

Feuille Fédérale

Berne, le 17 mars 1966 118^e année Volume I

N^o 11

Paraît, en règle générale, chaque semaine. Prix: 36 francs par an; 20 francs pour six mois, plus la taxe postale d'abonnement ou de remboursement.

9414

Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale relatif à l'approbation de la convention internationale de La Haye concernant la compétence des autorités et la loi applicable en matière de protection des mineurs

(Du 4 mars 1966)

Monsieur le Président et Messieurs,

Nous avons l'honneur de vous soumettre, par le présent message, un projet d'arrêté fédéral approuvant la convention concernant la compétence des autorités et la loi applicable en matière de protection des mineurs, conclue à La Haye le 5 octobre 1961 (date de la première signature).

Cette convention est issue des travaux de la 9^e session de la conférence de La Haye de droit international privé (5 au 26 octobre 1960), travaux auxquels la Suisse a participé comme membre de la conférence (cf. FF 1956, II, 289 et RO 1957, 465). Elle est destinée à remplacer la convention de La Haye du 12 juin 1902 pour régler la tutelle des mineurs (RS 11, 748).

Par circulaire du 29 juin 1964, le département de justice et police a soumis la convention pour avis aux gouvernements cantonaux, avec le commentaire nécessaire. Après que vingt-et-un cantons se furent prononcés pour la signature et la ratification de la convention — quatre cantons n'ont pas répondu —, la Suisse la signa le 18 novembre 1964.

Jusqu'ici la convention a encore été signée par la France, l'Italie, le Luxembourg, les Pays-Bas et la Yougoslavie.

I. REMARQUES SUR LA GENÈSE DE LA CONVENTION

Outre la Suisse, les Etats suivants sont aujourd'hui encore parties à la convention de La Haye de 1902 pour régler la tutelle des mineurs: République fédérale d'Allemagne, Belgique, Espagne, Hongrie, Italie, Luxembourg, Pays-Bas, Pologne, Portugal, Roumanie (cf. RO 1959, 27). En matière de tutelle



mineurs, la Suisse est aussi liée à la France par l'article 10 de la convention de 1869 sur la compétence judiciaire et l'exécution des jugements en matière civile (RS 12, 315). Sous réserve du régime conventionnel, la tutelle des mineurs — comme celle des majeurs — est régie, dans les relations internationales de la Suisse, par la loi du 25 juin 1891 sur les rapports de droit civil des citoyens établis ou en séjour (en abrégé: LRDC; RS 2, 727).

La convention de 1902 repose essentiellement sur le principe de la nationalité. Il s'avéra toutefois, par la suite, que les Etats contractants s'en remettaient de plus en plus aux autorités de l'Etat de résidence du mineur du soin d'instituer et d'exercer la tutelle. Aussi le Conseil fédéral avait-il suggéré, déjà en 1910, de reviser la convention en s'inspirant du principe de la territorialité; mais les événements politiques survenus dès 1914 ajournèrent pour longtemps l'examen des tendances revisionnistes. Lorsque la 8^e session de la conférence de La Haye (1956) mit à son ordre du jour la révision de la convention de 1902 sur la tutelle des mineurs, le problème se présentait, par rapport à la situation de 1902, sous des aspects essentiellement différents:

a. Sur le plan sociologique, diverses circonstances, notamment l'exode de populations, les migrations de réfugiés et le recrutement de la main-d'œuvre étrangère amenèrent l'Etat de résidence à s'occuper de plus en plus de la situation familiale de ressortissants étrangers. Un certain relâchement des liens de famille contribua également à mettre l'Etat en devoir de se préoccuper de la protection des mineurs vivant sur son territoire.

b. Sur le plan juridique, un revirement manifeste en faveur du principe de la territorialité s'était produit depuis 1902; l'idée était que les relations personnelles des individus doivent être régies en principe — exceptions réservées — par la loi de l'Etat et partant du milieu social où ils vivent et avec lequel ils sont le plus intimement liés. Un autre fait important justifiant une révision de la convention de La Haye est que dans la plupart des Etats le droit relatif à la protection des mineurs a subi depuis 1902 une évolution considérable. A l'institution classique de la tutelle (dans ses divers types et degrés) vinrent s'ajouter d'autres mesures protectrices de caractère civil, administratif et pénal (v. ci-après sous II, ch. 2). Comme la convention de 1902 ne parle que de la tutelle, des doutes surgirent quant à l'étendue de son champ d'application «*ratione materiæ*». Un arrêt rendu en 1958 par la cour internationale de justice de La Haye (affaire Boll, Pays-Bas contre Suède) mit en lumière toute la complexité de la situation juridique et fut un motif de plus pour inciter la conférence de La Haye à s'occuper de la révision de la convention de 1902.

Eu égard à l'évolution esquissée ci-dessus, la 9^e session de la conférence de La Haye put se convaincre que seule une révision totale de la convention de 1902 pouvait satisfaire aux exigences sociales et juridiques de notre temps. De fait, la convention soumise par la conférence aux gouvernements des Etats membres constitue une réglementation entièrement nouvelle de la matière. En raison de sa sphère d'application notablement élargie, elle se présente comme une véritable convention sur la protection des mineurs.

II. LES DISPOSITIONS FONDAMENTALES DE LA CONVENTION

1. La compétence des autorités (art. 1^{er}, 4, 1^{er} al., et 8)

Conformément au principe de la territorialité, aujourd'hui prédominant, ce sont d'abord les autorités de l'Etat où le mineur a sa résidence habituelle qui sont compétentes pour prendre les mesures de protection nécessaires (art. 1^{er}). Les autorités de l'Etat d'origine du mineur peuvent toutefois se charger du cas lorsqu'à leur avis l'intérêt du mineur l'exige et après qu'elles en ont avisé les autorités de l'Etat de sa résidence habituelle (art. 4, 1^{er} al.). En attribuant cette compétence concurrente à l'Etat d'origine, on entendait non seulement tenir compte des conceptions des Etats qui se prévalent essentiellement, aujourd'hui encore, du principe de la nationalité, mais aussi laisser aux autorités du pays d'origine la faculté de s'occuper de leurs ressortissants mineurs à l'étranger lorsque l'Etat étranger ne le fait pas ou le fait d'une manière insuffisante, ou lorsque d'autres raisons particulières (situation de famille, intérêts pécuniaires) le justifient. L'intérêt du mineur lui-même est cependant déterminant. Si l'Etat d'origine fait usage de sa compétence conformément à l'article 4, 1^{er} alinéa, la compétence des autorités de l'Etat de résidence n'en devient pas pour autant caduque. Au contraire, ces autorités peuvent intervenir à nouveau et ordonner les mesures de protection nécessaires si, à ce défaut, le mineur était menacé d'un danger sérieux dans sa personne ou dans ses biens (art. 8; compétence dite exceptionnelle). Cette disposition, que l'on a appelée «souple» ou «sûreté», doit prévenir les appréhensions suscitées par les tutelles ou autres mesures «téléguisées». L'article 8 se rapportant à des cas qui relèvent d'une situation spéciale, les autorités de l'Etat d'origine et des autres Etats contractants ne sont pas tenues de reconnaître les mesures prises par l'Etat de résidence (art. 8, 2^e al.). Comme nous pourrions encore le constater, le droit de l'Etat de résidence d'intervenir en tout temps est du reste réservé aussi dans les cas des articles 3 et 5, 3^e alinéa.

Les autorités auxquelles l'article premier donne compétence primaire sont celles de l'Etat de la résidence habituelle du mineur. Ce point de rattachement fut préféré à celui du domicile parce qu'il est une notion de fait et peut être plus aisément déterminé que le domicile, concept juridique, qui est défini différemment selon les législations et représente souvent pour le mineur, avec le pays où il vit, une connexion moins étroite que la résidence habituelle. Par celle-ci, il faut entendre le centre effectif de la vie du mineur, le lieu où se trouve son centre de gravité, et ceci surtout par rapport à d'autres lieux de résidence qui pourraient entrer en considération. Signalons que déjà la convention de 1902 sur la tutelle des mineurs a utilisé la résidence habituelle du mineur (art. 2 et 3) comme point de rattachement (subsidaire) et que les conventions et projets de conventions de La Haye plus récents s'en servent, eux aussi, couramment. Comme nous le verrons encore plus bas (sous IV), la tendance de s'en tenir de plus en plus, pour les relations personnelles des individus, à la résidence habituelle plutôt qu'au domicile au sens juridique apparaît aussi nettement dans notre

droit international privé. Il appartient du reste à la jurisprudence d'éclaircir la notion de résidence habituelle pour l'adapter aux diverses situations où elle doit s'appliquer.

Les dispositions sur la compétence des autorités s'appliquent quelle que soit la nature, civile ou administrative, de ces autorités. Cela tient au fait que les mesures à prendre peuvent aussi ressortir au droit administratif (v. ci-après sous ch. 2). Pour la Suisse cette réglementation revêt une importance particulière, puisque dans plusieurs cantons c'est précisément à des autorités administratives que le droit cantonal a confié l'exercice de fonctions tutélaires.

2. Le champ d'application «ratione materiae» de la convention (art. 1^{er})

La convention a pour objet toutes les «mesures» tendant à protéger un mineur dans sa personne ou dans ses biens. Ces mesures comprennent, outre la tutelle et la curatelle (ordinaire ou spéciale), notamment le retrait de la garde des enfants et leur placement auprès d'autres personnes ou dans des établissements (art. 284 CC), ainsi que la déchéance de la puissance paternelle (art. 285 s. CC) et les mesures dites d'éducation protectrice prévues par des lois étrangères. La convention définit son objet non par des concepts juridiques, mais par le but des mesures. Peu importe aussi que ces mesures se fondent sur le droit privé ou sur le droit public (p. ex. sur des lois d'assistance sociale ou d'autres lois de politique sociale). On exclut ainsi presque toute controverse sur le point de savoir si telle ou telle mesure tombe ou non sous l'application de la convention (conflits dits de qualification).

Notons quelques restrictions:

Les mesures protectrices et éducatives prévues par le droit pénal en faveur des mineurs ne tombent pas sous l'application de la convention. A vrai dire, la conférence de La Haye ne s'est pas prononcée formellement sur ce point, mais il ressort de son rapport relatif à la convention que tel était bien l'avis général. Les mesures prévues par le droit pénal sont la conséquence d'actes punissables et doivent être considérées sous cet aspect. En outre, le droit pénal obéit au principe de la territorialité et chaque Etat se considère comme compétent pour poursuivre d'après ses propres lois les actes délictueux commis sur son territoire. Dans le domaine de la protection des mineurs, les dispositions relevant du droit pénal et celles qui ressortissent à d'autres domaines du droit ne sont du reste pas délimitées partout de la même manière et c'est aussi pour cette raison que la conférence a renoncé à prendre formellement position. Mais comme la convention, elle aussi, s'inspire essentiellement du principe de la territorialité, les conflits de compétence seront sans doute rares. Lorsque des mesures de droit pénal et de droit civil (p. ex. internement dans une maison d'éducation et institution d'une tutelle) sont ordonnées en même temps, elles peuvent d'ailleurs être dissociées, de sorte que les règles de compétence de la convention seraient déterminantes pour les mesures de droit civil.

Ne sont pas touchées par la convention les prescriptions d'ordre général concernant par exemple les obligations scolaires, le travail des mineurs, l'interdiction de fréquenter les cinémas ou les auberges.

Sont enfin réservés certains «statuts particuliers» tels que la capacité de tester, la capacité de contracter mariage et le droit d'un mineur de se faire adopter. Ces questions se jugent d'après les règles du droit international privé qui s'y appliquent. Demeurent le cas échéant réservées, selon l'article 15 de la convention, les mesures à prendre par le juge du divorce pour protéger les enfants; nous y reviendrons (v. ci-dessous sous III, ch. 6).

3. Le champ d'application «ratione personæ» de la convention (art. 12 et 13)

A l'instar de la convention de 1902 sur la tutelle des mineurs, la nouvelle convention ne traite que de la protection de mineurs. Est réputée mineur, dans le sens de la convention, toute personne qui a cette qualité d'après la loi interne tant de son Etat d'origine que de l'Etat de sa résidence habituelle. Par exemple, lorsqu'une personne âgée de dix-neuf ou vingt ans est devenue majeure déjà à dix-huit ans d'après sa loi nationale, mais qu'elle a sa résidence habituelle dans un Etat dont la loi fixe l'âge de la majorité à vingt-et-un ans, la convention n'est plus applicable et ce sont les règles du droit international privé de chaque Etat intéressé qui entrent alors en jeu.

La conférence de La Haye s'est abstenue à dessein d'insérer dans la convention une disposition sur l'émancipation (art. 15 CC), d'abord parce qu'il est difficile de la définir, ensuite parce qu'elle a estimé qu'un mineur émancipé (marié p. ex.) n'a plus besoin des mesures de protection visées par la convention. La convention n'est donc pas applicable à une personne dûment émancipée.

En vertu de l'article 13, la convention s'applique, quelle que soit leur nationalité, à tous les mineurs qui ont leur résidence habituelle dans un des Etats contractants. Toutefois les attributions conférées par la convention aux autorités de l'Etat d'origine du mineur (art. 4) sont réservées aux Etats contractants (art. 13, 2^e al.). En outre, chaque Etat contractant peut se réserver d'appliquer la convention aux seuls mineurs qui sont ressortissants d'un Etat contractant (art. 13, 3^e al.). Dans leur réponse à la circulaire susmentionnée du département de justice et police, sept cantons ont exposé plus ou moins nettement que la Suisse devrait faire cette réserve; huit cantons se sont prononcés contre la réserve, tandis que les autres ont laissé la question ouverte. Nous sommes d'avis que la Suisse ne devrait pas faire usage de cette réserve. Il est vrai qu'en adhérant sans réserve à la convention la Suisse serait tenue d'en appliquer les dispositions aussi aux mineurs résidant en Suisse qui seraient ressortissants d'Etats non parties à la convention. Comme nous le verrons encore (sous IV), les solutions prévues par la convention concordent toutefois pour l'essentiel avec les dispositions de la loi de 1891 (LRDC) relatives à la tutelle des étrangers en Suisse, en sorte que la situation juridique actuelle n'en serait pas sensiblement modifiée. Il faut aussi considérer, comme nous venons de le voir, que les attributions confé-

rées par la convention à l'Etat d'origine du mineur (art. 4) sont réservées aux Etats contractants et que des Etats tiers ne pourraient donc de toute façon pas s'en prévaloir. En cas d'adhésion sans réserve la Suisse devrait, bien entendu, appliquer aussi l'article 3 (relatif aux rapports «ex lege» dérivant de la loi nationale; v. ci-après sous ch. 4) dans ses relations avec des Etats tiers. Etant donné toutefois que cette règle conventionnelle a été adoptée aux fins d'éviter des conflits avec l'Etat d'origine du mineur et d'assurer la continuité des rapports juridiques nés de plein droit, il y aurait donc de bonnes raisons pour l'appliquer aussi à l'égard d'Etats tiers. Si pareille application de l'article 3 devait néanmoins susciter de graves inconvénients, les autorités suisses pourraient toujours, à l'égard d'un mineur vivant chez nous, se prévaloir de la compétence exceptionnelle prévue à l'article 8 (v. ci-dessus sous II, ch. 1) ou, lorsque c'est inévitable, invoquer l'ordre public conformément à l'article 16. Pour nous — et plusieurs cantons sont de cet avis —, l'avantage principal d'une adhésion sans réserve à la convention serait qu'en matière de tutelle (au sens large) un seul et même régime international s'appliquerait à tous les mineurs étrangers résidant en Suisse et que ce régime aurait encore pour effet que toutes les mesures prises conformément à la convention par nos autorités ou les autorités d'autres Etats contractants devraient être reconnues au moins par tous les Etats contractants, quelle que soit la nationalité des mineurs en cause. Les dispositions de la loi de 1891 (LRDC) ne seraient alors plus applicables qu'aux mineurs suisses ou étrangers ne résidant ni en Suisse ni dans un autre Etat contractant (p. ex. aussi pour assurer la protection de biens situés en Suisse).

4. La loi applicable (art. 2, 3, 4, 1^{er} et 2^e al.)

La convention prescrit que chaque autorité compétente doit prendre les mesures prévues par sa loi interne; selon l'autorité qui agira, c'est donc la loi de l'Etat de la résidence habituelle du mineur ou celle de son Etat d'origine qui sera applicable. Par loi interne, il faut entendre le droit matériel d'un Etat, à l'exclusion de ses règles de droit international privé (dites règles de conflits de lois); la convention s'en tient donc à la méthode du renvoi à la loi substantielle. Le droit matériel qui est ainsi appelé à être appliqué régit alors le rapport de droit tout entier: les conditions d'institution, de modification et de cessation des mesures entrant en considération, ainsi que leurs effets tant sur le plan interne (p. ex. les rapports entre pupille, tuteur et autorité tutélaire) que sur le plan externe, c'est-à-dire à l'égard des tiers (p. ex. quant au droit de représentation du tuteur). Ce régime (qui ne s'applique que partiellement sous l'empire de la convention de 1902, v. art. 5) apporte d'abord une sensible simplification en ce sens que chaque autorité pourra appliquer son propre droit, celui qui lui est le plus familier. Puis ce régime accroît la sécurité du droit et des transactions, car les autorités aussi bien que des tiers pourront constater aisément — sans avoir à consulter les règles, souvent difficilement intelligibles, du droit international privé de leur propre ordre juridique ou d'un ordre juridique étran-

ger, règles qui posent à leur tour des problèmes spéciaux (renvoi au premier ou au second degré, questions de qualification, etc.) — à quel droit un mineur sera éventuellement soumis et quels en seront ses effets. Ces avantages méritent d'être appréciés surtout dans les pays où, comme c'est en partie le cas en Suisse, ce ne sont pas des juristes qui sont chargés de la mise en œuvre des mesures à prendre.

Dans cet ordre d'idées il sied encore d'appeler l'attention sur l'article 3 de la convention, qui traite des rapports «*ex lege*». Lorsque, en vertu de la loi nationale d'un mineur, certains rapports d'autorité naissent de plein droit (p. ex. en droit néerlandais le conjoint survivant devient tuteur des enfants, tandis qu'il conserve en droit suisse l'exercice de la puissance paternelle), ils doivent être reconnus dans tous les Etats contractants, donc aussi dans l'Etat où le mineur a sa résidence habituelle. Cette règle, qui doit assurer la continuité d'une situation juridique préexistante, ne vaut cependant que sous réserve de la compétence exceptionnelle attribuée par l'article 8 aux autorités de l'Etat de résidence (v. ci-dessus sous II, ch. 1).

5. Le devoir d'information réciproque (art. 10 et 11)

Considérant qu'une protection efficace du mineur dépend essentiellement d'une judicieuse collaboration entre les autorités intéressées à son cas, la conférence de La Haye a prévu dans diverses dispositions de la convention que des mesures de protection ne doivent être prises qu'après que les autorités d'autres Etats intéressés en ont été avisées (art. 4, 1^{er} al., et 5).

C'est ainsi que l'article 10 prévoit, d'une manière générale, une collaboration effective des autorités, en ce sens que les autorités d'un Etat ne doivent prendre des mesures, autant que possible, qu'après avoir procédé à un échange de vues avec les autorités des autres Etats dont les décisions sont encore en vigueur. Pour éviter toutefois de fâcheux retards, on a préféré donner à l'article 10 la forme d'une recommandation («*autant que possible*»), d'un appel à la bonne volonté. En outre, pour ne pas compromettre une claire répartition des attributions conférées par la convention, l'article 10 parle d'un échange de vues et non pas, par exemple, d'une consultation desdites autorités.

Enfin, l'article 11 enjoint à toutes les autorités qui ont pris des mesures de protection (p. ex. aussi en vertu de l'art. 9) d'en informer les autorités de l'Etat d'origine du mineur et, le cas échéant, celles de l'Etat de sa résidence habituelle. Pour simplifier et accélérer ce service d'information, les Etats contractants devront prévoir quelques mesures d'organisation, car l'article 11, 2^e alinéa, leur prescrit — ce qui est particulièrement important pour les Etats à structure fédérative — de désigner les autorités pouvant donner et recevoir directement les informations en question. D'après la même disposition, ces autorités doivent être indiquées au ministère des affaires étrangères des Pays-Bas, qui les signalera à son tour aux autres Etats contractants (art. 25, lettre *a*). En Suisse, ce sont, suivant les cantons, des autorités soit judiciaires soit administratives qui

traitent les affaires de tutelle (au sens large). Si la Suisse ratifiait la convention, nous chargerions le département de justice et police de s'enquérir, par une circulaire aux gouvernements cantonaux, des autorités qui devraient être indiquées au ministère néerlandais des affaires étrangères.

Chose à noter, la conférence de La Haye a tenu à ce que dans le rapport consacré à la convention le vœu soit exprimé qu'avant de prendre des mesures déterminées les autorités des Etats contractants veuillent bien s'assurer les bons offices d'institutions privées internationales qui, grâce à leur organisation et à leur expérience, sont qualifiées pour donner les renseignements et recommandations nécessaires en vue d'élucider les cas particuliers et de désigner les mesures adéquates. La conférence pensait par exemple au service social international.

III. LES AUTRES DISPOSITIONS DE LA CONVENTION

1. L'article 5 règle les conséquences du déplacement de la résidence habituelle d'un mineur dans un autre Etat contractant. Une fois prises, les mesures doivent si possible être maintenues (principe de la continuité), ce qui vaut aussi en faveur de la loi de l'Etat d'origine (3^e al.). Est réservée la compétence exceptionnelle de l'Etat de résidence, conformément à l'article 8 (v. ci-dessus sous II, ch. 1). La conférence de La Haye s'est abstenue à dessein de régler les cas où la résidence habituelle du mineur est déplacée à l'étranger dans l'intention d'échapper aux autorités normalement compétentes (déplacement dit frauduleux). En tant que le cas se produit dans les limites d'Etats contractants, l'information réciproque prévue par la convention permettra sans doute de trouver la solution appropriée aux circonstances. Dans les autres cas, les conséquences de pareils actes frauduleux seront régies par les autres normes juridiques applicables.

2. Conformément à l'article 6 de la convention, les autorités de l'Etat d'origine d'un mineur peuvent confier la «mise en œuvre» des mesures prises par elles aux autorités de l'Etat où le mineur a sa résidence habituelle ou possède des biens. Les autorités de l'Etat de résidence peuvent agir de même à l'égard des autorités de l'Etat où le mineur possède des biens (art. 6, 2^e al.). Pareille délégation de la «mise en œuvre» des mesures est déjà prévue dans une convention de droit international privé conclue en 1931 entre les Etats nordiques et a donné de bons résultats. Elle représente un autre cas de collaboration (v. ci-dessus sous II, ch. 5) entre les autorités d'Etats contractants.

3. L'article 7 impose à tous les Etats contractants la reconnaissance des mesures prises par les autorités compétentes en vertu de la convention, conséquence logique de la convention puisqu'elle règle simultanément la question de la compétence et de la loi applicable. Quant à l'exécution des mesures dans un autre Etat contractant (p. ex. rapatriement d'enfants, remise de biens), elle constitue en soi une opération distincte. Pour tenir compte des règles de procé-

de droit interne ou conventionnelles), l'article 7 prévoit que celles-ci doivent avoir effet aussi dans le champ d'application de la convention. On vise ici par exemple l'examen des conditions que les mesures doivent remplir pour avoir force exécutoire (respect du droit d'être entendu, force de chose jugée), conditions pour lesquelles le droit du pays d'exécution reste déterminant, c'est-à-dire en Suisse le droit cantonal de procédure, en tant que des conventions d'exécution ne sont pas applicables. Si la deuxième phrase de l'article 7 soumet aussi à ce régime la «reconnaissance», la raison en est que dans certains Etats la reconnaissance d'une décision étrangère emporte déjà par elle-même sa force exécutoire.

4. L'article 9 (comme l'art. 7 de la convention de 1902 sur la tutelle des mineurs) traite des mesures à prendre dans les cas d'urgence. Ces mesures sont provisoires de par leur nature; mais les «effets définitifs» qu'elles produisent (p. ex. actes de disposition sur des biens, réparations, frais d'hospitalisation) restent valables à l'égard des autorités des autres Etats contractants ou envers des tiers.

5. L'article 14 vise les Etats où existent divers ordres juridiques, comme c'est le cas par exemple en Grande-Bretagne ou, quant à la compétence en matière de tutelle, en Suisse. Pour un mineur étranger en Suisse, seraient donc compétentes, d'après l'article 14, les autorités désignées par le droit du canton où se trouve le lieu avec lequel le mineur a «le lien le plus effectif».

6. L'article 15 permet à chaque Etat contractant d'adhérer à la convention sous la réserve que ses autorités (tribunaux) appelées à statuer en matière de nullité du mariage, de divorce ou de séparation de corps demeureront compétentes aussi pour connaître de la protection des enfants issus du mariage. Cette disposition est due à l'initiative de la délégation suisse à la conférence de La Haye, qui avait en vue la réglementation des articles 133, 2^e alinéa, 156 et 157 du code civil et 7, lettres *h* et *i* LRDC. Le législateur suisse est en effet d'avis que le juge du divorce est en règle générale le mieux placé pour connaître des circonstances de famille et prendre les mesures dictées par l'intérêt des enfants. La proposition d'insérer dans la convention une disposition consacrant cette idée se heurta toutefois à la résistance tant des Etats hostiles au divorce que des Etats qui voulaient s'en tenir aux règles générales de la convention. C'est finalement dans la possibilité de faire une réserve conformément à l'article 15 que fut trouvée la solution. Mais les autres Etats ne sont pas tenus de reconnaître les mesures prises par le juge du divorce, ce qui n'entraînera pratiquement pas de grands inconvénients, car la compétence (réservée) du juge du divorce coïncidera souvent avec les compétences reconnues par la convention. Dans leur réponse à la circulaire du département de justice et police, tous les cantons qui se sont exprimés à ce sujet ont recommandé de faire la réserve prévue à l'article 15. Tel est aussi notre avis. Si les chambres fédérales partageaient cet avis, il y aurait lieu de prévoir dans l'arrêté d'approbation une déclaration que nous ferions en ratifiant la convention (v. art. 23, 1^{er} al.).

7. L'article 16 contient la réserve de l'ordre public, en ce sens qu'un Etat contractant, comme le prévoient la plupart des conventions récentes, ne doit pouvoir écarter une disposition de la convention que si son application était «manifestement» incompatible avec l'ordre public.

8. Les articles 17 à 25 de la convention contiennent les dispositions finales et transitoires usuelles, parmi lesquelles il importe de relever les trois suivantes:

Conformément à l'article 17, 1^{er} alinéa, la convention ne s'applique qu'aux mesures prises après son entrée en vigueur. Mais suivant le 2^e alinéa, les rapports d'autorité résultant de plein droit de la loi interne de l'Etat dont le mineur est ressortissant (rapports «ex lege»; v. ci-dessus sous II, ch. 4) sont reconnus dès l'entrée en vigueur de la convention.

L'article 18 précise que la convention remplace dans les rapports entre les Etats contractants la convention de 1902 pour régler la tutelle des mineurs. De plus, il réserve les autres conventions qui, au moment de l'entrée en vigueur de la nouvelle convention, lient encore des Etats contractants; pour la Suisse, cela concerne par exemple la convention de 1951 relative au statut des réfugiés (art. 12) et la convention franco-suisse de 1869 sur la compétence judiciaire et l'exécution des jugements (art. 10). Si la France, elle aussi, ratifiait la convention, il y aurait sans doute lieu d'examiner avec le gouvernement français si et comment l'article 10 de la convention franco-suisse de 1869, qui soumet encore la tutelle au principe de la nationalité, pourrait être abrogé afin que seule la convention de La Haye soit applicable entre les deux pays.

D'après l'article 21, la convention constitue une convention dite «semi-ouverte», c'est-à-dire qu'après son entrée en vigueur (art. 20) des Etats pourront y adhérer alors même qu'ils n'auraient pas été représentés à la 9^e session de la conférence de La Haye (1960). Pour les Etats adhérents, la convention n'entrera toutefois en vigueur qu'à l'égard des Etats contractants ayant accepté expressément l'adhésion.

IV. LA CONVENTION ET LES RÈGLES AUTONOMES DU DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ DE LA SUISSE

En vertu des articles 10 et suivants, et 32 LRDC c'est le droit suisse (principe de la territorialité) qui régit la tutelle des étrangers domiciliés en Suisse, sous réserve de la remise de la tutelle à l'Etat d'origine, lorsque celui-ci accorde la réciprocité (art. 33 LRDC). Cette réglementation s'applique aux étrangers tant majeurs que mineurs. Pour ce qui est des mineurs, l'opinion a été soutenue en doctrine qu'eu égard à la fonction protectrice de la tutelle c'est non pas leur domicile dit dérivé qui serait déterminant, mais leur résidence habituelle. Une tendance à se rapprocher de cette opinion se trouve aussi dans la jurisprudence la plus récente du Tribunal fédéral (cf. ATF 86, II, 331 et 89, I, 313 s.). Pour un étranger mineur en Suisse, une tutelle pourrait donc être instituée en

vertu du droit suisse quand bien même le détenteur de la puissance paternelle aurait son domicile à l'étranger. Il est patent que cette solution cadre avec celle de la convention.

Quant à la tutelle des Suisses à l'étranger, la question du droit applicable est controversée. De l'avis de certains auteurs, c'est l'article 28 LRDC qui serait applicable, d'après lequel les Suisses à l'étranger sont soumis au droit de leur domicile étranger lorsque ce droit entend leur imposer son application (Etats adhérent au principe du domicile); sont toutefois réservés les cas spéciaux visés par les articles 29 et 30 de cette loi, qui soumettent au droit suisse la tutelle des Suisses qui «émigrent» ou sont «absents» (temporairement) du pays. Dans sa jurisprudence la plus récente, le Tribunal fédéral estime au contraire (cf. ATF 86, II, 323 et 87, II, 132) que la tutelle des Suisses à l'étranger est régie non pas par l'article 28 de la loi de 1891, mais exclusivement par ses articles 29 et 30 (principe de la nationalité); le Tribunal fédéral ajoute cependant que les autorités suisses peuvent renoncer à prendre des mesures de protection conformément au droit suisse, lorsque les autorités de l'Etat étranger où le ressortissant suisse à protéger est domicilié ont déjà pris de leur propre chef les mesures nécessaires.

De cet état de choses on peut inférer que les solutions prévues par la convention concordent pour l'essentiel avec les principes de notre droit international privé. Il s'ensuit en outre qu'après l'adhésion de la Suisse à la convention de La Haye la pratique à suivre envers les Etats contractants serait en substance la même que celle qui, fondée sur la loi de 1891, continuerait à s'appliquer dans les rapports avec tous les Etats qui ne seraient pas parties à la convention. La situation juridique y gagnerait même en clarté du fait que la convention désigne expressément la «résidence habituelle» du mineur comme point de rattachement déterminant et englobe toutes les mesures de protection, quels que soient leur nature et le lieu où elles sont appliquées.

* * *

Comme nous l'avons signalé au début du présent message, vingt et un cantons ont recommandé l'adhésion de la Suisse à la convention. C'est aussi dans ce sens que se sont prononcées la conférence des autorités cantonales de tutelle, l'association suisse des tuteurs officiels et la section suisse du service social international. Par rapport au régime actuellement en vigueur, la convention représente en effet un progrès important. Celui-ci consiste, à notre avis, notamment en ce que la convention, en consacrant le principe de la territorialité, prend en considération le milieu social dans lequel vit le mineur, et en ce qu'elle sauvegarde les intérêts légitimes du pays d'origine, étend son champ d'application par rapport à l'actuel régime conventionnel, règle clairement la compétence des autorités et la loi applicable, prescrit la collaboration internationale des autorités et impose en outre aux Etats contractants la reconnaissance et l'exécution réciproques des décisions en cause.

Signalons enfin que, par une recommandation du 28 janvier 1965, le Conseil de l'Europe a invité les Etats membres à adhérer à la convention qui vous est soumise.

Nous avons donc l'honneur de vous proposer d'approuver la convention en adoptant le projet d'arrêté fédéral ci-joint et de nous autoriser à la ratifier en ne faisant que la réserve prévue à son article 15, 1^{er} alinéa, donc sans faire usage de la réserve prévue à l'article 13, 3^e alinéa.

Comme la convention limite à cinq ans la durée de sa validité, sous réserve de tacite reconduction de cinq en cinq ans, et prévoit la possibilité d'une dénonciation pour la fin de chaque période de cinq ans (art. 24), votre arrêté fédéral ne serait pas soumis au referendum facultatif prévu à l'article 89, 4^e alinéa, de la constitution.

La base constitutionnelle de l'arrêté fédéral est l'article 8 de la constitution, selon lequel la Confédération a le droit de conclure des traités avec les Etats étrangers. Quant à la compétence de l'Assemblée fédérale, elle est fondée sur l'article 85, chiffre 5, de la constitution.

Veuillez agréer, Monsieur le Président et Messieurs, les assurances de notre haute considération.

Berne, le 4 mars 1966.

Au nom du Conseil fédéral suisse:

Le président de la Confédération,

Schaffner

Le chancelier de la Confédération,

Ch. Oser

(Projet)

Arrêté fédéral
approuvant la convention internationale de La Haye
concernant la compétence des autorités et la loi applicable
en matière de protection des mineurs

L'Assemblée fédérale de la Confédération suisse,

vu les articles 8 et 85, chiffre 5, de la constitution;

vu le message du Conseil fédéral du 4 mars 1966,

arrête:

Article unique

La convention de La Haye du 5 octobre 1961 concernant la compétence des autorités et la loi applicable en matière de protection des mineurs, signée par la Suisse le 18 novembre 1964, est approuvée; en ratifiant la convention, le Conseil fédéral fera la déclaration suivante:

«La Suisse fait usage de la réserve prévue à l'article 15 de la convention et considérera le juge appelé à statuer sur la nullité du mariage, le divorce ou la séparation de corps comme compétent pour prendre, dans les limites des articles 133, 2^e alinéa, 156 et 157 du code civil suisse, des mesures de protection de la personne ou des biens d'un mineur.»

Le Conseil fédéral est autorisé à ratifier la convention en faisant cette déclaration.

Convention concernant la compétence des autorités et la loi applicable en matière de protection des mineurs

Les Etats signataires de la présente Convention,

désirant établir des dispositions communes concernant la compétence des autorités et la loi applicable en matière de protection des mineurs,

ont résolu de conclure une Convention à cet effet et sont convenus des dispositions suivantes:

Article premier

Les autorités, tant judiciaires qu'administratives, de l'Etat de la résidence habituelle d'un mineur sont, sous réserve des dispositions des articles 3, 4 et 5, alinéa 3, de la présente Convention, compétentes pour prendre des mesures tendant à la protection de sa personne ou de ses biens.

Article 2

Les autorités compétentes aux termes de l'article premier prennent les mesures prévues par leur loi interne.

Cette loi détermine les conditions d'institution, modification et cessation desdites mesures. Elle régit également leurs effets tant en ce qui concerne les rapports entre le mineur et les personnes ou institutions qui en ont la charge, qu'à l'égard des tiers.

Article 3

Un rapport d'autorité résultant de plein droit de la loi interne de l'Etat dont le mineur est ressortissant est reconnu dans tous les Etats contractants.

Article 4

Si les autorités de l'Etat dont le mineur est ressortissant considèrent que l'intérêt du mineur l'exige, elles peuvent, après avoir avisé les autorités de l'Etat de sa résidence habituelle, prendre selon leur loi interne des mesures tendant à la protection de sa personne ou de ses biens.

Cette loi détermine les conditions d'institution, modification et cessation desdites mesures. Elle régit également leurs effets tant en ce qui concerne les rapports entre le mineur et les personnes ou institutions qui en ont la charge, qu'à l'égard des tiers.

L'application des mesures prises est assurée par les autorités de l'Etat dont le mineur est ressortissant.

Les mesures prises en vertu des alinéas précédents du présent article remplacent les mesures éventuellement prises par les autorités de l'Etat où le mineur a sa résidence habituelle.

Article 5

Au cas de déplacement de la résidence habituelle d'un mineur d'un Etat contractant dans un autre, les mesures prises par les autorités de l'Etat de l'ancienne résidence habituelle restent en vigueur tant que les autorités de la nouvelle résidence habituelle ne les ont pas levées ou remplacées.

Les mesures prises par les autorités de l'Etat de l'ancienne résidence habituelle ne sont levées ou remplacées qu'après avis préalable auxdites autorités.

Au cas de déplacement d'un mineur qui était sous la protection des autorités de l'Etat dont il est ressortissant, les mesures prises par elles suivant leur loi interne restent en vigueur dans l'Etat de la nouvelle résidence habituelle.

Article 6

Les autorités de l'Etat dont le mineur est ressortissant peuvent, d'accord avec celles de l'Etat où il a sa résidence habituelle ou possède des biens, confier à celles-ci la mise en œuvre des mesures prises.

La même faculté appartient aux autorités de l'Etat de la résidence habituelle du mineur à l'égard des autorités de l'Etat où le mineur possède des biens.

Article 7

Les mesures prises par les autorités compétentes en vertu des articles précédents de la présente Convention sont reconnues dans tous les Etats contractants. Si toutefois ces mesures comportent des actes d'exécution dans un Etat autre que celui où elles ont été prises, leur reconnaissance et exécution sont réglées soit par le droit interne de l'Etat où l'exécution est demandée, soit par les conventions internationales.

Article 8

Nonobstant les dispositions des articles 3, 4 et 5, alinéa 3, de la présente Convention, les autorités de l'Etat de la résidence habituelle d'un mineur peuvent prendre des mesures de protection pour autant que le mineur est menacé d'un danger sérieux dans sa personne ou ses biens.

Les autorités des autres Etats contractants ne sont pas tenues de reconnaître ces mesures.

Article 9

Dans tous les cas d'urgence, les autorités de chaque Etat contractant sur le territoire duquel se trouvent le mineur ou des biens lui appartenant, prennent les mesures de protection nécessaires.

Les mesures prises en application de l'alinéa précédent cessent, sous réserve de leurs effets définitifs, aussitôt que les autorités compétentes selon la présente Convention ont pris les mesures exigées par la situation.

Article 10

Autant que possible, afin d'assurer la continuité du régime appliqué au mineur, les autorités d'un Etat contractant ne prennent de mesures à son égard qu'après avoir procédé à un échange de vues avec les autorités des autres Etats contractants dont les décisions sont encore en vigueur.

Article 11

Toutes les autorités qui ont pris des mesures en vertu des dispositions de la présente Convention en informent sans délai les autorités de l'Etat dont le mineur est ressortissant et, le cas échéant, celles de l'Etat de sa résidence habituelle.

Chaque Etat contractant désignera les autorités qui peuvent donner et recevoir directement les informations visées à l'alinéa précédent. Il notifiera cette désignation au Ministère des Affaires Etrangères des Pays-Bas.

Article 12

Aux fins de la présente Convention on entend par «mineur» toute personne qui a cette qualité tant selon la loi interne de l'Etat dont elle est ressortissante que selon la loi interne de sa résidence habituelle.

Article 13

La présente Convention s'applique à tous les mineurs qui ont leur résidence habituelle dans un des Etats contractants.

Toutefois les compétences attribuées par la présente Convention aux autorités de l'Etat dont le mineur est ressortissant sont réservées aux Etats contractants.

Chaque Etat contractant peut se réserver de limiter l'application de la présente Convention aux mineurs qui sont ressortissants d'un des Etats contractants.

Article 14

Aux fins de la présente Convention, si la loi interne de l'Etat dont le mineur est ressortissant consiste en un système non unifié, on entend par «loi interne de l'Etat dont le mineur est ressortissant» et par «autorités de l'Etat dont le mineur est ressortissant» la loi et les autorités déterminées par les règles en vigueur dans ce système et, à défaut de telles règles, par le lien le plus effectif qu'a le mineur avec l'une des législations composant ce système.

Article 15

Chaque Etat contractant peut réserver la compétence de ses autorités appelées à statuer sur une demande en annulation, dissolution ou relâchement du lien conjugal entre les parents d'un mineur, pour prendre des mesures de protection de sa personne ou de ses biens.

Les autorités des autres Etats contractants ne sont pas tenues de reconnaître ces mesures.

Article 16

Les dispositions de la présente Convention ne peuvent être écartées dans les Etats contractants que si leur application est manifestement incompatible avec l'ordre public.

Article 17

La présente Convention ne s'applique qu'aux mesures prises après son entrée en vigueur.

Les rapports d'autorité résultant de plein droit de la loi interne de l'Etat dont le mineur est ressortissant sont reconnus dès l'entrée en vigueur de la Convention.

Article 18

Dans les rapports entre les Etats contractants la présente Convention remplace la Convention pour régler la tutelle des mineurs signée à La Haye le 12 juin 1902.

Elle ne porte pas atteinte aux dispositions d'autres conventions liant au moment de son entrée en vigueur des Etats contractants.

Article 19

La présente Convention est ouverte à la signature des Etats représentés à la Neuvième session de la Conférence de La Haye de droit international privé.

Elle sera ratifiée et les instruments de ratification seront déposés auprès du Ministère des Affaires Etrangères des Pays-Bas.

Article 20

La présente Convention entrera en vigueur le soixantième jour après le dépôt du troisième instrument de ratification prévu par l'article 19, alinéa 2.

La Convention entrera en vigueur, pour chaque Etat signataire ratifiant postérieurement, le soixantième jour après le dépôt de son instrument de ratification.

Article 21

Tout Etat non représenté à la Neuvième session de la Conférence de La Haye de droit international privé pourra adhérer à la présente Convention après son entrée en vigueur en vertu de l'article 20, alinéa premier. L'instrument d'adhésion sera déposé auprès du Ministère des Affaires Etrangères des Pays-Bas.

L'adhésion n'aura d'effet que dans les rapports entre l'Etat adhérent et les Etats contractants qui auront déclaré accepter cette adhésion. L'acceptation sera notifiée au Ministère des Affaires Etrangères des Pays-Bas.

La Convention entrera en vigueur, entre l'Etat adhérent et l'Etat ayant déclaré accepter cette adhésion, le soixantième jour après la notification mentionnée à l'alinéa précédent.

Article 22

Tout Etat, au moment de la signature, de la ratification ou de l'adhésion, pourra déclarer que la présente Convention s'étendra à l'ensemble des territoires qu'il représente sur le plan international, ou à l'un ou plusieurs d'entre eux. Cette déclaration aura effet au moment de l'entrée en vigueur de la Convention pour ledit Etat.

Par la suite, toute extension de cette nature sera notifiée au Ministère des Affaires Etrangères des Pays-Bas.

Lorsque la déclaration d'extension sera faite par un Etat ayant signé et ratifié la Convention, celle-ci entrera en vigueur pour les territoires visés conformément aux dispositions de l'article 20. Lorsque la déclaration d'extension sera faite par un Etat ayant adhéré à la Convention, celle-ci entrera en vigueur pour les territoires visés conformément aux dispositions de l'article 21.

Article 23

Tout Etat pourra, au plus tard au moment de la ratification ou de l'adhésion, faire les réserves prévues aux articles 13, alinéa 3, et 15, alinéa premier, de la présente Convention. Aucune autre réserve ne sera admise.

Chaque Etat contractant pourra également, en notifiant une extension de la Convention conformément à l'article 22, faire ces réserves avec effet limité aux territoires ou à certains des territoires visés par l'extension.

Chaque Etat contractant pourra, à tout moment, retirer une réserve qu'il aura faite. Ce retrait sera notifié au Ministère des Affaires Etrangères des Pays-Bas.

L'effet de la réserve cessera le soixantième jour après la notification mentionnée à l'alinéa précédent.

Article 24

La présente Convention aura une durée de cinq ans à partir de la date de son entrée en vigueur conformément à l'article 20, alinéa premier, même pour les Etats qui l'auront ratifiée ou y auront adhéré postérieurement.

La Convention sera renouvelée tacitement de cinq en cinq ans, sauf dénonciation.

La dénonciation sera, au moins six mois avant l'expiration du délai de cinq ans, notifiée au Ministère des Affaires Etrangères des Pays-Bas.

Elle pourra se limiter à certains des territoires auxquels s'applique la Convention.

La dénonciation n'aura d'effet qu'à l'égard de l'Etat qui l'aura notifiée. La Convention restera en vigueur pour les autres Etats contractants.

Article 25

Le Ministère des Affaires Etrangères des Pays-Bas notifiera aux Etats visés à l'article 19, ainsi qu'aux Etats qui auront adhéré conformément aux dispositions de l'article 21 :

- a.* Les notifications visées à l'article 11, alinéa 2;
- b.* Les signatures et ratifications visées à l'article 19;
- c.* La date à laquelle la présente Convention entrera en vigueur conformément aux dispositions de l'article 20, alinéa premier;
- d.* Les adhésions et acceptations visées à l'article 21 et la date à laquelle elles auront effet;
- e.* Les extensions visées à l'article 22 et la date à laquelle elles auront effet;
- f.* Les réserves et retraits de réserves visés à l'article 23;
- g.* Les dénonciations visées à l'article 24, alinéa 3.

En foi de quoi, les soussignés, dûment autorisés, ont signé la présente Convention.

Fait à La Haye, le 5 octobre 1961, en un seul exemplaire, qui sera déposé dans les archives du Gouvernement des Pays-Bas et dont une copie certifiée conforme sera remise, par la voie diplomatique, à chacun des Etats représentés à la Neuvième session de la Conférence de La Haye de droit international privé.