Court, and in the same spirit will you allow me now to quote again the 1949 case, Counter-Memorial, page 90. Here again I note primarily that all the parties are domiciled in the Netherlands and the essence of the case then is like this: that there is an illegitimate Italian child, the education as given by the mother guardian apparently is very defective and unsatisfactory and therefore protective education is ordered. The mother opposes the measure and the Supreme Court says "*ordre public*". But I have had the privilege to call the Court's attention before to the fact that in the opinion of very many authors "*ordre public*" is often invoked by courts, even by Supreme Courts, where they might have managed without and might have come to exactly the same results without invoking *ordre public*. Now I think here is an instance of that. I look at the opinion given on the occasion of the judgment by the Deputy Attorney-General (now Attorney-General) of the Netherlands Supreme Court, Professor Langemeyer. This is what he submits:

"Attendu que l'unique moyen en cassation repose sur l'argumentation que la Cour aurait dû déclarer le juge des enfants incompetent de rendre une décision en vertu de l'article 371 du Code civil, étant donné que l'enfant possède la nationalité italienne, raison pour laquelle la mise sous surveillance préalable n'aurait pas pu être ordonnée, étant donné que le droit italien de la puissance paternelle, applicable à l'enfant, ignore l'institution d'un tuteur familial;

Attendu que l'application du droit étranger concernant la puissance paternelle n'exclut pas que, dans l'intérêt de l'ordre public, des règlements de droit néerlandais, rendant possible l'application de mesures concernant les enfants, soient appliqués à l'enfant en question;

Attendu que la question de savoir si ces mesures sont applicables en l'espèce doit être résolue à l'aide de deux considérations:"

and this is what I particularly beg your attention for:

"La première est celle de savoir dans quelle mesure elles sont applicables dans l'intérêt de l'ordre public; la deuxième dans quelle mesure elles sont en contradiction avec la puissance paternelle telle qu'elle est réglée par la loi nationale."

(Where there is a contradiction with the substantive rules of the national law).

"Attendu que, selon le droit italien, la puissance paternelle n'exclut pas les limitations en raison des lacunes que présente l'éducation de l'enfant (*Codice civile*, Livre premier, titre II, art. 401) et que dans ces conditions, le caractère de la puissance paternelle selon le droit italien n'est pas atteint par la mise sous surveillance selon le droit néerlandais."

[Translation]

"Whereas the sole ground of appeal rests on the argument that the Court should have declared the judge of the children's court

incompetent to give a decision under Article 371 of the Civil Code, because the child possesses Italian nationality, for which reason the previous placing under supervision could not be ordered, in view of the fact that Italian law on paternal power, which applies to the child's case, does not recognize the institution of family guardianship;

Whereas the application of foreign law concerning paternal power does not prevent rules of Dutch law permitting the application of measures in regard to children from being applied to the child in question in the interests of *ordre public*;

Whereas the question whether these measures are applicable in the present case must be determined on the strength of two considerations: the first is the question of how far they are applicable in the interests of *ordre public*; the second is how far they are in contradiction with the paternal power as regulated by the national-law;

Whereas under Italian law paternal power does not exclude restrictions based on shortcomings in the child's education (*Codice civile*, Vol. I, Part II, Art. 401), and whereas under these conditions the nature of paternal power according to Italian law is not affected by the imposition of supervision under Dutch law."

Mr. President and Members of the Court, what do we behold here? That, seeing the two questions as put forth by the Attorney-General, the results as achieved by the Supreme Court *could have* been achieved without bringing in *ordre public* at all. Reference is made to Article 401 of the Italian Code and in substance that Article tells us that the authorities may and must interfere with infants that are *in stato di abbandono materiale o morale*. That is substantially the same principle as the principle of our Article 365 of the Netherlands Code referring to children that are threatened with moral or physical ruin. Both legislations hold that a guardian under whose guidance a child is "*in stato di abbandono materiale o morale*", or "threatened with moral or physical ruin", that such a guardian is not a good guardian and should not continue to be a guardian. In that respect then the case is on all fours with the '24 case and again I have never heard that the Italian Government complained. Now can it be reasonable assumed that in the present case, the case of *Elisabeth Boll*, we would have brought an action just because the result we approve should have been reached by a method and a machinery somewhat different from our own? On the contrary, we should have said: "Much obliged"; we should have taken the attitude a man takes when his interests or the interests of his children have been well served, and if here I may borrow a word from Frankenstein who uses it particularly in international matters of protection of infants, we should have taken the attitude of a man whose interests have been well served by way of *negotiorum gestio*. If we do not take that attitude it is because we do not consider the Swedish decision as *negotiorum gestio* but as an uncalled-for and unwarranted interference with rights guaranteed by the Convention. I must then respectfully ask the Court not to consider *negotiorum gestio* decisions such as the decision of the Netherlands Supreme Court of 1924 and of 1949. If I may carry the private law analogy a little bit further: in matters of *negotiorum gestio* all depends

on the question whether *l'affaire a été bien administrée*, as Article 1375 of the Code Napoléon has it, whether the business has been well managed, be it by methods our own, be it by methods not our own. In the present case we emphatically do not think the business well managed.

Mr. President and Members of the Court, I must even go farther. In my humble opinion, there should be taken into account as precedents only such decisions as bear on removal or transfer cases, such as the present case. Will the Court permit me to emphasize that the present case is, in its present state, definitely a transfer case—a case where the only question is whether the child should be removed or not. Nothing is held against the parent guardian any more, and, if it is, it should not be. Nothing is held against the present guardian, and if it is, it should not be. The motive—the only motive—for the continuation of the protective education, is the one expressed in the resolution of the King in Council: that removal of the girl to a wholly strange environment would endanger her moral health. Her case is a transfer case, a removal case.

Now, how far—that is what I have to establish now—are removal or transfer cases fundamentally different from all others? I think the answer to that question is easily found. They are different in two respects, under the angle of time and under the angle of space. All *ordre public* cases—removal cases and others—all cases where *ordre public* is brought in, rightly or wrongly, have this in common, that there is, in the eyes of the judge of the *forum* at least, an objectionable situation—an objectionable situation against which a stand should be taken. But in the other cases—the cases that are not transfer cases—firstly, under the angle of time, the objectionable situation exists already, and, secondly, under the angle of space, this objectionable situation is going to endure in the judge's country. Here is where I may quote again, as I have done in the Reply, the decision of the Supreme Court of 1949 where it is explicitly held that protective education should be also ordered "*dans l'intérêt de la société (lequel intérêt comporte) que les enfants ne grandissent pas ici*", etc. I have already, in the Reply, stressed the words: "*ne grandissent pas ici*".

Firstly then, in cases that are not removal cases, the objectionable situation is already existent. And secondly, this objectionable situation will continue *in the judge's country*; all the people concerned are domiciled in that country, so the prospect is that parents and child will continue to live there.

In all the cases—in the '24 case, in the '42 case, and in the '49 cases, as judged by the Supreme Court of the Netherlands, in the 1927 case and in the 1933 case, as judged by the Supreme Court of the German Republic—in all these cases the situation was, as it were, consolidated in the Netherlands and in Germany respectively. So what could one foresee? The only thing one could foresee was that the objectionable situation was to endure within the judge's realm.

Not so in removal cases. There the situation is fundamentally different, because, firstly, in these cases there is not as yet an objectionable situation. The objectionable situation is not existent, it is expected. There is no present situation that is objectionable, but there is only the prognosis of a future situation that may be objectionable.

Secondly, in the removal cases, by the very nature of the removal case, the objectionable situation will mature, not in the country of the

judge, but in the other country to which the infant is going to be transferred.

And now that matters a great deal from the point of view of *ordre public*. It matters a great deal whether the objectionable situation is a present one or—as in the removal cases—a future one. It matters a great deal whether the objectionable situation is to mature, or has already matured, in the country of the *forum*, or whether it is going to mature in another country. *Ordre public* in the latter case cannot possibly have the same intensity and I think this has been well put in the work of the German scholar who published his *magnum opus* on international private law eighty years ago, von Bar.

Here, Mr. President and Members of the Court, maybe you will allow me a short parenthesis. I perceive—reading page 125 of the Rejoinder—that our translation of German authors has not always found favour with the defendant. However this may be, in this particular instance I do not think criticism is to be feared, because we have been in luck—we have found an excellent French translation of the words of von Bar in the work by the late Professor Rolin, *Principes de Droit international privé*, and it is in this translation that I shall allow myself to bring it before you. Here is the quotation:

“L’efficacité d’une règle de droit étrangère, ou d’un rapport juridique étranger, ne sera pas nécessairement anéantie par le seul fait que nos lois ou notre doctrine juridique rejettent cette loi, ou ce rapport de droit. Il faudra toujours examiner si *l’action effective* du principe ou du rapport de droit en question, en tant que cette action doit se produire dans le ressort de notre organisation juridique, est en contradiction avec notre ordre social, ou avec les principes de morale admis chez nous. Il importe de rappeler ici qu’un rapport juridique n’a pas exclusivement effet dans un seul territoire, mais peut se ramifier et étendre ses effets dans des territoires juridiques divers. Le seul droit que nous puissions jamais avoir, c’est de considérer comme inexistant, de trancher et de supprimer ces rameaux et ces rejetons qui se produisent sur notre territoire; le tronc qui se trouve dans le ressort d’une autre souveraineté échappe à notre action, et si le rameau ou le rejeton qui surgit sur notre sol n’est pas de nature à produire des effets nuisibles, ce serait une erreur et une injustice que de le trancher, sous prétexte que le tronc ne serait pas toléré dans notre pays.”

And—on page 281—Professor Rolin heartily concurs:

“L’observation est d’une incontestable justesse...”

[Translation]

“The effective operation of a rule of foreign law or of a foreign legal relationship will not necessarily be annulled merely on the ground that our laws or our legal doctrine reject that law or that legal relationship. It is always necessary to enquire whether the *effect* of the principle of the legal relationship in question, in so far as that effect is manifested within the domain of our legal organization, is in conflict with our social order or with the principles of morality which we recognize. It must here be remembered that a legal relationship does not operate its effects merely in one territory;

but this may ramify and be extended into the domain of other legal systems. The only right which we can have is to regard as non-existent, to chop down and get rid of these shoots and suckers which impinge upon or arise in our territory; the trunk which is in a domain under some other sovereignty is beyond our reach, and if the shoot or sucker on our soil is not such as to produce harmful effects, it would be a mistake and an injustice to cut it down on the pretext that the trunk would not be tolerated in our country."

In short, we must always examine whether the operation of the legal relation in question, the effective operation, is in contradiction with our social order—"si l'action effective du principe ou du rapport de droit ... en tant que cette action doit se produire dans le ressort de notre organisation juridique"—"et cela il faudra toujours l'examiner". In removal cases then, the operation is not only in the future but elsewhere, and that is, I think, what makes the fundamental difference.

To summarize, then—with your leave, Mr. President and Members of the Court—I have respectfully to ask the Court to rule out all decisions not covered by the Convention, or, if so covered, those where the Convention has not been invoked. So much under the angle of law. Further, to rule out all decisions belonging to the *Niboyet* categories. Further, to rule out all decisions belonging to the *negotiorum gestio* class. And, finally, I have respectfully to ask the Court to give particular attention—because only those, I think, can count as precedents from the point of view of *ordre public*—to give particular attention to decisions that bear on removal cases, on transfer cases, and those only then as far as covered by the Convention.

Now if I may assume that in the spirit mentioned a selection is made and that as precedents can only be considered those decisions that bear on removal cases, and that under the Convention: what do I find as precedents? Two I have found, and they are easy to find, they are both reported in the well-known collection of *Kosters and Bellemans*.

One is the very first decision on guardianship reported in that collection. You will find it on page 733, and it is the case of *von Liebeherr* against *van Rappard*. I quote it in the French translation:

Tribunal de l'Empire (German *Reichsgericht*) of December 12th, 1907:

"Le recours est dirigé contre une décision du Tribunal régional supérieur du Grand-Duché de Mecklembourg à Rostock du 16 mars 1907 condamnant le défendeur à laisser partir les deux sœurs mineures *van Rappard* chez le demandeur, leur tuteur. (*The two minors are of Dutch nationality.*)

La décision du juge d'appel ne donne lieu à aucune critique en droit. Elle est justifiée par les constatations en fait portant que les deux mineures possèdent la nationalité néerlandaise, que le demandeur a été nommé tuteur par la juridiction compétente suivant le droit néerlandais, qu'ensuite, d'après le droit néerlandais, le tuteur peut réclamer la remise du pupille à tout tiers qui le retient et que ce tiers ne peut opposer au tuteur que la demande de remise serait contraire aux intérêts du pupille.

Le recours fait valoir que la question de savoir si le défendeur est obligé de remettre les mineures ou de les laisser partir, doit être résolue d'après le droit allemand. Ce moyen ne peut être accueilli.

D'après l'article 1 de la Convention du 12 juin 1902 pour régler la tutelle des mineurs ... la tutelle d'un mineur qui est ressortissant d'un des États contractants et qui a sa résidence habituelle sur le territoire d'un de ces États (art. 9), est réglée par sa loi nationale. Celle-ci est spécialement applicable à l'exercice de la tutelle, aux droits et aux devoirs du tuteur à l'égard de la personne et des biens du mineur (cf. art. 6 de la Convention et le Mémoire *Reichstagsdrucks* 1904, n° 347, p. 45).

Si, comme l'a constaté le juge d'appel, le tuteur peut, suivant le droit néerlandais, réclamer la remise du pupille sans qu'on puisse lui opposer que cette mesure du tuteur lèse l'intérêt du pupille, le juge d'appel a rejeté à bon droit les griefs du défendeur comme non fondés. Les constatations du juge d'appel relatives aux dispositions du droit étranger ne peuvent être contrôlées dans l'instance en révision."

[Translation]

"This is an appeal against a decision of the Higher Regional Court of the Grand Duchy of Mecklenburg, given at Rostock on March 16th, 1907, ordering the defendant to allow the two infant sisters, van Rappard, to go to the plaintiff, their guardian.

The decision of the court of appeal gives rise to no criticism in law. It is justified by the findings of fact that the two infants are of Dutch nationality, that the plaintiff was appointed by a tribunal having competence under Dutch law, and that accordingly, in accordance with Dutch law, the guardian may claim the handing over of a ward by any third party retaining that ward, and that such third party cannot, in answer to the tutor's claim, rely on the contention that the handing over would be contrary to the interests of the ward.

The appeal contends that the question whether the defendant is under an obligation to hand over the infants or to allow them to leave must be resolved in accordance with German law. This contention cannot be accepted. Under Article 1 of the Convention of June 12th, 1902, governing the guardianship of infants ... the guardianship of an infant who is a national of one of the contracting States and who has his habitual place of residence in the territory of such state (Art. 9), is governed by his national law. This is in particular applicable to the exercise of guardianship, to the rights and the duties of the guardian in respect of the person and the property of the infant (cf. Art. 6 of the Convention and the Memorandum *Reichstagsdrucks* 1904, No. 347, p. 345).

If, as has been pointed out by the appeal court, the guardian may, under Dutch law, claim the handing over of the ward, and if it is no answer that such a course would be contrary to the interests of the ward, the court of appeal was right in rejecting the contentions of the defendant as ill-founded. The decision of the appeal court regarding the provisions of foreign law cannot be corrected in the case under review."

The decision then rules, and certainly here we have a transfer or removal case, that under the Convention the removal must be allowed, even if it is allegedly—and I do not know whether in fact it was or

was not—against the interests of the infant. The interests of the infant cannot be considered as a ground for thwarting the removal as directed by the guardian.

This decision carries, I think, much weight. Firstly because it is the highest court in Germany that has pronounced it, and secondly—you will find the name under the decision as reported in *Kosters and Bellemans*—because the President of the relative division of the *Reichsgericht* was Baron von Seckendorff, who must be considered most expert in convention matters as having represented Germany as a delegate at the first Hague Conference.

So much for the *Liebeherr* against van Rappard case. But now in the same volume, the same collection of *Kosters and Bellemans*, on page 751, I find another case reported, and that is the case called *Foders v. Massac*. The case became the subject of no less than three decisions in Bordeaux, one by the *Tribunal de Bordeaux* and the others by the *Cour de Bordeaux*.

To report these three decisions in full would be somewhat lengthy, and I therefore may respectfully invite the Court to take cognizance of them. But maybe the Court will allow me to give the substance both of facts and of law.

The facts then, summarized, are as follows: The child Elsa, born in 1892 of German parents in Essen, is entrusted by the parents, in 1894, that is when the child was two years old, to the child's uncle in Bordeaux, M. Boshamer. An agreement had been made—apparently the parents did not want to have anything to do with the child—to leave it with the uncle, with a clause that the parents should never interfere, and this agreement was even strengthened by a penalty against the parents covering any day on which, against their promise, they *would* interfere.

The uncle adopted her. The uncle and aunt, it appears, died in 1901 and 1906 respectively.

Always with the consent of the parents, who were not interested in the child, Elsa now went to live with the Massac family. It appears that the child was in poor health. It also appears that through the good services of M. Massac she acquired considerable property. Furthermore, that there was instituted what the judgments call a *tutelle provisoire*, but what we may call as well a *tutelle locale* by which M. Massac was appointed guardian. That, by the way, had not been necessary before, because the child was under legal control anyway, as Mr. and Mrs. Boshamer had adopted it. When they died however, the adoption expired, and there was need for a *tutelle provisoire ou locale*, that is, guardianship under the terms of Article 3 of the Convention. I quote from the Counter-Memorial where the Convention is given in its official French text:

“Toutefois, la tutelle du mineur ayant sa résidence habituelle à l'étranger s'établit et s'exerce conformément à la loi du lieu, si elle n'est pas ou si elle ne peut pas être constituée conformément aux dispositions de l'article 1 ou de l'article 2.”

[Translation]

“Nevertheless the guardianship of an infant whose habitual place of residence is abroad shall be instituted and administered in conformity with the local law, if it is not or cannot be constituted in accordance with the provisions of Article 1 or Article 2”.

that is, guardianship as instituted under the national law, by courts or by consuls, as the case may be.

Now the child, being with the *tuteur local*, after having been out of the parents' home for fourteen years, suddenly, in 1908, is claimed by the parents. Owing to the adoption I have referred to, the parents had lost parental power, but apparently in 1908 they were appointed guardians by a German court. Parental power they did not have any more, having lost it through the child's being adopted by the Boshamer family. So in 1908 they were appointed guardians, and in that capacity they claimed the child. This claim was not granted, and now I come to the three Bordeaux decisions.

The Bordeaux tribunal says: "This is a child that is in poor health; this is a child that needs the mild climate of Bordeaux, and it would be fatal for its health to bring it to the rather smoky atmosphere of Essen in Germany. It is not in the interests of the child that it should be removed."

The *Cour d'appel* says explicitly, very explicitly, that the removal cannot be cut off on account of the interests of the child. However, it does not grant the claim, and that for other reasons. It says that there is an anterior *tutelle locale* under the terms of Article 3. And we now must look at Article 4 of the Convention, of which I shall read the first and the last paragraphs:

"L'existence de la tutelle établie conformément à la disposition de l'article 3 (*that is, in this particular case the tutelle locale of Bordeaux*) n'empêche pas de constituer une nouvelle tutelle par application de l'article 1 ou de l'article 2 (*so that is the guardianship as instituted later in Germany*).

La législation de l'État où l'ancienne tutelle était organisée (*so that is France, because there was priority in time to the local guardianship*) décide à quel moment cette tutelle cesse dans le cas prévu par le présent article."

[Translation]

"The existence of guardianship established in accordance with Article 3 shall not prevent a new guardianship from being set up under Article 1 or Article 2.

The law of the State in which the earlier guardianship was established shall determine at what moment that guardianship will come to an end in the case provided for by the present Article."

Now the *Cour d'appel* of Bordeaux takes its stand with the last paragraph of Article 4, and it says: "We have priority in time and it is then for us, for the French court, to determine when the first guardianship, local guardianship, shall cease. In the end it must yield—that is what the Convention says. It must yield to the national guardianship, but it is for us to say when. And we now appoint experts to advise us as to the time when this local guardianship, this French guardianship, should cease."

Finally, there is the judgment by the same court, the *Cour d'appel de Bordeaux*, but it is after an interval of one year. The doctors, the experts, have said the child is in poor health, and the Court establishes a further delay. Again, by virtue of the last paragraph of Article 4, it is ordered that the child is to stay.

Besides, the *Cour d'appel* says: "We are always in a position to take measures in case of urgency", and this on the basis of another Article of the Convention, to wit, Article 7:

"En attendant l'organisation de la tutelle, ainsi que dans tous les cas d'urgence, les mesures nécessaires pour la protection de la personne et des intérêts d'un mineur étranger pourront être prises par les autorités locales."

[Translation]

"Pending the institution of a guardianship, and in all cases of urgency, measures required for the protection of the person and interests of a foreign infant may be taken by the local authorities."

So they take their stand both with Article 4, last paragraph, and with Article 7.

Mr. President and Members of the Court, so that is the case of Elsa, to which, with your leave, I will append just three remarks. Firstly, in contradistinction to the holding of the *Tribunal de Bordeaux*, it is explicitly held by the *Cour de Bordeaux* that the interests of the child cannot be taken into account and that the matter must be decided on the merits of law. Second remark: as to the legal aspects of the matter, the conflict is not the same as in the present case. In the Elsa case, if I may call it that, the conflict is between the main principle of the Convention, as to be found in Article 1, on the one hand, and the operation of Article 4, last paragraph, on the other. So here we may say there is a conflict of one element of the Convention as against another element of the Convention. The conflict in the present case, the Elisabeth case, is of quite a different character—it is one element of the Convention, the principle of the Convention, Article 1, as against a legal institution that is out of the Convention, not mentioned in the Convention, the protective education. But I should like to emphasize particularly a third thing, and that is my last remark on this matter: that the judgment by the *Cour de Bordeaux* is not to be considered good law. I shall now quote the *Revue de droit international privé et de droit pénal international*, 1910, page 889—I shall give you a part of the annotation to the Bordeaux judgment; there is a little bit more to come. I should mention that the annotation is not signed and I shall not make a guess as to its author. The annotation runs as follows:

"La solution de la Cour est-elle inattaquable? Elle se fonde sur l'article 7 de la Convention: mais cet article vise le défaut ou l'étroitesse d'une protection, qui n'est pas encore formée ou qui, déjà formée, n'est pas encore assez étendue; il donne aux autorités locales le droit de parer aux lenteurs, aux insuffisances de la tutelle nationale. Lui donne-t-il le droit de la tenir en échec? Rien ne permet de le penser."

If I may make a remark here, that is what, in substance, we held at page 16 of the Memorial: that the local authorities should supplement but not criticize or correct. Then the annotation continues:

“Elle se fonde sur l'article 4: mais la Convention, qui abandonne à la loi locale la détermination du moment où la tutelle locale, d'abord constituée, s'efface devant la tutelle nationale (art. 4), a-t-elle voulu laisser au juge, non seulement le soin de trancher une controverse que la Conférence avait récemment discutée ... mais encore un pouvoir discrétionnaire d'appréciation pour maintenir, d'année en année, la tutelle locale et tenir en échec la tutelle nationale? Étant donné le principe posé par l'article 1^{er} de la Convention, « La tutelle d'un mineur est régie par sa loi nationale », on peut en douter.”

[Translation]

“Is the decision of the Court not open to criticism? It is based on Article 7 of the Convention, but that Article contemplates the absence or inadequacy of a protection which has not yet come into existence or, if it already exists, is as yet inadequate; it gives to the local authorities the right to make up the deficiencies, due to delay or other reason, of the national guardianship. But does it give them the right to frustrate the operation of that guardianship? There is no justification for holding that it does.

The decision is also based on Article 4, but did the Convention, which allows the local law to determine the time at which the local guardianship, that first established, must make way for the national guardianship (Art. 4), intend not only to leave to the Court the task of settling a controversy which the conference had recently discussed ... but also to grant it a discretionary power under which it might, from one year to another, maintain a local guardianship and frustrate the operation of the national guardianship? Having regard to the principle laid down in Article 1 of the Convention—‘The guardianship of an infant shall be governed by the national law of the infant’, this may well be doubted.”

Now I think the decision is wrong and the annotator is right. Firstly, because he points out that Article 7 is a provision to help the guardian, to assist the guardian, to fill gaps and to remedy the inefficiency of the national law, but that it is not a provision to thwart him. Secondly, as the annotator rightly emphasizes, Article 4, last paragraph, should not be used, if I may put it that way, to undermine the principle of Article 1 of the Convention.

And now, Mr. President and Members of the Court, here I might drop the curtain. The defendant has invoked *ordre public*, but the operation of *ordre public* must be proved, and I then beg to submit that in the present case, the defendant has not proved it. He has not proved it by the theory of common sense, nor by the doctrine of public law, nor by the doctrine of *effet positif et négatif*, nor by his views on conventions, nor by relevant precedents. And the one possibly relevant precedent, the decision in the Elsa case, is evidently bad law. Here I might drop the curtain but I do not choose to finish on a jarring note. The judgment in the Elsa case may be bad law—is bad law, I think—but there is a moral and humane ring in it I may not ignore. That is what the annotator has felt, witness his opening phrase, the part I omitted just now:

“La solution de la Cour est excellente au point de vue de l'humanité.”

The annotator understands, as I understand, that the Bordeaux judges went out of their way, and went beyond the Convention, and produced a piece of bad law in order to arrive at a result that should satisfy humane feelings—an aspect I cannot ignore. And if the Court will bear with me for a few moments more I shall finish my speech with two observations.

One is this: that it may be held—and must be held—that good law comes first, particularly where conventions are concerned, that as between loyalty to the law and the happiness of the individual person, you cannot always have it both ways. You make the best law you can for protecting debtors and sometimes creditors will suffer; you make the best law you can for protecting wives and sometimes husbands will suffer; and, to take the matter on a somewhat lower plane, you make the best laws you can for protecting pedestrians and sometimes motorists will suffer. Now that holds particularly for international conventions, and we have had a good deal of experience of that in this very country. Let me give two instances, already mentioned. We hold this truth to be self-evident: that both the citizen and the foreigner should be in a position to dissolve their marriage by divorce on the grounds mentioned in our Netherlands Civil Code. However, we have subscribed to the 1902 Convention. We cannot now divorce Italian citizens and we don't grant them a divorce although we know that possibly in this manner we may make people suffer. The same holds for the Marriage Convention when, very reluctantly but out of loyalty to the Convention, we accepted the German rule against mixed marriages, although we knew that people who now could not be married would suffer. I am well aware that these dilemmas cannot always be avoided and, thinking of the great man whose address I quoted in opening this case, Abraham Lincoln, a man who hated to see human beings suffer and who particularly hated slavery, I recall his words on the Union and slavery:

“If I could save the Union without freeing any slaves I would do it.”

In this spirit we may hold that if we can save the Convention even at the cost of making some children suffer, we must do it. The Convention comes first. That is how I think the dilemma should be solved.

But now my second and last observation, and with that I shall close my speech. In the present case, are we confronted with a dilemma?

Allow me, then, to compare the Elsa case with the Elisabeth case before us, both *exodus* questions, as we have called them, but what a difference as to the *genesis*! There, a child entrusted at the age of two to foster parents by its own parents, adopted, and then claimed, after fourteen years of indifference, for motives apparently mercenary. And here—but no, I shall not make out a comparison—not because the differences do not speak for themselves, but because I have far better material for a comparison than one single case recorded in a law review. I am not in need of one single case, put before me in print; as it happens, I have personal knowledge of 4,000 cases, and transfer cases every one of them.

I have had the privilege of being a member of the Netherlands Royal Committee for War Orphans, and I hope I am not out of order in referring to some experience gathered in that body.

You well know that during the occupation of the Netherlands over 100,000 Jewish citizens and others were deported, and exterminated in the concentration camps. I shall not dwell on that aspect. I shall, with your leave, but dwell on another aspect that may fill us with trust in

human nature. Four thousands children were saved by good people who took them to their homes, feeding, nursing and lodging them, educating them with their own offspring, and all that at the risk of their own lives.

When, in May 1945, the country was liberated, the problem arose: with whom should these children henceforth reside? On the one hand, they were claimed by relatives and friends of the parents; in a few cases, by the parents themselves, but that was exceptional since nearly all the parents had perished.

On the other hand, the good people who had saved the childrens' lives wanted to keep them.

Now that was what the Royal Committee was created for. We had to deal with 4,000 claims lodged by parents and friends and relatives, and how did we do it? If a claim was made by parents, but, again this was very exceptional, it was always granted without looking at questions of change or new environment or the like. When it was friends or relatives, sometimes we granted the request and sometimes we refused it.

And allow me now to tell you, in finishing, what our standards were for saying "No".

They were four in number. Firstly, we sometimes said "No" because it was held that a child was very vulnerable and that the change as such might do it harm. We sometimes admitted that argument and said "No", but in most cases we did not. We practically only admitted it when the child was of very tender age, five, six or seven, and not when it was twelve, thirteen or fourteen. We then considered that a child of that age normally is robust enough to undergo a change, and even if the child was of tender age, we did not attach much importance to the "change" argument itself, unless the vulnerability of the child was put beyond reasonable doubt.

I then consider the case of Elisabeth Boll. The girl is now thirteen and a half years of age, and as to her vulnerability, it is opinion against opinion. The King in Council holds that the change may harm her, but the Östergötland County Government holds it will not. Then if the girl had been a war orphan, to a claim for transfer we would not have said "No".

Second standard. We sometimes said "No" because the new home was objectionable. Then we rejected the claim, but we did so only after a thorough examination, after having found at the home of the claimants dire poverty, neglect, disharmonious atmosphere and the like.

I then consider the case of Elisabeth Boll. Is there anything wrong with the proposed new home? The King in Council has not even deigned to examine the matter. Ignorance is proclaimed as an argument. It is not known, we read in the decision, under what conditions Catharina Postema would take care of the child, nor how far she is suitable to do so. Is that the way to come to a decision? Certainly not.

The greatest trouble should be taken to examine what the new home is like. That trouble was taken by the Östergötland county government, and that with positive result. If, then, the girl had been a war orphan, we would not have said "No" to the claim.

Thirdly, sometimes we said "No" for the following reason. We attached great weight to the wishes of the late parents, and to establish these wishes we made the greatest efforts. Now sometimes it was found that the late parents had been, or would have been, much in favour of their child being educated by the friends and relatives who at the end of the war claimed them. Then of course we said "Yes" to the claim.

On the other hand, sometimes it was found that the parents had been much in favour of their children being educated by what were called the "war parents", or even that they had personally entrusted the children to their care. In that case we rejected the claim.

And I then again consider the case of Elisabeth Boll. Should no weight be attached to a living father's wish? Then what would the living father prefer? The protective education, or the education as directed by Mrs. Postema?

If, again, the girl had been a war orphan, we would not have said "No" to the claim.

Fourthly and finally, we sometimes said "No" to the claim because there was one great weight in the scale of the war parents. The very fact that the children were living was due to resistance against iniquity. It was due to justice irrepressible, justice triumphant, justice victorious over injustice. Often then we could not allow an *exodus* in view of such a *genesis*.

And then I consider the case of Elisabeth Boll. I look for a *genesis* and I find nothing but a false accusation.

Mr. President and Members of the Court, if the dilemma were between loyalty to the Convention and wishing the child well, I would know how to solve it. But in the present case I, for one, dilemma, I do not see.

And that brings me to a close. Permit me, Mr. President and Members of the Court, to express my sincere gratitude for your indulgence. And let this then be my final summary:

The defendant has invoked *ordre public*, but the operation of *ordre public* must be established, and I submit that in the present case the defendant has not established *ordre public*. He has not established *ordre public* by the theory of common sense, not by the doctrine of public law, nor by the doctrine of *effet positif*, nor by his view on conventions, and certainly not by relevant precedents, and the one more or less relevant precedent he might use is evidently bad law. And in the present case there is no excuse for bad law *du point de vue de l'humanité*.

Why then should Sweden, or any country, be allowed to invoke *ordre public* in order to nullify the Convention?

Mr. President and Members of the Court, allow me to close as I have begun, by taking my cue from an address, an address on nullification this time, that belongs to history and again—subject to changing only a few words—singularly fits the occasion:

"The States that are parties to the Convention have at no time, in no way, directly or indirectly, authorized any State legislature to construe or interpret their high instrument of government, much less to interfere by their own power to arrest its course and operation.

"If the States in these respects had done otherwise than they have done, their Convention could neither have been preserved nor would it have been worth preserving. And if its plain provisions shall now be disregarded and these new doctrines interpolated in it, it will become as feeble and helpless a being as its enemies, whether early or more recent, could possibly desire. It will exist in every State but as a poor dependant on State permission. It must borrow leave to be; and will be no longer than State pleasure or State discretion sees fit to grant the indulgence, and to prolong its poor existence."

Mr. President and Members of the Court, I have done.

2. DÉCLARATION DE M. SVEN DAHLMAN

(AGENT DU GOUVERNEMENT DU ROYAUME DE SUÈDE)
A L'AUDIENCE PUBLIQUE DU 29 SEPTEMBRE 1958

En tant qu'agent du Gouvernement suédois, j'ai le privilège de m'adresser à la Cour dans la première affaire portée devant elle à laquelle mon pays soit Partie. Si jusqu'ici la Suède ne s'est pas encore trouvée parmi les États qui sont venus soumettre leurs différends à votre sagesse, mon pays est néanmoins de ceux qui de bonne heure ont été favorables à l'idée que les différends entre États de nature juridique doivent être réglés, dans la plus large mesure possible, par la haute instance judiciaire de la communauté des nations. Cette attitude a été celle de mon Gouvernement à maintes occasions, aussi bien quand la Suède elle-même était Partie à un conflit que lorsqu'elle n'avait qu'à se prononcer sur la manière dont il fallait résoudre d'autres conflits qui, sans la concerner directement, avaient des répercussions internationales considérables. La Suède ne saurait que regretter que cette attitude n'ait pas été universellement adoptée.

L'affaire qui nous amène ici aujourd'hui, certes, n'est pas de nature à éveiller le même intérêt mondial que tant d'autres affaires qui ont été plaidées devant vous au cours de ces dernières années. Cependant, d'une part, elle affecte des destins humains et, à ce titre, commande toute l'attention des juges qui la trancheront, d'autre part elle concerne l'une des conventions de droit international privé qui ont vu le jour ici même, à La Haye, et dont, jusqu'ici, à ce que je sache, aucune n'a fait l'objet de votre interprétation.

Le sort a voulu que le pays auquel ce différend nous oppose soit justement les Pays-Bas, auxquels une amitié séculaire nous lie. Toutefois, il est dans les traditions de nations comme les nôtres de choisir ce mode de règlement des différends que la vie quotidienne peut faire surgir entre elles, et je suis persuadé que ce qui nous sépare dans nos conceptions juridiques dans cette affaire n'entamera nullement les bases solides de notre amitié.

Il ne me reste, Monsieur le Président, qu'à vous prier de bien vouloir donner la parole à Me Rolin qui présentera la thèse de mon Gouvernement.

3. PLAIDOIRIE DE M. LE PROFESSEUR ROLIN

(CONSEIL DU GOUVERNEMENT DU ROYAUME DE SUÈDE)
AUX AUDIENCES PUBLIQUES DES 29 ET 30 SEPTEMBRE
ET DU 1^{er} OCTOBRE 1958

[Audience publique du 29 septembre 1958, après-midi]

Monsieur le Président, Messieurs de la Cour,

Je manquerais non seulement à un devoir de courtoisie mais à un devoir de justice élémentaire si je ne commençais pas par féliciter mon distingué contradicteur pour la plaidoirie que vous avez entendue. C'était une affaire compliquée; or, il n'a pas cessé d'être clair et je suis persuadé que, comme moi, vous avez suivi sans difficulté la ligne de son argumentation. Il a plaidé avec force et même avec esprit, et il a fait preuve d'une érudition qui le rendait instructif sans doute pour beaucoup d'entre vous, comme il le fut pour moi, même lorsque je ne le trouvais pas convaincant.

Je ne le suivrai pas toutefois dans chacune de ses controverses, d'abord parce que j'ai conscience que je lui serais inférieur; ce n'est pas, en effet, la même branche du droit international que nous enseignons. Ensuite, parce que j'ai eu l'impression qu'il y avait tout de même, et cela se comprend de la part d'un spécialiste, dans son exposé certaines querelles d'écoles dans lesquelles il ne me paraît pas essentiel que votre Cour prenne position et qui n'ont qu'un rapport assez lointain avec la question essentielle que vous aurez à trancher. Enfin, et c'est peut-être le seul reproche que je lui adresserai, je crois qu'il a parfois perdu de vue qu'il plaidait devant une Cour internationale et pas devant une juridiction nationale et quel était le point précis et l'aspect sous lequel cette affaire devait être examinée par vous.

De quoi s'agit-t-il? M. Kisch a débuté sa plaidoirie en indiquant à la Cour que l'objet de la demande néerlandaise était d'obtenir le respect d'une convention, et il a évoqué, à diverses reprises, certaines paroles fameuses du grand Abraham Lincoln pour célébrer l'importance qu'il fallait accorder au respect des conventions internationales. Je n'ai pas besoin de vous dire que la Suède s'associe très volontiers à cette déclaration de principe, qu'elle est convaincue, comme le Gouvernement néerlandais, que la maxime *pacta sunt servanda* est vraiment à la base du droit des gens comme elle est sans doute à la base de la civilisation. Ce n'est pas sans émotion, soyez-en convaincus, que l'internationaliste qui, depuis plusieurs années, dirige les Affaires étrangères de la Suède, j'ai nommé le professeur Undén, a reçu communication de cette plainte dans laquelle l'accusation était portée contre son pays d'avoir violé une convention internationale. Pourtant, si pénible que cela lui fut, il n'a pas un instant méconnu le droit absolu des Pays-Bas, si telle était leur conviction, de formuler cette réclamation dans l'intérêt de ressortissants dont ils assurent légitimement la protection. De même, il a jugé que c'était incontestablement le devoir de la Suède de vous apporter ses explications et ce qu'il croit être sa justification. Et c'est l'honneur de l'un et de l'autre pays que ce différend soit aujourd'hui soumis à la Cour internationale de Justice.

Il s'agit donc de la violation d'une convention, en l'espèce de la Convention de La Haye de 1902 sur la tutelle des mineurs, et il ne s'agit que de cela. Je le souligne, Messieurs, parce que j'ai l'impression que cela a été parfois oublié de l'autre côté de la barre, et je suis reconnaissant au Greffe, je ne sais sous quelle inspiration ni sur la recommandation de qui, d'avoir senti la nécessité de préciser, fût-ce dans le titre, quel était l'objet de cette affaire. Les membres de la Cour auront en effet constaté que si les deux premiers documents de la procédure écrite étaient intitulés: « Affaire relative à la tutelle d'une mineure », les deux derniers documents étaient intitulés « Affaire relative à l'application de la Convention de 1902 pour régler la tutelle des mineurs ». En ce faisant, en rectifiant le premier titre, la Cour aura sans aucun doute répondu à la curiosité de beaucoup de gens dans le monde, qui s'étaient demandés par quel miracle une Cour internationale de Justice était appelée à devoir se pencher sur une question intéressant la tutelle d'une mineure.

Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, il va de soi que bien que le débat porte sur une convention internationale, il est indispensable pour vérifier s'il y a eu ou non violation d'exposer les faits essentiels, ceux tout au moins qui seront pertinents lorsqu'il s'agira d'apprécier quelle est la validité des griefs formulés contre la Suède.

M. le professeur Kisch a défini l'objet de cette réclamation dans un raccourci saisissant qui a été suivi d'un exposé un peu plus détaillé des faits.

A la page 138 du compte, rendu de la première séance, il a résumé comme suit la situation qui se présentait: M^{me} Postema, Catherine Trijntje Postema, désignée comme tutrice d'une enfant néerlandaise, née en Suède de père néerlandais et de mère devenue néerlandaise par son mariage, a prétendu exercer son droit de tutelle sur l'enfant qui lui était confiée et notamment ce droit élémentaire de lui fixer sa résidence, et elle a reçu comme réponse que l'enfant se trouvait placée sous le régime de l'éducation protectrice. Elle a introduit divers recours devant les autorités suédoises compétentes; ces recours ont uniformément échoué à l'exception dans une deuxième série d'instances d'une décision de la juridiction d'appel du conseil de Gouvernement de la province de Göta, décision qui fut réformée et annulée par la Cour suprême administrative.

C'est, Messieurs, dangereux de procéder à des raccourcis d'une affaire qui est assez compliquée, car je n'ai pas besoin de dire à la Cour qui a déjà examiné les pièces que nous avons produites, qu'au commencement de cette affaire, il y a non pas Catherine Postema, mais Johannes Boll. C'est lui en effet qui est tuteur en tant que parent survivant de l'enfant mineur Elisabeth Boll le 5 mai 1954 au moment où la décision est prise.

Il y a dans le résumé une deuxième erreur: c'est que dans le dernier état de la procédure administrative il n'est pas exact que Catherine Postema ait exprimé le désir de prendre possession de cette enfant pour l'amener aux Pays-Bas et veiller sur lui. Nous y reviendrons dans un instant. Elle a, au contraire, déclaré qu'elle se rendait compte que le dépaysement de cette enfant s'ajoutant au changement de milieu lui serait trop pénible, et elle a exprimé la volonté de la confier à des personnes habitant Norrköping ayant une fille du même âge qu'Elisabeth Boll et à qui elle avait l'intention de la confier. Je me suis posé la question en entendant M. le professeur Kisch si cette déclaration ne valait plus et si d'aventure Catherine Postema avait changé d'avis.

J'en arrive, Messieurs, à l'exposé détaillé des faits, que l'on trouve à partir de la page 139 du compte rendu sténographique de la première

journée, M. Kisch a entendu exposer ce qu'il appelait la genèse de l'affaire — j'ai trouvé beaucoup d'expressions bibliques dans son exposé. Il a vivement insisté sur la nécessité d'avoir en tête la genèse de cette affaire. Après quoi, il a annoncé l'intention de relater successivement l'origine de la première tutelle néerlandaise, puis l'origine de la deuxième tutelle néerlandaise et enfin la mesure de protection prise par l'Office des mineurs. Or, Messieurs, c'est là une genèse singulière, qui bouleverse entièrement l'ordre chronologique des faits. Si M. Kisch est un excellent juriste, j'ai l'impression qu'il est un très mauvais historien ou un mauvais praticien du fait, car ce ne sera pas la seule erreur que je devrai relever dans son exposé. J'ai, Messieurs, pour la clarté de mon exposé, établi un tableau en quatre colonnes, tableau chronologique des décisions qui sont intervenues dans cette affaire, à la fois de la part des tribunaux civils suédois, puis de l'organe administratif suédois et des juridictions administratives de recours, puis des juridictions pénales suédoises qui à un moment donné se sont occupées de M. Johannes Boll, et enfin des tribunaux civils néerlandais. J'en ai fait établir un certain nombre de documents, et si le Président m'y autorise, je demanderai que le Greffe veuille bien en faire la distribution. J'en ai également, pour éviter toute surprise, communiqué dès ce matin un exemplaire à mes adversaires pour que, si j'avais commis involontairement une erreur, elle puisse vous être signalée. Il ne s'agit donc pas d'un document nouveau, il s'agit d'un instrument de travail, les décisions sont toutes des décisions qui ont été ou reproduites ou visées dans la procédure écrite.

Eh bien, Messieurs, la première chose qui saute aux yeux, c'est qu'au commencement, il n'y avait pas la désignation de M^{me} Postema par un tribunal néerlandais, au commencement il y avait la reconnaissance de M. Boll comme tuteur et l'organisation de sa tutelle par un tribunal civil suédois, et ce à sa propre demande. C'est le 18 mars 1954 que M. Boll, qui habite Norrköping depuis des années et qui se trouve dans la nécessité de régler la succession de son épouse dans laquelle son enfant est intéressée, s'adresse ingénument au tribunal civil de Norrköping pour demander que sa tutelle soit enregistrée conformément à la loi suédoise et qu'il lui soit désigné un *god man*, c'est-à-dire un curateur ou un subrogé-tuteur qui va s'occuper de contrôler éventuellement sa gestion et d'intervenir s'il y a contrariété d'intérêts entre lui et son enfant. Et Messieurs, sur le vu de cette requête, le tribunal de Norrköping procède à cette désignation.

Puis intervient la mesure prise le 26 avril 1954 par le président de l'Office des mineurs à l'égard d'Elisabeth Boll. Elle est confirmée le 5 mai 1954, et c'est seulement le 2 juin 1954 que M. Johannes Boll, s'étant vraisemblablement adressé à des conseils suédois et néerlandais, reçoit l'avis qu'il doit commencer par rectifier son tir, par ne plus apparaître comme un tuteur suédois, car il ne pourra comme tel se réclamer de la Convention, et la nécessité lui est indiquée de se faire reconnaître par les tribunaux néerlandais comme tuteur néerlandais, ce qui s'accompagne de la désignation d'un *toeziende voogd*, une espèce de subrogé-tuteur ayant des compétences néanmoins différentes de celles du subrogé-tuteur belge ou français et du *god man* suédois. Ce qui fait, Messieurs, que cet ordre présenté par le professeur Kisch doit être entièrement inversé. Au début il y a enregistrement d'un tuteur suédois, puis il y a une mesure protectrice et puis intervient la première

tutelle suivie à quelques mois de distance de la deuxième tutelle. Le 5 août 1954, en effet, M. Boll est remplacé par M^{me} Catherine Postema.

Messieurs, dans le même ordre d'idées, je relève qu'en ce qui concerne cette deuxième désignation, le remplacement de Johannes Boll par Catherine Postema n'est pas intervenu, comme on vous l'a dit, à la requête de M. Johannes Boll. A ce sujet, je dois demander à la Cour de bien vouloir vérifier le document qui se trouve reproduit dans le mémoire, à l'annexe D, page 23. Vous avez là la décision du tribunal de Dordrecht, la *District Court* de Dordrecht. Il est expressément relaté que la décision est prise sur requête de ce que, dans le texte anglais, on appelle the *Guardianship Court*, et qui est en réalité le *Voogdijraad*, c'est-à-dire le Conseil de tutelle, un organe administratif, qui est chargé d'une façon générale de la surveillance des mineurs. C'est cet organe qui prend l'initiative de demander le remplacement de M. Boll par M^{me} Catherine Postema; tandis qu'en ce qui concerne M. Johannes Boll, on se borne à noter, dans un des attendus de la décision, qu'il ne s'oppose pas à son remplacement, ce qui est différent de l'avoir sollicité.

Pour le surplus, je relève que la déclaration d'inaptitude, d'incapacité du père à remplir ses devoirs est motivée par une raison professionnelle, parce qu'il est marin. Mais je ne sais pas, Messieurs, si mon confrère estimera que ce motif doit être pris très au sérieux, car en réalité, s'il est vrai que M. Johannes Boll a son brevet de capitaine et qu'il a beaucoup navigué, il y a plusieurs années qu'il exerce la profession d'armateur, qu'il ne navigue plus. En fait, il saute aux yeux dans le tableau que je vous montrerai, il saute aux yeux que si, à ce moment-là, le Conseil de tutelle de Dordrecht a estimé nécessaire de remplacer M. Johannes Boll, c'est en réalité parce que l'on a eu vent de la mesure qui a été prise à Norrköping et des faits qui l'ont précédée, que l'on reconnaît l'impossibilité morale, tant que M. Johannes Boll est sous le coup d'une accusation, de le maintenir à ses fonctions de tutelle et de réclamer des autorités suédoises que l'enfant lui soit confiée. On doit donc le remplacer. On trouve élégant de qualifier par sa profession de marin la difficulté où il est d'exercer ses fonctions, mais on ne peut avoir de doute sur le vrai mobile de la décision.

Troisième observation: la situation au point de vue juridique au moment où, le 5 août 1954, M. Johannes Boll est déchargé par la décision du tribunal de Dordrecht et remplacé par Catherine Postema est singulière, car le père a été enregistré antérieurement comme tuteur par l'autorité suédoise et on lui a adjoint un *god man*. Puis sa tutelle a été organisée aux Pays-Bas le 2 juin; et enfin il a été déchargé et remplacé comme tuteur par l'autorité néerlandaise, tandis qu'il est toujours enregistré comme tel en Suède. Eh bien, Messieurs, cette situation, c'est très exactement celle qui est prévue par la Convention et dont on n'a pas dit un mot. A l'article 3 de la Convention, dont nous avons reproduit le texte à la page 65 du contre-mémoire, il est dit que la tutelle du mineur ayant sa résidence habituelle à l'étranger s'établit et s'exerce conformément à la loi du lieu si elle n'est pas ou si elle ne peut pas être constituée conformément aux dispositions de l'article 1 ou de l'article 2. Et à l'article 4 il est stipulé: « l'existence de la tutelle établie conformément à la disposition de l'article 3 n'empêche pas de constituer une nouvelle tutelle par application de l'article 1 ou de l'article 2 ». C'est ce qui est arrivé en Suède! Enfin, l'article 4 précise que « la législation de l'État où l'ancienne tutelle était organisée décide à quel moment cette tutelle

cesse dans le cas prévu par le présent article ». Donc la situation est bien claire: d'abord tutelle organisée par la Suède, puis tutelle organisée par les Pays-Bas, bientôt modifiée par changement de tuteur. Il appartient à la législation suédoise de décider à quel moment la première tutelle va prendre fin. Heureusement, alors que beaucoup de législations n'ont rien décidé du tout et que cela conduit à des difficultés comme celles auxquelles on a fait allusion en commentant l'arrêt de la Cour de Bordeaux, la législation suédoise — qui fait preuve de beaucoup de déférence pour la Convention — contient une disposition — l'article 2 de la loi de 1904 relative à certains rapports juridiques internationaux — qui est également reproduite dans nos documents, à la page 74 du contre-mémoire, d'après laquelle le juge fait cesser la tutelle lorsqu'une autre tutelle dans le pays d'origine a été organisée.

Et, Messieurs, c'est ce qui s'est passé. M. Johannes Boll s'adresse au tribunal, et vous verrez dans la première colonne de mon tableau que le 16 septembre 1954, il obtient un jugement du tribunal de Norrköping annulant l'enregistrement de la tutelle. Donc la situation anormale de la coexistence des deux tutelles a pris fin; elle n'a pas duré longtemps, mais elle a tout de même existé pendant quelques semaines.

Messieurs, nous avons signalé ces faits dans notre contre-mémoire; on n'en avait pas parlé dans le mémoire; on n'en a pas parlé dans la réplique; nous l'avons rappelé dans la duplique; on n'en a pas parlé en plaidoiries. Ce qui est plus extraordinaire, c'est qu'on a tu aussi les autres décisions rendues dans le même domaine. Il restait un vestige de la tutelle suédoise. Le juge appelé à rapporter sa décision du 18 mars 1954 avait cru pouvoir maintenir le *god man* à raison de l'existence d'une succession comportant des biens situés en Suède. C'était d'une régularité fort douteuse, je le reconnais, au point de vue de la Convention. M. Boll interjeta appel de la décision qui maintenait ce *god man*; le 21 janvier 1955, il échoua devant la Cour d'appel de Göta (cette décision est à la p. 59 du contre-mémoire). Mais s'étant pourvu en cassation, il obtint satisfaction. (L'arrêt figure à la p. 63 du contre-mémoire.)

Voilà donc quatre décisions successives rendues par les tribunaux suédois sur la question de la tutelle d'Elisabeth Boll. On n'en dit pas un mot au début; on n'en dit pas un mot quand nous le rappelons, ni dans la réplique ni dans la plaidoirie. Je constate donc, Messieurs, que toutes ces décisions relevées dans la première colonne du tableau ont été, pour employer un mot néerlandais particulièrement expressif et dont je ne connais pas le pendant dans la langue française, *dood gezwegen*; on les a tués dans l'espoir de les tuer. L'on espère que si on n'en parle pas, elles seront oubliées. Et je le comprends, Messieurs, car elles sont dans cette affaire d'une importance saisissante. Comment! La Suède se trouve aux prises avec une accusation de violation de la Convention de la tutelle; on constate que sur le vrai terrain de la tutelle il y a une série de décisions prises en Suède qui reconnaissent à cent pour cent les droits de la tutelle néerlandaise et on n'en dit pas un mot!

J'arrive à une cinquième observation. Il a été dit que la mesure avait été prise le 5 mai 1954 à raison du soupçon grave qui pesait sur le père. Textuellement, suivant la page 141 du compte rendu sténographique, M. Kisch a déclaré: « Jamais aucun autre motif n'a été donné. » Et il en a conclu: du moment qu'il n'y avait pas d'autre motif, une fois que l'accusation était abandonnée, il était évident que la mesure devait être rapportée.

Vous avez peut-être été impressionnés, Messieurs; vous le serez moins quand vous examinerez avec attention les décisions qui sont incriminées, bien que ni nos adversaires ni nous ne les ayons reproduites intégralement. La première décision, c'est la fameuse décision du 5 mai 1954 de l'Office des mineurs de Norrköping, qui figure à la page 21 du mémoire (*Exhibit B*). C'est un document étrange qui contient onze lignes dont trois lignes en blanc. Ces trois lignes en blanc représentent, si mon jugement est exact, une trentaine de lignes en blanc, car nous avons, nous aussi, reproduit le même document dans un texte incomplet, et nous avons tout de même cru devoir, sans être indiscrets, et sans devoir porter atteinte à l'honneur des personnes en cause, lever un tout petit peu plus le voile sur ce qu'il y a dans cette décision. Les trois lignes en blanc ont été remplacées par quatorze lignes qui contiennent encore des blancs. Qu'y lisons-nous? Ceci (p. 51 du contre-mémoire): « Les motifs allégués pour justifier une telle mesure avaient été les circonstances qui ressortaient des certificats médicaux cités ci-dessous: « Certificat relatif à ... (quelques points) ... signé d'un médecin patenté. » « Certificat attestant que ... (quelques points) ... signé d'un médecin patenté. » Elisabeth n'avait pas habité chez son père depuis Pâques. Un mémorandum relatif à l'affaire avait été rédigé en ces termes: « Mémorandum: signé Ossian Grönwald. » En outre, une assistante sociale, Madame Maud Johansson, avait à la suite de conversations avec Elisabeth déposé l'acte suivant: « Visite chez ... signé Maud Johansson. » Les gens curieux ne seront pas très satisfaits, mais ils auront tout au moins la conviction qu'il y avait là une série de documents. Or, ce n'est pas tout, car si vous vous reportez aux décisions subséquentes, vous verrez la décision du gouvernement d'Östergötland reproduite aux pages 53 et 54 de notre contre-mémoire, où il est fait état d'une enquête et d'un nouveau certificat médical. Puis vous voyez la décision incriminée de la Cour suprême administrative à la page 58 de notre contre-mémoire, où il est fait état notamment de ce qui a été révélé au cours de l'affaire. Vient ensuite, dans une instance en révision, une décision favorable de levée de la mesure; elle est rendue le 28 octobre 1955 par le conseil du gouvernement de la province d'Östergötland. Mais cette décision n'est pas motivée par le non-lieu qui est intervenu le 2 mai 1955, elle est motivée principalement par la déclaration déjà mentionnée, faite par Catharina Postema, que cet enfant va habiter chez des habitants de Norrköping qui paraissent donner certaines garanties. Et enfin, Messieurs, il y a la dernière décision incriminée, qui est basée sur « considering the evidence of the case ».

Nous verrons plus tard quelles conclusions la Cour devra tirer au point de vue juridique de cette situation qui est extrêmement délicate. Ce que je suis en droit de dire dès à présent, me plaçant au point de vue du fait, c'est qu'il est inouï, c'est qu'il est incroyable qu'alors que de l'autre côté de la barre on a plaidé « the least said about it the best », on vienne tenter aujourd'hui de tirer partie de la discrétion que nous avons observée de part et d'autre pour dire: puisque rien n'a été mentionné il n'y a rien, rien qu'une fausse rumeur; il ne s'est rien passé; l'enfant est parfaitement normale; elle ne s'est plainte de rien, on n'a rien constaté chez elle, aucun trouble; les craintes qu'on avait eues se sont révélées sans fondement, et le maintien de la mesure est sans justification. Ce raisonnement est-il admissible?

Enfin, Messieurs, permettez-moi une dernière observation relative à l'exposé des faits. Il a été dit et répété qu'il s'agissait d'une enfant

domiciliée aux Pays-Bas, que sa présence en Suède était occasionnelle; on lit dans la réplique, page 105: « When the measure was first taken, it might be held, the infant just happened to reside in Sweden. » Or ceci est totalement inexact. Cette enfant est née en Suède et y a vécu constamment. Mais il y a beaucoup plus. Cette enfant était domiciliée en Suède au moment où la mesure a été prise, et je dis domiciliée dans le plein sens du mot au point de vue juridique. Il suffit, Messieurs, de se reporter à la décision qui a été prise par le tribunal de canton d'Amsterdam et qui est reproduite à la page 52 du contre-mémoire. Lorsque l'on nomme pour la première fois M. Idema comme subrogé-tuteur, c'est le canton d'Amsterdam qui est saisi. C'est à la page 52. Et que lit-on dans cette décision? Que les membres d'un conseil de famille ont comparu devant le juge cantonal d'Amsterdam; ce sont les parents les plus proches de l'enfant mineure Marie-Elisabeth, née du mariage de Johannes Boll, domicilié en Suède. Le père lui-même était domicilié en Suède. J'ajoute, sans que je puisse dire aujourd'hui s'il est domicilié aux Pays-Bas, qu'il est en tout cas encore à ce jour domicilié en Suède, car il ne s'est jamais fait biffer. Si la chose est déniée, nous serions en mesure de l'établir. J'ajoute, Messieurs, que la seule indication que le conseil de famille se réunit au canton d'Amsterdam devrait suffire à nous ouvrir les yeux. Car d'après l'article 461 du code civil néerlandais, nous en avons donné le texte à la page 59 du contre-mémoire, le tribunal du canton d'Amsterdam est saisi, lorsqu'il s'agit « de mineurs néerlandais qui n'ont dans le Royaume ni domicile, ni dernier domicile, ni résidence effective ». C'est clair. On va désigner quelqu'un de Dordrecht pour être le subrogé-tuteur; M. Johannes Boll va lui-même aller habiter Dordrecht, qui n'est pas dans le canton d'Amsterdam. Cependant, on saisit le juge du canton d'Amsterdam parce que l'enfant était domiciliée en Suède. Que l'on ne vienne donc pas dire et écrire « she just happened to reside in Sweden ».

Quant au domicile actuel de l'enfant, sans doute, je le reconnais volontiers: elle doit actuellement, aux yeux de la loi néerlandaise, être considérée comme domiciliée aux Pays-Bas, au domicile de sa tutrice M^{me} Catharina Postema. Cela ne présente pas de difficulté. Seulement, Messieurs, au point de vue de la loi suédoise, le domicile des enfants est comme le domicile des adultes, au siège de la résidence effective. Elisabeth Boll se trouve donc encore toujours domiciliée en Suède.

Voilà, Messieurs, les quelques rectifications auxquelles j'ai cru devoir procéder. Je ne les ai pas faites dans un esprit de méticulosité, par un souci quelque peu puéril de précision matérielle, encore moins pour chercher querelle à mon très estimé contradicteur, mais uniquement parce que, vous vous en êtes rendu compte, j'aurai à tirer de ces rectifications certaines conséquences juridiques importantes.

Et maintenant, Monsieur le Président, je vous demanderai de bien vouloir, après la traduction, passer la parole à M. Petrén, qui a bien voulu se charger d'exposer à la Cour un dernier point de fait sur lequel il est beaucoup plus compétent que moi. C'est de vous exposer la substance de la loi suédoise d'éducation protectrice dont l'application est dénoncée par les Pays-Bas comme contraire à la Convention de 1902.

4. PLAIDOIRIE DE M. STURE PETRÉN

(CONSEIL DU GOUVERNEMENT DU ROYAUME DE SUÈDE)
A L'AUDIENCE PUBLIQUE DU 29 SEPTEMBRE 1958, APRÈS-MIDI

Monsieur le Président, Messieurs de la Cour,

M^e Rolin, mon savant collègue en cette occasion, vous présente donc l'affaire telle qu'elle se situe dans le contexte du droit international.

Je me garderai d'ajouter quoi que ce soit à ce sujet, mais je crois qu'il serait peut-être utile que vous ayez un bref aperçu du système légal et institutionnel de mon pays en matière de protection de l'enfance. C'est pourquoi je me permettrai de retenir votre attention pendant quelques instants pour mettre en lumière les aspects que ce cas présente sous cet angle national.

Comme dans tant d'autres pays, notre législation a évolué dans ce sens que la société, tout en maintenant la structure traditionnelle du droit civil et en sauvegardant dans son cadre la vie de famille, est devenue de plus en plus consciente des devoirs de protection qui lui incombent selon les conceptions sociales modernes.

La protection de l'enfance est envisagée par le législateur suédois sous un double aspect: elle doit servir d'abord les intérêts de l'enfant lui-même, qu'un État civilisé ne saurait abandonner aux périls de sombrer ou de dévier, faute de soins. Mais il faut tenir également compte de l'intérêt général de la société, laquelle doit prendre des mesures de défense sociale contre le danger que représenterait pour elle une jeunesse prenant des habitudes asociales ou contrariée dans son développement.

La loi sur la protection de l'enfance revêt ce double caractère, ce qui implique que ses dispositions sont de nature obligatoire, même par rapport aux parents.

Des extraits pertinents de la loi sur la protection de l'enfance se trouvent aux pages 75 et suivantes du contre-mémoire, mais il faudra que je me réfère encore à quelques dispositions de la loi en dehors de celles annexées au contre-mémoire.

Toutefois, pour bien situer notre loi par rapport aux conceptions modernes dans ce domaine, je voudrais d'abord citer une partie d'une résolution adoptée par le V^{me} congrès international de défense sociale, tenu cette année même à Stockholm. Il y est dit:

« L'exposé des diverses organisations nationales de protection des mineurs a fait apparaître une grande diversité de systèmes, liés étroitement aux traditions et aux institutions locales; l'adoption dans tous les pays d'une organisation uniforme ne paraît ni réalisable, ni même souhaitable; la prévention et la réadaptation sociale, qui constituent les buts essentiels de l'action en faveur des mineurs, paraissent susceptibles d'être réalisées par des moyens divers; cependant, malgré des divergences de méthode, des éléments analogues se retrouvent au sein de divers systèmes.

Quel que soit l'organisme, judiciaire ou administratif, chargé de déterminer et d'appliquer le traitement, les conditions minima suivantes doivent être réunies:

- a) formation professionnelle et expérience dans le domaine de la protection de l'enfance et de la jeunesse;
- b) garanties d'indépendance et de carrière des membres de l'organisme;
- c) présence d'au moins une personne ayant une formation juridique;
- d) examen médico-psychologique et social du cas examiné;
- e) possibilités de voies de recours garantissant les droits du mineur et de sa famille. »

Telles sont donc les exigences qui, selon les conceptions les plus modernes, devraient régir cette matière. Nous allons voir que la loi suédoise les satisfait, essentiellement, malgré qu'elle date déjà d'il y a trente ans.

Comme il ressort des articles 1 à 3 de la loi, elle institue dans chaque commune une autorité, l'Office des mineurs, chargée de veiller au bien des enfants habitant la commune. Élu par la municipalité pour des périodes de quatre ans, l'Office comprendra un membre du comité local d'assistance publique, un membre du clergé, un membre du corps enseignant, deux autres personnes connues pour leur zèle et l'intérêt qu'elles portent au bien-être de l'enfance et de la jeunesse, auxquels s'ajoutera, dans les villes, un médecin. L'Office comprendra au moins une femme. De préférence, un membre de l'Office devrait posséder des connaissances juridiques.

Au nombre des dispositions qui règlent la procédure devant l'Office des mineurs, il y a lieu de citer aussi l'article 18 de la loi, qui n'est pas reproduit dans l'annexe au contre-mémoire. Aux termes de cet article, les cas où ceci est indiqué ne peuvent être tranchés sans qu'un examen médico-psychologique ait eu lieu. Je constate d'ailleurs que, dans le cas d'Elisabeth Boll, plusieurs expertises médicales ont été effectuées.

Quant aux moyens de recours contre les décisions de l'Office des mineurs, on peut en faire appel au gouvernement de la province, ce qui ressort de l'article 81 de la loi. Si l'Office des mineurs a ordonné qu'un enfant soit placé sous le régime de l'éducation protectrice et si les parents n'y consentent pas, ils n'ont pas même besoin de faire appel, car dans ce cas, en vertu de l'article 25, paragraphe 2, la décision sera automatiquement soumise à l'examen du gouvernement de la province, qui la maintient ou la casse.

Le gouvernement de la province est une autorité administrative, mais dont le fonctionnement rappelle par certains aspects celui d'un tribunal. Normalement, et dans les cas qui nous intéressent maintenant, les décisions y sont prises par le gouverneur sur le rapport d'un haut fonctionnaire ayant une formation juridique.

Dans les affaires concernant la protection de l'enfance, le moyen de recours contre les décisions des gouvernements des provinces, c'est l'appel à la Cour suprême administrative. Celle-ci est une cour de justice, qui n'a rien d'une autorité administrative. Notons, par exemple, qu'elle est composée de juges inamovibles, nommés par le Roi. Pour bien comprendre la nature de cette juridiction, il faut, Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, vous mettre en garde contre la formule traditionnelle par laquelle commencent les arrêts de la Cour suprême administrative et qui dans notre traduction française est rendue par cette expres-

sion : « Le Roi en son conseil... » C'est là une formule consacrée qui plonge ses racines dans un lointain passé, où toute justice, en dernière instance, était réellement rendue par le Roi en son conseil. Aujourd'hui, elle n'est qu'un ornement historique des arrêts de nos deux Cours suprêmes, la Cour suprême et la Cour suprême administrative, et elle ne veut aucunement dire que celles-ci ne soient pas de vraies cours de justice, indépendantes du pouvoir exécutif.

Ainsi, dans les affaires concernant la protection de l'enfance, la procédure revêt en Suède, en dernière instance, un caractère nettement judiciaire. Le Gouvernement ne saurait donc intervenir pour influencer le contenu des arrêts. D'ailleurs, dans ce genre d'affaires, il en va de même en ce qui concerne les décisions des deux instances inférieures, l'Office des mineurs et le gouvernement de la province, bien que le caractère de leur procédure soit différent.

Le Gouvernement suédois serait donc dès lors bien embarrassé s'il devait présenter à la Cour internationale de Justice un commentaire détaillé des décisions intervenues ou rencontrer des critiques avancées contre certains passages de leurs motivations. Mais il n'est heureusement tenu à rien de semblable.

Ce que mon Gouvernement doit défendre devant vous, Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, ce n'est que le dispositif des arrêts de la Cour suprême administrative, en tant que résultat final de la procédure administrative et judiciaire suédoise.

Et sur ce point, le Gouvernement suédois assume volontiers la défense des arrêts, convaincu que les autorités et tribunaux ont agi dans l'exercice d'une compétence que la Convention de 1902 a laissée intacte et qu'ils l'ont exercée de bonne foi, en pleine conscience de leurs responsabilités, aucune imputation de déni de justice n'ayant d'ailleurs été formulée contre eux.

Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, il faut que j'ouvre ici une parenthèse. Malgré la confiance que mon Gouvernement a en la justesse des thèses qu'il défend, il croit devoir envisager l'hypothèse où il ne serait pas suivi par la Cour. A ce sujet, il s'est ému d'un dispositif des conclusions du Gouvernement néerlandais, à savoir que celui-ci demande la déclaration de l'obligation pour la Suède de lever la mesure d'éducation protectrice appliquée à Elisabeth Boll.

Ceci pourrait être interprété comme impliquant qu'un arrêt de votre Cour aurait pour effet la cassation des décisions judiciaires ayant acquis, sur le plan national, force de chose jugée. Cela paraît difficilement admissible. Sur ce point, je me permets de rappeler la discussion qui a eu lieu au sein de l'Institut de droit international lors de sa trente-sixième session, en 1929, à New York, sur la clause d'arbitrage obligatoire dans les conventions de droit international privé. Dans la résolution adoptée par l'Institut à cette occasion, celui-ci recommande, entre autres, les règles suivantes :

« V. — Les États contractants sont obligés de prendre les mesures nécessaires pour que l'interprétation donnée par la Cour s'impose, à l'avenir, à leurs autorités. Ils sont internationalement responsables de l'inexécution de cette obligation. »

« VI. — Sauf dispositions contraires de la législation interne, l'arrêt n'affecte en aucune façon la validité des décisions rendues auparavant par les autorités nationales.

Les règles du droit interne de chaque État déterminent si et dans quelle mesure il sera possible de provoquer, de la part des autorités nationales, une nouvelle décision, contraire à celle rendue auparavant, pour se conformer à l'interprétation donnée par la Cour. »

Après cette présentation des instances qui appliquent la loi sur la protection de l'enfance, je reviens aux dispositions matérielles de cette loi.

Il incombe, entre autres choses, à l'Office des mineurs d'intervenir dans les cas heureusement exceptionnels où le cadre familial s'avère insuffisant pour la protection d'un enfant.

Ainsi, l'article 22, dont la traduction se trouve à la page 77 du contre-mémoire, énonce les cas dans lesquels l'Office des mineurs peut ordonner la prise en charge d'un enfant malgré la volonté des parents de celui-ci. Ces cas s'échelonnent dans les sous-paragraphes *a)* - *d)* par ordre de gravité du danger qui menace l'enfant.

Au sous-paragraphes *a)*, il s'agit de l'enfant qui est maltraité ou exposé à une négligence sérieuse ou à un danger menaçant sa santé physique ou morale; au sous-paragraphes *b)* de l'enfant qui, en raison de l'immoralité ou de la négligence des parents ou de leur inaptitude à la tâche d'éducateurs, est en train de devenir non pas délinquant, comme il est dit dans notre traduction, mais plutôt pré-délinquant, ou dévoyé, ce qui serait en effet une traduction plus exacte du mot suédois en question, *vanartat*.

Puis, au sous-paragraphes *c)*, il est question de l'enfant dont la déviation est si grave que des mesures éducatives spéciales sont requises pour sa correction; et enfin, au sous-paragraphes *d)*, il s'agit de jeunes adultes de 18 à 21 ans qui mènent une vie désordonnée, désœuvrée ou immorale, ou qui manifestent d'autres vices sérieux, et dont le redressement exige des mesures spéciales de la part de la société.

Les différences de degré du danger et de la « dangerosité » qui ont déterminé l'échelonnement des quatre cas n'empêchent pas qu'en principe les mesures prescrites pour y remédier sont de la même nature et appliquées par la même autorité, c'est-à-dire par l'Office des mineurs, qui, selon les articles 23 et 24, doit choisir dans la liste établie par la loi la mesure la plus appropriée aux cas individuels.

Une de ces mesures est l'éducation protectrice dont, aux termes de l'article 34, paragraphe 1, la forme normale, dans le cas d'un enfant qui ne se trouve pas encore sur la pente de la pré-délinquance, consiste à placer l'enfant dans une famille autre que la sienne et susceptible de lui offrir un milieu favorable à son développement. L'Office des mineurs a droit — et devoir — de surveillance et d'inspection.

Je dois peut-être attirer ici votre attention, Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, sur le fait que, tandis que l'on peut introduire un recours contre la décision visant le placement d'un enfant sous le régime de l'éducation protectrice, la question du choix de la famille dans laquelle il sera placé ne peut donner lieu à aucun appel.

Or, dans le cas d'Elisabeth Boll, c'est en invoquant l'article 22 *a)* que l'Office des mineurs a pris, le 5 mai 1954, la décision de placer Elisabeth Boll sous le régime de l'éducation protectrice, en fonction duquel elle fut confiée, un peu plus tard, à la famille de son grand-père maternel.

Je tiens à faire remarquer que, vu la teneur de l'article 22 *a)*, dont l'élément essentiel est l'existence d'un danger menaçant la santé physique ou morale de l'enfant, la décision prise à l'égard d'Elisabeth Boll en vertu de ce sous-paragraphes ne suppose pas nécessairement que son père ait commis l'acte criminel dont il a été soupçonné.

Bien au contraire, l'application du sous-paragraphe *a)* peut fort bien se fonder sur une appréciation générale de l'atmosphère dans laquelle vivait Elisabeth Boll dans la maison paternelle et dont l'effet sur son état mental a pu être considéré tel que l'éducation protectrice s'imposait. Que Monsieur Boll ait bénéficié plus tard d'un non-lieu dans l'action de droit pénal intentée contre lui ne signifie donc pas que la décision de l'Office des mineurs de placer Elisabeth Boll sous le régime de l'éducation protectrice ait été injustifiée à l'époque, aux yeux de la loi.

Le maintien de la décision indique plutôt qu'elle ne se fondait pas uniquement sur l'accusation retirée depuis.

Il ne me reste qu'à dire quelques mots sur les conditions dans lesquelles une mesure d'éducation protectrice, une fois ordonnée, est levée.

Tout d'abord, il faut constater qu'une requête demandant que la mesure soit levée peut être introduite à n'importe quel moment, même après le rejet d'une requête antérieure. Mais évidemment, les autorités sont tenues de lever, de leur propre initiative, une mesure dont le besoin ne se fait plus sentir. Ainsi il est dit à l'article 46, paragraphe 1, de la loi, que la cessation du régime de l'éducation protectrice sera ordonnée quand l'enfant n'en a plus besoin. Dans notre jurisprudence, ceci suppose qu'un examen de la totalité des circonstances pertinentes aboutisse à la conclusion que le régime de l'éducation protectrice pourrait cesser sans danger pour l'enfant.

C'est donc à un tel examen qu'ont dû procéder nos instances compétentes et auquel font aussi allusion, par exemple, les derniers considérants des arrêts de la Cour suprême administrative.

Cet examen n'a pas donné le même résultat à toutes les instances, vous le savez.

Le gouvernement de la province d'Östergötland, statuant sur la dernière requête du tuteur néerlandais, a estimé qu'il n'était pas nécessaire de faire continuer le régime de l'éducation protectrice, tandis que la Cour suprême administrative, revisant la décision du gouvernement de la province, a trouvé qu'Elisabeth Boll avait encore besoin d'être soumise à ce régime. Cette divergence de vues entre ces deux instances indiquerait plutôt que l'affaire a été traitée avec le plus grand soin et n'affecte en rien la thèse de mon Gouvernement, à savoir qu'il s'agit ici d'une appréciation faite de bonne foi et en toute conscience par nos autorités et tribunaux, et relevant de leur compétence exclusive.

Je crois, Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, devoir terminer ici mon petit aperçu, et je vous remercie respectueusement de l'attention que vous m'avez accordée.

5. PLAIDOIRIE DE M. LE PROFESSEUR ROLIN (SUITE)

[Audience publique du 30 septembre 1958, matin]

Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, j'ai procédé au cours de l'examen d'hier à un exposé sommaire des faits essentiels, et il a été complété très heureusement par Son Excellence M. Petré, qui vous a donné un aperçu détaillé des dispositions de la loi suédoise sur l'éducation protectrice. J'aborde aujourd'hui donc la discussion de la demande.

La demande néerlandaise a été formulée par M. Kisch de la manière suivante, aux pages 140 et 141 du compte rendu sténographique de la première séance: Catherine Postema a été nommée tutrice par les autorités néerlandaises compétentes, et doit, d'après la Convention, être reconnue comme tutrice en Suède. Elle a comme telle le droit de fixer la résidence de l'enfant Elisabeth Boll. Or, lorsqu'elle a prétendu exercer son droit relativement au choix de la résidence, elle s'est heurtée à une mesure d'éducation protectrice prise par les autorités suédoises. Donc, il y a opposition entre la mesure prise en Suède et le droit qui appartient à Catherine Postema d'après la Convention; donc, la Convention a été violée.

Messieurs, une première question s'est posée pour moi: celle de savoir s'il était dans la pensée du Gouvernement néerlandais de contester à la fois la validité de l'instauration de la mesure et de son maintien, ou s'il entendait seulement discuter le maintien de la mesure, reconnaissant qu'au moment où elle fut prise elle était régulière. J'avais espéré, je dois dire, à certains moments, que le Gouvernement néerlandais abandonnerait la thèse maxima qu'il avait indiquée dans sa procédure et se bornerait à contester et à critiquer les décisions qui avaient ordonné le maintien de la mesure d'éducation protectrice, tout au moins à partir d'une certaine date. J'avais relevé en ce sens que dans la plaidoirie de M. Kisch il était surtout question de Catherine Postema et de l'obstacle qu'elle avait rencontré et l'on ne parlait pas de la tutelle exercée par Johannes Boll, et puis aussi qu'il avait été déclaré en plaidoirie que tant que les soupçons étaient forts les autorités suédoises pouvaient se sentir tenues de protéger l'enfant, ce qui paraissait accepter la régularité des premières décisions. A la réflexion pourtant, cette dernière concession m'a paru peu formelle, pouvant être interprétée comme constituant simplement l'admission de circonstances atténuantes, surtout si on rapprochait ce texte de celui utilisé dans la réplique. J'ai constaté, suivant les termes utilisés par mon estimé contradicteur pour définir l'objet du différend, qu'il s'agissait de l'éducation protectrice « telle qu'elle avait été prononcée », ce qui semblait bien indiquer qu'il contestait la régularité de cette mesure dès l'origine. Et enfin il est manifeste qu'une bonne partie de l'argumentation en droit que nous avons entendue a tendu à vous persuader qu'il y avait incompatibilité foncière entre le régime de l'éducation protectrice appliquée à des enfants étrangers et le respect de leur statut personnel étranger.

Messieurs, à la thèse néerlandaise, la Suède répond par les deux moyens suivants: le premier est que le droit prétendument violé dans le

chef de Johannes Boll d'une part et celui prétendument violé dans le chef de Catherine Postema d'autre part n'étaient pas dans leur chef protégés par la Convention de 1902; le deuxième est que, si même Johannes Boll et après lui Catherine Postema pouvaient, en ce qui concerne le droit de garde, se réclamer de la Convention, la mesure d'éducation protectrice prise par la Suède ne violait pas les dispositions réglant le conflit de lois qui sont l'objet essentiel, unique, de la Convention.

Le premier moyen, Messieurs, me paraît un moyen de recevabilité. Quand on se plaint de la lésion de certains droits il faut d'abord établir que les droits se trouvent effectivement protégés par la règle internationale que l'on invoque. Le deuxième me paraît au contraire un moyen de fond; je les examinerai dans l'ordre que j'ai indiqué.

Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, j'aborde l'examen de notre premier moyen, à savoir que le droit prétendument violé n'était pas protégé par la Convention. Il ne l'est pas dans le chef de Catherine Postema, il ne l'était pas dans le chef de Johannes Boll. J'attire tout d'abord l'attention de la Cour sur la portée limitée de cette affirmation, de cette proposition. Nous ne disons pas que l'ensemble de la tutelle de Catherine Postema n'a pas de validité en Suède: nous visons le seul droit de garde. Encore moins disons-nous que le droit de garde ne fait jamais partie de la tutelle au sens de la Convention. Et là, Messieurs, je suis bien forcé de constater un malentendu entre la Partie néerlandaise et nous, puisque M. Kisch, répétant une erreur qui nous paraissait avoir été commise dans la réplique et que nous avons relevée dans la duplique, est parti en guerre contre une thèse que nous ne défendons pas, et suivant laquelle la tutelle, au sens de la Convention, se limite à l'administration des biens. Messieurs, je ne sais pas si nous sommes responsables de cette erreur, et je ne vais pas relire en détail ce que nous avons dit dans notre contre-mémoire et qui peut y avoir donné prise. Je me bornerai à constater que dans la duplique, en tout cas, nous avons été, semble-t-il, fort clairs à cet égard, puisque nous y avons déclaré (p. 118): « le Gouvernement suédois admet qu'en général la garde exercée par un tuteur (qui n'est pas le père de l'enfant) doit être comprise dans la tutelle pour l'interprétation et l'application de la Convention de 1902 ». Et nous justifions cette concession qui nous paraissait s'imposer par la considération invoquée avec fracas par M. Kisch, mais que nous avons reconnue avant lui, à savoir que l'article 6 de la Convention dispose que l'administration tutélaire s'étend à la personne et à l'ensemble des biens du mineur et que cet article s'oppose dès lors à une interprétation qui limiterait la tutelle dans tous les cas à l'administration des biens. C'est clair! Ce qui fait, Messieurs, que je ne songe pas à reprendre en détail les critiques qui ont été dirigées contre cette thèse indéfendable, qui n'est pas la nôtre. Je donne donc volontiers acte à M. Kisch de notre accord sur ce point.

Et je reviens à nos deux propositions particulières: c'est qu'en ce qui concerne Johannes Boll, père-tuteur, le droit de garde n'était pas couvert par la Convention et que, par voie de conséquences — nous verrons dans quelle mesure ce raisonnement est affecté par une théorie de la succession, que je rejette également —, mais, par voie de conséquences, le droit de garde exercé par Catherine Postema n'est pas davantage couvert par la Convention.

J'en arrive ainsi à l'analyse des titres et de Johannes Boll, d'une part, et de Catherine Postema, d'autre part. J'y procéderai dans l'ordre chronologique. Je suis reconnaissant à M. Kisch d'avoir examiné la première tutelle d'abord et la deuxième tutelle ensuite, car il m'avait paru vraiment assez saugrenu dans la procédure écrite de la part du Gouvernement néerlandais d'avoir discuté la deuxième tutelle *d'abord* et la première tutelle *ensuite*, rendant ainsi parfaitement incompréhensible la thèse suédoise relative à la deuxième tutelle.

Occupons-nous donc d'abord de la tutelle de Johannes Boll.

La thèse suédoise sur ce point est bien simple: que les droits exercés par un père-tuteur, un père qui reçoit la tutelle au décès de son épouse, ce qui est le cas dans un certain nombre de nos pays, ces droits-là, en tant qu'ils concernent la personne de l'enfant, ne sont pas compris dans la tutelle au sens de la Convention, ils sont la continuation de la puissance paternelle. Il nous paraît assez absurde de considérer qu'un droit possédé par Johannes Boll à titre de père sur la puissance paternelle et qu'il va continuer à exercer dans les mêmes conditions avec la même liberté, le même pouvoir discrétionnaire et sans aucun contrôle supplémentaire, que ce droit brusquement a néanmoins, au décès de Madame Boll, changé de dénomination et de nature, et est tombé sous le coup de la Convention, s'imposant dès lors au titre international, au respect des pays étrangers.

La Cour va donc devoir dire ce qu'il faut entendre par tutelle au sens de la Convention; tout au moins va-t-elle devoir, car elle aimera sans doute limiter sa tâche et non pas donner une définition qui épuise le sens du mot tutelle, se prononcer sur la question limitée de savoir: est-ce que le droit de garde du père-tuteur fait partie de cette tutelle?

Cette question n'est pas simple. En effet, les législations des pays contractants diffèrent à l'extrême en ce qui concerne la notion de la tutelle. Je n'en ai examiné qu'un petit nombre, et je vais vous donner très rapidement et sommairement le résultat de mes recherches.

Tout d'abord aux Pays-Bas. Aux Pays-Bas l'on se trouve depuis 1905 devant un système légal qui semble bien donner à la tutelle une *extension* inconnue du reste du monde. Le point de départ de cette réforme de la loi de 1905 a été en apparence insignifiant et sans rapport avec cette extension. On a remplacé la notion de puissance paternelle par la notion de puissance parentale. Je m'excuse du mot « parentale », je ne suis pas certain qu'il soit français, mais je n'en connais pas d'autre pour traduire « *ouderlijke macht* », la puissance appartenant aux parents, et je regrette que dans la traduction de la loi néerlandaise figurant dans le contre-mémoire nous ayons, avant d'avoir vu toutes les implications de cette notion, cru pouvoir conserver le mot « puissance paternelle ». Nous pensons — à tort — que par « *ouderlijke macht* » l'on avait entendu simplement indiquer qu'elle appartenait à la fois au père et à la mère, ce qui est également le cas dans bien des pays. Mais la portée du mot est tout autre. Le mot « *ouderlijke macht* » a un sens juridique tout à fait précis qui résulte de l'article 356 du Code civil, reproduit à la page 67 du contre-mémoire: « Pendant leur mariage, les parents possèdent la puissance paternelle sur leurs enfants mineurs. Ils exercent cette puissance conjointement. » *Conjointement*, collectivement et non pas cumulativement, simultanément. Conséquence: comme cette puissance parentale suppose l'action combinée des deux parents, elle n'existe que pendant leur mariage. Elle n'existe donc pas en cas de dissolution du mariage,

que cette dissolution se produise par décès ou par divorce. Donc, lorsque, à la suite d'un divorce hollandais, un des parents reçoit la garde de son enfant, il est nommé tuteur. Elle n'existe pas non plus en l'absence de mariage. Donc, s'il s'agit d'un enfant naturel reconnu, même reconnu par les deux parents, les deux parents n'exerceront pas de puissance parentale et l'un d'eux sera tuteur de l'enfant: il y aura une tutelle.

Cette conception, je n'ai pas besoin de vous le dire, est aux antipodes de ce qui existe dans la législation des autres pays, en tout cas des pays membres de la Convention dont j'ai pu consulter les codes.

Je note, tout d'abord, que dans beaucoup de pays, notamment en Allemagne, articles 1684 et 1773 du code, en Italie, article 343 du code, en Espagne, articles 167 et 199, en Suisse, articles 274 et 368, il y a antinomie entre « puissance paternelle » et « tutelle ». Là où il y a puissance paternelle, il n'y a pas de tutelle, et réciproquement.

Dans d'autres pays, les pays du Code Napoléon, spécialement au point de vue du père-tuteur, la situation est différente et, à première vue, quelque peu troublante. En effet, on trouve dans les codes français ou belge un article 390, suivant lequel, « après la dissolution du mariage, la tutelle des enfants mineurs et non-émancipés appartient de plein droit au survivant des père et mère », et un article 450, « le tuteur prendra soin de la personne du mineur et le représentera dans tous les actes civils ». Si l'on s'en tient à ces deux articles, il semble que le père investi de la tutelle, à la mort de son conjoint, exerce cette tutelle aussi bien sur la personne que sur les biens de son enfant. Nous nous trouverions ainsi en France et en Belgique dans une situation semblable à celle qu'on nous dit résulter de la situation néerlandaise.

Cependant, il n'en va pas ainsi, car il faut en réalité rapprocher ces articles d'un autre article: l'article 454 du code, d'après lequel, lors de l'entrée en exercice de toute tutelle autre que celle des père et mère, le conseil de famille réglera, selon l'importance des biens régis, la somme à laquelle pourra s'élever la dépense annuelle du mineur, ainsi celle de l'administration des biens. Et la doctrine et la jurisprudence en ont déduit que tandis que le tuteur autre que père et mère est contrôlé en ce qui concerne les sommes dépensées pour l'éducation et aussi pour l'éducation par le conseil de famille, il faut considérer qu'aussi bien en ce qui concerne l'éducation qu'en ce qui concerne les sommes dépensées, le père et la mère, même lorsqu'ils ont l'étiquette de tuteur, doivent être considérés comme continuant purement et simplement la puissance paternelle qu'ils possédaient antérieurement et qu'ils continueront à exercer dans les mêmes conditions, sans contrôle quelconque du conseil de famille.

Nous avons cité à cet égard dans la duplique, pages 114 et 115, des auteurs français et belges qui sont tout à fait formels. Je me bornerai à vous rappeler quelques lignes du professeur De Page, *Traité de droit civil*, tome II, n° 37:

« Lorsque l'enfant est orphelin de père ou de mère seulement, la puissance paternelle se dissocie et l'administration légale détachée de l'institution de base donne naissance à la tutelle, tandis que les autres attributs de la puissance paternelle demeurent entre les mains de l'auteur survivant et continuent d'être exercés conformément aux règles de l'institution. Tutelle et puissance paternelle se combinent et donnent naissance à un régime mixte où chacune

des institutions fonctionne d'une manière *autonome* et *parallèle*, que les attributions de la puissance paternelle et de la tutelle soient concentrées dans les mêmes mains (ce qui est le cas le plus fréquent, l'auteur survivant étant tuteur de plein droit; art. 390), ou confiées à des personnes différentes.»

Ceci est un enseignement qui, à ma connaissance, n'a pas rencontré de contradiction ni en France, ni en Belgique, ni dans le Luxembourg, et, d'après les informations que j'ai recueillies, il en va, ou tout au moins il en était de même jusqu'à une époque récente en Roumanie, j'ignore si elle a été modifiée récemment.

Si enfin nous examinons le régime suédois, nous le trouvons aussi différent du régime habituel que le régime néerlandais, mais dans une toute autre direction. D'après les dispositions essentielles de la législation suédoise reproduites page 71 du contre-mémoire, la tutelle est toujours limitée aux biens, tandis que la garde fait l'objet d'un chapitre distinct et est réglée de façon totalement indépendante. Ceci a pour conséquence paradoxale qu'un père est toujours tuteur, car il est soumis au même contrôle en ce qui concerne l'administration des biens, quand son enfant a des biens, que s'il se trouvait seul avec son épouse décédée ou que si l'on se trouvait devant un tuteur tiers. Ce contrôle ne concerne pas la garde. La garde est soumise à un contrôle tout à fait différent et étranger à la tutelle, qu'elle soit exercée par le père ou confiée à un tuteur. Ce contrôle, pas plus qu'en Hollande, n'est exercé par un conseil de famille, mais de façon fort discrète par l'Office des mineurs, comme en Hollande par le Conseil de tutelle (*Voogdijraad*), sauf dans les cas exceptionnels où ces autorités doivent intervenir.

Messieurs, en présence de ces *énormes* divergences de conception qu'ont, en matière de tutelle, les législations des États, comment devons-nous apprécier si le droit de garde du père-tuteur fait ou non partie de la tutelle au sens la Convention?

Suivant quelle méthode allez-vous procéder?

C'est un problème qui s'est posé très fréquemment devant les juridictions nationales; elles ont le choix entre diverses solutions. Ou bien elles appliqueront la loi du *for*, leur loi, celle qu'elles connaissent, celle dont elles font application journellement. Ainsi aux Pays-Bas l'on définira « tutelle » suivant la loi néerlandaise; en Suède suivant la loi suédoise, en Suisse suivant la loi suisse. Ou bien les tribunaux s'en référeront à une loi étrangère; en l'espèce, comme la Convention renvoie à la loi nationale, on considérera que le mot « tutelle » doit être interprété suivant la loi nationale de l'enfant, avec cette conséquence redoutable que l'on donnera, ou l'on reconnaîtra un blanc-seing à chaque pays d'étendre ou de restreindre à son gré la notion de la tutelle — le pavillon couvrant la marchandise — par le détour d'un changement législatif introduisant dans la notion de tutelle une série de situations non prévues des puissances contractantes à l'époque de la Convention. Et puis, il y a une troisième solution, qui sera de chercher à donner à la Convention une sorte d'interprétation moyenne, résultant de ce que vraisemblablement les rédacteurs et les organes qui, dans chaque pays, ont procédé à l'approbation de la Convention ont eu en vue. C'est ce qu'on appelle l'interprétation autonome.

Cette opération, cette tâche devant laquelle se trouve toute juridiction chargée d'appliquer une convention de droit international privé et qui

consiste à définir la portée d'un terme juridique ayant dans les lois en conflit une portée différente, c'est ce qu'on appelle très généralement qualification, *characterization*. Je ne sais vraiment pas pourquoi M. Kisch n'a eu que des sarcasmes en ce qui concerne ce vocable, mais j'ai décidé une fois pour toutes de ne pas me battre sur des questions de terminologie; j'indique simplement à la Cour que c'est une question d'interprétation à laquelle elle ne peut pas échapper. Sa décision aura des répercussions étendues. On a très fréquemment dénoncé la pierre d'achoppement que représente pour tous ceux qui tentaient de codifier les règles de conflits de lois, le fait que les mêmes mots désignent des choses différentes dans les divers pays, en sorte que, croyant aboutir à l'unité, on aboutit en fait dans les divers pays à des applications totalement divergentes. C'est ce qui rend si intéressant, comme le signalait M. l'agent du Gouvernement suédois, le fait que pour la première fois ce que les praticiens appelaient de leurs vœux va se réaliser: la Cour internationale va se prononcer sur l'interprétation d'une convention de droit international privé.

Mais j'en reviens à ma question : à quelle méthode donner la préférence? J'ai dans la duplique indiqué quels étaient les arguments en faveur de l'une ou l'autre des méthodes et quelles étaient les raisons pour lesquelles les auteurs modernes, en grande majorité, se prononcent pour l'interprétation autonome. Il ne me paraît pas douteux que, pour la Cour internationale de Justice surtout, cette interprétation autonome s'impose, et qu'il n'y a pas de raison pour elle de faire une distinction à ce sujet entre l'interprétation d'une convention de droit international privé ou n'importe quelle autre. C'est par la même méthode qu'elle doit procéder. Je crois, du reste, jusqu'à preuve du contraire, que le Gouvernement néerlandais n'est pas d'un autre avis à cet égard, puisque je constate que dans sa réplique il a basé son argumentation en faveur de l'inclusion du droit de garde du père-tuteur dans la tutelle au sens de la Convention sur ce qu'il appelle l'analyse historique (nous dirons les travaux préparatoires) et sur la substance de la notion de la tutelle, c'est-à-dire sur la nature des choses.

Et tout d'abord, Messieurs, en ce qui concerne l'analyse historique. M. Kisch a déclaré dans sa plaidoirie, page 145 du compte rendu, qu'après une analyse approfondie des documents des diverses conférences, M. Kusters était arrivé à la conclusion que la Convention s'étendait au père-tuteur. Pour ma part, j'ai repris ce texte de M. Kusters, dont un extrait se trouve page 96 de la réplique. Et je note tout d'abord que M. Kusters n'est pas très affirmatif. Il commence en effet par dire: « le doute n'est pas exclu ». D'autre part, M. Kusters ne se prononce pas sur la difficulté que nous avons soulevée. M. Kusters se prononce sur le fait que d'après lui la tutelle paternelle en général est comprise dans la tutelle au sens de la Convention, mais il ne précise pas si cela est vrai aussi en ce qui concerne le droit de garde exercé par le père-tuteur. L'auteur paraît n'avoir envisagé que deux solutions: ou la tutelle paternelle est comprise pour le tout, y inclus le droit de garde, ou la tutelle paternelle n'est en rien comprise, et alors le droit de garde comme l'administration des biens se trouveraient également en dehors de la Convention. M. Kusters n'a donc pas envisagé la question posée par la Suède. Enfin, j'ai regardé à mon tour ces travaux préparatoires et je suis un peu étonné de la conclusion que M. Kusters a cru pouvoir en tirer. Les travaux préparatoires auxquels l'auteur se réfère sont les travaux de la deuxième et de

la troisième conférence de droit international privé. J'attire votre attention sur leur date. Ces conférences remontent à 1894 et 1900. M. Kosters relève qu'à la deuxième conférence on se trouvait en présence d'un projet contenant notamment un article 10 libellé comme suit (p. 114 des Actes de la deuxième Conférence, annexe 3):

« La dénomination de tuteur comprend également le subrogé-tuteur, le pro-tuteur, ainsi que tous ceux qui d'après les lois *sont chargés* de l'exercice de la puissance paternelle, en tout ou partie, à l'égard des mineurs placés sous tutelle ou sous la surveillance des tuteurs. »

Et ce texte, qui avait été maintenu — encore, on en trouve un commentaire page 113 des Actes de la deuxième conférence — ensuite a disparu. D'après le protocole final, les anciens articles 6 et 10 proposés par la commission ont été supprimés. Que l'on tire du texte proposé ou de la suppression de ce texte des conclusions quant au père-tuteur me paraît déjà discutable, car « chargés » paraît se référer à une désignation personnelle. Mais une circonstance historique existe qui me paraît, celle-là, incontestable et qui rend impossible de tirer de ces textes ou de leur suppression la conclusion voulue par le Gouvernement néerlandais. C'est qu'en 1894, au moment où se place cette discussion, on se trouve à onze ans de distance de la réforme qui sera introduite dans le code néerlandais. Au moment de la deuxième conférence et au moment de la troisième il n'y pas un pays contractant qui ait qualifié de tutelle le droit de garde exercé par le père survivant, même lorsqu'il est nommé tuteur, et il est, dans ces conditions, impossible de tirer des travaux préparatoires une volonté des Puissances contractantes d'avoir inclus le droit de garde du père-tuteur dans la notion de puissance paternelle.

Le deuxième argument employé par le Gouvernement néerlandais pour démontrer que le droit de garde du père-tuteur fait bien partie de la tutelle, c'est ce qu'il appelle « *the substantial analysis* », l'analyse substantielle à laquelle il a consacré les pages 96 à 98 de sa réplique. Ailleurs il qualifie cela de substance.

Sous ce vocable se trouve analysé quoi? La nature de la tutelle en général dans les divers pays? Le sens qu'on semble lui avoir donné au cours des travaux préparatoires? La conception que l'on s'en fait généralement en doctrine ou en jurisprudence? Non: l'exposé porte exclusivement sur la portée du droit de garde du père tuteur dans la loi néerlandaise. Il y a là une pétition de principe manifeste. A supposer que la loi néerlandaise ait considéré que le droit de garde du père-tuteur soit un attribut de la tutelle et qu'il l'ait organisé comme tel autrement que la puissance paternelle, la question demeurerait entière de savoir si, au sens de la Convention, cette innovation entré dans le sens de la tutelle. Une comparaison est à faire entre la tutelle au sens de la Convention et celle contenue dans la loi néerlandaise. Il y a un premier terme de la comparaison qui doit être élucidé. Nous avons vu qu'il doit l'être de façon autonome. Que suppose cette méthode? Je me réfère, à ce sujet, aux autorités que nous avons citées à la page 113 de la duplique, auxquelles on n'a rien objecté.

Je ferai simplement mention ici de l'une d'entre elles, parce qu'elle m'a paru particulièrement explicite; c'est un arrêt de la Cour d'appel d'Orléans du 6 avril 1948 qui a fait l'objet de très nombreux commentaires, tous approuvés: Niboyet, dans *Sirey*, Francescakis, dans la

Revue de Droit international privé, Monsieur le Président Basdevant lui-même, dans un numéro ultérieur de la même revue, ont souligné l'intérêt de cette décision. Dans cette espèce où il y a une circonstance de nature à intéresser particulièrement la Cour, il s'agissait en effet de l'interprétation d'une convention de droit des gens, à savoir de la Convention de 1907 sur les lois et coutumes de la guerre laquelle, définissant les droits de l'occupant ennemi, lui reconnaît des droits plus étendus en matière de meubles qu'en matière d'immeubles. Le cas d'application visait des cuves à vin. Or les cuves à vin, d'après la législation française, sont des biens immeubles, et d'après le droit allemand, des biens meubles. Est-ce que le pouvoir occupant allemand avait le droit de les considérer comme des meubles, ou est-ce qu'il était tenu de les considérer comme des immeubles? De son côté le juge français, quand il statue sur l'interprétation de la Convention, va-t-il se référer exclusivement à la loi française?

La Cour d'appel d'Orléans répond très clairement. La distinction qui peut exister dans la Convention de La Haye ne peut pas être interprétée « suivant la variété des droits nationaux existant en cette matière, mais dans le sens usuel qu'ils ont dans toute législation et qui est celui de la conception commune de cette division en biens meubles et immeubles ».

Si nous suivons cette méthode, aucune hésitation n'est possible puisque, je vous l'ai montré, en 1902 et *a fortiori* en 1900 et en 1894 lorsque le texte actuellement à interpréter fut élaboré, toutes les législations, y compris la législation néerlandaise, considéraient que le droit de garde exercé par le père survivant sur la personne de l'enfant mineur relève de sa qualité de père et non de sa qualité éventuelle de tuteur, et que tout le monde est d'accord pour dire: « La puissance paternelle est étrangère à la Convention de 1902. »

J'ajoute à cette argumentation que même si nous devons suivre le Gouvernement néerlandais et examiner la loi néerlandaise dans son détail, nous nous refuserions à admettre qu'elle a fait réellement du droit de garde du père-tuteur un attribut de la tutelle et pas un attribut de la puissance paternelle.

A ce sujet, Monsieur Kisch m'a fait un petit reproche personnel et m'a demandé quelle était ma philosophie en matière juridique, si je me rangeais parmi les nominalistes ou les réalistes. Il dit: « Lorsque vous examinez la loi suédoise, vous êtes attentif au fait que le droit de garde est classé sous la rubrique *Puissance paternelle* et vous vous en tenez à la forme. Lorsque, au contraire, il s'agit de la loi néerlandaise, vous prétendez gratter l'étiquette et découvrir, sous l'appellation *Tutelle*, un attribut de la puissance paternelle. » Je réponds tout de suite à Monsieur Kisch que sa question est presque insultante pour un juriste; comme tout juriste qui se respecte, je suis réaliste. Je ne suis pas dupe des étiquettes apparentes et des fictions, et si, en matière suédoise, j'ai considéré qu'il y avait là deux institutions radicalement différentes, c'est parce que le droit de garde et le droit d'administration des biens ne sont pas seulement classés dans des chapitres différents mais traités de façon entièrement différente, soumis à des contrôles entièrement différents qui sont exercés par des organes entièrement différents. Tandis qu'en droit néerlandais je ne trouve pas cette correspondance entre la terminologie et la réalité.

Messieurs, dans la réplique, le Gouvernement néerlandais s'est livré, vous vous en souviendrez, à une longue comparaison entre ces trois

pouvoirs: *parental power*, *parental guardianship* et *non-parental guardianship*, et Monsieur Kisch a repris cette distinction avec, m'a-t-il paru, quelque hésitation. Le système néerlandais développé dans la procédure écrite doit lui avoir apparu comme indéfendable, car il était vraiment bien superficiel. Il consistait à dire que lorsqu'on examinait les prérogatives de la puissance paternelle ou parentale du père-tuteur et du tiers tuteur, l'on constatait qu'il y avait des droits qui étaient communs aux trois, et puis qu'il y avait des droits qui étaient propres à la deuxième et à la troisième catégorie et étrangers à la première, d'où on tirait cette conséquence que la tutelle du père présentant certaines différences avec la puissance paternelle et pas de différence avec la tutelle du tiers, devait être assimilée à la tutelle et considérée comme une variété de la tutelle. Seulement nous avons immédiatement fait observer en réplique que, curieusement, ce que l'on déclarait commun à la puissance paternelle, au père-tuteur et au tiers tuteur, c'était tout ce qui relevait du droit de garde sur la personne, tandis que les différences ne concernaient que l'administration des biens. Si même, donc, cette analyse avait été exacte, il n'y avait rigoureusement rien à tirer de l'analyse faite dans la réplique.

Monsieur Kisch a sans doute constaté le point faible de ce raisonnement, car il a cherché d'autres différences relatives, celles-ci, aux droits sur la personne appartenant d'une part au père-tuteur et tiers tuteur, d'autre part au père exerçant la puissance paternelle. Et voici ce qu'il a trouvé, suivant la page 144 du compte rendu sténographique: Tout d'abord il a trouvé que le père-tuteur, comme le tiers tuteur, peut agir seul, alors que les parents qui exercent la puissance paternelle doivent agir collectivement. Cela peut vous paraître singulier, car, à vrai dire, cela n'a pas trait à la nature du pouvoir ni au contrôle. Mais, Messieurs, ne nous attardons pas sur la valeur de l'argumentation. Elle est inexacte; car Monsieur Kisch oublie l'article 356 *in fine* du Code civil néerlandais, aux termes duquel:

« Si l'un des parents se trouve dans l'impossibilité d'exercer la puissance paternelle, l'autre l'exerce seul. »

Et le commentateur, Völlmar, dans un extrait reproduit à la page 116 de la duplique, souligne qu'il en est *notamment ainsi* lorsque l'un des parents est frappé de déchéance. Dans ce cas-là, on ne nomme pas un tuteur, et c'est l'autre parent qui exerce seul ses pouvoirs; exactement comme le père-tuteur les exerce seul. La première différence vient donc à disparaître.

La deuxième différence trouvée par le professeur Kisch est que, en ce qui concerne les devoirs sur la personne, le père-tuteur se trouverait sous la surveillance du *toezijende voogd*, ce subrogé-tuteur qui peut provoquer soit la déchéance ou la décharge, soit la mise sous surveillance, *ondertoezichtstelling*, que l'on déclare, à cet endroit, équivalente à l'éducation protectrice suédoise. Sur ce point, je regrette de le constater, Monsieur Kisch est en contradiction avec le civiliste, je crois, le plus connu aux Pays-Bas, ou en tout cas très estimé, M. Völlmar, qui, à l'endroit que j'ai cité dans la duplique, page 116, relève que

« ... la compétence du subrogé-tuteur ne s'étend en aucun cas hors du terrain des droits patrimoniaux »,

et que

« C'est seulement pour autant que les enfants ont un avoir qu'il a affaire au subrogé-tuteur. »

Ce qui signifie que le père-tuteur, en ce qui concerne la garde de son enfant, n'a pas à écouter, à prendre l'avis du subrogé-tuteur. Et j'ai idée que, si le subrogé-tuteur intervient pour demander la décharge de la tutelle en se basant sur des questions relatives à l'enfant, le père et le tribunal lui répondront, sur base des enseignements de Völlmar, qu'il se mêle de choses qui ne le regardent pas.

Ainsi donc, Messieurs, je ne vois pas de différence entre le père-tuteur et le père non-tuteur. Par contre, je vois des différences — elles sont dans la loi — entre le père-tuteur et le tiers tuteur. Dans la réplique, le Gouvernement néerlandais les a indiquées lui-même, mais il a essayé de les écarter en les considérant comme insignifiantes, ou comme relevant de la paternité qui est commune au père-tuteur et au père non-tuteur.

D'après l'article 355 du code, que nous avons reproduit à la page 66 du contre-mémoire, le père-tuteur doit, comme le père non-tuteur ou les parents non-tuteurs, veiller personnellement à l'éducation de l'enfant. Par contre, le tuteur n'a pas cette obligation à titre personnel; il peut s'en décharger sur quelqu'un qui a sa confiance. Il ne doit pas manifester à l'enfant cet intérêt personnel, exercer cette action personnelle qui incombe au père.

Le père-tuteur doit consentir au mariage du mineur, de même que le père avant l'ouverture de la tutelle, tandis que le consentement du tiers tuteur ne suffit pas si le père est en vie, celui-ci conservant le droit! Peut-on sérieusement soutenir dès lors que le père-tuteur, en cette matière, va consentir au mariage en tant que tuteur ou en tant que père?

Le père-tuteur, d'après l'article 355, a droit, comme père, à l'obéissance et au respect de son enfant, « obéissance » est peut-être une traduction incorrecte pour « *eerbied* », ce qui correspond plus exactement à « révérence », « considération », qu'à « obéissance ». Or d'après l'article 426, le tuteur, qui n'est pas le père, a droit seulement au respect.

Et enfin, le père-tuteur, comme le père, doit pourvoir à l'entretien des enfants suivant ses moyens, et pas seulement suivant les moyens de l'enfant; il doit y aller de sa poche, éventuellement, tandis que le tuteur n'a évidemment aucune obligation de l'espèce.

Alors on nous dit: « Mais vous confondez tout à fait les attributs que le père-tuteur tient de sa qualité de père avec ceux qu'il tient de sa qualité de tuteur! » Messieurs, c'est précisément le reproche que nous faisons à nos estimés contradicteurs! *Tous* les attributs dont nous venons de parler sont des attributs que le père-tuteur a en commun avec le père, et se trouvent placés dans le Code néerlandais sous le titre « Puissance parentale », *Ouderlijke macht*. Donc, dans la pratique, l'on continue à maintenir au père-tuteur les attributs qui sont les attributs du père, même quand ils ne sont pas les attributs du tuteur. Est-ce que j'ai, dans ces conditions, le droit de dire qu'en réalité le changement de dénomination ne correspond pas à un changement d'institution, et que le droit de garde qui appartenait à Johannes Boll avant le décès de sa femme, et qui était étranger à la Convention — car si une mesure d'éducation protectrice avait été prise du vivant de Madame Boll il n'aurait pas été question de la Convention sur la tutelle —, que ce droit de garde, qui a été momentanément maintenu par les autorités néerlandaises

daises à Johannes Boll après le décès de Madame, n'a pas changé de caractère? Que c'est un attribut de la puissance paternelle, et qu'il continue à ne pas tomber sous le coup de la Convention?

Voilà, Messieurs, les indications qui à mon sens justifient pleinement la fin de non recevoir suédoise. Dois-je rappeler que la seule fois qu'une juridiction nationale a dû se prononcer sur cette question — c'est la décision du Tribunal fédéral suisse, rapportée dans Fischer, page 41 —, ce tribunal a constaté que le droit de garde du père-tuteur néerlandais relevait de la puissance paternelle et échappait donc à la Convention — et je pense que ce sera également l'avis de la Cour.

J'en aurais terminé sur ce chapitre si, revenant un instant sur la question du consentement au mariage effleurée il y a un instant, je ne croyais devoir attirer l'attention de la Cour sur la façon dont cette question devrait être résolue en cas de mariage d'Elisabeth Boll.

Si elle s'était mariée du temps où son père était tuteur, à supposer qu'elle eût atteint l'âge nubile, le consentement de M. Boll au mariage de sa fille aurait été requis, mais il l'est encore maintenant qu'il a été déchargé de la tutelle, avec cette conséquence que le jour où Elisabeth Boll voudra se marier, elle aura besoin, par application de la loi néerlandaise, de deux consentements, le consentement de son père et le consentement du tuteur, M^{me} Postema. Peut-on croire que ce droit de consentir au mariage de sa fille que, d'après la thèse néerlandaise, M. Johannes Boll a possédé à travers toutes les vicissitudes, lui appartiendra maintenant non plus en qualité de père mais en qualité de tuteur, dans la courte période où il était père-tuteur? Ceci me paraît démontrer encore une fois le caractère tout à fait artificiel de cette espèce de débaptisation que l'on inflige au droit de garde en ce qui concerne les pères ou mères qui deviennent tuteurs ou tutrices.

Peut-être cependant cette argumentation relative à la nature du droit de garde exercé par Johannes Boll en vertu de la loi néerlandaise était-elle superflue. C'est celle que nous avons développée en conclusions, c'est celle à laquelle M. Kisch a répondu. Mais je me suis rendu compte qu'en réalité, en ce qui concerne Johannes Boll, tout au moins lorsque la mesure a été prise, il n'est pas possible que la Convention s'applique, parce que, comme je vous l'ai indiqué dans mon exposé de fait, comme il résulte du tableau chronologique que la Cour a en sa possession — le 5 mai 1954 —, au moment où la mesure est prise, M. Boll est enregistré comme tuteur en Suède et la tutelle a été organisée suivant la loi suédoise. Or, Monsieur le Président, d'après l'article 3 de la Convention reproduit à la page 65 du contre-mémoire, la tutelle une fois organisée dans le pays du domicile s'exerce suivant la loi de ce pays du domicile. Je pense que vous serez d'accord pour reconnaître qu'il est inconcevable d'imaginer que, la tutelle devant s'exercer suivant la loi suédoise, on puisse considérer que cette tutelle a été méconnue par l'exercice de l'éducation protectrice suédoise, alors que, quelque qualification que l'on donne à celle-ci, la tutelle suédoise doit évidemment se soumettre à l'application de la loi suédoise de même du reste que toute tutelle néerlandaise doit évidemment subir l'application de la loi néerlandaise, y compris la mise sous surveillance du mineur.

Je crois donc qu'au moment où il prenait la mesure à l'égard d'Elisabeth Boll, l'Office des mineurs ne devait même pas se poser de questions en ce qui concerne sa compétence suivant la Convention. Il se trouvait devant une tutelle organisée à l'initiative de Johannes Boll suivant la loi

suédoise, et il n'y avait donc pas de question internationale qui pouvait se poser à ce moment.

J'en arrive maintenant à la non-application de la Convention à la seconde tutelle, celle de Catherine Postema. Je reconnais volontiers que l'objection que nous formulons à son sujet est moins simple, peut-être plus subtile et en tout cas plus discutable. Je la crois néanmoins fondée, et en tout cas je pense qu'elle ne mérite pas les sarcasmes de nos contradicteurs.

M. Kisch a cru pouvoir la détruire par une réduction à l'absurde, mais il a une conception particulière de la réduction à l'absurde, qui semble être pour lui une opération stratégique consistant à déformer totalement la thèse qu'il doit combattre pour ensuite en démontrer le manque de fondement. En effet, M. Kisch a cueilli et isolé dans la duplique (p. 118) une phrase: « le droit de garde compris dans la tutelle de Mme Postema succède au droit de garde exercé par M. Johannes Boll, lequel droit, ainsi qu'il a été démontré, était étranger à la tutelle au sens de la Convention ». Et alors il a beau jeu de se gausser de cet apparent système de succession et de faire valoir qu'à ce compte-là le droit de garde échapperait très généralement à la tutelle puisque le plus souvent un tuteur succède aux parents père ou mère, exerçant la puissance paternelle. M. Kisch a eu le tort de ne pas lire attentivement ou de ne pas accorder pleine valeur à la phrase qui suivait immédiatement le texte cité et qui figure à la page 118 de notre duplique:

« L'article 5 de la Convention dont se réclame le Gouvernement néerlandais ne confère en effet validité à l'égard de toutes les Parties contractantes qu'aux causes qui, suivant la loi du mineur, mettent fin à la tutelle, non à celles qui mettent fin à un droit de garde étranger à la tutelle, et du moment qu'on admet que la décision néerlandaise retirant la garde au père-tuteur doit être considérée comme étrangère à la Convention, on ne voit pas par quel subterfuge elle pourrait être considérée comme acquérant une autorité extra-territoriale par l'effet de la Convention en tant que donnant ouverture au droit de garde exercé par le nouveau tuteur. »

Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, notre raisonnement est celui-ci: pour que la tutelle de Catherine Postema s'ouvre de façon régulière et s'impose aux autorités suédoises en ce qui concerne le droit de garde aussi bien qu'en ce qui concerne l'administration des biens, il faut que les pouvoirs de Johannes Boll aient pris fin aussi bien en ce qui concerne le droit de garde que l'administration des biens et qu'ils aient pris fin d'une manière qui soit opposable à la Suède. Il n'y aurait aucune difficulté s'il s'agissait d'un fait naturel qui était survenu, par exemple le décès de Johannes Boll. Mais le doute surgit lorsque c'est un fait juridique qui met fin aux pouvoirs de Johannes Boll et que ce fait juridique, qui par voie de conséquence prétend donner ouverture aux droits de Catherine Postema, est discutable dans sa régularité ou plus exactement dans sa relation avec la Convention. Or, il n'y a pas de difficulté en ce qui concerne l'administration des biens. Là nous sommes d'accord pour dire que M. Johannes Boll exerçait l'administration des biens aux yeux de la loi néerlandaise en tant que tuteur, et que dans ces conditions, cette appréciation étant compatible avec la Convention, il a été valablement remplacé comme tuteur dans l'administration des biens par Catherine Postema dont la Suède est donc tenue de reconnaître

la qualité. Mais quand on considère les droits sur la personne, nous avons démontré tantôt qu'en réalité ce à quoi l'on avait mis fin aux Pays-Bas par la décision du tribunal de Dordrecht, ce n'était pas un droit de garde de tuteur, mais un droit de garde de puissance paternelle. Or, ni la puissance paternelle, ni la déchéance de la puissance paternelle ne tombent sous le coup de la Convention, et dès lors la Suède n'est pas tenue par elle de reconnaître ni la déchéance de la puissance paternelle ni par voie de conséquence le transfert du droit de garde à Catherine Postema.

Messieurs, c'est à l'appui de cette argumentation que nous avons invoqué une décision de l'autorité tutélaire de surveillance du canton de Genève du 6 mai 1912 qui n'est pas critiquée par mon estimé contradicteur mais sur l'interprétation de laquelle nous ne sommes pas d'accord. Pour que la Cour puisse en juger, nous l'avons reproduite *in extenso* dans la duplique à la page 129. Il s'agissait d'un enfant naturel reconnu par ses deux auteurs, tous deux de nationalité française; la mère demande la déchéance du père à l'autorité genevoise, et l'autorité tutélaire genevoise de première instance refuse sur base de la Convention en déclarant qu'aux termes de celle-ci la déchéance entraînerait la tutelle, qu'elle n'est pas compétente pour désigner de tuteur, que cette désignation appartient aux autorités nationales, et qu'elle ne peut dès lors pas prononcer la déchéance.

En appel toutefois la décision est réformée par l'autorité tutélaire de surveillance. Celle-ci distingue la désignation du tuteur et la déchéance de la puissance paternelle. Elle déclare que cette déchéance est étrangère à la Convention, que dès lors les autorités suisses ont gardé leur compétence en cette matière, qu'elles peuvent faire application de leurs lois, sauf après coup à appliquer la Convention en ce qui concerne la désignation de tuteur.

M. Kisch nous a reproché d'avoir forcé l'argumentation lorsque nous avons dit qu'il en résultait que les tribunaux suisses étaient seuls compétents pour prononcer la déchéance. Messieurs, le reproche de M. Kisch — je plaide aussi objectivement que possible — le reproche de M. Kisch est en partie fondé. Je crois qu'effectivement nous avons forcé le sens de cette décision lorsque nous en avons tiré cette conséquence. Mais il demeure incontestable que la décision invoquée a clairement indiqué que la question de déchéance de la puissance paternelle est étrangère à la Convention. Or, c'est cela qui importe dans mon raisonnement. La question n'est pas de savoir si le tribunal de Dordrecht a pu valablement ou non exercer ce droit de déchéance ou de décharge. Mais la question est de savoir si la Suède a pu violer la Convention en méconnaissant, à supposer qu'elle l'aie méconnue — et ce sera l'objet de ma plaidoirie de cet après-midi de vous démontrer qu'il n'en est rien —, en méconnaissant, dis-je, la validité de cette déchéance de la puissance paternelle et du transfert qui en est résulté à Catherine Postema. Cela ne veut pas dire, Messieurs, que dans notre système Catherine Postema est comme on nous l'a fait dire « *a nonentity* », une institution ou une personne inexistante en tant que tutrice, mais seulement que nous ne sommes pas tenus *par la Convention* de lui reconnaître d'autres droits que ses droits comme administrateur des biens, à savoir le droit de garde.

Il est vrai, Messieurs, qu'à la fin de sa réfutation, M. Kisch a encore essayé d'échapper à la conclusion que nous tirions de l'autorité tutélaire de Genève par ce que je crois pouvoir amicalement qualifier d'une

pirouette. Il a dit dans son exposé que, en réalité, tout cela n'avait pas d'importance puisque Elisabeth Boll était domiciliée aux Pays-Bas.

Messieurs, j'ai répondu sur ce point dans mon exposé de fait, dont je ne vous rappelle pas le détail. Il est très possible qu'au point de vue de la loi néerlandaise Elisabeth Boll est domiciliée aux Pays-Bas, mais il est tout au moins aussi certain qu'elle est, au point de vue suédois, domiciliée en Suède, et que dans ces conditions l'autorité suédoise n'est pas tenue par la Convention — je pèse mes mots — de reconnaître le droit de garde transféré à Catherine Postema postérieurement à la décision qui, elle, ne visait que la puissance paternelle de Johannes Boll.

Et dès lors, Messieurs, je crois être fondé à conclure qu'en ce qui concerne la deuxième tutelle, comme la première, les droits que prétendument la Suède aurait lésés ne sont pas des droits protégés par la Convention et que la demande n'est donc pas recevable.

Monsieur le Président, Messieurs, j'arrive maintenant à l'examen du fond. Il s'agit de savoir s'il y a eu méconnaissance des droits, à supposer qu'ils soient protégés par la Convention, des droits de garde de Johannes Boll et de Catherine Postema par la mesure d'éducation protectrice. La Suède repousse cette accusation par deux arguments. Le premier, c'est qu'il n'y a pas eu, en tout cas de sa part, méconnaissance en principe du droit de garde appartenant soit à Johannes Boll soit à Catherine Postema, mais que l'effet de la mesure d'éducation protectrice a été simplement de limiter ce droit, et non de le nier ou de le rejeter en bloc. Et deuxièmement, qu'en l'espèce cette limitation a été le fait d'une autorité administrative, d'une autorité investie d'un service public, dont l'intervention a un caractère de *droit public*, ou de *droit administratif*, dont la force impérative s'impose sur tout le territoire et doit l'emporter sur les règles de conflits de lois comme elle doit l'emporter sur les règles de droit civil local.

Nous voilà donc à pied d'œuvre devant cette question d'ordre public auquel mon distingué contradicteur a consacré de si longs développements. Comme je l'ai déjà indiqué à la Cour, je n'ai pas l'intention de le suivre dans tous les détails de son exposé. Tout d'abord parce que ce serait bien long, mais surtout parce que, étant d'accord sur un certain nombre de points mais en désaccord sur certains autres, je constate que beaucoup de ces points n'ont qu'un intérêt théorique et en tout cas sont sans influence sur la seule question sur laquelle la Cour aura à se prononcer, à savoir l'appréciation de la mesure d'éducation protectrice en fonction de la Convention.

Voici donc mon premier argument : la mesure prise par les autorités suédoises constitue une *limitation* des pouvoirs du père néerlandais ou de la tutrice néerlandaise et non pas une négation de ces pouvoirs, non pas une confiscation de ces pouvoirs au profit d'une autorité suédoise.

Pour vous convaincre de l'injustice de cette accusation ou en tout cas de son exagération, laissez-moi vous rappeler tout d'abord la circonstance passée sous silence par la procédure écrite en ce qui concerne les pièces néerlandaises, mais sur laquelle j'ai attiré l'attention de la Cour au cours de mon exposé des faits : dès que M. Johannes Boll a obtenu des autorités néerlandaises l'organisation de sa tutelle suivant la loi nationale et en a fait état pour qu'il soit mis fin à la tutelle suédoise, les tribunaux suédois se sont inclinés, ont supprimé les derniers vestiges. Nous nous trouvons là devant une décision coulée en force de chose jugée, et qui à aucun moment n'a été rapportée. Bien plus, Messieurs, l'Office des

mineurs n'a pas non plus pris l'initiative de réclamer sa déchéance. Or, d'après l'article 28 du chapitre 20 de la loi sur les père et mère, reproduit à la page 126 de la duplique, il pouvait prendre cette initiative à l'égard du père-tuteur comme à l'égard des père et mère. C'est le tribunal néerlandais qui est intervenu, et sa décision a été reconnue comme valable, puisque Catherine Postema a été admise à se présenter comme tutrice dans les diverses instances judiciaires ou administratives. Il n'y a eu ni méconnaissance de ces droits ni à aucun moment atteinte directe. Je vous ai indiqué hier une conséquence pratique de cette situation: la petite Elisabeth Boll a treize ans et demi, si d'ici peu d'années elle se marie, non seulement le père mais la tutrice devra incontestablement être invitée à donner son consentement par application du statut personnel d'Elisabeth.

Cette distinction que je fais entre la limitation d'un droit et sa méconnaissance, est-elle artificielle? Est-ce là un faux semblant, une hypocrisie? Je crois pouvoir, sans être contredit, affirmer que c'est une distinction qui est faite dans toutes les législations, et reconnue par les décisions de jurisprudence comme les critiques doctrinaux. Je me bornerai à vous rappeler à cet égard la déclaration qui a été faite par M. Kisch lui-même dans sa plaidoirie. A la page 140 du premier compte rendu il nous a lu quelle était l'appréciation du Dr Lycklama, en 1954, relativement au caractère de la mise sous surveillance lorsque cette mesure s'accompagnait du déplacement de l'enfant (je vais le lire en anglais):

« Such removal is not only a matter that affects the situation of the child, but is also a curtailing of the right of say of the parents or the guardian, because it may be taken, in our country, that the parents or the guardian have the right to determine where an infant who is submitted to their authority shall reside. »

J'attire votre attention, Messieurs, sur le mot « curtailing »; il a été traduit, je pense bien, verbalement par le mot « réduction », c'est plus exactement le mot « limitation », « beperking », qui traduit le mot du texte néerlandais. L'on se trouve donc bien devant un maintien en principe du droit, c'est à titre provisoire que l'exercice du droit se trouve partiellement paralysé, tandis que le droit, dans son essence, se trouve maintenu.

Je rappelle également à la Cour l'indication en ce sens qui figure dans la procédure poursuivie devant le Hoge Raad des Pays-Bas en 1949. Il s'agissait d'un enfant naturel italien reconnu par ses père et mère. Il n'y avait pas de tuteur proprement dit, mais le juge des enfants néerlandais l'a placé sous le régime de la mise sous surveillance, puis il lui a nommé un tuteur de la famille — *familievoogd* — qui n'a rien de commun avec le tuteur proprement dit — *voogd*. Sur proposition de celui-ci, il a ordonné d'abord le placement dans une maison désignée par le père, au grand mécontentement de la mère, puis, au grand mécontentement du père, l'enfant a été, par la juridiction d'appel, retiré de la maison où il avait été mis, et rendu à la mère. Le père s'est pourvu en cassation et a fait valoir que, comme je vous l'indiquais tantôt, suivant la législation italienne, il ne pouvait pas être question de tutelle, qu'il était un père ayant reconnu un enfant naturel, qui avait tous les droits de la puissance paternelle, et qu'il entendait les exercer. Or, Messieurs, il a perdu son procès, et l'avocat général, le professeur Langemeyer, dont l'avis a été cité par M. Kisch avec éloges, a déclaré que selon le droit italien, la puissance paternelle n'exclut pas les limitations en raison des lacunes

que présente l'éducation de l'enfant (*Codice Civile*, livre I, titre 2, article 401) et que dans ces conditions le caractère de la puissance paternelle selon le droit italien n'est pas atteint par la mise sous surveillance selon le droit néerlandais. Ainsi on ne conteste pas la puissance paternelle du père naturel italien, on ne la lui enlève pas, mais, de l'avis de l'avocat général, on la « limite » en attribuant à la mère la garde effective de l'enfant. L'on nous rétorque que cette décision s'applique à la puissance paternelle et pas à la tutelle. Vous vous rendez bien compte que cette distinction ici n'a pas de sens et que la situation est identique, puisque la juridiction néerlandaise reconnaissait la nécessité d'apprécier la question d'état d'après la loi nationale de l'enfant italien. Ceci ayant été reconnu, l'avocat général a néanmoins estimé qu'il y avait place pour une limitation des pouvoirs résultant de la loi nationale sans que pareille limitation constituât une violation de la loi nationale. Le Hoge Raad a suivi.

Cette interprétation des principes me paraît tout à fait fondée. Il serait certainement inexact en effet de considérer la mesure suédoise d'éducation protectrice, ou la mise sous surveillance néerlandaise, comme équivalentes de la privation des pouvoirs de garde par la déchéance ou même par décharge, ce diminutif néerlandais de la déchéance. En effet, comme je l'ai indiqué tantôt, rien n'a été changé par la mesure prise dans le cas d'Elisabeth Boll, en ce qui concerne l'administration des biens, ni en ce qui concerne la représentation en justice, et le père n'étant pas déchu a conservé son droit de consentir au mariage de son enfant. Et surtout, le père ou le tuteur dont le pupille se trouve ainsi astreint à une mesure d'éducation protectrice ou de mise sous surveillance, conserve intact le pouvoir virtuel de garde, avec cette conséquence que lorsque l'obstacle résultant en l'espèce de la mesure prise par l'autorité protectrice suédoise aura cessé, automatiquement le droit de la tutrice pourra s'exercer à nouveau dans sa totalité sans qu'on ait rien à lui restituer.

[Audience publique du 30 septembre 1958, après-midi]

Après avoir montré que la nature de la mesure prise est une mesure de limitation, et non d'usurpation ou de confiscation du droit de garde, il reste à démontrer que cette limitation est compatible avec la Convention. La thèse suédoise est qu'elle est compatible, parce que la loi étrangère, la loi nationale néerlandaise à laquelle en l'espèce la Convention renvoie, ne peut pas faire obstacle à l'application en Suède de lois d'ordre public international, spécialement lorsqu'il s'agit de lois de droit public ou de droit administratif.

Mon estimé contradicteur, M. Kisch, n'aime pas l'expression « ordre public international », et il m'a opposé diverses autorités dont une m'est naturellement particulièrement chère: celle du professeur Albéric Rolin. Il va sans dire que je m'incline avec une déférence particulière devant cette autorité, mais je suis bien forcé de reconnaître que malgré les excellentes objections dirigées contre l'expression « ordre public international » elle a continué à être utilisée notamment en France et en Belgique par divers auteurs, par diverses décisions. Poulet y est resté attaché, et après lui les tribunaux belges notamment ont continué à s'en servir. Dans le *Traité de Droit international privé* de Batiffol, je lis:

« On a voulu exprimer cette différence entre l'ordre public au sens du droit civil interne et du droit international privé par l'expression d'ordre public international qu'on oppose à l'ordre public interne. L'expression est peu heureuse, parce que cet ordre public est essentiellement national et s'oppose précisément à l'ordre international régulier qu'est l'application des lois compétentes. Néanmoins, on n'a rien proposé de plus satisfaisant et l'important est de s'entendre sur la signification de l'expression, toutes réserves étant faites sur son sens grammatical. »

Et à cet endroit il y a une note :

« On a aussi proposé de parler d'ordre public absolu, sans grand succès non plus, vu la relativité de la notion. »

Je voudrais un instant insister sur cette « notion de relativité » de l'ordre public et attirer l'attention de la Cour sur le fait qu'il ne s'agit pas seulement d'une relativité dans l'espace mais dans le temps. Il va de soi qu'il est essentiel à la notion d'ordre public international ou l'ordre public dans le domaine international qu'il s'agisse d'une notion propre à chaque pays, relevant directement des conceptions du législateur ou du juge dans ce pays, et qu'il est donc raisonnable — et on le fait souvent en Belgique — de parler de l'ordre public international belge ou de l'ordre public international français, malgré la contradiction apparente qui résulte de ces termes, indiquant par là qu'un principe est impossible en Belgique ou en France aussi aux étrangers.

Mais c'est une notion relative aussi dans le temps : l'ordre public est une notion qui évolue, elle évolue généralement dans un sens envahissant. Il n'est pas douteux qu'il y a un progrès, une croissance continue du droit public par rapport au droit privé, mais la notion d'ordre public parfois évolue en sens inverse. Nous en avons eu un exemple tout récent en Belgique, et l'arrêt de cassation de 1950 qui se trouve reproduit en est l'illustration. En matière de recherche de la paternité naturelle ou de la maternité naturelle, il était jusqu'à ces derniers temps considéré comme axiomatique que les règles belges, qui étaient extrêmement limitatives à cet égard, étaient d'ordre public international parce qu'elles protégeaient les droits de la famille légitime. Et puis, nous avons évolué. Nous avons modifié notre loi dans un sens plus libéral, on envisage d'autres réformes encore, notre jurisprudence dans l'application de cette loi a évolué. La Cour de cassation en a conclu, en 1950, que nos dispositions législatives en cette matière, tout en demeurant d'ordre public interne, n'étaient plus d'ordre public international, c'est-à-dire que nos tribunaux pouvaient parfaitement faire application de la législation française à un enfant français bien qu'elles admettent beaucoup plus largement les preuves de la paternité ou de la maternité naturelles.

Peu m'importe donc que nous nous servions des expressions ordre public international ou ordre public absolu, ou ordre public externe, ou ordre public conflictuel proposées par M. Kisch, ou d'ordre public tout court, proposée par M. Niboyet. L'essentiel est que nous soyons d'accord, et je crois que nous le sommes, mon estimé contradicteur et moi, sur l'existence, au sein de l'ordre public, d'un noyau intransigeant, particulièrement impératif, auquel l'application de la loi étrangère doit céder le pas même lorsqu'elle est reconnue compétente par les règles de conflits de lois. Puisque M. Kisch n'y a pas fait d'objection, je crois que

nous pouvons nous reporter à cette définition de l'ordre public, reproduite à la page 42 du contre-mémoire, qui est donnée par l'arrêt de cassation de Belgique auquel je me suis référé :

« Une loi d'ordre public interne n'est d'ordre public international privé », dit la Cour — c'est encore une variante de l'appellation ancienne — « 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. »

Monsieur le Président, la Cour constatera que cette définition se place exclusivement sur le terrain des conflits de lois. Le rôle qui se trouve ainsi assigné à la notion d'ordre public en droit international privé est uniquement de permettre de déroger aux règles habituelles de conflits de lois lorsque, dans un cas déterminé, ces règles donnent la préférence à une loi étrangère et que celle-ci se heurte à des dispositions sur lesquelles aucune concession ou aucune tolérance ne paraît admissible. C'est dans le même sens qu'est rédigée la fameuse *Vorbehaltsklausel* du code civil allemand, l'article 30 du code civil, d'après lequel l'application d'une loi étrangère est exclue lorsque son application heurterait les bonnes mœurs ou s'opposerait au but d'une loi allemande — « gegen den Zweck eines deutschen Gesetz verstossen würde ».

C'est dans ce sens aussi que la Cour permanente de Justice internationale, dans l'affaire des emprunts serbes et brésiliens, a évoqué cette notion lorsque, recherchant la loi qui régissait les emprunts serbes et les emprunts brésiliens, elle a tenu à rappeler qu'il se pouvait que la loi jugée par la Cour applicable aux obligations de l'espèce soit sur un territoire déterminé tenue en échec par une loi nationale de ce territoire, qui serait d'ordre public et d'application inéluctable, bien que le contrat ait été conclu sous le régime d'une loi étrangère.

Voilà donc une conception de ce que j'appellerai l'ordre public international *stricto sensu*. Mais les auteurs, et M. Kisch le tout premier à la suite de M. Niboyet, constatent qu'indépendamment de ce rôle que joue la notion dans le domaine des conflits de lois, il faut reconnaître qu'une série de lois territoriales s'impose à l'observation des étrangers. On nous a lu à ce sujet un extrait fort éloquent du regretté professeur Niboyet qui, dans son cours de 1946, énumérait comme suit ce que, dans la suite de son exposé, M. Kisch a appelé les catégories Niboyet : les lois politiques, les lois de procédure, le statut réel, les lois de police et pénales.

J'ai conservé un très profond souvenir de la puissance intellectuelle en même temps que du charme du professeur Niboyet ; je reconnais la grande valeur de l'idée qu'il a défendue, c'est une distinction précieuse. Ceci dit, je me permets de croire que son énumération n'est pas parfaite. Il y a peu de choses parfaites dans le monde, et surtout dans des domaines aussi controversables que le droit international privé. Lorsque, par exemple, il place au nombre de ses catégories le statut réel. Le statut réel comme le statut personnel est une règle normale de rattachement qui n'impose pas du tout nécessairement l'application de la loi territoriale, de la loi du *for* ; elle va au contraire parfois conduire à des résultats opposés et amener le juge à faire application d'une loi étrangère,

en vertu du statut réel, exactement comme en vertu du statut personnel il peut être conduit à l'application soit de la loi du *for*, soit d'une loi étrangère.

D'autre part, je ne sais pas si M. Niboyet range les lois fiscales parmi les lois de police ou les lois politiques. Or bien qu'il y ait assurément des conséquences désagréables et discordantes entre les lois fiscales, on ne peut pas parler dans ce domaine de conflit. En l'absence de convention internationale, la compétence de chaque État est non réglementée et relève du domaine réservé. Il y a plutôt des superpositions, ce qui est tout à fait différent et du reste fort pénible pour le contribuable.

J'en viens à l'inclusion de la loi pénale parmi les catégories, et je suis le premier à reconnaître que c'est là un exemple-type, sans doute le plus aisé à comprendre, d'une loi territoriale par son essence et qui s'impose rigoureusement à l'obéissance de tous et à l'application à tous par les tribunaux. Mais il me paraît excessif de considérer, comme paraissait le faire M. Kisch, qu'il en résulte que la loi pénale soit nécessairement étrangère à la matière des conflits. Une loi pénale est essentiellement une loi impérative ou prohibitive, accompagnée d'une sanction pénale. Et le fait qu'elle est accompagnée d'une sanction pénale n'empêchera pas le juge belge ou français de faire application d'une loi pénale étrangère s'il considère que c'est la loi qui doit régir un contrat déterminé ou une situation juridique qui lui est soumise. Je prends un exemple. Un accident de roulage s'est produit en Angleterre, parce qu'un de mes compatriotes tenait sa droite. Il doit tenir sa droite d'après les règles de police de roulage continentales. Il ne peut pas tenir sa droite d'après les règles de police de roulage anglaises. Il sera condamné en Belgique, non pas pénalement pour infraction à la loi pénale anglaise, mais civilement en raison du contenu de cette loi pénale anglaise qui sera considérée comme parfaitement valable. Il y aura une matière de conflit de lois s'il y a un procès civil en responsabilité.

De même en ce qui concerne la bigamie. Ce n'est pas parce que la bigamie est punie dans un pays étranger que je devrais considérer comme valable en Belgique un mariage qui y aurait été célébré alors que la règle de conflit des lois m'indiquerait la loi du lieu de la célébration comme régissant ledit mariage. Mais je m'arrête et m'excuse presque de ces développements, car c'est vraiment assez étranger à la matière que nous avons à débattre, et je crains d'avoir cédé à mon tour à la tentation de faire de la théorie. J'en arrive à, je ne dirai pas à la principale critique, mais la principale question que je pose au sujet des catégories Niboyet. Est-ce que vraiment les lois publiques et administratives en sont absentes? Il me paraît pourtant évident qu'elles sont d'application obligatoire sur le territoire d'un État à l'égard de tout le monde, même des étrangers, et qu'elles ne peuvent en rien être appliquées sur un territoire étranger. Et je me suis étonné de ne pas les avoir trouvées sous la plume de M. Niboyet. Peut-être a-t-il été dans sa pensée qu'elles constituaient une extension de la notion de loi de police et de sûreté. Mais sans doute l'explication doit-elle être trouvée dans cet extrait du *Traité de Droit international privé*, édité en 1949, tome 6, où on lit tout au début du tome, page 2 :

« Le conflit des autorités diffère du conflit de lois en ce qu'il ne s'agit pas de rechercher de déterminer la loi compétente à appliquer dans un cas déterminé comme, par exemple, à un mariage, à un

contrat, à une succession, mais de fixer dans les rapports internationaux la compétence respective des autorités publiques pour les divers actes qu'elles sont habilitées à faire et qui impliquent nécessairement leur intervention. Il ne s'agit plus de rechercher une loi compétente parce qu'aucun problème de conflit de lois ne se présente, mais de savoir à quelle autorité on pourra et devra s'adresser. Ici, aucun conflit de lois n'est possible parce que toute autorité publique habilitée à faire certains actes ne peut jamais les faire que selon ses propres lois, c'est-à-dire celles du pays qui lui a donné son pouvoir et qui l'a instituée. »

Il en va, semble-t-il, nécessairement ainsi. On n'imagine pas qu'une autorité administrative puisse être déterminée dans son fonctionnement autrement que par la loi qui l'a instituée. C'est ce que constate Batiffol qui, au n° 252 de son *Traité*, indique, en ce qui concerne les services publics, que « la territorialité des services publics est un principe aussi communément reçu que la territorialité de la loi pénale ». Quelle que soit encore une fois la justification de la chose, il semble qu'aucun doute ne soit permis, qu'on les comprenne dans l'ordre public international ou qu'on en fasse une catégorie à part, les lois politiques de droit public et administratif sont des lois strictement territoriales.

Monsieur le Président, ce principe étant acquis, je ne vais pas m'attarder sur le point de savoir s'il serait mieux exprimé ou mieux expliqué en recourant comme l'ont fait certaines décisions ou certains auteurs à une distinction entre l'ordre public positif et l'ordre public négatif, ou même à une distinction entre le droit public et le droit privé. J'ai à cet égard cité de très nombreuses références dans la procédure écrite auxquelles il n'a pas été répondu, je me bornerai sur ce dernier point de droit public à exprimer ma surprise du scepticisme marqué à cet égard par mon estimé contradicteur ; il s'est abrité notamment derrière l'autorité du professeur Duguit, et le professeur Duguit a assurément de très grands mérites d'innovateur en matière juridique, il n'a pourtant pas toujours été suivi, et je ne veux pas m'étendre sur certaines de ses tentatives infructueuses. Mais dans le domaine très précis du droit public, je pense que l'on a quelque peu forcé sa pensée, car je trouve dans le premier volume de son *Droit constitutionnel* paru en 1921, page 539, l'indication qu'il faut maintenir la distinction traditionnelle et classique du droit public et du droit privé. D'abord dans les sociétés modernes le droit est devenu tellement étendu qu'il est nécessaire d'y faire des divisions, c'est la condition indispensable pour étudier avec ordre et méthode les nombreuses règles de droit moderne, mais comme toutes les distinctions que fait l'esprit, celles que l'on doit faire dans le domaine du droit sont un peu artificielles et forcément se pénètrent respectivement, la moins artificielle est encore la distinction traditionnelle du droit public et du droit privé. » M. Duguit n'a donc pas été en l'espèce aussi iconoclaste qu'on le prétendait.

Quoi qu'il en soit, étant acquis qu'il existe soit en marge de l'ordre public international ou de l'ordre public absolu, soit au sein de cet ordre public, une catégorie spéciale de lois étrangères aux conflits de lois, et dont l'autorité ne peut être battue en brèche par l'application de la loi à laquelle renvoie la règle de conflits de lois, je voudrais attirer l'attention de la Cour sur le fait que si — comme j'essaierai de le démontrer tantôt — la loi sur l'éducation protectrice entre sûrement dans les caté-

gories privilégiées dont le respect s'impose à titre absolu, eh bien, en ce cas les trois conseils, les recommandations de M. Kisch quant au manquement de l'exception d'ordre public ne trouvent pas leur application.

M. Kisch a fait valoir une règle de prudence, une règle de non-application de l'exception d'ordre public dans le silence des traités, et une règle relative à l'*onus probandi*, à la charge de la preuve. Et ce n'est pas le moindre sujet d'étonnement pour moi que de constater qu'alors qu'il a si fortement appuyé ce que nous avons essayé de dire dans notre procédure écrite sur le privilège spécial des lois publiques et administratives — ou disons, pour ne pas le heurter, des lois des catégories Niboyet — il ait cru devoir consacrer un temps considérable à formuler ces recommandations — la deuxième, sur la question de la non-application dans le silence des traités, a pris dix pages du compte rendu sténographique de la deuxième journée, pages 62 à 69 — alors que — je le montrerai sans difficulté, je crois — elles ne sont manifestement pas d'application dans le cas qui nous préoccupe.

En ce qui concerne tout d'abord la prudence, je reconnais volontiers qu'elle est nécessaire dans l'invocation de l'exception d'ordre public. Il serait naturellement tout à fait déplaisant, choquant, inadmissible que, placé devant l'application d'une convention de droit international privé, ou même, en l'absence de convention, devant une règle de droit international privé, un tribunal invente, attribuée pour la première fois un caractère d'ordre public absolu à une règle territoriale qui s'oppose à la loi étrangère. Mais cela ne s'applique évidemment pas en ce qui concerne les lois pénales, sociales ou administratives, où le facteur international ne joue pas, où le juge n'a pas le choix, où il n'a pas un pouvoir d'appréciation, qui s'impose à lui totalement, de façon tout à fait directe.

Et si je prends la deuxième observation de M. Kisch, celle qui est relative à l'exception d'ordre public dans le silence des traités, eh bien Messieurs, je crois que là aussi je n'aurai pas de peine à démontrer que cela ne s'applique pas du tout dans le cas qui nous occupe.

M. Kisch a qualifié d'extrémiste l'attitude adoptée par la Suède à l'égard du problème en général. Il y a suivant lui l'opinion de la majorité, suivant laquelle dans le silence des traités on repousse l'exception. Il y a la thèse de la minorité, qu'il admet dans une mesure réduite. Et puis il y a ce malheureux Gouvernement suédois où ses représentants qui en flèche se sont placés dans une position jamais défendue, suivant laquelle le traité serait sans importance et l'État demeurerait tout à fait libre d'opposer une exception d'ordre public qui vient de paraître.

J'espère donner une certaine satisfaction à mon estimé contradicteur en lui disant que nous répudions formellement cette position, que nous n'avons jamais pensé la soutenir, je vais même l'étonner en lui disant que sa discussion ne m'intéresse pas beaucoup, parce que la définition qu'il a donnée de la thèse majoritaire la rend tout à fait acceptable pour le Gouvernement de Suède et parfaitement conciliable avec la thèse essentielle que nous défendons ici quant au droit de la Suède de faire application de l'éducation protectrice aux mineurs étrangers.

Dans cette affaire, Messieurs, l'extrémiste, ce n'est pas nous. C'est M. Niboyet. Car contrairement à ce que suppose M. Kisch, il ne s'est pas borné à cette note de 1936 que nous avons reproduite dans notre contre-mémoire et qui est relative à un arrêt de cassation français. Dans celui-ci la Cour de cassation française en 1936 avait écarté l'application d'une convention franco-belge sur la compétence parce qu'il

s'agissait d'une affaire de brevet, la Cour de cassation estimant que la question des brevets relevait d'une loi française d'ordre public.

M. Niboyet a récidivé, contrairement à ce que pensait M. Kisch. Dans le troisième volume du *Traité de Droit international privé français*, paru en 1944, page 523, il commente à nouveau longuement l'arrêt de la Cour de cassation de France de 1936, sans le désapprouver; il cite M. Lewald qui avait exprimé la thèse majoritaire suivant laquelle, dans le silence des traités, en l'absence de toute réserve quant à l'ordre public, les tribunaux ne pouvaient pas se prévaloir de l'ordre public. M. Niboyet, citant M. Lewald, ajoute: « A l'époque où écrivait cet auteur, la jurisprudence n'avait pas encore révélé de cas concret du genre de celui que nous étudions au texte. » M. Niboyet a été plus loin, je pense, écrivant avant M. Plaisant, dans le 6^{me} tome du 2^{me} volume de 1950 de son *Traité*, il écrit « que la réserve de l'ordre public est de style dans les traités, elle correspond à une exigence impérieuse ». Voilà donc un auteur qui est formellement convaincu de la nécessité pour les États, même parties à un traité, de pouvoir se retrancher derrière leur ordre public; il explique qu'en réalité si on veut absolument écarter l'ordre public sous prétexte qu'un traité de droit international privé n'en a pas réservé l'invocation, on risque de faire sauter le traité, de rendre son application tout à fait impossible, de conduire à dénonciation.

Mais, comme je le disais tantôt, la thèse majoritaire a été accompagnée par M. Kisch de réserves telles — excellentes à mon avis, car je n'ai pas souvenir de les avoir vues exposées avec cette clarté — qu'elles la rendent tout à fait acceptable. M. Kisch a exposé que l'interdiction qui existe suivant lui de se prévaloir de l'ordre public territorial pour faire échec à une loi étrangère ne s'applique pas concernant une loi étrangère nouvelle qui n'existait pas au moment de la signature. Ceci est très intéressant. Une loi étrangère existant au moment de la signature d'une convention est présumée connue des signataires. Si, dans une matière déterminée, on admet l'application de la loi nationale étrangère, on peut considérer qu'il y a de la part des États signataires une reconnaissance de la conformité de cette loi avec l'ordre public des diverses lois nationales relatives à cette matière. Mais cela ne vaudra pas pour les lois nouvelles. Supposez que j'aie conclu un traité sur le mariage — c'était le cas entre les Pays-Bas et l'Allemagne —, supposez qu'ultérieurement surgisse une loi comme la loi allemande hitlérienne interdisant les mariages raciques, eh bien, je n'ai pas reconnu la conformité de cette loi avec l'ordre public, et le fait que je n'ai pas réservé les exceptions d'ordre public, ou que j'ai limité l'ordre public à quelques cas limités sur base des législations qui m'étaient connues, ne doit pas faire obstacle à ce que je repousse la loi nouvelle étrangère postérieure à la convention, à raison de mon ordre public. Malheureusement, telle ne fut pas la jurisprudence néerlandaise, et à mon sens les Pays-Bas furent un des seuls pays en Europe où les ressortissants allemands israélites ne trouvèrent pas le moyen de se marier avec des conjoints aryens, à raison de l'application extra-territoriale de la loi allemande de prohibition de mariages raciques.

La deuxième exception que je relève dans l'exposé de M. Kisch: la règle ne trouve pas son application lorsqu'un État se trouve en présence de conséquences non prévues d'une loi étrangère, en présence d'une application inattendue. J'admets cela. En souscrivant à un traité de droit international privé qui en principe rend une loi étrangère applicable sur mon territoire, je n'ai pas d'avance accepté cette application inattendue.

Mais surtout, Messieurs, M. Kisch reconnaît que cette interdiction d'invoquer l'ordre public en l'absence de réserves ne fait pas du tout obstacle à ce que les lois de la catégorie Niboyet, ces lois du *for* de nature tout à fait particulière, particulièrement impérative, soient pleinement imposées aux étrangers. Comme le disait un auteur, ce ne sont pas des lois qui sont visées dans le conflit de lois, ce ne sont pas des lois concurrentes, ce sont des lois qui traversent le conflit de lois. Ce sont des lois qui répondent à des préoccupations tout à fait différentes et qui sont d'application tout à fait générale.

Il y avait une troisième observation générale faite par M. Kisch qui ne peut trouver application dans le cas de l'éducation protectrice, celle relative à *l'onus probandi*. M. Kisch nous a dit : « Je me plains d'une violation d'une convention. Je prouve l'existence de l'obligation de la Suède, il suffit que la Cour soit d'accord sur mon interprétation de la Convention pour que la Suède, si elle oppose son ordre public, ait la preuve de démontrer l'existence de cet ordre public. »

Messieurs, j'hésiterais déjà à souscrire à cette théorie en elle-même parce que, en réalité, du point de vue pratique, elle ne peut conduire nulle part. Comme l'a dit M. Kisch lui-même, l'ordre public est différent de pays à pays, et, pour comble de malheur, l'ordre public absolu n'est presque jamais affirmé dans un texte, ce sont les tribunaux qui, interprétant le caractère d'une loi, lui attribuent un caractère d'ordre public absolu. Alors, Messieurs, demander à la juridiction internationale de se prononcer sur la valeur des arguments qu'un État emploie pour démontrer l'existence, le caractère d'ordre public absolu qu'il attache à certaines prescriptions, cela me paraît bien difficile et peu conforme à l'esprit de la juridiction internationale. Je ne dis pas du tout que je suis d'avis qu'il faut laisser pleins pouvoirs aux États d'en juger à leur guise, mais je crois qu'en cette matière, raisonnablement, il y a une présomption que les États sont sérieux, de bonne foi, et qu'ils savent ce qu'ils disent lorsqu'ils considèrent qu'une question est d'ordre public absolu, et qu'à moins qu'on ne fasse la preuve qu'il y a un abus de pouvoir de leur part, arbitraire manifeste, il y a lieu d'admettre que la mesure qu'ils ont écartée entre dans cette catégorie.

Mais, Messieurs, s'il en est ainsi en matière d'ordre public *stricto sensu*, qu'est-ce que je dois prouver lorsque je me trouve devant une loi publique et administrative? M. Petréon vous a exposé quel était le système de la loi suédoise sur l'éducation protectrice, il vous a indiqué qu'elle est tout entière une intervention d'autorité; il y a depuis la commune jusqu'aux autorités supérieures, et dans les instances juridictionnelles qui les doublent, une hiérarchie de pouvoirs dont les fonctions sont étroitement déterminées par la loi. Qu'est-ce que vous voulez que je prouve, du moment que l'existence de cette loi et sa validité est établie? Si vraiment l'on admet la réalité des catégories Niboyet, je peux me rasseoir, et en ce qui les concerne, cette troisième recommandation comme les précédentes, à la supposer valable, est sans aucune pertinence.

J'en arrive maintenant, Messieurs, au point essentiel de ma démonstration. J'aurai à vous démontrer, à vérifier que la loi sur la protection de l'enfance, plus exactement la loi sur l'éducation protectrice doit — et pour prendre les trois catégories de M. Kisch — doit en bon sens, conformément à la doctrine et conformément à la jurisprudence unanimes, être considérée comme s'étant imposée légitimement à un enfant mineur de nationalité néerlandaise.

Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, ce que M. Kisch a appelé l'argument de bon sens, c'est un argument que j'ai prétendu tirer d'une analyse non plus du contenu de la loi suédoise sur l'éducation protectrice, mais de ses caractéristiques en fonction du caractère territorial que je prétends lui attribuer.

Et tout d'abord, je voudrais dire deux mots de son mobile, du but qu'elle poursuit. Assurément, au départ il y a toujours l'enfant et il peut se faire que cet enfant soit un enfant étranger. Les enfants vivent normalement dans leur famille. La loi y précise leur situation, leur donne certaines garanties, et cela constitue leur statut personnel. C'est de la protection, si vous voulez, mais c'est de la protection familiale. Toutes les questions relatives à cette protection familiale sont régies, d'après la Convention, par la loi nationale. Mais il y a des cas où la protection familiale s'avère absente ou défectueuse. Les rouages familiaux ne donnent pas satisfaction, l'enfant présente de mauvaises tendances, ou bien il dépérit, il est en danger physique ou moral et il met la société en danger, la communauté dans laquelle il vit, pas seulement parce qu'il risque de devenir délinquant, cela peut être aussi parce qu'il risque de devenir un invalide ou un inapte moral, un inadapté, un inutile, une charge pour la communauté. Il y a donc dans tous les pays, on s'en rend compte, un véritable intérêt public à agir à la fois dans l'intérêt de la communauté et dans l'intérêt de l'enfant.

C'est ce que de très nombreuses décisions dans de nombreux pays ont constaté. C'est le *Hoge Raad* qui, dans son arrêt de 1942, le constate, à propos de la loi néerlandaise. Les dispositions de cette loi lui paraissent inspirées non seulement par le souci de l'intérêt de l'enfant, mais également par le désir « de protéger la société contre les conséquences de la mauvaise éducation de la jeunesse ». Suivant l'arrêt de 1949, les mesures de la mise sous surveillance ne visent pas uniquement les intérêts de l'enfant, elles sont également inspirées « de l'intérêt de la société ». Suivant le *Reichsgericht*, arrêt de 1927, qui se trouve reproduit dans notre procédure écrite, la *Fürsorgeerziehung* a pour objet, « en plus de l'amélioration de la jeunesse, la protection de la jeunesse allemande ». Même note dans deux décisions de la *Bayerische Oberlandsgericht* de 1951 et de 1953, sur lesquelles je reviendrai. Dans un arrêt de la Cour d'appel de Liège, les mesures de protection de l'enfance constituent « une œuvre de préservation sociale; elles ont surtout pour but d'empêcher la création et la persistance de foyers de dépravation ». Voilà, Messieurs, quant au mobile de la loi suédoise et des lois analogues. Elles ne visent plus exactement et uniquement l'individu dans sa cellule familiale; elles se préoccupent des répercussions au dehors, et quelle est la conséquence?

La conséquence, c'est que la loi va prévoir l'intervention exceptionnelle d'une branche de l'administration qui, dans les cas graves, va intervenir dans le jeu normal des institutions familiales et assumer la responsabilité de l'entretien et de l'éducation, soit en maintenant l'enfant dans son milieu, mais en le soumettant à une surveillance constante, soit en le soustrayant à son milieu, soit même, dans les cas tout à fait graves, en le soustrayant définitivement à l'autorité ou à l'immixtion quelconque des protecteurs familiaux qui sont déchus ou déchargés de leurs pouvoirs.

Je pense, Messieurs, qu'un tel organisme comme en Suède l'Office des mineurs est évidemment un organisme administratif — je ne sais pas

de quel autre nom je pourrais l'appeler — et qu'il assure un service administratif. Je trouve dans un auteur belge très récent et qui est notre actuel ministre des Affaires étrangères, professeur à Louvain, M. Wigny, qu'un service administratif se définit: « une entreprise née et contrôlée par le gouvernement pour assurer la satisfaction de besoins collectifs jugés essentiels ». Ça colle en plein à l'Office des mineurs. Il ne fait pas de doute qu'au même titre que les commissions d'assistance publique, les Offices des mineurs suédois comme les *voogdijraad* assurent un service public. Ce sont des organes d'autorité. Ils détiennent une parcelle de la puissance publique et ils ne peuvent être arrêtés par le fonctionnement normal des règles du code civil.

Cela est certain à l'intérieur du pays en ce qui concerne les tutelles suédoises en Suède, et les tutelles néerlandaises ou les puissances paternelles suédoises ou néerlandaises en Suède et aux Pays-Bas. Si vous avez un jugement coulé en force de chose jugée, qui attribue la garde à un parent dans l'hypothèse d'un divorce, eh bien! Messieurs, si l'Office des mineurs considère, ou si aux Pays-Bas le *voogdijraad*, ou en Belgique notre juge des enfants considère que le parent qui a la garde s'en acquitte mal, il peut intervenir, prendre n'importe quelle mesure prévue par la loi sur la protection de l'enfance, et la chose jugée ne pourra pas lui être opposée, car elle existe dans un autre ordre. Il n'y a donc pas de point commun entre la décision rendue au point de vue civil et la décision administrative. Elles se meuvent dans un autre ordre.

De même, sur le plan international, je n'ai pas besoin de vous dire qu'il y a une véritable impossibilité pour le *voogdijraad* néerlandais à agir en Suède comme pour le tribunal des tutelles allemand d'agir aux Pays-Bas, comme pour l'Office des mineurs suédois d'agir aux Pays-Bas à l'égard d'un enfant suédois qui s'y trouverait. Aucun État n'admettrait la pénétration sur son territoire d'agents d'une autorité étrangère, de délégués du juge des enfants belge qui viendraient faire une enquête, ou la réunion d'un organe administratif étranger venant délibérer sur le sort d'un enfant ou exigeant l'exécution de ses décisions. C'est incompatible avec notre notion élémentaire de souveraineté territoriale. C'est un des rares points où il y ait des compétences étatiques certaines dans le droit régissant la délimitation du monopole de l'État quant à l'exercice de la puissance publique, ce droit de s'opposer, sauf dans des cas expressément prévus par les conventions, au fonctionnement d'autorités étrangères sur son territoire.

Ainsi la thèse néerlandaise nous conduit à cette conséquence extraordinaire et déplorable, c'est qu'alors qu'il est impossible au *voogdijraad* d'intervenir en Suède à l'égard de l'enfant mineur néerlandais qui s'y trouve — car le droit international général lui interdit d'y faire les enquêtes qui seraient nécessaires pour prendre une décision ou d'y faire valoir ses décisions —, on prétendrait interdire au seul pays qui a la responsabilité de cette enfant, à la Suède, de prendre les actes d'autorité qui s'imposent après avoir procédé aux mesures d'information et d'instruction souhaitables. Ainsi, il suffirait qu'un enfant mineur se trouve à l'étranger pour qu'il échappe à toute possibilité d'intervention d'une autorité protectrice quelconque, celle de son pays d'origine comme celle du pays de séjour se trouvant l'une et l'autre dans l'impossibilité d'exécuter à son égard, de s'acquitter des compétences qui leur incombent.

Voilà les conséquences anarchiques auxquelles conduit l'argumentation néerlandaise. Ainsi, la nature des choses me paraît démontrer

de façon éclatante que les autorités suédoises doivent nécessairement se voir reconnaître la compétence et qu'elles sont seules compétentes pour prendre des mesures à l'égard d'un enfant étranger, même lorsque cet enfant est ressortissant d'un pays partie à la Convention.

Je me propose d'examiner maintenant, Monsieur le Président, le point de savoir si la thèse que je défends est conforme à la doctrine. Après quoi, je verrai si elle est conforme à la jurisprudence.

Je suis confus de devoir constater que le Gouvernement suédois avait cité dans la procédure écrite une série d'auteurs suivant lesquels les lois sur la protection de l'enfance prévoyant des mesures d'autorité à l'égard des enfants étaient applicables aux enfants étrangers. On n'en a rien dit, on n'y a rien opposé. J'avais cité, dans le contre-mémoire, page 45, un auteur belge, le président De Vos, *Les Pandectes belges*, le *Répertoire pratique de Droit belge*; un auteur néerlandais, Völlmar, suivant lequel les mesures prévues par la loi néerlandaise relevaient de l'ordre public international; un auteur allemand, Wolff, à la page 125 de la duplique, un auteur français, Donnedieu de Vabres, à la page 46 du contre-mémoire: pas de réponse.

Alors, j'ai rassemblé une nouvelle série de douze citations d'auteurs qui, toutes, expriment le même avis, et, vraiment, je n'ai pas trouvé d'avis divergents. S'il y en a, j'attends qu'on me les signale. Je ne vais pas tout vous lire, car véritablement, ce serait abuser de votre temps, et j'ai vraiment l'espoir que si, comme ce matin, Monsieur le Président veut bien prolonger quelque peu la séance, je vais finir ce soir.

Messieurs, il y a un juge des enfants, le plus ancien de Belgique, qui est mort maintenant, M. Paul Wets, dans *La Protection des Enfants étrangers*, page 5. Il y a une circulaire ministérielle encore toujours en vigueur, du 27 janvier 1913, qui a été publiée par le Bulletin de l'office de la Protection de l'enfance en 1913. Il y est dit « que la loi du 15 mai 1910 sur la protection de l'enfance est une loi de police et de sûreté, elle est de statut réel et dès lors oblige et protège même les étrangers qui se trouvent sur le territoire belge ». Sous réserve du mot « réel » que je préférerais voir remplacer par « territorial », je crois la théorie exposée claire et exacte. M. Van Hasselt, dans son *Traité international de droit privé des Pays-Bas*, n° 190, M. Phillips Hult, un auteur suédois, dans un traité sur les pères, les mères et les enfants selon le droit international privé suédois, 1943, page 75, note 1, expose:

« Eu égard au caractère de droit public de ce genre d'intervention, on ne saurait douter que même les enfants étrangers puissent être placés sous le régime de l'éducation protectrice ou de l'éducation dans une institution. »

Suivant Meili und Mamelok, *Das Internationale Privat- und Zivilprozessrecht auf Grund der Haager Konventionen*, page 274, remarque 2, « on ne peut pas confondre avec la tutelle: *die staatliche Fürsorge im Kirche, Schule, Spital nicht verwechseln*, donc le soin étatique dans l'Église, l'école, l'hôpital. Ce soin doit toujours être donné conformément à l'état de séjour. » D'après Nussbaum, *Deutsches internationale Privatrecht*, 1932, page 184, « les mesures pour la limitation de la puissance paternelle ne tombent pas sous la convention de La Haye ». Citons encore une série d'auteurs français: André Weiss: *Manuel de droit international privé*, 1925, remarque 3, qui mentionne l'ordre public international; Jules Valéry, *Manuel de droit international privé*, 1914, qui mentionne

l'ordre public territorial; n° 819, *Bulletin international de la Protection de l'enfance*, 1927, page 295, M. Pierre Nisot, qui affirme la même chose en ce qui concerne les lois françaises; M. Lerebours-Pigeonnière, dans son *Précis de droit international privé*, paru en 1954, sous le n° 351, la même chose; M. Batiffol, au n° 492 de son *Traité*; M. Niboyet, à la page 581 de son *Manuel*.

En ce qui concerne M. Niboyet, j'attire aussi votre attention sur ce qui se trouve dit dans le 6^{me} volume de son *Traité*, paru en 1949:

« Il existe en France une réglementation de plus en plus minutieuse au sujet de la protection de l'enfance — je lis cela à la page 139 — celle-ci, par son but et par son fonctionnement, doit être territoriale et s'impose à tous sur le territoire français. C'est une institution de police et de sûreté au sens de l'article 3, alinéa 1, du code civil. Les autorités françaises qualifiées sont donc compétentes à l'égard de tous les enfants se trouvant en France quelle que soit leur nationalité. Ainsi aucune organisation étrangère de tutelle ne peut prévaloir à l'encontre des pouvoirs des autorités françaises pour statuer sur la garde des enfants et la puissance paternelle à leur égard le cas échéant. En pareil cas, la loi française s'applique et non la loi de tutelle. »

Je crois donc pouvoir dire que ma démonstration est faite en ce qui concerne la doctrine sur ce point précis et essentiel, le seul: est-ce que la loi sur la protection de l'enfance est d'application aux enfants étrangers?

Je me trouve devant une doctrine unanime, et peu m'importe que l'on qualifie la loi de protection de l'enfance de loi de police et de sûreté, comme ce dernier extrait, ou de loi d'ordre public et administratif, suivant d'autres. Naturellement, cela c'est une question théorique, une question d'école, c'est le résultat qui importe pour la décision que la Cour aura à prendre.

[Audience publique du 1^{er} octobre 1958, matin]

Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, j'arrive à la dernière partie de mon exposé et je ne compte pas, étant donné l'attention que vous avez bien voulu me prêter, résumer au début de cette audience ce que je vous ai exposé dans les audiences précédentes. J'en étais arrivé hier après-midi à ce qui me paraît vraiment l'essentiel de cette affaire, à savoir si la loi sur l'éducation protectrice peut l'emporter sur la loi régissant la tutelle, loi étrangère rendue applicable par une règle de conflits de lois inscrite dans la Convention de 1902. Je vous ai montré qu'à mon avis il devait nécessairement en être ainsi vu le caractère de cette loi suédoise sur l'éducation protectrice. Je vous ai montré que, sauf plus ample informé, l'unanimité de la doctrine était en ce sens, et je dois vous dire un mot maintenant de la jurisprudence. Là, Messieurs, je constate que, à ma vive surprise, mon estimé contradicteur a cru pouvoir m'arrêter net au seuil de ma démonstration en jetant par-dessus bord l'ensemble des décisions que j'avais produites, à l'aide de cet argument saisissant que ces décisions ne constituaient pas des « *precedents* » — et il nous a sorti à l'appui de sa thèse un texte assurément formel d'un éminent auteur anglais, Black, « *Law of Judicial Precedents* ».

J'ai à peine besoin de dire à la Cour que, avec tout le respect que je dois à M. le professeur Kisch, cette invocation est totalement étrangère

à la question qui nous occupe. Les règles relatives aux « *precedents* » sont des règles anglaises. Elles énumèrent les conditions auxquelles doivent satisfaire des décisions judiciaires en Angleterre pour avoir force obligatoire auprès des tribunaux anglais. En Angleterre, une décision judiciaire s'impose à l'observation de la Chambre des Lords elle-même dans les instances ultérieures, à moins qu'on ne puisse relever dans le cas nouveau des différences justifiant qu'on s'écarte de la solution précédemment adoptée.

Mais nous sommes ici devant la Cour internationale de Justice, qui elle n'est même pas liée par ses propres arrêts ni par ceux de la Cour permanente. Il n'y a donc pas de « *precedents* » possibles. J'ai à peine besoin de vous dire que votre article 59 du Statut l'a formellement écarté: « La décision de la Cour n'est obligatoire que pour les Parties en litige et dans le cas qui a été décidé. » Et *a fortiori* en est-il ainsi en ce qui concerne la force obligatoire des décisions des juridictions nationales. Il serait au surplus impossible de concevoir qu'elles puissent faire office de « *precedents* » puisqu'elles ne sont pas conformes les unes aux autres, puisqu'il n'y a pas d'unité de jurisprudence entre les divers pays et que vous ne pouvez pas être liés à la fois par la jurisprudence française, par la jurisprudence allemande, par la jurisprudence néerlandaise ou suédoise, alors que par hypothèse, sur plusieurs points, elles vont différer.

Mais s'il n'y a pas de « *precedents* », il y a la jurisprudence, ce qui est tout à fait différent. Et je suis en droit d'invoquer tout à fait librement l'autorité de décisions judiciaires de divers pays en attirant l'attention sur les principes qui y sont énoncés, sauf bien entendu à mon estimé contradicteur à s'insurger contre leur autorité ou à s'efforcer de vous démontrer qu'en réalité, en l'espèce, les principes que j'invoque ne s'appliquent pas. En agissant ainsi, Messieurs, je ne me mets pas en contradiction avec l'article 59, mais je me sers de l'article 38 qui prévoit comme source auxiliaire les décisions judiciaires, car l'article 38 vise selon moi aussi bien les décisions judiciaires des différentes nations que la doctrine des publicistes les plus qualifiés des différentes nations. Vous êtes libres, ceci dit, d'apprécier la valeur de ces décisions judiciaires, mais vous pouvez être en droit d'y trouver des indications valables, surtout lorsqu'il s'agit de voir de quelle façon a été appréciée dans les divers pays l'incidence de la Convention de 1902 ou d'autres règles de conflits de lois sur le fonctionnement d'une loi protectrice de l'enfance.

Je crois donc pouvoir maintenir intégralement les décisions judiciaires que nous avons citées dans notre procédure écrite.

Nous avons cité des décisions belges, déjà relativement anciennes, un arrêt de la Cour d'appel de Liège du 10 juillet 1917 et un jugement du tribunal de Liège du 23 novembre 1917. Nous pouvons y ajouter un jugement de Charleroi du 13 septembre 1920 publié dans la *Revue de Droit pénal et de Criminologie* de 1920, page 49, et un jugement du même tribunal du 6 mai 1954. D'autre part, nous avons cité et reproduit en extrait dans la duplique, pages 123 et 124, deux arrêts du *Reichsgericht* de 1927 et de 1933 remarquablement rédigés. Je ne vais pas vous les relire, Messieurs, parce que je sais que vous les relirez au cours de votre délibération, mais je désire ajouter quelques arrêts tout à fait conformes d'une autre juridiction allemande, de l'*Oberlandsgericht* de Bavière.

Ce sont des arrêts plus récents, mais qui vous montrent qu'il n'y a pas d'hésitation sur la question que j'ai plaidée, en Allemagne. Toutes ces décisions sont reproduites dans le recueil « *Die Deutsche Rechtsprechung*

auf dem Gebiet des Internationalen Privatrechts », donc la jurisprudence allemande sur le terrain du droit international privé, qui est publié en annexe au « *Zeitschrift für Ausländisches und Internationales Privatrecht* ». Dans le Recueil de 1950-1951, n° 108, une décision de cet « *Oberlandsgericht* » du 21 février 1951 dispose que la loi sur le bien-être de la jeunesse, à l'exception de l'éducation protectrice, ne s'applique pas aux enfants étrangers. Donc, la « *Fürsorgeerziehung* » s'applique. Dans la décision rendue par la même juridiction le 30 octobre 1950 (même recueil, n° 109), il s'agissait d'un conflit entre deux tribunaux de tutelle, qui tous les deux avaient statué en sens différents à l'égard du même enfant. Le *Oberlandsgericht* relève que les décisions ne mentionnent pas la nationalité de l'enfant qui requiert l'éducation protectrice mais que cela est sans importance, car « la qualité d'étranger d'un enfant ne fait pas obstacle à l'éducation protectrice lorsque pour le surplus les conditions prévues par la loi sont réunies. Point n'était donc nécessaire pour vérifier l'application du droit formel d'établir la qualité d'étranger puisque, en pareil cas, l'intérêt public qu'il y a à empêcher l'influence nuisible de mineurs étrangers négligés impose d'appliquer aux mineurs étrangers les dispositions applicables aux mineurs allemands. »

Et dans une décision plus récente encore de l'*Oberlandsgericht* de Bavière du 24 août 1953 publiée dans le même Recueil, mais pour les années 1952-1953, page 451, il est dit que le fait que l'éducation protectrice peut être ordonnée à l'égard d'un enfant étranger ne découle pas directement des dispositions de la loi allemande sur l'éducation de la jeunesse, qui est muette à cet égard — comme la loi suédoise du reste —, mais elle est inhérente à la *nature du droit public* de ces mesures. Celles-ci ne visent pas seulement l'amélioration de la jeunesse allemande mais servent également *l'intérêt de la communauté*, en protégeant la jeunesse allemande de la mauvaise influence des mineurs abandonnés ou délinquants. L'arrêt précise que ce point de vue est approuvé par le *Reichsgericht* et suivi par la jurisprudence allemande et également approuvé par la doctrine. Suit une très longue énumération de décisions judiciaires et d'auteurs allemands dans le même sens.

Enfin, la Cour se souviendra que nous avons cité, pages 87 à 91 du contre-mémoire, diverses décisions du *Hoge Raad*. D'abord une décision de 1924, dans laquelle, à vrai dire, il ne s'agissait pas de la loi hollandaise sur la protection de l'enfance, mais d'une autre disposition de la législation néerlandaise que l'on considérait comme d'ordre public, à savoir : la nécessité d'avoir un tuteur *ad hoc* pour exercer une action alimentaire en faveur d'un enfant mineur. Il s'agissait donc d'une invocation de l'ordre public *stricto sensu*, lequel, nous l'avons vu, est toujours sujet à discussion, ce qui n'est pas le cas lorsqu'il s'agit d'une disposition relative au fonctionnement d'autorités comme celles qui concernent la protection de l'enfance. N'empêche que, s'agissant d'un mineur de nationalité allemande, qui se trouve donc sous le coup de la Convention, et bien que la Convention ne contienne aucune exception quelconque visant l'ordre public, le *Hoge Raad* déclare, contrairement à la thèse défendue par M. le professeur Kisch, et conformément à la thèse extrémiste qu'il m'attribuait, qu'à tort le juge de canton et le tribunal ont refusé la nomination d'un représentant spécial *ad hoc*, et que l'ordre public exige que cette nomination se fasse suivant le droit néerlandais.

Dans la deuxième décision du *Hoge Raad*, il s'agissait d'une action intentée par le Ministère public en déchéance d'un père allemand pour

incapacité de remplir son devoir d'éducation vis-à-vis de son enfant également allemand.

« Attendu », dit le *Hoge Raad*, « qu'il s'agit ici de parents et d'un enfant de nationalité allemande, de manière que le droit allemand est applicable [ceci est la *lex tutelae*];

Que la section B du titre 15 du livre 1^{er} de notre Code civil contient toutefois des prescriptions inspirées non seulement de l'intérêt des enfants, mais également du *vœu de protéger la société contre les conséquences d'une mauvaise éducation de la jeunesse*;

Que l'ordre public des Pays-Bas est donc tellement lié à ces prescriptions qu'il exige que les mesures qu'elle prévoit envers les parents et les enfants s'appliquent chaque fois que des enfants résidant sur le territoire se trouvent en danger du fait des parents;

Que le droit allemand pour un cas comme celui-ci connaît en vertu du paragraphe 63 de la « *Reichsgesetz für Jugendwohlfahrt* », la « *Fürsorgeerziehung* », mais que cette mesure ne peut être prise aux Pays-Bas, étant donné qu'elle n'est pas prévue par notre législation [la loi nationale en matière de protection de la jeunesse n'est donc pas applicable en tant que *lex tutelae*], mais qu'en vertu de l'ordre public des Pays-Bas, la mesure prévue par le droit néerlandais peut être prise à l'égard de l'enfant. »

C'est clair: comme *lex tutelae* on reconnaît aux Pays-Bas la loi allemande, on écarte par contre la loi allemande d'éducation protectrice comme étrangère à la *lex tutelae*, tandis qu'on applique la loi protectrice néerlandaise comme relevant de l'ordre public néerlandais, comme ayant force territoriale. Qu'est-ce que l'on veut de plus comme autorités jurisprudentielles?

La troisième décision du *Hoge Raad* que nous citons est du 23 septembre 1949. Il était relevé dans le pourvoi qu'une mise sous surveillance telle que celle prévue par la section 3 du titre 15 du livre premier du Code civil ne pourrait avoir lieu pour un enfant de nationalité italienne.

« Cette thèse ne peut être adoptée. Les dispositions de la Section précitée ne visent pas seulement les intérêts de l'enfant, mais elles sont également inspirées par l'intérêt de la société que les enfants ne grandissent pas ici d'une manière qu'ils soient menacés de déchéance morale ou physique, que l'ordre public des Pays-Bas est si étroitement lié à ces dispositions qu'il exige que les mesures applicables d'après ces dispositions doivent être prises chaque fois que des enfants résidant sur le territoire et quelle que soit leur nationalité se trouvent dans le danger contre lequel ces dispositions pourvoient. »

A toutes ces décisions M. Kisch m'a fait diverses objections, indépendamment de son refus d'y voir des précédents, ce que nous avons déjà rencontré.

Tout d'abord, il nous a indiqué qu'il pourrait admettre qu'une mesure soit prise par l'État où se trouve l'enfant lorsque cette mesure est *équivalente* à la mesure qui pourrait être prise dans le pays d'origine, conformément à la loi nationale, si l'enfant y était demeuré. Et il a, à titre d'exemple, montré que tel était le cas dans l'espèce de 1924, où l'on pouvait dire que cette désignation du tuteur *ad hoc* pour l'introduction d'une action alimentaire était l'équivalent d'une autre autorisation

sans doute différente mais tout de même requise par la loi allemande pour l'introduction d'une pareille action. Eh bien, Messieurs, l'observation de M. Kisch est exacte en fait en ce qui concerne l'espèce de 1924, c'est-à-dire que l'avocat général a fait observer qu'« il y a une mesure correspondante dans la loi d'origine ». Mais on constatera qu'il n'y a pas trace dans la décision finale du *Hoge Raad* de cet argument ou de cette condition posée pour l'application de la loi hollandaise. Elle serait du reste tout à fait incompatible avec l'intérêt public, car si vraiment la mesure d'éducation protectrice devait être subordonnée à la vérification qu'il existe une mesure semblable dans la législation d'origine, il en résulterait, Messieurs, que si d'aventure un enfant iranien se trouvait dans un état de danger et que la législation iranienne ne connaisse pas de mesure d'éducation protectrice — je m'excuse pour l'Iran de cette hypothèse — les autorités hollandaises devraient être paralysées. Je crois qu'il suffit d'énoncer cette conséquence pour sentir l'absurdité du système que l'on vous propose. On se demande au surplus ce que M. Kisch peut espérer de cette règle qui exigerait l'équivalence, alors qu'incontestablement celle-ci existe entre la mesure d'éducation protectrice et la mise sous surveillance aussi bien qu'entre l'autorisation requise par la loi néerlandaise pour l'introduction d'une action alimentaire et l'autorisation différente prévue par la législation allemande.

Nous avons dit cela dans notre duplique et dans notre contre-mémoire parce que nous répondions à une tentative qui avait été faite dans le mémoire aux pages 15 à 16 de nier qu'il y eût dans la législation néerlandaise un équivalent de l'éducation protectrice, la mise sous surveillance étant soi-disant différente! Mais ni dans la réplique, ni dans la plaidoirie cette thèse n'a plus été soutenue. Bien au contraire, M. Kisch nous a lu lui-même au début de sa plaidoirie l'appréciation faite par les auteurs néerlandais sur la gravité de la mise sous surveillance lorsqu'elle s'accompagne d'une soustraction de l'enfant au milieu familial. Il y a donc bien parallélisme entre les deux législations aux Pays-Bas.

Je sais bien que la gravité de la mesure est d'un degré moindre et qu'il en est de même pour sa durée, mais j'attire l'attention de la Cour sur le fait que la législation néerlandaise a été modifiée dans les tout derniers temps par une loi de 1955 entrée en vigueur à une époque toute récente et dont nous n'avions pas connaissance lorsque nous avons reproduit les dispositions néerlandaises à la page 84 de notre contre-mémoire. Cette modification de la législation, contrairement au vœu de certains juristes néerlandais, ne s'est pas produite dans le sens de l'adoucissement mais de l'aggravation. Dans le texte ancien de l'article 372 *b*, le juge des enfants déterminait la durée de l'admission dans un établissement avec un maximum d'un an ou de six mois si l'enfant n'a pas atteint l'âge de 14 ans, et il ne pouvait prolonger le terme de l'admission qu'une fois, et pour six mois au plus. Or, voici la disposition de la loi du 20 juillet 1955 actuellement en vigueur :

« Le juge des enfants peut faire admettre l'enfant dans un établissement ou dans un autre endroit à fixer ou fixé à cette fin par ou en vertu d'un règlement général d'administration, si une telle admission est jugée indispensable dans l'intérêt des soins et de l'éducation. Lors de son choix, le juge des enfants tient compte du désir de ceux qui exercent l'autorité, des opinions religieuses de l'enfant et du foyer auquel il appartient. Il détermine la durée de

l'admission pour un terme de tout au plus un an, » — il n'est donc plus question de réduction à six mois si l'enfant n'a pas atteint l'âge de 14 ans —, « il peut prolonger le terme de tout au plus deux ans, » et pas de une fois six mois, « une prolongation ultérieure n'est toutefois possible, chaque fois pour un an, que lorsque l'enfant a atteint l'âge de dix-huit ans ou lorsque l'enfant a atteint l'âge de treize ans, mais que la prolongation est indispensable afin de continuer une éducation commencée. »

Nous nous trouvons donc devant une mesure beaucoup plus radicale que celle d'avant 1955, et qui vraiment maintenant se rapproche étrangement de celle de l'éducation protectrice suédoise. En conséquence, je crois pouvoir dire que même si l'on suivait mon estimé contradicteur sur le terrain où il a voulu nous entraîner, en réalité, nous devrions reconnaître que la situation en Suède est parfaitement semblable à celle qui existe aux Pays-Bas, et que, de même qu'aux Pays-Bas, la Suède a été tout à fait fondée à considérer que cette législation devait recevoir application également à l'égard d'enfants étrangers.

La deuxième critique de M. Kisch a été que, à la rigueur, il pourrait admettre l'intervention de la loi territoriale à l'égard d'un enfant étranger à titre de *negotiorum gestor*, de gérant d'affaires. Si, par exemple, M. Johannes Boll avait été convaincu des actes dont il était soupçonné et s'il avait été finalement condamné, la mesure d'éducation protectrice aurait dans ce cas rencontré l'approbation des Pays-Bas et ceux-ci se seraient vraisemblablement hâtés de prononcer la déchéance ou la décharge de Johannes Boll de sa tutelle.

A cela je réponds simplement tout d'abord que je ne suis pas certain qu'il en aurait été ainsi et qu'il aurait fallu encore que M. Johannes Boll se reconnût coupable ou que le Gouvernement des Pays-Bas reconnût la décision fondée, car le jugement de condamnation prononcé dans un pays étranger n'a aucune autorité quelconque en ce qui concerne les Pays-Bas, qui sont tout à fait libres de lui donner ou de ne pas lui donner certains effets.

Mais, quoi qu'il en soit, cela ne prouve pas que l'autorité territoriale suédoise eût été tenue de prendre l'avis des autorités néerlandaises ou de donner à sa mesure un caractère provisoire et de laisser la décision aux autorités néerlandaises. Je demande à mes estimés contradicteurs où et quand les autorités néerlandaises, statuant à l'égard d'enfants étrangers, ont manifesté semblable souci? Où et quand elles ont considéré qu'elles agissaient à ce titre provisoire comme gérant d'affaires sous réserve de la décision finale qui serait prise par l'autorité étrangère? Il n'y a pas trace d'une préoccupation semblable de la part des autorités néerlandaises, et c'est tout à fait gratuitement que ce reproche nous est adressé.

Mon estimé contradicteur imagine alors un système transactionnel qui marque de sa part, à mon avis, un dangereux recul: la loi d'éducation protectrice suédoise pourrait recevoir application à l'égard des enfants délinquants, en ce cas l'éducation protectrice prendrait un caractère quasi-pénal et pourrait être assimilée à une des catégories Niboyet; elle pourrait recevoir une application territoriale même à l'égard d'un enfant étranger. Et il souligne que c'était notamment le cas en ce qui concerne une décision du *Hoge Raad* de 1942, où effectivement un enfant avait été soupçonné ou plutôt s'était livré à divers vols nécessitant la

mise sous surveillance, les parents ne pouvant empêcher l'enfant de commettre ces vols.

Messieurs, tout d'abord je constate que s'il est vrai qu'en 1942 l'enfant commettait des vols, cette circonstance n'existait pas dans l'espèce jugée par le *Hoge Raad* en 1924, ni dans celle jugée en 1949. Au surplus, en 1942 la décision du *Hoge Raad* n'a pas été motivée par le fait qu'il s'agissait d'un enfant délinquant. La Cour a estimé que la loi devait recevoir application chaque fois que l'enfant se trouvait *en danger du fait des parents*. Et le *Hoge Raad* a eu raison. C'est un contre-sens grave que de parler de mesures quasi-pénales prises contre un enfant. Quand un tout jeune enfant se livre à quelque larcin, il n'y a pas lieu de prendre des mesures contre lui mais *pour lui*. Il est « en danger », et il n'y a aucune différence quelconque à établir entre ce cas-là et celui où, à d'autres titres, son état physique ou moral aurait été mis en danger par les parents.

Sur le plan de la loi suédoise, le *distinguo* proposé ne tient pas davantage: on relève que la décision a été prise par l'Office des mineurs sous l'angle de l'article 22 a): « Un enfant en-dessous de 16 ans qui, dans la maison familiale, est maltraité ou exposé à une négligence sérieuse ou à un autre danger », et on expose que si elle avait été prise sous l'angle de l'article 22 c): « un enfant en-dessous de 18 ans dont la délinquance est si grave que des mesures éducatives spéciales sont requises pour sa correction », on se serait incliné et on aurait été d'accord pour estimer que la loi s'appliquait.

Messieurs, quand vous relirez ce texte, vous constaterez qu'il n'y a pas que a) et c), il y a aussi b). Quelle est l'opinion de M. Kisch au sujet de b)? Est-ce qu'il va considérer la loi applicable ou non applicable? C'est le cas d'un enfant du même âge « qui, en raison de l'immoralité, de la négligence ou de l'inaptitude à la tâche de ses éducateurs ou de ses parents est en danger de devenir délinquant ». Rendez-vous compte, comme vous l'a indiqué M. Pétrén, que cette distinction est tout à fait artificielle. Les dispositions suivantes de la loi, c'est-à-dire l'article 23 et l'article 24, prévoient de façon uniforme la même gradation de mesures laissée au choix de l'Office des mineurs, suivant la gravité des faits et non pas de leur qualification. J'ajoute qu'encore une fois le système proposé conduirait à des conséquences qui défont le bon sens. Supposez que se présente, comme cela peut se produire dans d'autres pays, le cas d'une famille d'immigrants où il y a des enfants, qui se sont installés en Belgique. Ils ont ouvert un atelier, et ils travaillent tous ensemble, toute la famille, et les parents refusant d'envoyer les enfants à l'école et les faisant travailler. On condamne les parents; mais ils s'obstinent. Ils paient les amendes, les enfants restent à travailler à la maison. N'aurions-nous pas le droit d'intervenir, sous prétexte que les enfants n'ont pas commis de délit, ce qu'un enfant, par définition, ne peut pas commettre? Si notre Office des mineurs ne peut pas intervenir, l'Office des mineurs du pays d'origine — s'il en existe un — ne peut pas non plus intervenir puisqu'il se trouve dans un autre pays. Et cet abus devrait continuer indéfiniment?

Je ne crois vraiment pas que la distinction que l'on vient d'imaginer et dont il n'y a pas trace dans la procédure écrite puisse un instant être retenue par la Cour, car elle conduit à l'anarchie.

Après avoir essayé de se débarrasser de décisions que nous citons, M. Kisch en a cité deux de son côté. J'ai vraiment souri en l'entendant:

c'était d'après lui les seuls précédents qui méritaient d'être retenus comme précédents. Il y avait une décision du *Reichsgericht* de 1907, je crois, dans laquelle on avait estimé que l'ordre public n'imposait pas, à l'égard d'un tuteur étranger, de placer des fonds provenant de la vente d'immeubles dans un établissement spécial. C'est vraiment là un précédent? Cela n'a rien à voir avec la loi sur la protection de l'enfance, c'est un cas d'application de l'ordre public au sens large, et je ne vais pas m'attarder à le discuter un instant.

L'autre espèce citée est l'arrêt de la Cour de Bordeaux — l'affaire de la gentille Elsa opposée à la méchante Elisabeth; la Cour de Bordeaux avait estimé que sur base de l'article 7 de la Convention, il lui était possible de justifier la continuation jusqu'à nouvel ordre d'une tutelle créée en France, organisée en France, malgré la tutelle plus récemment organisée en Allemagne. Le professeur Kisch oublie que nous n'avons pas invoqué l'article 7. Ce n'est pas à titre de mesure d'urgence, mais de mesure d'ordre public dérivant d'une loi d'intérêt public de nature administrative, que nous avons agi, et que M. Kisch regrette ou approuve la décision de Bordeaux, cela m'est tout à fait égal; elle n'a aucun rapport avec la question que nous plaidons.

Je crois donc pouvoir conclure que l'examen de la jurisprudence conduit aux mêmes conclusions que l'examen de la doctrine et l'analyse de la loi suédoise sur la protection de l'enfant.

Au surplus, je dois relever à nouveau, dans le système néerlandais, cette concession qui semble faite dans l'espoir d'alléger le bateau et qui, à mon avis, détruit totalement la valeur de leur argumentation. M. Kisch nous a dit :

« Nous pouvons comprendre que tant que le soupçon était fort les autorités suédoises se soient senties tenues de protéger l'enfant... »

et plus clairement encore, nous avons lu dans la réplique, page 106, que :

« Même en observant la plus grande prudence et réserve à l'égard des conventions » — c'est-à-dire de la Convention de 1902 — « on pourrait sérieusement considérer que la Convention de 1902 a été dominée par la notion d'ordre public au moment où l'enfant fut mis sous l'éducation protectrice. »

Mais si on admet que, le 5 mai 1954, les autorités suédoises ont pu mettre l'enfant sous éducation protectrice, c'est qu'elles étaient compétentes. Et si elles étaient compétentes pour *mettre* l'enfant sous éducation protectrice, elles l'étaient pour l'y *maintenir* ! Une fois cette compétence admise, le reproche que l'on nous fait change d'objet. Il ne s'agit plus alors que d'avoir mal usé de cette compétence, c'est-à-dire d'en avoir abusé. Mais cela n'est plus le procès ! Ça n'est plus le respect de la Convention ! S'il est acquis que l'Office des mineurs exerce une compétence qui lui appartient suivant le droit international, il demeure certes possible, Messieurs, que l'Office des mineurs se soit trompé. Mais s'il a commis une erreur de bonne foi, c'est sans pertinence. Votre Cour n'est pas une Cour de revision. Vous n'allez pas examiner les motifs pour lesquels il a agi et voir si vous jugez comme lui ! Par contre, il y a naturellement place pour un procès international si l'Office a manqué à d'autres lois de droit international, celles relatives au traitement des étrangers, celles relatives au respect des droits de la défense, éventuellement celles relatives au déni de justice, au sens large. Mais, Messieurs,

cela, c'est un autre procès! Nous ne sommes plus dans le domaine de l'application de la Convention! Du moment que vous reconnaissez que les autorités suédoises avaient compétence pour faire prévaloir, sur la loi de tutelle, qu'elle soit nationale ou étrangère, les impératifs résultant de l'ordre public, l'affaire est finie, le procès tel qu'il nous a été intenté est gagné, vous n'avez plus à examiner les autres questions.

Ce n'est donc qu'à titre tout à fait subsidiaire, et pour finir, que je vais rencontrer les trois observations, les trois critiques qui sont dirigées, cette fois, non plus contre la compétence assumée par l'Office des mineurs, mais contre l'usage qu'il en a fait. Ces trois reproches, j'ai cru pouvoir les relever dans la plaidoirie plus clairement que dans l'exposé écrit. Je n'avais en effet trouvé dans la réplique qu'une allusion assez obscure au fait que la mesure ne pouvait pas être prise « dans les circonstances de la cause » — et nous avions indiqué, dans la duplique, le doute qui, dès ce moment, avait surgi en nous quant à la portée de cette observation.

Mais enfin, qu'est-ce qu'on nous a reproché ces jours-ci? Tout d'abord, que ceci est un *removal case*. Et puis que nous avons agi et maintenu la mesure alors que son motif avait manifestement disparu; elle avait donc été maintenue sans motifs. Le troisième reproche a été que l'Office n'avait pas observé les critères qui avaient été suivis, par exemple, aux Pays-Bas lors des enquêtes sur le rapatriement des mineurs et sur la personne à qui ces mineurs devaient être confiés. D'où on paraissait conclure que sa décision était nécessairement mauvaise.

Je rencontrerai d'abord le premier reproche. Il avait été présenté dans la procédure écrite, mais sous une forme différente. Vous vous souvenez qu'on avait consacré dans la réplique une place considérable à la notion de *substantive connection*; elle y occupait les pages 102 à 105. On prétendait que l'ordre public ne pouvait pas être invoqué lorsqu'il n'y avait pas un lien particulièrement étroit entre les intérêts publics dont on avait la garde et le fait juridique auquel on prétendait l'appliquer. Et, spécialement en ce qui concerne le domicile, on avait paru exiger que ce soit seulement à l'égard d'enfants à demeure dans le pays que, à la rigueur, les lois sur la protection de l'enfance puissent s'appliquer.

Messieurs, ce que nous avons répondu à cela dans notre duplique, à la page 125, je n'y reviendra pas. Si cela a été abandonné, c'est vraisemblablement parce que l'on a reconnu que, en fait, Elisabeth Boll était tout ce qu'il y a de plus domiciliée en Suède, non pas seulement légalement, mais physiquement résidente depuis sa naissance.

Alors, aujourd'hui, on change un peu la présentation du motif. On ne s'occupe plus de la situation qui existait en mai 1954, au moment où la mesure est prise, mais on fait valoir que ceci est un *transfer case*, un *removal case*. On affirme que, si la mesure était levée, Elisabeth Boll quitterait la Suède pour les Pays-Bas; on en déduit que l'ordre public suédois n'est donc pas intéressé au maintien d'Elisabeth Boll sous éducation protectrice; et que, paradoxalement, l'Office des mineurs a créé, par la mesure prise, le lien local d'intérêt public auquel il prétend obéir.

Ce raisonnement peut avoir séduit la Cour ou avoir troublé certains juges, mais j'ai confiance qu'il ne résistera pas à un examen approfondi. Monsieur Kisch perd de vue manifestement — et c'est ma première réponse — qu'une fois que l'Office des mineurs a pris charge d'un enfant, il a assumé une responsabilité, il doit s'en acquitter à l'égard de cet enfant. Et il n'est pas loisible à un tiers de mettre fin à cette action en

retirant l'enfant et en le mettant dans un pays étranger. L'Office des mineurs, ayant décrété une mesure, a la responsabilité de la maintenir jusqu'à ce que lui juge qu'elle est devenue inutile.

Voyez donc où nous conduirait le système proposé! Supposez qu'un gouvernement étranger approche l'un de vos gouvernements et lui dise: « Vous avez condamné un de mes ressortissants à quinze ans de travaux forcés. Vous avez prétendu défendre votre ordre public. C'est très bien. Vous aviez le droit de le faire. Mais nous exigeons que vous laissiez partir mon ressortissant. Ouvrez les portes de votre prison, expulsez-le, conduisez-le à la frontière, peu importe, une fois qu'il aura quitté votre territoire, l'ordre public ne sera plus intéressé à sa détention. Et, dans ces conditions, la mesure ne se justifiera plus. Vous avez donc à le libérer. » Je crois que cette demande n'aurait pas de chance d'être accueillie.

Supposez qu'un médecin ait reçu un malade devant subir une opération et qu'au lendemain de l'opération, alors qu'il se trouve encore dans un état intransportable, qu'il n'est même pas en mesure de prendre une décision lui-même, des parents déclarent qu'il y a lieu de le retirer, de le transporter, de le ramener chez lui. Le médecin s'y opposera. Le malade lui a été confié; il se considérera comme responsable de sa vie et seul juge de son transport.

Et de même dans le domaine de la protection de l'enfance, le système qui vous est proposé aurait pour conséquence de ruiner les possibilités de protection de l'enfance dans certains cas. Il suffirait qu'un père indigne, chaque fois qu'une mesure est prise à l'égard de l'enfant dont il a la garde, passe une frontière, puis exige que l'enfant soit retiré de l'établissement ou du foyer où il a été déposé, l'intérêt public de cette mesure ayant disparu pour le pays qui l'a prise, et tout serait à recommencer.

Ajoutons enfin que si, en droit, ce système ne me paraît pas défendable, en fait il manque totalement de base en l'espèce, car c'est tout à fait gratuitement que, pour les besoins de la cause, Monsieur Kisch considère comme acquis qu'Elisabeth Boll, une fois l'éducation protectrice levée, irait habiter aux Pays-Bas. Comme je l'ai indiqué au cours de mon exposé de fait, c'est le contraire qui résulte des documents qui sont produits, puisque, dans le mémoire lui-même, aux pages 27 et 28, on voit le Conseil de gouvernement de la province d'Östergötland prendre acte, le 28 octobre 1955, de la décision prise par la tutrice qu'au cas où la garde serait levée l'enfant demeurerait à Norrköping et sera confiée à Monsieur et Madame Törnquist. Donc, Messieurs, ce n'est même pas un *removal case*, et nous nous trouvons dans une situation identique à celle qui aurait existé si, Madame Boll étant encore en vie, les mêmes faits s'étaient produits, l'éducation protectrice avait estimé devoir agir à l'égard de cette enfant vivant avec père et mère en Suède et avait pris une décision. Cette décision doit être maintenue jusqu'à ce qu'il en ait été jugé autrement par les autorités compétentes.

Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, le deuxième grief tendant à établir que la mesure était injustifiée est que, ayant été prise sur le vu des soupçons dirigés contre le père Boll, elle a été maintenue après le non-lieu dont M. Boll avait bénéficié.

Je crois y avoir répondu déjà. Oui, nous l'admettons, il y a à l'origine un soupçon dirigé contre le père. Mais c'est extraordinaire de prétendre appliquer à des questions comme celle de la protection de l'enfance un adage tiré, je crois, de la physique, ou des sciences naturelles, que *cessante causa, cessat effectus*. Ai-je besoin de dire qu'en l'espèce nous nous

trouvons devant une enfant qui, pour quelque cause que ce soit, a été une enfant blessée moralement, une enfant qui à un moment donné a paru névrosée, qui se trouve dans un état nécessitant des soins, encore qu'il soit, bien entendu, impossible pour vous d'en juger, puisque nous n'avons ni l'un ni l'autre produit *in extenso* les motifs de la première décision. M. Kisch, comme je vous l'ai rappelé, a dit: « the least said about it the best ». Mais il faut être logique et ne pas tirer des conséquences du silence que nous observons de part et d'autre, et ne pas interpréter comme une absence de motifs le fait que les motifs ne sont pas indiqués de commun accord.

L'Office des mineurs a donc eu des raisons de juger le maintien de l'éducation protectrice nécessaire. Est-ce qu'elles étaient bonnes, suffisantes? Je le présume. Il vous est impossible d'en apprécier.

Même si la situation, en apparence, s'était normalisée, que rien ne subsistât des anciennes constatations et que l'enfant présentât tous les symptômes d'une nature apaisée, oublieuse des agitations anciennes, il ne serait pas certain que l'intérêt de l'enfant, avec lequel l'intérêt public s'identifie, exige ou permette la levée de la mesure. J'ai sous les yeux une étude parue sous la plume d'un spécialiste néerlandais, il y a quelque temps déjà, dans le *Bulletin international de la Protection de l'enfance*, en 1922, page 1005. C'est une étude d'une baronne van Verschuuren, sur la déchéance et la décharge de la puissance paternelle selon la loi néerlandaise. Elle écrit à ce sujet ce qui suit:

« Les termes de la loi suivant laquelle le rétablissement de la puissance paternelle ou du droit de garde de tutelle après décharge peut avoir lieu lorsqu'il apparaît que les faits qui ont amené la décharge ou la déchéance ne s'opposent plus à ce rétablissement, laissent au juge la faculté de ne pas procéder à celui-ci même si la conduite des parents n'y est plus un obstacle, lorsqu'il est d'avis qu'il est plutôt dans l'intérêt de l'enfant de rester sous une tutelle étrangère. Or, dans la pratique, l'intérêt de l'enfant exigera plutôt de le laisser chez ceux qui se sont chargés peut-être déjà depuis assez longtemps de son éducation, que de le ramener sous l'autorité à laquelle il a été soustrait autrefois. »

D'où je conclus que même s'il n'y avait pas eu d'autres motifs initiaux à la mesure que les soupçons relatifs à la conduite du père, il n'y aurait pas lieu d'en déduire qu'une fois l'accusation abandonnée il y a automatiquement l'obligation juridique pour l'Office des mineurs de faire cesser la mesure.

Au surplus, en fait, je constate qu'assez singulièrement les juridictions néerlandaises en ont jugé ainsi. Car, enfin, M. Johannes Boll a fait l'objet, de la part du tribunal de Dordrecht aussi, à l'initiative du Conseil de tutelle, d'une mesure de décharge. J'entends bien que cette mesure était en apparence motivée par le fait que son métier de capitaine de navire ne lui permettait pas d'exercer normalement ses fonctions d'éducateur. Mais tous les capitaines de navires ne sont pas, que je sache, aux Pays-Bas pas plus que chez nous, déchargés de leur puissance paternelle ou de la tutelle, et la date de la décision indique que si cette mesure fut prise, c'était évidemment pour tenir compte des soupçons dirigés contre Johannes Boll et la nécessité de pouvoir se présenter en Suède dans des conditions raisonnables pour demander qu'il soit mis fin à cette mesure. Après le non-lieu, et maintenant que M. Johannes Boll mani-

festement exerce la profession d'armateur, il semblait élémentaire qu'il s'adresse aux tribunaux néerlandais et leur dise: Faites cesser cette mesure de décharge qui a été prise. Il n'en a rien fait!

Voilà ce que j'avais à répondre à la deuxième critique. La vérité, c'est que ni la Cour, ni probablement mes adversaires, ni moi-même, nous ne sommes en mesure d'apprécier le mérite de la décision de maintien qui a été prise en Suède. Je vous ai dit que ce n'était pas votre responsabilité, que ce n'était pas votre tâche, que ce n'était pas le procès. Ceci dit, si néanmoins vous vouliez en avoir le cœur net et savoir exactement ce qui s'est passé, évidemment vous devriez ordonner aux parties de remplir les blancs qui figurent dans leurs pièces écrites, de vous fournir le dossier de la procédure administrative. Il va de soi que la Suède obtiendrait. J'ai toutefois indiqué, nous avons indiqué déjà dans notre duplique et cela est sous-entendu dans les conclusions d'audience que je lirai dans un instant, que nous prions dans ce cas la Cour de bien vouloir nous indiquer suivant quelle méthode ces documents seront déposés et discutés — j'ai en effet peine à croire, bien que le règlement de procédure ne prévoient rien à cet égard, que vous désiriez livrer à une curiosité malsaine des documents ou des débats d'une nature particulière. Vous entrerez dans un domaine qui, évidemment, n'avait pas été prévu par ceux qui ont élaboré le Statut de la Cour. Vous ne statuerez plus sur l'application de la Convention, vous statuerez sur la tutelle d'un mineur.

Voilà, Messieurs, je ne crois pas que la Cour doive se lancer dans cette aventure. A mon sens il lui suffira, pour répondre pleinement à la demande néerlandaise, de constater que les autorités suédoises ont exercé une compétence qui leur appartient en vertu du droit international et que la Convention n'a pas affectée, et, en ordre subsidiaire, si la Cour entre dans la voie indiquée par mes adversaires, de prendre acte du fait que les Pays-Bas n'ont pas apporté la preuve qui leur incombe dans ce domaine: que les autorités suédoises auraient manqué à leurs obligations de droit commun à l'égard de ressortissants néerlandais.

Il me reste à examiner une variante du grief de défaut de motifs ou de motifs injustifiés qui a été présentée en plaidoirie par le professeur Kisch, lorsqu'il a cru pouvoir constater que la décision prise par l'Office des mineurs et par les instances supérieures n'était pas conforme aux critères dont s'était inspirée une commission néerlandaise de réfugiés dont il avait fait partie. Celle-ci avait dû statuer sur l'attribution de quelque quatre mille enfants sauvés des persécutions nazies.

Je tiens tout d'abord à rendre un hommage sans réserves à l'activité du professeur Kisch dans ce domaine. Je suis persuadé qu'il a apporté tout son dévouement, toutes les ressources de son intelligence et de sa sensibilité à s'acquitter de fonctions aussi délicates.

Je ne vais pas discuter les critères qu'il nous a cités comme ayant été suivis par cet office. Je suis pourtant en droit de dire qu'ils n'ont pas une valeur internationale et qu'il serait étrange de voir la Cour internationale de Justice déclarer que les décisions de l'Office des mineurs devraient être réputées injustifiées parce qu'elles ne seraient pas conformes à ces critères. Ceci dit, je crois pouvoir constater qu'en ce qui concerne les principaux de ces critères, M. Kisch affirme gratuitement que la décision suédoise serait en opposition avec eux.

Car, enfin, Messieurs, il nous a dit que la Commission dont il avait fait partie se préoccupait tout d'abord de la relation existant entre l'enfant

et ceux qui le réclament; si c'étaient les père et mère, la remise était toujours acceptée; si c'étaient des amis ou des parents, elle était parfois accordée, parfois refusée. Or, Messieurs, qui réclame aujourd'hui Elisabeth Boll? C'est Catherine Postema. Catherine Postema, que je sache, n'est ni la mère ni même une parente d'Elisabeth Boll. Je ne sais pas si elle connaît Elisabeth Boll, Elisabeth Boll qui vit aujourd'hui avec ses grand-parents maternels. Est-ce que vraiment vous croyez que le premier critère qui nous a été énoncé devrait conduire automatiquement à lever la mesure prise à charge d'Elisabeth Boll?

On nous a dit aussi que la Commission néerlandaise prenait en grande considération la vulnérabilité de l'enfant. On nous a indiqué que l'on considèrerait qu'un enfant de 12, 13 ou 14 ans était normalement assez robuste pour supporter le changement.

Mais, qui nous dit que cela n'a pas été à la base même de la décision prise par l'Office des mineurs? Car enfin, c'est vrai qu'Elisabeth Boll a 13 ans et demi, mais est-ce que nous sommes en droit de dire qu'elle est dans des conditions normales qui doivent *de plano* faire considérer, apprécier sa vulnérabilité d'après cette évaluation abstraite de l'évolution suivant l'âge, ou bien, au contraire, est-ce que nous devons présumer que les troubles, les événements pénibles que l'enfant a vécus ont laissé chez elle, tout au moins, une plus grande vulnérabilité qui aurait pu déterminer — j'ignore si ce fut la raison principale — l'Office des mineurs à prendre la décision qu'il a prise?

Ainsi, Messieurs, bien que je ne croie pas du devoir de la Suède de montrer que tout de même cette décision de l'Office des mineurs n'est pas évidemment injustifiée, ayant cru convenable, fût-ce à l'égard de l'opinion publique non juridique, de rencontrer les critiques qui ont été faites quant au fond, je conclus à la possibilité, voire à la probabilité que ces décisions ont été prises à bon escient.

Me voici arrivé au terme de ma plaidoirie que je puis maintenant résumer.

Après avoir relevé des erreurs que je considérais comme essentielles, qui avaient été commises par mon contradicteur dans l'exposé des faits, j'ai développé les deux moyens opposés par la Suède à la demande néerlandaise. L'un de recevabilité. Les Pays-Bas dénoncent une violation des droits de ses ressortissants, Johannes Boll et Catherine Postema, tels qu'ils résultent de la Convention, or, d'après nous, ces droits ne sont pas protégés par la Convention, en ce qui concerne Johannes Boll, parce qu'il s'agissait d'une tutelle suédoise qui ne comprenait pas la garde et qui devait être exercée suivant la loi suédoise, y compris la loi sur l'éducation protectrice, surabondamment parce que même si Johannes Boll pouvait se réclamer le 5 mai 1954 de la loi néerlandaise, sa qualité de père-tuteur ne faisait pas d'office passer sous la rubrique tutelle, au sens de la Convention, les droits de puissance paternelle qu'il avait exercés jusque-là, alors surtout que même dans la législation néerlandaise cette mutation demeurait purement verbale, c'est-à-dire fictive. Quant à Catherine Postema, nous avons contesté qu'elle soit en mesure de se réclamer de la Convention, parce que succédant à un père-tuteur, par suite non d'un fait physique, comme un décès, mais d'un fait juridique, comme la décharge, elle ne pouvait se réclamer en Suède de ses droits de garde que si décharge et transfert s'imposaient à la Suède *en vertu de la Convention*. Or, cela est vrai en ce qui concerne l'administration des biens et, suivant nous, cela n'est pas vrai en ce qui concerne la garde,

du moment que cette garde faisait partie de la puissance paternelle de Johannes Boll.

Quant au fond, Messieurs, dans notre conviction la loi sur l'éducation protectrice est totalement étrangère au statut personnel, elle est par essence territoriale. Elle ne peut dès lors être arrêtée dans son application par le jeu d'une loi nationale étrangère à laquelle renvoie la Convention de 1902.

C'est là, Messieurs, une question simple, qui suppose l'examen des titres de la Suède à exercer cette compétence d'assurer sur son territoire la protection de l'enfance, et non pas la discussion des motifs qui ont déterminé les décisions des autorités compétentes dans une hypothèse déterminée. Ce n'est qu'à titre tout à fait subsidiaire que j'ai rencontré les critiques qui avaient été émises en ce qui concerne ces décisions elles-mêmes : l'appréciation de l'ordre public et de l'intérêt de l'enfant, qui amenaient les autorités suédoises à faire usage des facultés que la loi leur confiait.

En terminant, M. Kisch vous a dit que votre décision devrait s'inspirer exclusivement de considérations juridiques. Et je partage volontiers cet avis, j'y souscris sans réserve, non pas parce que vous seriez insensibles, parce que vous souscrieriez à je ne sais quelle conception du droit qui imposerait au juge une totale indifférence quant aux conséquences en équité des décisions rendues, mais parce que vous êtes saisis d'un litige entre deux États sous le seul angle de l'interprétation d'une convention internationale, que vous n'êtes pas informés des motifs des décisions qui ont été prises par les organes directement responsables du sort d'Elisabeth Boll, parce que vous n'avez dès lors pas la possibilité d'apprécier le bien-fondé de ces décisions et que vous n'avez dès lors pas la responsabilité des conséquences indirectes qui, en apparence, résulteraient de votre décision quant au sort de cette enfant.

Ceci dit, je ne puis dissimuler la pénible impression que m'a causé cette déclaration brutale de M. Kisch, lorsqu'il a dit : « If we can save the Convention even at the cost of making some children suffer, we must do it; the Convention comes first. » (Si nous pouvons sauver la Convention même au prix de souffrances imposés aux enfants, nous devons le faire, la Convention passe d'abord.) Il est vrai que sitôt après il a tenté de vous rassurer en disant qu'en l'espèce vous ne deviez pas craindre un aussi pénible dilemme, et que contrairement au cas d'Elsa soumis à la Cour, le respect de la Convention telle qu'il l'interprétait servirait du même coup la justice et l'humanité.

Messieurs, je l'écoutais rêveur et, tout en l'écoutant, j'avais devant les yeux l'image de « some child », certaine enfant, que la décision sollicitée par mes adversaires plongerait dans le désarroi, l'affolement, la panique, les larmes, si même elle satisfaisait aux conceptions de M. Kisch en matière de justice et d'humanité. J'ai la satisfaction de me dire que si votre décision rendue exclusivement sur la base du droit et de l'interprétation de la Convention est conforme à ce que vous demande le Gouvernement de la Suède, vous aurez évité cette souffrance à cet enfant.

Monsieur le Président, il ne me reste plus qu'à vous donner lecture des conclusions que M. l'agent du Gouvernement de Suède prend dans cette affaire.

Conclusions d'audience

PLAISE A LA COUR

Quant à la recevabilité

dire pour droit

- 1) que les droits de garde, d'éducation et autres exercés par Johannes Boll sur la personne de sa fille jusqu'au 5 août 1954 relevaient de sa puissance paternelle et non de la tutelle au sens de la Convention de 1902; qu'il en était d'autant plus sûrement ainsi en l'espèce qu'à son initiative sa tutelle avait été initialement organisée suivant la loi suédoise qui ne comprend pas dans cette institution les droits relatifs à la personne de l'enfant; que la décision du 5 mai 1954 n'a pu dès lors léser des droits protégés par la Convention;
- 2) que lorsqu'ultérieurement les autorités néerlandaises eurent successivement organisé la tutelle de Johannes Boll suivant la loi néerlandaise, puis déchargé Johannes Boll de ses fonctions pour lui substituer Catherine Postema, les tribunaux suédois mirent fin à la tutelle organisée par eux;
- 3) que, néanmoins, la Suède n'étant pas tenue par la Convention de 1902 de reconnaître la validité de la décision néerlandaise mettant fin à la puissance paternelle de Johannes Boll, ni, par suite, du transfert de ces droits à Catherine Postema, la lésion éventuelle de ceux-ci ne constituerait pas non plus une violation de la Convention;

Quant au fond

dire pour droit

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;

que d'autre part il n'appartient pas à la Cour en l'absence de toute imputation de déni de justice d'apprécier les motifs qui ont amené les autorités suédoises compétentes à décréter ou maintenir ladite mesure;

En conséquence,

PLAISE A LA COUR

déclarer la demande ni recevable ni fondée,

subsidiatement,

avant faire droit, inviter la Partie défenderesse à produire le dossier des enquêtes administratives qui ont conduit aux décisions contestées.

6. RÉPLIQUE DE M. RIPHAGEN

(AGENT DU GOUVERNEMENT DU ROYAUME DES PAYS-BAS)

A L'AUDIENCE PUBLIQUE DU 3 OCTOBRE 1958, MATIN

Monsieur le Président, Messieurs de la Cour,

Avant de prier la Cour de bien vouloir donner la parole au professeur Kisch, je voudrais demander votre permission pour présenter quelques remarques liminaires. Je tiens tout d'abord à m'associer aux paroles prononcées par l'agent du Gouvernement suédois quand il a remarqué que ce qui nous sépare dans nos conceptions juridiques dans cette affaire n'affecte en rien les relations amicales qui existent depuis fort longtemps entre la Suède et les Pays-Bas. En effet, Monsieur le Président, si nous défendons des thèses opposées dans cette affaire, il y a une chose qui nous est commune: c'est la conviction que la justice et la paix commandent que les différends juridiques entre nations soient soumis à votre haute juridiction.

Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, dans la plaidoirie de notre distingué adversaire, certaines phrases ont été prononcées qui semblent suggérer que dans la présente affaire les pouvoirs de la Cour soient limités et ceci en vertu de certaines conceptions générales de droit international public relatives à la tâche du juge international en connexion avec l'objet du présent litige.

Dès le début de son exposé, le professeur Rolin nous a adressé un reproche, un reproche que nous aurions perdu de vue la différence qui existe entre une Cour internationale et une juridiction nationale. D'autre part, nous aurions perdu de vue que le point précis et l'aspect sous lesquels l'affaire devait être examinée par votre Cour sont différents de ceux qui peuvent entrer en ligne de compte devant une juridiction nationale.

Au cours de la plaidoirie et encore dans le discours de mon distingué collègue M. Petré, nous avons pu entendre plusieurs variations sur ce même thème. Ainsi, nos adversaires se sont demandé — et ici je cite — « par quel miracle une Cour internationale de Justice était appelée à devoir se pencher sur une question intéressant la tutelle d'une mineure ». Il leur paraît — et je cite encore — « contraire à l'esprit de la juridiction internationale que de demander à cette juridiction de se prononcer sur la valeur des arguments qu'un État emploie pour démontrer l'existence, le caractère d'ordre public absolu qu'il attache à certaines prescriptions ».

L'objet du litige dans l'esprit de nos contradicteurs serait purement et simplement l'interprétation d'une convention, interprétation qui ne s'imposerait aux autorités nationales que pour l'avenir. C'est au moins dans ce sens que je crois devoir comprendre la référence à la page 195 du compte rendu aux règles élaborées par l'Institut de droit international. Et, dans le même discours, M. Petré nous présente la thèse que la Suède n'est tenue qu'à défendre le dispositif des arrêts de la Cour suprême administrative et non pas leur motivation. Enfin, nous trouvons exprimée dans les conclusions d'audience prises par l'agent du Gouvernement suédois l'opinion qu'il n'appartiendrait pas à votre Cour, en l'absence

de toute imputation de déni de justice, d'apprécier les motifs qui ont amené les autorités suédoises compétentes à décréter ou maintenir la mesure d'éducation protectrice prise à l'égard d'Elisabeth Boll.

Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, qu'il me soit permis de présenter quelques observations au sujet de quelques-unes de ces variations sur le thème de la limitation des pouvoirs de la Cour. Je voudrais donc d'abord consacrer quelques paroles à l'objet du litige en connexion avec la nature de la juridiction internationale. A cet égard, qu'il me soit permis de rappeler tout d'abord la première partie de notre *petitum*. C'est ainsi que nous l'avons libellée: nous prions la Cour de dire et juger que la mesure prise et maintenue par les autorités suédoises à l'égard de Marie Elisabeth Boll, savoir le « *skyddsuppfostran* » institué et maintenu par décret du 5 mai, etc. — suivent les dates — n'est pas conforme aux obligations qui incombent à la Suède vis-à-vis des Pays-Bas en vertu de la Convention de 1902 pour régler la tutelle des mineurs. Il s'agit donc bien d'un cas concret: la mesure prise à l'égard de Marie Elisabeth Boll.

Nos adversaires ont cru devoir faire allusion à une modification qui est intervenue dans le titre abrégé de l'affaire. Je voudrais remarquer, tout d'abord, que d'après l'article 20 du Règlement de la Cour la fixation du titre abrégé tombe sous la responsabilité du Greffe sous l'autorité du Président. Dans ces conditions il me semble qu'il n'appartient pas à nous, Parties au litige, de critiquer ce changement ni, surtout, d'en tirer un argument contre la Partie adverse. D'ailleurs, il n'y a aucun changement de fond dans ce changement de titre abrégé. Peu importe s'il s'agit d'une affaire relative à la tutelle d'une mineure ou bien d'une affaire relative à l'application d'une convention. En effet, l'application d'une convention se fait dans des cas d'espèce. Il n'y a d'ailleurs rien qui s'oppose à ce que la Cour statue dans un cas d'espèce. A cet égard, je voudrais vous rappeler que, dans sa déclaration acceptant la juridiction obligatoire de la Cour, la Suède a reconnu comme obligatoire la juridiction de la Cour internationale de Justice conformément à l'article 36, paragraphe 2, du Statut de la Cour. Et qu'est-ce que nous lisons dans cet article 36, paragraphe 2? Que les États pourront déclarer reconnaître comme obligatoire la juridiction de la Cour sur tous les différends d'ordre juridique ayant pour objet, entre autres, la réalité de tout fait qui, s'il était établi, constituerait la violation d'un engagement international.

Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, quelle est donc notre thèse? Notre thèse, c'est qu'en prenant et en maintenant le *skyddsuppfostran* à l'égard de Marie-Elisabeth Boll, la Suède a manqué à un devoir qui lui incombe vis-à-vis des Pays-Bas en vertu d'une convention internationale, c'est-à-dire le devoir de respecter les droits de ressortissants néerlandais protégés par ladite Convention. Cette thèse me paraît correspondre parfaitement au texte même de la Convention de 1902. Il y a d'abord le titre de cette convention. C'est une convention pour régler la tutelle des mineurs. C'est-à-dire, la Convention ne se borne pas à obliger les Hautes Parties contractantes d'introduire et de maintenir dans leur législation interne certaines règles de conflits de lois. Les pouvoirs et les devoirs des autorités nationales sont d'ailleurs directement réglés par la Convention. Je pourrais vous citer quelques exemples du libellé même de cette Convention. Par exemple, à l'article 2, on fait mention de certains pouvoirs de l'agent diplomatique ou consulaire autorisé par l'État dont le mineur est ressortissant. A l'article 4, para-

graphe 2, on règle l'obligation de donner information au Gouvernement de l'État où la tutelle a été d'abord organisée. A l'article 8, on dit :

« Les autorités d'un État sur le territoire duquel se trouvera un mineur étranger dont il importera d'établir la tutelle, informeront de cette situation, dès qu'elle leur sera connue, les autorités de l'État dont le mineur est le ressortissant. »

Dans le même esprit, c'est-à-dire dans l'esprit de régler directement les pouvoirs et les devoirs des autorités nationales en ce qui concerne les droits des ressortissants des Hautes Parties contractantes, on pourrait citer que la Convention a minutieusement réglé le début et la fin des obligations des Hautes Parties contractantes, dans son article 13. Notamment dans cet article 13 la Convention emploie un terme qui est très clair, c'est que « la Convention restera exécutoire pour les autres États ». D'ailleurs la Convention même se réfère au cas d'espèce. Par exemple, dans son article 7, la Convention dit :

« En attendant l'organisation de la tutelle, ainsi que dans tous les cas d'urgence, les mesures nécessaires pour la protection de la personne et des intérêts d'un mineur étranger pourront être prises par les autorités locales. »

« Dans tous les cas d'urgence » : évidemment, on ne peut pas juger s'il y a un cas d'urgence sans entrer dans les détails du cas concret, et il appartient à la Cour, le cas échéant, de statuer dans un cas concret s'il y avait urgence ou non.

Il s'agit donc, je le répète, d'un cas d'espèce, d'une violation d'une convention internationale. Si cette thèse était acceptée par la Cour, rien ne s'oppose non plus à ce que la Cour dise et juge que la Suède est obligée de lever cette mesure. En effet, il s'agit ici de la deuxième partie de notre *petitum*. La Cour n'a jamais hésité à tirer dans ses jugements mêmes les conséquences d'une violation d'un engagement international. Dans son arrêt dans l'affaire de l'Usine de Chorzów, Série A, n° 9, page 25, la Cour permanente de Justice internationale dit :

« Une interprétation qui obligerait la Cour à s'arrêter à la simple constatation que la convention a été inexactement appliquée ou qu'elle est restée sans application, sans pouvoir fixer les conditions dans lesquelles les droits conventionnels lésés peuvent être rétablis, irait à l'encontre du but plausible et naturel de la disposition, car une pareille juridiction, au lieu de vider définitivement un différend, laisserait la porte ouverte à de nouveaux litiges. »

Je cite un autre exemple. Dans son arrêt dans l'affaire des Zones franches de la Haute-Savoie (Série A/B, n° 46, p. 71), la Cour a fixé une date à laquelle le Gouvernement français devra avoir effectué le retrait de son cordon douanier, de façon à rétablir les zones conformément aux dispositions des traités de 1815 et 1816 et autres actes complémentaires. Ainsi, la Cour n'a pas hésité, le cas échéant, de tirer dans ses jugements les conséquences de la violation d'un engagement international, en ordonnant la restitution *in integrum*.

D'autre part, il est très douteux si les États peuvent demander à la Cour de se prononcer *in abstracto* sur l'interprétation d'une convention. Dans son arrêt dans l'affaire de l'interprétation du Statut du territoire de Memel (Série A/B, n° 49, pp. 311-312), la Cour permanente de Justice

internationale, après avoir souligné l'inconvénient provenant du fait que les questions posées par les parties dans leur compromis — je cite — « sont énoncées purement *in abstracto* sans aucune référence aux circonstances dans lesquelles le litige s'est produit », après avoir souligné cet inconvénient, la Cour constate que la méthode opportune et appropriée pour soumettre la divergence d'opinion à la Cour eût été de présenter des conclusions visant la légalité de ces actes en particulier, laissant à la Cour le soin d'énoncer dans sa décision les principes sur lesquels cette décision serait fondée.

Une toute autre conception de la tâche et des pouvoirs de votre Cour semble être suggérée par notre estimé adversaire quand il dit que notre demande — je cite le passage de la page 195 du compte rendu — que notre demande « pourrait être interprétée comme impliquant que l'arrêt de votre Cour aurait pour effet la cassation des décisions judiciaires ayant acquis sur le plan national force de chose jugée ». Ce qui, d'après lui, « paraît difficilement admissible ».

Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, à cet égard je voudrais tout d'abord constater que nous ne demandons pas la cassation d'une décision judiciaire suédoise. Ce que nous demandons, c'est la levée d'une mesure, d'une mesure d'ailleurs que les conclusions d'audience qualifient comme mesure administrative, c'est-à-dire la décision d'une autorité administrative assurant le service public de la protection de l'enfance. D'autre part, nos adversaires ont fait appel à une résolution adoptée par l'Institut de droit international lors de sa session de 1929 à New York. Je crois que cette résolution est totalement étrangère à la question qui est l'objet du présent litige. Le but de la résolution est d'arriver à un moyen d'assurer une interprétation uniforme et authentique des conventions de droit international privé et, à cet effet, l'Institut recommande un système, un système suivant lequel votre Cour se verrait attribuer la compétence de prononcer cette interprétation authentique par un arrêt déclaratoire qui produirait — selon l'article 4 de ladite résolution — ses effets à l'égard de tous les États contractants. Voilà le système proposé par l'Institut. Si c'est un bon système ou un mauvais système, je n'en sais rien. En tout cas, ce système, jusqu'ici, n'a pas été suivi et, ce qui est encore plus important, il faut reconnaître que cette résolution ne présente en rien une tentative de codification du droit international public existant. Il paraît donc inadmissible d'en isoler quelques règles en les présentant comme applicables au présent litige.

Ce que nous demandons à la Cour, encore une fois, c'est de constater la violation d'une convention. Si la Cour constatait une telle violation, elle ne se bornerait certainement pas à enjoindre la partie en cause de ne plus commettre une telle violation à l'avenir.

Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, rien ne s'oppose non plus à ce que la Cour ordonne la levée de la mesure d'éducation protectrice, même s'il fût établi que cette mesure était l'objet d'une décision nationale non susceptible de recours sur le plan national. En effet, une condition du procès international, c'est l'épuisement des recours internes. Et l'épuisement des recours internes conduit toujours à une décision qui est définitive sur le plan national. L'efficacité de la juridiction internationale serait singulièrement limitée si l'on admettait que la Cour devrait, dans ce cas, se borner à constater la violation d'un engagement international sans en tirer les conséquences.

Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, j'arrive maintenant au dernier point, c'est-à-dire la thèse de nos adversaires que l'absence de toute imputation de déni de justice mettrait les décisions suédoises à l'abri de toute critique de la part de la Cour, tout au moins pour ce qui concerne leurs motifs. Cette thèse ne me paraît pas soutenable, ni au regard des règles de procédure, ni quant au fond. En effet, le déni de justice comme base d'une action devant une juridiction internationale ne joue qu'en l'absence d'une obligation conventionnelle. Ceci est par exemple illustré par ce qui a été dit par la Cour permanente de Justice internationale dans son arrêt dans l'affaire du *Lotus*, Série A, n° 10, page 24. Dans cet arrêt, la Cour a dit que :

« Le fait que les autorités judiciaires auraient commis une erreur dans le choix de la disposition légale, applicable en l'espèce et compatible avec le droit international » — je remarque, entre parenthèses, que ni l'un ni l'autre n'est le cas ici —, que ce fait « ne concerne que le droit interne et ne pourrait intéresser le droit international que dans la mesure où une règle conventionnelle ou la possibilité d'un déni de justice entreraient en ligne de compte. »

J'attire plus particulièrement l'attention de votre Cour sur le mot *ou* : « ... une règle conventionnelle *ou* la possibilité d'un déni de justice ... ». Dans la présente affaire, la base du litige, c'est la règle conventionnelle. Tout fait, toute circonstance, tout motif qui se réfère à la violation de cette règle peut être apprécié par votre Cour. Peu importe si ces motifs, ces circonstances, ces faits constitueraient en même temps un comportement de la part d'un État qui, en l'absence d'une convention, pourrait être qualifié comme un déni de justice.

Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, voilà les quelques observations que j'ai cru devoir faire pour démontrer qu'il n'y a rien, dans les conceptions générales du droit international public relatives à la compétence de votre Cour, qui pourrait empêcher votre Cour de statuer comme nous l'avons priée de dire et juger.

Je vous remercie de l'attention que vous avez bien voulu m'accorder. Il ne me reste qu'à prier respectueusement votre Cour de donner la parole au professeur Kisch pour exposer nos arguments concernant le fond de l'affaire.

7. REPLY BY PROFESSOR KISCH

(COUNSEL OF THE GOVERNMENT OF THE KINGDOM OF THE NETHERLANDS)
AT THE PUBLIC HEARINGS OF OCTOBER 3rd, 1958

[Public hearing of October 3rd, 1958, morning]

Mr. President and Members of the Court,

This last Monday my learned friend Professor Rolin started his speech by paying me some very handsome compliments. It is my pleasant duty to reciprocate those compliments here and now and I may add that in one respect I have the advantage over him, I am new to this Court and he is, if I may put it that way, an old hand so it has been my privilege to see him at work, to observe how he pleads his case, and the manner in which he did it, to me, has been always instructive, often thrilling, and even sometimes convincing. But now I think it is a good rule inculcated upon me by my elders that if you get praise seasoned with censure, to give your full attention to the censure so, with your leave, I will give my attention to the bitter herbs. My learned friend then has demolished me somewhat as an historian for relating facts not in their chronological order. Now I am quite ready to be demolished as an historian because, after all, history is not my trade, but not on account of infidelity to order of time. I venture to think that the method of relating facts in order of time is just the method for the elementary school where date follows date and year follows year and chronology reigns supreme. But that is not the method practised and commended by the great historians from Thucydides to Mommsen and from Plutarch and, if I may mention here my learned friend's great fellow countryman, from Plutarch to Henri Pirenne. They all hold that history should be written to show how effects result from causes and that for such demonstration it is quite permitted to reverse the order of time. Now I have been out to establish causal connections, showing how in this case, as it is now before the Court, a guardian whose rights are guaranteed under the Convention of 1902 has been curtailed in those rights and what is at the bottom of that curtailment.

I have not then felt bound to stick to the order of time but, anyway, no harm is done and no harm could be done because the facts in their chronological order have been put before the Court twice—once in the Memorial and once in the Counter-Memorial. And apart from that you now have that excellent four-columned card on the Boll affair—if it were the Gospels I would call it a Diatessaron—which certainly takes all possibility of mistakes in the order of time away. Furthermore, my learned friend has rebuked me somewhat for indulging in scholastic quarrels. Now I think that was the unkindest cut of all. May I respectfully ask, who started these quarrels? Our poor Memorial—our initial Memorial—of only six pages did not refer to any doctrine whatsoever. But then came the Counter-Memorial and then there was *ordre public international*, and there was *effet positif* and *negatif* and there was *droit public* and *droit privé* ... doctrines, doctrines, doctrines—*le diable et tout*

son train ... and at a later stage, the doctrine of characterization. Now I am rebuked for indulging in scholastic quarrels! With due reverence that reproach looks rather like a man who, for gambling purposes has gone to Monte Carlo, has lost a good deal of money by sticking to a *système infaillible* (I shall revert to that *système infaillible*), who has lost a good deal of money, and then writes a book showing that gambling is sin. Furthermore we have been blamed for not commending the Swedish authorities on account of their not having violated the Convention by no less than four judgments. I agree and I concede, but after all we had to formulate a complaint and we could not dwell on events we had no reason to complain of. What does my learned friend want? Does he want me—I am willing to do so—to write a diploma as a token of gratitude to the Swedish Government for having only mutilated the national guardianship and for not having killed it off altogether?

Now I come to some more serious reproaches. I have been reproached for supplying the Court with incomplete information on two accounts. Firstly, my learned friend pointed out that the petition for a release and for having a new guardian appointed was lodged with the Dordrecht Court, not by Johannes Boll but by the *Voogdijraad*. I have to make that correction indeed, and I must apologize for not having told you before, but I think it does not matter much because substantially it is the same thing since, under Netherlands law, the *Voogdijraad* cannot lodge a petition without the consent of the parent. Substantially it comes to the same thing. But I am glad to make the correction, and I am even obliged to my learned friend for recalling the point because it proves that the matter of the *onthefing*, of the release of Johannes Boll, and the appointment of Catherina Postema has been examined on the highest level—to wit, by the *Voogdijraad*, the committee for guardianship, the *Voogdijraad* my learned friend thinks so highly of.

Another omission my learned friend pointed out—and a correction I am glad to make—is that no reference was made to the intermediate station of the child with the Törnquist family. Again, I am obliged to my learned friend for recalling that point because it proves that Mrs. Postema, who proposes that the child before coming to the Netherlands should stay some time with the Törnquist family, has handled the matter in the most considerate and most conscientious manner. She holds, and I think rightly so, that the child (and now I quote from one of the Swedish Resolutions), after having been exposed to not a few dissensions, ought not to come to the Netherlands forthwith but ought to be submitted to a process of adaptation with a Swedish family first.

Furthermore, my learned friend has rebuked me for bringing in subjects not quite germane to the issue; maybe that is true, and then I can but apologize. But now was it quite germane to the issue on his part firstly to bring in, and he did it at length, the *god man* who acted for some time in Sweden? Are we interested in the *god man*? This is a case, as has been pointed out repeatedly by my learned friend, where we are concerned with the custody of the child, the personal aspect of guardianship and not with the care of the property. Now the *god man* is a man who acts exclusively in the property field when there may be some quarrel about property between the father or guardian, as the case may be, and the child. What have we to do with the *god man*? And then, speaking about subjects that are not quite germane to the issue, there was Mr. Petré's speech. A eulogy of protection of infants

in Sweden. I for one certainly heard it with interest and with pleasure. But what has it to do with the case? The protection system in Sweden may be admirable on paper or even in practice. But what we complain about is not under-protection of the child; it is, if I may coin a word, over-protection of the child.

Furthermore, I was censured for not always being consistent. Maybe that censure was deserved and again I must apologize. But then, as to being consistent, it was held, in my learned friend's speech, that the Dordrecht Court was in the know of the antecedents of the case, and, particularly, of the alleged wickedness of Johannes Boll, and that therefore it released him. But in the decree (and I think here is some inconsistency), in the decree which we find on page 25 of the Memorial, it is held that the Dutch authority which applied to the Dordrecht Court for the discharge of the father from his guardianship had at least some knowledge of the enquiries and so forth, but the way in which the Court has motivated its order does not indicate any such knowledge on the part of the Court. Now that's what I call inconsistency. Mind you, the Court is in the know, but in the Resolution it is said: we had better be cautious because the poor Dordrecht Court is perfectly ignorant. In the speech again, it was held that Mrs. Postema was chosen particularly to serve as a sort of buffer, to serve as a sort of antidote against Johannes Boll. But it is held in one of the Swedish decrees, which you will find on page 62 of the Counter-Memorial, that the very same Mrs. Postema is just a tool in the hands of Johannes Boll. What I read is this:

« Catharina Postema, veuve d'un frère de celui-ci, a de nombreux enfants et est économiquement faible. Sa nomination ainsi que celle d'Idema à la tutelle est de toute évidence le résultat d'une initiative de Johannes Boll. Il semble évident qu'ils ont assumé la mission qui leur a été confiée pour répondre au désir de Johannes Boll, et il y a tout lieu de croire qu'ils vont continuer à l'avenir à agir de façon à ne pas s'aliéner sa faveur. »

Well, I don't know which of the two propositions is true, but you can't hold, as was done in the speech, that Catharina is a buffer and antidote and that she has been particularly appointed as a strong *instrument de guerre* against Johannes Boll, on one hand, and, on the other hand, that she is just a tool in his hands. And then as regards these inconsistencies, I am somewhat inclined to ask my learned friend "why beholdest thou the mote in thy brother's eye but not the beam in thy own"? But I am not sure whether there is a beam in my learned friend's eye. It may as well be a twinkle, because I really don't know whether he is serious about these things, and I must confess that when it comes to wit, for which he has praised me, I feel myself a mere child as compared to him. Particularly, I can hardly assume that he is serious in bringing one further reprimand. He has reprimanded us for practising reticence where we put dots in one of the decrees and not granting the defendant the right of reticence. Now surely, my learned friend knows better. The reticence on our part is not exactly the same thing as the reticence on the defendant's part. When we put dots and when we say "the less said about it the better" in respect of the first Swedish order concerning the protective education, that is particularly an act of kindness towards the authorities of a government we have been on friendly terms with for three hundred years. It is to cover up the shame

of a very, very serious *erreur judiciaire* committed by the Swedish authorities. It is out of kindness towards Sweden that we put in those dots. Does the defendant put in those dots in the same spirit? And again, when we put in dots, our second reason is that we don't want people to think ill of an innocent man. And now I ask, do our Swedish friends put in their dots in the same spirit? And that brings me to Johannes Boll.

Mr. President and Members of the Court, if I have handled some reproaches addressed to me in a somewhat light vein may I apologize? I think the reproaches could not have been intended in a very serious manner. But now I come to a subject I have every reason to be serious about, and that is the charge against Johannes Boll. In this connection, to avoid all misunderstandings, will you allow me to make a personal statement? I do not know M. Boll, I have no wish to know him and I have never seen him before he came last week to attend this Court and was pointed out to me. I want no contacts with him because any contact I would have might confuse my judgment on the only object I am out for—upholding the Convention. I do not care whether he is a captain or a shipowner, not do I care whether he is a soldier, sailor, tinker or tailor. I do not care whether he is a smart business man, or a loving husband, or a good friend, or a popular son-in-law. But what I do care about, both as a servant of justice and, if I may make bold to presume it about myself, as a decent man, is that he or any man should not remain under the cloud of an unfounded accusation; and that cloud he has remained under till this day.

Mr. President and Members of the Court, I have been by trade a teacher of comparative law these last twenty-five years. In that capacity I have travelled a good deal, particularly in English-speaking countries.

Now you well know how much misapprehension and delusion we may find amongst people generally, and even amongst lawyers of one country concerning the law of foreign countries. What then always strikes me in conversations with my British and American friends is that, quite in good faith but erroneously, they assume a fundamental difference between Anglo-American and Continental law in the field of criminal procedure. They honestly believe that with them a man accused is held innocent until and unless he is convicted, and that with us Continentals a man accused is held guilty until and unless he has proved his innocence. When I hear this I always protest, I emphatically deny and I even grow angry, and I say: "What is this nonsense? With us it is the same as with you; with us in France, in Germany, in Sweden, in the Netherlands, likewise a man accused is innocent until and unless his guilt is proved."

But now I am only too glad my American and British friends were not in this room last Monday. In this room, where it has been suggested, if not explicitly, then certainly implicitly, that Johannes Boll is not an innocent man; there have been innuendos, and more than innuendos; it has been said that M. Boll, after having been accused—and now I quote verbatim: "*a bénéficié d'un non-lieu dans l'action de droit pénal intentée contre lui*". "*Bénéficié*"—if I had been accused of some crime, and then I had been discharged without a stain on my character, and then I had met a man addressing me in the words "*Félicitations, mon vieux, vous avez bénéficié d'un non-lieu*", I would take this as a deadly

outrage both to my person and to the fundamental and universal principles of justice.

Nearly 2,000 years ago it was held as a legal maxim that if the accused goes out of the court and there is no judgment against him, let him be deemed an innocent man. That is the legacy of Athens, that is the legacy of Israel, that is the legacy of Rome, and now, in the middle of the twentieth century, I have seen that legacy rejected.

Mr. President and Members of the Court, if during these sessions I have unwittingly sinned against the rules or the etiquette of this High Court, I can but beg forgiveness, but of one thing you may be assured: that I have been well aware of the duties of self-restraint incumbent upon me. If I have not, then at the very moment of hearing the false accusation hurled against Boll in this room, I should have jumped up and cried "Objection"! I will not suffer a false accusation to be held against any fellow man, and a false accusation it is. For we have the text of the Linköping resolution of 1955. I quote:

"The decision to order protective education was the result of a suspicion that Johannes Boll had committed a certain criminal offence, which the Public Prosecutor had decided *not* to charge him with."

Here I note in passing that the protective education is explicitly stated as being the result of the false accusation, and therefore I respectfully submit that no notice whatsoever should be taken of any allegation by the defendant that behind the protective education there was or there has been any other cause or motive.

Again, I will not suffer a false accusation to be held against any man, and a false accusation it is. For that, we have not only the Linköping decision, we have more. On account of the charge held against him, M. Boll has been imprisoned during a certain period. After his release he has claimed compensation from the court in Norrköping, and this compensation has been awarded. Let defendant deny it! This compensation has been awarded very properly under the terms of a Swedish Act of April 30th, 1935, an Act concerning compensation for persons innocently apprehended. That I think would even satisfy my British and American friends under *their* hypothesis that a man's innocence must be proved. A man's innocence has been proved. It has been openly acknowledged by a Swedish court, *l'erreur judiciaire* has been recognized as such, *habemus confitentem reum*, but the guilty party is certainly not Johannes Boll but the Swedish authorities who had wrongly accused and imprisoned him and who have been compelled afterwards to make the appropriate amends.

That I think would satisfy any decent and reasonable man, but apparently it is not good enough. The ghost of the false accusation goes marching on. It goes marching on in the speeches we have heard, it goes marching on in Swedish judgments. What do we read in the Decree of the King-in-Council of October 5th, 1954? That as one of the motives why the child cannot be removed even after Mrs. Postema has become guardian, and again I quote verbatim:

"That it is impossible to judge whether the arrangements by the court (the Dordrecht Court, that is) may be expected to be permanent nor whether the child may not even, in that case, come under the influence of its father."

Now the remark whether the arrangements are permanent, with due reverence, I call just silly. We have dealt with that in our Reply. The guardianship of Mrs. Postema has been arranged, as all guardianships are arranged always and everywhere, for an indefinite period, and obviously no guarantee can be offered that it is to be continued permanently. But the remark about the influence of the father is far worse than silly; it is the ghost of the false accusation, marching on. "The child may come under the influence of its father." Now, remembering my American friends, I say: "So what? So what, if the father is a man admittedly without a stain on his character?"

My learned friend has rebuked me for putting the *genesis* after the thwarted *exodus*. Surely he cannot complain now. I have given now the very genesis of the protective education, the false accusation. And then, I hope—and maybe there I have given him somewhat more than he bargained for—I hope to have shown how it still operates, that it still dominates the present position, that it is still a factor at the present day for thwarting the present guardian's rights, the factor for denying rights guaranteed by the Convention.

Mr. President and Members of the Court, I do not know what your ultimate judgment in this case is going to be. It may be against us, but even then, as to the ghost of a false accusation that has been marching on till the present day, I for one shall derive no little comfort from having laid that ghost.

Mr. President and Members of the Court, I now come to the question whether guardianship, the guardianship in the present case, is covered by the Convention or not. Now, up till last Tuesday there were three chapters there. One was that the Convention did not cover the custody of the person, the custody of the infant as such—it was only care of the property, defendant held, and not custody of the person. The second chapter was that even if the Convention covered the custody of the person, in the case of Johannes Boll it did not. And the third chapter was that, under the same hypothesis, in the case of Catharina Postema it did not. Now, as far as I am aware, as from last Tuesday morning, the first chapter is out. The theory of the split-up, if I may call it that, the split-up as between the custody of the person on one hand and the care of the property on the other, has not been maintained. As far as I am aware my learned friend has now taken his stand with Article 6 of the Convention, holding that:

"L'administration tutélaire s'étend à la personne et à l'ensemble des biens du mineur, quel que soit le lieu de leur situation."

I have been glad to hear that, because it simplifies matters though it comes at a somewhat late stage. At an earlier stage much ink, and talk, had to be spent on that split-up theory implying that, seeing the provisions of Swedish law, the characterization theory, and so forth and so forth, one had to distinguish between custody of the person that was out and care of the property that was in. That's all over and past now, and I may take it that in the opinion of my learned friend custody of the person and care of the property in this case, as in all cases, belong together—"ils font bloc". Again, I have been glad to hear that. Now this is not a coroner's inquest, and I shall not raise the question whether the split-up theory committed suicide or was killed off: it is not interesting. In passing, I can only deplore that this split-up theory has been presented

at a former stage on pages 37 and 38 of the Counter-Memorial and on pages 112, 113, 114 and 117 of the Rejoinder, and maybe I have my learned friend's permission to characterize—to use his favourite word—to characterize all that was said about it in the Counter-Memorial and in the Rejoinder as a perfect waste of time and energy for all concerned.

Now I should be glad to take my leave of that split-up theory, but I am sorry to say that it has a sort of charmed life: it is a sort of phoenix, a sort of John Barleycorn, a sort of cat with nine lives, and we will meet it again resuscitated presently.

But first I should come to the second chapter. Is Johannes Boil, the parent-guardian, is he a guardian under the Convention? Now, when I dealt with this matter last week, I spoke, my learned friend remarked, somewhat hesitatingly. My learned friend is a very shrewd observer: in fact I did. I am by nature a timid man, and anyway I am not so bold as my learned friend and I have not the courage, when aware that a problem is subject to some controversy, to say all the same: "*L'avis des publicistes est formel.*" I spoke somewhat hesitatingly because I was well aware that I have some doctrine and one Swiss judgment against me and that the historical argument for putting the parent-guardian in the same boat, if you may call it that, with the outsider-guardian, is not as strong as I might wish. We have quoted Kusters in the Reply and we have quoted him conscientiously, adding, as he puts it, that there is some doubt about the matter. For all that, I think our thesis that the parent-guardian is a guardian within the meaning of the Convention is easily proved, and I will do it the hard way. I will do it under the formula given by my learned friend this last Tuesday (you will find it on page 5 of the English Verbatim Record) [*cf. p. 200*]: "We think it somewhat absurd" (this is at the end of page 4), "We think it somewhat absurd", he says, "to hold that the right which he, the father, possesses in his capacity of father, that is to say, paternal power, and which he is going to continue to exercise under the same conditions and with the same liberty and with the same discretionary power without any supplementary control, can suddenly change its name and its nature and fall within the scope of the Convention."

That formula, my learned friend's formula, is all right with me. I think he will be satisfied with my demonstration that a parent-parent, as I called him, who has become a parent-guardian and "who is going to continue to exercise his power *not* under the same conditions and *not* with the same liberty and *not* with the same discretionary power, and *with* some supplementary control", and that exactly as an outsider-guardian, is a guardian within the meaning of the Convention.

Well, my learned friend has quoted a book by Mr. Völlmar, at page 18 of the English Record [*cf. p. 206*]. When I heard the words "the Civil Law authority who I think is the best-known in the Netherlands, and who at all events is very highly esteemed", I didn't expect the name of Mr. Völlmar (against whom I have nothing to say) to crop up. I think if you interview Netherlands lawyers, asking them who in the field of family law is the best and the most esteemed authority, they will mention the book of Asser-Wiarda or maybe they will mention the book by Pitlo. I don't think many will mention Mr. Völlmar's book, because though he writes very clearly, he is not very profound and sometimes, as I shall presently show, he is somewhat careless. But all right, all right, Mr. Völlmar may do for the present occasion. And now for the demonstration. In the Reply

already it was demonstrated that if the position of the parent-guardian is the same as the position of the outsider-guardian, then the parent-guardian is a guardian within the meaning of the Convention. In the Reply the demonstration was made that in all matters concerning property the outsider-guardian and the parent-guardian are perfectly on all fours. And if my learned friend is good enough to consult his favourite author, Mr. Völlmar, he will find that proposition set out at page 447 of Mr. Völlmar's book, where you find on one hand outsider-guardians and parent-guardians, and the position in financial matters which they are in, and on the other hand parent-parents. And you have not less than five headings, where you see that the two first-mentioned are in one boat, and the latter in the other. But then, my learned friend says, what does that prove, because that may be all right as regards property, but you have not demonstrated anything as to the custody of children. And then he triumphantly quotes the book of Völlmar, page 333, where it is held (admitted, Mr. Völlmar says so) that it is only in so far as the child possesses property that there is anything to be done by the deputy-guardian. So the deputy-guardian in connection with the custody of the child is out, because as soon as it comes not to questions of property but to questions of the custody of the child, he is out, he has nothing to do. But now Mr. Völlmar errs, and as a matter of fact he corrects himself, because in his book, on page 528, you will find jobs the assistant-guardian has to fulfil that are perfectly in the field of the person and not of the property. He says—I quote, and Mr. President and Members of the Court, will you forgive me for translating as I go:

“Sometimes the assistant-guardian must give his consent for a marriage of the infant. Furthermore, if there are motives for a deprivation of the guardian or of the father, as the case may be, it is for the assistant-guardian to act. Furthermore, if an infant has been placed in a special mansion the assistant-guardian has the right to call on him at least once a month.”

You see, that is not in the field of property; that is in the field of personal custody. That is a quotation from Völlmar's book, page 528, and another quotation, page 540, is like this:

“The guardian determines the place where the infant shall reside, the education he shall receive, the employment he shall enter into, etc. There he is under the supervision of the assistant-guardian who can interfere when the guardian gives motives for his deprivation. And likewise, the assistant-guardian can provoke the putting of the infant under *ondertoezichtstelling* (surveillance).”

Well, you will see how useful this is, to read the book in its entirety, and so Mr. Völlmar, who first said that in the field of personal care, care of the person, there was no difference whatsoever, acknowledges that—and mind you, it concerns all guardians, parent-guardians and outsider-guardians—all guardians, even if the custody of the person is concerned, are under a certain supervision of the assistant-guardian.

Well, I think I have proved my theory that way. I have proved my theory, and in a far simpler way than I could possibly do by characterization. The simple way again is this: You look—and this is the formula given by my learned friend—you look at what is the position of the parent-parent, what is the position of the parent-guardian, what is the

position of the outsider-guardian, and if you find that the parent-guardian and the outsider-guardian are in the same position and are under the same duties and have the same rights and are to submit to the same supervision in exactly the same way, the one is tantamount to the other, and then when the outsider-guardian is covered by the Convention, so is the parent-guardian.

But my learned friend is not yet satisfied. He points out that a parent-guardian has to give consent on the occasion of the marriage of the child and that a parent-guardian has to pay maintenance, if payments for the education and upbringing of the child generally have to be made.

Well, Mr. President and Members of the Court, I cannot be long on this subject. It has all been said in the Reply. This consent and this maintenance do not result at all from paternal power: they result from the family relationship existing between the child and the father or the mother, as the case may be; and the best illustration, and I shall leave it at that, the best illustration that they have nothing to do with paternal power but result from the family relationship is this: that in certain cases, on the occasion of a marriage, the child needs the consent of the grandfather, and again the child has a claim for alimony, for maintenance, against the grandfather. The grandfather is not a parent-guardian, he need not be an outsider-guardian, he need not be anything. For all that, there is consent to be asked from him and there is a duty of maintenance to be performed by him. Why, and on what grounds? On the grounds of the family relationship. And exactly the same position is the position which the parent-guardian or not—is in when his consent is required and when there is a duty of maintenance incumbent upon him. It is not in his capacity as parent-parent or parent-guardian or whatever term you use, it is just by virtue of the family relationship,

Mr. President and Members of the Court, I think I have proved my theses on all points, but I shall not insist because, as I had the privilege of telling you the other day, I am ready to let the matter drop—the matter of the guardianship of Johannes Boll. After all, we have complained of all the judgments, some of which, most of which even, were pronounced during the period of the guardianship of Catharina. So I am quite willing, as to guardianship, to drop the J and to play the further piece exclusively on the C string.

Now for Catharina Postema. I have the impression that here the defendant tried everything to go against the self-evident truth that whatever you can remark as to the parent-guardian, the outsider-guardian—after a release of the parent-guardian as in the present case—is a guardian fully within the meaning of the Convention. I shall not dwell long on that matter. There was in the Rejoinder the succession theory. I think I exploded that theory, and then my learned friend remarks that it was not nice on my part to pick out the most vulnerable spot—that was not what he said exactly, but I think it was what he said in substance—of what the defendant had written on pages 118 and 119. Well, I think I am perfectly entitled to choose the most vulnerable spot and to prick the bubble where it is easiest to prick.

But I think I did more than prick the succession theory now rejected by the defendant. There was what I may call the jurisdiction monopoly theory derived from the Geneva decision. I pricked that bubble too; and that theory—the theory of the monopoly of the jurisdiction granted

originally to the domiciliary Court—is, as far as I am aware, not held any more.

My learned friend retreated there with a formula I shall certainly remember for future use: "je plaide objectivement". Well, what else is there to say about the defendant's allegations on pages 118 and 119? There are further sentences. I really think it would be a waste of time—though personally I am ready to do it—to explode or pick to pieces every one of them. The only remark I have to make in this connection is—and that is what I referred to before—that in those pages 118 and 119 of the Rejoinder there is the split-up theory, we thought we had killed and buried: the separation between custody of the person and care of the property. There is the split-up theory revived; because, particularly on page 119, it is held that Mrs. Postema may be deemed to have acquired guardianship in the sense of care of the property, but she cannot be deemed to be vested with guardianship in the spirit of custody of the person. Well, there is the phoenix, there is the John Barleycorn, there is the cat with nine lives.

Mr. President, Members of the Court, I cannot kill it all the time. I can only say that that cat will not jump—but why deal with the matter in a negative manner? The defendant has to prove that the Dordrecht order—the order made by the Dordrecht Court—cannot be recognized. Now, the order of the Dordrecht Court, under the terms of the Convention, must be recognized, both under the angle of substantive law and under the angle of adjective law. The substantive law is directly to be found in Article 5 of the Convention: "Dans tous les cas, la tutelle s'ouvre et prend fin aux époques et pour les causes déterminées par la loi nationale du mineur." That is, that a release under the Netherlands law is a cause *par laquelle la tutelle s'ouvre*. And what else can anybody want? So much for substantive law. And I am really not going to quote authorities any more. I think the matter is clear on its own merits.

And then for adjective law. That would be the question whether Dordrecht had jurisdiction. I must limit myself to two authors—and again I must apologize for translating as I go. There is Kusters—I am thinking about adjective law now, jurisdiction, page 584—who states the following: "The Convention starts on the principle that, in the matter of guardianship, substantive law and adjective law [jurisdiction or competence] cannot be separated. And though the exclusive competence of the national authorities has not been stated in the Convention, there is every reason to give priority to those authorities. Accordingly, provisions made by the said authorities must be recognized in all Convention States"; first quotation. Second and last quotation, the well-known book by Meili and Mamelok about the Convention, page 284:

"It is of particular importance that the jurisdiction of the national authorities must be derived from the applicability of the national substantive law. In the Convention this is not stated explicitly, but there is no doubt that the Conference meant it that way, and the Committee declared several times that jurisdiction was the necessary and inevitable result of the applicability of the national law."

« La Commission a admis qu'en matière de tutelle la compétence et la législation sont étroitement liées l'une à l'autre et qu'il y aurait de grands inconvénients à obliger les autorités auxquelles

on aurait attribué la compétence à appliquer les lois de l'État étranger. La compétence et le droit — droit matériel substantif — ne sont pas, en matière de tutelle, susceptibles de disjonction. »

Mr. President and Members of the Court, I think that must do, and we may drop the curtain on this matter. Whatever is held against the guardianship of Johannes, no reasonable argument can be held against the guardianship of Catharina as being covered by the Convention, and there is really no need to go into questions of domicile or residence of infants according to Swedish law, as my learned friend has done. He has held that under Swedish opinion the child is domiciled or residing in Sweden. That may be correct, or it may not be correct, but it does not interest me, because the maximum result that can be derived from that thesis is that there is *also* competence in Sweden. But that certainly does not take away the natural and primary competence that under the Convention is granted to the Dordrecht Court. And by way of a final remark on that matter, I must say—with all due reverence, with all the confidence that I have in my learned friend—that I have somewhat lost confidence in him once he started giving expositions about questions of domicile and residence. And, if I may say so, that is a little bit his own fault, because on page 126 of the Rejoinder, after—I don't know for what reasons—having found fault with us for translations that are not true or faithful enough in his eyes, he quotes Niederer, he quotes the sentence: "A mon avis la relation intérieure [the *Binnenbeziehung*] est toujours présente lorsqu'une des parties intéressées habite dans le pays." And he puts, triumphantly, a note to that: "*Wohnt* et non pas *est domiciliée*", *hat ihren Wohnsitz*." This remark appears to imply that in the mind of my learned friend there is some distinction between "*wohnen*", in German, and "*Wohnsitz haben*", and that it is the sort of distinction that an author who writes in German would make between "*domicile*" and "*residence*". Well, that is not so. "*Wohnen*" and "*Wohnsitz haben*" are, technically, exactly the same thing. And it is well known that when, in German, you want to mark the difference between "*domicile*", that is "*wohnen*" or "*Wohnsitz haben*", on the one hand, and "*residence*" on the other, for "*residence*" you will say "*Aufenthalt*", "*sich aufhalten*". So my learned friend must really not be angry with me if I am somewhat doubtful when he particularly concentrates on the remarks concerning "*domicile*" and "*residence*". Anyway, it wouldn't make any difference.

[Public hearing of October 3rd, 1958, afternoon]

I now come to *ordre public*, and my first chapter, a short chapter, will be on *ordre public* and commonsense. Now how did that concept of commonsense crop up? In the Rejoinder, page 123, my learned friend mentioned it and he mentioned it to make a sort of short cut to prove without more ado that the law, the Swedish law of 1924 that is, that had been applied in the present case, had been applied in the spirit of *ordre public*, and that that was self-evident because commonsense tells us so.

Well, in analyzing this thesis, I perceive that it is a thesis consisting of three propositions. Proposition (a), that certain laws—well, for a change let me call them "super-laws"—that certain laws are impervious

to the personal law of the foreigner and, for that matter, to the personal law of the citizen. They always reign supreme. And proposition (b), that all public law as such is super-law; and proposition (c), that the Swedish law of 1924, and particularly the part of that law as applied in the present case, is public law.

That is a three-fold thesis, and now with proposition (a), that certain laws are super-laws, if I may further use that word, I heartily agree. Indeed, that is supported by commonsense. It is supported by commonsense that, let us say, if the ward is imprisoned for a crime, the guardian cannot get him out under the motto that his right of guardianship is now encroached upon. But proposition (b) and proposition (c) I emphatically deny. Proposition (a), the idea of the super-law, I found well-worded in Niboyet's *Cours*, and therefore in my first speech I called those laws the Niboyet categories. He, Niboyet, mentions penal law, laws of immovables and so forth, and I am not at all loth to include fiscal law in those categories.

My learned friend may ask me where exactly is the border line. Well, I am under no obligation to establish a border line, but I think that the idea is sound, and even if no exact demarcation line can be established between those laws that are super-laws and the others that are not, the distinction is in no wise invalidated. I think that the idea of super-laws is a sound one. And sometimes silence is eloquent. In most books on conflict of laws, these super-laws are not even mentioned in connection with *ordre public* because it is taken as a natural thing that laws like penal laws and so forth cannot be set aside by the personal law of the foreigner.

Now in this case there have been some unexpected events in the discussion, but it was not at all an unexpected event to me that after I had mentioned these Niboyet categories my learned friend would jump on that and would say: "Well, there it is, you have admitted it yourself, the Swedish Act is in the Niboyet categories and so I have proved my case." But he forgot that, though admitting without reservation proposition (a), that there are super-laws, we denied proposition (b) and proposition (c), to wit, that public law as such must be super-law, and that the Swedish law, the part of it as applied in the present case, is public law.

I denied that, and demonstrated in my first speech that many, many public rules are not applicable to foreigners, so that public law may be out. I mentioned, and I beg you to allow me to recall it just *pro memoria*, an illustration from Lehmann's book on German law, where it is held that the supervision of the *Vormundschaftsgericht*, of the guardianship court, is out where foreigners are concerned. I mentioned a judgment of Brussels where it was held that the so-called "*consignation*", the duty to deposit moneys with State funds, is not incumbent upon foreigners.

Now here I have a parenthesis to make. I think there has been a suggestion by my learned friend that it is impossible that an inland public law should not operate because if that were so automatically the foreign public law would step in, and even the machinery of the foreign law and the public servants of the law, and that obviously would be an inadmissible thing. Now I do not think anybody has ever held that the machinery and the public servants of a foreign State could possibly step in. That would be, I think, contrary to the principles of the law of nations and, as far as I remember, that exactly was the intolerable and unpalat-

able element in the Austrian ultimatum of 1914. But that is not the difficulty we are confronted with, because inland public law can very well step back without the machinery of foreign public law and the civil servants of foreign public law stepping in. The exemption of certain taxes for foreigners, whereby inland public law is out, does not imply that their national tax gatherer comes into the country of residence and should act there. The exemption from educational laws, which one can very well imagine, for foreigners, does not imply that the school authorities from their own land step in somehow to educate them. The exemption—to take the illustration already mentioned—from the “*consignation*”, does not imply activity in the country of residence on the part of such authorities of the national country as are in charge of the deposit of monies over there. The exemption from the supervision of the *Vormundschaftsgericht* does not imply the stepping-in of similar authorities from the person’s homeland. And, finally, the exemption from military service in the country of domicile or residence does certainly not imply that a drill-corporal or a colour sergeant from the homeland steps in. But that only by way of parenthesis, and to avoid misunderstandings.

Proposition (b) I think is not proved at all, to wit, that all public law of the country of residence should be what I have called in short super-law. And then, proposition (c) that the Swedish law, that part particularly that has been applied in the present case, that is a part of Article 22 a, should be administrative law and, as such, public law, has not been proved either.

Mr. President and Members of the Court, I certainly shall not dwell long on the distinction between public and private law. What I have said about it has been quite enough as it was. But if there is a criterion for distinguishing (and again it is difficult to draw the border-line), it is certainly this: what sort of law is distributed?

Surely the matter cannot be clinched by looking at the *bodies* that distribute law and their organization. It may very well be that public law is distributed just by the ordinary courts. To give you just one instance—in this very country, the right to partake in State elections, the right for the citizen to be a voter at State elections, once subject to some dispute, must be brought before the ordinary courts. Now certainly that is a public law matter, but the court that handles it is just the court that handles all civil and other matters. Furthermore, particularly in the field of protection of infants, it would be somewhat difficult to assume that the character of the institution changes through a shift from, let us say, a juvenile court, where the judge acts, to some administrative committee. I do not think that by the shift the institution itself changes. So I submit that if there is a criterion for distinction at all it is the old criterion of interest of the community as against the interest of the individual.

And now this distinction applies in the field of protection of infants in the widest sense. We then find that there are, as it were, two different aspects to the matter. On the one hand we have the protection of the community against the infant, an infant that is given to stealing. What to call that law? Public law, or at least law that has far more a public accent. On the other hand, we have the protection of the infant against parent or guardian. I would call that law private law. In the one case the community is hit directly, society itself suffers. In the other case

it is rather the individual that suffers, though society may be shocked by that suffering.

Well, if I make a distinction in that way, I find that it is a distinction within the Swedish Act. Allow me to emphasize, once more, that if I look at the various hypotheses within the Swedish Act, within Article 22, I see that some of these hypotheses have more the public law and others have more the private law character. And when I then look at that part of the provision that has been applied under the terms of the various orders, resolutions and decrees, that part of the Act and the Article that has been applied in the particular case of Elisabeth Boll, I can only come to the conclusion that that part of the law, respectively of Article 22, is more of the private law side, because it is *négligence sérieuse ou autre danger concernant la santé physique ou morale de l'enfant*.

Well then, to conclude, I do not think that my learned friend has made the short cut he wanted to make. I have admitted that super-laws are—if I may put it that way—*ordre public* to the highest degree. But it is not true and it is not proved that all public law is by its own nature super-law, neither is it true and neither has it been proved that that particular part of the Act of 1924 that has been applied in the present case is public law.

Mr. President and Members of the Court, I shall revert to the *ordre public* questions in a moment, but I just find that some other remark was made by my learned friend that I must deal with before. He has asked himself and he has asked the Court whether the rights of the guardian have been infringed at all. Supposing that those rights were rights under the Convention, have they been infringed by the protective education, have they been encroached upon? Now I really don't think there is need to dwell long upon this matter. When I was allowed to make my first speech, I quoted an article by Lycklama, I quoted a book by Asser-Wiarda, where it was established that through protective education the guardianship is curtailed.

Now my learned friend has made a sort of distinction between limitation, or *limitation*, and infringement. I have felt somewhat tempted to work out that distinction, if any, in the best semantic manner, but I don't think I should ask the Court's time for that. Certainly, through protective education guardianship is not entirely whittled away, there is a residue, and it may even be an important residue, but that is not the question. The Convention guarantees the full contents, the full scope, the full display of guardianship, the *Inhalt*, as the German authors call it. The guardianship is guaranteed as immune, as intact, as unimpaired, as full, as entire and as undiminished, and it is not the question how much is left. It is no game, as the Greeks had it, of *Soveites*, where you have a heap of sand and you take away one grain of sand, then another and another, and then you are invited to say at which moment the heap is not a heap any more. That is not the question we are concerned with here. No. Any curtailment and any diminution of the powers and rights of the guardian as such is against the Convention. May I compare that with an agreement guaranteeing to a man full ownership of, let us say, some immovable? (And now I must walk gingerly, I don't want this parallel simile taken up as proof that in the Netherlands guardianship of infants is considered a sort of ownership. But that is by way of parenthesis.) If I may continue the parallel then, let there be an agreement guaranteeing full ownership. Now the man to whom this

ownership has been guaranteed finds that there are mortgages on the land he has bought, and there are usufructs, and easements and other charges on the land, and he complains. Well, the seller may then say: "You are still the owner"; yes, he is still the owner, but there is certainly an agreement guaranteeing full ownership and, in exactly the same spirit, we may say this man is still the guardian after the protective education, but he is not full guardian in so far as what has happened has been against the Convention. This is only a short chapter, Mr. President and Members of the Court, but I thought I would mention it, and I thought I had best close it by the very question my learned friend has drafted at the top of page 29 of the English translation of Tuesday, September 30th [*cf. p. 212*]; the question he asked—it may be a rhetorical question, but, anyway, it is a question—"is this distinction which I am making between the limitation of a right and the infringement of that right something artificial? Is it something of a sham, does it look like a sham, is it hypocritical?" Well, let us strike out the word "hypocritical", but as for the rest of the sentence, as the question has been asked, I may close this chapter by pronouncing an emphatic "yes".

Now to come back to *ordre public*, my learned friend has been good enough to simplify matters. There was a chapter on doctrine, particularly dealing with *effet positif et négatif*, but this distinction has not been insisted upon, so I needn't say anything about it. I merely express my gratitude to my learned friend for simplifying matters in this manner. The same thing should be said and again in a spirit of gratitude as to the chapter Conventions and *ordre public*. Here again, my learned friend has singularly simplified the discussion in adopting what has been called in the first speech the majority theory, that is the majority theory with the reservations I was allowed to mention. What is the majority theory? That, once there is a convention with no safety-valve, no *échappatoire*, *ordre public* is out, unless, in the country of residence, the country of the *forum*, it is confronted with what I called before super-law, or when, in the national country, the country of the foreigner, there has been an unforeseen development, either by way of legislation or by way of interpretation. Now I think that we can simplify the matter very much indeed, because none of these hypotheses applies in the present case. I can only state once more, as to point one, that my learned friend has not proved that such part of the Swedish act as has been applied in the present case is a piece of super-law. And, secondly, there have been no developments in the national country of the child, the Netherlands that is, that would give any reason to set aside the national law of the infant. Of course, the developments I alluded to are only developments for the worse, such as the Nüremberg laws in Germany, only such developments as make the foreign law less acceptable, less tolerable, less palatable in the country of residence. And now certainly a development for the worse is not the thing we have beheld in the Netherlands. My learned friend himself, and I have been very gratified to hear that, has sung the praises of the Netherlands' developments; in fact, the protection of infants in the Netherlands, one may say, has gone from strength to strength. There have been improvements, in the same spirit as there have been improvements with Sweden, in 1905, in 1909, in 1921, in 1947, in 1954, so certainly with that second hypothesis, the development of national laws for the worse, we are not confronted. To summarize then: here is a convention, a convention without a safety-valve. *Ordre public* is invoked. Firstly,

then, we are not in the terms of super-law. Secondly, then, we are not in the terms of any development of the national laws for the worse. Well, that is all that there is to it, *ordre public* cannot be invoked.

With your leave, I now come to the precedents. My learned friend has chided me somewhat for speaking of precedents, assuming, or pretending to assume, that I was trying to seduce the Court into adopting the English or American rule of *stare decisis*. He has dealt with this question at some length, but I may put his mind at rest. Of course I am well aware that the Court is not bound by the *stare decisis* principle, British or American style. Of course, I use the word "precedents" in the general and not in the strictly technical sense, and what I wanted to convey was this: that any lawyer in any country, any judge and any advocate, when confronted with a difficult case, tries to find, if not some support, at least some enlightenment and some inspiration, from what judges, and particularly the best judges, have found in similar cases. I refer to precedents in that wide sense, including even such situations—as we have had in this very country—where a judge has explicitly declared himself inspired by French or English or German decisions. Certainly that is not a phenomenon of precedents in the Anglo-American sense.

Now I think, since I have explained myself on the spirit in which I used the word "precedents", my learned friend will be in agreement with me. If he does not ascribe any value to any prior decision in similar cases, he certainly would have said so at the outset and would not have produced the avalanche of judgments he has.

But decisions obviously are precedents only as far as they are on all-fours, or as much as possible on all-fours, with the case under dispute, and that both as to law and as to facts. That double qualification holds whether you take precedents in the technical sense or not.

Now, in this spirit I have examined the decisions, all the decisions, quoted by the defendant, and some others too. I have given my very best attention to that examination, both in the negative and in the positive manner, asking myself which decisions, negatively speaking, should be counted out, and which decisions, positively speaking, should be counted in. It may be that in this manner I did some *travail double*, but I thought I owed it to the Court and to my learned friend to make the examination as thoroughly as I possibly could.

What, then, was the result of the examination of the decisions in the negative manner—concerning guardianship and protection of infants generally? I had respectfully to ask the Court to count out such cases as were not under the Convention. Again, to count out such cases as were under the Convention but where (particularly in view of the machinery of the *Cour de cassation*) the Convention could not be applied.

I further respectfully asked the Court to rule out decisions in such cases where primarily the community was menaced, cases—now, not from the angle of law but from the angle of facts—not on all-fours with the present case, since in those cases the community was menaced, whereas in the present case it is the infant that is held to be menaced. I finally respectfully asked the Court to count out such cases where the country of residence did what the country of nationality would, or might, have done, and where there was no difference of substantive law but only a difference of legal machinery.

So much for the negative approach. And now for the positive approach. We are confronted with what I call a transfer, a removal, case. Obviously then, if enlightenment and inspiration may be drawn and derived from prior decisions at all, we must draw and derive them from decisions in other removal cases, and then such removal cases as are covered by the Convention. In this connection I was allowed to point out that a removal case has a character all its own. And now may I put it again as shortly as I can in terms of space and time. Taking our standpoint in the country of residence, we may say this: that in other cases there is an objectionable situation, admittedly here and admittedly now, whereas in removal cases there is going to be an objectionable situation, admittedly elsewhere and admittedly—if at all—later. What greater antithesis could one think of?

And here may I interrupt myself a moment to meet a remark my learned friend has made. Obviously, when referring to removal cases, I am thinking only of what I may call pure removal cases, such as the present case, such as the cases I have mentioned, judged by Berlin and judged by Bordeaux, and not of cases where the objectionable situation has already matured and where, subsequently, the guardians' or the parents' wish to remove the infant comes in. If a child is in prison and, after that, the guardian wants to remove the child, that is not a pure removal case, because the objectionable situation has already matured before the idea of removal or transfer was uttered. When I say "removal" or "transfer" cases, of course I refer only to such cases where the removal itself is held, rightly or wrongly, to *create* the objectionable situation.

These removal cases, then, have a character all their own, because the substantive connections are different from those in other cases. Usually in removal cases it is only the child that resides in the country of the *forum*—not the parent, not the guardian, who wants to take the child out of that country. Furthermore, the objectionable situation is not to mature in the country of the *forum*.

And then, thirdly, in the present case there is that special feature, that the only connection (to wit: the residence of the child) has been created by the protective education, which in its turn has as its only foundation—as we have seen—a charge that is false. But for all this I may refer, to save time, to what has been set out on that matter in our Reply, pages 102-105. In addition thereto, in my speech I quoted von Bar, as quoted and approved by the late Professor Rolin, who emphasized this connection question, long before the technical term of *Binnenbeziehung* or *Innenbeziehung* was ever thought of and launched.

I then came to two removal cases, or rather, decisions in removal cases, to wit, the Berlin decision and the Bordeaux decisions; in other words, the Elsa case. Both—and those were the only ones I could find—both removal cases, and both cases where, for motives of *ordre public*, an attempt was made to go against the Convention, that is, to thwart the guardians' or parents' wishes. Certainly in none of these two cases has *ordre public* been mentioned; but I think that doesn't mean a thing. Like my learned friend, I am not a nominalist, I am a realist, and the question is not whether *ordre public* has been mentioned in the relative judgment but whether the idea of *ordre public* has more or less dominated the dispute and the decision.

I think I may thus quote these cases as *ordre public* cases, because I found them through looking in the *Répertoire* in the 10th volume, consulting the excellent article by M. Gabriel Marty on *Puissance paternelle*. Under 53, *ordre public* is mentioned, *ordre public* in connection with the Convention on guardianship, and under that very heading you will find the decision of Berlin and the decisions of Bordeaux where the words *ordre public* were not mentioned, but where certainly the idea was very, very acute.

And now I come to the only point where I have somewhat to complain of my learned friend. I gave my very best attention to all judgments he quoted. I read them up, I tried to analyze them, to place them under the right headings. And now I come with my two poor decisions. And then I turn to page 10 of the English record of Wednesday, October 1st, and this is what I read [*cf. pp. 230-231*]:

"After trying to dispose of the decisions which we cited, Mr. Kisch has himself cited two. Frankly I could not help smiling when listening to him: according to him these were the only precedents which deserved to be admitted as precedents. There was a decision of the *Reichsgericht* of 1907, I think, in which it was held that *ordre public* did not, where a foreign guardian was concerned, make it obligatory to place funds realized from the sale of real estate in a special institution. Is that really a precedent? It has nothing to do with the law governing the protection of the young, it is a case of the application of *ordre public* in the wide sense, and I shall not take up any time with discussing it for one moment."

Well, I was somewhat astonished on hearing that passage, because the Berlin decision I referred to, the *Reichsgericht* decision of 1907, was not concerned with the guardian and his obligation to place funds at all. That was a decision of Brussels. The *Reichsgericht* decision I quoted is a decision in a removal case, where it has been held that the interests of the child cannot thwart the guardian's wish to remove the child. And I must say I was somewhat sorry to hear that, when I had explained that case at some length, it had been mixed up with quite another case. I must believe that my learned friend at that moment certainly was smiling, but not listening.

The other case is recorded like this:

"There is one other case, namely that of the Bordeaux Court—the case of the nice little Elsa as opposed to the naughty Elisabeth [I don't know what is the foundation for that part of the sentence. I have not called Elsa "nice", nor Elisabeth "naughty"]: The Bordeaux Court had found that, on the basis of Article 7 of the Convention, it was possible for it to justify the continuation until further notice of a guardianship instituted in France and set up in France, notwithstanding a guardianship more recently set up in Germany. We have not invoked Article 7. It is not under any emergency measure; it is under a measure of *ordre public* deriving from a law of public interest of an administrative character that we acted..."

May I ask the Court's attention once more for both the decision of Berlin, where it was held that the interests of the child cannot thwart the right of the guardian to remove the child, and the decisions of

Bordeaux, or rather the final decision of Bordeaux, where exactly the same thing was held against the *tribunal* by the *cour d'appel*. To wit, that the interests of the child under the Convention cannot thwart the right of the guardian. It is true that afterwards the *cour d'appel* tried to prevent the removal of the child in a roundabout manner by invoking Article 4 and Article 7 of the Convention—something that could not possibly be argued in the present case. But then I must respectfully ask you to read the annotation in the *Revue Darras* I quoted, where the decision was severely criticized.

Mr. President and Members of the Court, I think I know why my learned friend did pay so little attention to the precedents. I think he was in a hurry to make another short-cut and that short-cut you will find in the English record of the proceedings last Tuesday, page 44. Allow me to read it to you [*cf. p. 220*]:

“*Ordre public* differs from country to country, and, the greatest misfortune of all, absolute *ordre public* is almost never set out in a text, but it is the Courts which attribute a character of absolute *ordre public* to a law in the interpretation of its content. Thus, to ask an international jurisdiction to evaluate the arguments which a State uses to show the existence, the character of absolute *ordre public* which it attaches to certain provisions, would seem to me to be contrary to the spirit of international jurisdiction. I don't at all mean to say that I am of the opinion that full discretionary power of judgment should be left up to the States, but I think that in this field there exists a reasonable presumption that the States are serious and act in good faith and that they know what they are saying when they express the consideration that a question falls within absolute *ordre public* and that, unless it can be proven that there is an abuse of power on their part, an obviously arbitrary exercise of such power, it should be conceded that the measure which they have rejected falls within that category.”

Here is another short-cut to a solution. *Ordre public* that cannot be tested. And why can it not be tested? Because there is a reasonable presumption that States in invoking *ordre public* are serious and act in good faith. That is a curious argument, because I thought it was just the other way around. The argument that the States are serious and act in good faith, that is an argument I have found in Wolff, I have found in Kahn, I have found in Vischier, I have found in all the authors that are advocates of the majority-theory. But they have invoked the argument just the other way around, to-wit, for excluding *ordre public* once a convention is made. We all know one another, we all trust one another, and that is why we accept one another's laws as they may be displayed in our respective countries under rules of conflict of laws. I think it is rather topsy-turvy to give the very argument that is always put forward for excluding *ordre public*, to give that argument for establishing *ordre public*.

And now even if there were a sound foundation for that presumption in favour of *ordre public*, what sort of presumption is it? Is it a presumption that cannot be set aside? That would mean that *ordre public* is above criticism, that would mean the doctrine of infallibility in favour of *ordre public*, and that's what I referred to this morning when speaking about the *système infallible*.

Mr. President and Members of the Court, I am coming to the close of my speech, and I can only ask you this, can this doctrine of infallibility of *ordre public*, can that doctrine be adopted? I needn't tell you what it would imply: that any State could just kill any convention by the blunt instrument of *ordre public*, in matters of guardianship or in any other matter; the convention could be set aside any time by any law of one of the Parties to the convention, by any law, provided that law be called by the legislature or by the judge "*ordre public*", and that would be the end of the matter. And should *ordre public* be above criticism? That would be odd indeed. In my first speech I have quoted authors, and authors, and authors, all over the world, who do criticize *ordre public*. But, after all, they are only humble pen-men. They cannot implement their criticism. Here, for once, it can be implemented.

This, then, is what we respectfully ask the Court. Do not, we ask, accept the infallibility theory for *ordre public*. Do not accept the theory that *ordre public* should be above criticism. And then pronounce your criticism on *ordre public* as it has been invoked in the present case. In what terms and for what motives, Mr. President and Members of the Court, you will see fit to set aside *ordre public* as it has been invoked here, that is not for me to say. But three aspects I may be allowed to remind the Court of. Firstly, that the part of the Swedish Act that has been applied in the present case, a part of the provision of Article 22 (a), is not a super-law and, therefore, according to what we have called the majority-theory on conventions, cannot operate against a convention. Secondly, that the case is a strict removal case, an exodus case as I have called it, and that, therefore, it is not sufficiently connected with the country of the residence, with the country of the *forum*, to supply a sound basis for *ordre public*. And, thirdly, I must ask you most respectfully not to forget the *genesis* of the case, the *genesis* that, in the most deplorable manner, has determined all developments to this day, the *genesis* that is, and is only, a false charge.

Mr. President and Members of the Court, I have mentioned *Genesis*, I have mentioned *Exodus*, allow me in closing to take up the good old Book and look at a text of *Leviticus*. In the 19th Chapter, you will find a wonderful maxim, verse 34:

"The stranger that dwelleth with you shall be unto you as one born among you, and thou shalt love him as thyself."

In a higher sense, Mr. President and Members of the Court, we have no quarrel with Sweden. We are convinced that Sweden in good faith has tried to live up to that very maxim of "loving the stranger that dwelleth with her as one of her own children". But, this morning, in referring to protection, I made the distinction between protection and over-protection. It is a distinction I find again in the old Book. It is in the text that just comes before the one I quoted. Certainly, one should love the stranger, but there may be a love that is vexatious. And that very love is mentioned in verse 33 of the 19th Chapter:

"If a stranger sojourn with thee in your land, ye shall not vex him."

Mr. President and Members of the Court, I cannot better summarize our case then by saying this. Surely a serious effort has been made by Sweden to love the stranger. But it has developed into a vexatious

love. In that spirit, we put the case before your Court, feeling assured that, to quote the verse that comes after the two I have quoted, you will weigh it in "just balances" with "just weights". Thank you.

The PRESIDENT: Has Professor Kisch terminated his speech? Then I want to put a question to the Agent of the Dutch Government. This question concerns his final Conclusions.

Are these final Conclusions now identical with the final Conclusions set out in the Reply, page 109?

M. RIPHAGEN: Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, nous gardons comme nos conclusions les conclusions qui figurent à la page 109 de la réplique, ceci en conformité avec les demandes que nous avons formulées dans notre requête.

The PRESIDENT: I think I must have a little clarification, because the final Conclusions in the Reply are not identical with the final Conclusions in the Memorial, page 18. So therefore I ask: what are now the final Conclusions of the Dutch Government?

M. RIPHAGEN: Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, vous vous réferez à la page 18 du mémoire. A cette page nous avons repris les mots de la requête. Dans les différentes pièces qui ont été échangées, les arguments de la Partie défenderesse ont été exposés, et c'est dans ce cadre que nous avons dans notre réplique répondu aux arguments qui ont été présentés dans le contre-mémoire par nos estimés adversaires. Pour ce qui concerne notre *petitum*, nous gardons le texte tel qu'il figure à la page 18 de notre mémoire comme conclusions de notre Gouvernement.

The PRESIDENT: I think in such circumstances I should ask the Agent of the Dutch Government to file in writing in the Registry the final Submissions¹ which the Dutch Government now make after having pleaded their case.

¹ See Part IV, Correspondence, p. 311.

8. DUPLIQUE DE M. PETRÉN

(CONSEIL DU GOUVERNEMENT DU ROYAUME DE SUÈDE)
A L'AUDIENCE PUBLIQUE DU 4 OCTOBRE 1958, APRÈS-MIDI

Mon estimé contradicteur, l'agent du Gouvernement néerlandais, M. Riphagen, a fait hier quelques remarques se référant à mon intervention de lundi dernier, et ce qu'il a dit appelle peut-être quelques brèves observations complémentaires de ma part.

J'avais attiré votre attention sur le fait que la procédure ou plutôt les procédures suédoises dans la présente affaire ont été, en dernier lieu, des procédures judiciaires, terminées par des arrêts de la Cour suprême administrative.

J'en avais tiré deux conclusions. La première, c'est que le Gouvernement suédois n'a pas à rejurer le cas en pesant les preuves et les arguments qui ont conduit les autorités et les tribunaux suédois aux décisions contestées. Mon Gouvernement ne saurait que constater qu'il se trouve devant le résultat final d'un procès, jugé par ses tribunaux, qui ont agi en bonne conscience et dans un domaine qui doit être considéré comme relevant de leur seule compétence. Nous persistons à croire que la Cour internationale de Justice se trouve dans la même situation.

Ma deuxième observation, Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, avait trait aux pouvoirs que votre Cour pourrait exercer par rapport à un tel règlement judiciaire ayant acquis, sur le plan national, force de chose jugée. Sur ce point, je m'étais référé à la discussion qui s'est déroulée au sein de l'Institut de droit international en 1929. Il est exact que cette discussion, ainsi que la résolution qui en est née, se situe dans le contexte indiqué par M. Riphagen, mais les arguments qui ont motivé la partie de la résolution citée par moi sont d'une applicabilité générale.

L'hypothèse d'un conflit entre la chose jugée sur le plan national et l'appréciation d'un tribunal international est tellement inévitable qu'elle est expressément prévue dans l'Acte général pour le règlement pacifique des litiges internationaux conclu en 1928 à la Société des Nations, et renouvelé en 1949 aux Nations Unies. Son article 32 est ainsi conçu :

« Si la sentence judiciaire ou arbitrale déclarait qu'une décision prise ou une mesure ordonnée par une autorité judiciaire ou toute autre autorité de l'une des parties en litige se trouve entièrement ou partiellement en opposition avec le droit international, et si le droit constitutionnel de ladite partie ne permettait pas ou ne permettait qu'imparfaitement d'effacer les conséquences de cette décision ou de cette mesure, les parties conviennent qu'il devra être accordé par la sentence judiciaire ou arbitrale, à la partie lésée, une satisfaction équitable. »

Dans le domaine du droit international privé, il paraît particulièrement évident que si les tribunaux nationaux d'un pays ont, par exemple, prononcé un divorce ou permis un mariage, et si cette décision est attaquée plus tard devant la Cour internationale de Justice comme com-

portant une violation d'une convention internationale, on conçoit mal que la Cour puisse annuler les effets de la décision contestée après que celle-ci a acquis force de chose jugée. La Cour ne saurait sans doute que donner une interprétation de la convention, liant à l'avenir l'État en question.

Il en va de même pour une convention sur la tutelle. Si, par exemple, aux termes d'une telle convention, le consentement d'un tuteur étranger est nécessaire au mariage d'un pupille, mais si, par erreur, une autorité du pays de la résidence célèbre un mariage sans avoir exigé cette autorisation, la Cour internationale de Justice ne saurait, je le pense, dissoudre le mariage qui a eu lieu, même si la Cour constate qu'il y a eu une violation de la convention.

Cette constatation n'aurait qu'un effet d'interprétation s'imposant pour l'avenir, sauf à accorder peut-être les réparations prévues par l'Acte général.

Cette manière de voir devrait, aux yeux de mon Gouvernement, s'appliquer à toutes les décisions sur le plan national, que le gouvernement, d'après la constitution du pays, ne peut pas annuler. C'est dans ce sens et avec cette limitation qu'il faut comprendre l'acceptation de la juridiction de la Cour internationale de Justice, même aux termes de l'article 36 de son Statut, quand il s'agit de l'interprétation de conventions de droit international privé.

Ceci dit, je reconnais volontiers que la question se présente sous un jour quelque peu différent en ce qui concerne une mesure prise par l'Office des mineurs, mesure dont la révocation peut toujours être demandée par une nouvelle requête. Toujours est-il que de nouvelles procédures seraient nécessaires, vu que dans notre système le Gouvernement ne peut pas ordonner à l'Office des mineurs de lever la mesure.

Et j'attire l'attention de la Cour sur le fait que certains arrêts de la Cour permanente de Justice internationale qui ont été invoqués ont mis en lumière la nécessité d'observer un certain délai ou certaines modalités pour la cessation d'une situation jugée incompatible avec une obligation internationale. Qui réglerait cela ici? L'Office des mineurs auquel vous auriez dénié compétence? Ou la Cour internationale de Justice elle-même?

Mais je ne veux pas m'attarder davantage sur les difficultés qui accompagneraient une décision qui serait défavorable à la Suède, car nous la croyons heureusement improbable. Je crois donc pouvoir terminer ici cette partie de notre réplique finale, dont le reste sera présenté par M^e Rolin. Je vous remercie donc, Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, respectueusement de l'attention que vous avez encore voulu m'accorder, et je vous prie, Monsieur le Président, de bien vouloir, après la traduction, donner la parole à M^e Rolin.

9. DUPLIQUE DE M. LE PROFESSEUR RÖLIN

(CONSEIL DU GOUVERNEMENT DU ROYAUME DE SUÈDE)

A L'AUDIENCE PUBLIQUE DU 4 OCTOBRE 1958, APRÈS-MIDI

Monsieur le Président, Messieurs de la Cour.

Il y a une dernière observation de M. Riphagen qui doit être rencontrée. M. l'agent du Gouvernement néerlandais s'est élevé contre ma déclaration suivant laquelle l'objet du litige était une interprétation du traité et non pas un cas particulier, et il en a conclu que la Cour était libre d'examiner le fait dans ses détails, y compris le bien-fondé des décisions suédoises critiquées. Il a même rappelé à cet égard que l'article 36, paragraphe 2, du Statut de la Cour vous donne compétence pour les différends portant non seulement sur l'interprétation d'un traité, mais sur la réalité de tout fait qui, s'il était établi, constituerait la violation d'un engagement international.

Comme à diverses reprises au cours de ce débat, il m'a paru que notre désaccord repose en partie sur un malentendu et que nos adversaires n'avaient pas saisi exactement ma pensée. Je vais donc essayer de la préciser.

Il est bien évident que les Pays-Bas n'ont pas demandé à la Cour une interprétation abstraite du traité; ils n'ont pas demandé à la Cour de définir le mot « tutelle ». Ils ont dénoncé une violation concernant un cas particulier. Le titre nouveau qui a été donné à cette affaire, savoir: « Affaire relative à l'application de la Convention de 1902 », est du reste clairement explicite, puisque l'on n'imagine pas qu'une application puisse être générale, abstraite et non relative à une situation concrète qui se présente dans la réalité.

Mais l'examen d'un cas d'application, plus spécialement à l'occasion d'application d'espèce, d'une réclamation pour violation d'un engagement international suppose nécessairement la comparaison du fait ou de l'acte, qui est dénoncé comme constituant une violation, avec l'engagement, avec la règle de droit prétendument violée. Et la contestation peut porter soit sur l'existence, sur la réalité du fait, soit sur l'existence ou l'interprétation de la règle de droit. En l'espèce — la Cour le reconnaîtra aisément, je pense —, il n'y a aucun doute quant à la réalité du fait dénoncé; les décisions critiquées ont été reproduites dans la procédure écrite, sans provoquer d'observations d'aucune des parties, et la seule difficulté, la seule contestation entre nous porte sur l'interprétation que nous donnons à la Convention, sur le point de savoir si la Convention interdisait ou n'interdisait pas de prendre les décisions qui se trouvent critiquées.

Il est donc tout à fait certain que c'est sur base de l'article 36, 2, a (différends portant sur l'interprétation d'un traité), et non de l'article 36, alinéa 2, § c, que la Cour se trouve actuellement saisie. Il ne s'agit pas de « la réalité d'un fait qui, s'il était établi, constituerait la violation d'un engagement ».

Constatons d'autre part que le traité dont la violation nous est reprochée est un traité de droit international privé fixant des règles de

résolution des conflits de lois pouvant se produire en matière de tutelle. J'ai été extrêmement surpris d'entendre M. Riphagen contester la chose tant elle me semble certaine. Il a pris prétexte du titre de la Convention, qui porte que c'est une convention pour régler la tutelle des mineurs. Nous sommes d'accord que la Convention formule des règles relatives à la tutelle des mineurs. Mais ces règles sont de quelle sorte? Sont-ce des règles de fond? Y a-t-il une disposition quelconque indiquant par exemple par qui le tuteur est désigné, ou dans quelles conditions il est désigné, ou quelles sont les compétences du tuteur, quelle est sa mission? Nullement, les seules règles qu'on y relève se bornent à déterminer la loi interne qui régit ces questions du fond. C'est ce qu'indique très clairement l'examen des actes de la Deuxième conférence. Au surplus, le fait me paraît parfaitement exprimé dans l'avant-projet de programme d'une conférence de droit international privé, l'annexe n° 3, procès-verbal n° 8, rapport de la Quatrième Commission sur la tutelle, dans lequel on peut lire: « La tâche confiée à la Quatrième Commission consiste à formuler un projet de règles internationales destinées à résoudre les difficultés de droit résultant de la question de savoir à quel régime doit être soumise la tutelle des mineurs étrangers. »

Dès lors qu'il en est ainsi, on ne peut imaginer d'autres cas de violation de la convention que ceux où l'on aura méconnu la compétence reconnue à une loi déterminée. Il faut qu'il y ait usurpation d'une compétence. Il n'est pas possible qu'il y ait violation de la convention par faute dans l'exercice de la compétence revenant à un État en vertu de la convention. Car chacun des États est libre d'exercer ou de ne pas exercer les compétences qui lui sont attribuées. Et ces compétences ne sont en rien réglementées. Bien entendu, il n'en résulte pas que, en aucun cas, sur la base de cette convention, vous ne devez examiner des questions de fait, mais vous ne pouvez être amenés à vérifier que les circonstances qui sont de nature à donner compétence, c'est-à-dire la nationalité, la résidence habituelle et éventuellement — je suis d'accord sur ce point avec M. Riphagen — l'urgence. Par contre, il vous serait impossible d'accueillir une demande qui porterait, de la part de l'État de la résidence, par exemple, sur l'usage qui aurait été fait, par les autorités nationales de l'enfant, de la compétence que la loi leur attribue, soit par exemple qu'elles aient fait un choix manifestement mauvais du tuteur, ou que le conseil de famille, ou qu'un tribunal ait pris une décision grossièrement injuste, ayant méconnu des intérêts légitimes, tout cela pourra donner lieu éventuellement à une réclamation internationale mais non sur base de la Convention, exclusivement sur base des règles de droit international générales en matière de déni de justice.

Mais, Messieurs, s'il en est ainsi lorsque l'on se trouve dans le cadre même de la Convention, il en est *a fortiori* ainsi en l'espèce, car d'après la thèse suédoise, en prenant la décision incriminée, l'Office des mineurs a exercé tout autre chose qu'une compétence qui lui est attribuée par la Convention. Ce n'est pas de la Convention que la Suède prétend tirer la compétence de ses organes de protection de l'enfance. La compétence que la Suède a exercée est suivant elle une compétence qui relève de sa souveraineté, de la puissance publique qu'elle exerce normalement sur son territoire. Au demeurant, la Suède ne demande pas à la Cour de dire que la Convention lui attribue cette compétence, vu qu'elle ne contient aucune disposition qui le lui interdise. Elle lui demande de dire que la Convention, d'après nous, ne s'applique pas.

Si la Cour admet que cette thèse est fondée, je me demande comment alors elle pourrait être amenée à rechercher si les organes suédois avaient de justes motifs pour prendre les décisions critiquées. Elle pourrait le faire, je l'ai dit et je le répète encore une fois, non pas sur la base de la Convention, mais sur la base des règles générales du droit international, en tant que déni de justice. Or, non seulement une telle accusation de déni de justice n'a pas été formulée contre la Suède dans la procédure écrite, mais nous avons eu la satisfaction, et nous l'en remercions, d'entendre M. Kisch reconnaître que les autorités suédoises avaient pris leur décision de bonne foi et après un examen consciencieux de la situation. Ce qui est le contraire du déni de justice.

Telles sont les raisons qui nous ont amenés, M. Petrén et moi, à soutenir que seuls étaient en cause les dispositifs des mesures incriminées, non leur motivation.

Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, j'en viens à répondre maintenant à M. Kisch, que j'appellerais volontiers, suivant l'expression anglaise, mon savant ami, my learned friend, M. le professeur Kisch.

Il n'est évidemment pas question que je puisse ici — je crois que cela ne présenterait aucun intérêt — reprendre en détail mon argumentation développée dans la plaidoirie ou même, dans l'ordre où il les a présentées, toutes les observations de M. Kisch. Répliquer, c'est avant tout choisir. J'ai décidé de me borner à l'essentiel, tel que M. Kisch a résumé lui-même vers la fin de sa plaidoirie en trois propositions.

Primo, il a dit que la mesure protectrice suédoise, en tant que prise sur la base de l'article 22, § 2, de la loi suédoise du 6 juin 1924, n'est pas l'exercice par la Suède d'une compétence lui appartenant en vertu de sa souveraineté, mais que c'est une mesure de droit privé qui empiète sur la loi nationale de l'enfant mineur applicable en vertu de la Convention de 1902. En deuxième lieu, il a dit qu'en l'espèce, cette loi devait être écartée, non seulement à cause de la Convention, mais parce qu'il n'y avait pas dans le cas d'Elisabeth Boll un rattachement local suffisant pour justifier l'invocation de l'ordre public. Enfin, il a soutenu que la mesure avait pour origine une fausse accusation. Le deuxième moyen était ce qu'il appelait l'« *exodus* », l'exode, et le troisième moyen était ce qu'il appelait la genèse, « *genesis* ».

Je ne vais donc pas revenir sur les fins de non-recevoir que j'avais développées, et qui ont été maintenues dans nos conclusions. C'est l'indication que nous ne les abandonnons pas, mais je crois ne pouvoir ajouter rien d'essentiel à ce qui a déjà été indiqué. Je me bornerai simplement à souligner pour la Cour que sur le seul point nouveau que j'avais développé en plaidoirie et que nous avons reproduit en conclusions, il n'a rien été répondu. J'avais indiqué que le 5 mai 1954, lorsque la mesure protectrice fut prise, on se trouvait devant une tutelle organisée exclusivement suivant la loi suédoise. Cela apparaît sans équivoque sur le petit tableau dont M. Kisch a bien voulu faire l'éloge. Rien n'a été répondu à ce sujet par nos adversaires, pas même dans leurs conclusions finales. Sans doute peut-on trouver l'explication de ce silence dans le fait indiqué par M. Kisch qu'il est disposé à renoncer à discuter la question des droits du père-tuteur, se bornant à discuter ceux de Catherine Postema, puisque aussi bien c'est elle qui est actuellement tutrice et que c'est d'elle dont les droits sont prétendument méconnus.

Messieurs, j'en viens donc au premier moyen: la mesure protectrice en tant que basée sur l'article 22, § 2, de la loi ne serait pas l'exercice

par la Suède d'une compétence lui appartenant en vertu de sa souveraineté, mais une compétence de droit privé.

Un premier point aujourd'hui est acquis: c'est que la Suède a reconnu la tutelle néerlandaise. Elle n'a pas maintenu la tutelle suédoise initialement organisée à l'initiative de Johannes Boll, l'Office des mineurs n'a pas revendiqué la qualité de tutrice ou de tuteur, personne ne lui a attribué cette qualité, au contraire, il a été jugé que la tutelle proprement dite doit être réglée suivant la loi néerlandaise. Et M. Kisch reconnaît que même dans l'exercice effectif de la tutelle, il reste de nombreuses prérogatives qui continuent à pouvoir être exercées par M^{me} Postema. J'insiste sur ce point, parce que certains journaux néerlandais ont marqué de la surprise à l'idée que je soutiendrais qu'il n'y avait pas actuellement en Suède de tutelle d'Elisabeth, mais une protection. Aujourd'hui, aucun doute n'est possible après le rappel des décisions qui sont dans la première colonne, il ne subsiste exclusivement qu'une tutelle néerlandaise.

N'empêche, dit M. Kisch — et c'est son droit —, que cette mesure de protection constitue un empiètement, *an encroachment*. De fait, nous n'avons pas contesté que bien que, à notre avis, elle n'ampute pas, elle ne mutile pas le droit lui-même, elle entrave l'exercice de certaines des prérogatives qu'il comporte, à savoir notamment le choix de la résidence du mineur. La question se pose maintenant de savoir si cette entrave est ou non compatible avec la Convention.

Avant tout, je tiens à attirer l'attention de la Cour sur cette concession considérable que nos adversaires ont faite, car vous allez voir à quelles contradictions elle va les conduire. M. Kisch reconnaît que si la mesure d'éducation protectrice avait été prise à l'égard d'un enfant ayant commis quelque larcin, elle devrait être considérée comme régulière, ayant été prise en vertu d'une loi quasi pénale, en vertu de l'exercice de la souveraineté auquel aucune règle de conflit de lois ne peut faire obstacle. Par contre, il n'en serait pas de même de la mesure prise parce que l'enfant qui en fut l'objet n'était pas délinquante.

Cette distinction, M. Kisch a prétendu la baser sur la considération que dans ce dernier cas l'intérêt de l'enfant serait seul en cause. C'est le cas d'Elisabeth Boll, celui visé dans la disposition légale dont il lui a été fait application par l'article 22, § a (« enfant en-dessous de 16 ans, qui dans la maison familiale est maltraité ou exposé à une négligence sérieuse ou à un autre danger concernant sa santé physique ou morale »), tandis que ce serait l'intérêt de la communauté qui serait seul en cause dans le cas du § c (« enfant en-dessous de 18 ans, dont la délinquance est si grave que des mesures éducatives spéciales sont requises pour sa correction »). Dans le premier cas, dit-il, on prend des mesures pour l'enfant; dans le deuxième cas, on prend des mesures contre l'enfant.

Je regrette de le dire, Messieurs, mais j'espère que parmi les Membres de la Cour, il y en a qui sont suffisamment familiarisés avec la protection de l'enfance, car j'affirme que pour toute personne au courant de cette protection, la distinction proposée par M. Kisch est une hérésie. Il n'y a pas d'enfant délinquant, vous a déjà dit M. Petré. Il n'y a dans un cas comme dans l'autre qu'un seul point à considérer, le danger dans lequel se trouve l'enfant, danger qui menace à la fois l'enfant et la communauté. La Cour suprême des Pays-Bas, aussi bien que le *Reichsgericht* allemand, emploient la même expression lorsqu'il s'agit d'un enfant qui a commis certains vols ou lorsqu'il s'agit d'un enfant qui

se trouve menacé par le milieu familial. Dans le premier cas comme dans le second, il y a danger.

Je prie la Cour de constater d'autre part que le système proposé conduit à des conséquences que la Cour ne peut pas vouloir. Si un enfant étranger avait à deux ou trois reprises vidé le porte-monnaie de ses parents, l'Office des mineurs suédois serait compétent, il pouvait agir. Mais si un mineur étranger ou un autre enfant se trouve dans une situation extrêmement malheureuse, avec des parents cruels ou des parents immoraux, personne dans ce cas ne pourra agir.

En effet, l'Office des mineurs ne le pourra pas parce que protéger l'enfant c'est faire un acte de droit privé, c'est empiéter sur les prérogatives de la loi nationale. Et les autorités de la loi nationale ne le pourront pas, car M. Kisch reconnaît — à la page 255 du compte rendu : « Personne n'a jamais soutenu que l'administration et les agents officiels d'un État étranger aient une possibilité d'intervenir, *could possibly step in*. Ce serait, je pense, contraire au droit des gens. » C'est précisément ce que j'ai affirmé. Ce serait contraire au droit des gens. Ainsi eux ne peuvent pas intervenir et nous ne pourrions pas intervenir non plus. En sorte que la Convention, telle qu'on l'interprète de l'autre côté de la barre, aurait organisé un *vacuum* — pour employer une expression à la mode — dans tous les pays, quand il s'agit d'enfants étrangers, aucune autorité n'aurait permission d'agir, à moins que l'enfant ne commette certains délits.

Cette distinction est manifestement inconciliable avec l'économie de la loi suédoise de 1924, qui se trouve reproduite dans notre contre-mémoire, car c'est dans le même article que l'on réunit, outre les catégories *a* et *c*, une catégorie *b* : « un enfant du même âge qui en raison de l'immoralité, de la négligence ou de l'inaptitude à la tâche d'éducateur des parents, est en danger de devenir délinquant ». Je demande à M. Kisch s'il considère que le « danger de devenir délinquant » est quasi pénal ou bien si cette notion doit être réputée comme relevant de l'intérêt privé de l'enfant inapplicable aux étrangers? N'y a-t-il pas d'intérêt de la communauté à empêcher qu'un enfant devienne délinquant? Et qu'il s'agisse de cette catégorie *b* ou de la catégorie *a*, n'y a-t-il pas d'intérêt de la communauté à éviter qu'un enfant devienne malade, devienne invalide, devienne incapable, ou n'ait pas de métier, ou pas d'instruction, ou tombe à charge de la société pour toujours? Est-il vrai que ces circonstances n'intéressent pas la communauté? Aucune loi moderne à ma connaissance n'admet ce cloisonnement. Notons du reste que dans un cas comme dans les autres, c'est le même organe, l'Office des mineurs, que la loi suédoise désigne pour prendre les mesures qui s'imposent, et elles sont les mêmes dans un cas comme dans l'autre. Cela peut être soit une admonestation aux parents, soit un avertissement à l'enfant, soit encore l'envoi dans une institution spéciale d'éducation ou un emploi convenable, et cela peut être d'après l'article 24 l'éducation protectrice. L'on peut donc, et il est bon qu'il en soit ainsi, à l'égard d'un enfant délinquant, se contenter d'une admonestation, tandis que l'on peut à l'égard d'un enfant qui se trouve en danger, pour quelque autre cause, notamment suivant le 22, § *a*, parce qu'il est exposé à une négligence sérieuse ou à un autre danger concernant sa santé physique et morale, l'on peut dans ce cas-là, par application de l'article 24, prendre une mesure d'éducation protectrice. Comment admettre que lorsqu'il se trouve en présence d'un enfant mineur étranger, l'Office des mineurs

serait dans un cas autorisé à agir en tant qu'organe de la puissance publique, tandis que dans l'autre il devrait s'abstenir, étant censé accomplir une fonction privée?

Il y a une quatrième objection, Messieurs, au système de M. Kisch, c'est son inconséquence. M. Kisch reconnaît que les agents officiels néerlandais ne peuvent pas pénétrer en Suède, c'est — dit-il — par application du droit des gens, parce que le droit des gens, comme je vous l'ai déjà indiqué, reconnaît le monopole des États à l'exercice de la puissance publique sur leur territoire. Mais ayant reconnu que la Suède peut s'opposer au nom de son monopole territorial de la puissance publique à l'intervention des agents néerlandais, par une singulière contradiction, il interdit à cette même puissance publique d'exercer elle-même son action sur son propre territoire. On tire de la puissance publique un effet négatif et on lui refuse l'effet positif, qui est cependant la raison d'être du négatif.

Et enfin, j'en arrive à ma dernière objection, qui est peut-être — puisqu'il s'agit essentiellement de la Convention — celle qui me paraît la plus impressionnante. Le système que la thèse néerlandaise nous propose est incompatible avec le texte de la Convention, car la Convention n'a statué qu'en ce qui concerne la tutelle. Si la mesure d'éducation protectrice — dans le cas où il s'agit d'un enfant non délinquant et en danger — devait être considérée comme étant des prolongements de la tutelle, comme ne concernant que l'enfant, comme ayant le même caractère privé que la tutelle, comme intégré à la *lex tutelae*, en ce cas cette protection devrait, d'après la Convention, se régler suivant la Convention, être exercée conformément à la loi nationale, et les autorités nationales auraient compétence pour agir. Or on admet que la loi nationale ne s'applique pas pour semblables mesures, que les autorités nationales ne peuvent intervenir en territoire étranger. C'est donc qu'il s'agit bien d'une intervention d'autorité, et que l'on ne peut donc pas, à peine de marier l'eau et le feu, prétendre l'assimiler à ce qui est le fonctionnement de la tutelle, comme protection familiale, par des organes familiaux, au sein de la famille.

Voilà ce qui me porte à rejeter comme totalement artificielle cette distinction que nos adversaires ont imaginée en dernière minute. Je ne puis y voir qu'une tentative désespérée n'apportant qu'une demi-satisfaction à la thèse que j'ai défendue; elle doit inéluctablement vous conduire à reconnaître le véritable caractère que la mesure d'éducation protectrice revêt dans tous les cas, qu'il s'agisse de l'article 22 *a* ou de l'article 22 *c* de la loi suédoise. Nous avons à l'appui de la thèse suédoise citée dans la procédure écrite de nombreux auteurs et de nombreuses jurisprudences.

Quant à la doctrine, je suis bien forcé de constater que bien que j'aie ajouté en plaidoirie une douzaine de citations d'auteurs tous formels sur le fait que la protection de l'enfant devait être étendue aux enfants mineurs étrangers, on ne m'a rien répondu. Or je n'ai trouvé aucun auteur qui fasse la distinction entre les mesures prises contre l'enfant et les mesures prises pour un enfant en vertu de la loi sur la protection de l'enfance, celle-ci étant réputée applicable en tout cas aux enfants mineurs étrangers. Je crois donc pouvoir conclure que la doctrine est un argument hostile à la thèse néerlandaise.

Même situation en ce qui concerne la jurisprudence. Assurément, l'on vous a dit que l'on n'entendait pas demander à la Cour qu'elle se montre

aussi sévère à l'égard des décisions jurisprudentielles que j'invoque qu'une juridiction anglo-saxonne doit l'être en ce qui concerne les précédents qu'on lui oppose et auxquels on prétend la soumettre. Je me demande, en ce cas, pourquoi M. Kisch a fait état de ce texte de Black, qui est une grande autorité, mais qui dans le passage cité s'occupe exclusivement et très expressément des conditions que doivent réaliser des décisions judiciaires pour être qualifiées « precedents » en droit anglais.

Il va de soi que, comme vous l'avez fait vingt fois dans vos arrêts, vous pouvez extraire des règles ou des principes de décisions judiciaires antérieures, les vôtres ou celles de la Cour permanente ou celles de juridictions nationales, même lorsqu'ils ont été énoncés à l'occasion d'espèces totalement différentes, sauf bien entendu à vous assurer que la pensée des cours dont vous citez les avis est fidèlement interprétée.

Et cependant M. Kisch persiste à vouloir expédier et jeter par-dessus bord tout ce qui lui est défavorable et ne traite pas d'espèces identiques à celle qui vous est soumise, c'est-à-dire pratiquement toutes les décisions que nous avons produites dans la procédure écrite, et il en va de même des trois décisions bavaroises que j'avais ajoutées au cours de mon exposé oral et auxquelles il n'a pas fait l'honneur d'une mention.

Il écarte certaines de ces décisions parce qu'elles ne se rapportent pas à la Convention de tutelle. Ai-je besoin de vous dire, cependant, que si une juridiction déclare reconnaître que la puissance paternelle sur un enfant déterminé doit être appréciée suivant la loi nationale de cet enfant, mais en dépit de cela affirme le droit des autorités du for de contrarier s'il le faut l'exercice de la puissance paternelle ainsi réglé par application de la loi sur la protection de l'enfance, le problème qu'elle a résolu est identiquement le même que celui qui se pose lorsque la compétence de la loi nationale résulte non pas d'une règle de conflit propre à cet État mais d'une convention de droit international privé?

De même, il est encore plus extraordinaire — et c'est vraiment trop facile cette fois — de déclarer: vous devez écarter toutes les décisions où l'on invoque l'intérêt de la communauté puisque, dans le cas d'Elisabeth Boll, il n'y a pas d'intérêt de la communauté, il n'y a que l'intérêt d'Elisabeth Boll!

Ceci est manifestement une pétition de principe. Car si j'invoque ces décisions, c'est précisément parce qu'elles reconnaissent que la communauté est intéressée à l'application de la loi sur la protection de l'enfance. Vouloir les écarter justement parce qu'elles invoquent l'intérêt de la communauté revient évidemment à écarter arbitrairement et d'office toute décision judiciaire qui lui est défavorable.

Troisième exclusion! On vous demande d'écarter toutes les décisions judiciaires où il est fait application par le tribunal d'une institution ou d'une mesure prévue par la loi du for qui est analogue à une mesure qui aurait pu être prise en vertu de la loi nationale, c'est-à-dire, suivant les propres termes de M. Kisch, « que le pays de nationalité aurait voulu ou pu prendre sans qu'il y ait de différence essentielle ». Or je constate qu'à part l'arrêt du Hoge Raad de 1924 qui n'est pas relatif à la loi sur la protection de l'enfance, aucune des décisions relatives à la protection de l'enfance n'a prétendu justifier la carte blanche que l'on donnait aux autorités compétentes dans le pays du for par le fait que dans le pays d'origine des mesures semblables pourraient être prises. Je vous parlais l'autre jour de l'hypothèse où une mesure de protection serait prise

à l'égard d'un enfant appartenant à un pays qui ignore la protection de l'enfance. Or cette situation n'est pas imaginaire, puisque, comme je vous le montrerai dans un instant, c'est à des dates tout à fait différentes que les pays ont organisé la loi sur la protection de l'enfance, toutes postérieurement à 1902 — conçoit-on que les autorités de la résidence devraient s'abstenir? Mais cette troisième exclusion n'est pas seulement dénuée de fondement en droit, mais manque de pertinence en fait, et je n'en referai pas la démonstration, puisqu'il y a dans la législation néerlandaise des mesures très semblables à l'éducation protectrice; en effet, les autorités néerlandaises pourraient, si cette mise sous surveillance, comportant éloignement de la maison de famille. M. Kisch a lui-même, à un moment de sa plaidoirie — la première plaidoirie —, reconnu expressément que ceci était bien l'équivalent de la mesure d'éducation protectrice. Dans ces conditions, la troisième cause d'élimination doit également être rejetée comme sans intérêt, et la jurisprudence citée continue à peser de tout son poids unanime en faveur de la thèse suédoise.

Quant aux deux décisions que M. Kisch retient comme pertinentes, vous constaterez qu'elles ne fournissent aucun élément quelconque à l'appui de sa thèse. J'ai relu la première décision du *Reichsgericht* allemand. Je m'excuse d'avoir confondu, n'ayant pas revu les documents au moment de ma première plaidoirie, cette décision avec une décision de la Cour de cassation de Belgique citée par M. Kisch et dont il n'a plus reparlé. Effectivement, dans la décision du *Reichsgericht* allemand, qui est de 1907 — reprenez la date —, il s'agit d'une demande formulée par un tuteur désirant, comme Mme Catherine Postema, user de son droit de garde pour retirer d'Allemagne un enfant néerlandais. Mais à qui se heurte le tuteur hollandais en 1907? Quelle est la question que le *Reichsgericht* a à trancher? Le tuteur néerlandais se heurte à l'opposition d'un membre de la famille des deux enfants mineurs qui, en vertu d'une loi allemande, revendique le droit de contester le bien-fondé de la décision du mineur. Il s'agit donc du fonctionnement normal de la tutelle proprement dite, *stricto sensu*, c'est un litige qui se meut exclusivement dans le cadre familial; il n'y a aucune intervention d'une autorité quelconque qui puisse valoir un danger existant pour l'enfant, de semblable n'est examiné. Et, du reste, cela n'aurait pas pu se poser, pas plus que dans la décision de Bordeaux de 1910 — décision qui, je vous le rappelle en passant, était une décision qui statuait sur la prolongation d'une tutelle française malgré l'instauration d'une tutelle allemande —, pour la simple raison que les lois protectrices de l'enfance, la *Fürsorge* en Allemagne, l'éducation protectrice en Suède et la mise sous surveillance en Hollande n'existaient pas en 1907, comme elles n'existaient pas en 1910. Il est donc impossible d'imaginer que ces deux décisions aient pu statuer sur la seule question qui vous est posée, celle même que les autres décisions invoquées par moi ont tranchée, la question de savoir si la loi de protection de l'enfance qui donne compétence à une autorité extra-familiale peut traverser le jeu des institutions familiales et faire échec à une loi nationale.

Messieurs, j'ai demandé à un de mes collaborateurs ou une de mes collaboratrices de relever la date des différentes mesures protectrices qui ont été prises dans les pays de la Convention de 1902 en ce qui concerne la protection de l'enfance. Vous savez par nos documents qu'en Suède

l'éducation protectrice date de 1924. Aux Pays-Bas, la mise sous surveillance date d'une loi du 5 juillet 1921, une étude l'indiquant a paru à ce sujet dans le Journal des Tribunaux du 3 février 1954. En Allemagne, elle est de 1924. En France, la déchéance était prévue par la loi de 1899, ce que l'on trouve dans Nisot: « L'assistance aux mineurs étrangers », page 295, mais un décret de 1935 instaure les mesures de surveillance et d'assistance éducative, et c'est une loi de 1943 qui, suivant Planiol et Ripert, n° 325, organisait la tutelle administrative. En Belgique, notre loi Carton de Wiart sur la protection de l'enfance est du 15 mai 1912. En Espagne, c'est une loi du 28 novembre 1918, comme l'indique Wouters dans *Le droit pénal des jeunes délinquants*, 1950, page 132, la loi de 1918 ayant été complétée par une loi du 13 décembre 1940. En Italie, c'est une loi du 20 juillet 1934 qui a indiqué créer l'éducation protectrice et qui a été modifiée par une loi du 25 juillet 1956. On trouve ces indications dans Fritsch, *Das Italienische Jugendgesetz von 20. Juli 1934*, Berlin, 1935, et également dans la Gazette officielle de la République italienne d'août 1956.

Voilà les indications qui nous permettent de conclure que la doctrine et la jurisprudence, absolument unanimes, confirment la thèse que j'ai défendue selon laquelle la loi sur la protection de l'enfance, les mesures d'éducation protectrice prises par des autorités en vertu des compétences qui leur sont données doivent pouvoir recevoir application en ce qui concerne les enfants mineurs étrangers sans qu'on puisse songer à les assimiler à des mesures de tutelle et à en interdire l'application à raison de la compétence donnée en matière de tutelle à la loi nationale du mineur par la Convention.

Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, espérant vous avoir ainsi convaincus que les dispositions légales relatives à l'éducation protectrice, tout comme celles de mise sous surveillance, tout comme la *Fürsorgeerziehung*, sont étrangères à la tutelle, ne sont donc pas visées par la Convention et peuvent librement être appliquées à des enfants mineurs étrangers, je vais examiner à titre subsidiaire les deux autres moyens que nous oppose l'adversaire: soit l'argument tiré du transfert ou du déplacement, qui, à raison d'un rattachement insuffisant, ne justifierait pas l'invocation de l'ordre public, et la disparition du fondement initial de la mesure qui a été prise et qui aurait été indûment maintenue.

Tout d'abord quant à l'absence de rattachement, j'avoue ne pas avoir à envisager sa possibilité. Car on ne conçoit pas qu'une mesure d'éducation protectrice soit prise par défaut. Il y a donc nécessairement un rattachement, et il est suffisant: c'est que l'enfant objet de la mesure se trouve sur le territoire de l'État où elle est prise. De nombreux auteurs et décisions judiciaires que nous avons cités emploient pour exprimer ce rattachement *sich aufhält*, « se trouve », séjourne sur le territoire. En fait aussi, l'argument néerlandais manque de base. Car, en l'espèce, le 5 mai 1954, je vous le rappelle, Elisabeth Boll avait sa résidence habituelle, effective, à Norrköping, et elle y a encore maintenant son domicile. Au sujet du mot « domicile », que mon confrère me le pardonne, mais je continue à avoir des doutes sur sa traduction de Niederer, là où il traduit *wohnt* par « avoir son domicile ». J'ai consulté le *Fachwörterbuch zur Rechtspflege und Verwaltung*, dictionnaire juridique et administratif de Weinhold, Baden-Baden. Il indique, à la page 411, *wohnen*, c'est « demeurer, habiter, loger », *Wohnsitz*, c'est « domicile », « créer un domicile » se dit *Wohnsitz begründen*, « transférer un domicile »

Wohnsitz verlegen, « faire élection de domicile », *Wohnsitz wählen*, jamais *wohnen*, et je crois pouvoir conclure qu'« avoir un domicile » se dit *Wohnsitz haben*.

D'autre part, je constate que Monsieur Kisch donne, dans sa réplique, une définition de ce qu'il entend par le cas de transfert ou de déplacement, laquelle définition ne se rapporte plus exclusivement au lieu. Il nous explique qu'en réalité ce qu'il appelle le *removal* ou le *transfer case*, cas de transfert ou de déplacement, implique qu'au moment où la mesure est prise, le mal que l'on veut empêcher n'existe pas et doit se manifester seulement ultérieurement et ailleurs. C'est ce que je lis à la page 260 du compte rendu.

Messieurs, sans m'attarder à discuter cette théorie toute personnelle, je me demande comment il est possible de ranger l'espèce qui nous occupe dans cette catégorie. Car quand la décision a été prise à l'égard d'Elisabeth Boll, l'état de danger de l'enfant avait été constaté par l'Office des mineurs sur la base de certificats médicaux. La situation critiquable existait donc déjà et elle existait dans le pays. Monsieur Kisch en conviendra sans doute pour le décret de la mesure, mais soutiendra que quand on maintient la mesure, il n'en va plus de même. Ceci est un paradoxe. Il est bien évident que le danger n'existe pas tant que la mesure est en fonction; le danger a été supprimé par la mesure que l'on avait prise, corrigé par la mesure que l'on avait prise. Mais si on lève la mesure, on va, dans la pensée de l'Office des mineurs, ressusciter le danger qui avait existé antérieurement.

J'ajoute qu'il me paraît indispensable qu'un organisme qui a une compétence pour prendre une mesure ait seul compétence pour en déterminer la cessation et qu'il me paraît tout à fait anarchique de permettre à des tiers, fût-ce un tuteur, d'intervenir pour faire de sa propre autorité cesser cette mesure. J'ai le plaisir de constater du reste que, cette fois encore, Monsieur Kisch paraît sentir la force de l'argument, car il va me rencontrer à mi-chemin et il plaide expressément: « J'admets que si un enfant est en prison et qu'un tuteur veut l'en retirer, ça n'est pas admissible. Mais alors ce n'est pas un cas de déplacement, un « *removal case* ». » Ainsi nous retombons dans sa chère distinction: parce que l'enfant est en prison nous nous trouvons dans le 22^e c; la mesure prise est une mesure pénale qu'il considère comme ayant eu pour objet de corriger une situation préexistante. Monsieur Kisch oublie qu'un enfant n'est jamais en prison. Du moins dans la plupart des pays. Je souhaite qu'il en soit de même aux Pays-Bas. En tout cas dans mon pays, on n'imagine pas qu'un enfant puisse être en prison. Un enfant est placé sous mesure d'éducation protectrice, que ce soit dans un établissement ou chez un particulier, et la responsabilité de l'autorité qui prend la mesure est dans les deux cas tout à fait la même que si cet enfant était en prison, sans qu'il y ait lieu de rechercher, pour les motifs que je vous indiquais tantôt, si, en fait, l'enfant a été en danger parce qu'il a montré des dispositions vicieuses ou s'il se trouve en danger par le fait de son entourage.

Enfin, quant à l'objection tirée du fait que l'intérêt public qui aurait inspiré la mesure cesserait avec sa cessation puisque Elisabeth Boll serait retirée de Suède, je vous rappelle que, j'ai indiqué, en plaidoirie, qu'il n'était nullement établi qu'Elisabeth Boll, en cas de décharge, n'habiterait plus la Suède. Elle a ses grand-parents en Suède, son père même habite actuellement Norrköping. Elle a ses avoirs en Suède. Et je rappelle surtout que nous avons relevé, dans la deuxième décision du

conseil de Gouvernement, une déclaration formelle de la tutrice — car c'est d'elle que cela dépend si on levait la tutelle — la tutrice déclare qu'elle confiera l'enfant à des habitants de Norrköping. Je sais bien que, en réplique, à la page 245 du compte rendu, Monsieur Kisch a dit : « C'est à titre transitoire, en attendant qu'elle retourne chez son père ». C'est possible, Messieurs, mais cela ne résulte pas des pièces. Ce n'est certainement pas ainsi que l'a compris le conseil de Gouvernement. Il n'y a pas d'indication quelconque à cet égard dans la décision qui relate cette déclaration.

Monsieur le Président, nous voici ainsi arrivés à la toute dernière fraction de mon exposé, dans lequel je dois rencontrer le dernier moyen de M. Kisch, suivant lequel la mesure, ayant pour origine une fausse accusation, aurait dû cesser avec elle.

Mais avant de rencontrer ce moyen je dois répondre à un reproche. Vous vous souviendrez que tout au début de sa plaidoirie, et à nouveau dans la matinée d'hier, M. Kisch s'est élevé avec vigueur, avec indignation, contre le fait que les autorités suédoises, et les conseils suédois, laisseraient planer un doute sur le bien-fondé de l'accusation qui avait été dirigée contre M. Johannes Boll et que nous aurions même procédé à cet égard par insinuations. Il nous a rappelé que, en droit suédois comme en droit hollandais, comme je crois dans tous les droits de tous pays civilisés, une personne qui n'est pas condamnée doit être réputée innocente, et qu'en l'espèce la chose doit être d'autant plus respectée que M. Johannes Boll a fait l'objet non seulement d'une décision de non-lieu, mais encore d'une décision d'indemnisation parce qu'il avait été détenu étant innocent.

Messieurs, nous sommes tout à fait désolés, M. Petrén et moi, de ce que l'on ait considéré comme une insinuation le fait que nous avons indiqué qu'il avait *bénéficié* d'un non-lieu. L'expression « bénéficier d'un non-lieu » est absolument courante en Belgique et je pense en France. Lorsqu'une personne a fait l'objet d'une décision d'acquiescement, on dit qu'elle est acquittée, mais il n'y a pas de verbe pour le « non-lieu » ; on ne peut pas dire qu'elle est « non-lieusée » ; on écrit couramment qu'elle bénéficie d'une décision de non-lieu. Je n'ai jamais entendu parler qu'une personne ait pris ombrage de la chose et ait fait un procès au journaliste qui, tous les jours, écrit qu'un tel, un tel, un tel « ont bénéficié de non-lieu ». S'il y avait une insinuation, nos tribunaux sont aussi sévères pour les insinuations que pour les accusations formelles ; cette insinuation devrait donner lieu à dommages-intérêts. Je puis en tout cas — et je demande à M. Kisch d'en prendre acte — lui affirmer que dans notre pensée il n'y avait aucune réticence lorsque nous avons dit que M. Johannes Boll avait bénéficié d'un non-lieu.

Mais on s'en est pris aussi à une décision de la Cour suprême et l'on a déclaré que la Cour suprême avait, dans sa décision du mois d'octobre 1954, clairement montré qu'en réalité elle continuait à être hantée par le spectre de l'accusation contre M. Boll, puisqu'on peut lire à la page 59 du contre-mémoire qu'elle se préoccupait du point de s'assurer « que l'enfant ne fût pas sous l'influence de son père ». Il est aisé de pouvoir sur ce point écarter d'un mot le reproche : bien entendu, dans cette décision la Cour fait état de l'accusation dirigée contre M. Johannes Boll, mais ceci n'est pas un fantôme d'une accusation enterrée, c'est une allusion à une accusation vivante. Je ne pourrais assez recommander à mon estimé contradicteur de voir et de revoir le tableau chronologique

en trois colonnes établi par nous, car il ne parvient manifestement pas à s'assimiler la succession des faits, sans quoi il aurait constaté que cette décision de la Cour suprême administrative qu'il cite est du 5 octobre 1954, tandis que la décision de non-lieu est de mai 1955. Or, si je prends les décisions postérieures, je ne trouve plus rien de semblable et je ne trouve à aucun moment que le maintien devrait être justifié parce que il y aurait un doute sur le fait de savoir si tout de même malgré le non-lieu M. Johannes Boll n'avait pas commis les actes dont il avait été accusé.

J'en viens maintenant à l'argument proprement dit que l'on veut tirer de cette circonstance du non-lieu en ce qui concerne la non-justification du maintien de la mesure d'éducation protectrice. Comme je l'ai dit au cours de ma première plaidoirie, on soutient que, la cause ayant disparu, la décision qui en est le résultat doit cesser. Je rappelle tout d'abord, à titre de réserve, que je crois cette question sans pertinence. S'il est admis que la mesure a été prise hors de la Convention dans l'exercice d'une compétence que la Suède puise dans sa souveraineté, dans son domaine réservé non réglementé par la Convention — celui de la protection des enfants se trouvant sur son territoire —, il n'y a pas lieu de poursuivre l'examen des décisions critiquées.

Mais en fait aussi je constate que M. Kisch n'a pas le moins du monde fait la preuve que le motif de la décision avait été exclusivement l'accusation dirigée contre M. Johannes Boll.

Je sais bien que, dans sa première plaidoirie, puis dans sa réplique, il s'est appuyé sur la décision du conseil de Gouvernement de 1955, qu'il appelle « la Linköping resolution ». Et je lis à la page 248 du compte rendu d'hier: « La décision d'ordonner l'éducation protectrice était le résultat du soupçon que Johannes Boll avait commis certaine offense criminelle que le ministère public a décidé de ne pas retenir contre lui. *The decision to order protective education was the result of...* » Seulement, Messieurs, quand je me reporte au passage auquel il nous renvoie, je suis bien forcé de constater qu'il a quelque peu simplifié sa citation et qu'il a omis une ligne du texte. Celui-ci est libellé comme suit: « *The guardians have now applied to the Child Welfare Board to put an end to the wardship of the child, pleading that this decision was the result...*, etc. ». En d'autres termes, les tuteurs se sont adressés à l'Office des mineurs pour mettre fin à l'éducation protectrice en plaidant que sa décision première était le résultat de soupçon. Ce n'est donc pas le conseil de Gouvernement qui dit cela, ce sont les requérants. Quant au conseil de Gouvernement, il était tellement peu d'avis que cette mesure n'avait pas d'autre base que l'accusation dirigée contre Johannes Boll qu'il prend soin de motiver sa décision d'ordonner la levée principalement sur la base de la déclaration que je relatais tantôt, celle faite par M^{me} Postema et par son co-tuteur M. Idema, qu'ils vont confier le soin d'Elisabeth à M. et M^{me} Sven-Törnquist. Ainsi, dans cette décision que les Pays-Bas approuvent puisqu'elle donne raison à M. Johannes Boll, le conseil de Gouvernement lui-même est d'avis que le non-lieu n'était pas une raison suffisante, il s'est préoccupé de ce qu'allait devenir cette enfant et, prenant acte de la déclaration de la tutrice et du subrogé-tuteur, il leur fait confiance. Voilà pourquoi il ordonne la levée.

Quant aux deux autres décisions critiquées, aucune d'entre elles, Messieurs, ne fait allusion à un soupçon qui subsisterait en ce qui concerne M. Johannes Boll. L'une ordonne une nouvelle expertise

médicale, dont nous ne connaissons pas le résultat, et l'autre, celle de la Cour, se base d'une façon plus générale sur l'ensemble des renseignements qui ont été recueillis par la Cour au moment où elle prend sa décision, renseignements dans lesquels figurait nécessairement la décision de non-lieu dont M. Johannes Boll avait bénéficié (je m'excuse du mot « bénéficié »), qui avait été rendue en faveur de M. Johannes Boll, je dirais décision favorable, mais crains que le mot « faveur » y soit encore discerné avec un sens péjoratif.

Quels étaient ces renseignements qui provoquèrent des décisions en sens contraire? Sûrement pas l'accusation et son abandon. Certes, je suis disposé à admettre que le fait déterminant, initial, à l'origine de l'affaire est une accusation d'Elisabeth Boll contre son père, accusation qui ultérieurement a été considérée comme ne pouvant pas être retenue comme une charge. Mais enfin il y a eu autre chose, puisque la décision a été maintenue, et qu'y a-t-il pu y avoir d'autre? Messieurs, le dossier qui contenait cette accusation contenait aussi des certificats médicaux, contenant des déclarations de M. Boll qui a été interrogé avec d'autres personnes de l'entourage. Ce dossier, nous devons considérer et admettre sans restriction qu'il ne prouve en aucune façon que M. Boll ait commis un délit quelconque et ne contenait même pas de charge sérieuse à cet égard. Mais est-ce que ce dossier prouve que M. Boll n'a pas commis à l'égard de sa fille des maladresses ou des imprudences non-délictueuses? Est-ce que ce dossier ne contient pas des indications quant à la façon dont M. Boll a élevé son enfant? Et puis, surtout, en ce qui concerne cette enfant, est-ce que ce dossier et les certificats médicaux qui se sont prolongés jusqu'en 1955 et vraisemblablement encore depuis, puisque l'enfant est sous surveillance, est-ce que ce dossier a prouvé que cette enfant avait entièrement surmonté le choc qu'elle avait subi autrefois? Que le passé n'avait plus laissé de traces en elle; que cette enfant était débarrassée des préoccupations, de son agitation, de sa surexcitation que l'on avait constatées en 1954? C'est au moins une hypothèse. Je considère comme probable, personnellement — vous considérez tout au moins comme possible —, que l'Office des mineurs et la Cour administrative suprême aient retenu des éléments étrangers au délit dont il ne peut plus être question, mais qui néanmoins sont de nature à justifier le maintien de la mesure d'éducation protectrice.

Comme je vous l'ai dit, Messieurs, pour en avoir le cœur net, il faudrait en connaître davantage et avoir les pièces, toutes les pièces. Comme je vous l'ai dit, ni nos adversaires ni nous-mêmes ne les avons produites. J'avoue que j'ai été stupéfait d'entendre M. Kisch donner comme explication aux blancs qui figurent dans la décision de l'Office des mineurs, telle qu'elle est reproduite dans le mémoire, qu'il avait laissé ces passages en blanc afin de ne pas être désagréable au Gouvernement de Suède, parce que le Gouvernement de Suède aurait été trop confus d'étaler au grand jour cette absence de motifs que, d'autre part, le conseil des Pays-Bas plaide abondamment depuis plusieurs audiences. Ai-je besoin de vous dire qu'évidemment cette explication ne tient pas et que le Gouvernement néerlandais comme le suédois ont obéi aux mêmes sentiments? D'une part, un souci de convenance; nous connaissons, ceux d'entre nous qui ont une pratique judiciaire, ce genre de dossier où un enfant est interrogé longuement sur sa sexualité et se laisse aller à son imagination et relate complaisamment force détails. Ce sont des choses qu'on ne publie pas et que l'on discute à huis-clos; puis, il y a

eu une autre préoccupation, le respect pour la dignité des personnes eu cause. C'est, pour le coup, que M. Johannes Boll aurait protesté avec indignation, si nous avions livré à la malignité du public tous les détails de ce qui avait été raconté, et doit être considéré maintenant, dans toute la partie qui constituerait des délits, comme inexistant.

Quels que soient les motifs de cette discrétion, en tout cas la conclusion est simple: la Cour n'est pas informée.

Si elle estime qu'elle est compétente pour revoir le dossier, revoir la décision et statuer au fond sur le sort d'Elisabeth Boll, elle pourrait éventuellement ordonner la production du dossier. Mais je ne crois pas que la Cour examinera cette question, non plus que la précédente. Car à supposer qu'elle rejette notre fin de non-recevoir tirée du fait que le droit de garde de Catherine Postema sur l'enfant n'est pas couvert par la Convention, j'ai confiance, quant à moi, qu'elle dira que la Convention n'a pu être violée par une mesure d'éducation protectrice, que l'autorité suédoise a décrétée et maintenue dans l'accomplissement d'un service public totalement étranger à la notion de tutelle pour laquelle la Convention rend les Pays-Bas compétents.

Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, j'ai terminé, et je n'ai pas l'intention de prolonger encore cette séance en ornant ma péroraison de citations d'Abraham Lincoln ou de versets de la Bible.

Il ne me reste à mon tour qu'à vous exprimer ma gratitude. Ce n'est pas la première fois, Monsieur le Président, que j'ai eu l'honneur de plaider devant la Cour, mais c'est la première fois que je le fais dans sa composition actuelle et sous votre présidence.

Je ne peux que vous remercier, vous et vos collègues, de la bienveillance que vous m'avez témoignée, de l'attention avec laquelle, à mon tour, j'ai été écouté.

Si vous le permettez, je voudrais joindre à ces remerciements des remerciements au personnel du Greffe dont les services ont été mis à rude contribution et qui s'en sont acquittés avec une célérité remarquable, et je voudrais y joindre aussi le personnel de la Bibliothèque qui a considérablement facilité mes recherches et celles de mes collaborateurs.