



72^e session de l'Assemblée générale

Sixième Commission

Point 81 à l'ordre du jour

Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa 69^e session

Chapitre VII - Immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État

New York, le 25 octobre 2017

Déclaration de la Suisse

Monsieur le Président,

Notre délégation a lu avec grand intérêt le dernier rapport de la Commission du droit international (CDI) sur l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État. Nous prenons acte de l'adoption provisoire du projet d'article 7, et tenons à remercier la commission pour l'important travail qu'elle a accompli.

Avant de commenter le projet d'article 7 en particulier, nous tenons à souligner que certaines **questions méthodologiques** devraient, à notre avis, être clarifiées.

Premièrement, le caractère procédural de l'immunité oblige les tribunaux à traiter la question de l'immunité à titre préliminaire. S'agissant de l'immunité des États, la Cour internationale de justice (CIJ) a indiqué en 2012, dans l'affaire *Allemagne c. Italie*, que « l'idée de subordonner, dans une certaine mesure, le droit à l'immunité à la gravité de l'acte illicite en cause pose un problème de logique ». Selon la CIJ, deux interprétations sont possibles. Selon la première, le tribunal national saisi devrait d'abord établir si l'État a véritablement commis l'acte illicite grave en question afin de déterminer s'il peut ou non se prévaloir de l'immunité juridictionnelle. À ce stade, l'État étranger aurait déjà été soumis à la juridiction de l'autre État. Selon la seconde interprétation, la simple allégation qu'un acte illicite grave a été commis serait suffisante pour refuser l'immunité, auquel cas des procédures engagées pour des motifs même improbables et dénués de tout fondement factuel pourraient être poursuivies. À notre avis, aucune de ces solutions n'est pleinement satisfaisante pour ce qui est des procédures pénales contre des représentants d'un État étranger. Il serait utile que la CDI prenne position sur cette question.

Deuxièmement, nous constatons que la CDI ne fait aucune distinction entre les diverses raisons pour lesquelles un tribunal national est arrivé à la conclusion qu'un représentant de l'État ne jouit pas de l'immunité de fonction devant une juridiction pénale étrangère lorsqu'une procédure a été ouverte en relation avec des crimes internationaux. Dans certains cas, des tribunaux ont considéré que l'immunité ne s'appliquait pas en raison de la gravité des actes en question; dans d'autres, ils ont jugé que lesdits actes ne pouvaient pas être considérés comme ayant été accomplis dans l'exercice de fonctions officielles. Cette distinction est importante à nos yeux. Il ne serait approprié de parler d'exception à la règle générale de l'immunité que dans le premier cas. Dans le deuxième cas, ces actes n'entreraient pas dans le champ d'application de l'immunité *ratione materiae* telle que définie dans le projet d'article 6. Alors que la question se pose de savoir si les exceptions proposées à l'immunité *ratione materiae* reflètent le droit international coutumier, il est généralement admis que la portée de l'immunité *ratione materiae* se limite aux actes accomplis dans l'exercice de fonctions officielles.

Troisièmement, la CDI mentionne certaines affaires où des tribunaux nationaux ont jugé des représentants d'un autre État pour des crimes internationaux sans statuer expressément sur l'immunité. À notre avis, avant d'évaluer la pertinence de ces affaires en vue de l'établissement d'exceptions, il est nécessaire de clarifier si l'immunité des représentants de l'État existe indépendamment de son invocation par l'État, ou si l'absence d'invocation peut être interprétée comme une renonciation implicite à cette immunité. En effet, si l'État en question n'a jamais invoqué l'immunité de son représentant, il est difficile de savoir si l'immunité n'a pas été considérée comme un obstacle parce que l'affaire concernait des crimes internationaux, ou parce que l'État ne semblait pas se prévaloir de l'immunité. Ce dernier point illustre pourquoi il pourrait être nécessaire, à nos yeux, de revenir ultérieurement sur les différents projets d'articles et sur le commentaire, une fois que toutes les questions de procédure et de fond auront été traitées.

Monsieur le Président,

Le mandat de la CDI consiste à la fois à codifier et à **développer progressivement** le droit international. Nous estimons qu'il est important de faire une distinction aussi claire que possible entre ces deux aspects des travaux de la Commission. En effet, c'est bien connu, les projets d'articles de la CDI jouissent d'une grande autorité dans la pratique et sont souvent interprétés comme des énoncés de droit par les tribunaux nationaux.

Le projet d'article 7, tel qu'il a été provisoirement adopté par la CDI, considère que l'immunité *ratione materiae* de juridiction pénale étrangère ne s'applique pas en ce qui concerne le crime de génocide, les crimes contre l'humanité, les crimes de guerre, le crime d'apartheid, la torture et les disparitions forcées. Nous estimons qu'il est primordial qu'un article sur les exceptions à l'immunité de fonction des représentants de l'État devant la juridiction pénale étrangère soit ou bien solidement étayé par une pratique des États généralisée et quasiment uniforme ainsi que par l'*opinio juris*, ou bien clairement identifié comme relevant du développement progressif du droit.

Après un examen approfondi des différentes sources citées à l'appui du projet d'article 7, la Suisse est d'avis que ces critères exigeants pour l'établissement d'une règle de droit international coutumier ne sont pas satisfaits en l'espèce. Nous encourageons la Commission à fournir des éléments plus probants pour soutenir le projet d'article 7 ou à indiquer clairement que celui-ci s'inscrit dans le développement progressif du droit.

Nous attendons avec intérêt les futurs travaux de la Commission sur le sujet.

Monsieur le Président, nous vous remercions.

Mr Chairman,

Our delegation has read with great interest the ILC's most recent report on the immunity of State officials from foreign criminal jurisdiction. We take note of the provisional adoption of draft article 7 and would like to thank the Commission for its important work.

Before commenting on draft article 7 specifically, we would like to stress that certain **methodological questions** should in our view be further clarified.

First, the procedural nature of immunity obliges courts to address immunity as a preliminary matter. In relation to State immunity, the ICJ stated in the 2012 *Germany v Italy* case that 'the proposition that the availability of immunity will be to some extent dependent upon the gravity of the unlawful act presents a logical problem'. According to the ICJ, a national court would either be required to first establish whether the serious offense in question had been committed in order to determine whether the State could rely on its immunity from jurisdiction. At that point the foreign State would already have been subjected to the other State's jurisdiction. Or, the mere allegation that a grave offense had been committed would be sufficient to deny immunity, in which case even far-fetched proceedings with no grounding in facts would be allowed to continue. In our view, neither solution is fully satisfactory when it comes to criminal proceedings against foreign State officials. It would be useful for the ILC to comment on the matter.

Second, we note that the ILC does not distinguish between the various reasons for which a domestic court came to the conclusion that a State official did not enjoy functional immunity from foreign criminal jurisdiction in relation to international crimes. In some cases, courts found that immunity did not apply because of the gravity of the acts in question; in other cases, they found that the acts in question could not be considered official acts. In our view, the distinction is important. Only in the first case would it be appropriate to speak of an exception to an otherwise existing immunity. In the latter case, the acts would fall outside of the scope of immunity *ratione materiae* as defined in draft article 6. Whereas the status of the proposed exceptions to immunity *ratione materiae* under customary international law is contested, it is generally accepted that the scope of immunity *ratione materiae* is limited to acts committed in an official capacity.

Third, the ILC mentions certain cases in which national courts have tried officials of another State for international crimes without expressly ruling on immunity. In our view, before assessing the relevance of these cases for the purposes of exceptions, it is necessary to clarify whether the immunity of State officials exists independently of its invocation by the State, or respectively, whether a lack of invocation can be interpreted as an implicit waiver. For if the State in question never invoked immunity on behalf of its official, it is not clear whether immunity was not considered an obstacle because international crimes were in question, or because the State did not seem to claim it. This last point illustrates why in our view, it might be necessary to come back to the individual draft articles and commentary at a later stage, once all procedural and substantive questions have been addressed.

Mr. Chairman,

The ILC's mandate includes both the codification and the **progressive development of international law**. We believe that it is important to distinguish the two aspects of the Commission's work as clearly as possible. For it is well known that the ILC's draft articles enjoy great practical authority and are often interpreted as statements of the law by domestic courts.

Draft article 7 as provisionally adopted by the ILC holds that immunity *ratione materiae* from the exercise of foreign criminal jurisdiction shall not apply in respect of the crime of genocide, crimes

against humanity, war crimes, the crime of apartheid, torture, and enforced disappearance. We believe that it is of paramount importance that an article on the exceptions to functional immunity of State officials from foreign criminal jurisdiction is either solidly based in extensive and virtually uniform State practice and *opinio juris* or clearly labelled as a progressive development of the law.

After a careful review of the different sources cited in support of draft article 7, Switzerland is of the view that this high threshold has not been reached. We encourage the Commission to provide stronger evidence in support of draft article 7 or to indicate unambiguously that it falls within the area of progressive development.

We look forward to the Commission's further work on the subject.

Thank you, Mr Chairman.