

OPINION DISSIDENTE DE M. WINIARSKI

A mon grand regret, je ne puis me rallier à l'arrêt, et je crois devoir indiquer le plus brièvement possible les raisons de mon dissentiment.

La Cour est en présence d'un cas particulier, bien individualisé et que j'ai toute raison de considérer comme exceptionnel. Pour voir si les conclusions de la Partie demanderesse sont fondées en droit, la Cour, comme elle l'a toujours fait, doit scruter soigneusement les faits qui sont à l'origine de la situation en litige et qui la caractérisent; elle doit examiner tous les faits du dossier, y compris les lois nationales des Parties et leur application, pour décider si ces lois, telles qu'elles ont été appliquées par les autorités nationales, sont ou ne sont pas en opposition avec les obligations internationales de l'État.

1. La décision des autorités administratives suédoises du 26 avril 1954 est basée sur l'article 22 *a* de la loi suédoise de 1924 sur la protection de l'enfance et de la jeunesse. Les alinéas *b*, *c* et *d* visent des cas beaucoup plus graves de pré-délinquance et de délinquance juvénile. Par contre, l'alinéa *a* vise le cas d'« un enfant en dessous de 16 ans qui dans sa maison familiale est maltraité ou exposé à une négligence sérieuse ou à un autre danger concernant sa santé physique ou morale ». Comme les documents du dossier ne font pas état de mauvais traitements ou de négligences sérieuses dont la mineure aurait été la victime, il s'ensuit que la seule raison de la prise en charge de la mineure par l'office des mineurs est constituée par « le danger concernant sa santé physique ou morale ». En effet, ce motif revient dans la décision de la Cour suprême administrative du 5 octobre 1954: « Il est évident qu'actuellement un transfert de l'enfant dans un milieu entièrement nouveau pour elle mettrait gravement sa santé morale en danger. »

La décision administrative du 26 avril 1954 a été prise pendant la brève période de la tutelle suédoise organisée à la demande du père de la mineure. Il n'est pas contesté que les autorités administratives suédoises ont agi correctement en appliquant à ce moment à la mineure la mesure d'éducation protectrice; il faut l'admettre encore pour le maintien de la mesure pendant la période confuse de transition où, à côté de la tutelle suédoise, existait la tutelle du père-tuteur organisée aux Pays-Bas.

Mais la situation a entièrement changé par suite de deux décisions judiciaires: le 5 août 1954, le Tribunal néerlandais de première instance de Dordrecht décharge le père de la tutelle, nomme une tutrice et « ordonne que ladite enfant soit remise à ladite tutrice »; le 16 septembre de la même année, le Tribunal suédois de première

instance de Norrköping, vu le jugement de Dordrecht, « ordonne que la tutelle ... ne soit plus réglée conformément à la loi suédoise » ; il laissait ainsi la place à la tutelle au sens de la Convention de 1902.

Dès ce moment, la situation est claire : par les décisions judiciaires concordantes de Dordrecht et de Norrköping, la seconde donnant suite à la première, la tutelle de la mineure est réglée par la loi néerlandaise conformément à la Convention.

2. Il faut rappeler ici l'article premier de cette Convention :

« La tutelle d'un mineur est réglée par sa loi nationale »,

ainsi que l'article 6, alinéa 1 :

« L'administration tutélaire s'étend à la personne et à l'ensemble des biens du mineur, quel que soit le lieu de leur situation. »

L'alinéa 2 statue que cette règle peut recevoir exception quant aux immeubles d'une certaine catégorie mais il ne prévoit pas d'exception quant à la personne. Aucun effort d'interprétation ne pourrait faire dire à ces textes clairs autre chose que ce qu'ils disent. La Convention était ouverte seulement aux États représentés à la Troisième Conférence de droit international privé et les membres de la petite famille des nations qui se sont liés par cette Convention ont sur la tutelle un très vieux fonds commun d'idées et de principes, qui a été formulé dans le droit romain : *Tutor non rebus dumtaxat, sed et moribus pupilli praeponitur*. Et encore : *Personae, non rei vel causae datur tutor*.

Il faut noter aussi que la disposition de l'article 6, alinéa 1, ne constitue pas une règle de conflit de lois. Elle contient une règle de fond commune, en accord avec l'intention des États contractants formulée dans le préambule :

« Désirant établir des dispositions communes pour régler la tutelle des mineurs. »

3. La légalité de la tutelle néerlandaise n'est pas contestée par la Suède, mais elle est respectée seulement en ce qui concerne l'administration des biens et la représentation légale. Par contre, le fait est — et ce fait a été reconnu par le défendeur — que la tutrice néerlandaise ne peut obtenir la remise de la mineure, à quoi elle a incontestablement droit en vertu de la loi néerlandaise obligatoire pour les deux parties en vertu de la Convention ; son droit se heurte à la mesure administrative suédoise prise et maintenue par une autorité qui détient, comme il a été dit, « une parcelle de la puissance publique ». Le défendeur a reconnu dans son contre-mémoire que la mesure prise à Norrköping « fait obstacle » à ce que le droit de garde soit exercé par la tutrice régulièrement instituée. Les décisions judiciaires concordantes des deux pays ne peuvent pas

recevoir exécution du fait de l'administration suédoise et ceci sur le point essentiel des droits relatifs à la personne: le droit de garde, en vertu duquel le tuteur peut fixer l'endroit où il résidera avec son pupille ou l'envoyer ailleurs, et aussi, nécessairement, le droit d'éducation.

Or, si la prise en charge de la mineure pour éducation protectrice était légitime au moment où elle a été appliquée, sa légalité peut être contestée du moment: 1° que le tribunal suédois informé de l'institution de la tutelle néerlandaise a reconnu cette tutelle comme régulièrement constituée et a annulé la tutelle suédoise, et 2° que la tutrice a demandé la remise.

A la rigueur, on peut admettre que si les autorités suédoises avaient voulu trouver dans la Convention une disposition pour justifier la mesure imposée, elles auraient pu la chercher dans l'article 7 ainsi conçu:

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

Pendant, le Gouvernement suédois n'a pas invoqué l'article 7. En effet, le caractère de la mesure telle qu'elle a été maintenue depuis quatre ans et demi exclut toute idée d'urgence, même si par ailleurs l'éducation protectrice pouvait être envisagée comme répondant aux conditions de l'article 7.

4. Comme la Cour, je ne considère pas la mesure administrative suédoise comme une tutelle rivale qui constituerait une violation directe et formelle de la Convention; mais il m'est impossible de n'y voir qu'une certaine limitation temporaire de l'exercice par la tutrice de son droit — et devoir — de garde et d'éducation. Cette mesure empiète profondément sur les attributs de la tutelle nationale garantis par la Convention et, dans les conditions de l'espèce, n'est pas compatible avec celle-ci.

La mineure avait neuf ans quand elle a été prise en charge par les autorités administratives suédoises. Au moment où la Cour prononce sur la présente affaire, elle en a treize et demi. La mesure a donc déjà duré quatre ans et demi. Rien dans le dossier n'indique que la levée en soit envisagée prochainement par les autorités qui l'ont décrétée; la dernière décision en la matière, où la Cour suprême administrative dit brièvement que la mineure a toujours besoin d'être en éducation protectrice, remonte au 26 février 1956; elle a donc été prise il y a deux ans et huit mois. C'est dire que l'éducation protectrice est appliquée à la mineure à l'âge où cette mesure doit nécessairement lui imprimer définitivement, sans retour possible, une orientation personnelle, familiale, professionnelle et nationale.

Or c'est cela qui constitue l'essence de la tutelle, le principal devoir et aussi le droit de la tutrice.

5. Je ne saurais me contenter de la constatation que la Convention de 1902 a pour but de régler le conflit de lois civiles, que le cas soumis à la Cour n'est pas un cas de conflit de lois, que, par conséquent, on ne peut pas considérer la mesure maintenue par les autorités suédoises comme incompatible avec les obligations internationales de la Suède.

Tout d'abord, je rappelle ce que je viens d'indiquer, que la disposition de l'article 6, alinéa 1, de la Convention n'est pas une règle de conflit de lois, mais une règle de fond commune. Ensuite, il m'est difficile d'admettre que la matière de la loi suédoise soit en dehors de ce qui est l'objet de la Convention et que, quoi que les autorités suédoises fassent dans l'application de cette loi, cela ne peut en rien contrevenir à la Convention; car la matière commune de la loi et de la Convention est, en dernière ligne, le mineur. On ne saurait affirmer d'emblée que puisqu'une loi a un but ou un objet différent elle ne peut pas aller à l'encontre de la Convention dont, en fait, elle paralyse les effets ou rend l'exécution impossible. Je ne parle pas des cas où un État, sans violer directement un traité, le tient en échec par des moyens indirects en édictant ou en utilisant des lois et règlements ayant apparemment un but différent, mais qui pratiquement rendent les dispositions du traité sans valeur. La loi suédoise de 1924 n'est sans doute pas incompatible comme telle avec la Convention de 1902; mais notre affaire indique que de la manière dont la loi est appliquée dans un cas déterminé peut résulter une collision entre elle et la Convention.

6. Assurément, la Convention ne peut pas avoir pour effet l'immunité du mineur et du tuteur étranger au regard de l'ensemble de la législation locale. Sans parler des lois de police et de sécurité, des lois sur l'entrée et le séjour des étrangers, du contrôle des changes, etc., qui n'ont aucun rapport avec la tutelle et qui s'étendent indifféremment à toutes les personnes se trouvant, même pour un bref séjour, dans le territoire de l'État, il n'est pas contestable que certaines dispositions législatives considérées d'intérêt public en matière de mineurs peuvent s'appliquer aux mineurs étrangers résidant dans le pays. Comme la Cour, j'admets que la loi suédoise de 1924 appartient à cette catégorie de lois. Mais les conditions dans lesquelles ces lois sont appliquées aux mineurs étrangers ne sont pas indifférentes, et c'est l'application de ces lois qui décide de leur conformité avec les obligations internationales de l'État.

Quelques décisions de la Cour suprême des Pays-Bas citées au cours de la procédure mettent en relief une de ces conditions qui est d'une pertinence directe pour le cas décidé par la Cour. Elles soulignent la nécessité de protéger la société « chaque fois que des en-

fants se trouvant sur le territoire se trouvent en danger du fait des parents »; « l'intérêt de la société que les enfants ne grandissent pas ici de manière qu'ils soient menacés de déchéance morale ou physique ». Völlmar, en résumant la jurisprudence néerlandaise, répète soigneusement ces précisions : enfants *résidant dans le pays*, situation qui peut naître *ici*.

Mais autre chose est d'appliquer la mesure administrative tant que le mineur réside dans le pays pour une raison ou pour une autre, par exemple par la volonté du père ou du tuteur; et autre chose est de retenir le mineur dans le pays pour maintenir la mesure. Un exemple permet de mettre en lumière le problème.

Supposons que la loi de l'État de résidence pourra écarter la *lex tutelae* en imposant au mineur l'instruction primaire obligatoire jusqu'à un âge plus avancé que celui de sa loi nationale, soit seize ans au lieu de quatorze ans. Le mineur vient d'accomplir sa quatorzième année. Si le tuteur voulait retourner avec son pupille dans leur patrie parce que l'instruction primaire n'y est pas obligatoire au-delà de quatorze ans et que le pupille pourrait commencer à travailler, les autorités locales ne pourraient certainement pas s'opposer au départ du mineur pour le faire bénéficier de deux années de plus de l'instruction obligatoire déjà commencée; elles ne pourraient les empêcher légitimement de changer de résidence.

Or il ressort du dossier, sans le moindre doute possible, que les autorités administratives suédoises n'appliquent pas à la mineure la mesure d'éducation protectrice *parce que* cette mineure a sa résidence en Suède, mais qu'elles retiennent cette étrangère en Suède *pour* la soumettre à l'éducation protectrice. Cette manière d'appliquer la loi doit être reconnue franchement incompatible avec les obligations assumées par la Suède dans la Convention.

Ce qui paraît aussi résulter du dossier, c'est que la mesure en question n'est pas motivée par l'insuffisance supposée de la tutelle néerlandaise (article 22 *a*) au cas où la mineure serait remise à sa tutrice chez qui elle a déjà son domicile légal. En effet, la tutelle néerlandaise fonctionnant sous le contrôle efficace des autorités nationales ne donne pas moins de garanties de la protection des intérêts de la mineure que l'éducation protectrice suédoise; la question de l'application de l'éducation protectrice suédoise par les autorités néerlandaises ou vice versa ne se pose évidemment pas; d'ailleurs, les Pays-Bas possèdent une législation sur la protection de l'enfance et de la jeunesse sensiblement analogue à celle de la Suède.

7. Il faut relever que dans les décisions judiciaires suédoises concernant la mineure, il n'a jamais été question de l'ordre public. Le jugement du tribunal de Norrköping annulant l'enregistrement de la tutelle suédoise et maintenant le curateur parle de l'intérêt de la mineure; la Cour d'appel de Göta, confirmant la décision de la

première instance, examine l'intérêt de la mineure et décide « vu, en particulier, les liens étroits entre Elisabeth et la Suède ». La Cour suprême, annulant les derniers vestiges de la tutelle suédoise en déchargeant le curateur, dit simplement que ce n'est pas un cas de nécessité majeure comme l'avait estimé le tribunal de première instance.

L'intérêt du mineur est la *ratio legis*, l'objet, le but de la disposition législative ou conventionnelle. Les instances judiciaires suédoises, qui seules pouvaient le faire, n'ont pas fait usage de l'exception d'ordre public. La Cour ne peut pas se substituer au juge national pour décider sur ce qu'exige l'ordre public de son pays.

Dans sa duplique, en modifiant partiellement sa position, le défendeur a déclaré qu'à tort le demandeur vise l'ordre public au sens précis que ce terme a en droit international privé.

« Il ne s'agit de rien de semblable en l'espèce... 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 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. »

La distinction en elle-même est fondée. Quant à la thèse, j'y reviendrai avant de conclure.

8. La Convention de 1902, bien qu'elle règle des matières de droit privé, est une convention de droit international public et, comme toute convention internationale, crée des droits et des obligations pour les États qui l'ont conclue; elle lie les États dont les tribunaux et les autorités administratives sont les organes. En signant cette Convention, les États contractants pouvaient considérer comme une chose certaine que non seulement les décisions de leurs tribunaux seraient conformes aux règles que cette Convention énonce, mais que l'exécution de ses décisions serait effectivement assurée par l'État du juge.

Il est tout naturel que le Gouvernement néerlandais ait pris fait et cause pour ses ressortissants, car il défend ainsi son propre droit garanti par la Convention de 1902 et méconnu par les autorités suédoises.

Par la Convention, les Pays-Bas ont acquis le droit à ce que la tutelle de leurs mineurs soit réglée par leur loi nationale et qu'en particulier le droit concernant la personne, droit de garde et d'éducation, soit traité comme inséparable de la tutelle. Ils ont acquis ce droit non pas par rapport aux tribunaux suédois, mais par rapport

à l'État suédois auquel il appartient de veiller à ce que la manière dont sa loi nationale est appliquée par ses organes administratifs ne rende pas inopérante la décision qu'il a rendue, conformément à la Convention, par l'organe de ses tribunaux. Les décisions des tribunaux ont été conformes à la Convention; à supposer que les autorités administratives puissent hésiter entre deux manières possibles d'appliquer la loi, l'État doit préférer celle qui ne l'expose pas à une collision avec ses obligations internationales.

9. La solution à laquelle je donne ma préférence n'implique ni une interprétation ni une critique de la loi suédoise. La Cour permanente, dans un de ses premiers arrêts, avait formulé à cet égard son attitude, dont elle ne s'est jamais départie :

« La Cour n'est certainement pas appelée à interpréter la loi polonaise comme telle, mais rien ne s'oppose à ce qu'elle se prononce sur la question de savoir si, en appliquant ladite loi, la Pologne agit ou non en conformité avec les obligations que la Convention peut lui imposer envers l'Allemagne. » (Intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise, A, n° 7, p. 19.)

En ce qui concerne les rapports entre un engagement international et la loi interne, la Cour permanente s'est prononcée à plusieurs reprises :

« C'est un principe généralement reconnu du droit des gens que, dans les rapports entre Puissances contractantes d'un traité, les dispositions d'une loi interne ne sauraient prévaloir sur celles du traité. » (Communautés gréco-bulgares, B, n° 17, p. 32.)

Et encore :

« Il est constant que la France ne saurait se prévaloir de sa législation pour restreindre la portée de ses obligations internationales. » (Zones franches, A/B, n° 46, p. 167.)

On a indiqué devant la Cour que la loi suédoise est une loi de droit public. A cet égard, la Cour permanente énonce :

« Un État ne saurait invoquer vis-à-vis d'un autre État sa propre constitution pour se soustraire aux obligations que lui imposent le droit international ou les traités en vigueur. » (Traitement des nationaux polonais à Dantzig, A/B, n° 44, p. 24.)

La constitution est la loi de droit public par excellence.

Je parviens donc à la conclusion que la Cour devrait retenir la première conclusion du Gouvernement des Pays-Bas.

La seconde conclusion du Gouvernement des Pays-Bas constitue une simple conséquence juridique de la première. Le Gouvernement qui par sa mesure administrative a créé une situation irrégulière est obligé de la faire cesser.

(Signé) B. WINIARSKI.