

## RAPPORT EXPLICATIF

PRÉSENTÉ PAR M. W. DE STEIGER \*

### A. INTRODUCTION

La *Convention concernant la compétence des autorités et la loi applicable en matière de protection des mineurs* est le fruit des délibérations de la Neuvième session de la Conférence de La Haye de droit international privé, qui s'est tenue du 5 au 26 octobre 1960. Elle a été élaborée par la Troisième commission placée sous la présidence de M. G. Holleaux, Conseiller à la Cour de Cassation de France<sup>1</sup>.

Avant d'aborder le commentaire de la convention, il convient de souligner que la Neuvième session n'aurait pas pu parvenir au résultat atteint si elle n'avait pu s'appuyer sur de solides travaux préparatoires, et tout particulièrement sur l'avant-projet rédigé en mars 1960 par une Commission spéciale, ainsi que sur le rapport très clair et très objectif de la main de M. L. Marmo, Conseiller à la Cour d'Appel, Professeur agrégé de droit international à l'Université de Rome<sup>2</sup>. Malgré le temps assez bref qui s'est écoulé entre la réunion de la Commission spéciale et l'ouverture de la Session plénière, cinq Gouvernements, ainsi que le Service social international, ont fait parvenir des observations sur l'avant-projet et le rapport de la Commission spéciale<sup>3</sup>.

Si la Neuvième session a modifié l'avant-projet sur de nombreux points, elle en a tout de même maintenu les principes fondamentaux et le système général.

La Commission spéciale de son côté a pu s'appuyer sur les travaux entrepris dès 1956 par la Commission d'Etat néerlandaise et le Bureau Permanent de la Conférence. Rappelons que la Huitième session de 1956, après une brève discussion, avait décidé d'entamer la modernisation des anciennes Conventions en matière de droit de famille par la révision de la *Convention pour régler la tutelle des mineurs* du 12 juin 1902<sup>4</sup>. En 1958 un *Mémoire*<sup>5</sup> et un *Questionnaire*<sup>6</sup> furent adressés aux Gouvernements des Etats membres. Simultanément, le Bureau Permanent effectua une enquête dans les milieux de la pratique de nombreux pays et auprès d'organisations internationales non gouvernementales spécialisées en la matière. Cette enquête permit de dresser un *Inventaire des questions soulevées*<sup>7</sup>, qui, avec les réponses des Gouvernements au *Mémoire* et au *Questionnaire*<sup>8</sup>, fut soumis à la

---

\* Professeur à l'Université de Berne, Rapporteur de la troisième commission.

<sup>1</sup> La séance plénière de la Conférence n'a modifié le texte de la Commission que sur deux points ayant trait au domaine de la convention et qui seront discutés à propos des articles 17 et 18, *infra* p. 29, et s.

<sup>2</sup> Voir Avant-projet de convention et voeu adoptés par la Commission spéciale et rapport de M. LUIGI MARMO, document préliminaire N° 6 d'avril 1960 (cité par la suite: Rapport de M. MARMO).

<sup>3</sup> Voir Observations relatives à l'avant-projet de convention établi par la Commission spéciale et au rapport de M. LUIGI MARMO; document préliminaire N° 7 de septembre-octobre 1960.

<sup>4</sup> Voir *Actes de la Huitième session (1956)*, p. 251-252, 253-258, 271-272, 292, 326-328, 357.

<sup>5</sup> *Mémoire* relatif à l'élaboration d'une Convention internationale sur la tutelle des mineurs; document préliminaire N° 1 de septembre-octobre 1958.

<sup>6</sup> *Questionnaire*; document préliminaire N° 2 d'octobre 1958.

<sup>7</sup> *Inventaire des questions soulevées*; document préliminaire N° 3 de novembre 1959.

<sup>8</sup> *Résumé des observations et réponses des Gouvernements sur le Mémoire et le Questionnaire*; document préliminaire N° 4 de décembre 1959.

Commission spéciale. Celle-ci disposa en plus d'un document établi par le Service social international sur la base d'une enquête parmi ses nombreux collaborateurs<sup>1</sup>. Ce document contient la relation d'une série de cas illustrant les difficultés de la pratique, et les conclusions que le Service social international en a dégagées. En raison de sa grande expérience pratique, cette Organisation a été invitée à déléguer des observateurs aux travaux de la Commission spéciale et de la Neuvième session. Leur collaboration a été très appréciée.

Enfin, la Commission spéciale a eu sous les yeux l'avant-projet de *Convention on the Custody of Infants* rédigé par le *Family Relations Committee* de l'*International Law Association*, tandis que la Neuvième session a disposé du projet modifié adopté en août 1960 à la Conférence de Hambourg de l'*International Law Association* avec la recommandation de le transmettre à la Conférence<sup>2</sup>.

## B. APERÇU GÉNÉRAL

### I. RÉVISION TOTALE

Tout d'abord il y avait lieu de décider si une simple révision de la Convention de 1902 pouvait suffire pour la porter à la hauteur de sa tâche, ou si une révision totale s'imposait. Suivant les recommandations de la Commission spéciale, la Conférence adopta la deuxième solution. En effet, en 1960 on se trouve devant une situation très différente de celle qui existait en 1902, et ceci aux points de vue tant sociologique que juridique.

Alors qu'en 1902 la société humaine présentait encore – du moins dans les Etats parties à la Convention – un caractère relativement stable, c'est l'instabilité qui caractérise la société de nos jours. Aux mouvements de migration normaux qui se développent fortement s'ajoutent l'exode de populations entières, le recrutement toujours croissant de main d'oeuvre étrangère, le stationnement de troupes en dehors de leur pays et maints autres facteurs qui ont pour conséquence un déracinement, plus ou moins durable, de groupes humains. Il est évident que, dans ces conditions, les cas dans lesquels des enfants ne jouissent pas de la protection normale de la part de leurs parents deviennent de plus en plus fréquents. Le tableau serait cependant incomplet, si l'on ne faisait pas mention d'un autre facteur qui contribue à accentuer les dangers menaçant notre jeunesse: Le relâchement des liens de famille qui se manifeste dans le nombre croissant des cas de divorce, de séparation – judiciaire ou de fait – ou, tout simplement, dans un affaiblissement du sens de la responsabilité des parents vis-à-vis de leurs enfants. Cette évolution appelle à son tour des interventions toujours plus fréquentes et de nature très diverse de la part des autorités, et ceci tant sur le plan national que sur le plan international.

Les transformations de la structure sociale dont il vient d'être question ont eu pour conséquence inévitable une évolution marquée de la législation concernant la protection des enfants. Aux institutions classiques de la tutelle et de la curatelle sont venues s'ajouter d'autres mesures, telles que le retrait de la garde de l'enfant, son placement auprès d'autres personnes ou dans un établissement, l'éducation protectrice. Ces mesures ont leur place quelquefois dans les codes civils, quelquefois en dehors de ceux-ci. Alors qu'en 1902 on pouvait à la rigueur ne penser qu'à la tutelle proprement dite il résulte de ce développement

<sup>1</sup> Observations du Service social international; document préliminaire N° 5 de février 1960.

<sup>2</sup> Voir THE INTERNATIONAL LAW ASSOCIATION, *Report of the Forty-Eighth Conference, Hamburg 1960*.

qu'en 1960 une convention ayant pour but la protection des enfants doit tenir compte de toutes ces autres mesures qui, d'ailleurs, sont appliquées plus fréquemment, et souvent avec plus d'efficacité, que la tutelle.

Sur le plan international, enfin, on ne pouvait perdre de vue que les règles de conflits donnent toujours plus d'importance aux liens qui rattachent une personne à la société dans laquelle elle vit effectivement, donc à son domicile ou sa résidence habituelle. Cette tendance se manifeste aussi bien dans la jurisprudence de nombreux pays que dans les conventions internationales<sup>1</sup>.

Il résulte de tout ce qui précède que seule une révision totale de la Convention de 1902, ou plus exactement une nouvelle convention, pouvait tenir compte des conditions actuelles – sociologiques et juridiques – en matière de protection des mineurs.

Le système de la Convention de 1902, consacrant le principe dit de la nationalité et ne faisant intervenir la loi de la résidence habituelle qu'à titre d'exception, ne pouvait plus être maintenu dans une nouvelle convention. L'expérience a d'ailleurs montré que, sur ce point, la règle principale du Traité de 1902 était de moins en moins appliquée.

Dans de nombreux cas l'Etat dont le mineur était ressortissant (Etat national) abandonnait la tutelle à l'Etat de la résidence habituelle. Ainsi, il a fallu renverser l'ordre des rattachements en faisant intervenir, en premier lieu, les autorités de l'Etat de la résidence habituelle qui, il faut le reconnaître, sont en général mieux à même d'apprécier la situation dans laquelle se trouve un mineur, ainsi que les mesures de protection indiquées en l'espèce.

Ce sont ces autorités qui connaissent le milieu social dans lequel vit le mineur aussi bien que les personnes appelées à le prendre en charge. Au moyen de l'appareil d'investigations (assistantes sociales, etc.) qui est de plus en plus fréquemment mis à la disposition des autorités chargées de la protection de l'enfance, celles-ci pourront se faire une image précise de la situation et entendre personnellement les principaux intéressés. Au contraire, une telle enquête serait très longue et difficile à effectuer pour des autorités d'un pays autre que celui où résident le mineur et sa famille. Dans la plupart des cas elles se borneront à des renseignements écrits qui seront long à obtenir et fréquemment incomplets. Les avantages de la compétence des autorités de la résidence habituelle se retrouvent lorsqu'il s'agit de surveiller la bonne exécution des mesures prises. Celle-ci sera beaucoup plus efficace si le mineur, le tuteur et les autorités devant surveiller ce dernier se trouvent dans le même lieu, ou du moins dans le même pays. Si par contre le mineur se trouvait dans un autre, le tuteur serait bien surveillé, mais il risquerait, comme les autorités elles-mêmes, d'avoir peu d'emprise sur le mineur. D'autre part, si le mineur et le tuteur étaient dans le même pays, mais les autorités responsables dans un autre, l'efficacité du contrôle deviendrait douteuse.

Ceci dit, il importe cependant de relever que les auteurs de la nouvelle convention n'ont nullement voulu prendre position de manière générale dans la controverse qui divise les adhérents au principe de la nationalité et les partisans d'un droit international privé fondé sur le domicile. Ils se sont laissé guider uniquement par le but pratique de la convention : la protection du mineur. Ils ont aussi eu une entière compréhension pour la situation des Etats attachés au principe de la nationalité et leur souci de maintenir dans la mesure du possible les liens qui rattachent leurs ressortissants vivant à l'étranger à leur patrie et à leurs familles. Aussi la nouvelle convention laisse-t-elle intervenir les autorités et la loi de l'Etat dont le mineur est ressortissant dans tous les cas où, de l'avis de ces autorités, le

<sup>1</sup> Cf. par exemple *Convention sur la loi applicable aux ventes à caractère international d'objets mobiliers corporels* du 15 juin 1955, et *Convention sur la loi applicable aux obligations alimentaires envers les enfants* du 24 octobre 1956.

besoin s'en fait sentir. En contrebalançant ainsi la règle principale par la possibilité, pour les autorités nationales, de prendre l'affaire en main, la nouvelle convention crée un état d'équilibre qui devrait permettre à tous les pays d'y adhérer, qu'ils suivent l'un ou l'autre desdits principes du droit international privé ou, encore, qu'ils ne veuillent se laisser lier, en matière de protection des mineurs, par aucun d'eux.

## II. COMPÉTENCE ET LOI APPLICABLE

Les points de départ signalés ci-dessus et les idées générales dont s'inspire la convention se manifestent surtout dans l'attribution des compétences et la détermination de la loi applicable.

La convention part de la compétence qu'elle attribue en première ligne aux autorités de l'Etat de la résidence habituelle (article premier). Celles-ci prendront les mesures prévues par leur *loi interne* (article 2). Ainsi les autorités appliqueront toujours leur propre loi – unité de *forum* et *jus* – ce qui est certainement un grand avantage<sup>1</sup>.

Ce principe subit toutefois une exception dans ce sens que la loi nationale (interne) du mineur sera respectée, lorsque des rapports d'autorité en résultent de plein droit (rapports dits *ex lege*, article 3).

D'autre part, les autorités de l'Etat national sont compétentes si l'intérêt du mineur l'exige, pour prendre son sort en main et appliquer à son égard des mesures prévues par leur loi interne (article 4) – de nouveau unité de *forum* et *jus*. Toutefois, les autorités de l'Etat de la résidence habituelle du mineur redeviennent compétentes et prendront les mesures prévues par leur loi interne, si et pour autant que, par l'application de la loi nationale du mineur, celui-ci était sérieusement menacé dans sa personne ou dans ses biens (article 8).

Ce tableau sommaire des compétences juridictionnelles et législatives – elles seront discutées plus en détail lors de l'analyse des dispositions de la convention<sup>2</sup> – serait incomplet si l'on ne mentionnait pas les cas d'urgence, dans lesquels chaque Etat contractant, quelles que soient la résidence habituelle du mineur ou sa nationalité, est compétent pour prendre les mesures dictées par la situation (article 9).

Enfin, il y a lieu de relever ici la possibilité pour les autorités compétentes de confier la mise en oeuvre des mesures prises aux autorités d'un autre Etat contractant (article 6).

## III. NATURE PARTICULIÈRE DE LA CONVENTION

En vue de l'application de cette convention il n'est peut-être pas inutile de relever sa nature particulière, qui la distingue en quelque sorte d'autres conventions dans le domaine du droit international privé. En effet, une convention ayant pour but la protection des mineurs sur le plan international sera dans une large mesure un instrument de politique sociale. Son succès dépendra avant tout de l'esprit dans lequel ses dispositions seront appliquées, d'une appréciation judicieuse des cas individuels par les autorités compétentes et surtout d'une collaboration efficace entre toutes les autorités intéressées à un cas déterminé. En effet, les représentants du Service social international ont bien fait comprendre que c'est souvent le manque de collaboration et d'échanges de vues entre les

<sup>1</sup> Voir *infra* p. 14.    <sup>2</sup> *Infra* p. 12 et s.

autorités intéressées qui est la cause de décisions malheureuses ou de l'absence de décisions nécessaires. C'est pourquoi la convention insiste à plusieurs reprises sur la nécessité d'un «service de renseignements» mutuel, qu'il s'agisse soit de mesures à prendre, soit de mesures prises (*cf.* notamment articles 10 et 11).

D'autre part, il a fallu tenir compte du fait que ce ne seront pas toujours des autorités judiciaires, expertes en la matière, qui auront à appliquer la convention, mais bien souvent (selon la législation interne des pays contractants) des autorités administratives, quelquefois d'un échelon inférieur – et ceci vaut même pour des autorités dites de surveillance – ainsi que des organisations semi-officielles ou privées et leurs nombreux collaborateurs. Ces personnes seront fréquemment consultées soit par le public, soit par les autorités, et devront même prendre des initiatives. Elles ne peuvent exercer leurs fonctions utilement que si les principes et les dispositions de la convention leur sont suffisamment familiers. La simplicité devait donc être une des premières vertus de la réglementation à établir. Aussi les auteurs de la convention, tout en étant conscients de leur devoir de créer une base juridique solide, se sont-ils abstenus de légiférer trop en détail et ont-ils souvent renoncé à insérer des clauses concernant des situations particulières, afin d'éviter que la convention ne devienne trop «lourde». Il appartiendra aux autorités compétentes de régler les cas d'espèce, en s'inspirant de l'esprit de la convention, dont le premier et dernier but sera toujours la meilleure protection possible des mineurs.

#### IV. LE CHAMP D'APPLICATION DE LA CONVENTION

Le champ d'application de la convention est déterminé par les dispositions suivantes:

- a) Quant à son objet, c'est-à-dire quant aux mesures tendant à la protection d'un mineur, aux articles premier, 3 et 9.
- b) Quant à la personne, aux articles 12 (*mineur* au sens de la convention) et 13, alinéas premier et 3.
- c) Quant à l'espace, à l'article 13, alinéa 2.
- d) Quant au temps, à l'article 17.

Ces dispositions seront discutées lors de l'analyse de la convention <sup>1</sup>.

#### V. MATIÈRES EXCLUES DE LA CONVENTION

Il y a lieu de relever que la convention ne veut régler que les compétences des autorités et les lois applicables quant aux mesures prises tendant à la protection d'un mineur dans sa personne ou dans ses biens, à l'exclusion d'autres institutions ou rapports juridiques, qui sont quelquefois liés avec lesdites mesures, mais qui resteront soumis à leur propre statut. Ainsi l'on n'a pas voulu régler les conditions et les effets de l'adoption. La Neuvième session de la Conférence de La Haye a décidé dans sa séance du 26 octobre 1960 que cette matière serait portée à l'ordre du jour de la Dixième session <sup>2</sup>. Elle fera donc probablement l'objet d'une nouvelle convention.

<sup>1</sup> *Infra* p. 12 et s.

<sup>2</sup> Voir *Actes et Documents de la Neuvième session (1960)*, tome I (à paraître).

Quant aux mesures à prendre à l'égard de mineurs lors d'une dissolution du lien conjugal des parents, la convention prévoit une réserve que chaque Etat contractant peut faire et dont il sera question lors de la discussion de l'article 15. Enfin il y aura lieu de distinguer les effets des mesures au sens de la convention d'autres questions appartenant à l'état et à la capacité du mineur et soumises à leur propre régime juridique <sup>1</sup>.

### C. ANALYSE DE LA CONVENTION

#### I. ARTICLE PREMIER: COMPÉTENCE DE L'ÉTAT OÙ LE MINEUR A SA RÉSIDENCE HABITUELLE

a) Ainsi qu'il a été exposé <sup>2</sup>, la Convention part de la compétence pour prendre des mesures de protection et elle l'attribue aux autorités de l'Etat où le mineur a sa résidence habituelle, sous réserve des facultés données par les articles 3, 4 et 5, alinéa 3, aux autorités de l'Etat dont le mineur est ressortissant. Il appartient à l'Etat de la résidence habituelle de déterminer quelles sont ces autorités et leurs fonctions au point de vue du droit interne, ce qui est un problème surtout pour les pays à structure fédérale, composés d'Etats jouissant d'une autonomie plus ou moins grande <sup>3</sup>.

b) La convention ne définit pas le terme *mesures*, elle n'en donne pas même des exemples. En effet, on a très vite dû se rendre compte que ce serait là une tâche trop délicate parce que, comme il a déjà été dit <sup>4</sup>, les lois des divers pays connaissent des mesures d'un caractère très varié et appartenant à différents domaines du système juridique. Ainsi a-t-on été amené à renoncer à la distinction classique entre les mesures de droit privé et celles de droit public (pour exclure ces dernières du domaine de la convention). Aux fins de la convention cette distinction devient d'ailleurs sans objet, puisque chaque Etat compétent prendra les mesures prévues par sa loi interne (article 2, alinéa premier, article 4, alinéa premier), de sorte que la nature juridique de la mesure à prendre n'aura, sur le plan international, plus d'importance. On s'est donc borné à caractériser ces mesures par leur fonction: la protection d'un mineur dans sa personne ou dans ses biens. Cette *qualification par la fonction* <sup>5</sup> évite les redoutables conflits de qualification qui étaient, parmi d'autres, à l'origine de la fameuse affaire *Boll* <sup>6</sup>. Les termes: *mesures tendant à la protection de sa personne ou de ses biens* deviennent ainsi une notion autonome de la convention, tout à fait dégagée des institutions et notions que connaissent les lois nationales, et dont le sens résulte de son but. Il est bien entendu, cependant, que par *mesures tendant à la protection d'un mineur* la convention comprend des mesures individuelles, prises à l'égard d'une personne déterminée. Par contre les mesures prévues par le droit pénal ainsi que les prescriptions d'ordre général, prévues par la législation sociale, par exemple les lois concernant le travail des mineurs, les obligations scolaires, l'interdiction de fré-

<sup>1</sup> Voir *infra* p. 15 litt. c), second alinéa.    <sup>2</sup> *Supra* p. 10.

<sup>3</sup> Cf. l'article 14 pour la détermination de la loi nationale dans un tel pays, *infra* p. 27.    <sup>4</sup> *Supra* p. 8.

<sup>5</sup> Cf. H. BATIFFOL, *Aspects philosophiques du droit international privé*, Paris 1956, p. 40.

<sup>6</sup> *Affaire relative à l'application de la Convention de 1902 pour régler la tutelle des mineurs* (Pays-Bas c. Suède), Arrêt du 28 novembre 1958: COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE, *Recueil* 1958, p. 55.

quenter les cafés ou les cinémas, ne sont pas visées par la convention; elles ne regardent que l'Etat qui les a édictées et s'appliquent d'une façon autonome <sup>1</sup>. Cette distinction peut avoir son importance, par exemple dans les cas où l'Etat d'origine organise une tutelle pour un mineur ayant sa résidence habituelle dans un autre Etat (article 4), si les dispositions du tuteur se heurtent aux mesures prises par l'Etat de la résidence en vertu des lois dont il vient d'être question.

c) En rapport avec ce qui précède il y a lieu de mentionner la déchéance de la puissance paternelle. Alors que bien des mesures de protection peuvent être prises sans qu'il soit nécessaire de faire prononcer la déchéance de la puissance paternelle, d'autres, au contraire, présupposent cette déchéance; ainsi, au moins dans certaines législations, l'organisation d'une tutelle pour un enfant qui a encore ses parents. Dans ces cas, et ils sont malheureusement assez fréquents, la protection que veut faciliter la convention deviendrait illusoire, si les autorités de l'Etat de la résidence habituelle (ou, le cas échéant, les autorités du pays d'origine, selon l'article 4) ne pouvaient faire prononcer la déchéance de la puissance paternelle ou devaient appliquer à cet effet une loi étrangère. Il convient cependant de ne pas perdre de vue que dans tous les Etats membres de la Conférence cette procédure est entourée de garanties spéciales dont peuvent se prévaloir les parents qui veulent s'opposer à la déchéance. <sup>2</sup>

d) La résidence habituelle. La convention a choisi pour les motifs exposés plus haut <sup>3</sup> comme point de rattachement, tant pour la compétence que pour la loi applicable (article 2), la résidence habituelle du mineur. Par là elle suit de plus une tendance très marquée du droit international privé moderne et notamment des dernières conventions internationales <sup>4</sup>, de prendre comme critère non pas un concept juridique, mais une notion de fait. Ainsi on évite de nouveau les difficultés d'interprétation, qui surgiraient certainement, si l'on avait retenu comme point de rattachement le domicile, concept juridique, dont le contenu varie de pays à pays et dont une qualification autonome serait difficile à imposer. Mais il y a plus: le domicile d'un mineur n'est pas un domicile indépendant, il dépend au contraire du domicile des parents ou de celui des parents qui a la puissance paternelle. Or, le père peut avoir son domicile dans le pays A, alors que le mineur vit avec sa mère dans le pays B. Si c'était le domicile qui devait déterminer les autorités compétentes et la loi applicable, l'idée fondamentale de la convention – soumettre le mineur aux autorités qui peuvent le mieux apprécier la situation et à la loi du milieu

<sup>1</sup> NOTE PERSONNELLE DU RAPPORTEUR: Les mesures ressortissant au droit pénal sont aussi des mesures individuelles. On a néanmoins généralement été d'avis que le domaine de la convention devait s'arrêter là où commence celui du droit pénal. La question a surtout été discutée au sein de la Commission spéciale, mais une formule satisfaisante exprimant l'exclusion du droit pénal n'a pas pu être trouvée. Afin d'éviter des malentendus, il convient de préciser le point.

Les décisions pénales à l'encontre des mineurs poursuivent en général aussi un but de protection (éducation), mais elles diffèrent des mesures visées par la convention, en ceci qu'elles sont d'ordinaire la conséquence d'une infraction aux lois pénales et constituent, du moins dans leurs effets, une peine en même temps qu'une mesure. Or il est généralement reconnu que le droit pénal relève de la souveraineté territoriale et qu'un Etat ne saurait renoncer à son application à l'encontre de toute personne se trouvant sur son territoire, quelle que soit sa nationalité et sa condition personnelle (par exemple soumission à une tutelle nationale). Il convient donc d'interpréter le silence du texte dans ce sens que les sanctions prévues par les lois pénales ont le pas sur les mesures visées par la convention (sous réserve, évidemment, des mesures de protection qui pourraient s'ajouter aux mesures pénales). Etant donné que le rattachement principal à la résidence habituelle conduit le plus souvent aux mêmes compétences que le principe de la territorialité, les cas où la compétence pénale d'un Etat et la compétence conventionnelle d'un autre Etat pourraient entrer en conflit ne seront pas nombreux. Toutefois ils ne sont pas exclus dans les situations visées par l'article premier, et encore moins dans celles de l'article 4.

<sup>2</sup> Voir *Infra* p. 27 et s. la situation en cas de dissolution du lien conjugal des parents. <sup>3</sup> *Supra* p. 9.

<sup>4</sup> Voir *supra* p. 9 note 1. – La Convention pour régler la tutelle des mineurs du 12 juin 1902 consacre ce rattachement à titre subsidiaire à l'article 3.

social dans lequel il vit – risquerait de ne pas être réalisée. La résidence habituelle du mineur s'impose donc comme point de rattachement pour des raisons appartenant tant à la technique juridique qu'à la nature des choses.

La notion de *résidence habituelle* est certainement un peu vague et il est à prévoir qu'elle ne sera pas appréciée partout de la même manière. Mais les doutes diminuent si l'on retient qu'on peut parler de résidence habituelle lorsque le lieu en question constitue le centre effectif de la vie du mineur, et ceci surtout par rapport à d'autres lieux de résidence qui pourraient entrer en ligne de compte. La durée de la résidence en un lieu déterminé peut avoir son importance, mais ne sera pas en elle-même décisive. Un séjour, même prolongé, dans un établissement d'éducation ou un sanatorium ne constituera pas une résidence habituelle, si l'on peut constater que le mineur a encore des attaches sérieuses à un autre lieu. Ce qui importe avant tout, c'est de déterminer les compétences de telle manière que les intérêts du mineur trouvent leur meilleure protection.

## II. ARTICLE 2 : LOI APPLICABLE

a) Les autorités de la résidence habituelle *prendront les mesures prévues par leur loi interne*. Il avait été proposé au cours des délibérations d'abandonner le problème du droit applicable à l'Etat de la résidence habituelle, de sorte que ses autorités appliqueraient leur loi interne ou une loi étrangère, par exemple la loi nationale du mineur, selon leurs règles de droit international privé. Cette proposition ne fut cependant pas retenue, et c'est la loi interne de l'Etat de la résidence habituelle qui fut déclarée compétente. Cette solution, plus rigide, il faut l'admettre, répond mieux au souci de la convention de soumettre le mineur à la loi qu'on a jugée la plus adéquate pour sa protection, la loi de la société dans laquelle il vit. Elle présente, en outre, l'avantage d'être plus simple et plus claire. Ainsi l'Etat national saura sans difficulté à quel régime le mineur sera soumis, alors qu'il serait souvent assez compliqué de déterminer la loi applicable selon le droit international privé de l'Etat de la résidence habituelle, surtout si celui-ci suit le principe du domicile. Cet argument vaut à plus forte raison pour le commerce juridique : Aux termes de l'alinéa 2 de l'article 2 la loi interne régira aussi les effets des mesures au point de vue interne et externe, c'est-à-dire *à l'égard des tiers*. Or, la sécurité du commerce juridique est mieux servie si la loi applicable à ces rapports est déterminée directement par la convention que s'il faut chaque fois de nouveau consulter les règles de conflit de l'Etat de la résidence habituelle.

Il a déjà été signalé d'une part que c'est un grand avantage que de déterminer selon un même critère la compétence des autorités et la loi applicable <sup>1</sup> et d'autre part qu'il importait d'établir un instrument simple et clair afin de faciliter son application par des autorités qui ne seront pas toujours composées de juristes <sup>2</sup>. En effet, si les juges, du moins ceux des tribunaux supérieurs, ont fréquemment à appliquer le droit étranger, tel n'est pas le cas pour les autorités administratives. Il est même difficilement concevable qu'elles appliquent une loi étrangère, et si la convention ne réalisait pas l'unité de *forum* et *jus* son application risquerait de se heurter à des impossibilités pratiques. Soit dit en passant que la Convention de 1902, si elle ne distingue pas expressément la compétence et la loi

<sup>1</sup> *Supra* p. 10.    <sup>2</sup> *Supra* p. 10 et s.

applicable, a néanmoins voulu, selon la volonté clairement exprimée par ses auteurs, soumettre les deux questions au même droit <sup>1</sup>.

b) L'alinéa 2 précise la portée du principe posé à l'alinéa premier. C'est, d'abord, selon la loi interne de l'Etat de la résidence habituelle que se déterminent les conditions dont dépendent l'institution, la modification et la cessation des mesures en question. C'est à la lumière de la loi interne qu'il sera déterminé, par exemple, si en cas de partage d'une succession il y a lieu de nommer un curateur chargé de la sauvegarde des intérêts du mineur. Il importe, cependant, de relever qu'aux fins de la convention la question de savoir si une personne est mineure ou non, sera résolue selon les critères posés à l'article 12.

c) La loi interne de l'Etat de la résidence habituelle déterminera aussi les effets des mesures prises à l'égard d'un mineur, qu'il s'agisse des rapports entre le mineur et les personnes ou institutions qui en ont la charge (effets internes) ou des effets vis-à-vis des tiers (effets externes). Quant aux rapports internes, on peut citer, à titre d'exemple, la question de savoir si un mineur peut transférer sa résidence habituelle sans le consentement des autorités de tutelle. Quant aux effets externes, ce sont surtout les pouvoirs de représentation auxquels il faut penser. Ainsi, c'est la loi de la résidence habituelle qui dira si un tuteur peut acheter ou vendre des immeubles ou d'autres biens pour le compte du mineur, et si de pareilles transactions sont subordonnées au consentement d'une autorité tutélaire, d'un conseil de famille, ou non. Par ces règles la convention contribuera certainement à la clarté et la sécurité du commerce juridique, car il sera relativement facile, même pour des tiers résidant à l'étranger, de vérifier si, et dans quelle mesure, une personne a qualité pour agir au nom d'un mineur. C'est la loi de l'Etat de la résidence habituelle qui y répond, une seule loi, qui est, d'ailleurs, aussi celle en vertu de laquelle la personne en question (tuteur, curateur, personne à qui la garde est confiée) a été investie de ses pouvoirs.

Ceci dit, il y a lieu de préciser – pour tenir compte d'un souci manifesté au cours des délibérations de la Neuvième session par des adhérents au principe de la nationalité – que les dispositions de l'alinéa 2 ne portent pas atteinte au régime juridique auquel sont soumises d'autres matières qui ne font pas l'objet de la convention, telles que la capacité d'un mineur de se marier, de tester ou d'être adopté. Ce sera toujours la loi applicable selon le droit international privé de chaque Etat contractant qui dira si en principe de pareils actes juridiques sont subordonnés au consentement d'un tuteur ou d'une autorité tutélaire ou non. Mais, si le consentement est requis, ce sera la loi interne du pays de la résidence habituelle qui désignera les personnes ou autorités à qui il incombe de donner le consentement.

### III. ARTICLE 3 : RAPPORTS NÉS «EX LEGE»

a) L'article 3 est la première disposition faisant intervenir la loi nationale (interne) d'un mineur. Il traite des cas dans lesquels cette loi prévoit un régime juridique qui entre en vigueur de plein droit, c'est-à-dire sans qu'une intervention de la part d'une autorité soit nécessaire. Ainsi, dans certains pays (par exemple aux Pays-Bas) le conjoint survivant devient automatiquement le tuteur des enfants mineurs, tant pour leur biens que pour

<sup>1</sup> Voir e.a. *Actes de la Deuxième session (1894)*, p. 112, *Actes de la Troisième session (1900)*, p. 103; E. SIMON, *La tutelle des mineurs selon la Convention de La Haye du 12 juin 1902*, Lausanne 1919, p. 27 et s. N<sup>os</sup> 32-34; MEILI et MAMELOK, *Internationales Privat- u. Zivilprozessrecht auf Grund der Haager Konventionen*, Zurich 1911, p. 283.

leur personne. Dans d'autres pays (par exemple en Suisse), le conjoint survivant conserve la puissance paternelle dans toute son étendue (ce régime ne valant dans certains pays que pour le père survivant, alors que la mère devient tutrice légale). Ailleurs encore, un enfant illégitime est placé de par la loi sous la protection d'une autorité (par exemple du *Jugendamt* en Allemagne). Dans le même ordre d'idées on peut citer la *tutelle des ascendants* prévue par la loi française pour le mineur qui a perdu ses deux parents, sans que ceux-ci aient déjà choisi un tuteur. Dans tous ces cas, le mineur est soumis, de par la loi, à l'autorité de certaines personnes – que cette autorité prenne la forme de la puissance paternelle, de la tutelle totale ou partielle – dès que les conditions prévues par la loi sont réalisées en l'espèce. En vertu de l'article 3, de tels rapports d'autorité prévus par la loi nationale du mineur seront reconnus dans tous les autres Etats contractants. Ainsi, la veuve néerlandaise restera tutrice de ses enfants mineurs et exercera la tutelle selon la loi néerlandaise, alors même que les enfants auraient leur résidence habituelle en Suisse. En revanche, la veuve suisse gardera la pleine puissance paternelle sur ses enfants mineurs, même si ces derniers ont leur résidence habituelle aux Pays-Bas.

En adoptant la solution consacrée à l'article 3, on a voulu tenir compte, d'une part du souci du législateur national de conserver les liens qui unissent un mineur avec sa famille, d'autre part du fait qu'il est désirable de maintenir un régime légal une fois né, les changements de régime pouvant facilement créer des confusions ou des complications. Ce souci d'assurer, dans la mesure du possible, la continuité des rapports d'autorité ou des mesures prises, trouve son expression aussi dans l'article 5.

b) La règle posée à l'article 3 ne vaut cependant que sous réserve des compétences exceptionnelles accordées par l'article 8 aux autorités de la résidence habituelle. S'il devait s'avérer que la protection accordée par les autorités et la loi nationales est insuffisante à un degré tel que le mineur est menacé d'un danger sérieux dans sa personne ou dans ses biens, les autorités de l'Etat de la résidence habituelle pourraient prendre les mesures de protection dictées par la situation. Ainsi si le conjoint survivant, détenteur de la puissance paternelle ou de la tutelle légale, manquait à ses devoirs, les autorités de la résidence habituelle du mineur pourraient nommer, selon leur loi interne, un tuteur (ou un autre tuteur) ou, peut-être, organiser une administration des biens du mineur. Les effets de pareilles mesures se détermineront selon l'article 8, alinéa 2, dont il sera question plus loin<sup>1</sup>.

#### IV. ARTICLE 4: COMPÉTENCE DES AUTORITÉS DE L'ÉTAT NATIONAL D'UN MINEUR ET LOI APPLICABLE

a) Aux termes de l'article 4 les autorités de l'Etat dont le mineur est ressortissant (Etat national) sont compétentes pour prendre le sort du mineur en main et pour organiser elles-mêmes sa protection. Le rattachement à la nationalité constituait la base et le point de départ de la Convention de 1902. Il a été maintenu dans la nouvelle convention, comme une possibilité, pour les raisons qui ont été exposées<sup>2</sup>. L'alinéa premier tient cependant à préciser un point: Cette intervention des autorités de l'Etat national du mineur ne devrait avoir lieu que dans *l'intérêt du mineur* – un postulat qui va au fond sans dire,

<sup>1</sup> *Infra* p. 22 litt. c).

<sup>2</sup> Voir *supra* p. 9 *i.f.* et 10.

mais qu'on a voulu retenir ici pour exprimer, une fois de plus, l'idée dominante de la convention: la meilleure protection possible de l'enfant. D'autre part il est bien spécifié que c'est aux autorités de l'Etat national qu'il appartient de décider si les intérêts du mineur exigent leur intervention.

b) L'intervention des autorités de l'Etat national d'un mineur peut avoir lieu en tout temps. Ainsi, elles peuvent instituer une tutelle ou prendre d'autres mesures de protection dès le début, par exemple au moment du décès des parents du mineur, avant que les autorités de l'Etat de la résidence habituelle aient pris des mesures sur la base des articles premier et 2. Si, au contraire, les autorités nationales ont laissé aux autorités de l'Etat de la résidence habituelle du mineur le soin de prendre des mesures de protection, rien ne les empêche d'intervenir, même après des années, lorsqu'elles estiment qu'elles sont mieux à même de sauvegarder les intérêts du mineur ou que l'application de sa loi nationale (cf. alinéa 2) lui est plus avantageuse. L'idée de restreindre l'exercice de ces compétences après l'écoulement d'un certain délai à compter de la décision des autorités de la résidence habituelle n'a pas été retenue dans la convention.

c) L'intervention de l'Etat national est cependant liée à une obligation importante: avant de prendre, c'est-à-dire de réaliser, les mesures prévues, les autorités nationales sont tenues d'en aviser les autorités de l'Etat de la résidence habituelle. En disant *aviser*, la convention a voulu préciser qu'il ne s'agit pas, pour l'Etat national, de *consulter* les autorités de la résidence habituelle dans ce sens qu'il devrait demander leur consentement avant d'agir. Comme il est dit ci-dessus, ce sont les autorités de l'Etat national qui décident ce qu'il y a lieu de faire. Mais, malgré cela, l'avis préalable prescrit par la convention garde toute sa valeur. La règle poursuit un double but: L'avis préalable permet aux autorités de la résidence habituelle, qui en général sont les mieux renseignées sur le mineur et ses besoins, de donner toutes informations utiles aux autorités nationales, de sorte que celles-ci puissent prendre leurs décisions en connaissance de cause. Il est rappelé ici ce qui a été dit <sup>1</sup> au sujet de la grande importance qui revient en cette matière au «service de renseignements». Ce postulat implique, évidemment, qu'en donnant l'avis préalable prescrit à l'alinéa premier, les autorités nationales laissent aux autorités de la résidence habituelle un délai raisonnable dans lequel celles-ci peuvent examiner le cas et se mettre en rapport avec les autorités nationales. D'autre part, les mesures à prendre par les autorités nationales devant se substituer aux mesures prises, le cas échéant, par les autorités de la résidence habituelle, il est indispensable que celles-ci soient renseignées en temps utile sur les modifications que subira la situation légale du mineur et puissent prendre à leur tour les mesures dictées par la situation (par exemple en levant, à une date convenue, une tutelle qui sera remplacée par une tutelle organisée par l'Etat national).

d) Si les autorités nationales du mineur interviennent dans le sens de l'article 4, elles prendront les mesures prévues par leur loi interne, sans tenir compte de leurs règles de droit international privé non conventionnel. Ainsi qu'il a été exposé plus haut<sup>2</sup>, il y a toujours intérêt à ce que les autorités puissent appliquer leur propre loi. Ce sera, d'ailleurs, presque toujours le souci d'accorder au mineur la protection prévue par la loi de l'Etat national qui déterminera celui-ci à intervenir. Et la situation sera aussi plus claire pour l'Etat de la résidence habituelle, ainsi que pour les tiers qui pourront facilement se renseigner sur le régime légal auquel le mineur est soumis.

<sup>1</sup> *Supra* p. 10 *i.f.*    <sup>2</sup> *Supra* p. 10 et 14 *i.f.*

Aux termes de l'alinéa 2, la loi nationale (interne) du mineur détermine les conditions d'institution, de modification et de cessation des mesures à prendre ou prises par l'Etat national. Cette disposition reprenant textuellement celle de l'article 2, alinéa 2, qui traite de l'application de la loi de l'Etat de la résidence habituelle du mineur, il est renvoyé à ce qui a été dit à ce sujet<sup>1</sup>. Il y a lieu cependant de souligner que l'article 12, qui détermine la *minorité* aux fins de la convention, joue également dans le cadre de l'article 3; nous y reviendrons<sup>2</sup>.

e) Aux termes de l'alinéa 3, l'application des mesures prises par les autorités nationales du mineur sera *assurée* – on pourrait peut-être aussi dire *réalisée* – par les mêmes autorités. En effet, si celles-ci veulent prendre le sort de «leur» mineur en main, c'est à elles de veiller à ce que ces mesures soient réalisées et d'assumer la responsabilité pour le mineur. Cela ne vaut pas seulement pour l'exécution de mesures déterminées (par exemple la vente d'objets mobiliers ou immobiliers appartenant au mineur et situés en dehors de l'Etat national), mais aussi pour les mesures de contrôle et de surveillance prévues par la loi nationale (par exemple les comptes à rendre par un tuteur ou curateur et l'approbation de ces comptes par une autorité de surveillance). L'avant-projet de la Commission spéciale (article 3, alinéa premier) avait subordonné l'application de la loi nationale du mineur à la condition *que les mesures devant être appliquées dans l'Etat de la résidence habituelle y soient réalisables*. La convention n'a pas retenu cette restriction. Elle aurait pu créer dans la pratique de nouvelles incertitudes et il va d'ailleurs de soi que si, par exemple, l'Etat de la résidence habituelle ne reconnaît aux agents diplomatiques et consulaires étrangers aucune compétence en matière de tutelle (ou de mesures semblables), l'Etat national du mineur ne pourra que s'incliner devant cette situation résultant du droit public et choisir une autre solution<sup>3</sup>.

Il convient d'ailleurs d'observer que les difficultés relatives à la réalisation à l'étranger des mesures de l'Etat national pourront fréquemment être résolues sur la base de l'article 6 qui permet de confier à l'Etat de la résidence habituelle ou de la situation des biens la mise en oeuvre des mesures prises. Ainsi, pour prendre un exemple dans le domaine du droit privé, si la loi nationale prescrit pour la vente des valeurs appartenant au mineur la vente aux enchères (publiques), et si cette mesure n'est pas connue (ou pas dans les mêmes conditions) dans l'Etat où les valeurs sont situées, les autorités nationales peuvent confier aux autorités de l'Etat où la vente doit avoir lieu la mise en oeuvre de celle-ci. Les autorités procéderont alors à la vente selon celles des dispositions de leur droit qui répondront le mieux aux buts poursuivis par la loi nationale du mineur<sup>4</sup>.

f) Il est rappelé ici ce qui a déjà été dit en rapport avec l'article 3: En vertu de l'article 8, les autorités de l'Etat de la résidence habituelle d'un mineur peuvent toujours, et alors même que les autorités de l'Etat dont le mineur est ressortissant auraient fait usage des compétences que leur accorde l'article 4, prendre les mesures nécessaires pour parer à un danger sérieux dont le mineur pourrait être menacé dans sa personne ou dans ses biens<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> *Supra* p. 15.    <sup>2</sup> *Infra* p. 25 et s.    <sup>3</sup> La Convention de 1902 permettait à l'Etat de la résidence habituelle de s'opposer aux tutelles diplomatiques et consulaires (article 2 *in fine*) et d'organiser lui-même la tutelle en pareil cas (article 3).

<sup>4</sup> *Cf. infra* p. 20 et s.    <sup>5</sup> Voir *infra* p. 22.

## V. ARTICLE 5 : DÉPLACEMENT DE LA RÉSIDENCE HABITUELLE DU MINEUR

a) La convention (article premier) déclare que (sous réserve des articles 3, 4 et 5, alinéa 3) les autorités de l'Etat de la résidence habituelle d'un mineur sont compétentes pour organiser sa protection. Les raisons qui militent en faveur de cette solution ont été exposées<sup>1</sup>. Il n'est que logique que, si la résidence habituelle d'un mineur est déplacée dans un autre Etat, les autorités de ce dernier deviennent compétentes pour régler, selon leur loi interne (article 2), le sort du mineur (alinéa premier). D'autre part, l'intérêt du mineur exige qu'il ne se crée pas, à la suite du déplacement de la résidence habituelle, un «vide juridique» qui laisserait le mineur sans protection. De plus, il est désirable qu'il y ait, dans la mesure du possible, une continuité du régime juridique auquel est soumis le mineur, c'est-à-dire que ce régime ne soit modifié que pour autant que les intérêts du mineur le justifient. La convention tient compte de ces considérations par deux dispositions: à l'alinéa premier il est dit que les mesures prises dans l'Etat de l'ancienne résidence habituelle *restent en vigueur* tant que les autorités de la nouvelle résidence habituelle ne les ont pas (formellement) levées ou remplacées. Et l'alinéa 2 prescrit que ces autorités ne lèveront ou ne remplaceront ces mesures qu'après *avis préalable* aux autorités de l'Etat de l'ancienne résidence habituelle du mineur. Comme il a été expliqué à propos de l'article 4, alinéa premier<sup>2</sup>, cet avis devra être donné en laissant un délai raisonnable, permettant aux autorités de l'ancienne résidence habituelle qui, à ce moment, seront en général les mieux renseignées, d'exposer les circonstances du cas (expériences faites avec le mineur, ses parents, un tuteur, nature particulière de certains biens du mineur, par exemple une entreprise, etc.) et de justifier les mesures jusqu'alors prises. Il est bien possible que ces explications amèneront les autorités de la nouvelle résidence habituelle à maintenir, au moins en partie, les mesures prises (par exemple la gestion d'une fortune). En tout cas elles pourront alors prendre leurs décisions en connaissance de cause. Il y a lieu de relever que cette obligation de l'avis préalable existe aussi au cas où la résidence habituelle du mineur serait déplacée dans l'Etat dont il est ressortissant, car ce «dialogue» entre les autorités sera dans l'intérêt du mineur, dans ce cas comme dans les autres cas visés par l'article premier.

b) Les compétences et la procédure prescrites aux alinéas premier et 2 subissent une exception pour le cas où les autorités nationales du mineur auraient pris des mesures soit parce que le mineur résidait dans sa patrie, soit en vertu de l'article 4, avant que le déplacement de la résidence habituelle du mineur ait eu lieu. Etant donné que les autorités nationales peuvent toujours se saisir<sup>3</sup>, et pour assurer la continuité du régime juridique auquel est soumis le mineur, il est prévu à l'alinéa 3 que dans ce cas les mesures prises par les autorités nationales du mineur resteront en vigueur également après un déplacement de sa résidence habituelle. Cette disposition ne vaut, bien entendu, que sous réserve des compétences extraordinaires attribuées aux autorités de la résidence habituelle du mineur par l'article 8<sup>4</sup>.

c) L'avant-projet de la Commission spéciale contenait une disposition spéciale traitant du déplacement de la résidence habituelle du mineur *intervenue dans l'intention d'échapper aux autorités compétentes*, donc du déplacement frauduleux. Après mûre réflexion, on a

---

<sup>1</sup> *Supra* p. 9.

<sup>2</sup> *Supra* p. 17 litt. c).

<sup>3</sup> *Cf. supra* p. 17 litt. b).

<sup>4</sup> *Cf. infra* p. 22.

décidé de ne pas maintenir cette disposition et d'abandonner ce problème au droit commun des Etats contractants. Cette solution négative s'explique par le fait qu'il n'a pas été possible de trouver, aux fins de la convention, un critère (subjectif ou objectif) de la fraude donnant entière satisfaction. Mais, si la Convention passe sous silence le déplacement frauduleux de la résidence habituelle, cela ne veut pas dire qu'il n'existe pas et qu'il ne puisse pas, dans des cas d'espèce, trouver une solution. Il appartiendra alors aux autorités compétentes des Etats contractants de décider selon les principes dont s'inspire leur jurisprudence si, dans un cas déterminé, on se trouve en présence d'une fraude à la loi et quelles en seront les conséquences. Ici surtout, une consultation mutuelle entre les autorités de l'ancienne résidence habituelle du mineur et celles de la (prétendue) nouvelle résidence aura toute sa valeur.

#### VI. ARTICLE 6: DÉLÉGATION DE FONCTIONS

La mise en oeuvre des mesures de protection existantes ou prises selon la loi nationale d'un mineur (articles 3, 4 et 5, alinéa 3) peut se heurter à des difficultés d'ordre juridique ou pratique, difficultés dont il a déjà été question<sup>1</sup>. D'une façon générale, la surveillance du sort personnel d'un mineur résidant en pays étranger est toujours un problème, surtout au cas où le tuteur, par exemple un tuteur *ex lege*<sup>2</sup>, ne réside pas dans le même pays que le mineur. Et même si cela est le cas, la surveillance du tuteur est souvent difficile, par exemple faute de représentation diplomatique ou consulaire assez rapprochée. Mais des difficultés peuvent aussi surgir dans des situations particulières, ainsi lorsque la loi nationale exige, pour certains actes juridiques, le consentement d'autorités judiciaires, administratives ou familiales (telles que le conseil de famille) dont l'intervention peut s'avérer très compliquée, ou lorsque la loi nationale prescrit des procédures (par exemple la vente aux enchères) non réalisables dans le pays où elles devraient avoir lieu. Les difficultés dont il vient d'être question pourront souvent être évitées ou surmontées si les autorités nationales du mineur confient la surveillance ou les interventions requises par la loi nationale aux autorités du pays de la résidence habituelle du mineur ou du pays où il possède des biens, permettant aussi à ces autorités d'avoir recours, s'il le fallait, à des procédures prévues par leur propre loi et assurant de manière équivalente la protection des intérêts du mineur.

Dans le même ordre d'idées, l'Etat de la résidence habituelle du mineur qui a assumé sa protection selon les articles premier et 2 peut avoir intérêt à déléguer certaines fonctions aux autorités d'un autre Etat, par exemple la gestion (ou la surveillance de la gestion) des biens situés dans cet Etat, ou l'intervention dans certains actes juridiques relatifs à ces biens.

Pour tenir compte de ces situations – s'inspirant, d'ailleurs, de solutions prévues dans la Convention conclue entre les Etats nordiques<sup>3</sup> – la convention prévoit à l'article 6 la possibilité pour les autorités compétentes selon les articles premier à 4 (et 5, alinéa 3) de confier la *mise en oeuvre* des mesures prises aux autorités de l'Etat de la résidence habituelle du mineur ou de celui où le mineur possède des biens. Il est bien entendu qu'il ne s'agit

<sup>1</sup> *Supra* p. 18 litt. e).    <sup>2</sup> *Cf. Supra* p. 15 et s.

<sup>3</sup> *Convention entre le Danemark, la Finlande, l'Islande, la Norvège et la Suède, contenant des règles de droit international privé en matière de mariage, d'adoption et de tutelle* du 6 février 1931, article 18. Traduction française dans *Revue critique de droit international privé* 1933, p. 561.

pas – à la différence de la solution nordique précitée – de déléguer les compétences de base prévues aux articles susmentionnés, mais seulement l'exercice de certaines fonctions résultant de mesures prises ou décidées par les autorités compétentes (tutelle, curatelle, ventes, placement d'un enfant), ou existant *ex lege*. Il résulte aussi de ce qui précède que cette délégation ne peut s'opérer que sur la base d'une entente entre les autorités intéressées dans chaque cas d'espèce.

#### VII. ARTICLE 7: RECONNAISSANCE ET EXECUTION

Les articles précédents déterminent les compétences des autorités qui auront à s'occuper de la protection des mineurs et la loi qu'elles devront appliquer à ces cas. La convention aurait pu s'en tenir là et abandonner la question de la reconnaissance et de l'exécution des mesures prises au droit de procédure international en vigueur dans chaque Etat contractant. Dans le souci, cependant, de rendre l'application de la convention aussi efficace que possible, on a préféré insérer dans le texte même des dispositions concernant la reconnaissance et l'exécution des mesures prises conformément à la convention.

a) Quant à la reconnaissance il est certes logique que si des mesures ont été prises par des autorités compétentes en vertu de la convention, elles doivent être reconnues, comme telles, dans tous les autres Etats contractants. Ainsi la tutelle organisée par les autorités compétentes sera reconnue comme institution et dans ses effets tant internes qu'externes (par exemple le pouvoir de représenter le mineur vis-à-vis des tiers).

b) Mais il est des mesures qui comportent des actes d'exécution en dehors de l'Etat où elles ont été prises. Ainsi, si les autorités nationales (par exemple le tuteur ou l'autorité de surveillance) d'un mineur, compétentes en vertu de l'article 4, demandent son rapatriement et si la personne qui a en fait la charge du mineur s'y oppose, la décision en question devra être exécutée dans le pays de la résidence habituelle (ou peut-être dans un autre Etat contractant où le mineur se trouve à ce moment). Il peut en être de même dans des affaires de nature patrimoniale, par exemple si les autorités compétentes ordonnent que des biens appartenant au mineur et se trouvant dans un autre pays soient remis à une personne déterminée, et si ces dispositions se heurtent à la résistance des personnes ou institutions qui détiennent ces biens. Dans ces cas l'exécution des mesures en question sera réglée soit par le droit de l'Etat où l'exécution est demandée, soit, le cas échéant, par les dispositions des traités en vigueur entre les deux Etats intéressés dans l'affaire. Le droit en question dira de quelles garanties les mesures dont l'exécution est demandée doivent être entourées pour avoir force de chose jugée dans l'autre Etat, ou bien encore si l'exécution est subordonnée à la condition de réciprocité, etc.

Dans la disposition de la deuxième phrase de l'article 7, il est dit que *la reconnaissance et l'exécution* des mesures en question seront réglées par le droit de l'Etat où l'exécution est demandée. Cela signifie que, pour autant qu'une exécution soit nécessaire, même la reconnaissance de la mesure n'est plus imposée par la convention. Ceci pour tenir compte du fait que dans certains Etats la reconnaissance d'une décision étrangère entraîne *ipso facto* sa force exécutoire. Il convient de comprendre cette règle dans le sens que seuls les aspects d'une mesure nécessitant des actes d'exécution sont exceptés de la reconnaissance en vertu de la convention. Mais cette reconnaissance reste acquise pour tous les autres aspects de la même mesure. Si par exemple les autorités de la résidence habituelle ordonnent la

remise à un nouveau tuteur de tous les biens du mineur, qu'ils soient situés sur son territoire ou à l'étranger, cette décision doit être reconnue partout, sauf en ce qui concerne la délivrance au moyen d'actes d'exécution de biens situés à l'étranger.

VIII. ARTICLE 8: COMPÉTENCE EXCEPTIONNELLE DE L'ÉTAT DE LA RÉSIDENCE HABITUELLE

a) Il se peut que les rapports d'autorité résultant de plein droit de la loi nationale du mineur (article 3) soient insuffisants pour la protection d'un mineur. De même, les mesures prises ou maintenues par les autorités nationales en vertu des articles 4 et 5, alinéa 3, peuvent se révéler comme des solutions malheureuses propres à compromettre les intérêts personnels ou matériels du mineur. La distance entre l'Etat national et l'Etat de la résidence habituelle du mineur, et un certain manque de surveillance qui en résulte, pourront augmenter à ces difficultés. Or presque toujours les autorités de la résidence habituelle seront les mieux renseignées sur les conditions dans lesquelles vit le mineur. Et, quels que soient les principes posés dans une convention, elles seront en fait responsables de son sort.

Pour tenir compte de ces situations, l'article 8 donne compétence aux autorités de la résidence habituelle d'un mineur pour prendre des mesures de protection, si et pour autant que celui-ci est menacé d'un danger sérieux dans sa personne ou dans ses biens. Elles peuvent par exemple faire destituer un tuteur *ex lege* pour donner à l'enfant un nouveau tuteur, ou nommer un curateur pour l'administration des biens, ou ordonner le placement du mineur dans un établissement, le tout selon le droit interne de l'Etat de la résidence habituelle. – Ces mesures peuvent être prises alors même que l'ordre public de l'Etat de la résidence habituelle ne serait pas encore en jeu<sup>1</sup>. Elles ne coïncident d'ailleurs pas avec les mesures d'urgence prévues à l'article 9: Dans ces cas il y a urgence quant au moment où il faut prendre une mesure, alors que dans les cas visés par l'article 8 il y a peut-être aussi urgence, mais plutôt quant à l'importance des mesures à prendre, ces mesures ayant un caractère durable.

b) Le jeu de l'article 8 a été subordonné à la présence, pour le mineur, *d'un danger sérieux dans sa personne ou ses biens*. Cette restriction s'explique par le désir de respecter autant que possible la continuité des mesures prises par l'Etat national. Elle empêche les autorités de la résidence habituelle d'agir là où il n'y a qu'une simple différence de vues sur ce qui est préférable pour l'enfant. La situation doit être telle, aux yeux desdites autorités, qu'elle apparaît comme une source de danger réel.

c) Il est bien entendu que de pareilles interventions de la part de l'Etat de la résidence habituelle du mineur devront être précédées (si possible) ou suivies des *informations* prévues aux articles 10 et 11. Aux termes du second alinéa, les autorités de l'Etat national pourront *reconnaître* ces mesures (par exemple la destitution d'un tuteur légal et son remplacement par un nouveau tuteur) ou ne pas les reconnaître. La mesure prise en vertu de l'article 8 peut, en soi, être malheureuse; mais l'Etat national ne pourra pas reprocher à l'Etat de la résidence habituelle de ne pas avoir respecté les compétences prescrites par la convention. La reconnaissance est également facultative dans les autres Etats contractants. Ainsi lesdites mesures déploieront-elles peut-être leurs effets dans tous les Etats contractants, ou dans l'Etat de la résidence habituelle seulement, ou encore, dans les rapports de celui-ci avec certains autres Etats contractants.

<sup>1</sup> Cf. article 16, voir *infra* p. 29.

## IX. ARTICLE 9: MESURES URGENTES

a) L'article 9 reprend la règle de la Convention de 1902 (article 7), selon laquelle les autorités de chaque Etat contractant sur le territoire duquel se trouvent un mineur ou des biens lui appartenant sont compétentes pour prendre, dans tous les cas d'urgence, les mesures de protection dictées par les circonstances. La convention ne précise pas quelle loi s'appliquera à ces mesures d'urgence. En général ce sera la loi de l'autorité qui les prend, mais on peut concevoir que cette autorité applique une autre loi, par exemple la loi nationale ou la loi de la résidence habituelle du mineur (ainsi si une de ces lois permet une procédure plus simple, telle qu'une vente de gré à gré au lieu d'une vente aux enchères publiques, ou pour ne pas se mettre en contradiction avec les mesures déjà prises ailleurs selon les autres règles de la convention).

b) Les mesures visées par l'article 9 peuvent tendre à la protection du mineur dans sa personne (par exemple lorsqu'il doit être interné, à la suite d'un accident ou pendant un séjour de vacances, dans une clinique ou un établissement propre à sa protection) ou dans ses biens (par exemple réparation urgente d'un immeuble, gestion provisoire ou consignation d'avoirs liquides), à condition toujours que les biens se trouvent sur le territoire de l'Etat qui prend ces mesures.

c) Etant donné que l'Etat visé par l'article 9 n'est compétent pour prendre des mesures qu'en raison de leur urgence, ces mesures ne peuvent être que provisoires. Il appartiendra à l'Etat qui a déjà organisé la protection du mineur (selon les articles premier ou 4), ou qui sera appelé à le faire (par exemple parce que le mineur vient de perdre ses parents victimes d'un accident), de prendre les mesures nécessaires qui remplaceront les mesures provisoires prises par les autorités locales.

Certaines de ces mesures peuvent, cependant, produire des effets définitifs, ainsi les réparations, les ventes d'urgence, les frais occasionnés par les soins donnés à la personne du mineur.

Bien que l'article 7 relatif à la reconnaissance ne s'applique pas, selon le texte de la convention, aux mesures prises dans l'article 9, de tels *effets définitifs* devront tout de même être reconnus dans les autres Etats contractants. Dans l'avant-projet de la Commission spéciale la disposition sur les mesures d'urgence (article 4) était également visée par l'article relatif à la reconnaissance et l'exécution. Dans la convention l'article 9 a été placé là où il se trouve actuellement dans l'idée qu'il s'agissait aussi d'une compétence exceptionnelle. Mais les mesures de l'article 9, contrairement à celles de l'article 8, ne se substituent pas à des mesures prises par des autorités normalement compétentes, elles veulent au contraire combler un vide. En général, elles n'auront qu'un effet territorial et la question de leur reconnaissance ne se posera pas. Mais lorsqu'elle se pose – c'est le cas pour les effets définitifs – elle doit être résolue par l'affirmative.

Par exemple, des mesures définitives de par leur nature, telles qu'une opération chirurgicale ou la réparation urgente d'un immeuble ordonnées en application de l'article 9 (ou du moins leurs conséquences), devront être reconnues par l'Etat à qui appartient la compétence normale, dans ce sens que ses autorités devront veiller au remboursement des frais par le mineur ou son représentant. Autre exemple: si un immeuble a été vendu d'urgence, le transfert de propriété doit être reconnu.

X. ARTICLES 10 ET 11 : ÉCHANGE DE VUES PRÉALABLE - INFORMATION  
RÉCIPROQUE - DÉSIGNATION DES AUTORITÉS COMPÉTENTES

Il a été souligné à plusieurs reprises dans ce rapport que le bon fonctionnement de la convention dépendra dans une large mesure d'une collaboration efficace entre les autorités compétentes<sup>1</sup>. Cette collaboration ne pourra être efficace que si les autorités intéressées dans un cas de protection se mettent mutuellement au courant de la situation dans laquelle se trouve le mineur en question, ainsi que des mesures prises ou à prendre. A ces fins la convention prévoit un service d'informations qui devra fonctionner selon les principes suivants :

a) L'article 10 prévoit un *échange de vues* préalable, c'est-à-dire avant que des mesures soient prises. Il s'agit notamment des cas où la convention prescrit un *avis préalable* (articles 4, alinéa premier, 5, alinéa 2). Comme il a été dit<sup>2</sup>, on a évité, dans ces cas, de prescrire une *consultation* préalable, pour ne pas créer des confusions quant aux compétences accordées par les dispositions en question. Toutefois il est très désirable que cet avis soit suivi d'un échange de vues qui permettra aux autorités de prendre leurs décisions en connaissance de cause. Ce postulat s'adresse aussi aux autorités de l'Etat de la résidence habituelle qui voudraient intervenir dans les cas prévus à l'article 8. Dans la pratique, cet échange de vues ne sera pas toujours possible, par exemple parce qu'il prendrait trop de temps (surtout si les autorités interpellées ne réagissent pas en temps utile). C'est pourquoi l'article 10 commence par la restriction: *Autant que possible . . .*, exprimant ainsi qu'il s'agit d'un voeu, d'un appel à la bonne volonté de toutes les autorités qui auront à s'occuper de la protection d'un mineur.

Contrairement aux avis un peu plus formels prévus à l'article 11, l'article 10 laisse ouverte la possibilité de consultations tout à fait informelles, même entre autorités qui ne sont pas expressément autorisées à correspondre directement. Comme le Bureau Permanent de la Conférence a pu le constater lors de son enquête, de tels contacts existent déjà dans la pratique, notamment entre juges d'enfants de divers pays et il serait même conforme à l'esprit de la convention qu'ils se développent encore.

La Commission spéciale avait ajouté à son avant-projet le voeu suivant<sup>3</sup>:

*La Commission spéciale émet le voeu que les Gouvernements soient conscients des services réels et hautement désirables qu'une organisation internationale non gouvernementale pourrait rendre pour assurer les liaisons entre les organes nationaux compétents en matière de protection de la jeunesse, et pour arriver à un échange mutuel des informations et renseignements indispensables à toute décision juste et appropriée.*

*La Commission estime que ces services pourraient être utilement rendus par telle Organisation non gouvernementale déjà existante et qui a fait ses preuves.*

La Commission spéciale s'était rendu compte des avantages que pouvait comporter en cette matière, comme en des matières voisines telles que le recouvrement des obligations alimentaires, l'intervention d'organisations privées bien outillées s'étendant sur un grand nombre de pays. Elle a eu en vue tout particulièrement le Service social international qui, ainsi que nous l'avons relaté<sup>4</sup>, a contribué aux travaux de la Conférence en la matière. Il était techniquement difficile d'ajouter un voeu au projet définitif, mais la Neuvième

<sup>1</sup> Cf. *supra* p. 10 et s. et p. 18 litt. e).

<sup>2</sup> Cf. *supra* p. 17 litt. e).

<sup>3</sup> Rapport de M. MARMO, p. 5 et 20.

<sup>4</sup> Voir *supra* p. 7 et s. et note 1 p. 8.

session a entièrement partagé l'opinion de la Commission spéciale en cette matière et il convient de signaler ce point en vue d'une application aussi efficace que possible de la convention.

b) Article 11: Alors que l'article 10 prévoit un échange de vues entre les autorités intéressées avant que des mesures soient prises, l'article 11 prescrit aux autorités qui ont *pris* des mesures d'en informer sans délai les autres autorités intéressées. Ces informations permettront aux autorités d'apprécier la situation sur la base de données exactes et de prendre, le cas échéant, à leur tour les décisions qui leur paraîtront indiquées (il suffit de penser aux interventions prévues aux articles 5 et 8). La disposition de l'article 11 s'adresse tant aux autorités de la résidence habituelle du mineur (dans les cas prévus aux articles premier, 5 et 8) qu'aux autorités de l'Etat dont il est ressortissant (dans les cas prévus à l'article 4), ainsi qu'aux autorités d'un Etat tiers (qui auraient pris des mesures urgentes selon l'article 9 et qui, à leur tour, devront être renseignées sur les mesures prises par les autorités compétentes). La question de savoir si les avis préalables prévus aux articles 4, alinéa premier, et 5, alinéa 2, tiendront lieu de l'information prescrite à l'article 11 dépendra de la manière dont ils auraient été donnés.

c) Afin de faciliter et d'accélérer le service d'information, l'article 11 prescrit dans son alinéa 2 à chaque Etat contractant de *désigner les autorités* qui pourront donner et recevoir directement les informations. Il appartiendra à chaque Etat de déterminer, en tenant compte de sa structure juridique et de l'organisation de ses services tutélaires, l'autorité ou les autorités compétentes dans le sens de l'article 11, alinéa 2. Il va sans dire que ces autorités seront aussi compétentes pour procéder à l'échange de vues prévu par l'article 10. D'autre part, le recours à la voie diplomatique n'est pas exclu par les dispositions de la convention et les Etats pourront continuer à s'en servir là où ils le jugeront opportun.

#### XI. ARTICLE 12: DÉTERMINATION DES MINEURS SOUMIS A LA CONVENTION

a) L'avant-projet de convention de la Commission spéciale (article 2, alinéa 4) avait prévu que la convention ne s'appliquerait pas à la capacité. Par *capacité*, l'avant-projet de la Commission spéciale visait la question de savoir si une personne, en raison de son âge, et éventuellement de son émancipation, devait être considérée comme mineure au sens de la convention<sup>1</sup>. Si elle s'était abstenue de se prononcer sur ce point, la convention aurait abandonné cette détermination (et, par conséquent, celle de son champ d'application *ratione personae*) à la loi (interne) déclarée applicable par le droit international privé du for. Pour éviter les incertitudes et complications qui auraient pu en résulter, la Neuvième session a décidé de déterminer, dans la convention même, la solution de conflits à donner à cette question. Elle l'a fait dans l'article 12, aux termes duquel n'est un *mineur* soumis à la convention que la personne qui a cette qualité tant selon sa loi nationale interne que selon la loi interne de sa résidence habituelle.

Ainsi une personne à qui la loi nationale confère la majorité à l'âge de 18 ans et qui a sa résidence habituelle dans un Etat dont la loi interne ne reconnaît cette qualité qu'aux personnes qui ont 21 ans révolus ne sera plus un mineur aux fins de la convention. Cela ne veut pas dire que dans l'Etat de la résidence habituelle cette personne devra être considérée comme majeure. La convention ne lui sera plus applicable, mais cela n'empêchera pas les autorités dudit Etat de déterminer, selon leur droit international privé non con-

<sup>1</sup> Cf. Rapport de M. MARMO, p. 12.

ventionnel, à quelle loi sera soumise la question de la minorité (loi nationale, du domicile, de la résidence habituelle), ni de prendre, le cas échéant, des mesures de protection.

La règle posée à l'article 12 vaut aussi pour les autorités d'un Etat tiers qui pourraient être saisies d'un cas de protection (par exemple à propos d'un immeuble situé dans cet Etat). Si la personne n'est plus mineure dans le sens de la convention, les autorités de l'Etat tiers pourront procéder comme il vient d'être dit dans l'exemple précité.

b) Reste le problème de l'émancipation. Il avait été proposé, au cours des délibérations, de spécifier à l'article 12 que, pour être mineur au sens de la convention, il fallait être un *mineur non émancipé*. Si l'on a finalement renoncé à insérer une pareille clause, c'est, d'abord, parce qu'il aurait été difficile de définir l'émancipation – institution dont les causes et surtout les effets varient sensiblement de pays à pays – et ensuite parce qu'il a paru clair qu'une personne qui a fait l'objet d'une émancipation n'aura, en général, plus besoin d'une protection telle que la prévoit la convention. Le mineur dans le sens de l'article 12 n'est donc que le «mineur complet» (pour reprendre une expression proposée au cours des délibérations). Une personne qui a fait l'objet d'une émancipation – totale ou partielle, résultant de la loi ou d'une décision judiciaire – n'est pas, aux fins de la convention, un mineur. Son statut légal sera déterminé par la loi applicable selon la loi du for, et les autorités saisies d'un pareil cas décideront sans tenir compte de la convention si des mesures de protection s'imposent.

## XII. ARTICLE 13 : CHAMP D'APPLICATION

La Neuvième session n'a apporté à l'article 11 de l'avant-projet de la Commission spéciale que des modifications rédactionnelles insignifiantes. Cet article définit aux alinéas premier et 3 les mineurs auxquels s'applique la convention, à l'alinéa 2 il précise quels sont les Etats dont les autorités peuvent agir sur la base de la nationalité.

a) L'alinéa premier statue que la convention s'applique à tout mineur ayant sa résidence habituelle dans un des Etats contractants. Toutefois, en vertu de l'alinéa 3, les Etats qui craindraient l'application de la convention à des ressortissants d'Etats tiers auront la faculté de faire une réserve limitant l'application de la convention aux mineurs ayant la nationalité d'un Etat contractant. Les autorités d'un Etat qui aura fait cette réserve n'auront pas à tenir compte des mesures prises dans d'autres Etats contractants à l'égard des mineurs ressortissants d'Etat tiers. Réciproquement elles ne pourront pas prétendre à la reconnaissance, en vertu de la convention, des mesures qu'elles prendraient elles-mêmes à l'égard de tels mineurs.

b) L'alinéa 2 délimite le champ d'application de la convention quant à la compétence des autorités nationales. Elle n'appartient qu'aux autorités des Etats contractants, ce qui est conforme au principe du droit international public selon lequel les Etats ne tirent pas, en général, de droits d'un traité auquel ils ne sont pas parties.

c) La Commission spéciale avait envisagé les difficultés qui peuvent surgir si un mineur a plusieurs nationalités et avait renvoyé ce problème à la Neuvième session. Cette dernière n'a pas non plus voulu régler ce point, estimant que les tribunaux l'apprécieraient selon les principes généraux applicables en matière de double nationalité. Il serait conforme à l'esprit et au but de la convention que, même dans les Etats ayant fait la réserve du deuxième alinéa, elle soit appliquée à un mineur dès que l'une des nationalités qu'il possède est celle d'un Etat contractant.

XIII. ARTICLE 14: DÉTERMINATION DE LA LOI NATIONALE  
D'UN ÉTAT A SYSTÈME JURIDIQUE NON UNIFIÉ

L'application des dispositions de la convention renvoyant à la loi nationale ou aux autorités nationales du mineur comporte des difficultés lorsque ce dernier est ressortissant d'un Etat au sein duquel coexistent plusieurs systèmes juridiques. Une telle situation existe notamment pour les ressortissants du *Commonwealth* britannique qui sont tous *British Subjects* alors que les systèmes juridiques diffèrent non seulement d'un Membre du *Commonwealth* à un autre, mais même à l'intérieur de la Grande-Bretagne, du Canada, de l'Australie etc. Le même problème se pose aux Etats-Unis d'Amérique et, sur le plan de la compétence, en Suisse.

La question avait été soulevée par la Délégation britannique dans ses observations sur l'avant-projet en matière de forme des testaments. La Deuxième commission de la Neuvième session, compétente en la matière, l'a réglée dans un alinéa 2 de l'article premier du projet de convention qu'elle a mis sur pied<sup>1</sup>. Sur l'initiative de la même Délégation, la solution retenue – adaptée aux besoins de la matière – a été introduite dans la convention sur la protection des mineurs. On se référera en premier lieu aux règles de conflit internes si elles existent, et à leur défaut ou en l'absence de la circonstance de rattachement prévue par ses règles, au *lien le plus effectif* du mineur avec une des législations composant le système non unifié.

XIV. ARTICLE 15: RÉSERVE DE LA COMPÉTENCE DES AUTORITÉS STATUANT SUR UNE DEMANDE  
D'ANNULATION, DE DISSOLUTION OU DE RELÂCHEMENT DU LIEN CONJUGAL

a) Dans de nombreux pays la loi prescrit aux autorités appelées à statuer sur une demande en annulation, dissolution (divorce) ou relâchement (séparation de corps et mesures semblables) d'un lien conjugal, de régler dans le jugement le sort des enfants mineurs des parties en litige («effets accessoires»). Dans certains pays lesdites autorités remettent, après avoir rendu leur décision, le dossier à d'autres autorités compétentes pour statuer, toujours dans le cadre de l'action en divorce etc., sur le sort des enfants. Ainsi, la garde de l'enfant pourra être confiée à l'un ou l'autre des parents. On pourra faire placer l'enfant dans un établissement, ou même prononcer la déchéance de la puissance paternelle à l'égard du père ou de la mère, ou des deux parents, en nommant ou en faisant nommer, le cas échéant, un tuteur. La loi applicable à ces mesures pourra être la loi interne du for ou une autre loi déclarée applicable par le droit international privé du for, par exemple la loi nationale du mineur ou la loi de son domicile ou de sa résidence habituelle.

En attribuant ces compétences à un juge de l'action en nullité etc. (ou à une autre autorité devant régler le sort des enfants en rapport avec l'action), la loi veut tenir compte de deux facteurs surtout: D'abord, l'annulation, le divorce etc. créent une nouvelle situation, en fait et en droit, et il est indispensable que le sort des enfants, et toutes les questions connexes (obligations alimentaires, frais d'éducation, droit de visite, etc.) soient réglées en même temps et en tenant compte de toutes les circonstances de la cause. Ensuite, lesdites autorités seront, au moment du jugement, particulièrement qualifiées pour prendre les mesures dictées par l'intérêt des enfants. En effet, elles auront pu examiner de près, au cours de la procédure judiciaire qui aura précédé leur décision, la situation dans son

<sup>1</sup> Voir *Actes et Documents de la Neuvième session, (1960) tome III (à paraître)*.

ensemble (la conduite des parents, leurs rapports avec les enfants, les possibilités matérielles, etc.) et pourront prendre les mesures nécessaires en pleine connaissance de cause. On peut ajouter qu'elles pourront mettre sur pied un régime d'ensemble englobant tous les enfants d'un même ménage – qui auront peut-être été confiés à des personnes différentes pour la durée du procès – afin de maintenir au moins entre eux une communauté familiale.

b) Il peut arriver que les autorités appelées à statuer sur une demande en annulation etc. aient à prendre des mesures à l'égard d'un mineur qui n'est pas ressortissant de l'Etat du for et qui n'y a pas sa résidence habituelle. Dans ces cas, les compétences prévues par la loi du for devraient en soi, dans les rapports entre les Etats signataires de la convention, céder le pas aux compétences attribuées par celle-ci. En d'autres termes, les autorités appelées à statuer sur une demande en annulation etc. d'un mariage devraient s'abstenir de s'occuper du sort des enfants mineurs des parties, en laissant aux autorités de la résidence habituelle de chacun d'eux le soin de prendre des mesures, à moins que les autorités nationales ne se décident à intervenir. Et même si le mineur réside dans l'Etat du for, mais est ressortissant d'un autre Etat, les autorités de l'annulation etc. devraient respecter les mesures prises par les autorités nationales (article 4), à moins que la condition d'application de l'article 8 (*danger sérieux*) ne soit remplie.

Or, il a fallu constater qu'un certain nombre d'Etats représentés à la Neuvième session ne pourraient pas accepter cette solution pour des raisons de fond (*cf.* les explications données au litt. a) ou parce qu'ils pourraient difficilement admettre une telle dérogation à leur système juridique existant. On a alors songé à insérer, dans la convention même, une clause sauvegardant explicitement et de manière générale les compétences des autorités d'annulation etc. Mais cette solution n'a pas paru indiquée, étant donné qu'un certain nombre d'Etats pourraient, même dans les cas visés par l'article 15, préférer faire jouer, dans les rapports entre eux, les compétences normales prévues par la convention.

Pour ces raisons, on a finalement décidé d'insérer la clause de l'article 15 permettant aux Etats contractants de maintenir, au moyen d'une réserve (*cf.* aussi article 23) les compétences attribuées par leur propre loi aux autorités d'annulation etc. En faisant usage de cette réserve, l'Etat en question évite que ses autorités, en exerçant des compétences contrairement aux règles de la convention, ne violent les obligations qui découlent de celle-ci. En d'autres termes, ledit Etat soustrait les cas prévus à l'article 15 aux autorités compétentes selon la convention. En contre-partie il est logique que les autres Etats contractants ne soient pas tenus de reconnaître les mesures prises par les autorités dont la compétence aura ainsi été réservée. Telle est la règle de l'alinéa 2.

Voici un exemple illustrant ce qui vient d'être dit: Si un tribunal de divorce de l'Etat A (qui a fait usage de la réserve prévue à l'article 15) a pris des mesures à l'égard d'un mineur qui est ressortissant de l'Etat B et qui a sa résidence habituelle dans l'Etat C, les autorités des Etats B ou C (peu importe que ces Etats aient eux-mêmes fait la réserve ou non) peuvent reconnaître ces mesures, ou ne pas les reconnaître. Leur attitude sera dictée, non pas par les dispositions de la convention, mais par les règles ordinaires de leur droit sur la reconnaissance de pareilles mesures prises par des autorités étrangères. Néanmoins les autorités des Etats B et C peuvent, si à leur avis le besoin s'en fait sentir, prendre, en application de la convention, des mesures tendant à la protection de la personne du mineur ou de ses biens. La même situation existe pour un Etat D sur le territoire duquel se trouvent des biens appartenant au mineur. Il faut admettre que dans ces cas des conflits pourraient surgir entre les mesures des autorités de l'Etat A et celles prises, le cas échéant, par les

autorités des Etats B, C ou D. En réalité de tels conflits constitueront cependant des exceptions. Souvent les autorités appelées à statuer dans les actions en annulation etc. prendront les mesures de protection prévues par la loi nationale du mineur ou celle de sa résidence habituelle, ou elles auront recours à la collaboration des autorités de l'Etat national ou de la résidence habituelle, de sorte que ces Etats n'auront aucune raison de prendre des mesures contradictoires. S'il y a conflit, il devrait pouvoir être aplani par la voie de négociations entre autorités.

c) Il importe de retenir que dans tous les Etats autres que celui du for de l'action en annulation etc. le mineur restera entièrement soumis au régime de la convention et que les mesures prises selon celle-ci auront le pas sur les dispositions du juge dont la compétence aura été réservée en application de l'article 15. Cela pourra avoir pour effet de priver les décisions du juge de l'annulation etc. d'effets extra-territoriaux.

Lorsqu'enfin l'intervention des autorités d'annulation etc. d'un Etat qui a fait la réserve en matière de protection des mineurs était conforme aux règles de compétences et de conflits de lois conventionnelles, les autres Etats ne devraient pas avoir de motif pour ne pas reconnaître les décisions en question dans les limites de la convention. De son côté l'Etat du for de l'action en nullité etc. n'a aucun intérêt à ce que de telles espèces tombent sous le coup de la réserve, ce qui aurait pour seul effet de priver les décisions de ses autorités de la reconnaissance à l'étranger dans des cas où la convention l'imposerait.

Il semble donc conforme à l'esprit et au but de la convention de conclure que la portée de la réserve prévue à l'article 15 se limite aux cas dans lesquels les autorités d'annulation etc. agissent en marge des règles de la convention.

d) Il convient enfin d'observer que l'alinéa 2 dit que les *autorités* des autres Etats *ne sont pas tenues* de reconnaître les mesures prises par le tribunal de l'annulation etc. La non-reconnaissance est donc en soi une simple faculté et la reconnaissance de mesures que l'on estimerait justifiées demeure possible. Rien n'empêche cependant un Etat d'édicter – par exemple parce qu'il est en principe opposé au divorce – avant ou après la ratification de la convention, une règle d'application interdisant une fois pour toutes à ses autorités de reconnaître des mesures prises dans un Etat ayant fait la réserve au cours d'une procédure d'annulation ou de divorce.

#### XV. ARTICLE 16: ORDRE PUBLIC

A l'instar des autres récentes Conventions de La Haye, l'article 16 ne permet de déroger aux règles conventionnelles que si *leur application est manifestement incompatible avec l'ordre public*. Par l'inclusion de cette restriction, on veut inviter les autorités à se montrer circonspectes dans l'application de la réserve de l'ordre public.

#### XVI. ARTICLE 17: DROIT TRANSITOIRE

Seules les mesures prises après l'entrée en vigueur de la convention pour l'Etat auquel appartient l'autorité qui les a rendues sont régies par le traité. Dans la pratique, on peut prévoir que même des mesures prises antérieurement par des autorités et selon une loi qui aurait été compétente si la convention avait été en vigueur, seront reconnues.

Au contraire, le second alinéa prescrit que *les rapports d'autorité résultant de plein droit de la loi interne de l'Etat national* seront reconnus, même s'ils ont pris naissance avant l'entrée

en vigueur de la convention. Cette règle constitue un complément logique de l'article 3 : la reconnaissance des rapports nés *ex lege* vise à assurer la continuité du régime appliqué au mineur, elle repose en quelque sorte sur le principe *quieta non movere*. Puisque l'on reconnaît ces rapports d'autorité – par exemple la puissance paternelle de la mère naturelle – s'ils naissent sous l'empire de la convention, il semble à plus forte raison qu'il faut les protéger lorsqu'ils existaient déjà avant l'entrée en vigueur de la convention.

#### XVII. ARTICLE 18 : RAPPORTS AVEC D'AUTRES CONVENTIONS

L'alinéa premier n'a guère donné lieu à discussion; il va de soi que deux Etats ne sauraient être liés simultanément par l'ancienne Convention de 1902 et par le nouveau traité.

Le second alinéa par contre n'a été adopté dans sa forme actuelle qu'après d'assez longues discussions au sein tant de la Commission que de la séance plénière. L'on a admis sans difficultés qu'il convenait de réserver certaines conventions liant un ou plusieurs Etats contractants. On pensait surtout à deux ordres de traités internationaux: tout d'abord à des instruments réglant le statut de certaines catégories de personnes, telles que les réfugiés et les apatrides<sup>1</sup>, et d'autre part aux Conventions sur la protection des mineurs régissant des groupes d'Etats plus restreints, notamment les Etats nordiques<sup>2</sup>. Par contre, des divergences de vues se sont fait jour quant à la nécessité de prévoir expressément la possibilité pour les Etats contractants de conclure entre eux ou avec des Etats tiers, après l'entrée en vigueur de la convention de La Haye, des accords particuliers dérogeant à cette dernière. Les Délégations nordiques ont fait savoir qu'elles ne pourraient ratifier la convention de La Haye que si une telle possibilité leur était laissée. Elles étaient cependant divisées entre elles sur la nécessité d'une disposition expresse à ces fins dans la convention. On s'est mis finalement d'accord pour renoncer à une règle conventionnelle, mais il a été entendu que la convention n'écarte pas la possibilité, pour deux ou plusieurs Etats contractants, de conclure d'autres conventions en la matière. Ceci pour autant que de tels accords ne portent pas atteinte aux dispositions de la convention en ce qui concerne les rapports entre les Etats parties à la convention spéciale et les autres Etats contractants.

#### XVIII. ARTICLES 19 A 25 : CLAUSES FINALES

Les clauses finales ont été rédigées de manière uniforme pour les trois projets de conventions élaborés à la Neuvième session, sur la base du système traditionnel des conventions de La Haye, tout en tenant compte de l'évolution du droit des traités. Elles ont été adoptées en séance plénière. Toutefois la Troisième commission s'est prononcée sur la manière dont les Etats non représentés à la Neuvième session peuvent devenir parties à la convention aux termes de l'article 21.

Les principales règles contenues dans les clauses finales sont les suivantes:

1. Seuls les *Etats représentés à la Neuvième session* pourront signer et ratifier la convention sans que cette faculté ne soit limitée dans le temps (article 19). La convention entrera en vigueur entre les trois premiers Etats qui ratifieront soixante jours après le dépôt du troisième instrument de ratification, et pour chaque Etat ratifiant postérieurement le soixantième jour après le dépôt de son instrument de ratification (article 20).

<sup>1</sup> *Convention relative au statut des réfugiés* du 28 juillet 1951; *Convention relative au statut des apatrides* du 28 septembre 1954. Textes français voir *Revue critique de droit international privé*, 1954 p. 874 et s., et 1955 p. 797 et s.

<sup>2</sup> Convention citée *supra* p. 20, note 13.

2. Ce n'est qu'après l'entrée en vigueur de la convention entre les trois premiers Etats ayant ratifié que des *Etats non représentés à la Neuvième session* pourront adhérer (article 21). Cette adhésion n'aura d'effet que dans les rapports avec les Etats dans lesquels la convention est déjà en vigueur qui acceptent l'adhésion. Aucun délai n'est fixé pour cette acceptation. Ce système quelque peu restrictif est justifié par le fait que la convention est fondée sur des rapports de confiance mutuelle et la connaissance réciproque de systèmes juridiques entre les Membres de la Conférence<sup>1</sup>.
3. L'article 22 permet à un Etat contractant d'étendre l'application de la convention aux *territoires qu'il représente* sur le plan international, quelle que soit la nature de ses liens avec lesdits territoires.
4. L'article 23 prévoit expressément *qu'aucune autre réserve* que celles permises par les articles 13 et 15 ne peut être admise. Il règle la portée de ces réserves dans l'espace et dans le temps.
5. L'article 24 consacre en matière de dénonciation le système traditionnel de La Haye.
6. Enfin l'article 25 énumère les notifications dont est chargé le Gouvernement des Pays-Bas, dépositaire de la convention.

BERNE, LE 31 DÉCEMBRE 1960.

W. DE STEIGER.

---

<sup>1</sup> La Convention sur la compétence du *for contractuel en cas de vente à caractère international d'objets mobiliers corporels* du 15 avril 1958 (article 13) et la *Convention sur la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière d'obligations alimentaires* du 15 avril 1958 (article 17) consacrent la même solution.