Schweizerische Eidgenossenschaft
Confédération suisse
Confederazione Svizzera
Confederaziun svizra

Swiss Confederation

Seul le texte prononcé fait foi
Check against delivery

69e session de l'Assemblée générale

6e commission

Point 78 de l'ordre du jour

Rapport de la Commission du droit international

Report of the International Law Commission

Partie II
Part II

Chapitre IX – L'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'Etat
Chapter IX – Immunity of State officials from foreign criminal jurisdiction

New York, le 29 octobre 2014

Déclaration de la Suisse

Monsieur le Président,

Les travaux de la Commission sur la question de l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'Etat sont primordiaux et nous soutenons la poursuite de ses efforts dans ce domaine. Afin de contribuer aux discussions en la matière, nous souhaiterions vous faire part de quelques réflexions. Nous nous concentrerons oralement sur les points essentiels. Pour les remarques plus techniques, ma délégation renvoie à la version écrite de la présente déclaration [*en italique*].

Nous voudrions en premier lieu souligner les progrès accomplis dans ce domaine par la Commission. Nous saluons le fait qu'elle ait pu adopter, à titre provisoire, les projets d'article 2 lettre e, et 5. Nous saluons par ailleurs l'excellent rapport de la Commission et la clarté des commentaires qui ont été élaborés.

Nous avons pris acte avec intérêt du projet d'article 2, lettre e, qui a pour objet de définir les personnes qui bénéficient de l'immunité de juridiction pénale, à savoir les « représentants de l'Etat ». Ce projet d'article établit à juste titre que seules les personnes physiques peuvent bénéficier de cette

Mission permanente de la Suisse auprès des Nations Unies
Permanent Mission of Switzerland to the United Nations

633 Third Avenue, 29th floor, New York, NY 10017-6706
Tél. +1 212 286 1540, Fax +1 212 286 1555, www.dfae.admin.ch/missny

immunité. Selon la définition retenue par la Commission, un « représentant de l'Etat » est « tout individu qui représente l'Etat ou qui exerce des fonctions étatiques ». Tout en prenant acte que cette définition renvoie aux bénéficiaires de l'immunité de juridiction pénale sans préjuger la question de savoir quels actes sont couverts par cette immunité, nous souhaiterions néanmoins soulever son caractère étendu. Comme le commentaire l'indique clairement, les deux conditions proposées par la Commission ne sont pas cumulatives. Un « représentant de l'Etat » aux fins du projet d'articles est un individu qui représente l'Etat ou qui exerce des fonctions étatiques. Cette définition ouvre l'immunité de juridiction pénale à un cercle large de bénéficiaires potentiels puisqu'elle ne requiert pas que l'individu en question détienne un poste officiel au sein de l'Etat. Il appartiendra à la Commission, dans la suite de ses travaux, de définir les actes pour lesquels ces personnes jouiront de l'immunité afin de définir la portée de l'immunité fonctionnelle selon le projet d'articles.

Plus spécifiquement, nous nous demandons si la définition de la Commission vise, par exemple, les personnes qui représentent un Etat dans une action en justice contre cet Etat et si une telle personne pourrait bénéficier de l'immunité de juridiction pénale selon le projet d'articles. Nous nous interrogeons également sur un possible lien qui pourrait exister entre la définition des « fonctions étatiques » selon le projet d'article 2, lettre e, et le projet d'articles sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite. Une personne privée qui est « habilitée à l'exercice de prérogatives de puissance publique » selon l'article 5 du projet d'articles sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite devrait-elle être considérée comme exerçant des « fonctions étatiques » ? Par exemple, une personne telle qu'un employé d'une entreprise de sécurité privée qui est chargé d'assurer des fonctions de gardien de prison et, en cette qualité, exerce des prérogatives de puissance publique, pourrait-elle être le bénéficiaire de l'immunité de juridiction pénale selon le projet d'articles? La Commission souligne dans son rapport plus récent que tant l'expression « représenter » que l'expression « exercice de fonctions publiques » doit être entendue dans un sens large. Selon la version anglaise, «fonctions publiques » sont notamment « the activities carried out by the State» (A/69/10, p. 235, paragraphe 11). Est-ce que cela implique qu'une personne qui agit en fait sur les instructions ou les directives ou sous le contrôle d'un Etat dans le sens de l'article 8 du projet d'articles sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite est une personne qui pourrait, en théorie, être le bénéficiaire de l'immunité de juridiction pénale ?

Nous sommes bien conscients que ces questions devront être réexaminées à la lumière des projets d'articles qui définiront quels actes sont couverts par l'immunité de juridiction pénale. Les implications de la définition d'un « représentant de l'Etat » retenue dans le projet d'article 2, lettre e, ne peuvent donc pas être pleinement appréciées à ce stade. Nous nous permettrons de revenir sur le projet d'article 2, lettre e, une fois que le projet d'article sera plus avancé.

Monsieur le Président,

Nous avons également quelques réflexions concernant le projet d'article 5, qui est le premier article concernant l'immunité de juridiction pénale *ratione materiae*. Selon ce projet, « [l]es représentants de l'Etat agissant à ce titre bénéficient de l'immunité *ratione materiae* à l'égard de l'exercice de la juridiction pénale étrangère ». Selon le commentaire, le but de cet article n'est pas de se prononcer sur les actes qui peuvent être couverts par l'immunité, mais plutôt de mettre « l'accent sur le caractère fonctionnel de l'immunité *ratione materiae* et marqu[er] la différence avec l'immunité *ratione personae* » (A/69/10, p. 245, paragraphe 3). Nous nous demandons si un tel article ne pourrait pas conduire à des interprétations erronées. L'enjeu sera justement de définir les types d'actes en relation avec lesquels les représentants de l'Etat, agissant à ce titre, bénéficient de l'immunité fonctionnelle.

Au vu de l'article 2, lettre e, il serait également opportun que la Commission définisse pour la suite de ses travaux dans quelle mesure les anciens représentants de l'Etat pourront continuer à faire valoir une immunité de juridiction fonctionnelle après la fin de leur fonction.

Je vous remercie.

Unofficial translation

Mr. Chairman,

The International Law Commission's work on the immunity of state officials from foreign criminal jurisdiction is of crucial importance and we fully support its efforts in this area. As a contribution to that work, we would like to make a number of observations. We will raise some of the key points today and would refer you to the written statement for the technical details. [*in italics*].

To begin with, we would like to underline the progress already achieved in this field by the Commission. We welcome the fact that the Commission has provisionally adopted draft articles 2 subparagraph e and 5. We also welcome the excellent report of the Commission and the clarity of the commentary provided.

Draft article 2, subparagraph (e), which defines the beneficiaries of immunity from foreign criminal jurisdiction, namely the "State Officials", has attracted our attention. This draft article begins by stating, rightly in our view that only private persons can benefit from this immunity. According to the definition adopted by the Commission, "State official" means any individual who represents the State or who exercises State functions. Noting that this definition refers to individuals who enjoy immunity from criminal jurisdiction, without prejudging the question of what acts are covered by this immunity, we nonetheless wish to point out that this definition is very broad. As clearly indicated in the commentary,

the two conditions proposed by the Commission are not cumulative. A "State official" for the purposes of the draft articles is an individual who represents the State or who exercises State functions. This definition extends immunity from criminal jurisdiction to a wide circle of potential beneficiaries, since it does not require the individual in question to occupy an official position within the State. It will be up to the Commission, in proceeding with its work, to define the acts for which these individuals will enjoy immunity so that the scope of functional immunity can be defined for the purposes of the draft articles.

More specifically, we wonder if the Commission's definition includes, for example, individuals who represent the State in legal proceedings against the State in question, and if such an individual would be able to enjoy immunity from criminal jurisdiction according to the draft articles. We also would like to raise the question of a possible link between the definition of "State functions" for the purposes of subparagraph (e) of draft article 2, and the draft articles on the responsibility of States for internationally wrongful acts. Should a private individual who is empowered to "exercise elements of governmental authority" in accordance with article 5 of the draft articles on the responsibility of States for internationally wrongful acts be considered as exercising "State functions"? For example, can an individual such as an employee of a private security firm who is charged with the functions of a prison guard and who in this capacity exercises elements of governmental authority, be the beneficiary of immunity from criminal jurisdiction in accordance with the draft articles? In its most recent report the Commission stresses that both the term "represent" and the term "exercise of public functions" must be understood in a broad sense. According to the English version "public functions" are notably "the activities carried out by the State" (A/69/10, p. 235, paragraph 11). Does this imply that an individual who de facto *acts on the instructions or directives or under the control of a State in the sense of article 8 of the draft articles on the responsibility of States for internationally wrongful could be the beneficiary of functional immunity from criminal jurisdiction?*

We are well aware of the fact that these questions will have to be reconsidered in the light of the draft articles defining what acts are covered by immunity from criminal jurisdiction. It is not possible therefore at this stage to fully appreciate the implications of the definition of a "State official" adopted in subparagraph (e) of draft article 2. It is our intention to return to subparagraph (e) of draft article 2 when work on the draft articles has advanced further.

Mr. Chairman,

We also have some thoughts on draft article 5, the first article that deals with immunity from criminal jurisdiction *ratione materiae*. According to draft article 5, "State officials acting as such enjoy immunity *ratione materiae* from the exercise of foreign criminal jurisdiction". The commentary explains that, the purpose of this article is not to define the acts that will be covered by immunity but rather to "stress the functional nature of immunity *ratione materiae* and distinguish it from immunity *ratione personae" (A/69/10, p.245, paragraph 3).* We wonder if such an article might not be subject to misinterpretation.

The challenge indeed will be to define the kinds of acts with regard to which State officials acting in that capacity enjoy functional immunity.

Taking into account the definition of the beneficiary of functional immunity according to draft article 2 subparagraph e, it will also be necessary for the Commission to define to what extent former State officials may claim functional immunity from jurisdiction once they no longer work as State officials.

Thank you.