

Observations relatives aux limites et exceptions à l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État

Dans son rapport de la 67^{ème} session, la Commission du droit international a invité les Etats à adresser au Secrétariat de la Commission leurs observations en ce qui concerne les limites et exceptions à l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État. La Suisse a l'honneur de lui communiquer ce qui suit.

La Commission a déjà pris connaissance des deux arrêts qui ont été rendus en Suisse en lien avec les limites et exceptions à l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'Etat (à savoir Nezzar et Marcos). A toute fin utile, nous en rappelons ci-après les éléments pertinents. Il n'y a pas eu de nouvelles décisions judiciaires dont nous puissions faire état en réponse à la demande présentée par la Commission.

Les deux limites à l'immunité de juridiction pénale *ratione personae* des chefs d'Etat reconnues dans la pratique suisse sont, d'une part, la volonté de l'Etat étranger d'invoquer cette immunité, et d'autre part, la durée des fonctions de la personne en question. Dans l'affaire Marcos, ATF 115 Ib 496, pp. 500-501 Cons. 5b-c, le Tribunal fédéral a constaté le suivant.

"Au contraire de l'immunité de juridiction civile, toujours discutée et relativisée, l'immunité de juridiction pénale du chef de l'Etat est totale (...). Cette immunité paraît également englober, sans réserve, les activités privées des chefs d'Etat (...). Les chefs d'Etat bénéficient (...) d'une immunité de juridiction totale dans les Etats étrangers pour tous les actes qui tomberaient ordinairement sous la juridiction de ces Etats, quel que soit le critère de rattachement des actes incriminés. Ce privilège, reconnu pour le profit de l'Etat étranger à son plus haut dignitaire, trouve ses limites, d'une part, dans la volonté de cet Etat et, d'autre part, dans la durée des fonctions du chef d'Etat. Les art. 32 et 39 de la Convention de Vienne [sur les relations diplomatiques] doivent donc s'appliquer par analogie aux chefs d'Etat".

Le caractère absolu de l'immunité de juridiction *ratione personae* des chefs d'Etat a été réitéré dans plusieurs prises de position internes du Département fédéral des affaires étrangères.

En ce qui concerne les limites à l'immunité de juridiction pénale *ratione materiae* des représentants d'Etat, le Tribunal pénal fédéral a constaté ce qui suit dans l'arrêt Nezzar, rendu le 25 juillet 2012 (arrêt BB.2011.140).

"5.3.2 En ce qui concerne l'immunité fonctionnelle (*ratione materiae*), il est admis que les représentants des Etats étrangers autres que les membres de la Triade et les fonctionnaires qui ne jouissent pas d'autres immunités en tant que membres du corps diplomatique ou consulaire ou en tant que fonctionnaires d'une organisation internationale couverts par l'accord du siège de cette organisation internationale ou de droit national, bénéficient en principe de l'immunité de juridiction et d'exécution dans les autres Etats. Cette immunité découle des actes accomplis dans l'exercice des fonctions officielles (...). Le but de l'immunité fonctionnelle est tout à la fois de protéger le fonctionnaire étranger des conséquences des actes imputables à l'Etat pour lequel il a agi et d'assurer par là même le respect de la souveraineté de l'Etat. Il est généralement admis que cette immunité continue pour les actes officiels accomplis pendant la durée de la fonction même après la fin de celle-ci (...). En revanche, cette immunité fonctionnelle, plus communément désignée avec le terme d'immunité résiduelle, ne saurait protéger l'ancien fonctionnaire d'une poursuite pénale pour des faits pénalement relevant commis avant et après la fin de sa fonction officielle ou pour des infractions pénales commises dans la période de sa fonction officielle mais en dehors des tâches relevant de son ancienne fonction (...).

(...)

5.4.3 (...) Il reste à décider si l'immunité *ratione materiae* résiduelle couvre tous les actes commis pendant sa fonction et prévaut sur la nécessité de dégager les responsabilités éventuelles du recourant sur de prétendues violation [sic] graves des droits humains. Selon les principes qui ressortent des courants de doctrine et de jurisprudence exposés plus haut (...), une réponse affirmative à cette question ne fait plus l'unanimité. Il est en effet généralement reconnu que l'interdiction des crimes graves contre l'humanité, notamment en cas de torture, a un caractère coutumier. Cette approche est partagée par le législateur suisse, pour qui "l'interdiction du génocide, des crimes contre l'humanité et des crimes de guerre est de nature impérative (*jus cogens*)". Selon ce même législateur, "les Etats sont tenus de faire respecter cette interdiction indépendamment de l'existence de règles conventionnelles et de leur validité. Ce devoir vise à préserver les valeurs fondamentales de l'humanité et doit être accompli indépendamment de l'attitude des autres Etats (*erga omnes*)" (Message relatif à la mise en œuvre du Statut de Rome; FF 2008 3474). Eu égard à la valeur fondamentale du bien juridique protégé, le législateur suisse a décidé "d'assurer une répression sans faille de ces actes" (Message relatif à la mise en œuvre du Statut de Rome; FF 2008 3468). Or, il serait à la fois contradictoire et vain si, d'un côté, on affirmait vouloir lutter contre ces violations graves aux valeurs fondamentales de l'humanité, et, d'un autre côté, l'on admettait une interprétation large des règles de l'immunité fonctionnelle (*ratione materiae*) pouvant bénéficier aux anciens potentats ou officiels dont le résultat concret empêcherait, *ab initio*, toute ouverture d'enquête. S'il en était ainsi, il deviendrait difficile d'admettre qu'une conduite qui lèse les valeurs fondamentales de l'ordre juridique international puisse être protégée par des règles de ce même ordre juridique. Une telle situation serait paradoxale et la politique criminelle voulue par le législateur vouée à rester lettre morte dans la quasi-totalité des cas. Ce n'est pas ce qu'il a voulu. Il en découle qu'en l'espèce le recourant ne saurait se prévaloir d'aucune immunité *ratione materiae*."

La Suisse espère que les informations et observations qui précèdent constitueront une contribution utile pour les travaux de la Commission.