Schweizerische Eidgenossenschaft
Confédération suisse
Confederazione Svizzera
Confederaziun svizra

Mission permanente de la Suisse auprès des Nations Unies

23/2017

La Mission permanente de la Suisse auprès des Nations Unies présente ses compliments au Bureau des affaires juridiques de l'Organisation des Nations Unies et a l'honneur de transmettre, en annexe, conformément au paragraphe 4 de la résolution A/RES/71/40 « rapport de la 68eme session de la Commission du droit international », la contribution de la Suisse concernant l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État

La Mission permanente de la Suisse auprès des Nations Unies saisit cette occasion pour renouveler au Bureau des affaires juridiques de l'Organisation des Nations Unies les assurances de sa plus haute considération

New York, le 31 janvier 2017

MISSION PERMANENTE DE LA SUISSE AUPRÈS DES NATIONS UNIES

Ann ment

Bureau des affaires juridiques de l'Organisation des Nations Unies
New York

Schweizerische Eidgenossenschaft
Confédération suisse
Confederazione Svizzera
Confederaziun svizra

Contribution de la Suisse concernant l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État

Dans son rapport de la 68ème session, la Commission du droit international a invité les Etats a lui fournir des informations sur leur législation et leur pratique, notamment leur pratique judiciaire et exécutive, concernant l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État La Suisse a l'honneur de lui communiquer ce qui suit

1 Invocation de l'immunité et renonciation à l'immunité

Il n'existe pas de législation spécifique réglant l'immunité de juridiction pénale des représentants d'Etats tiers en Suisse Le droit international public est toutefois directement applicable (art 5, al 4, art 189, al 1, let b, et art 190 de la Constitution fédérale)

Dans une décision portant sur l'immunité de juridiction d'un Etat étranger, le Tribunal fédéral a constaté que l'omission d'invoquer sa propre immunité au cours de la procédure peut, sous certaines conditions, être considérée comme une renonciation à cette immunité, par actes concluants

> "5 1 L'ordre international se fonde sur l'idée que tous les Etats sont souverains et juridiquement égaux Il s'ensuit qu'en principe, un Etat ne peut être soumis à la juridiction des tribunaux d'un autre Etat, et ce principe est concrétisé par le concept d'immunité de juridiction ( )
>
> 5 2 Appelé à statuer dans un litige mettant en cause un Etat étranger, le juge doit donc examiner en priorité la question de l'immunité de juridiction et cela avant d'entrer en matière sur le fond du procès (ATF 124 III 382, c 3b, p 38743) C'est à la condition toutefois que cette question soit soulevée (ATF 130 III 136, c 2 1, p 140) Il ne faut pas oublier en effet que, selon le droit international public, un Etat peut également décider de renoncer à se prévaloir du privilège de l'immunité de juridiction (KREN KOSTKIEWICZ, op cit , p 191, voir aussi par analogie, même s'il concerne l'immunité d'exécution, l'ATF 134 III 122, c 5 3) Cette renonciation peut se manifester soit expressément (par écrit ou oralement), soit par actes concluants, et elle peut également intervenir dans le cadre d'une procédure judiciaire (KREN KOSTKIEWICZ, op cit , p 292) **L'Etat assigné en justice qui entend se prévaloir du privilège de l'immunité de juridiction doit donc le faire immédiatement, avant de procéder à tout autre acte.**
>
> 5 3 En l'espèce, la Cour cantonale a constaté que la recourante est intervenue à la procédure par le dépôt d'une réponse (10 juin 2005), puis d'une duplique (22 février 2006) sans se prévaloir de son immunité Cette dernière a été invoquée pour la première fois dans une requête du 30 janvier 2007, de telle sorte que l'exception a été considérée comme tardive
>
> 5 3 3 **l'omission d'invoquer sa propre immunité dans les premières écritures peut être considérée comme une renonciation de la part de la recourante, par actes concluants, à se prévaloir de ce privilège** La décision de la Cour cantonale au sujet de ce moyen, soulevé pour la première fois dans la requête du 30 janvier 2007, peut donc être confirmée "[1]

En ce qui concerne l'immunité des représentants de l'Etat, il est clairement établi que l'Etat a le droit de renoncer à cette immunité au détriment de son représentant Contrairement à ce qui est le cas

[1] Décision 4A_541/2009 du Tribunal fédéral, du 8 juin 2010, dans la cause *Repubblica A c B, C, D, et E* (version originale en italien)

pour l'immunité des Etats étrangers, une renonciation à l'immunité de juridiction pénale étrangère d'un représentant de l'Etat doit, selon le Tribunal fédéral, être faite expressément Le Tribunal fédéral a constaté dans l'arrêt *Marcos*

> "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 **Aux termes de l'art. 32, l'Etat accréditant peut renoncer à l'immunité de juridiction de ses agents, mais il doit toujours le faire expressément, des actes concluants étant insuffisants.** Selon l'art 39, lorsque les fonctions d'une personne bénéficiant de privilèges et immunités prennent fin, ces privilèges et immunités cessent au moment où cette personne quitte le pays de réception, mais l'immunité subsiste en ce qui concerne les actes qu'elle a accomplis dans l'exercice de ses fonctions comme membre de la mission diplomatique (ch 2) ( )
>
> d) L'immunité de fonction dont jouissaient ainsi les recourants a donc perduré pour les actes délictueux éventuellement commis alors qu'ils exerçaient encore le pouvoir dans la République des Philippines **Leur mise en accusation devant les juridictions américaines ne pouvait et ne peut entrer en ligne de compte qu'en vertu d'une renonciation expresse de l'Etat philippin à l'immunité que le droit international public leur a reconnue non comme un avantage personnel, mais en faveur de l'Etat qu'ils dirigeaient** (cf DELBRUCK/WOLFRUM, *op cit* , p 254) C'est la raison pour laquelle le Tribunal fédéral a, le 7 juillet 1989, invité l'Office fédéral de la police à vérifier si les Etats-Unis d'Amérique étaient au bénéfice d'une déclaration des autorités compétentes de la République des Philippines quant à la levée de l'immunité des époux Marcos Interpellé à ce sujet par l'autorité intimée, l'Etat requérant a produit une note verbale adressée le 17 octobre 1988 par le Département des affaires étrangères de la République des Philippines à l'Ambassade des Etats-Unis d'Amérique à Manille, note dont il convient d'extraire le passage suivant (traduction)
>
> Prenant note de ce Traité (d'entraide judiciaire conclu entre les deux Etats), le gouvernement philippin renonce par la présente à toute immunité (1) d'Etat, (2) de chef d'Etat ou (3) diplomatique, dont l'ancien Président philippin Ferdinand Marcos et son épouse Imelda Marcos pourraient jouir ou dont ils pourraient avoir joui sur la base du droit américain ou du droit international, y compris, mais non exclusivement, sur la base de l'art 39 al 2 de la Convention de Vienne, en vertu des fonctions que ces personnes ont exercées naguère dans le gouvernement de la République des Philippines Cette renonciation s'étend à la poursuite de Ferdinand et Imelda Marcos dans l'affaire mentionnée ci-dessus (enquête conduite dans le district méridional de l'Etat de New York), ainsi qu'à tout acte criminel ou à toute autre affaire connexe dans lesquels ces personnes tenteraient de se référer à leur immunité Elle ne touche pas en revanche le gouvernement philippin lui-même ou tout membre ancien ou actuel de ce gouvernement ( ) "[2]

3 Stade de la prise en compte de l'immunité par les autorités nationales (enquête, mise en accusation, jugement)

L'immunité de juridiction pénale doit être prise en compte aussitôt qu'elle pourra faire obstacle à la procédure Puisque l'immunité *ratione personae* des représentants d'Etats du plus haut rang (notamment chefs d'Etat, chefs de gouvernement et ministres des affaires étrangères) est plus large que l'immunité *ratione materiae* des autres représentants d'Etats, la pratique suisse opère une distinction entre ces deux types d'immunité

[2] Arrêt 115 Ib 496 du Tribunal fédéral, du 2 novembre 1989 dans la cause Ferdinand et Imelda Marcos contre Office fédéral de la police (recours de droit administratif), pp 500-502, c 5b-d

a) Immunité *ratione personae*

Selon la pratique suisse, l'immunité *ratione personae* interdit tout acte de contrainte à l'égard de la personne et des biens du titulaire Elle doit donc être prise en compte avant que toute mesure de contrainte soit prise à l'encontre du bénéficiaire de cette immunité

Dans un avis de droit adressé le 13 novembre 2000 à l'Office fédéral de la police du Département fédéral de justice et police, la Direction du droit international public du Département fédéral des affaires étrangères a souligné

> "L'immunité des chefs d'Etats est régie par le droit international coutumier Elle est fondée juridiquement sur l'assimilation du chef de l'Etat au pays qu'il représente et est respectée dans les relations entre Etats Les chefs d'Etat qui séjournent à l'étranger bénéficient d'une immunité de juridiction pénale complète et absolue, c'est-à-dire tant pour les actes accomplis dans l'exercice de leurs fonctions que pour les actes privés Il est évidemment peu probable qu'une telle personne se rende coupable de crimes ou de délits Toutefois, si cela devait se produire, non seulement elle ne saurait être arrêtée puisque cela violerait son inviolabilité, mais encore **elle ne pourrait faire l'objet d'une assignation devant un tribunal pénal. Les chefs d'Etat étrangers jouissent également d'une immunité totale de juridiction de simple police et ils ne sauraient se voir infliger une amende, y compris pour violation des règles de la circulation** ( ) "[3]

Dans une communication du 1er juin 2004 au Ministère public de la Confédération (Département fédéral de justice et police), la Direction du droit international public a constaté

> "B D est le chef d'Etat en exercice du pays X En tant que tel, **il relève en principe exclusivement de la justice de son Etat, dans le cadre tracé par la Constitution de celui-ci, et il est soustrait à la juridiction des Etats étrangers.** (Il ne semble pas y avoir d'exceptions en faveur de tribunaux internationaux) L'immunité des chefs d'Etats étrangers est bien ancrée en droit international et fait partie de l'ordre juridique suisse **Ce principe s'applique dans le cadre de l'assistance judiciaire** (voir l'arrêt du Tribunal fédéral en l'affaire Marcos, ATF 115 Ib 496, 500) "les chefs d'Etat sont absolument exempts, ratione personae, de toute contrainte étatique et de toute juridiction d'un Etat étranger en raison d'actes qu'ils auraient commis, où que ce soit, dans l'exercice de fonctions officielles 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 ( )" L'immunité a pour but de protéger les fonctions du titulaire tant que dure son mandat **Pendant cette période, elle est absolue et complète: elle interdit tout acte de contrainte à l'égard de la personne et des biens du titulaire.** Ces règles ont récemment été confirmées par la Cour internationale de Justice (CIJ) pour les ministres des affaires étrangères (elles valent a fortiori pour les chefs d'Etat) Dans son arrêt du 14 février 2002 en l'affaire Yerodiya, qui avait trait à un mandat d'arrêt lancé par la Belgique contre le Ministre des Affaires étrangères du Congo, la CIJ s'est ainsi exprimée "Les fonctions d'un ministre des affaires étrangères sont telles que, pour toute la durée de sa charge, il bénéficie d'une immunité de juridiction pénale et d'une inviolabilité totales à l'étranger Cette immunité et cette inviolabilité protègent l'intéressé contre tout acte d'autorité de la part d'un autre Etat qui ferait obstacle à l'exercice de ses fonctions " En principe, l'immunité couvre le chef d'Etat dans l'exercice de ses fonctions autant que dans sa sphère privée Elle inclut même les actes préalables à son entrée en fonction "[4]

---

[3] Avis du 13 novembre 2000 (sans notes de bas de page), reproduit dans L Caflisch, *La pratique suisse en matière de droit international public, 1999-2014*, p 76
< https //www eda admin ch/content/dam/eda/fr/documents/das-eda/organisation-eda/compilation-RSDIE_FR pdf>

[4] Communication faite le 1er juin 2004 (sans notes de bas de page), reproduit dans L Caflisch, *La pratique suisse en matière de droit international public, 1999-2014*, p 201
< https //www eda admin ch/content/dam/eda/fr/documents/das-eda/organisation-eda/compilation-

b) Immunité *ratione materiae*

L'immunité fonctionnelle, en revanche, ne constitue pas un obstacle à toute procédure pénale contre un représentant de l'Etat, puisqu'elle ne vaut que pour les actes accomplis à titre officiel pour l'Etat étranger Il est souvent nécessaire de déterminer, au cours de la procédure ou de l'enquête, si les actes qui font l'objet de la procédure ont effectivement été accomplis à titre officiel

A titre d'exemple, l'affaire *A c Ministère public de la Confédération, B et C* peut être évoquée

> "A la suite de dénonciations pénales, le Ministère public de la Confédération ouvrit une instruction contre A , ressortissant algérien, ancien Major général de l'Armée algérienne et ancien Ministre de la défense, pour des crimes de guerre commis pendant le conflit interne algérien
>
> La DDIP [Direction du droit international public du Département fédéral des affaires étrangères] remit au Ministère public de la Confédération des observations à ce sujet, suivant lesquelles A , ancien Ministre algérien de la défense, continuait à jouir, en cette qualité, de l'immunité de juridiction devant les tribunaux suisses pour les actes accomplis dans le cadre de ses fonctions, mais non pour des actes privés accomplis durant le mandat de A , ni pour les actes accomplis avant ou après celui-ci
>
> Par la suite, à la demande de A , le Ministère public se déclara compétent en cette affaire, faisant valoir, en particulier, qu'étaient désormais soumises à la juridiction fédérale les infractions de génocide, de crimes contre l'humanité et de crimes de guerre, à condition que l'infraction fût commise à l'étranger, que l'auteur se trouvât en Suisse et que celui-ci ne fût ni extradé ni renvoyé à un tribunal international dont la compétence était reconnue par la Suisse
>
> Par recours à la Cour des plaintes du 12 décembre 2011, A demanda à la Cour de déclarer recevable son recours et de juger que le Ministère public était incompétent pour le poursuivre A l'appui de sa thèse, il fit notamment valoir qu'il bénéficiait de l'immunité de juridiction, affirmation contestée par le Ministère public Le prévenu persista toutefois dans ses conclusions, notamment en précisant qu'il avait siégé, en 1993/1994, au sein du Haut Comité d'Etat, soit au-delà de sa démission, en 1993, du poste de ministre de la défense Ce Comité était une instance présidentielle collégiale disposant de "tous les pouvoirs et attributs dévolus par la Constitution au Président de la République" Le recourant estima ainsi être couvert par l'immunité *ratione personae* et *ratione materiae* pour la période allant du 14 janvier 1992 au 30 janvier 1994 "[5]

Par décision du 25 juillet 2012, la Cour des plaintes du Tribunal pénal fédéral a rejeté ce recours La *Cour a notamment retenu à cet égard que "il serait à la fois contradictoire et vain si, d'un côté, on* affirmait vouloir lutter contre des 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**" [6] La décision a fait l'objet d'un recours au Tribunal fédéral, qui fut déclaré irrecevable par arrêt rendu le 8 novembre 2012 par la Première Cour de droit public (1B_542/2012)

4 Instruments dont dispose l'exécutif pour transmettre aux tribunaux nationaux des informations, des documents ou des avis juridiques

---

RSDIE_FR.pdf>

[5] Extrait de L Caflisch, *La pratique suisse en matière de droit international public, 1999-2014*, p 496, <https://www.eda.admin.ch/content/dam/eda/fr/documents/das-eda/organisation-eda/compilation-RSDIE_FR.pdf >

[6] *A c Ministère public de la Confédération, B et C* , Décision du 25 juillet 2012 du Tribunal pénal fédéral, BB 2011 140, p 26, c 5 4 3

Selon l'art 8 de l'Ordonnance sur l'organisation du Département fédéral des affaires étrangères (RS 172 211 1), la Direction du droit international public du Département fédéral des affaires étrangères est compétente pour traiter les questions juridiques se rapportant au droit international public et aux relations extérieures de la Suisse Entre autres, elle poursuit l'objectif de veiller à ce que les autorités suisses interprètent et appliquent correctement toutes les règles de droit international public (art 8, al 1, let a)

Dans le cadre de cette compétence, la Direction du droit international public peut être invitée à se prononcer sur des questions légales relatives à l'immunité des représentants de l'Etat, notamment dans le cadre de procédures judiciaires Les prises de position de la Direction du droit international public sont généralement formulées comme des avis de droit Elles n'ont aucun effet juridique et ne lient pas les tribunaux Elles ne confèrent pas non plus la qualité de partie à la procédure au Département ou à la Direction

5 Mécanismes d'assistance, de coopération et de consultation juridiques internationales

Les échanges entre la Suisse et un Etat étranger dans une affaire pour laquelle la question de l'immunité est examinée ou est susceptible d'être examinée se déroulent normalement par voie diplomatique

Outre les travaux de la Commission du droit international public, la Suisse participe aux consultations juridiques internationales organisées par le Comité des Conseillers juridiques sur le droit international public (CAHDI)

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