

Tous droits réservés par la
Cour internationale de Justice

All rights reserved by the
International Court of Justice

Le présent volume doit être cité comme suit :

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

This volume should be quoted as :

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

N° de vente : 210
Sales number

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

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

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

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by the Registry.*—Any references to a text which was issued in a provisional edition for the use of the Court have been replaced by references to the pages in the present definitive edition.

COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE

MÉMOIRES, PLAIDOIRIES ET DOCUMENTS

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

ARRÊT DU 28 NOVEMBRE 1958



INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE

PLEADINGS, ORAL ARGUMENTS, DOCUMENTS

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

JUDGMENT OF NOVEMBER 28th, 1958



PRINTED IN THE NETHERLANDS

4. DUPLIQUE SOUMISE PAR LE GOUVERNEMENT DU ROYAUME DE SUÈDE

Dans le contre-mémoire soumis à la Cour par le Gouvernement de Suède, il a été soutenu que le reproche de violation de la Convention de 1902 concernant la tutelle des mineurs devait être considéré comme non fondé:

1° parce que la contestation se rapporte à un droit relevant de la puissance paternelle qui ne tombe pas sous l'application de la Convention de 1902;

2° à raison du caractère d'ordre public ou de droit public de la loi suédoise sur la protection de l'enfance dont il a été fait application à Elisabeth Boll.

L'un et l'autre de ces arguments sont rencontrés dans deux chapitres successifs de la réplique néerlandaise. Le même ordre sera suivi dans la présente duplique.

Nous nous permettrons toutefois de modifier quelque peu le libellé du premier moyen pour tenir compte du fait que l'institution de la puissance paternelle est inconnue de la loi suédoise.

* * *

I. *La contestation se rapporte à un droit de garde non couvert par la Convention de 1902.*

Il semble bien que le Gouvernement néerlandais se soit mépris sur la portée du premier argument. Telle est du moins l'impression que l'on éprouve à la lecture de la réplique. Déjà le titre du premier chapitre:

« Netherlands Guardianship covered by the Convention »
et les sous-titres:

« Arguments against second guardianship »

« Arguments against first guardianship »

paraissent indiquer que le Gouvernement suédois aurait rejeté en bloc la tutelle instituée conformément à la loi néerlandaise. Or, les décisions judiciaires suédoises rapportées aux pages 56, 59 et 63 du contre-mémoire (annexes 6, 8 et 9) établissent que les qualités de tuteur et cotuteur de Madame Postema et Monsieur Idema sont pleinement reconnues en Suède et que depuis l'arrêt de la Cour Suprême du 2 juillet 1955 toute entrave dans l'administration par eux des biens de la mineure pouvant résulter de l'existence d'un curateur suédois a été supprimée.

La première objection formulée par le Gouvernement suédois n'est donc pas que *la tutelle* instituée pour Elisabeth Boll par application de la loi néerlandaise ne se trouverait pas couverte par la

Convention de 1902, mais uniquement que le *droit de garde* confié par application de ladite loi néerlandaise successivement au père de l'enfant et à sa tutrice après « onthefing » du père sort du champ d'application de ladite Convention, encore que suivant la loi néerlandaise ce droit fasse partie de la tutelle.

Il semble bien qu'à l'origine de cette méprise se trouve la confusion résultant de l'emploi du mot « guardianship » qui, comme il a été montré dans le contre-mémoire suédois (par. 26), ne peut être considéré comme équivalant au « förmynderskap » du suédois, ni même au terme « tutelle » de la langue française.

La chose apparaît clairement lorsqu'on examine l'argumentation présentée par le Gouvernement néerlandais pour démontrer que la garde exercée par le père d'Elisabeth Boll avant qu'il en ait été déchargé par le Tribunal de Dordrecht est couverte par la Convention de 1902.

Le Gouvernement néerlandais prétend faire une distinction entre trois institutions:

- a) la puissance paternelle (*parental power*) existant pendant le mariage;
- b) la tutelle paternelle ou maternelle (*parental guardianship*);
- c) la tutelle confiée à une personne autre que le père ou la mère (*non parental guardianship*).

Suivant le Gouvernement néerlandais, seule la première institution sort du cadre de la Convention concernant la tutelle des mineurs. Mais cette opinion nous paraît trop catégorique. La question qui se pose n'est pas de savoir si la tutelle paternelle (visée *sub b*)) entre dans le champ d'application de la Convention, mais si le droit de garde du père tuteur doit être compris comme relevant de sa tutelle. Et c'est encore cette question qui se pose même à l'égard du tuteur autre que le père (cas visé *sub c*)).

Certes, si on s'en réfère à la loi néerlandaise, la réponse affirmative donnée aux questions *b*) et *c*) peut être considérée comme allant de soi. Selon cette loi, en effet, la puissance paternelle prend fin avec la dissolution du mariage, en sorte qu'au décès de la mère d'Elisabeth, c'est en qualité de tuteur que M. Johannes Boll exerçait la garde de sa fille. D'autre part, toute tutelle comprenant nécessairement le droit de garde, celui-ci relèverait toujours de la Convention.

Mais on constatera que la loi suédoise est en sens diamétralement opposé. En effet, le législateur suédois, qui ignore l'institution de la puissance paternelle, s'occupe dans des séries de dispositions distinctes de la garde de l'enfant et de l'administration de ses biens, dénommée « tutelle ». La garde et la tutelle appartiennent normalement toutes deux aux père et mère, au décès de l'un d'eux au survivant et au décès de tous deux à un même tiers, mais les deux compétences conservent même dans ce cas des dénominations distinctes.

La question se pose dès lors de savoir si le droit de garde dont se

sont réclamés M. Johannes Boll et après lui Madame Postema doit être considéré par l'autorité suédoise comme relevant de la Convention de 1902, conformément à la loi néerlandaise, ou comme n'en relevant pas, conformément à la loi suédoise et à d'autres législations.

C'est là, constatons-le, un cas type de conflit de qualifications.

Un tel conflit, selon la doctrine et la jurisprudence dominantes, devrait se résoudre suivant la *lex fori*. Kahn (*Abhandlungen zum internationalen Privatrecht*, t. I, p. 92) et Bartin (*Recueil des Cours de l'Académie* 1930, vol. 31, pp. 565 et s.) opinent tous deux en ce sens, ainsi que Bustamante (art. 6) et le Restatement américain, qui dans son article 7 stipule, ainsi que Lewald le constate (*Recueil des Cours de l'Académie* 1939, vol. 69, p. 73):

« Chaque fois qu'il est nécessaire de définir la nature ou le caractère de concepts juridiques en vue de déterminer la loi applicable, ces qualifications sont celles de la *lex fori*. »

Si on s'en tenait à ce principe, la question serait rapidement résolue; comme le droit de garde est en Suède étranger à la tutelle, que celle-ci soit ou non exercée par le père, les autorités suédoises ne seraient jamais tenues d'avoir égard, en ce qui concerne la personne d'enfants ressortissants d'États Parties à la Convention, aux pouvoirs des tuteurs institués dans ces États.

Le Gouvernement suédois reconnaît toutefois les graves inconvénients de l'admission de la *lex fori* pour le règlement des conflits de qualification, lorsque ceux-ci surgissent au sujet de l'application d'une convention de droit international privé, car elle conduit à ce résultat difficilement admissible de donner à la convention une portée différente suivant l'État dont les tribunaux sont appelés à statuer.

Aussi paraît-il raisonnable en pareil cas d'admettre que la qualification se fasse de façon autonome et uniforme sans référence à la législation propre de chaque pays. Il s'agit en effet en dernière analyse d'interpréter les termes d'une convention internationale, et il paraît indispensable qu'une portée uniforme leur soit attribuée dans tous les pays contractants. Telle est la manière de voir consacrée par un arrêt du Tribunal fédéral helvétique du 30 juin 1905 (*Rec. off.*, t. 31, p. 287) qui, constatant que la loi fédérale ne contenait pas de définitions relatives au droit successoral, estimait devoir « s'en rapporter aux conceptions générales du droit suisse et à la nature des choses ». De même, le Reichsgericht dans un arrêt du 4 février 1933 rappelle qu'il a à plusieurs reprises posé en principe qu'est déterminante au premier chef pour l'interprétation des accords internationaux la volonté commune des États contractants, et que celle-ci peut se déduire « de l'ensemble des dispositions, du but et des travaux préparatoires des conventions » (Clunet 1933, pp. 1009 et s.). D'autre part, l'identité des solutions légales devra faire présumer leur adoption dans le traité (Colmar 3 mars 1927 — Dalloz 1928, II, p. 19; Orléans 6 avril 1948 — Sirey 1949, II, 141,

note Niboyet; *Revue Critique de Droit International Privé* 1948, p. 321, note Franceskakis; cf. Basdevant, *Le rôle du juge national dans l'interprétation des traités diplomatiques* 1949, p. 431).

La doctrine la plus récente est nettement en ce sens (cf. Wigny, *Remarques sur le problème des qualifications*, *Revue critique de Droit International Privé* 1936, p. 295 — Maurry, *Règles générales des conflits de lois*, *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International* 1936, vol. 57, pp. 449-450 — Battifol, *Traité élémentaire de droit international privé* 2^{me} éd., pp. 41-42 — Robert Plaisant, *Les règles de conflit de lois dans les traités*, pp. 67 et s.).

En l'espèce, vu qu'il s'agit de la qualification d'un rapport juridique au regard de la Convention de 1902 concernant la tutelle des mineurs, il nous paraît raisonnable, en l'absence d'indication quelconque contenue dans les travaux préparatoires, de prendre en considération la qualification généralement admise par les législations des États contractants et conforme à la nature des choses.

Quant aux législations, toutes celles que nous avons eu le loisir d'examiner, à savoir la française, la belge, l'allemande, présentent cette caractéristique que le père ou la mère d'un enfant qui au décès du conjoint est investi de la tutelle n'est pas considéré comme tenant de cette tutelle le droit de garde, mais continue à exercer celui-ci dans les mêmes conditions que par le passé, c.-à-d. sans contrôle, à titre d'attribut de la puissance paternelle.

Telle est notamment incontestablement la portée de la législation française. Voici comment s'expriment à ce sujet Planiol et Ripert (*Droit Civil Français*, vol. I, p. 352):

« *Puissance paternelle et tutelle.* — La tutelle est également, dans notre droit, une institution de protection des mineurs, conférant au tuteur des droits et des pouvoirs sur leur personne et sur leurs biens. Elle paraît donc de même nature que la puissance paternelle au sens large, et n'en diffère que par la moindre étendue des droits du tuteur. Cette identité de nature fait la difficulté des conflits qui peuvent se produire entre les parents et le tuteur en cas de coexistence de ces deux institutions.

Cette coexistence apparaît dans notre loi quand l'un des parents meurt pendant la minorité; l'autre, tout en conservant la puissance paternelle, prend en principe la tutelle (art. 390). Dès ce moment, les deux institutions existent l'une près de l'autre, et peuvent se séparer. Il suffit que le survivant soit excusé ou destitué comme tuteur pour que la puissance paternelle et la tutelle reposent sur des têtes différentes. Même si elles appartiennent à la même personne, il est nécessaire de savoir quels droits et pouvoirs il tient respectivement de sa qualité de tuteur et de sa qualité de père ou de mère, car la loi établit sur la tutelle un contrôle qui ne joue pas en matière de puissance paternelle. Les mêmes problèmes se posent en cas de filiation naturelle, la puissance paternelle et la tutelle coexistant alors dès l'origine.

La clé de la difficulté se trouve dans la distinction des deux sens du mot *puissance paternelle*. La mort d'un des parents interrompant leur collaboration et le contrôle mutuel qu'ils exerçaient l'un

sur l'autre, oblige la loi à suppléer à ce contrôle par l'organisation d'une tutelle; mais cette tutelle laisse à part les prérogatives de la magistrature familiale qui sont considérées comme le bien propre du *chef de famille*. Telles sont celles dont traite le titre de la puissance paternelle: droits de garde et de correction; jouissance légale. Le survivant des parents les conserve même s'il n'exerce pas la tutelle ou en est exclu. Le conseil de famille, organe de la tutelle, ne peut en rien s'ingérer dans l'exercice de ces droits réservés, et il en est de même, en principe, du tribunal.

Au contraire, sont exclues de cette magistrature intangible les prérogatives des parents visées par les art. 389 et s., au chapitre de la tutelle, section première. Elles constituent, du vivant des deux parents, l'administration légale, mais à la mort de l'un d'eux, se transforment en tutelle légale. Celle-ci est soumise aux causes ordinaires de destitution de la tutelle, et au triple contrôle du subrogé-tuteur, du conseil de famille et du tribunal. »

La situation n'est pas différente en Belgique, De Page (*Droit Civil*, vol. II, pp. 65 et 66) l'expose de façon particulièrement claire:

« *Tutelle et puissance paternelle* ... lorsque l'enfant est orphelin de père ou de mère seulement, la puissance paternelle se *dissocie*, et l'administration légale, détachée de l'institution de base, donne naissance à la tutelle, tandis que les autres attributs de la puissance paternelle demeurent entre les mains de l'auteur survivant et continuent d'être exercés conformément aux règles de l'institution. Tutelle et puissance paternelle se combinent et donnent naissance à un *régime mixte*, où chacune des institutions fonctionne d'une manière *autonome* et *parallèle*, que les attributions de la puissance paternelle et de la tutelle soient concentrées dans les mêmes mains (ce qui est le cas le plus fréquent, l'auteur survivant étant tuteur de plein droit: art. 390) ou confiées à des personnes différentes (mère refusant la tutelle: art. 394, ou tuteur dispensé, exclu ou destitué: art. 427 à 449). »

Quant au Code civil allemand, il ne prévoit l'ouverture d'une tutelle — même pour l'administration des biens — que dans les cas où il n'y a plus exercice de la puissance paternelle (art. 1773 du B.G.B.) tandis qu'il dispose expressément qu'en cas de décès du père la puissance paternelle échoit à la mère (art. 1684 du B.G.B.), ce qui exclut donc la désignation d'un tuteur — que ce soit ou non la mère — comme celle d'un subrogé-tuteur.

Il est vrai que les parents ou l'un d'entre eux se trouvent soumis au contrôle du tribunal de tutelle (*Vormundschaftsgericht*) tant en ce qui concerne la garde de l'enfant (art. 1666) que l'administration des biens (art. 1670). Mais cette intervention d'un tribunal dit de tutelle ne change rien au caractère de puissance paternelle des droits qui peuvent être ainsi restreints. Aussi les auteurs allemands sont-ils formels pour reconnaître que les mesures ainsi arrêtées par le tribunal de tutelle ne peuvent bénéficier de l'autorité extra-

territoriale prévue par la Convention de 1902 (cf. Meili et Mamelok, *Das internationale Privat- und Zivilprozessrecht* 1911, par. 51, et Nussbaum, *Deutsches Internationales Privatrecht* 1932, p. 184).

Même en ce qui concerne les Pays-Bas, il faut signaler que la législation, dont les dispositions ont été reproduites en annexe au contre-mémoire, n'était pas en vigueur au moment de la signature de la Convention, mais que, votée en 1901, elle ne fut mise en vigueur qu'en 1905.

Il semble bien permis de constater dès lors que dans la plupart des États signataires, sinon tous, la garde de l'enfant mineur exercée par le père tuteur était considérée comme étrangère à la tutelle, mais relevant de ses attributs paternels — pour éviter le terme « puissance paternelle » ignoré de la législation suédoise.

Telle est aussi la solution apparaissant comme la plus conforme à la nature des choses. Rien n'est changé en effet au droit de garde appartenant aux père et mère sur leurs enfants lorsque par le décès d'un des conjoints le survivant est investi de la tutelle. On ne voit pas dès lors pourquoi ce droit de garde devrait être considéré comme revêtant à partir de ce moment un autre caractère et devant être incorporé dans une autre institution.

Cette constatation nous paraît confirmée par les appréciations émises aux Pays-Bas mêmes au sujet de la réforme de 1901-1905.

Voici comment s'exprime à ce sujet Völlmar dans son traité de Droit civil (*Nederlands Burgerlijk Recht*, p. 333):

« Une deuxième particularité de la législation de 1901 est la suivante. Tandis qu'antérieurement la puissance paternelle continuait à exister formellement après le divorce, étant entendu qu'après cela elle était exercée par celui des époux auxquels le tribunal confiait les enfants, le nouveau système, qui ne jouit pas d'une admiration générale, revient à ceci que la puissance paternelle, droit collectif reconnu aux parents réunis (encore que la volonté du père l'emporte en cas de divergence de vues), prend fin à chaque dissolution de mariage, donc non seulement par la mort d'un des conjoints mais aussi par le divorce et qu'à sa place apparaît la tutelle. On ne nomme donc pas seulement un tuteur, mais aussi un subrogé-tuteur. Maintenant il peut être tout de suite observé que la différence à ce point de vue entre l'ancienne et la nouvelle réglementation est dans la pratique fort mince et ce à raison de la compétence réduite que la loi attribue au subrogé-tuteur, compétence qui en aucun cas ne s'étend hors du terrain du droit patrimonial. Ainsi, pratiquement, tout se ramène à ceci que celui des parents qui après le divorce est désigné comme tuteur des enfants continue (ou commence) effectivement à exercer la puissance: C'est seulement pour autant que les enfants ont un avoir qu'il a quelque chose à faire avec le subrogé-tuteur. Signalons toutefois l'anomalie du système adopté suivant lequel en cas de divorce un tuteur fonctionne, tandis qu'en cas de déchéance de la puissance paternelle prononcée contre un des conjoints l'autre parent exerce la puissance sans contrôle. »

En résumé, tant la nature des choses que l'examen des législations des États signataires de la Convention de 1902 paraissent

commander de considérer le droit de garde exercé sur son enfant par le père tuteur comme n'entrant pas dans le cadre de l'institution de la tutelle visée à la Convention.

S'il en est ainsi, le Gouvernement néerlandais doit être déclaré *non recevable* à se plaindre d'une violation de la Convention du fait que le droit de garde de M. Johannes Boll aurait été méconnu par la mesure protectrice prise à l'égard de sa fille le 5 mai 1954.

Cette manière de voir n'est en rien infirmée par l'opinion de Kusters reproduite à la page 96 de la réplique, suivant laquelle la Convention s'applique à la tutelle paternelle, puisque l'auteur n'indique aucunement si dans sa pensée la notion de tutelle paternelle doit recevoir à l'étranger, lorsqu'il s'agit d'un enfant néerlandais, la portée extensive que la loi néerlandaise lui donne actuellement.

En va-t-il autrement du maintien de la mesure protectrice prise en Suède à l'égard d'Elisabeth Boll après que son père avait été relevé de ses fonctions de tuteur par le Tribunal de Dordrecht et remplacé par Madame Postema?

Le Gouvernement néerlandais le prétend en s'appuyant essentiellement sur l'article 5 de la Convention d'après lequel « la tutelle s'ouvre et prend fin pour les causes déterminées par la loi nationale du mineur ». En l'espèce, argumente-t-on (page 94), la première tutelle a pris fin par la décision néerlandaise relevant le père tuteur de sa charge et cette même décision a donné naissance à la seconde tutelle, donc par application de la Convention cette seconde tutelle doit être considérée comme valable aussi en Suède.

Encore une fois, ce raisonnement passe à côté de la véritable objection formulée par le Gouvernement suédois. Celui-ci ne conteste aucunement la régularité et la validité dans tous les pays liés par la Convention de 1902 de la seconde tutelle instaurée par jugement du Tribunal de Dordrecht le 5 août 1954, en tant que cette tutelle a permis à Madame Postema de succéder au père d'Elisabeth Boll dans l'administration des biens de l'enfant — les décisions des tribunaux suédois reproduites aux annexes 6, 8 et 9 du contre-mémoire en réponse en font foi. Mais le Gouvernement suédois conteste que dans les circonstances de la cause, il soit tenu par la Convention de respecter le droit de garde attribué à Madame Postema si bien que même si ce droit de garde avait été méconnu par les autorités suédoises — ce qui n'est pas la portée véritable de la décision incriminée — il n'y aurait pas eu à son avis violation de la Convention.

Le moyen, cette fois, est cependant différent de celui employé à l'égard de la première tutelle.

Certes, il était tentant pour le Gouvernement suédois de recourir encore une fois à la notion de qualification et, faisant application de la *lex fori*, en l'espèce la loi suédoise, d'écarter *a priori* de l'institution de la tutelle au sens de la Convention tout ce qui était étranger aux compétences purement patrimoniales groupées sous

ce vocable dans la loi suédoise. A l'examen, cependant, ce système, comme il a été dit, a été reconnu excessif. Car, si on se rapporte, pour l'interprétation de la tutelle telle que conçue dans la Convention, aux législations en vigueur dans les États contractants, on constate qu'exception faite du cas de la tutelle paternelle, elle est comprise comme comportant aussi des droits de garde. L'article 6 de la Convention suivant lequel « l'administration tutélaire s'étend à la personne et à l'ensemble des biens du mineur » s'opposerait du reste à une interprétation qui limiterait la tutelle dans tous les cas à l'administration des biens.

Aussi le Gouvernement suédois admet-il qu'en général la garde exercée par un tuteur (qui n'est pas le père de l'enfant) doit être comprise dans la tutelle pour l'interprétation et l'application de la Convention de 1902. Si à son avis il n'en est pas ainsi dans le cas présent, c'est parce qu'en l'espèce le droit de garde compris dans la tutelle de Madame Postema succède au droit de garde exercé par M. Johannes Boll, lequel droit, ainsi qu'il a été démontré, était étranger à la tutelle au sens de la Convention.

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

Le Gouvernement suédois a fait état en ce sens (par. 37 du contre-mémoire) de diverses décisions judiciaires suisses ou françaises. Il constate qu'une seule d'entre elles a fait l'objet d'observations de la part du Gouvernement néerlandais, à savoir le jugement de l'autorité tutélaire du canton de Genève du 6 mai 1912. Ladite décision (p. 94 de la réplique) infirmerait la manière de voir du Gouvernement suédois, car elle établissait une distinction entre la création du fait juridique comme la déchéance et son admission comme cause donnant ouverture à la tutelle par application de la Convention, et admettait expressément que « c'est d'après la loi nationale du mineur qu'il faut apprécier si la déchéance donne lieu à l'ouverture de la tutelle ».

Cette interprétation de la décision genevoise nous paraît inexacte et pour que la Cour puisse en juger, nous en reproduisons le texte en annexe à la présente duplique: il s'agissait en l'espèce d'un enfant se trouvant en Suisse et ayant la nationalité d'un autre État partie à la Convention de La Haye de 1902, à savoir la France, suivant la législation de laquelle la déchéance de la puissance paternelle donne ouverture à la tutelle. La décision analysée admet sans doute qu'il en soit ainsi en Suisse, mais pas avant que la déchéance

ait été prononcée au lieu du domicile de l'enfant et conformément à la loi qui y est en vigueur, cette question étant exclusive de la tutelle visée dans la Convention de La Haye.

C'est très exactement la thèse soutenue par le Gouvernement suédois à l'égard de la tutelle de Madame Postema. Dans la mesure où cette tutelle comprend le droit de garde, elle succède à la puissance paternelle de M. Johannes Boll, dont celui-ci n'a pas été déchu par une décision devant avoir, aux termes de la Convention, autorité de chose jugée en Suède. Or, l'autorité judiciaire suédoise, seule compétente, n'a pas prononcé de déchéance du droit de garde à charge de M. Johannes Boll. La mesure administrative, prise à l'égard d'Elisabeth Boll à titre temporaire et révocable, a une nature toute différente. Il y a donc lieu d'admettre que la tutrice, Madame Postema, n'a pas acquis le droit de garde sur Elisabeth Boll dans des conditions qui le rendent opposable aux autorités suédoises.

En conséquence, quant à la deuxième tutelle aussi, la demande néerlandaise dénonçant une prétendue violation de la Convention de 1902 s'avère non recevable.

Le Gouvernement suédois ne se dissimule pas le caractère à première vue surprenant, dans les circonstances de la cause, d'une argumentation basée sur la non-opposabilité à la Suède, aux termes de la Convention, de la décision néerlandaise déchargeant M. Johannes Boll de la tutelle paternelle, en tant qu'elle concerne la garde. Les autorités suédoises n'ont-elles pas été les premières à s'alarmer des circonstances dans lesquelles la garde était exercée par M. Johannes Boll?

Il est clair pourtant que l'interprétation de la Convention ne peut être déterminée par des considérations propres à un cas d'espèce. La question serait exactement la même si M. Johannes Boll, résidant en Suède, avait conservé la confiance des autorités suédoises, tandis qu'il se serait vu dépouillé par les autorités néerlandaises, en faveur d'un nouveau tuteur, tant de ses pouvoirs de garde que de ceux relatifs à l'administration des biens. Une telle décision aurait-elle dû, par l'effet de la Convention, être considérée comme ayant en Suède l'autorité de la chose jugée, aussi bien en ce qui concerne la garde qu'en ce qui concerne l'administration des biens? Le Gouvernement suédois ne le pense pas. Mais dès lors, il est en droit de considérer aussi comme échappant *per se* au cadre de la Convention le fait que par hypothèse — *quod non* — le droit de garde de Madame Postema aurait été méconnu en Suède.

* * *

II. *La loi suédoise concernant la protection des enfants est une loi d'ordre public et même de droit public que la Convention de 1902 n'a pu affecter en rien.*

Le deuxième argument invoqué par le Gouvernement suédois pour justifier l'application à Elisabeth Boll de la loi suédoise sur

la protection de l'enfance est que la mesure prise relève de l'ordre public ou du droit public de la Suède et que les autorités suédoises étaient en droit de faire prévaloir celui-ci sur les dispositions de la loi étrangère dont l'application était prévue par la Convention (par. 38 et 50 du contre-mémoire).

Le Gouvernement néerlandais rencontre cette argumentation en contestant que l'ordre public d'un pays puisse faire échec à l'application d'une loi étrangère à laquelle le droit international privé renvoie, du moins lorsque cette règle de droit international privé découle d'une convention, et en soutenant subsidiairement que l'ordre public ne peut être retenu que dans des cas exceptionnels de rattachement qui ne se rencontrent pas dans le cas présent.

Mais le Gouvernement suédois signale respectueusement à la Cour que tout le raisonnement néerlandais est étranger au problème véritable soumis à la Cour, car il se rapporte entièrement à la question de savoir si les autorités d'un pays peuvent se prévaloir de l'ordre public de celui-ci pour faire échec à la loi étrangère compétente et faire prévaloir la loi nationale.

Dans les hypothèses discutées par le Gouvernement néerlandais, il s'agit toujours de conflits entre deux lois de même nature visant le même rapport juridique, alors qu'il ne s'agit de rien de semblable en l'espèce. En effet, il n'est pas reproché à l'autorité suédoise d'avoir fait prévaloir pour des raisons d'ordre public la loi suédoise relative à la tutelle sur la loi néerlandaise de tutelle; un tel reproche serait inconcevable puisque les décisions judiciaires produites aux annexes 6, 7 et 9 du contre-mémoire prouvent que la tutelle conférée à Elisabeth Boll en application de la loi néerlandaise a été reconnue valable en Suède.

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 thèse suédoise est que la loi sur la protection de l'enfance, étant une loi de droit public, s'applique sur toute l'étendue du territoire à tout enfant étranger s'y trouvant, sans qu'aucune loi nationale ou étrangère relative au statut de l'enfant puisse y faire obstacle, et que la Convention de 1902 n'a en rien entendu déroger à cet état de choses.

Manifestement, le Gouvernement néerlandais a perdu de vue ce caractère impératif absolu *des lois de droit public*, ou de droit administratif, que peut-être le Gouvernement suédois lui-même a eu le tort de ne pas suffisamment marquer.

Certes, la distinction entre l'ordre public et le droit public comme justification de l'application de la *lex fori* ne paraît être à première vue qu'une simple divergence de construction juridique:

En effet, l'invocation de l'ordre public est un moyen de droit qui permet d'exclure la loi étrangère normalement compétente au cas où son application heurterait les intérêts politiques, moraux,

économiques ou sociaux du pays, et entraîne à titre d'exception l'application du droit territorial.

Au contraire, les règles impératives du droit public s'appliquent *normalement* et obligatoirement à tous ceux qui habitent le territoire, et ce sans tenir compte d'une loi étrangère quelconque.

En somme, lorsque l'ordre public d'un pays écarte l'application d'une loi étrangère, c'est le contenu de la loi étrangère ou plus exactement son incompatibilité avec les principes en vigueur dans le pays qui entraîne l'application du droit territorial.

Au contraire, lorsqu'il s'agit de lois de police et de sûreté obligatoires à tous ceux qui habitent le territoire, c'est la nature impérative de la législation territoriale qui exclut le principe même de la compétence de la loi étrangère, sans que le juge doive examiner ou même connaître du contenu de la loi étrangère.

On constatera donc que les lois de droit public sont plus fortes et plus *exclusives* que celles qui se réclament de l'ordre public, puisqu'elles n'admettent même pas le principe de la compétence de la loi étrangère.

Toutefois, le fait que les effets de ces deux phénomènes juridiques, à savoir: l'application du droit territorial et l'exclusion du droit étranger, sont identiques paraît être la cause de la confusion constante dont cette matière est l'objet tant en doctrine qu'en jurisprudence.

On lit ainsi dans Donnedieu de Vabres J. (*L'évolution de la jurisprudence française en matière de conflit de lois*, 1938, p. 671):

« Le terme d'ordre public est appliqué en jurisprudence aux usages les plus divers et il reçoit en doctrine de multiples sens.

La jurisprudence use parfois de l'expression d'ordre public pour désigner des lois simplement impératives dans les limites de leur compétence, et cet usage peut prêter à des confusions. »

Cette confusion est d'autant plus compréhensible qu'en droit français l'exception d'ordre public — ce que les Allemands appellent la clause générale de réserve — a pour unique base légale l'article 3 du Code civil, aux termes duquel « les lois de police et de sûreté obligent tous ceux qui habitent le territoire », disposition à partir de laquelle la jurisprudence a échafaudé la doctrine de l'exception d'ordre public.

En résumé, si on considère que les lois de droit public ou administratif sont comprises dans la notion plus généralement employée d'ordre public (v. en ce sens: *Rép. prat. du droit belge*, v° Conflit de lois, n° 46) il est certain qu'elles en constituent la partie essentielle, la plus irréductible et la moins contestable.

Ce caractère impératif des lois de droit public, à l'abri de toute intrusion d'une loi étrangère se réclamant d'une règle de conflit de lois, a été fréquemment reconnu par la doctrine et la jurisprudence.

Ainsi Niboyet, approuvant dans une note critique le dispositif d'un arrêt de la Cour de cassation de France du 21 janvier 1936 qui

refusait au nom de l'ordre public l'application à une action portant sur une contestation de brevet du traité franco-belge du 8 juillet 1899 relatif à la compétence, fait valoir qu'il n'est pas nécessaire de faire appel à l'ordre public, dès lors que la loi française sur les brevets a un caractère impératif.

Faisant sienne cette affirmation, l'auteur d'une thèse de doctorat publiée en 1951, Madame Weser, écrit (*Étude critique du traité franco-belge du 8 juillet 1899*, p. 24) :

« Comment admettre, lorsqu'il s'agit de statuer sur des questions qui relèvent du droit administratif ou du droit public, que des tribunaux étrangers s'en occupent ? »

Donnedieu de Vabres J. (*op. cit.*, p. 395) résume ce problème très clairement : seule la loi territoriale, dit-il, peut régir les autorités administratives « dépendant de la puissance publique ». La loi étrangère ne saurait « les investir de leurs pouvoirs et ne peut régir leur structure ». Et M. Robert Plaisant dans son étude sur les règles de conflit de lois dans les traités, examinant au par. 37 le droit conventionnel, écrit ce qui suit :

« L'exception d'ordre public assurant l'intégrité des principes juridiques dont le respect est pour l'État une nécessité vitale, il apparaît que l'établissement des règles conventionnelles ne pourra modifier son application. »

Tel est effectivement le droit conventionnel. On constate que la réserve de l'ordre public est formellement stipulée dans la quasi-totalité des traités. Elle constitue une clause de style et les conventions qui ne la comportent pas sont des exceptions. Elle est le plus souvent pure et simple. Parfois elle comporte certaines spécifications, les règles de droit public étant mentionnées à côté de l'ordre public lui-même. Cette mention spéciale nous paraît inutile car, sauf clause formelle nettement déterminée qui doit être interprétée restrictivement, *toutes les règles de droit public échappent aux traités de droit international privé*. La territorialité de ces lois ne se fonde donc pas sur l'ordre public ; elle est de droit commun, alors que l'ordre public est l'exception. »

De même un auteur suédois, le professeur Gihl, dans le cours professé en 1953 à l'Académie de Droit International (*Recueil des Cours*, vol. 83, pp. 245 et 246), attribue à l'ordre public une double fonction :

« celle de repousser les lois étrangères considérées comme contraires aux principes moraux, sociaux ou politiques du pays du tribunal et celle de garantir *l'application exclusive et absolue de certaines lois internes* »,

et c'est certainement ces dernières qu'il vise lorsqu'il constate :

« que les règles du droit international privé ne visent pas le droit public étranger. *Les règles du droit constitutionnel, de la procédure, du droit pénal, du droit administratif restent en dehors du domaine du droit international privé.* »

Le bon sens indique du reste qu'il doit en être ainsi ; on ne concevrait pas par exemple qu'un ressortissant étranger échappe à la répression des infractions qu'il aurait commises, sous prétexte qu'une telle condamnation l'empêcherait de s'acquitter des devoirs de cohabitation ou d'assistance que sa loi nationale lui impose à l'égard de son conjoint.

Reste à voir si la loi suédoise sur la protection de l'enfance a bien ce caractère de droit public ou administratif qui lui confère une validité territoriale absolue, supérieure ou, plus exactement, étrangère à tout conflit de lois.

L'affirmative ne nous paraît pas douteuse. Il s'agit en effet essentiellement d'une intervention directe des pouvoirs publics dans l'action des organes familiaux normaux d'éducation : père, mère ou tuteur désigné par le Conseil de famille. Cette intervention, à l'étranger, est irréalisable, car elle constituerait une manifestation d'autorité contraire à la souveraineté de l'État étranger ; la loi suédoise ne peut davantage inspirer l'action des autorités étrangères, pas plus que les lois étrangères ne sauraient dicter l'action des autorités suédoises qui ne disposent pas des organes visés dans ces législations.

Le caractère territorial des lois sur l'éducation de la jeunesse fut expressément admis par la Cour suprême des Pays-Bas en ce qui concerne la loi allemande pour le bien-être de la jeunesse.

Voici comment s'exprime le « Hoge Raad » dans un arrêt de 1942 reproduit en annexe au contre-mémoire suédois (pp. 88-89) :

« ... le droit allemand, pour un cas comme celui-ci, connaît en vertu du par. 63 de la « Reichsgesetz für Jugendwohlfart » (loi du Reich de prévoyance sociale en faveur de la jeunesse) la « Fürsorgeerziehung » mais que cette mesure ne peut être prise aux Pays-Bas étant donné qu'elle n'est pas prévue par notre législation... ».

De même le caractère impératif et de droit public des règles relatives à la protection de l'enfance fut reconnu par une jurisprudence allemande constante.

Ainsi, le Reichsgericht allemand a rendu un arrêt en 1927 (vol. II7, p. 376) dans lequel il proclame :

« L'éducation par les pouvoirs publics (*Fürsorge*) est un acte de la contrainte étatique (*die öffentliche Zwangsgewalt*). Les règles de conflit de lois du droit international privé ne s'y rapportent pas. Comme cette institution (*die Fürsorgeerziehung*) a pour objet notamment la protection de la communauté, elle peut être ordonnée aussi à l'égard d'un enfant étranger, de même que peuvent être punis les étrangers qui se rendent coupables ici d'infraction à des lois pénales allemandes » (cité avec approbation par Staudinger, *Kommentar zum Bürgerlichen Recht* VI, 9^{me} éd., p. 479).

Dans son arrêt de principe du 22 mai 1933 le Reichsgericht (*Rechtsprechung des R.G.*, 1933, p. 252) confirme ce point de vue et attribue aux mesures d'éducation un caractère de lois de police et de sûreté :

« L'admissibilité des enfants étrangers à l'éducation protectrice (*Fürsorgeerziehung*) a été déduite des principes généraux, car la nature de l'éducation protectrice (*Fürsorgeerziehung*) s'avère être une mesure de droit public. A cet égard, le Sénat s'est rallié au motif de la décision du KG du 16.5.24 (JFG 2, 96) suivant laquelle l'éducation protectrice (*Fürsorgeerziehung*) a pour but, en plus de l'amélioration de la jeunesse, la protection de la communauté, et c'est pourquoi la compétence du tribunal de tutelle (*Vormundschaftsgericht*) envers les étrangers est admissible dans la même mesure que pour la condamnation des étrangers qui, sur le territoire allemand, commettent des délits contre les lois pénales allemandes. »

Quant à la Belgique et à la France, en plus des nombreuses références déjà citées aux par. 44, 47, 49 et 50 de notre contre-mémoire, il faut signaler un jugement du Tribunal de Charleroi (6 mai 1954, *J.T.* 1954, p. 519) aux termes duquel, bien que la tutelle d'un enfant polonais soit, en vertu de la Convention de La Haye de 1902, régie par sa loi nationale, celle-ci ne peut s'appliquer si cet enfant est un pupille de la Commission d'assistance publique. La loi belge du 10 mars 1925 sera compétente, car elle constitue une loi de police et de sûreté, qui aux termes de l'article 3, al. 3, du Code civil oblige tous les habitants du royaume.

La thèse principale néerlandaise, suivant laquelle l'ordre public suédois (en ce compris le droit public et plus spécialement la loi sur la protection de l'enfance) ne peut être invoqué contre la Convention de 1902, est donc à notre avis aussi contraire à la pratique unanimement admise qu'incompatible avec les nécessités criantes en face desquelles les autorités compétentes des États contractants peuvent se trouver.

Cette dernière considération s'impose avec une telle évidence que le Gouvernement néerlandais lui-même, par une singulière contradiction, reconnaît à la page 106 de la réplique qu'au moment où la mesure fut prise à l'égard d'Elisabeth Boll le père de l'enfant se trouvait sous le coup d'une accusation telle, qu'on peut admettre que l'application de la Convention ait été dominée par l'ordre public.

Or, si on admet que les autorités suédoises pouvaient à un certain moment ordonner, conformément au droit suédois, la mesure de protection de l'enfance à l'égard d'Elisabeth Boll, on ne peut contester qu'il leur appartient de même d'apprécier librement si en vertu du même droit il convient d'y mettre fin.

Sur ce point encore, l'arrêt précité du Reichsgericht allemand de 1933 est tout à fait explicite :

« Toutefois, si les considérations de fait conduisent à reconnaître la nécessité de remédier à la négligence, au manque de soin ou de surveillance auxquels un mineur étranger résidant sur le territoire est exposé, les conditions, l'exécution, la levée ainsi que l'extinction de l'éducation protectrice (*Fürsorgeerziehung*) peuvent uniquement être déterminées, de même que le cas du par. 7 al. 3 de la législation sur les juridictions des mineurs (*Jugendgerichtsgesetz*), d'après la

législation de prévoyance sociale en faveur de la jeunesse du Reich (*Reichsgesetz für Jugendwohlfart*). »

Aussi voit-on dans la réplique l'exposé d'une thèse subsidiaire suivant laquelle l'invocation de l'ordre public à l'encontre d'une convention pourrait être admise à titre exceptionnel en cas de nécessité flagrante et à condition qu'il y ait une attache suffisante entre le rapport à juger et le pays du for — conditions qui ne se trouveraient pas réalisées en ce qui concerne le maintien de la mesure protectrice dès lors que M. Johannes Boll avait bénéficié d'un non-lieu et avait été remplacé comme tuteur par une personne domiciliée aux Pays-Bas.

Cette argumentation nous paraît perdre de vue que les limitations et la réserve que divers auteurs recommandent d'observer dans l'utilisation de l'exception d'ordre public pour écarter une loi étrangère désignée comme compétente par les règles de conflit de lois sont sans application lorsqu'il s'agit, non de donner la préférence pour des raisons d'ordre public à une loi du for sur une loi étrangère de même nature, mais de se conformer à une loi de droit public qui s'impose au for de façon rigoureuse. Sans doute l'application à des étrangers de cette loi de droit public comporte-t-elle également un certain rattachement entre le rapport à juger et le pays du for, mais ce lien de rattachement nécessaire et suffisant est invariablement la présence sur le territoire des personnes ou des biens que la loi de droit public ou de droit administratif prétend atteindre.

C'est ce que constate notamment Wolff dans un passage de son traité (*Das internationale Privatrecht Deutschlands* 1954, p. 66) dont le début est cité dans la réplique, p. 102, dans une traduction qui appelle certaines rectifications :

« Dans la plupart des cas de cette espèce la pratique relie l'exclusion de la règle étrangère pour raison d'ordre public à la présupposition qu'il existe une relation avec l'Allemagne (une relation avec l'intérieur de l'Allemagne). »

Et l'auteur donne notamment comme exemple à la page suivante :

« Il convient à la protection de l'enfance qu'une jurisprudence constante fasse application de l'article 1666 du Code civil aussi dans le cas de parents étrangers, pour autant que l'enfant séjourne en Allemagne (*sich in Deutschland aufhält*). »

(N.b. L'article 1666 du Code civil allemand est celui qui règle les conditions dans lesquelles le tribunal de tutelle peut enlever au père le droit de garde de l'enfant ou celui d'administration ou celui d'usufruit de ses biens). »

Et de même Niederer dans son Introduction aux Doctrines générales du droit international privé (*Einführung in die allgemeinen Lehren des internationalen Privatrechts*) indique dans le passage cité dans le mémoire néerlandais en une traduction peu fidèle :

« La décision quant au point de savoir quand on se trouve en présence d'une relation intérieure (*Binnenbeziehung*) suffisante pour l'application de la clause d'ordre public doit être laissée à l'appréciation du juge. A mon avis la relation intérieure est toujours présente lorsqu'une des parties intéressées habite dans le pays (*wohnt* et non pas « est domiciliée » *hat ihren Wohnsitz*). »

A cette affirmation que la mesure protectrice prise à l'égard d'Elisabeth Boll échappe à l'application de la Convention, parce que relevant exclusivement du droit public et administratif suédois et ne concernant pas la tutelle, le Gouvernement néerlandais semble vouloir opposer (réplique, p. 101, *i. f.*) la déclaration contenue dans le contre-mémoire, par. 34, que « l'éducation protectrice affecte la garde de l'enfant ... et fait obstacle à ce que ce droit de garde soit exercé ». On semble vouloir y voir l'aveu que l'éducation protectrice concerne le droit de garde et qu'elle enlève ce droit au tuteur néerlandais. La Cour sera cependant attentive au fait que les termes employés dans le contre-mémoire ne permettent pas cette interprétation extensive, qui mettrait au surplus la déclaration en contradiction avec les faits. Il est en effet patent que la mesure prise par l'autorité suédoise a visé l'enfant Elisabeth Boll et non son tuteur ou sa tutrice et qu'à aucun moment n'a été intentée contre eux la procédure judiciaire de déchéance prévue à l'article 6 du chapitre 6 de la loi du 10 juin 1949 (annexe D au contre-mémoire, p. 71), auquel il convient d'ajouter l'article 28 du chapitre 20 ainsi libellé :

« La demande de désignation ou de révocation du tuteur ainsi que celles tendant à d'autres décisions du tribunal relatives à la tutelle peuvent être faites soit par l'inspecteur des tutelles (*överförmyndare*) ou par le tuteur ou par le protecteur des mineurs (*barnvårdsman*) ou par le mineur lui-même, s'il a 16^e ans ou par son conjoint ou ses plus proches parents. Un tuteur qui s'est rendu coupable de négligence dans la garde de l'enfant peut être déchu aussi sur requête du ministère public ou de l'Office des mineurs. »

En somme, la question de savoir si la mesure prise à l'égard d'Elisabeth Boll doit être considérée comme relevant de la tutelle plutôt que du droit public et par suite comme tombant ou non dans le champ d'application de la Convention de 1902 pose à nouveau une question de qualification, avec cette différence qu'il n'y a pas cette fois de conflit de qualifications, les mesures analogues de la législation néerlandaise ayant le même caractère de droit public ou administratif que la mesure suédoise faisant l'objet de la contestation. D'autre part, aucune Partie contractante n'a à la connaissance du Gouvernement suédois attribué un autre caractère aux mesures de protection de l'enfance existant dans sa législation, ce qui, comme il a été dit, paraît prépondérant pour l'interprétation que la Cour est invitée à donner à la Convention.

Quant aux circonstances de fait qui ont en l'espèce amené les autorités administratives suédoises à prendre le 5 mai 1954 la

mesure critiquée et à la maintenir dans la suite en dépit des recours introduits par les tuteurs néerlandais, le Gouvernement suédois ne croit pas pouvoir suivre le Gouvernement néerlandais dans la discussion qu'il en fait aux pages 107 et 108 de la réplique.

La question lui paraît en effet sortir entièrement du contrat judiciaire. Ni la requête, ni le mémoire néerlandais n'ont articulé à charge des autorités judiciaires une accusation de déni de justice. C'est à dessein dès lors que le Gouvernement suédois s'est abstenu de verser au débat le dossier des enquêtes et expertises sur le vu desquelles les décisions incriminées ont été prises, de même qu'il s'est gardé de commenter les termes de leur motivation.

Il persévéra dans cette attitude, à moins que la Cour n'exprime sa volonté de connaître du fond de l'affaire. Il y aurait lieu en ce cas, semble-t-il, d'indiquer la manière dont pareille production devrait être faite pour ne pas exposer les individus en cause à la curiosité malsaine du public.

EN CONSÉQUENCE

Le Gouvernement suédois demande qu'il plaise à la Cour:

Dire pour droit que la mesure d'éducation protectrice prise à l'égard de Marie Elisabeth Boll n'a en rien contrevenu aux obligations liant la Suède à l'égard des Pays-Bas en vertu de la Convention de 1902 concernant la tutelle des mineurs

1° parce que les droits de garde dont l'exercice a été temporairement entravé par l'effet de ladite mesure sont étrangers à la tutelle, telle qu'elle est comprise dans ladite Convention:

- a) soit quant au droit de garde de M. Johannes Boll, parce que ce droit de garde lui appartenait indépendamment de ladite tutelle,
- b) soit quant au droit de garde de Madame Postema, celui-ci lui étant échu à la suite d'une décision judiciaire néerlandaise qui visait le droit de garde de M. Johannes Boll et n'était dès lors pas couverte par la Convention;

2° parce que la mesure protectrice prise à l'égard d'un enfant étranger se trouvant en territoire suédois l'a été en vertu d'une loi suédoise de droit public dont l'application échappé aux règles de conflit de lois contenues dans la Convention de 1902.

En conséquence, dire les conclusions prises par M. l'agent du Gouvernement néerlandais le 18 juin 1958 non recevables et non fondées.

Déclarer non recevable la conclusion du Gouvernement néerlandais tendant à faire déclarer que le Gouvernement suédois n'établit pas de circonstances pouvant justifier la mesure incriminée.

Subsidiairement sur ce dernier point

Si la Cour jugeait devoir connaître des motifs des décisions administratives suédoises relatives à la mesure litigieuse, donner acte à M. l'agent du Gouvernement suédois qu'il soit prêt à produire le dossier administratif de cette affaire, suivant les modalités que la Cour prescrirait.

La Haye, le 25 août 1958.

(Signé) SVEN DAHLMAN,
Agent du Gouvernement
du Royaume de Suède.

Annexe unique

DÉCISION DE L'AUTORITÉ TUTÉLAIRE DE SURVEILLANCE
DU CANTON DE GENÈVE DU 6 MAI 1912, CITÉE DANS LE
CONTRE-MÉMOIRE SUÉDOIS § 37 ET COMMENTÉE DANS LA
RÉPLIQUE NÉERLANDAISE

(d'après Kusters & Bellemans, Les Conventions de La Haye de 1902 et 1905 sur le droit international privé, p. 791)

L'art. 10 de la Convention franco-suisse de 1869 a été remplacé par la Convention de La Haye de 1902 sur la tutelle.

La Convention de La Haye de 1902 ne s'applique pas à la puissance paternelle.

Conformément à l'art. 5 de la Convention il faut apprécier d'après la loi nationale du mineur si la déchéance de la puissance paternelle donne lieu à ouverture de tutelle.

L'autorité locale, la déchéance de l'autorité paternelle prononcée, procédera en conformité des art. 7 et 8 et au besoin de l'art. 3 de la Convention de 1902.

(Badoud)

Lucie Badoud a demandé à l'Autorité tutélaire, par requête du 15 avril, de déclarer François Magnenaz, employé, domicilié à Chouilly (canton de Genève), déchu de la puissance paternelle qu'il exerce sur son fils naturel, Marcel-Henri. Elle a indiqué et offert de prouver les faits invoqués à l'appui de sa requête. Le 19 avril 1912, l'Autorité tutélaire s'est déclarée incompétente, pour les motifs suivants: —

La tutelle est une conséquence de la déchéance de la puissance paternelle, tant en droit français qu'en droit suisse. L'art. 10 du traité franco-suisse et l'art. 1^{er} de la Convention de La Haye, relative à la tutelle des mineurs, disposent que la tutelle d'un mineur est réglée par sa loi nationale. Si les tribunaux genevois prononçaient la déchéance des droits de la puissance paternelle contre des parents d'un mineur français, ils seraient incompétents pour pourvoir ledit mineur d'un tuteur. En conséquence, l'art. 285 du Code civil suisse n'est pas applicable aux parents de mineurs français.

Le 30 avril, soit en temps utile, Lucie Badoud a recouru auprès de l'Autorité de surveillance pour demander la mise à néant de la décision de l'Autorité tutélaire, et de faire droit à sa requête. La recourante fait remarquer que « puissance paternelle » et « tutelle » sont deux notions distinctes; que le traité franco-suisse et la Convention de La Haye s'appliquent à la tutelle seulement; qu'en l'absence d'un texte, c'est le tribunal du domicile qui est compétent.

La question soumise à l'Autorité de surveillance est donc la suivante: L'Autorité tutélaire genevoise est-elle compétente pour prononcer la déchéance des droits de la puissance paternelle d'un Français domicilié dans le canton? C'est la loi fédérale sur les rapports de droit civil qui est

applicable, et notamment l'art. 32. L'art. 34 cependant réserve les dispositions spéciales des traités. L'art. 10 de la Convention franco-suisse de 1869 ne peut être invoqué, car il a été remplacé par la Convention de La Haye, du 12 juin 1902, pour régler la tutelle des mineurs. Mais cette convention ne s'applique qu'à la tutelle, laquelle s'ouvre et prend fin aux époques et pour les causes déterminées par la loi nationale du mineur (art. 5). Comme le dit justement la recourante, puissance paternelle et tutelle — bien qu'étroitement liées — sont deux notions distinctes, et le législateur suisse les a traitées distinctement dans les art. 9 et 10 de la loi sur les rapports de droit civil (v. à ce sujet Des Gouttes, Rapport de droit civil p. 122 à 124). Rien, dans les discussions relatives à la Convention de La Haye, concernant la tutelle des mineurs, ne tend à démontrer que, sous le terme de « tutelle », on a entendu comprendre la « puissance paternelle ». Au contraire, dans le programme général indiquant les diverses matières à traiter successivement, on a réservé un chapitre concernant la « puissance paternelle » lequel n'a pas encore été mis en délibération. En conséquence, en l'absence d'un traité contenant des dispositions relatives à la puissance paternelle, ce sont les articles 32 et 9 de la loi sur les rapports de droit civil qui doivent être appliqués. A teneur de l'art. 9, la puissance paternelle est régie par la loi du domicile. La déchéance de la puissance paternelle est donc régie par la même loi, et ce d'autant plus qu'il s'agit là d'une mesure de protection à l'égard de l'enfant, autrement dit, d'une mesure d'ordre public. Le fait que la déchéance de la puissance paternelle entraînerait l'ouverture de la tutelle — laquelle est soumise à la loi nationale du mineur — ne fait pas obstacle à ce que le tribunal du domicile prononce sur la question de déchéance. Une fois celle-ci prononcée, c'est d'après la loi nationale du mineur qu'il faudra apprécier si la déchéance de la puissance paternelle donne lieu à ouverture de tutelle (art. 5 Convention) et l'Autorité tutélaire procédera en conformité des art. 7 et 8 de la Convention et, au besoin, en conformité de l'art. 3. Quant à la loi française de 1889, invoquée par la recourante, elle renferme des dispositions de droit interne, mais non des règles de droit international. Il résulte des considérations ci-dessus que c'est à tort que l'Autorité tutélaire s'est déclarée incompétente. Il y a lieu d'annuler la décision et de lui renvoyer l'affaire pour être instruite et jugée au fond...

Je certifie que cette annexe est une copie exacte de l'original.

(Signé) SVEN DAHLMAN,
Agent du Gouvernement
du Royaume de Suède.
