

SEPARATE OPINION OF SIR PERCY SPENDER

Whilst concurring in the decision of the Court I deem it appropriate to deal individually with and to make certain additional observations upon certain aspects of this case.

I propose to confine my remarks firstly to the interpretation of the Convention in relation to the facts of this particular case, and secondly to the submissions by the Government of the Kingdom of Sweden on *Ordre public* (Public Policy).

Is "Protective Upbringing" in conformity with the obligations binding upon Sweden vis-à-vis the Netherlands by virtue of the Convention of 1902?

The task with which the Court is confronted may I think be expressed thus:

(a) Is the Swedish Child Welfare Law 1924 as amended or any provision thereof inconsistent or incompatible with the Convention?

(b) Are the measures of protective upbringing taken and maintained in respect of the child under the provisions of such law inconsistent or incompatible with the Convention?

These questions will be determined primarily by the proper construction to be given to the Convention. It is also necessary to consider the terms of the Swedish law under which the measures sought to be impugned by the Netherlands were taken and to do this in the light of the interpretation to be accorded the Convention.

The aim in the interpretation of the Convention must be to determine whether the particular case with which we are called upon to deal, is or is not within its ambit. Our task does not require us to go further.

The Convention, expressed as it is in general terms, must in my opinion be interpreted and understood according to its subject-matter. The occasion for the Convention, its purpose, the object sought to be obtained are important considerations. Its subject-matter determined in the light of these considerations will mark out its scope and operation.

What was the situation before the Convention? What were the defects in that situation with which it sought to deal? In what manner was it sought to remedy these defects and for what reasons? These are all pertinent enquiries in the task of interpretation. The answers do not admit of much dispute.

The Convention was one of a number entered into about the same time dealing with *conflict of laws*. It dealt with problems there-

OPINION INDIVIDUELLE DE SIR PERCY SPENDER

[Traduction]

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

tofore existing when such conflict occurred in relation to the administration of the guardianship of minors, as between the different States. It sought to formulate rules which would resolve difficulties inherent in this state of affairs and to achieve agreement as between the contracting States as to the proper law which should be applied in order to do this. The task of the drafters was directed to a problem of *conflict of laws* in relation to *guardianship* and its administration. This and this alone was the nature of their task.

The Convention accordingly sought to lay down rules and to impose obligations upon the contracting States to achieve this end. Its aim was to bring to an end the state of affairs where the law to be applied to the administration of the property and to the custody and control of an infant was the subject of competing and conflicting laws between such States. Its provisions were designed to assimilate within the respective national legal systems of the contracting States certain provisions, in conformity with one another, where a conflict of laws in relation to the administration of guardianship occurred.

Where previously this conflict of laws was left to operate according to the separate laws of each State, the aim of the Convention was to introduce certain uniform legal rules and provisions and to substitute in cases of conflict of laws thereafter arising these rules and provisions on the administration of guardianship for the national laws of each State thereon.

In the light of these observations, it is at once obvious that the purpose of the Convention was to resolve a conflict of laws existing at the time of, or which might arise during, its currency between one contracting State and another, in respect of the law to govern guardianship and its administration where a child, the national of one country, was habitually resident in the country of another contracting State, and that in order to accomplish this purpose, it provided, subject to the provisions elsewhere appearing therein, that the proper law to govern the guardianship should be the national law of the infant.

It contemplated the contingency of a conflict between the laws of two States—on the subject-matter of guardianship in each State. It was not directed to the laws of States generally. It was confined and limited to a conflict of the laws on guardianship and its administration. It was concerned with that subject-matter and with none other.

Is *any* limitation or restriction on the guardian's right to custody and control resulting from the operation of a law of a contracting State where the child is habitually resident, which is not a law of or on or dealing with guardianship incompatible or inconsistent with the Convention?

The answer must turn upon the scope and operation of the Convention and this in turn depends upon its subject-matter.

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

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

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

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

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

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

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

The characterization or subject-matter of the Convention must be determined by looking at it as a whole. The fundamental questions are: what is its essential character; to what subject-matter in substance does it relate? The answers are not to be found in any abstract formulation of a general test or criterion but by the considerations to which I have already referred.

Its essential character is in my opinion clear enough. It is that of guardianship: its administration, and conflict of laws in respect of guardianship and its administration. That is its subject-matter. And that in my view marks out its scope and operation. The Convention must be construed accordingly. So construed it does not confer upon the guardian any such immunity. His exercise of the right to custody and control may be restricted even in a major degree by the effects of other laws dealing with entirely different subject-matters, without any conflict of laws within the contemplation of the Convention arising.

But are the provisions of the Swedish Child Welfare Law of 1924 as amended, by virtue of which the protective upbringing was brought into being, laws on the subject-matter of guardianship?

A law may produce an effect in relation to a subject-matter without being a law on that subject-matter. The substance of the relevant law is to be determined by what it does—not by the effects in relation to other matters of what the law does.

The Swedish Child Welfare Law forms a composite whole. Its provisions are interrelated. Its subject-matter is child welfare and delinquency in the content of the social problem they create, and the protection and welfare of society in relation thereto.

Child welfare and delinquency recognized increasingly as a vital social problem is of concern to the State not only in the interest of children but primarily in the interest of the community, so that young people may become useful members of society and not a burden upon it. In my opinion, the main purposes of the Swedish law, which gives direction to our enquiry, are:

(a) the prevention of the creation and the continuance of corrupting homes, and the prevention and reformation of child delinquency, and

(b) the protection of society against the consequences of the bad upbringing of the young.

Whatever is the subject-matter of the Swedish law, it is *not* a law of or in relation to “guardianship”. I would hardly think any nation that has comparable legislation would itself ever think so.

It cannot be disputed that the Swedish law does in certain circumstances produce *effects* which bear on guardianship. In the

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

present case Sweden does not deny that these effects are such as to interfere in a major degree with the guardian's exercise of the right of custody and control. That, however, does not, in my opinion, make it a law on or in relation to or in respect to or of guardianship. Its essential character is *not* determined by the *effects* of the law operating on particular facts and circumstances; or by the acts which may properly be done pursuant to it and their bearing or effect on a guardian's right to custody and control. No conflict of laws with which the Convention is concerned accordingly arises in principle between the Netherlands law on guardianship and those of the Swedish law on child welfare. They relate to different subject-matters. Their scope and operation are separate and distinct. The Convention was concerned with and its scope and operation was limited to conflicts of laws arising in relation to the one subject-matter, namely guardianship. In principle the Swedish law is outside the domain of the Convention.

But this does not complete our enquiry. A State, party to the Convention, may not, *whatever* the subject-matter of the law under which it acts, do anything which contravenes the provisions of the Convention.

Is then the protective upbringing established in this case a rival guardianship?

Is its maintenance inconsistent with the Convention or any specific provision thereof?

As to the first question, the answer must in my view be "no" and for the reasons given in the opinion of the Court.

And if this be so, the answer to the second question must depend upon some specific provision of the Convention, for apart therefrom, for reasons already advanced, no incompatibility between the measure of protective upbringing and the Convention could be said to exist.

Is there then any specific provision of the Convention with which the protective upbringing may be said to be inconsistent? The only specific provision which I think needs to be adverted to is Article 7.

Does this Article mean that all other measures which may be said to protect the person of the infant are precluded irrespective of the subject-matter or context of the law under which or the circumstances in which those measures are taken? In particular does it on its proper construction preclude the measure of protective upbringing?

I think not. The Article certainly in terms does not so provide. It is in my opinion solely directed to the protection of the person of the child in the contingencies stated therein. It must be read within the scope and operation of the Convention of which it is part. On its proper construction it was never intended to preclude other measures such as protective upbringing which have no relation whatever to guardianship.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Article 22 (a) of the Swedish law taken together with the associated articles thereof must be read also within the scope and operation of that law of which it is an integral part. They cannot be lifted out of their context. These provisions of the Swedish law and Article 7 of the Convention operate in different fields altogether. Neither the relevant provisions of the Swedish law nor the protective upbringing established thereunder have anything to do with guardianship as such or with its administration; they lie wholly outside the provisions of Article 7 of the Convention. There is no inconsistency or incompatibility.

One further observation needs to be made.

If in a particular case it could be shown that a law comparable to the relevant provisions of the Swedish law had been used by a contracting State not *bona fide* to carry out that law but for a purpose *aliunde*, for example to interfere with and restrict a guardian in the exercise of his right of custody and control as such, other and quite different considerations would arise. But that is not the instant case. The Netherlands has very properly conceded that Sweden acted in complete good faith under the provisions of its law. Nor does any question of denial of justice arise. The challenge of the Netherlands has been exclusively directed to whether the measure of protective custody is itself in conformity with the Convention.

In my opinion the Netherlands has failed to make out any case that Sweden has not observed the provisions of the Convention.

Ordre public (Public Policy)

The principal issue to which the Parties to this case directed their attention was whether the Convention should be interpreted as containing an implied reservation authorizing on the ground of *ordre public* or public policy the overruling of the application of the foreign law recognized as normally the proper law to govern the guardian's right to custody and control of the infant. Whilst the opinion of the Court does not pronounce in any way upon this, nor is it necessary to do so, I think it proper, having regard to the manner in which each Party has conducted its case and the importance attached to the issue, that I should express my views on it. For I would not wish any silence on my part to admit of any reason for thinking that the case for Sweden might have successfully rested upon the submissions made by it under this heading.

The Swedish Government contended that *ordre public* or "public policy" is reserved from the Convention, that the Swedish Child Welfare Law, 1924, as amended, is a law of *ordre public*, that accordingly the "protective upbringing" established by the Swedish authorities is not a breach of the Convention of 1902.

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

Il convient de faire une remarque supplémentaire.

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

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

Ordre public

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

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

Consideration of this branch of the argument raises questions which may be of not inconsiderable importance. Whilst we are concerned with a Convention which relates to a conflict of laws within what may be referred to as the field of private law, none the less it is in every sense an international convention between sovereign States. Were support given to the Swedish contention that such a reservation should be read into the Convention it could provide a basis for arguments that similar reservations should be read into other and quite dissimilar conventions and treaties.

The maxim *pacta sunt servanda* is of special significance in considering this contention of the Government of Sweden. One should be constantly alert lest anything that might be said—or, indeed, fail to be said—should give any currency to a view that nations, under “public policy”, may fashion their own yardstick to determine their obligations under international treaties or conventions (cf. Greco-Bulgarian Communities, P.C.I.J., Series B, No. 17, p. 32).

Sweden’s submissions as formally presented to the Court at the conclusion of argument were as follows:

“That the rules pertaining to conflict of laws which form the subject-matter of the 1902 Convention on the guardianship of infants do not affect the right of the High Contracting Parties to impose upon the powers of foreign guardians, as indeed of foreign parents, the restrictions called for by their *ordre public* (public policy).

That these rules leave unaffected in particular the competence of the administrative authorities responsible for the public service of the protection of children.

That the measure of protective upbringing taken in respect of Elisabeth Boll cannot accordingly in any way have contravened the 1902 Convention relied upon by the Netherlands.”

The argument to substantiate these submissions was developed as follows. Two premises were sought to be established.

The first was that the application of the personal law of a foreigner must yield before those provisions of the *lex fori* which are within the domain of *ordre public* (public policy), or at least of international *ordre public*.

The second was that the provisions of Swedish law relating to protective upbringing in fact have that character.

It is to be noticed that the first premise advanced by Sweden does not state that it is *every* law of the *lex fori* before which the personal law of the foreigner must yield. It is only such laws as are within the domain of *public policy*, or at least within the domain of international public policy.

Nor is it contended that *every* rule or law of public policy must have priority over the personal law of children nationals of States signatories to the Convention. It is *only* that *part* of *ordre public* (public policy) to which the legislatures clearly attach such impor-

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

tance that, not only do they make it applicable to foreigners upon their territory, but they will not suffer the application of the foreign law. This part of public policy (*ordre public*) is referred to as international *ordre public* or private international *ordre public*.

I refrain from making any examination of these descriptive words, or any determination whether they do or do not involve any definable concept of law, or are merely indicative in a general sense of certain kinds of laws to which others may attach different descriptive labels. It is important however to understand the sense in which these terms are used by Sweden.

This the Swedish argument proceeded to indicate. A judgment of the Belgian Cour de Cassation of 4th May, 1950 (*Pas.* 1950, 1. 624) was quoted as follows:

“A law of domestic *ordre public* is only of private international *ordre public* in so far as it was the intention of the legislature to lay down by means of its provisions a principle which the legislature regards as essential to moral, political or economic order and which, on that ground, must necessarily, in its eyes, exclude the application, in Belgium, of any rule to the contrary or any different rule in the personal law of the foreigner.”

So it was argued that public policy (*ordre public*) is applied to cases where:

- (a) the application of foreign law is prevented—the negative effect;
- (b) the application of territorial law is made compulsory—the positive effect.

Further, it was submitted that territorial measures which are made binding in the public interest, so as to prevail over the foreign law, may in some cases result in complete elimination of the foreign law, and the substitution or enforcement of the *lex fori*; in others the application of the foreign law may be only partially affected.

It is hardly necessary to refer to the many instances where, in accordance with domestic law of a country, the Courts of that country have, apart from obligations imposed by treaty, refused to recognize foreign laws or judgments or rights arising out of foreign laws, on the grounds of *ordre public* or public policy. Each nation does so to the extent to which it deems its fundamental principles of public policy demand.

Public policy in every country is in a constant state of flux. It is always evolving. It is impossible to ascertain any absolute criterion. It cannot be determined within a formula. It is a conception. The varying legal approaches made by the different domestic or municipal courts of different countries in the cases on which they have been called to adjudicate, and the wide differences of views on various and important aspects of public policy (*ordre public*)

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

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

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

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

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

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

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

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

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

expressed by learned authorities are fairly evident. The truth of the matter is whether *ordre public* (public policy) is based upon considerations analogous to Article VI of the French Civil Code, or on broad principles of moral or political or economic order, or on the imperative nature of domestic laws, or on their territorial application to all people within the State whether foreigners or nationals, or on differences or supposed differences between positive and negative laws, or whether they are public or private laws, administrative or non-administrative laws, or *ordre public* as such or international *ordre public* (or private international *ordre public*), etc.; decisions giving effect to public policy within the municipal domain are based either upon the specific terms of legislative law or upon a more or less elastic conception of what public policy demands or permits in relation to the particular case under consideration.

It is difficult to ascertain, if indeed that is possible, any common thread or line of reasoning to bind all the different cases together, or to harmonize them one with another, other than the general conception of public policy as developed in each municipal system from law to law, from case to case, and from time to time. Cases, no doubt, may be said to fall within general principles or into wide and somewhat unspecific categories. It is, for example, within one's knowledge that the domestic courts of the same country may vary in their application of principles of public policy to new and evolving sets of circumstances. Some are reluctant to assert any new head of public policy or to extend existing principles to new sets of circumstances. Others are not so reluctant.

Attempts have been made to discern some definable principle or principles to explain or harmonize the different cases so decided in different countries, and to elevate these principles to the level of rules of international law. For myself, I am bound to say that I do not find them convincing. This is at least understandable. In each country, however or in reliance upon what domestic laws or general principles it may call in aid *ordre public* or public policy, is determining for itself, by its legislation, by its administrative agencies, or through its courts, the extent to which, if at all, it will admit or exclude foreign laws, or foreign rights otherwise applicable. It is, in each case, no doubt for good and sufficient reasons in the view of the State concerned, an assertion of national sovereignty.

It is not, therefore, to be wondered that, in attempts to enunciate some rules of guidance, laws described as of an absolute and imperative character are divided into two categories (Savigny, English translation by Guthrie, p. 78): those "enacted merely for the sake of persons who are the possessors of rights", and those that are

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

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

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

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

not so enacted but rest on moral grounds or on the public interest "where they relate to politics, police or political economy".

We find Brocher describing these two categories as "*Lois d'ordre public interne*" and "*Lois d'ordre public international*", respectively. This distinction is presented for the purpose of indicating that laws within the first category are applicable only where the internal law of the forum applies, whilst the second imperatively demands application even in the sphere of private international law of the country.

Niboyet has other ideas, and so has Bartin and so has Mancini. The many authorities quoted during the course of the argument on both sides at least should satisfy one, if that were necessary, that *ordre public* (public policy) is but a general description of the operation by which nations reject or refuse to accept foreign laws in the pursuance of, or presumed pursuance of, its fundamental principles of "public policy" as understood from time to time (see Dennis Lloyd, *Public Policy: A Comparative Study on English and French Law*, 1953, and cf. *Serbian Loans Case*, P.C.I.J., Series A, Nos. 20/21, p. 46).

But whatever may be the position in any municipal system at any given time, once an international agreement or convention or treaty comes before this Court, then the considerations which, in my opinion, are applicable to the problem, are completely different.

The difficulties in applying public policy (*ordre public*) to treaties and conventions were not underestimated by the Swedish Government. This appears particularly in Sweden's Rejoinder to the Netherlands Reply. The latter had advanced what are, in my opinion, powerful arguments against *ordre public* being invoked against State conventions on conflict of laws. No useful purpose can, I think, be served by referring to the learned authors quoted by each side to support their respective submissions. On the one hand Sweden claims that practically all authors on conflict of laws support their contention that *ordre public* (public policy) can override—or is excepted from—private law conventions, whilst the Netherlands contend the position is the reverse. It seems to me that Sweden felt obliged in its Rejoinder to meet the force of the observations of Wolff (*Das internationale Privatrecht Deutschlands*, p. 70) and Melchior (*Grundlagen*, p. 359), quoted in the Netherlands Reply. These observations are, in my opinion, of such persuasive force that they should be quoted in full:

"Lewald rightly emphasizes the dangers that arise, once *ordre public* is upheld in respect of State conventions. This would enable any State practically to restrict the application of the convention

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

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

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

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

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

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

ad libitum and, in such manner, to divest the convention of practically its entire value." (Wolff, *l. c.*)

"In my opinion it should be held, in case of doubt, that within the realm of State conventions on conflict of law, application of *ordre public* cannot be allowed. Normally the States that are parties to the international conventions will intend to create obligations of an equable and predictable character. If, however, one admits exceptions by virtue of *ordre public*, one must interfere considerably with the State convention, and this in a manner that can hardly be foreseen on contracting, since *ordre public* is less clearly defined than other conflict principles. And if one is to permit the courts to apply *ordre public* within the realm of State conventions, one must necessarily also approve such ulterior laws of a contracting State as undermine the convention in the name of *ordre public*." (Melchior, *l. c.*)

Whilst not retreating from the position it had taken up in its Counter-Memorial, Sweden in its Rejoinder presented its argument somewhat differently and within limits which, no doubt, it thought were less susceptible to attack. Having stated the issue as follows:

"The issue is whether the Swedish Government has been guilty of a breach of the 1902 Convention in applying to a Dutch child its law relating to the protection of children, in spite of the Dutch law relating to guardianship which is recognized as being applicable to that child",

the Swedish case went on to say that the law for the protection of children, being part of the *public* law, is applicable throughout the territory to any foreign child there; that no national or foreign law can stand in the way of its application, and that the 1902 Convention was in no way intended to alter this situation.

Rules of public (or of administrative) law are, it was submitted by it, absolutely mandatory.

It seems unnecessary to argue that if a domestic law has been validly passed which, either expressly or by necessary implication, is made clearly to apply, in terms obligatory upon the judicial and administrative organs of that country, to all persons or things within the territorial limits of a sovereign and independent State, the mandatory nature of the law upon all persons, foreigners or nationals, within the territorial limits of the State must, within its municipal system, be observed by those judicial and administrative organs. Indeed, assuming the constitutionality and validity of the Act within the domestic legal system of the State concerned, it is competent for a State party to any treaty or convention to pass a law binding on its *own* authorities to the effect that, notwithstanding anything in the treaty or convention, certain provisions thereof

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

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

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

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

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

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

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

binding on that State shall not apply, or to legislate in terms clearly inconsistent with, and intending to override, the terms of an existing treaty (cf. *Sanchez v. United States*, U.S. Supreme Court, Reports, Vol. 216, at p. 167). Whether described as mandatory or otherwise, public or otherwise, that law would have full force and effect within the territorial limits of the State in question. But that in no way would be relevant to the question whether that legislation—or an act done pursuant to it—is or is not in breach of or incompatible with obligations binding upon the State by virtue of a treaty or convention.

The argument of the Swedish Government on this aspect, as stated in its Rejoinder and as applied to this case, may be stated thus:

(1) There is a distinction between *public policy* and *public law* as a justification for the application of the *lex fori*.

(2) This is more than a difference in legal approach.

(3) *Public policy* may be relied upon as a ground for excluding foreign law otherwise applicable and for applying the territorial law, *by way of exception*.

(4) On the other hand, the obligatory rules of *public law* are normally and mandatorily applicable to all those resident in the territory, *regardless of any foreign law whatsoever*.

It is to be observed that Sweden's case is that, whereas "public policy" may be invoked by way of exception, the obligatory rules of "public law" apply to all resident in the territory regardless of any foreign law whatever, whether arising under convention or treaty or otherwise; "public law" does not even admit the *principle* of the applicability of the foreign law. But if either "public policy" or "public law" may be invoked in respect of the present Convention, it is, I think, clear—however the argument is presented—that this may only be done on the basis of an implied reservation from or exception to the Convention. In my opinion such a reservation should not be implied in the absence of clear necessity that it must be so implied in order to give effect to the intentions of the parties.

What is the character or definition of a "public law"? Opinions are varied. There is no agreement.

In a wide sense, legislative laws are often conveniently categorized as public or private, the former being of general application, directed to the organization of society and applicable to all within the domain of the State concerned, the latter rather directed to special interests of individuals, etc., as distinct from society as a whole.

But "public law", in the context of the present dispute, needs to be more definitively indicated. The Rejoinder of Sweden left me in

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

some doubt as to whether the concept of "public law" was claimed to be part of, or separate from, that of "public policy". In Sweden's final submissions this is still somewhat unclear. But whether it is one or the other, it is reasonably clear that "public law", as the term is used by Sweden, is a law which by its terms applies to nationals and foreigners alike within the territorial limits of a State, and which is made obligatory upon all persons and upon all instrumentalities called upon to enforce it. It includes rules of constitutional law, of procedure and of administrative law.

"Public law" is described, if not defined, by others sometimes in similar, sometimes in different, senses. To some it is synonymous with a "social law". Others give it the specific role of providing for the political structure of a State and include within it the Constitution of a country, electoral laws, criminal laws and *certain* administrative and fiscal laws. In this context the field occupied by "public law" is different from that occupied by "public policy". The two are seen by some as separate concepts whose domains may touch but never overlap.

Others consider "public law" as a special branch of the law whose boundaries are fairly precise and which may be defined "as the collection of rules—legislative, departmental and Judge-made—which fix, or ought to fix, the relation between the authorities and the different administrative organizations or public authorities as well as with one another as with individuals. It comprises, therefore, constitutional and administrative law." (*Droit public and ordre public*, Transactions of Grotius Society, 1929, Vol. 15, pp. 83 *et seq.*)

"Public law", so described, seems to me not only to overlap but to occupy a substantial part of the area generally considered as within that of "public policy". It presumably would include a public law of the kind indicated by Sweden, but it clearly enough includes very many others. I would think that "public law" in the sense used by Sweden is either part of the concept of "public policy" or, if a separate concept, occupies with it a substantial area of the same field. It is not, however, for the purpose of this case necessary in my opinion to determine this one way or the other. For, in either case, in whatever words the argument is put, what the Court is being asked to do is to read into the Convention a reservation—in other words, to imply a clause or proviso—excepting from the terms and operation of the Convention all laws of "public policy" and/or "public law". On this basis, the arguments presented by Sweden on each stand or fall together, for that on the one is, in my view, indistinguishable in principle from that on the other.

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

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

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

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

If, indeed, "public law" is to be considered as a concept separate and distinct from "public policy" and in no way part of it, the argument for Sweden is, in my judgment, clearly unsound (cf. Polish Nationals in Danzig, P.C.I.J., Series A/B, No. 44, p. 24). For, irrespective of *anything* which might appear in this (or any) Convention dealing with conflicts of laws, it would be permissible and consistent with the Convention for some contracting State to pass a "public law" of the character indicated by Sweden which provided, notwithstanding anything to the contrary contained in any such convention, that certain provisions of the "public law" should take effect. Even suggested safeguards to keep the invocation of the reservation of "public policy" within reasonable or governable limits could hardly find a place where what is done under a reservation, exception or exclusion of "public law" *may* be done "regardless of *any* foreign law whatsoever".

I cannot regard a proposition that could lead to such results as sound (cf. Advisory Opinion concerning the Polish postal service in Danzig, P.C.I.J., Series B, No. 11, pp. 37 and 39).

Moreover, Sweden appears to have disregarded or paid insufficient attention to the fact that measures which might be made the subject of "public" laws in some countries are in others governed by the Civil Code.

I think the issue in this case would have been clearer had less attention been directed to "*ordre public*" (public policy) and "public law", and more to consideration of the subject-matter, purpose and scope and operation of the Convention having regard to the terms in which it was drafted and agreed to.

It is understandable however that the latter received less specific attention than the former since the submissions in favour of a reservation or exclusion of "public policy" or "public law" depend on considerations which lie largely outside the terms of the Convention. Assuming such a reservation or exclusion exists—which it was the aim of the Swedish case to establish—the terms of the Convention in this particular case were, for the purposes of the argument, of secondary importance. On the submissions of Sweden, all that is necessary to be established is that the law under which the disputed action is taken is one of "public policy" or of "public law"; *that*, in the absence of any allegation of denial of justice, concludes the matter, whatever may be the terms of the Convention.

Public policy is principally and primarily a concept of municipal law. When, however, an international obligation is involved upon which this Court is called upon to pronounce, as in the present case, we are in a different field altogether. Treaty and convention obligations, whatever they are, must be faithfully observed. The provisions of municipal law cannot prevail over those of a treaty or

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

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

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

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

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

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

convention (Greco-Bulgarian Communities, P.C.I.J., Series B, No. 17, p. 32).

It should be repeated that what the Court is here being asked to do is to read into, or in legal terms to imply, a reservation—in what precise terms has never been made clear—excepting from the operation of the Convention all laws of contracting States which fall within “public policy” or within “public laws”. The strongest of cases would have to be made out to justify the Court in doing so, for to do so permits States to determine for themselves the extent of their obligations under the Convention. It would permit this to be done even in derogation of what otherwise are obligations the Convention imposes. This could reduce the Convention to a shell. It is difficult to imagine what value the Convention in those circumstances would have, or why, having regard to the problem with which it sought to deal, it was ever entered into.

Before the Court would be justified in implying a clause of reservation, it would need to be quite satisfied that this was essential to be done in order to preserve the intention of the Parties. For otherwise there would be imposed a new and different agreement upon the contracting States.

No evidence was forthcoming that this was the intention. Reliance, however, was placed upon a so-called principle that such a reservation or exclusion must be read into conventions dealing with private law. Put in another way, “public policy” operates retroactively, and even definitively acquired rights cannot be invoked against such a Convention.

It was open to the Parties expressly to stipulate such a reservation. Indeed in Sweden’s case it was urged that a reservation of public policy is expressly stipulated in almost all treaties and those that do not do so are the exceptions. The Parties to the present Convention did not so stipulate. It is not I think for the Court to speculate as to why they did not. The minds of the drafters were clearly directed during the preparatory work to the question whether some clause to that effect should or should not be included. They deliberately refrained from including one. It would in my opinion be going against all rules of construction as I understand them to imply such a reservation now.

It is, I think, proper at this point to offer some general observations on the exercise of having recourse to preparatory work in seeking the proper interpretation to be accorded to treaties and conventions. Recourse to preparatory work of treaties or conventions may, in certain cases, be necessary. But whenever it is permissible it should, I think, be done with caution and restraint. For there is always the danger that, instead of interpreting the relevant treaty or

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

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

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

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

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

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

convention, one will find oneself tending to interpret the preparatory work and then transferring that interpretation across to the treaty or convention which is the sole subject of interpretation.

The case before us presents, in my view, an example of this possibility. Some find nothing in the preparatory work of any real value, one way or the other. Others claim that it clearly supports the view that "public policy" is excepted from the Convention. Others are equally satisfied that the preparatory work just as clearly supports the opposite view. For my part, I would think this somewhat unsafe ground upon which to base any reasoning.

Those who contend that such a reservation should be implied are obliged, I think, to concede that—subject to any review by this Court—it is at the discretion of States, applying within their territorial limits their own ideas of public policy, to determine to what extent it will permit the Convention to operate. It is suggested that a State invoking the reservation is under some kind of duty to show that its public policy has been applied reasonably—whatever this in the present context means—and in good faith. The State should be ready to submit its actions to examination. In cases of dispute it is further urged that the acts of the States are subject to review by this Court provided it has jurisdiction. But what if the Court in any given case has not jurisdiction? Moreover, if we are to determine, as we must, the meaning of the Convention at the time it was entered into—1902—any consideration that in event of dispute this Court would be available as a reviewing tribunal, to mitigate the consequences of, or control the unreasonable use by a contracting State of, the reservation, is irrelevant. And what is to be the test or standard of reasonableness that is to be applied? (Cf. *Serbian Loans*, P.C.I.J., Series A, Nos. 20/21, p. 46.)

Were such a reservation implied it would be a reservation of an indefinable character and there would be little left in any legal sense of any obligations under the Convention. For their content would be variable, quite indefinite, quite unpredictable, depending on the will of different parties. I find it difficult to understand legal obligations so undefined and indefinite.

In my opinion, the submissions of Sweden on these issues are without substance.

The views which I have earlier expressed on the proper interpretation of the Convention reject any reservation, exception or exclusion of "public policy" or "public law".

In this case—and the decision must, of course, be limited to this case in its surrounding facts and circumstances—the *result* at which

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

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

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

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

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

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

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

I arrive is the same as that reached by those who support such a reservation, exception or exclusion.

But the *grounds* on which we reach our conclusion are, in my judgment, not immaterial. They represent not mere methods of approach; they are fundamentally different.

A reservation or exception of "public policy" would, in my judgment, set the Convention at large. What is given by one hand may be taken away by the other. Obligations clearly enough intended thereunder to be imposed upon all contracting States would have no constant—if, indeed, any predictable—meaning. Such obligations could never be defined or ascertainable in terms reciprocally understood and binding on the parties.

The judgment of the Court, however, in which I have concurred, in my view leaves the Convention unimpaired and intact. It preserves within the domain of the administration of guardianship, to which its scope and operation is limited, the full force and integrity of its provisions and of the obligations thereunder undertaken by the Contracting Parties.

(Signed) Percy SPENDER.

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

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

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

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

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

(Signé) Percy SPENDER.