

SEPARATE OPINION OF
JUDGE SIR HERSCH LAUTERPACHT

While, for reasons which I deem it incumbent upon me to state, I am unable to accept some of the contentions advanced by the defendant Government and upheld by the Court, I arrive on other grounds at the same results as does the Judgment. I do so by reference to considerations of public policy, of *ordre public*—a question which occupied the main part of the written and oral pleadings, which figures exclusively in the formulation of the legal issue in the final Conclusions of both Parties, and which I feel therefore bound to examine in the present Opinion.

* * *

The facts underlying the controversy between the Parties are stated in detail in the Judgment of the Court. For the purpose of this Opinion it is sufficient to recapitulate briefly the crucial aspect of the dispute: The Hague Convention of 12th June, 1902, on Guardianship of Infants, to which both Sweden and the Netherlands are Parties, provides in Article 1 that the guardianship of an infant shall be governed by the national law of the infant. It is clear from the various articles of the Convention, and it is not disputed by the Parties, that such guardianship extends normally to the custody of the person of the minor. In accordance with the provisions of the Convention, a Dutch guardian was appointed in 1954 by a Dutch Court over Elisabeth Boll who, although born in Sweden and permanently resident there since her birth, is of Dutch nationality. In the same year, various Swedish authorities, in a series of decisions and in circumstances which appear from the Judgment, applied to Elisabeth Boll the Swedish Law of 1924 concerning the Protection of Children and Young Persons (Child Welfare Act)—which will be referred to in this Opinion as the Law on Protective Upbringing. By one of these decisions the custody of the person of Elisabeth Boll was taken over in 1954 by the Child Welfare Board at Norrköping, the place of residence of Elisabeth Boll. The Board, in turn, entrusted the custody of Elisabeth to her maternal grandfather—such custody to be exercised on behalf of the Board. That measure was finally confirmed by the Supreme Administrative Court of Sweden. It must be noted that in a series of decisions the Swedish courts and authorities otherwise recognized the guardian appointed by the Dutch court.

The principal justification which the Swedish Government adduced for the action taken by the Swedish authorities was that

OPINION INDIVIDUELLE
DE SIR HERSCH LAUTERPACHT

[Traduction]

Si, pour des raisons que j'estime devoir exposer, je ne puis accepter certaines des thèses avancées par le Gouvernement défendeur et admises par la Cour, j'arrive, sur la base d'autres motifs, aux mêmes conclusions que l'arrêt. J'arrive à ces conclusions en partant de considérations d'ordre public — question qui a occupé la plus grande partie de la procédure écrite et orale, qui figure exclusivement dans l'énoncé des points de droit dans les conclusions définitives des deux Parties et que, par conséquent, je me crois tenu d'examiner dans la présente opinion.

* * *

Les faits à la base de la controverse entre les Parties sont énoncés en détail dans l'arrêt de la Cour. Aux fins de la présente opinion, il suffit de rappeler brièvement l'aspect essentiel du différend: la Convention de La Haye du 12 juin 1902 pour régler la tutelle des mineurs, à laquelle la Suède et les Pays-Bas sont parties, prévoit, dans son article premier, que la tutelle d'un mineur est réglée par sa loi nationale. Il ressort clairement des articles de la Convention, et les Parties ne le contestent pas, que cette tutelle comprend normalement la garde de la personne du mineur. Conformément aux dispositions de la Convention, un tuteur néerlandais a été nommé par un tribunal néerlandais en 1954 pour s'occuper d'Elisabeth Boll qui, bien que née en Suède et y ayant résidé en permanence depuis sa naissance, est de nationalité néerlandaise. La même année, diverses autorités suédoises, par une série de décisions et dans des circonstances qui ressortent de l'arrêt, ont appliqué à Elisabeth Boll la loi suédoise de 1924 sur la protection de l'enfance et de la jeunesse (*Child Welfare Act*) — qui sera désignée par la suite dans la présente opinion sous le nom de loi sur l'éducation protectrice. En vertu de l'une de ces décisions, l'office des mineurs à Norrköping, lieu de résidence d'Elisabeth Boll, a assumé la garde de celle-ci en 1954. A son tour l'office a confié la garde d'Elisabeth à son grand-père maternel — cette garde devant être exercée au nom de l'office. La mesure a été finalement confirmée par la Cour suprême administrative de Suède. On remarquera que dans une série de décisions les tribunaux et les autorités suédoises ont, par ailleurs, reconnu la tutrice nommée par le tribunal néerlandais.

Le principal argument invoqué par le Gouvernement suédois pour justifier la mesure prise par les autorités suédoises est que la

the Law on Protective Upbringing is a measure of *ordre public* and that the reliance on it, far from being in violation of the Convention, is implied in it. In the course of the written and oral pleadings subsidiary arguments were relied upon by the Swedish Government. One of them was the contention that the Convention of 1902, being a Convention on Guardianship, does not cover the Swedish Law on Protective Upbringing said to pursue a different object and to lie in a different field. It is that line of argument which has acquired prominence in the present case and which must be examined in the first instance.

That manner of approach, as expressed in or as underlying the Swedish argument, may be summarized as follows: There is no incompatibility between the Guardianship Convention and the Law on Protective Upbringing. The Convention, which is concerned with guardianship, does not cover protective upbringing. The latter is outside the Convention. This is so although the effect of the Law on Protective Upbringing is such as to render impossible, for the time being, the exercise by the Dutch guardian of the right of custody of the person of Elisabeth Boll. The object and purpose of the Law on Protective Upbringing is wholly different from that of the Guardianship Convention. The Court is not concerned with the incidental effects of the Law on Protective Upbringing but with its nature and purpose. Guardianship and protective upbringing are wholly different institutions. The former is concerned with the interests of the minor, the latter with the interests of society. Guardianship is in the sphere of private law. Protective upbringing is in the sphere of public law. The Convention, which is one on *private* international law, can be violated only by legislation in the sphere of private international law. From the point of view of their nature and purposes, the Convention and the Law on Protective Upbringing operate on wholly different planes and there is, therefore, no question of the Law and the measures taken thereunder being incompatible with the Convention.

The reasoning underlying these contentions raises important questions, transcending the issue immediately before the Court, of interpretation and observance of treaties. If a State enacts and applies legislation which, in effect, renders the treaty wholly or partly inoperative, can such legislation be deemed not to constitute a violation of the treaty for the reason that the legislation in question covers a subject-matter different from that covered by the treaty, that it is concerned with a different institution, and that it pursues a different purpose? I have considerable difficulty in answering that question in the affirmative. The difficulty is increased by the fact that the conflict between the treaty and the legislation in question may be concealed, or made to be concealed, by what is no more than a doctrinal or legislative difference of classification. An identical provision which in the law of one country forms part of a law for the protection of children may, in

loi sur l'éducation protectrice est une mesure d'ordre public et que, loin d'être contraire à la Convention, le recours à l'ordre public en fait implicitement partie. Au cours de la procédure écrite et orale, des arguments subsidiaires ont été invoqués par le Gouvernement suédois. L'un de ces arguments est que la Convention de 1902, étant une convention sur la tutelle, ne s'étend pas à la loi suédoise sur l'éducation protectrice qui, dit-on, poursuit un but différent et se situe sur un autre plan. C'est le raisonnement qui domine la présente affaire et qu'il faut examiner en premier lieu.

On peut résumer cette manière d'aborder la question, telle qu'elle a été exprimée dans l'argumentation suédoise ou qu'elle lui sert de base, de la manière suivante: Il n'y a pas incompatibilité entre la Convention sur la tutelle et la loi sur l'éducation protectrice. La Convention, qui vise la tutelle, ne s'étend pas à l'éducation protectrice. Cette dernière est en dehors de la Convention. Il en est ainsi bien que l'effet de la loi sur l'éducation protectrice soit de nature à rendre impossible, temporairement, l'exercice par le tuteur néerlandais de son droit de garde sur la personne d'Elisabeth Boll. L'objet et le but de la loi sur l'éducation protectrice est entièrement différent de celui de la Convention sur la tutelle. La Cour n'a pas à s'occuper des incidences de la loi sur l'éducation protectrice, mais de sa nature et de son but. La tutelle et l'éducation protectrice sont des institutions absolument différentes. La tutelle vise les intérêts du mineur, l'éducation protectrice ceux de la société. La tutelle est du domaine du droit privé, l'éducation protectrice est de celui du droit public. La Convention, qui est une convention de droit international *privé*, ne saurait être violée que par une législation visant le droit international privé. Au point de vue de leur nature et de leur but, la Convention et la loi sur l'éducation protectrice opèrent sur des plans tout différents et, par conséquent, il ne saurait être question d'incompatibilité entre la loi et les mesures prises en application de celle-ci et la Convention.

Le raisonnement sur lequel reposent ces allégations soulève des questions importantes d'interprétation et d'application des traités qui dépassent la question directement soumise à la Cour. Si un État promulgue et applique une législation qui a pour effet de rendre un traité inopérant en tout ou partie, peut-on dire que cette législation ne constitue pas une violation du traité, pour le motif que cette législation porte sur des matières différentes de celles visées par le traité, qu'elle s'occupe d'une institution différente et qu'elle poursuit un autre but? Il m'est très difficile de répondre par l'affirmative à cette question. La difficulté est augmentée du fait que le conflit entre le traité et la loi en question peut être masqué, ou qu'on peut le masquer, par ce qui n'est rien de plus qu'une différence de classification doctrinale ou législative. Une disposition identique qui fait partie de la loi sur la protection de l'enfance dans un pays donné peut, dans un autre pays, rentrer dans les

another State, be included within the provisions relating to guardianship. That, as will be shown, is no mere theoretical possibility. It is in fact a conspicuous feature of the present case.

What is the meaning of the expression: "The Convention of 1902 does not cover a system such as that set up in the Swedish Law on Protective Upbringing"? It is admitted that guardianship under the Convention covers the right to decide on the residence and education of the minor—a right claimed and exercised by a Swedish authority and, on its behalf, by the Swedish maternal grandfather acting in pursuance of the Law on Protective Upbringing. If that is so, then the Convention does cover, in one of its essential aspects, the same powers and functions which are now exercised by Swedish authorities in pursuance of the Law on Protective Upbringing. The substance is the same although the purpose of the Convention and of the Law may be different. It may be said that what matters is not the substance of these functions but their object. It is not easy to follow that distinction. When a State concludes a treaty it is entitled to expect that that treaty will not be mutilated or destroyed by legislative or other measures which pursue a different object but which, in effect, render impossible the operation of the treaty or of part thereof.

The treaty covers every law and every provision of a law which impairs, which interferes with, the operation of the treaty. It has been said that the Law in question may have an adverse effect upon subject-matter of the treaty without being covered by the treaty. However, what the Court must be concerned with is exactly the effect of the Law inasmuch as it impairs the operation of the treaty, and not the notional identity or otherwise of the objects pursued by the Law and the treaty. The treaty prohibits interference with its operation unless there is a justification for it, express or implied, in the treaty; that justification cannot be found in the mere fact that the Law pursues an object different from the object pursued by the treaty. It can be found only in the fact that that particular object is expressly permitted by the treaty or implicitly authorized by it by virtue of some principle of public or private international law—a principle such as stems from public policy or from a cognate, although more limited, principle, which is often no more than another formulation of public policy, namely, that certain categories of laws, such as criminal laws, police laws, fiscal laws, administrative laws, and so on, are binding upon all the inhabitants of the territory notwithstanding any general applicability of foreign law.

The following example will illustrate the problem and the consequences involved: States often conclude treaties of commerce and establishment providing for a measure of protection from restrictions with regard to importation or export of goods, admission and residence of aliens, their right to inherit property, functions of consuls, and the like. What is the position of a State which has concluded a treaty of that type and then finds that the other Party

dispositions relatives à la tutelle. Il va être démontré que ce n'est pas là une simple possibilité théorique. En fait, c'est là l'un des traits saillants de la présente affaire.

Que signifie l'expression: « La Convention de 1902 ne vise pas un régime tel que celui qui a été institué par la loi suédoise sur l'éducation protectrice »? On admet que la tutelle régie par la Convention comprend le droit de fixer la résidence du mineur et son éducation — droit invoqué et exercé par l'autorité suédoise et, en son nom, par le grand-père maternel suédois, agissant en application de la loi sur l'éducation protectrice. S'il en est ainsi, alors, effectivement, la Convention s'étend, sous un de ses aspects essentiels, aux mêmes pouvoirs et aux mêmes fonctions qui sont actuellement exercés par les autorités suédoises en application de la loi sur l'éducation protectrice. Le fond est le même, bien que le but de la Convention et celui de la loi soient différents. On peut dire que ce qui importe ce n'est pas le fond de ces fonctions, mais leur objet. Distinction difficile à suivre. Lorsqu'un État conclut un traité, il est fondé à s'attendre à ce que ce traité ne soit ni mutilé ni détruit par des mesures législatives ou autres qui poursuivent un but différent mais qui, en fait, empêchent l'application de tout ou partie du traité.

Le traité s'étend à toute loi et à toute disposition légale qui entrave, qui contrecarre sa mise en œuvre. On a dit que la loi en question peut avoir un effet contraire sur la matière du traité, sans être couverte par le traité. Toutefois, ce qui doit préoccuper la Cour, c'est précisément l'effet de la loi, pour autant qu'elle fait obstacle à la mise en œuvre du traité, et non le point de savoir s'il y a ou non identité conceptuelle entre les objectifs de la loi et du traité. Le traité interdit tout obstacle à sa mise en œuvre, à moins qu'il ne contienne une justification explicite ou implicite à cet effet; pareille justification ne saurait résulter du simple fait que la loi n'a pas le même objet que le traité. Elle ne saurait résulter que du fait que cet objet particulier est permis expressément par le traité, ou autorisé par lui explicitement ou implicitement, en vertu d'un principe de droit international public ou privé — d'un principe tel que celui qui découle de l'ordre public ou d'un principe apparenté, quoique plus limité, qui n'est souvent rien de plus qu'une autre manière de formuler l'ordre public, à savoir que certaines catégories de lois, telles que les lois pénales, de police, fiscales, administratives, etc., s'appliquent à tous les habitants du territoire, nonobstant l'applicabilité en général de la loi nationale.

L'exemple suivant illustrera le problème et les conséquences qui en découlent: les États concluent souvent des traités de commerce et d'établissement qui assurent une certaine protection contre les restrictions à l'importation ou à l'exportation des marchandises, l'admission à résidence des étrangers, leurs droits de recueillir des successions, régissent les fonctions des consuls, etc. Quelle est la position d'un État qui, ayant conclu un traité de ce genre, découvre

whittles down, or renders inoperative, one after another, the provisions of that treaty by enacting laws "having a different subject-matter" such as reducing unemployment, social welfare, promotion of native craft and industry, protection of public morals in relation to admission of aliens, racial segregation, reform of civil procedure involving the abolition of customary rights of consular representation, reform of the civil code involving a change of inheritance laws in a way affecting the right of inheritance by aliens, a general law codifying the law relating to the jurisdiction of courts and involving the abolition of immunities, granted by the treaty, of public vessels engaged in commerce, or any other laws "pursuing different objects"? It makes little or no difference to the other Party that the treaty has become a dead letter as the result of laws which have so obviously affected its substance, but which pursue a different object. As stated, some of these laws may be justified as being within the domain of public policy or for some cognate reason. However, the argument here summarized does not proceed on these lines. It is based on the allegation of a difference between the treaty and the Law which impedes its operation.

Another example, directly relating to the Convention of 1902, will illustrate the problem from a different point of view. Article 2 of the Convention lays down that in some cases the diplomatic or consular agents authorized by the law of the State of which the infant is a national may make provision for guardianship in accordance with the law of that State. What is the position if a Contracting Party enacts a general law—a law of public character on a quite different plane—relating to the immunities and functions of foreign diplomatic and consular representatives providing that in the future foreign diplomatic and consular representatives shall not perform any act affecting private rights in the territory of that State? Can that State plead that, as the Convention and the Law pursue a quite different purpose, it does not matter that the effect of the Law is to frustrate one of the provisions of the Convention?

The conspicuous fact in the present case is that the Dutch guardian acceptable to the father of the infant and appointed under Dutch law in accordance with the Convention was replaced, in respect of the exercise of the right of custody, by the Swedish maternal grandfather of Elisabeth Boll acting on behalf of the Children's Bureau. The Dutch authorities and the Dutch guardian may not unnaturally hold the view that the custody exercised by the Swedish grandfather is, in fact and in the circumstances of the case which reveal some dissension between the Dutch and the Swedish branches of the family, to a large extent a rival guardianship. They may find it difficult to appreciate the suggestion that there is no conflict between the Convention and the measures taken

que l'autre partie rogne sur les dispositions du traité ou les rend tout à fait inopérantes, l'une après l'autre, en promulguant des lois « touchant des matières différentes », telles que la lutte contre le chômage, la sécurité sociale, le développement de l'industrie et de l'artisanat locaux, la protection de la morale publique en matière d'admission des étrangers, la ségrégation raciale, une réforme de la procédure civile entraînant l'abolition des droits coutumiers de la représentation consulaire, une réforme du code civil modifiant le droit successoral de manière à affecter le droit successoral des étrangers, une loi générale de codification sur la compétence des tribunaux et entraînant l'abolition des immunités accordées par le traité aux navires de commerce appartenant à l'État, ou toutes autres lois « poursuivant des buts différents »? Au point de vue de l'autre partie, il est à peu près indifférent que le traité soit devenu lettre morte par l'effet de lois qui en ont si évidemment touché la matière à laquelle il se rapporte, mais qui poursuivent un but différent. Comme il a été dit, certaines de ces lois pourraient se justifier comme appartenant au domaine de l'ordre public, ou pour une raison analogue. Toutefois, l'argument résumé ici ne suit pas la même voie. Il se fonde sur l'allégation d'une différence entre le traité et la loi qui en empêche l'application.

Un autre exemple, se rapportant directement à la Convention de 1902, illustrera le problème sous un autre angle. L'article 2 de la Convention a disposé que, dans certains cas, les agents diplomatiques ou consulaires autorisés par la loi de l'État dont le mineur est un ressortissant peuvent pourvoir à la tutelle conformément à la loi de cet État. Quelle est la situation si l'une des parties contractantes promulgue une loi d'ordre général — une loi de droit public sur un plan tout à fait différent — portant sur les immunités et les fonctions des représentants diplomatiques et consulaires étrangers et prescrivant qu'à l'avenir les représentants diplomatiques et consulaires étrangers n'accompliront aucun acte touchant aux droits privés sur le territoire de cet État? Cet État peut-il plaider que, puisque la Convention et la loi poursuivent un but tout à fait différent, il importe peu que la loi ait pour effet de faire obstacle à l'une des dispositions de la Convention?

Le fait saillant, dans la présente affaire, est que le tuteur néerlandais acceptable pour le père de la mineure et nommé en vertu de la loi néerlandaise et conformément à la Convention a été remplacé, au point de vue de l'exercice du droit de garde, par le grand-père maternel suédois d'Elisabeth Boll, agissant pour le compte de l'office des mineurs. Les autorités néerlandaises et le tuteur néerlandais peuvent considérer assez naturellement que la garde exercée par le grand-père suédois est, en fait, et dans les circonstances de l'affaire qui révèlent un certain désaccord entre les branches néerlandaise et suédoise de la famille, dans une large mesure, une tutelle rivale. Il se peut qu'il leur soit difficile d'apprécier l'idée qu'il n'y a pas conflit entre la Convention et les mesures prises, parce qu'elles

seeing that they lie on a different plane and pursue different objects. The situation is not affected by the continuing right of the Dutch guardian to administer the property of the child or to institute proceedings for the restoration of her functions of custody. So long as the exercise of the right of custody is vested in the hands of the Swedish authority and the Swedish maternal grandfather of Elisabeth Boll acting on its behalf, there is a nullification of the essential attributes of the guardianship as instituted by the Convention. There may be—and as will be suggested later on, there is—a full justification for that measure in considerations of a different character. That justification cannot be found in the allegation, which is controversial, that the Dutch guardianship and the Swedish protective upbringing are wholly different institutions.

A State is not entitled to cut down its treaty obligations in relation to one institution by enacting in the sphere of another institution provisions whose effect is such as to frustrate the operation of a crucial aspect of the treaty. There is a disadvantage in accepting a principle of interpretation, coined for the purposes of a particular case, which, if acted upon generally, is bound to have serious repercussions on the authority of treaties. As stated, the Convention and the particular provision of the Law on Protective Upbringing cover, in relation to the present dispute, the same ground and the same subject-matter. It has been said that there is a technical difference, inasmuch as they lie on different planes, between the Convention and the Law on Protective Upbringing. Assuming that there is a technical difference, it may still be considered undesirable that a dispute between two Governments shall be decided by reference to a controversial technicality in a case relating to significant issues of substance—a technicality which, if acted upon generally, would introduce confusion, or worse, in the law of the operation of treaties. Once we begin to base the interpretation of treaties on conceptual distinctions between actually conflicting legal rules lying on different planes and for that reason not being, somehow, inconsistent, it may be difficult to set a limit to the effects of these operations in the sphere of logic and classification.

The view has been put forward that there can be no conflict between a Convention on Guardianship and the Law on Protective Upbringing for the reason that the Convention of 1902 is a convention of private international law and that guardianship with which it is exclusively concerned is an institution of private law, in particular of family law, while the Law on Protective Upbringing and the various measures authorized therein are in the sphere of public law seeing that they are concerned with safeguarding the interests of society. Even if these reasons were otherwise acceptable, an essentially doctrinal classification and distinction provides a doubtful basis for judging the question of the proper observance of

se placent sur des plans différents et poursuivent des buts différents. La situation n'est pas changée par le maintien du droit du tuteur néerlandais d'administrer les biens de la mineure ou d'introduire une instance pour être réinstallé en ses fonctions de garde. Tant que l'exercice du droit de garde est confié aux mains de l'autorité suédoise et du grand-père maternel suédois, agissant pour le compte de celle-ci, les attributs essentiels de la tutelle, telle qu'elle a été créée par la Convention, sont neutralisés. Il se peut qu'il existe — et, comme il sera suggéré plus loin, il existe — une justification complète de cette mesure, pour des considérations d'un caractère différent. On ne peut trouver cette justification dans l'allégation discutée que la tutelle néerlandaise et l'éducation protectrice suédoise sont des institutions entièrement différentes.

Un État n'a pas le droit de réduire ses obligations conventionnelles à propos d'une institution en promulguant dans le domaine d'une autre institution des dispositions ayant pour effet de faire échec au jeu d'un aspect essentiel du traité. Il est gênant d'accepter un principe d'interprétation élaboré aux fins d'un cas particulier qui, si on l'appliquait d'une manière générale, devrait forcément avoir des répercussions graves sur l'autorité des traités. Comme on l'a dit, la Convention et la disposition particulière de la loi sur l'éducation protectrice couvrent, dans le présent différend, le même terrain et la même matière. On a dit que la Convention et la loi sur l'éducation protectrice présentent des différences techniques, attendu qu'elles se placent sur des plans différents. Admettant qu'il y ait une différence technique, il peut encore sembler indésirable qu'un différend entre deux Gouvernements soit tranché par référence à un point technique controversé, dans un cas qui pose d'importantes questions de fond — point technique qui, si on l'appliquait d'une manière générale, jetterait la confusion, et même pire, dans le droit régissant l'application des traités. Si l'on commence à fonder l'interprétation des traités sur des distinctions conceptuelles entre des règles de droit effectivement en conflit, se plaçant sur des plans différents et, pour cette raison, n'étant pas en quelque sorte contradictoires, il pourrait être difficile de limiter les effets de ces opérations dans le domaine de la logique et de la classification.

On a avancé l'opinion qu'il ne peut y avoir de conflit entre la Convention sur la tutelle et la loi sur l'éducation protectrice pour le motif que la Convention de 1902 est une convention de droit international privé et que la tutelle dont elle s'occupe exclusivement est une institution de droit privé, en particulier du droit de la famille, tandis que la loi sur l'éducation protectrice et les diverses mesures qu'elle autorise sont du domaine du droit public, attendu qu'elles se préoccupent de sauvegarder les intérêts de la société. Même si ces raisons étaient acceptables par ailleurs, une classification et une distinction essentiellement doctrinales ne fournissent qu'une base douteuse pour trancher la question de l'observation

treaties. However, there is in the present case a particular difficulty in acknowledging the force of that distinction.

An examination of the main systems of municipal law in the matter of guardianship does not corroborate the view that it is a mere family institution of a purely private law nature. The principal justification for that view is that, by way of traditional classification, guardianship finds a place in codes of private law and that it creates numerous rights and duties in the sphere of private law. However, at the same time guardianship can rightly be described as an institution in which the guardian acts as an organ of the State, as it were, and therefore partakes of the nature of an institution of public law. He acts under the active supervision of the State which may step in at any time—in the interest both of the child and society—and supplant the guardian, wholly or in part. There are very few countries the law of which is based exclusively upon a private law and family conception of guardianship. The law of the majority of States, including Holland and Sweden, on this matter is characterized by an active intervention of the State as an organ of control and supervision at every stage. In some countries, such as Germany, the protection of minors is entrusted mainly to the State which acts through a special tribunal—the Guardianship Court—and it is only by way of exception that these functions are delegated to the family council. It is of interest to note that prior to the Hague Conventions which examined the various drafts of the Convention on Guardianship, the difference between the two systems—“*tutelle de famille*” (family guardianship) and “*tutelle d'autorité*” (authority guardianship)—was clearly recognized. That distinction was, for instance, elaborated in 1902 by M. Lehr, Secretary of the Institute of International Law, which had a substantial share in the preparation of the first drafts of the Convention (Lehr, “*De la tutelle des mineurs d'après les principales législations de l'Europe*”, *Revue de droit international et de législation comparée*, 2nd series, Vol. 4 (1902), pp. 315 *et seq.*). He classified both the Dutch and Swedish systems of guardianship as belonging to the group of “*tutelle d'autorité*” (pp. 320, 326, 329).

In view of this, it does not seem to me possible to accept the argument based on the notion of a purely private law and family character of guardianship. How artificial are the distinctions between the supposed private law character of guardianship and the assumed public law character of systems of protective supervision or upbringing of children, apart from the normal operation of guardianship, may be gauged from the fact that the matter is entirely a question of legislative technique and drafting. That may be seen, for instance, from the provisions of the Dutch Civil Code relating to guardianship and contained in Part XV of Book I of the Code. Section A 1 of Part XV covers Paternal Power; Section B 2 covers Paternal Guardianship; while Section B 3, which according to Section B 9 is applicable to guardianship, embodies largely the same

régulière des traités. Toutefois, dans le cas actuel il existe une difficulté particulière à admettre la force de cette distinction.

L'examen des principaux systèmes de droit interne en matière de tutelle ne corrobore pas l'opinion qu'il y a là une simple institution de famille, d'un caractère de pur droit privé. La principale justification de cette opinion est que, dans la classification traditionnelle, la tutelle trouve sa place dans les codes de droit privé et qu'elle crée de nombreux droits et devoirs dans le domaine du droit privé. Néanmoins, on peut dire en même temps que la tutelle est une institution dans laquelle le tuteur agit en quelque sorte comme organe de l'État et, par conséquent, qu'elle participe de la nature d'une institution de droit public. Le tuteur agit sous le contrôle actif de l'État, qui peut intervenir à tout moment — dans l'intérêt de l'enfant comme de la société — et remplacer le tuteur, en tout ou partie. Il est peu de pays dont la loi se fonde exclusivement sur une conception de la tutelle relevant du droit privé et de la famille. Dans la plupart des États, y compris les Pays-Bas et la Suède, le régime juridique se caractérise en la matière par l'intervention active de l'État à tous les stades comme organe de contrôle et de supervision. Dans certains pays tels que l'Allemagne, la protection des mineurs est confiée principalement à l'État, qui intervient au moyen d'un tribunal spécial — le tribunal des tutelles —, et ce n'est que par voie d'exception que ces fonctions sont déléguées au conseil des familles. Il est intéressant de noter qu'avant les Conventions de La Haye qui ont examiné les divers projets de conventions sur la tutelle, on reconnaissait clairement la différence entre les deux systèmes — « tutelle de famille » (*family guardianship*) et « tutelle d'autorité » (*authority guardianship*). Cette distinction a été développée par exemple en 1902 par M. Lehr, secrétaire de l'Institut de droit international, qui a pris une part importante à la préparation des premiers projets de la Convention (Lehr, « De la tutelle des mineurs d'après les principales législations de l'Europe », *Revue de droit international et de législation comparée*, 2^{me} série, vol. 4 (1902), pp. 315 et suiv.). Il a classé les systèmes de tutelle néerlandais et suédois tous les deux dans le groupe de la « tutelle d'autorité » (pp. 320, 326, 329).

Cela étant, il ne me paraît pas possible d'accepter l'argument fondé sur la notion du caractère de pur droit privé et familial de la tutelle. On peut juger du caractère artificiel des distinctions entre le caractère de droit privé supposé de la tutelle et le caractère de droit public supposé des systèmes d'éducation protectrice ou d'éducation des enfants, en dehors du jeu normal de la tutelle, par le fait que la question est entièrement une question de technique et de rédaction législatives. Cela ressort, par exemple, des dispositions du code civil néerlandais régissant la tutelle et contenues dans le livre I^{er}, titre XV. La section A 1 du titre XV vise la puissance paternelle. La section B 2 vise la tutelle paternelle tandis que la section A 3 qui, d'après la section B 9, est applicable à la tutelle, contient dans une large mesure les mêmes dispositions qui sont

provisions as are embodied in that part of the Swedish Law on Protective Upbringing which was applied in the case of Elisabeth Boll. That Section, in language almost identical with that of the above-mentioned Swedish Law, provides, in paragraph 365, for the taking of certain steps "if a child grows up in any such a way as to be threatened with moral or physical harm". These steps may be taken at the instance of Guardianship Councils, for which provision is made in the same part of the Law and which, under the authority of courts of law, fulfil functions similar to those of the Children's Bureau under the Swedish Law of 1924 (Sections 461 *et seq.*). The same Section A 3 makes provisions for children in that situation being placed by the Judge of the Children's Court in an observation centre for mental or physical examination, or, if the child needs special observation, in an institution selected for that purpose (paragraph 372 *a* and *b*). The German Civil Code, in the Section on Guardianship, provides in a single Article—Article 1838—that the Guardianship Court can order the placing of the minor with an appropriate family or in an educational or reformatory institution—a kind of provision which is found in the Swedish Law of 1924. It is a matter of legislative technique and drafting whether the provisions for the protection of children in relation to whom normal guardianship has proved insufficient are, as in Holland, made part of the legislation relating to guardianship or whether, as in the case of Sweden, they are embodied in a separate enactment. In both instances they are intended to protect both the child and the society.

For it is clear that the distinction between the protection of the child and the protection of society is artificial. Both the laws relating to guardianship and those relating to protective upbringing are laws intended primarily for the protection of children and their interests. At the same time, the protection of children—through guardianship or protective upbringing—is pre-eminently in the interests of society. They are part of it—the most vulnerable and most in need of protection. All social laws are, in the last resort, laws for the protection of individuals; all laws for the protection of individuals are, in a true sense, social laws. There is an element of unreality in making these two aspects of the purpose of the State the starting-point for drawing legal consequences of practical import. It is wholly unreal to insist that the measures taken under the Law on Protective Upbringing for the safety, health and happiness of Elisabeth Boll were not measures taken primarily in the interest of that child—and therefore not measures of guardianship of her person—but primarily in the interest of society at large and therefore falling within a quite different category. It is in the light of these considerations that it is necessary to judge the view that as the Guardianship Convention of 1902 is concerned only with a private law institution of family relationship devoid of any public element, there can be no conflict between it and an enactment

incorporées dans la partie du droit suédois sur l'éducation protectrice qui a été appliquée au cas d'Elisabeth Boll. Cette section, à l'article 365, dispose, en termes presque identiques à ceux de la loi suédoise précitée, que certaines mesures seront prises « si un enfant grandit de façon telle qu'il est menacé de déchéance morale ou physique ». Ces mesures peuvent être prises à la demande des conseils de tutelle prévus dans les mêmes parties de la loi et qui, sous l'autorité des tribunaux judiciaires, remplissent des fonctions semblables à celles de l'office des mineurs dans la loi suédoise de 1924 (articles 461 et suiv.). La même section A 3 prévoit que les enfants dans cette situation seront placés par le juge des enfants dans un établissement d'observation pour examen mental ou physique ou, si l'enfant a besoin d'une observation spéciale, dans un établissement choisi à cet effet (art. 372 *a* et *b*). Le code civil allemand, dans la section sur la tutelle, dispose dans un article unique (art. 1838) que le tribunal des tutelles peut ordonner le placement du mineur dans une famille appropriée ou dans une institution d'éducation ou de réforme — un genre de dispositions que l'on retrouve dans la loi suédoise de 1924. C'est une question de technique législative et de rédaction que de déterminer si les dispositions pour la protection de l'enfance, lorsque la tutelle normale s'est avérée insuffisante, relève, comme aux Pays-Bas, de la législation relative à la tutelle ou si, comme en Suède, elles font partie d'une disposition distincte. Dans les deux cas, elles ont pour objet de protéger à la fois l'enfant et la société.

Car il est clair que la distinction entre la protection de l'enfant et de la société est artificielle. Les lois relatives à la tutelle comme celles relatives à l'éducation protectrice sont des lois dont le but principal est la protection des mineurs et de leurs intérêts, mais, en même temps, la protection de l'enfance — au moyen de la tutelle ou de l'éducation protectrice — présente un intérêt social de première importance. Les enfants font partie de la société — ils en sont les éléments les plus vulnérables et celui qui a le plus besoin de protection. En dernière analyse, toutes les lois sociales sont des lois pour la protection des individus. Toutes les lois pour la protection des individus sont, à vrai dire, des lois sociales. Il y a quelque chose d'artificiel à prendre ces deux aspects du but de l'État comme point de départ pour en tirer des conséquences juridiques d'importance pratique. Il est absolument artificiel de souligner que les mesures prises en vertu de la loi sur l'éducation protectrice pour la sauvegarde, la santé et le bonheur d'Elisabeth Boll n'ont pas été prises au premier chef dans l'intérêt de cette enfant — et, par conséquent, ne sont pas des mesures pour la tutelle de sa personne — mais qu'elles ont été prises au premier chef dans l'intérêt de la société en général et qu'elles rentrent, par conséquent, dans une catégorie toute différente. C'est à la lumière de ces considérations qu'il faut juger l'opinion d'après laquelle la Convention de 1902 sur

of an exclusively public law character such as the Swedish Law on Protective Upbringing. Even if every link of that proposition could be substantiated by reference to national law as operating in most countries—and that does not appear to be the case—there would still remain the difficulty of assessing the content of the statement that there can be no conflict between a treaty regulating a sphere of private law and national enactment in the realm of public law.

Undoubtedly, the Convention of 1902 was intended to regulate conflicts of law in the sphere of guardianship. But there is no persuasive reason for accepting the suggestion that the relevant provisions of the Swedish Law on Protective Upbringing, under which the custody of Elisabeth Boll was entrusted to the care of her maternal grandfather in his home under the authority of the Children's Board, has nothing to do with guardianship, seeing that they are of a public law nature. Similarly, it is difficult to accept the suggestion that guardianship, instituted in the private interest of the child, is devoid of a substantial public element of social purpose. The rights of the parties, especially in an international dispute, ought not to be determined by reference to the controversial mysteries of the distinction between private and public law. The fact that the purpose of the Convention of 1902 is to establish rules for avoiding conflicts of laws in the sphere of guardianship does not mean that that sphere is confined to laws *described* as guardianship; it covers all laws, however described or classified, which fulfil an essential function of guardianship. It is part of the firmly established jurisprudence of this Court that with regard to national laws bearing upon treaty obligations what matters is not the letter of the law but its actual effect.

However, it is not necessary to labour this point. The preceding considerations are, in my view, sufficient to show the decisive difficulties inherent in the proposition that a State can properly claim to depart from the obligations of a treaty by enacting laws which, although they impair the operation of the treaty, are said not to conflict with it on the ground that they lie on different planes or are concerned with a different subject-matter.

Clearly, the guardian does not enjoy immunity from the operation of local law, such as criminal law, which may deprive him of the custody of the minor placed in a penal or reformatory institution. The guardian is subject to laws relating to education, health, revenue and so on. However, although, in the absence of a more substantial justification than differences of classification, the guardian enjoys no immunity from local law, he is entitled, in principle, to immunity from being deprived permanently or semi-permanently of

la tutelle visant uniquement une institution de droit privé, des rapports de famille, dénués de tout élément public, il ne saurait y avoir conflit entre cette Convention et une disposition de caractère exclusivement de droit public, telle que la loi suédoise sur l'éducation protectrice. Même si l'on pouvait démontrer chaque élément de cette proposition en se référant à la loi interne en vigueur dans la plupart des pays — et cela ne semble pas être le cas —, on rencontrerait encore la difficulté d'apprécier le contenu de la formule d'après laquelle il ne peut y avoir de conflit entre un traité qui régit un domaine du droit privé et une loi interne du domaine du droit public.

Sans doute la Convention de 1902 était destinée à régler les conflits de lois en matière de tutelle, mais il n'y a pas de raison convaincante pour accepter l'idée que les dispositions pertinentes de la loi suédoise sur l'éducation protectrice, en vertu desquelles la garde d'Elisabeth Boll a été confiée à son grand-père maternel, en son domicile, sous l'autorité de l'office des mineurs, n'ont rien à voir avec la tutelle, attendu qu'elles ont le caractère de droit public. De même, il est difficile d'admettre la suggestion que la tutelle, instituée dans l'intérêt privé de l'enfant, est dénuée d'un élément public important d'ordre social. Les droits des parties, en particulier dans un différend d'ordre international, ne devraient pas être déterminés par référence au mystère controversé de la distinction entre le droit privé et le droit public. Le fait que la Convention de 1902 a pour but d'établir des règles pour éviter les conflits de lois en matière de tutelle ne signifie pas que ce domaine se limite aux lois *décrites* comme visant la tutelle. Il couvre toutes les lois, quelle qu'en soit la description ou la classification, remplissant une fonction essentielle de tutelle. Un élément fermement établi de la jurisprudence de la Cour est qu'en matière de lois internes affectant les obligations nées des traités, ce qui importe, ce n'est pas la lettre de la loi, mais son effet positif.

Quoi qu'il en soit, il est inutile d'insister sur ce point. A mon avis, les considérations qui précèdent suffisent à démontrer les difficultés décisives inhérentes à la proposition qu'un État peut légitimement prétendre s'écarter des obligations résultant d'un traité en promulguant des lois qui, bien qu'empêchant l'application du traité, sont considérées comme n'étant pas en conflit avec lui, pour le motif qu'elles opèrent sur des plans différents ou qu'elles s'occupent d'une matière différente.

Il est clair que le tuteur ne bénéficie pas d'une immunité dans l'application d'une loi interne, telle qu'une loi pénale, qui pourrait le priver de la garde du mineur placé dans un institut pénitencier ou de réforme. Le tuteur est soumis aux lois visant l'éducation, la santé, les impôts, etc. Mais, bien qu'en l'absence d'une justification plus solide que les différences de classification le tuteur ne jouisse pas d'une immunité à l'égard de la loi interne, il a droit en principe à être protégé contre la privation permanente ou temporaire de

some of the main attributes of guardianship such as custody of the child—especially if such custody is made the subject of what, in the circumstances of the case, is apt to give the impression of a rival guardianship. There may be a justification for such deprivation but that justification cannot properly be based upon factors which are essentially of a technical character. In my view, the more accurate approach to the question is not that the system of protective upbringing is outside the Convention or that it pursues a different object but, rather, that it is not inconsistent with the Convention. In other words, that it is both covered and permitted by the Convention by virtue of public policy—*ordre public*—or some similar reason based on the right, conceded by international law, of a State to apply a particular law impairing or preventing the operation of the Convention.

In fact, it is in that sense that I understand—and concur in—that part of the Court's Judgment which stresses the beneficent social objects, of an urgent character, of the Swedish Law in question. That is a consideration closely related to those underlying the notion of *ordre public*. It is this aspect of the question which I deem it incumbent upon me to examine in some detail in the present Opinion.

* * *

Prior to that, reference must be made to an ancillary submission of Swedish Counsel bearing upon the possible effects of a ruling that the Swedish Law on Protective Upbringing does not apply to children of Dutch nationality. It was pointed out on behalf of the Swedish Government that any such interpretation of the Convention would result in a dangerous legal vacuum. It was urged that as Dutch administrative authorities are responsible for giving effect to the provisions of the Dutch law in the sphere of the protection of children and that as, according to international law, no State can perform administrative acts in the territory of another State, the result would be that Dutch children in Sweden who are in need of care outside guardianship would remain altogether without protection.

It must be conceded that, if only possible having regard to the intention of the Parties, a treaty ought to be interpreted so as to permit rather than to impede desirable measures of social protection. However, it appears to me that the spectre of a legal vacuum, as pictured on behalf of the Swedish Government in this connection, is illusory. Normally, the Dutch guardian would, in such cases, take the necessary steps to remove the child to Holland. In cases when that is not possible, the Dutch guardian would place the child in an appropriate home (as was, in fact, contemplated for a time by the Dutch guardian of Elisabeth Boll) or take other steps required by the physical or mental condition of the child

certaines des attributs principaux de la tutelle, tels que la garde du mineur — en particulier si cette garde fait l'objet de ce qui, dans les circonstances de l'affaire, peut donner l'impression d'une tutelle rivale. Il se peut que cette privation puisse être justifiée, mais cette justification ne peut à bon droit se fonder sur des facteurs d'un caractère essentiellement technique. A mon avis, la vraie façon d'aborder la question n'est pas de dire que le système de l'éducation protectrice est en dehors de la Convention et qu'il poursuit un but différent, mais plutôt de dire qu'il n'est pas incompatible avec la Convention. En d'autres termes, c'est que la question est à la fois couverte et autorisée par la Convention, en vertu de l'ordre public ou de quelque raison semblable fondée sur le droit, reconnu par le droit international, pour un État d'appliquer une loi particulière qui entrave ou empêche le jeu de la Convention.

En fait, c'est en ce sens que je comprends cette partie de l'arrêt de la Cour qui souligne les buts sociaux bénéfiques d'un caractère urgent de la loi suédoise en question — et que je m'y rallie. C'est une considération qui se rattache étroitement à celles qui sont à la base de la notion d'ordre public. C'est cet aspect de la question qu'il m'incombe d'examiner avec quelques détails dans la présente opinion.

* * *

Avant d'en arriver là, il faut examiner une conclusion subsidiaire du conseil du Gouvernement suédois sur les effets possibles d'une décision que la loi suédoise sur l'éducation protectrice ne s'applique pas aux enfants de nationalité néerlandaise. Il a été signalé pour le compte du Gouvernement suédois qu'une pareille interprétation de la Convention entraînerait un dangereux vide juridique. On a soutenu que, les autorités administratives néerlandaises étant responsables de l'application de la loi néerlandaise dans le domaine de la protection de l'enfance, le résultat serait qu'aucun État ne pouvant, d'après le droit international, accomplir des actes administratifs sur le territoire d'un autre État, les enfants néerlandais en Suède qui auraient besoin de protection en dehors de la tutelle se trouveraient dépourvus de toute protection.

Il faut reconnaître que, dans les limites du possible, eu égard à l'intention des Parties, on doit interpréter un traité comme ayant pour objet de faciliter plutôt que d'empêcher les mesures désirables de protection sociale. Toutefois, il me semble que le spectre d'un vide juridique tel qu'on l'a dépeint à ce propos au nom du Gouvernement suédois est illusoire. Normalement, le tuteur néerlandais en pareil cas prendra les mesures nécessaires pour ramener l'enfant aux Pays-Bas. Si cela n'est pas possible, le tuteur néerlandais placera l'enfant dans un foyer approprié (comme la tutrice néerlandaise d'Elisabeth Boll l'avait envisagé, en fait, à un moment donné) ou prendra d'autres mesures requises par la condition

such as placing it in an institution for observation or treatment. In exceptional cases in which, for one reason or another, the guardian fails to act or to act satisfactorily, necessary measures would be decreed by the Dutch authorities. However, according to Dutch law these are not administrative authorities. They are judicial authorities applying Dutch law which Sweden, by virtue of the Convention, is bound to recognize and the respect for which she is bound to ensure in good faith without requiring any additional treaty arrangements for that purpose. Thus the above-mentioned Article 365 of the Dutch Civil Code provides that if the child grows up in such a way as to be threatened with moral or physical harm the Judge of the Children's Court may place it under supervision. It is also upon the Judge of the Children's Court that Articles 372 *a* and 372 *b* of the Code confer the power to place the child in an observation centre or, if it needs special discipline, in an appropriate institution. Under Article 461 *c* it is for the Judge, on the initiative of the Guardianship Council, to order the necessary steps when the infant is not under required legal authority or in other cases of urgency. It must be added that such exceptional measures of protection with regard to a child remaining in Sweden would, in practice, be the same as would be taken by Swedish authorities in similar circumstances and that therefore no considerations of Swedish *ordre public* would stand in the way of their execution.

Undoubtedly, the task of Dutch judicial authorities in taking the measures in question might be rendered somewhat more difficult than would otherwise be the case seeing that they might have to obtain the necessary information with regard to a situation in a foreign country. But these difficulties—which lie wholly outside any legal problem of the applicability of foreign administrative law—are inherent in a Convention which sanctions and prescribes the operation of the national law of the infant. In days of rapid travel, which makes possible visits by the interested parties or representatives of Guardianship Councils or other institutions, and facilities of postal communication, these difficulties are considerably reduced. In any case, as stated, they refer to a wholly exceptional situation; as such they appear somewhat unreal when adduced as a decisive factor with regard to the interpretation of the Convention. They seem to me an unsubstantial ground for permitting a departure from its language and purpose. For these reasons, I cannot accept that particular argument advanced on behalf of the Government of Sweden.

* * *

As already stated, reliance upon *ordre public*—public policy—constitutes the main feature in the written and oral pleadings of the Parties. This is the only submission, in the nature of legal prin-

physique ou mentale de l'enfant, par exemple en le plaçant dans un établissement pour observation ou traitement. Dans les cas exceptionnels où, pour une raison ou pour une autre, le tuteur n'agit pas, ou n'agit pas de façon satisfaisante, les autorités néerlandaises prescrivent les mesures nécessaires. Mais d'après la loi néerlandaise il ne s'agit pas d'autorités administratives; ce sont des autorités judiciaires, appliquant la loi néerlandaise que la Suède, en vertu de la Convention, est tenue de reconnaître et qu'elle doit respecter de bonne foi, sans exiger d'arrangement conventionnel supplémentaire à cette fin. C'est ainsi que l'article 365 précité du code civil néerlandais prévoit que, si l'enfant grandit de façon telle qu'il est menacé de déchéance morale ou physique, le juge des enfants peut le mettre sous surveillance. C'est également au juge des enfants que les articles 372 *a* et 372 *b* du code donnent le pouvoir de placer l'enfant dans un établissement d'observation ou, s'il a besoin d'une discipline spéciale, dans un établissement approprié. Aux termes de l'article 461 *c* il appartient au juge, sur l'initiative du conseil de tutelle, de prescrire les mesures nécessaires lorsque le mineur ne se trouve pas sous l'autorité légale exigée ou dans d'autres cas d'urgence. Il faut ajouter que ces mesures exceptionnelles de protection visant un enfant restant en Suède seraient, en pratique, les mêmes que celles prises par les autorités suédoises en pareil cas et que, par conséquent, aucune considération tenant à l'ordre public suédois ne ferait obstacle à leur exécution.

Sans doute, en prenant les mesures en question, la tâche des autorités judiciaires néerlandaises pourrait être rendue quelque peu plus difficile qu'elle ne l'eût été autrement, du fait qu'il leur faudrait obtenir les renseignements nécessaires sur la situation dans un pays étranger. Mais ces difficultés — qui sont absolument en dehors du problème juridique de l'applicabilité du droit administratif étranger — sont inhérentes à une Convention qui sanctionne et prescrit l'application de la loi nationale du mineur. A une époque de voyages rapides, qui permettent aux parties intéressées ou aux représentants des conseils de tutelle ou d'autres institutions de visiter les lieux, et à une époque de relations postales faciles, ces difficultés sont considérablement réduites. En tout cas, comme il a été dit, elles visent une situation absolument exceptionnelle et, à ce titre, elles semblent assez artificielles quand on les invoque comme décisif pour interpréter la Convention. Elles me semblent un motif insuffisant pour permettre de s'écarter de ses termes et de son but. C'est pourquoi je ne puis accepter cet argument invoqué par la Suède.

* * *

Comme je l'ai déjà dit, le recours à l'ordre public constitue le trait principal des écritures et des plaidoiries des Parties. C'est le seul point ayant le caractère d'un principe juridique dans les

ciple, in the final Conclusions of the Parties. The Court is not rigidly bound to give judgment by exclusive reference to the legal propositions as formulated by the Parties in their Conclusions. However, I consider that I ought not to disregard the Conclusions of the Parties formulating exhaustively the legal issue between them. The position is analogous to that in which the Parties have concluded a special agreement defining the legal issue between them and asking the Court to pronounce upon it as part of its operative decision. It is only when it is abundantly clear that the formulation, adopted by the Parties, of the legal issue cannot provide a basis for the decision and that there is another legal solution at hand of unimpeachable cogency, that I would feel myself free to disregard the Conclusions of the Parties. Neither of these conditions seems to me to obtain in the present case. (It may be pointed out in this connection that the position is here different from that in the *Fisheries* case in which the Court declined to render judgment by reference to general "definitions, principles and rules" formulated by *one* Party. *I.C.J. Reports 1951*, p. 126.) Admittedly, the legal issue as thus expressed by the Parties in their pleadings and Conclusions in the present case touches directly upon a difficult and controversial question which has constituted one of the crucial problems in the sphere of private international law and which brings into prominence the relation between private and public international law.

* * *

Does the Guardianship Convention of 1902, which contains no express exception of *ordre public*, permit reliance upon it? This seems to be the crucial question. However, before an attempt is made to answer it, there are two preliminary observations which must be made in this connection.

The first is that caution must be exercised with regard to the manner in which the question is put in the present context. It seems incorrect to put the problem in some such form as: "Shall the Court apply the Convention or shall it apply *ordre public*? Which comes first?" For there is no question here of choosing between the Convention and *ordre public*. If that were the alternative, clearly the Court would have no option but to apply the Convention. The question is whether the Convention, viewed in its entirety and in the light of relevant principles of interpretation—and not merely by reference to its bare letter—permits the exception of *ordre public*. For these reasons no assistance can be derived from the various pronouncements of the Permanent Court of International Justice to the effect that national legislation cannot be validly invoked as a reason for non-compliance with an international obligation. The problem now for the Court is, exactly, what is the international obligation at issue.

conclusions finales des Parties. La Cour n'est pas rigoureusement tenue de statuer par référence exclusive aux propositions juridiques, telles qu'elles sont formulées par les Parties dans leurs conclusions. Néanmoins, je considère que je ne devrais pas négliger les conclusions des Parties qui énoncent de façon complète le point de droit en litige entre elles. La position est analogue à celle où les Parties ont conclu un compromis pour définir le différend juridique qui les sépare et demander à la Cour de statuer sur ce différend comme élément du dispositif de son arrêt. Ce n'est que s'il est absolument clair que la formule adoptée par les Parties pour énoncer le différend juridique ne peut fournir de base à la décision et qu'on dispose d'une autre solution juridique d'une valeur incontestable que je me sentirais libre de négliger les conclusions des Parties. Dans le cas actuel, il me semble qu'aucune de ces conditions n'est remplie. (Il faut signaler à ce propos que la position est différente de celle de l'affaire des *Pêcheries*, où la Cour a décliné de se prononcer par référence aux définitions, principes ou règles formulés par l'une des Parties. *C. I. J. Recueil 1951*, p. 126.) Sans doute le différend juridique ainsi défini par les Parties en leurs écritures et conclusions dans la présente affaire touche directement une question difficile et controversée qui a constitué l'un des problèmes essentiels dans le domaine du droit international privé et qui fait ressortir les rapports entre le droit international privé et le droit international public.

* * *

La Convention de 1902 sur la tutelle, qui ne mentionne pas expressément l'exception d'ordre public, permet-elle de l'invoquer? Ceci paraît être la question cruciale. Mais avant d'essayer d'y répondre, il faut faire à ce sujet deux remarques préliminaires.

La première est qu'il faut être prudent quant à la manière de poser la question dans le contexte actuel. Il paraît inexact de poser le problème sous une forme comme celle-ci: « La Cour doit-elle appliquer la Convention, ou doit-elle appliquer l'ordre public? Qui passe en premier? » Car il ne s'agit pas ici de choisir entre la Convention et l'ordre public. Si telle était l'alternative, la Cour n'aurait évidemment pas d'autre choix que d'appliquer la Convention. La question est de savoir si la Convention, prise dans son ensemble et à la lumière des règles d'interprétation pertinentes — et non pas simplement dans sa seule lettre —, admet l'exception d'ordre public. C'est pourquoi on ne trouve aucun appui dans les divers prononcements de la Cour permanente de Justice internationale, aux termes desquels on ne peut valablement invoquer la législation nationale comme motif de ne pas se conformer à une obligation internationale. Le problème qui se pose à la Cour est précisément de savoir quelle est l'obligation internationale en question.

The second preliminary question is whether legislation relating to protective upbringing of children is properly comprised within the sphere of *ordre public*, that is to say, whether, notwithstanding any apparent treaty provision to the contrary, *ordre public* covers exceptional measures for the protection of minors in addition to and to the exclusion of guardianship operating in normal circumstances. That question must clearly be answered in the affirmative. Apart from criminal law, it is difficult to conceive of a more appropriate and more natural object of *ordre public*, as generally understood, than the protection by the State of infants, especially when they are helpless, ill, an actual or potential danger to themselves or to society, a legitimate object of its compassion and assistance, and an occasion for public resentment whenever the State fails to measure up to its responsibilities in this respect. There are, in that wide and highly controversial province of *ordre public*, matters which are the object of uncertainty and occasional exaggerations of national prejudice reluctant to apply foreign law. But there is a hard core within that field which is not open to reasonable challenge. The protection of children, in the sense indicated above, is an obvious particle of that hard core. Mention may be made in this connection, as emphasizing this aspect of guardianship (which is exemplified, in its wider sense, in the system of protective upbringing), of the fact that in English law the Crown as the *parens patriae*—the parent of the country as a whole—is the supreme guardian of infants and, through its Courts, exercises its authority in this respect, at every stage, with total disregard of any artificial formalities of the law. The Guardianship Act of 1925 provides in Section 1 that, when in proceedings before any court custody or upbringing of an infant are in question, the Court in dealing with the matter “shall regard the welfare of the infant as the first and paramount consideration” and shall not decisively take into account any claim, based on any particular rule of law, of the father or the mother to a superior right of custody and control.

The notion of *ordre public* is generally used in two meanings: It is either applied as referring to specific spheres of the law, such as territorial laws, criminal laws, police laws, laws relating to national welfare, health and security, and the like; from this point of view, protective upbringing clearly comes within the notion of *ordre public*. Secondly, it is resorted to as embracing, more generally, fundamental national conceptions of law, decency and morality. From this point of view, too, the protection of the interests of the minor through measures such as protective upbringing falls naturally within the notion of *ordre public*. (It may be stated in the present context that although in this Opinion the French term *ordre public* is mainly used, it is not used as implying a substantial difference

La deuxième question préliminaire est de savoir si la loi sur l'éducation protectrice des mineurs rentre légitimement dans le domaine de l'ordre public, c'est-à-dire si, nonobstant une disposition conventionnelle apparemment contraire, l'ordre public s'étend aux mesures exceptionnelles pour la protection des mineurs, en plus et à l'exclusion de la tutelle mise en œuvre dans les circonstances normales. De toute évidence, il faut répondre à cette question par l'affirmative. En dehors du droit pénal, il est difficile d'imaginer un cas plus approprié et plus naturel d'invoquer l'ordre public, tel qu'on l'entend généralement, que la protection des mineurs par l'État, en particulier quand ils sont sans défense, malades, quand ils constituent un danger positif ou éventuel pour eux-mêmes ou pour la société, quand ils sont l'objet légitime de sa compassion ou de son assistance et la source de griefs publics quand l'État n'est pas à la hauteur de ses responsabilités en la matière. Il existe dans le vaste domaine hautement controversé de l'ordre public des matières qui font l'objet d'incertitudes et à propos desquelles se produit, à l'occasion, une exagération des préjugés nationaux contre l'application de la loi étrangère. Mais à l'intérieur de ce domaine, il existe un noyau solide qu'on ne peut raisonnablement contester. La protection des enfants au sens indiqué plus haut fait évidemment partie de ce solide noyau. A ce propos, on peut mentionner comme soulignant cet aspect de la tutelle (dont on trouve un exemple au sens le plus large dans le système de l'éducation protectrice) le fait qu'en droit anglais la Couronne, en tant que *parens patriae* — le parent de la nation dans son ensemble —, est le suprême tuteur des mineurs et, dans ce domaine, exerce son autorité à tous les stades, par l'intermédiaire de ses tribunaux, avec un dédain absolu des formalités légales artificielles. Le *Guardianship Act* de 1925, dans sa section 1, dispose que toutes les fois qu'il s'agit, dans une procédure judiciaire, de la garde ou de l'éducation d'un mineur, le tribunal, en traitant de la question, « retiendra en premier lieu et comme considération dominante le bien-être du mineur » et ne retiendra d'une manière décisive aucune réclamation du père ou de la mère tendant à faire reconnaître un droit supérieur de garde et de contrôle, fondée sur une règle de droit particulière.

On emploie généralement la notion d'ordre public en deux sens: soit pour viser des domaines particuliers du droit comme les lois territoriales, les lois pénales, les lois de police, les lois visant le bien-être, la santé et la sécurité sociale et d'autres lois du même ordre. A ce point de vue, il est clair que l'éducation protectrice relève de la notion d'ordre public. En second lieu, la notion d'ordre public s'emploie par extension plus générale aux conceptions nationales fondamentales du droit, de la décence et de la moralité. A ce point de vue encore, la protection des intérêts du mineur par des mesures telles que l'éducation protectrice relève de la notion d'ordre public. (On peut dire dans le présent contexte que, si le terme français d'ordre public est employé le plus souvent dans cette opinion, il

between it and the notion of public policy in common law countries such as the United Kingdom or the United States of America—although probably the conception of *ordre public* is somewhat wider. It is used here for the reason that it is current in the law of two States which are parties to the dispute.)

Admittedly, in answering the question as here put we are confronted with the following dilemma: Is it the Swedish *ordre public* by reference to which that question must be answered? If that is so, is the Court competent and in the position to examine a matter of Swedish *ordre public*, of Swedish municipal law? It is clear that that question must be answered in the affirmative. The examination of municipal law, wherever that is necessary, is a proper function of the Court; it has undertaken it on repeated occasions. Neither do the intricacies of *ordre public* set a limit to that legitimate function of the Court. In the *Serbian Loans* case the Court examined the French law and the French judicial practice in the sphere of *ordre public* in relation to currency legislation (*P.C.I.J.*, Series A, Nos. 20/1, pp. 46, 47). However, the question that must be answered in this connection is not only whether protective upbringing of children falls, according to Swedish law, within the Swedish *ordre public* but also whether it can properly be included as falling within that sphere. That question cannot be answered by reference to Swedish law only. It can be answered in reliance on a notion of *ordre public* conceived as a general principle of law—an aspect of the question referred to below.

* * *

If protective education of children falls legitimately within the sphere of public order, then—and only then—there must be considered the main question, namely, whether public order, if not expressly permitted by the Convention, can be invoked at all; whether it has been properly invoked in the present case; and, if so, whether the Law on Protective Upbringing has been applied by the Swedish authorities in a manner which is reasonable and not manifestly contrary to the object and the principles of the Convention.

Does the conception of *ordre public* operate at all in the present case? This is the central issue before the Court. It can be examined here only in brief outline:

In the first instance, the Convention now before the Court is a Convention of public international law in the sphere of what is generally described as private international law. This means: (*a*) that it must be interpreted, like any other treaty, in the light of the principles governing the interpretation of treaties in the field of public international law; (*b*) that that interpretation must take

n'est pas employé pour marquer implicitement une différence de fond entre cette notion et la notion de « *public policy* » dans les pays de « *commom law* » tels que le Royaume-Uni et les États-Unis d'Amérique — bien que la notion d'ordre public soit probablement plus large. L'expression est employée ici parce qu'elle est courante dans la loi des deux États parties au différend.)

Sans doute, en répondant à la question telle qu'elle est ici posée, nous nous trouvons en face du dilemme suivant: faut-il répondre à la question par référence à l'ordre public suédois? Dans l'affirmative, la Cour est-elle compétente pour examiner une question d'ordre public suédois, de droit interne suédois et en mesure de le faire? Il est clair qu'il faut répondre par l'affirmative. Toutes les fois qu'il est nécessaire de le faire, l'examen du droit interne relève de la fonction propre de la Cour. Elle l'a entrepris à plusieurs reprises. Les complexités de l'ordre public n'apportent pas, elles non plus, une limite à cette légitime fonction de la Cour. Dans l'affaire des *Emprunts serbes*, la Cour a examiné le droit français et la pratique judiciaire en matière d'ordre public à propos de la loi monétaire (*C. P. J. I.*, Série A, nos 20/21, pp. 46-47). Toutefois, la question à laquelle il faut répondre à ce propos n'est pas seulement de savoir si l'éducation protectrice des mineurs relève, d'après la loi suédoise, de l'ordre public suédois, mais encore de savoir si l'on peut légitimement la comprendre comme rentrant dans ce domaine. C'est une question à laquelle il ne peut être répondu par référence au seul droit suédois. On peut y répondre en invoquant une notion d'ordre public conçue en tant que principe général de droit — un aspect de la question qui sera visé plus loin.

* * *

Si l'éducation protectrice des mineurs rentre légitimement dans le domaine de l'ordre public, alors — et alors seulement — il faut examiner la question principale, à savoir: l'ordre public, quand il n'est pas expressément admis par la Convention, peut-il être invoqué en aucune façon? A-t-il été légitimement invoqué dans le cas actuel et, dans l'affirmative, la loi sur l'éducation protectrice a-t-elle été appliquée par les autorités suédoises d'une manière raisonnable et qui n'est pas manifestement contraire à l'objet et aux principes de la Convention?

La notion d'ordre public joue-t-elle dans le cas actuel? C'est là le nœud de la question soumise à la Cour. On ne peut l'examiner ici qu'en traçant une brève esquisse.

En premier lieu, la Convention actuellement soumise à la Cour est une convention de droit international public dans le domaine de ce qu'on appelle généralement le droit international privé. Cela veut dire: a) que, comme tout autre traité, il faut l'interpréter à la lumière des principes qui régissent l'interprétation des traités dans le domaine du droit international public, et b) que cette interpré-

into account the special conditions and circumstances of the subject-matter of the treaty, which in the present case is a treaty in the sphere of private international law.

Secondly, in the sphere of private international law the exception of *ordre public*, of public policy, as a reason for the exclusion of foreign law in a particular case is generally—or, rather, universally—recognized. It is recognized in various forms, with various degrees of emphasis, and, occasionally, with substantial differences in the manner of its application. Thus, in some matters, such as recognition of title to property acquired abroad, the courts of some countries are more reluctant than others to permit their conception of *ordre public*—their public policy—to interfere with title thus created. However, restraint in some directions is often offset by procedural or substantive rules in other spheres. On the whole, the result is the same in most countries—so much so that the recognition of the part of *ordre public* must be regarded as a general principle of law in the field of private international law. If that is so, then it may not improperly be considered to be a general principle of law in the sense of Article 38 of the Statute of the Court. That circumstance also provides an answer to the question as to the nature and the content of the conception of public policy by reference to which there must be judged the propriety of the Swedish legislation in the matter. Clearly, it is not the Swedish notion of *ordre public* which can provide the exclusive standard in this connection. The answer is that, the notion of *ordre public*—of public policy—being a general legal conception, its content must be determined in the same way as that of any other general principle of law in the sense of Article 38 of the Statute, namely, by reference to the practice and experience of the municipal law of civilized nations in that field. It is by reference to some such considerations that I have, in an earlier part of this Opinion, attempted to answer the question whether the Swedish Law on Protective Upbringing can properly be regarded as falling within the domain of *ordre public*.

For these reasons the correct interpretation of a convention on private international law must take that general recognition of public order fully into account. The same result is reached by way of another, no less cogent, principle of interpretation: In a case concerned with the interpretation of a treaty relating to a particular matter with regard to which the law and practice of both parties recognize the applicability of certain principles, due weight must be given to those principles. To give an example: If the law and practice of Sweden and Holland were to recognize that the distance of twenty miles is the proper limit of territorial waters, and if these two States were to conclude a treaty laying down that their vessels shall be bound to submit to certain restrictions within their res-

tation doit tenir compte des conditions et des circonstances spéciales à la matière visée par le traité, traité qui relève, dans le cas actuel, du domaine du droit international privé.

En second lieu, dans le domaine du droit international privé, l'exception d'ordre public, de *public policy*, comme motif pour écarter la loi étrangère dans un cas particulier est généralement — ou plutôt universellement — reconnue. On la reconnaît sous diverses formes et avec plus ou moins d'importance, et, à l'occasion, avec des différences appréciables dans la manière de l'appliquer. Ainsi, dans certains domaines tels que la reconnaissance des lois de propriété acquise à l'étranger, les tribunaux de certains pays hésitent plus que d'autres à permettre à leur conception de l'ordre public — à leur *public policy* — de faire obstacle au titre acquis de cette manière. Néanmoins, les restrictions apportées dans certaines directions sont souvent compensées par des règles de procédure ou de fond dans d'autres domaines. Dans l'ensemble, le résultat est le même dans la plupart des pays — à telle enseigne qu'il faut considérer la reconnaissance du rôle de l'ordre public comme un principe général de droit dans le domaine du droit international privé. S'il en est ainsi, on peut à bon droit la regarder comme un principe général de droit au sens de l'article 38 du Statut de la Cour. Cette circonstance fournit également une réponse à la question visant la nature et le contenu de la notion d'ordre public, par laquelle on doit apprécier la légitimité de la législation suédoise en la matière. Il est clair que ce n'est pas la notion suédoise d'ordre public qui peut fournir un critère exclusif à ce point de vue. La réponse est que, la notion d'ordre public — de *public policy* — étant une notion juridique générale, il faut en déterminer le contenu de la même manière que pour tout autre principe général du droit, au sens de l'article 38 du Statut, à savoir, par référence à la pratique et à l'expérience en ce domaine des tribunaux nationaux des nations civilisées. C'est en me rapportant à des considérations de ce genre que, dans une partie antérieure de cette opinion, j'ai essayé de répondre à la question de savoir si la loi suédoise sur l'éducation protectrice pouvait être légitimement considérée comme rentrant dans le domaine de l'ordre public.

Telles sont les raisons pour lesquelles l'interprétation correcte d'une convention sur le droit international privé doit pleinement tenir compte de cette reconnaissance générale de l'ordre public. On aboutit au même résultat au moyen d'un autre principe d'interprétation, également important: dans une affaire visant l'interprétation d'un traité sur une question particulière au sujet de laquelle le droit et la pratique des deux parties reconnaissent que certains principes sont applicables, il faut donner à ces principes l'importance qui convient. Par exemple: si la loi et la pratique de la Suède et des Pays-Bas reconnaissaient que la limite normale des eaux territoriales est de vingt milles et si ces deux États passaient un traité disposant que leurs navires devront se soumettre à cer-

pective territorial waters, then the expression "territorial waters" would have to be interpreted in the sense attached to it by the law and practice of those two States, namely, as extending to twenty miles. By the same token, if the law of Sweden or Holland recognizes the exception of public order in the sphere of private international law, then that factor must be considered as relevant to the interpretation, as between them, of the treaty in question. It is well known, and it is admitted by both Parties, that both in Sweden and Holland *ordre public* constitutes a valid reason for the exclusion of foreign law. Accordingly, the fact that a particular subject of private international law is covered by a convention does not, in the absence of an express prohibition to the contrary, in itself exclude the operation of *ordre public*, even if the convention is otherwise silent in the matter—provided always that the State invoking *ordre public* is, if its decision to invoke it is challenged, willing to submit to an impartial judicial or arbitral determination of the issue. The latter condition follows inevitably from the principle that a State which invokes an exception not expressly recognized by the treaty cannot claim the right to determine unilaterally whether that exception applies.

At the same time, and this is the third main consideration in the present context, the circumstance that the Parties are bound by treaty in relation to a particular subject of private international law sets a limit to the application of *ordre public*. It does so in three respects:

In the first instance, the existence of the treaty imposes upon municipal courts an obligation of restraint in invoking *ordre public*—a restraint additional to that which they impose upon themselves in matters of private international law generally. This is admitted by both Parties. In fact, it is one of the objects of a treaty bearing upon private international law to set some further limit to reliance upon *ordre public*.

Secondly, the existence of a treaty limits the discretion of national courts in determining whether a particular subject is within the domain of *ordre public*; it limits it in the sense that in case of a dispute, and provided that an international tribunal is endowed with the requisite jurisdiction, it is for that tribunal to determine the matter. This, too, is in substance admitted by both Parties.

Thirdly—a view contended for by Holland but denied by Sweden—in the case of a dispute as to the manner in which the national authority has applied the exception of *ordre public*, that question is subject to review and determination by an international tribunal, if otherwise competent in the matter. That aspect of the question is examined later in this Opinion.

Applied to the present case, these principles mean, in general, that the exception of public order is admissible within proper limits

taines restrictions dans leurs eaux territoriales respectives, l'expression « eaux territoriales » devrait alors s'interpréter suivant le sens que lui attachent la loi et la pratique des deux États, à savoir, comme s'étendant à vingt milles. De même, si la loi en Suède et aux Pays-Bas reconnaît l'exception d'ordre public dans le domaine du droit international privé, alors ce facteur doit être considéré comme pertinent pour l'interprétation des traités en question, dans les rapports de ces deux pays entre eux. On sait parfaitement, et les deux Parties le reconnaissent, qu'en Suède comme aux Pays-Bas, l'ordre public est un motif valable pour écarter la loi étrangère. En conséquence, le fait qu'une question particulière de droit international privé est visée par une convention n'exclut pas, par lui-même, en l'absence d'une disposition expresse en sens contraire, le jeu de l'ordre public, même si la convention garde par ailleurs le silence en la matière — pourvu toujours que l'État qui invoque l'ordre public soit prêt, si l'on conteste sa décision de l'invoquer, à soumettre la question à une décision judiciaire ou arbitrale impartiale. Cette dernière condition découle inévitablement du principe que l'État qui invoque une exception qui n'est pas expressément reconnue par le traité ne peut invoquer le droit de décider unilatéralement si l'exception s'applique.

En même temps, et c'est la troisième considération principale dans le contexte actuel, le fait que les Parties sont liées par traité sur un point particulier de droit international privé apporte une limite à l'application de l'ordre public. Et cela à trois points de vue :

En premier lieu, l'existence du traité impose aux tribunaux internes l'obligation de se montrer prudents quand ils invoquent l'ordre public — prudence supplémentaire à celle qui s'impose à eux, d'une manière générale, en matière de droit international privé. Les deux Parties le reconnaissent. En fait, l'un des buts d'un traité visant le droit international privé est d'apporter certaines limites supplémentaires au recours à l'ordre public.

En second lieu, l'existence d'un traité limite le pouvoir discrétionnaire des tribunaux nationaux pour dire si une question donnée rentre dans le domaine de l'ordre public. Elle le limite en ce sens qu'en cas de différend, et pourvu qu'un tribunal international ait la compétence voulue, c'est à lui qu'il appartient de trancher la question. Cela encore, les deux Parties au fond le reconnaissent.

En troisième lieu — opinion soutenue par les Pays-Bas mais contestée par la Suède —, en cas de différend sur la manière dont l'autorité nationale a appliqué l'exception d'ordre public, la question relève de l'examen et de la décision d'un tribunal international, pourvu que celui-ci soit compétent par ailleurs. Cet aspect de la question est examiné plus loin dans cette opinion.

Ces principes appliqués à la présente affaire signifient, d'une manière générale, que l'exception d'ordre public est admissible dans

and that, there being a dispute as to whether these limits have been observed, it is for the Court to decide whether the notion of public order has been properly invoked and applied. As stated, I have come to the conclusion that reliance on *ordre public* in relation to a Law on Protective Upbringing is fully justified and that, therefore, *ordre public* has been properly invoked. I will revert presently to the question whether the proper *application of ordre public* has been satisfactorily proved in this case.

* * *

Reference must be made in this connection to certain views expressed during the written and oral proceedings with regard to *ordre public*, in particular the opinion that reliance upon it is inconsistent with the purpose of treaties on private international law and that *ordre public* ought to be interpreted restrictively in that sphere or refused recognition altogether. In particular, it was argued that because of its comprehensiveness and elasticity it has been the cause of uncertainty and confusion, that it has been a disturbing element in that field, and, more emphatically, that it has been destructive of private international law. There is some substance in these considerations. However, they cannot in any way be decisive.

Admittedly, the notion of *ordre public*—like that of public policy—is variable, indefinite and occasionally productive of arbitrariness and abuse. It has been compared in this respect, not without some justification, with the vagueness of the law of nature. Admittedly also, it has often been the instrument or the expression of national exclusiveness and prejudice impatient of the application of foreign law. Yet these objections, justified as they are, do not alter the fact that the principle permitting reliance on *ordre public* in the sphere of private international law has become—and that it is—a general principle of law of most, if not all, civilized States. More than that: It is, on its own merits, part and parcel of the entire doctrine and practice of private international law almost from its very inception; the two are inseparable, not only as a matter of history but also of necessity; they have grown together in a mutual interaction and compromise. The purpose of private international law is to make possible the application, within the territory of the State, of the law of foreign States. This is an object dictated by considerations of justice, convenience, the necessities of international intercourse between individuals and indeed, as has occasionally been said, by an enlightened conception of public policy itself. But there is an obvious element of simplification in the view that the law of a State should be deemed to have consented or that it should reasonably be expected to consent in advance to the application of foreign law without any limitations, in any circumstances whatsoever, without

des limites appropriées et que, puisqu'il y a un différend sur le point de savoir si ces limites ont été observées, c'est à la Cour qu'il appartient de décider si la notion d'ordre public a été légitimement invoquée et appliquée. Comme je l'ai dit, j'en suis arrivé à la conclusion que le recours à l'ordre public à propos d'une loi sur l'éducation protectrice se justifie pleinement et que, par conséquent, l'ordre public a été légitimement invoqué. Je reviendrai dans un moment à la question de savoir s'il a été démontré de façon satisfaisante en l'espèce que l'ordre public a été légitimement *appliqué*.

* * *

A ce propos, il faut mentionner certains opinions exprimées pendant les écritures et les plaidoiries à propos de l'ordre public, notamment l'opinion que le recours à l'ordre public est incompatible avec le but des traités de droit international privé et que l'ordre public doit s'interpréter restrictivement, ou même se voir refuser toute reconnaissance. On a soutenu en particulier qu'en raison de son caractère étendu et de son élasticité, l'ordre public a été cause d'incertitude et de confusion, qu'il a jeté le trouble en ce domaine et, plus encore, qu'il a détruit le droit international privé. Ces considérations ont quelque valeur. Elles ne peuvent cependant pas être décisives.

Il est admis que la notion d'ordre public — comme celle de *public policy* — est variable, indéfinie et, à l'occasion, conduit à l'arbitraire et aux abus. A ce point de vue, et non sans quelque raison, on a comparé l'ordre public à la notion vague de droit naturel. On reconnaît également que l'ordre public a souvent été l'instrument ou l'expression de l'exclusivisme national et des préjugés qui supportent mal l'application du droit étranger. Toutefois, ces objections, pour justifiées qu'elles soient, ne changent pas le fait que le principe qui permet de recourir à l'ordre public dans le domaine du droit international privé est devenu — et qu'il est — un principe général du système juridique de la plupart des États civilisés, sinon de tous. Bien plus: il fait par lui-même partie de toute la doctrine et de toute la pratique du droit international privé, presque depuis son origine. Les deux sont inséparables, non seulement au point de vue historique, mais par nécessité. Ils ont grandi ensemble, en réagissant l'un sur l'autre et dans un compromis réciproque. Le but du droit international privé est de permettre l'application, sur le territoire d'un État, du droit des États étrangers. Ce but est dicté par des considérations de justice, de commodité, par les nécessités des rapports internationaux entre individus et même, on l'a dit, parfois, par une conception éclairée de l'ordre public lui-même. Mais c'est évidemment trop simplifier les choses que de soutenir que le droit d'un État doit être tenu pour avoir consenti, ou qu'on devrait raisonnablement s'attendre à ce qu'il consente

a safety valve, without a residuum of contingencies in which, because of the very nature of its structure and the fundamental legal, moral and political conceptions which underlie it, it should be able to decline to apply foreign law.

Within the State, the judicial use of public policy—of *ordre public*—has often been exposed to criticism. But it is seldom, if ever, suggested that it is not an indispensable instrument of the interpretation, application and development of the law. If that is so in relation to the national law of the State which may be changed by ordinary legislative processes, it is particularly so in relation to foreign law over which the State has no control and which, in certain circumstances, its courts may find it inconceivable to apply. History—modern history—has occasionally produced examples of legislation manifesting eruptions of malevolent injustice, or worse, to which courts of foreign countries may find it utterly impossible to give effect and with regard to which the right to denounce the treaty may not provide a timely or practicable remedy.

It is that residuum of discretion, it is that safety valve, which has made private international law possible at all, and which, if kept within proper limits, is one of the principal guarantees of its continued existence and development. It is significant that an important part of the contribution of the most illustrious exponents of private international law—such as Story, Savigny and Pillet—lay in their effort to formulate the notion of *ordre public* and the limits, often wide and general, of its application. *Ordre public* is, and ought increasingly to be, subject to reasonable limitations in accordance with the main purpose of private international law. But the problem cannot be solved by the device of shelving it. It can be alleviated by the existence of international remedies of judicial control and review whenever there exists the requisite jurisdiction of an international tribunal. The present case afforded an opportunity for acting in that way.

* * *

The preceding considerations may also offer assistance in answering the question whether the existence of a treaty sets a limit to reliance on public policy in the sense that the latter cannot be properly invoked unless the treaty contains an express exception to that effect. That question must be answered in the negative. Obviously, the treaty may expressly, or by implication, prohibit recourse to *ordre public*. Thus it is occasionally maintained that the Hague Convention of 1902 on the Conclusion of Marriage contained such prohibitive implication by enumerating exhaustively the

d'avance, à l'application du droit étranger sans aucune limitation, dans tous les cas, sans soupape de sûreté, sans un minimum de situations dans lesquelles, en raison de la nature même de sa structure et des conceptions juridiques morales et politiques fondamentales sur lesquelles il repose, il doit pouvoir décliner l'application de la loi étrangère.

A l'intérieur de l'État, le recours judiciaire à l'ordre public — au *public policy* — a souvent fait l'objet de critiques, mais on a rarement, peut-être même jamais, suggéré qu'il ne soit pas un instrument indispensable de l'interprétation, de l'application et du développement du droit. S'il en est ainsi dans le domaine de la loi nationale de l'État, qui peut être modifiée par les procédés législatifs ordinaires, il en est particulièrement ainsi dans le domaine de la loi étrangère, sur laquelle l'État n'exerce aucun contrôle et que ses tribunaux pourraient, dans certaines circonstances, juger inconcevable d'appliquer. L'histoire — l'histoire moderne — a fourni à l'occasion des exemples de législations manifestant des crises d'injustice délibérée, ou pire, auxquelles les tribunaux des pays étrangers peuvent juger absolument impossible de donner effet et à propos desquelles le droit de dénoncer le traité peut ne pas fournir un remède opportun et praticable.

C'est ce résidu de pouvoir discrétionnaire, c'est cette soupape de sûreté qui a rendu possible le droit international privé et qui, si on la maintient dans les limites raisonnables, est l'une des garanties principales de sa survie et de son développement. Il est significatif qu'une grande partie de l'apport des plus illustres théoriciens du droit international privé — tels que Story, Savigny et Pollet — consiste en leur effort pour formuler la notion d'ordre public et les limites, souvent larges et générales, de son application. L'ordre public est et doit être de plus en plus limité de façon raisonnable, conformément au but principal du droit international privé. Mais la difficulté ne peut être résolue en se bornant à la classer. Il peut y être remédié par l'existence de recours internationaux, de contrôle et de revision judiciaire toutes les fois qu'un tribunal international possède la compétence voulue. Le cas actuel fournissait l'occasion d'agir en ce sens.

* * *

Les considérations qui précèdent peuvent également faciliter la réponse à la question de savoir si l'existence d'un traité apporte une limite au recours à l'ordre public, en ce sens que ce dernier ne peut être légitimement invoqué, à moins que le traité ne contienne expressément une exception à cet effet. A cette question il faut répondre par la négative. Évidemment, le traité peut expressément ou implicitement interdire le recours à l'ordre public. C'est ainsi qu'on a soutenu parfois que la Convention de La Haye de 1902 sur la conclusion des mariages contenait une prohibition implicite de

reasons for which the *lex fori* could disregard the impediments to marriage established by foreign law. (Yet it is significant that, in spite of the Convention, practically all parties to it refused to recognize, prior to the Second World War, the impediments established by the German Nuremberg Laws. Although Dutch Courts applied the Convention in this respect, they often found circuitous means of defeating the Nuremberg Laws in question.)

However, apart from an express or clearly implied prohibition, the correct principle seems to be that a convention in the sphere of private international law does not exclude reliance on *ordre public*. Nothing short of an express prohibition can rule out reliance on a firmly established principle of private international law. This seems to me to be the fairly unanimous view of writers. They include authorities of the calibre of Professors Batiffol and Niboyet. This is also the emphatic view of an author who has devoted special attention to questions of private international law in relation to treaties (Plaisant, *Les règles de conflit de lois dans les traités*, 1946, pp. 91-94). Professor Lewald, a balanced and authoritative writer to whose views I attach importance, provides no clear exception to that virtual unanimity. In 1928, writing in the *Revue de droit international privé* (pp. 164 *et seq.*), he stated, though with very considerable hesitation, that, *a priori*, if the treaty is silent on the question of *ordre public*, the latter cannot be invoked. In 1930, when writing in the *Répertoire de droit international* (Vol. 7, p. 308), he expressed a different view, namely, that in such cases the answer to the question depends on the interpretation of a particular treaty and that it is impossible to give an answer *a priori*. There is little judicial practice directly applicable to this matter.

* * *

In this connection reference may also be made to the preparatory work of the Convention of 1902. The study of that preparatory work shows that there was opposition—effective opposition—to incorporating in the Hague Conventions any general clause permitting reliance on *ordre public* (though no discussion on the subject took place with regard to the Convention on Guardianship). Does that mean that there was an intention to exclude altogether recourse to *ordre public* unless in cases expressly authorized? It may be doubted whether that was so. The authors of the Conventions wished to avoid the complications of a general and express authorization, of a general blank cheque, with regard to a notion so elastic and so comprehensive as *ordre public*. It is natural that they did not wish to inject into the Conventions, in express terms, a potential source of controversy or abuse. But does that mean that, by mere silence, the authors of the Conventions excluded indirectly from the operation of the Convention a firmly-established principle of private

ce genre, en énumérant de façon limitative les raisons pour lesquelles la *lex fori* pouvait ignorer les empêchements au mariage reconnus par la loi étrangère. (Il est pourtant significatif qu'en dépit de la Convention, presque toutes les parties ont refusé de reconnaître, avant la deuxième guerre mondiale, les empêchements institués par les lois allemandes de Nuremberg. Bien que les tribunaux néerlandais aient appliqué la Convention à cet égard, ils ont souvent trouvé des moyens détournés pour faire échec aux lois de Nuremberg en question.)

Néanmoins, en dehors d'une prohibition expresse ou clairement implicite, le principe correct semble être que la Convention n'exclut pas le recours à l'ordre public. Il ne faut rien moins qu'une prohibition expresse pour interdire d'invoquer un principe de droit international privé fermement établi. Telle me paraît être l'opinion presque unanime des auteurs. Parmi eux, on compte des autorités de l'envergure des professeurs Batiffol et Niboyet. Telle est également l'opinion formelle d'un auteur qui a examiné avec un soin particulier les questions de droit international privé en matière de traité (Plaisant, *Les règles de conflit de lois dans les traités*, 1946, pp. 91-94). Le professeur Lewald, un auteur modéré et de grande autorité, à l'opinion de qui j'attache du prix, ne fait pas nettement exception à cette quasi-unanimité. En 1928, écrivant dans la *Revue de droit international privé* (pp. 164 et suiv.), il a, non sans de très graves hésitations, déclaré qu'*a priori*, si le traité est muet sur la question de l'ordre public, ce dernier ne peut être invoqué. En 1930, écrivant pour le *Répertoire de droit international* (vol. 7, p. 308), il a exprimé un avis différent, à savoir qu'en pareils cas, la réponse à la question dépend de l'interprétation du traité envisagé et qu'il est impossible de répondre *a priori*. Il existe peu de jurisprudence directement applicable à la matière.

* * *

A ce propos, on peut également se référer aux travaux préparatoires de la Convention de 1902. L'étude des travaux préparatoires s'y rapportant montre l'existence d'une opposition, et d'une opposition efficace, à l'incorporation dans la Convention de La Haye de toute clause générale permettant d'invoquer l'ordre public (bien qu'aucune discussion sur la question n'ait eu lieu à propos de la Convention sur la tutelle). Cela veut-il dire qu'on a eu l'intention d'exclure entièrement le recours à l'ordre public, sauf dans les cas expressément autorisés? On peut en douter. Les auteurs des Conventions ont voulu éviter les complications d'une autorisation générale et expresse, d'un blanc-seing général en faveur d'une notion aussi élastique et étendue que l'ordre public. Il est naturel qu'ils n'aient pas voulu introduire dans les conventions, en termes exprès, une source possible de controverses ou d'abus. Mais cela signifie-t-il que, par leur seul silence, les auteurs de la Convention ont exclu indirectement du jeu de la Convention l'un des principes du droit

international law? That is not probable. It is doubtful whether Governments would have signed and ratified these Conventions if they had expressly denied the right to invoke, in any circumstances, their *ordre public* as a reason for excluding foreign law.

* * *

There is one factor of importance which is directly relevant to the question whether *ordre public* can be invoked by the Parties in the present case in relation to the Convention of 1902. That factor is that in this respect the Court is confronted with a substantial measure of agreement between the Parties. The Dutch Government has repeatedly, although in a highly qualified manner, given an affirmative answer to that question—subject to the obligation of the parties to the Convention to proceed with particular caution, with special restraint and with exacting meticulousness in limiting the operation of the treaty by reference to *ordre public*. That attitude was maintained in Conclusion II of the Netherlands, in which the denial of the right to invoke *ordre public* is qualified by the word “generally” and, even more so, in Conclusion III, A and B, which asserts the power of the Court to determine whether the conditions of *ordre public* have been complied with, having regard to the character of the case and the provisions of the Swedish Law on Protective Upbringing—a conclusion which can be understood only on the assumption that there was no intention to deny, in principle, the right to invoke *ordre public*. This—the agreement of the parties on a matter of basic principle—is a significant legal aspect of the situation; it makes it difficult to maintain that public order cannot be invoked unless specifically provided for in the Convention.

Admittedly, the Dutch Government denies that in the *present case* there is room for resort to *ordre public*. It does so for two reasons: The first is that the obligation of caution and restraint binds the Parties not to invoke it unless there is a requisite element of close territorial connection, and that there is no such connection in the present case. It is difficult to follow that contention. It is not easy to imagine a closer connection between the minor in question and the country which relies on *ordre public*. Elisabeth Boll was born in Sweden; so far as is known, she speaks Swedish only; she has resided permanently in Sweden since her birth. I do not find convincing the argument that, according to Dutch law, Elisabeth Boll shares the legal Dutch domicile of her Dutch guardian or that, if she is not domiciled in Holland, it is only because the Swedish measure of protective upbringing, said to be in violation of the Convention, prevents her from being brought to Holland. The question of domicile, which is a question of fact and intention, is not properly answered by arguments of this nature.

international les plus fermement établis? Cela n'est pas probable. Il est douteux que les Gouvernements eussent signé et ratifié ces Conventions si elles avaient expressément refusé le droit d'invoquer, en toutes circonstances, leur ordre public comme motif d'exclure la loi étrangère.

* * *

Il est un facteur important, qui se rapporte directement à la question de savoir si les Parties en cause peuvent invoquer l'ordre public à propos de la Convention de 1902. Ce facteur est que, sur ce point, la Cour se trouve en face d'un accord assez complet entre les Parties. Le Gouvernement néerlandais, à plusieurs reprises, et bien qu'avec d'importantes restrictions, a répondu affirmativement à cette question — sous réserve de l'obligation pour les Parties à la Convention de procéder, quand elles limitent l'application du traité par l'exception d'ordre public, avec une prudence, une réserve particulières et avec un soin méticuleux. Cette attitude a été maintenue dans la conclusion II des Pays-Bas où la dénégation du droit d'invoquer l'ordre public est limitée par les mots « d'une manière générale » et, plus encore, dans la conclusion III, A et B, qui affirme le pouvoir de la Cour d'apprécier si les conditions de l'ordre public ont été respectées, eu égard au caractère de l'espèce et aux dispositions de la loi suédoise sur l'éducation protectrice — conclusion qui ne peut se comprendre qu'en admettant qu'il n'y avait pas d'intention de refuser en principe le droit d'invoquer l'ordre public. Cet accord des Parties sur une question de principe fondamentale constitue un aspect juridique significatif de la situation; il rend difficile de soutenir qu'on ne peut invoquer l'ordre public, à moins qu'il n'ait été expressément prévu dans la Convention.

Sans doute, le Gouvernement néerlandais conteste que, dans la *présente affaire*, il y ait possibilité de recourir à l'ordre public. Il le fait pour deux raisons: La première est que la prudence et la réserve nécessaires obligent les Parties à n'invoquer l'ordre public que s'il existe l'élément requis de rattachement territorial étroit, et que ce lien n'existe pas dans le cas actuel. Il est difficile de suivre cette thèse. On peut difficilement imaginer un rapport plus étroit entre le mineur en question et le pays qui invoque l'ordre public. Elisabeth Boll est née en Suède; pour autant qu'on le sache, elle ne parle que le suédois; depuis sa naissance, elle a constamment résidé en Suède. Je ne trouve pas que l'argument d'après lequel Elisabeth Boll, aux yeux du droit néerlandais, partage le domicile légal néerlandais de sa tutrice néerlandaise soit convaincant, ni que, si elle n'est pas domiciliée aux Pays-Bas, c'est uniquement parce que l'éducation protectrice suédoise, prétendument contraire à la Convention, l'empêche d'être amenée aux Pays-Bas. La question de domicile, qui est une question de fait et d'intention, ne saurait être légitimement résolue par des arguments de ce genre.

Neither is it easy to follow the second reason advanced by the Dutch Government in the sense that the necessary territorial connection is lacking, seeing that this is a "transfer case", namely, that if only the transfer of the child to Holland were made possible, in accordance with the Convention, then there would be no question of anything happening on Swedish territory which is contrary to Swedish *ordre public*. There is no more force in this argument than in the suggestion that a State has no reason to refuse to hand over a political refugee to prosecution and persecution in a foreign country considering that such prosecution and persecution will take place in foreign territory. Yet it is apparent that in cases such as these the very fact of intended transfer is decisive for the purpose of relying upon *ordre public* seeing that the transfer is deemed contrary to the fundamental notions of public law of that State and that it may be productive of a revulsion of public opinion as being flagrantly offensive to national conceptions of decency. Public opinion is not easily reconciled to the view that the moral and social responsibility of the State has been discharged by the simple device of removing to a foreign country the object of possible persecution and suffering. This would be too easy a means of salving the conscience. When, therefore, it is argued that a "removal case" is not sufficiently connected with the country of the forum to warrant the application of *ordre public*, the correct answer is probably that there are very few occasions in which the connection is more obvious.

These, then, are the two main grounds—the two only grounds—which the Netherlands have adduced against the application of *ordre public* in this case: the absence of connection and the character of a "removal case". Neither of these grounds seems to be acceptable. If they are not acceptable, then there are no grounds which, on the Dutch submission, prevent reliance upon *ordre public*.

* * *

There must now be considered the question of the extent to which the Court is called upon to examine the issue of the propriety of the appeal to and of the manner of application of *ordre public* in the present case. It is upon the answer to a question of this kind that there must, to a substantial degree, depend the position of *ordre public* in the development of this branch of the law.

Both Parties are in agreement that the Court is competent to decide whether the Swedish Law on Protective Upbringing comes within the sphere of *ordre public* and whether it has been properly invoked for that purpose. In particular, the Government of Sweden does not deny that the Court is competent to determine whether in principle the Swedish Law on Protective Upbringing belongs to the category of *ordre public*. In its Conclusions it asked the Court to

Il est également difficile d'admettre la deuxième raison invoquée par le Gouvernement néerlandais d'après laquelle le rattachement territorial nécessaire fait défaut, attendu qu'il s'agit d'une « affaire de transfert », à savoir que si le transfert de l'enfant aux Pays-Bas était seulement possible, conformément à la Convention, rien ne pourrait plus se produire en territoire suédois qui soit contraire à l'ordre public suédois. Cet argument n'a pas plus de valeur que celui qui prétendrait qu'un État n'a pas de motif de refuser de livrer un réfugié politique aux poursuites et à la persécution d'un pays étranger en considération du fait que ces poursuites et cette persécution se produiront sur un territoire étranger. Et pourtant, il est évident qu'en pareils cas le fait même du transfert envisagé est décisif au point de vue du recours à l'ordre public, attendu que le transfert est considéré contraire aux conceptions fondamentales du droit public de cet État, et qu'il risque de produire une révolte de l'opinion publique, comme étant en contradiction flagrante avec les idées nationales sur le respect humain. Il n'est pas facile de faire admettre à l'opinion publique l'idée que la responsabilité morale et sociale de l'État est dégagée par le simple artifice du déplacement dans un pays étranger de l'objet de persécutions et de souffrances éventuelles. Ce serait un moyen trop facile d'apaiser les consciences. Par conséquent, lorsqu'on soutient qu'une « affaire de transfert » n'est pas suffisamment rattachée au pays du for pour justifier l'application de l'ordre public, la vraie réponse est probablement qu'il est peu d'exemples où le rattachement soit plus évident.

Tels sont donc les deux motifs principaux — les deux seuls motifs — que les Pays-Bas aient invoqués contre l'application de l'ordre public en cette affaire: l'absence de rattachement et le caractère d'une « affaire de transfert ». Aucun de ces motifs ne paraît acceptable. S'ils ne sont pas acceptables, alors il n'existe pas de motif qui, d'après les conclusions néerlandaises, empêche d'invoquer l'ordre public.

* * *

Il faut envisager maintenant la question de la mesure dans laquelle la Cour est invitée à examiner la question de la légitimité du recours à l'ordre public et de la manière dont il a été appliqué dans la présente affaire. C'est de la réponse à une question de ce genre que doit dépendre, dans une large mesure, la position de l'ordre public dans le développement de cette branche du droit.

Les deux Parties reconnaissent que la Cour a compétence pour déterminer si la loi suédoise sur l'éducation protectrice rentre dans le domaine de l'ordre public et si on l'a invoqué légitimement à cette fin. En particulier, le Gouvernement suédois ne conteste pas que la Cour soit compétente pour déterminer si, en principe, la loi suédoise sur l'éducation protectrice relève de la catégorie de l'ordre public. Dans ses conclusions, il a prié la Cour de dire que la Convention

hold that the Convention of 1902 does not affect the right of the Parties to impose upon foreign guardians the restrictions called for by their public order. The agreement of the Parties on this question removes to a large extent the ground from the criticism directed at reliance on public order by reference to its disintegrating effect as opening wide the floodgates of wholesale nullification of this and similar Conventions by the simple means of asserting unilaterally that a particular law under which the measure was taken is in the domain of *ordre public*. For both Parties agree that it is for the Court, and not for them, to decide that issue.

At the same time, the Parties are not in agreement on the question whether the Court is entitled to examine the grounds on which, by reference to the Law on Protective Upbringing, the Swedish authorities decided to decree and to maintain the measure which they had taken. Sweden denied such competence in her Conclusions and in the course of the written and oral proceedings. On the other hand, the Government of the Netherlands repeatedly asserted the competence of the Court in that respect. This it did both in the Conclusions and by way of a formal intervention in the course of the oral proceedings. The Agent for the Netherlands insisted that the Court was competent to examine "every fact, every circumstance, every motive" pertaining to the application of the Swedish law and that this being a case of a treaty obligation no reliance on a charge of denial of justice was necessary for that purpose.

I accept the Dutch Conclusion III A, according to which the Court is competent to appreciate, in the light of the relevant facts and circumstances, whether the conditions of *ordre public* have been complied with. The Court is competent to decide not only whether the Law on Protective Upbringing falls within the notion of *ordre public*, but also whether it has been applied reasonably and so as not to defeat the true objects of the Convention. I am unable to accept the Swedish view that the Court, not being a court of appeal, is not entitled to examine that aspect of the question. Suppose the Swedish authorities had decided to apply the Law of Protective Upbringing to a child of Dutch nationality, born in Holland and speaking Dutch only, and who had been resident in Sweden only for one month. Would this Court be precluded from taking these facts into consideration? Recourse to *ordre public*, especially if not expressly authorized by the Convention, is in the nature of an exception. It is a permissible exception. But it is an exception which must be justified with some particularity. If a State takes action which, on the face of it, departs from the language of the Convention, then it cannot confine itself to proving generally that the Law under which it acted falls within the permissible exception; it must show that that exception was applied reasonably and in good faith.

de 1902 n'affecte pas le droit des Parties d'imposer aux pouvoirs des tuteurs étrangers les limitations réclamées par leur ordre public. L'accord des Parties sur cette question enlève, dans une large mesure, toute base au reproche qu'on a fait au recours à l'ordre public, en raison de son effet désintégrant, parce qu'il ouvre largement la voie à l'annulation totale de cette Convention et d'autres semblables par le simple procédé consistant à déclarer unilatéralement qu'une loi donnée, en vertu de laquelle la mesure a été prise, relève du domaine de l'ordre public. En effet, les deux Parties reconnaissent que c'est à la Cour, et non pas à elles, qu'il appartient de trancher ce point.

En même temps, les Parties sont en désaccord sur le point de savoir si la Cour est fondée à examiner les motifs en vertu desquels les autorités suédoises ont, se référant à la loi sur l'éducation protectrice, décidé d'instituer et de maintenir la mesure qu'elles ont prise. La Suède lui a contesté cette compétence dans ses conclusions et dans ses écritures et ses plaidoiries. D'autre part, le Gouvernement des Pays-Bas a répété que la Cour était compétente à cet égard. C'est ce qu'il a fait à la fois dans ses conclusions et dans une intervention formelle au cours de la procédure orale. L'agent des Pays-Bas a insisté sur la compétence de la Cour pour examiner « chaque fait, chaque circonstance, chaque motif » touchant à l'application de la loi suédoise et pour dire que, s'agissant d'une affaire touchant à une obligation résultant d'un traité, il n'était pas nécessaire d'invoquer à cette fin une accusation de déni de justice.

J'accepte la conclusion néerlandaise III A, d'après laquelle la Cour est compétente pour apprécier, à la lumière des circonstances et des faits pertinents, si les conditions de l'ordre public ont été respectées. La Cour est compétente pour dire non seulement si la loi sur l'éducation protectrice relève de la notion d'ordre public, mais encore si cette loi a été appliquée d'une manière raisonnable et non contraire aux véritables objectifs de la Convention. Je ne saurais accepter la thèse suédoise d'après laquelle, n'étant pas une Cour d'appel, elle n'a pas qualité pour examiner cet aspect de la question. Supposons que les autorités suédoises aient décidé d'appliquer la loi sur l'éducation protectrice à un enfant de nationalité néerlandaise, né en Hollande, ne parlant que le néerlandais et n'ayant résidé qu'un mois en Suède. Serait-il interdit à la Cour de prendre ces faits en considération? Le recours à l'ordre public, surtout s'il n'est pas expressément autorisé par la Convention, présente le caractère d'une exception. C'est une exception permise. Mais c'est une exception qui doit être justifiée avec quelque détail. Si un État prend une mesure qui s'écarte, à première vue, des termes de la Convention, il ne saurait alors se borner à prouver d'une manière générale que la loi en vertu de laquelle il a agi relève de l'exception permise: il doit prouver que cette exception a été appliquée d'une manière raisonnable et de bonne foi.

When there is no treaty binding upon a State, it has very considerable—although not unlimited—discretion in applying its system of private international law in relation to *ordre public*. But when that State is bound by a treaty in relation to a particular subject-matter, it can invoke public order only if, in case its action is challenged, it is prepared to submit the legality of its action to impartial decision. It is that jurisdiction which removes the notion of and recourse to *ordre public* from the orbit of uncertainty, pure discretion and arbitrariness and which endows the treaty with the character of an effective legal obligation. It is that subjection to judicial or arbitral determination, as the very condition of legitimate reliance on *ordre public* in cases not expressly provided by the treaty, which saves *ordre public* in such cases from the reproach of being a cover for a unilateral repudiation of the treaty and which gives it the character of an attempt to secure a just and reasonable interpretation of treaty obligations. The present case provided an opportunity for asserting and giving effect to that principle. The task of such factual examination may be difficult, and, occasionally, invidious. Nevertheless, it constitutes a proper exercise of the judicial function in relation to a dispute which is one both as to the law and fact in the meaning of Article 36 of the Statute of the Court.

In the present case the Parties have not laid before the Court the facts which would enable it to decide with any assurance on this aspect of the question. The Government of Sweden did not act upon the offer, formally made by it in the final Submissions in the Counter-Memorial and repeated during the oral proceedings, to lay before the Court the relevant documents. It is true that it was open to the Court, at any stage of the proceedings, to ask for their production. In particular, Article 49 of the Statute provides that “the Court may, even before the hearing begins, call upon the agents to produce any document or to supply any explanation”. However, it is not necessary in this connection to consider the problem of the function of the Court, under that and other Articles of the Statute and the Rules, as an agency called upon to clarify and substantiate the basis of its decisions by active initiative in the elucidation of the relevant factors both before and during the oral proceedings. For there was no reason why the Government of Sweden should not have supplied the necessary information of its own accord, in the event that the Court should find that it could properly examine it. A State invoking an exception cannot be too forthcoming in producing evidence in justification of it. It ought not to limit itself to vague—and, from the point of view of ordinary rules of evidence, probably inadmissible—allusions as to the possible contents of the evidence which, by its own decision, it has failed to produce. At the same time, in the exercise of its jurisdiction of review, a legal tribunal must attach importance to the appreciation of the facts by local authorities—of the authorities of the State

Lorsqu'un État n'est pas tenu par un traité, il possède un pouvoir discrétionnaire considérable — bien que non illimité — dans l'application de son système de droit international privé à propos de l'ordre public. Mais quand cet État est lié par un traité sur un sujet particulier, il ne peut invoquer l'ordre public que s'il est prêt à soumettre à une décision impartiale la légalité des mesures qu'il a prises et qui sont contestées. C'est cette juridiction qui fait échapper la notion d'ordre public et le recours à l'ordre public au domaine de l'incertitude, de la discrétion pure et simple et de l'arbitraire et qui confère au traité le caractère d'une obligation légale positive. C'est cette soumission à la décision arbitraire ou judiciaire, comme condition même du recours légitime à l'ordre public dans les cas qui n'ont pas été expressément prévus au traité, qui en pareil cas exonère l'ordre public du reproche d'être un travesti de la répudiation unilatérale du traité et qui lui donne le caractère d'un effort d'assurer l'interprétation juste et raisonnable des obligations conventionnelles. Le cas actuel a fourni l'occasion d'affirmer ce principe et de lui donner effet. Un tel examen des faits peut être une tâche difficile et, à l'occasion, déplaisante. Néanmoins, elle constitue l'exercice légitime des fonctions judiciaires à propos d'un différend de droit et de fait au sens de l'article 36 du Statut de la Cour.

Dans le cas actuel, les Parties n'ont pas soumis à la Cour les faits pouvant lui permettre de statuer avec certitude sur cet aspect de la question. Le Gouvernement suédois n'a pas donné suite à l'offre, qu'il avait formellement énoncée dans les conclusions finales du contre-mémoire et qu'il a répétée pendant la procédure orale, de soumettre à la Cour les documents pertinents. Il est vrai qu'il était loisible à la Cour, à n'importe quel stade de la procédure, de réclamer cette production. En particulier, l'article 49 du Statut dispose que « la Cour peut, même avant tout débat, demander aux agents de produire tout document et de fournir toutes explications ». Mais il n'est pas nécessaire à ce propos d'examiner les problèmes de la fonction qui est dévolue à la Cour aux termes de cet article et d'autres articles du Statut et du Règlement, en tant qu'instance appelée à éclairer et à justifier le fondement de ses décisions en prenant activement l'initiative d'élucider les facteurs pertinents, avant et pendant la procédure orale, car il n'y avait aucune raison pour que le Gouvernement suédois ne présentât point cette documentation de son propre gré, pour le cas où la Cour aurait jugé qu'elle pouvait légitimement l'examiner. L'État qui invoque une exception ne saurait se montrer trop diligent à produire les preuves à l'appui. Il ne doit pas se borner à des allusions vagues — et probablement inadmissibles, du point de vue des règles ordinaires de procédure —, au contenu éventuel des preuves qu'il s'est, de son propre gré, abstenu de produire. En même temps, dans l'exercice de son pouvoir d'examen, une instance judiciaire doit attacher de l'importance à l'appréciation des faits par les autorités locales — c'est-

where the child was born and is domiciled. Their decision must not be lightly disturbed. This is so in particular if the applicant Government, while inviting the Court to decide upon the factual aspects of the issue and the motives underlying the decision of the local authorities, has failed to bring to its notice any facts suggesting that the discretion of the Swedish authorities has not been exercised properly and in good faith. In all the circumstances, on such evidence as there is, I am bound to assume that the action of the Swedish authorities was not such as to constitute a misapplication of the Law on Protective Upbringing on which they were clearly entitled to rely as part of their *ordre public*.

* * *

The above considerations explain why, subject to differences of approach and reasoning, I concur in the operative part of the Judgment rejecting the demand of the Government of the Netherlands.

(Signed) Hersch LAUTERPACHT.

à-dire par les autorités de l'État où l'enfant est née et où elle a son domicile. Leur décision ne doit pas être infirmée à la légère. Il en est ainsi en particulier si le Gouvernement demandeur, tout en invitant la Cour à se prononcer sur les circonstances de fait de l'affaire et sur les motifs à la base de la décision des autorités locales, s'est abstenu de porter à sa connaissance aucun fait de nature à suggérer que le pouvoir discrétionnaire des autorités suédoises n'a pas été exercé légitimement et de bonne foi. Dans ces conditions, sur la base des preuves dont nous disposons, je suis forcé d'admettre que les mesures prises par les autorités suédoises n'étaient pas de nature à constituer une application erronée de la loi sur l'éducation protectrice, qu'elles ont clairement le droit d'invoquer comme partie de leur ordre public.

* * *

Les conclusions qui précèdent expliquent les raisons pour lesquelles, sous réserve de différences dans la manière d'aborder la question et le raisonnement, je suis d'accord avec le dispositif de l'arrêt qui rejette la demande du Gouvernement des Pays-Bas.

(Signé) Hersch LAUTERPACHT.