



67^e session de l'Assemblée générale

6^e commission

Point 79 de l'ordre du jour

Rapport de la Commission du droit international **Report of the International Law Commission**

Partie III

Part III

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

New York, le 5 novembre 2012

Déclaration prononcé par M. Nikolas Stürchler, conseiller juridique

Monsieur le Président,

La question de l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'Etat reste une question d'une grande importance. Dans ce contexte, les travaux de la Commission sont primordiaux et nous soutenons ses efforts visant à clarifier les points de divergence qui subsistent suite aux avis exprimés. Nous souhaiterions vous faire part de quelques réflexions en ce sens. Oralement, nous nous concentrerons sur quelques points essentiels. Pour les remarques plus techniques, ma délégation renvoie à la version écrite de la présente déclaration [*en italique*].

Nous avons déjà eu l'occasion de le souligner et le rapport de la Rapporteuse spéciale y fait référence : il est important d'examiner la question de l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'Etat en gardant à l'esprit la nécessité de garder un équilibre entre la lutte contre l'impunité et le maintien de relations interétatiques harmonieuses. Les divergences exprimées sur les thèmes examinés par la Commission dans ce contexte démontrent qu'il s'agit là d'un grand défi, tant les avis sur la portée de l'immunité de juridiction, respectivement sur le cercle des personnes qui peuvent s'en prévaloir, semblent s'opposer à ce jour.

Nous avons pris acte du fait que les travaux de la Commission ne visent pas à modifier les règles conventionnelles existantes en matière d'immunité. Nous partageons par ailleurs les avis exprimés selon lesquels il est nécessaire de définir la notion de représentant de l'Etat. Les membres de gouvernement, mais aussi les employés des administrations gouvernementales, sont de nos jours toujours davantage appelés à voyager, que ce soit dans le cadre de leurs fonctions officielles ou à titre

privé et que ce soit au cours de leur mandat officiel ou après la fin de celui-ci. Il importe que leur statut lors de ces voyages soit clairement défini, dans la mesure où il ne serait pas déjà couvert par les règles conventionnelles existantes.

Monsieur le Président,

La Commission a souhaité recevoir des informations de la part des Etats sur leur législation et leur pratique. Nous pouvons à cet égard mentionner ce qui suit.

En Suisse, le champ d'application de l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'Etat est défini par le droit international coutumier s'agissant des personnes qui ne sont pas au bénéfice des règles conventionnelles en vigueur. Outre les Conventions de Vienne sur les relations diplomatiques et consulaires, la Convention sur les missions spéciales et les accords de siège, j'ai le plaisir de signaler que la Suisse a déposé ses instruments d'adhésion, respectivement de ratification, le 25 septembre 2012, à l'Accord du 9 septembre 2002 sur les privilèges et immunités de la Cour pénale internationale, la Convention du 13 février 1946 sur les privilèges et immunités des Nations Unies et la Convention du 21 novembre 1947 sur les privilèges et immunités des institutions spécialisées, qui sont désormais également applicables en Suisse.

Les tribunaux suisses ont eu à se prononcer essentiellement sur la portée de l'immunité des membres des missions diplomatiques, des missions permanentes et des postes consulaires ou sur celle des fonctionnaires des organisations internationales. Nous disposons de peu de jurisprudence concernant d'autres représentants des Etats. Cependant, le Tribunal pénal fédéral a rendu un arrêt tout récemment à ce sujet, soit le 25 juillet 2012.

Dans ce jugement, le Tribunal pénal fédéral avait à se prononcer sur la question de savoir si un ancien ministre de la défense, qui se trouvait en Suisse pour un court séjour de nature privée, pouvait se prévaloir devant les tribunaux suisses d'une immunité de juridiction pénale suite au dépôt contre lui de plaintes pour crimes de guerre prétendument commis plusieurs années auparavant dans son Etat d'origine, alors qu'il exerçait ses fonctions de ministre de la défense. *Le Tribunal pénal fédéral s'est également prononcé sur la question de sa compétence, sujet que nous ne développerons pas ici, si ce n'est pour relever que, parmi les arguments invoqués en l'espèce par le recourant, le Tribunal a dû se prononcer sur un reproche d'ingérence dans les affaires intérieures du pays étranger concerné et sur les conditions applicables à l'exercice de la compétence universelle.*

Le Tribunal pénal fédéral a considéré en l'espèce qu'un ministre de la défense en exercice jouissait d'immunités *ratione personae* en vertu du droit international public. A cet égard, il s'est référé à l'arrêt Yerodia de la Cour internationale de justice. Comme la Cour internationale de Justice, le Tribunal pénal fédéral a admis que l'immunité de juridiction *ratione personae* ne se limite pas à la seule Triade (le chef d'Etat, le Chef de gouvernement et le Ministre des affaires étrangères), mais peut s'appliquer à d'autres hauts fonctionnaires du gouvernement, notamment au ministre de la défense. Ce faisant, le Tribunal a admis qu'une certaine immunité subsiste après la fin des fonctions officielles.

Le Tribunal pénal fédéral est toutefois parvenu à la conclusion que certaines exceptions à l'immunité *ratione materiae* doivent être admises. Il a en effet estimé que cette immunité résiduelle ne saurait dégager les responsabilités éventuelles en cas de violations graves des droits humains et il a refusé de reconnaître une immunité de juridiction en l'espèce. Il a, à cet égard, conclu qu'une certaine évolution du droit international tendait à restreindre la portée des immunités dans de telles situations.

Monsieur le Président,

La Suisse fournira par écrit les détails de l'argumentation du Tribunal pénal fédéral dans l'arrêt que je viens de citer, afin de ne pas prolonger notre intervention. Toutefois, nous voudrions profiter de

l'occasion de lancer quelques lignes de réflexions qui pourraient assister la Commission du droit international dans la suite de ses travaux.

Nous sommes tous conscients que les positions qui ont été exprimées jusqu'à présent sur la question de l'immunité de juridiction pénale des représentants des Etats sont très divergentes et qu'il ne sera sans doute pas possible de régler rapidement l'ensemble de la problématique. Or, la communauté internationale, et la Suisse en particulier en sa qualité d'Etat hôte et dans le cadre de sa politique de bons offices, ont un intérêt majeur à ce que des réponses puissent être données aux questions qui sont ouvertes.

Dans un contexte aussi complexe, nous voudrions encourager la Commission à ne pas considérer la question de l'immunité de juridiction des représentants des Etats comme un tout, mais à procéder par thèmes. Il s'agirait ainsi de s'éloigner de la réflexion « *ratione personae* » - « *ratione materiae* », du moins à ce stade des réflexions.

Nous proposons d'aborder en premier lieu la situation des représentants des Etats en exercice en laissant pour l'instant de côté leur situation après la fin de leurs fonctions. A ce sujet, la première question à clarifier devrait être celle de la définition de la notion de représentant de l'Etat auquel une immunité de juridiction devrait être reconnue, étant entendu qu'il ne s'agit d'aborder que les catégories qui ne sont pas encore couvertes par des conventions internationales et étant entendu que, parmi les représentants des Etats qui auront été identifiés, des différences pourront par la suite être envisagées quant à la portée des immunités à leur reconnaître.

Une fois que l'on a déterminé qui peut être considéré comme un représentant de l'Etat, il pourrait être utile d'opérer une distinction entre les voyages officiels et les voyages accomplis à titre privé. A cet effet, il serait utile de définir ce qu'il faut entendre par voyage officiel. Il serait envisageable de retenir que cette notion couvre tout voyage d'un représentant d'un Etat qui a lieu sur invitation ou avec l'autorisation du gouvernement d'un autre Etat, à quelque niveau que ce soit, toujours dans l'idée que, selon le rang du représentant de l'Etat, la portée des immunités reconnues peut être différente. Une telle définition devrait ainsi permettre de couvrir non seulement les voyages officiels qui ont lieu sur une base bilatérale, mais également les réunions qui sont organisées sur le territoire d'un Etat, avec l'autorisation de celui-ci, visant à réunir plusieurs Etats ou plusieurs entités d'un Etat, par exemple dans le cadre des bons offices.

La Suisse est partie à la Convention de New York du 8 décembre 1969 sur les missions spéciales. Celle-ci prévoit d'ailleurs à son article 18 la possibilité de réunions de missions spéciales sur le territoire d'un Etat tiers, avec l'accord de ce dernier. La Convention sur les missions spéciales n'est toutefois pas universellement reconnue et seuls 45 Etats y sont parties. Elle pourrait toutefois servir de base de réflexion afin d'en retenir les éléments qui ne sont pas largement contestés. Par exemple, certains éléments résultent déjà de l'interdiction *venire contra factum proprium* : nul ne devrait contester qu'il serait méprisable pour un Etat d'inviter à titre officiel un représentant d'un autre Etat pour arrêter cette personne au moment de son arrivée sur le territoire de l'Etat invitant.

Une fois posées les définitions de ce qu'il faut entendre par représentant de l'Etat et de ce qu'il faut entendre par voyage officiel, la discussion pourrait être ouverte sur l'étendue des immunités à reconnaître aux représentants d'Etat en exercice lors de leurs voyages officiels, toujours dans l'idée que des distinctions pourront être envisagées quant à l'étendue des immunités à reconnaître à telle ou telle catégorie de représentant de l'Etat. Lorsque des conclusions auront pu être largement approuvées, il sera possible d'aborder les autres questions ouvertes, à savoir la situation des représentants de l'Etat en exercice lors de voyages privés et la situation des représentants de l'Etat après la fin de leurs fonctions officielles.

Monsieur le Président,

A l'instar de la Cour internationale de Justice dans l'arrêt Yerodia et de l'arrêt du Tribunal pénal fédéral évoqué tout à l'heure, nous sommes d'avis qu'un certain nombre de hauts fonctionnaires qui représentent l'Etat doivent, lorsqu'ils sont en exercice, bénéficier d'une immunité de juridiction large. Nous n'entrons à dessein pas encore dans le détail de la discussion pour savoir s'il doit s'agir d'une immunité de juridiction absolue ou s'il faut admettre certaines exceptions. Nous sommes cependant de l'avis que la notion de haut fonctionnaire ne se limite pas au Chef de l'Etat, au Chef de gouvernement et au Ministre des affaires étrangères, mais qu'elle doit couvrir également d'autres membres du gouvernement appelés à voyager régulièrement dans le cadre de l'exercice de leur mandat ministériel.

Nous sommes également de l'avis, que ces hauts fonctionnaires doivent, après la fin de leurs fonctions, continuer à pouvoir faire valoir une immunité de juridiction résiduelle. Il est également prématuré de vouloir discuter aujourd'hui de la portée de cette immunité.

Dans son argumentation, le Tribunal pénal fédéral a souligné les éléments suivants :

Le Tribunal pénal fédéral a relevé que, dans le domaine de l'immunité, deux notions sont généralement distinguées : l'immunité personnelle (ratione personae) et l'immunité fonctionnelle (ratione materiae). La nécessité d'améliorer la coopération internationale a conduit à faire bénéficier les chefs d'Etat et de gouvernements, ainsi que les ministres des affaires étrangères, de l'immunité ratione personae durant l'accomplissement de leurs fonctions couvrant l'ensemble de leurs actes, y compris ceux qui ont été accomplis à titre privé. Le Tribunal pénal fédéral souligne que le droit international coutumier a reconnu de tels privilèges ratione personae aux chefs d'Etat pour tenir compte de leurs fonctions et du symbole de souveraineté qu'ils portent en raison de leur caractère représentatif des relations interétatiques. L'immunité de juridiction pénale doit en particulier éviter que les activités gouvernementales ne soient paralysées par des accusations de nature pénale formulées pour des raisons politiques à l'encontre de hauts agents officiels étrangers. L'immunité ratione personae couvre les actes accomplis par un représentant de l'Etat à la fois à titre officiel et privé, avant et pendant la période où il occupe ses fonctions. Liée à la fonction de son titulaire dans l'administration publique, l'immunité est de nature temporaire. Elle prend effet avec l'entrée en fonction du responsable et cesse de s'appliquer le jour où ses fonctions prennent fin. L'immunité ratione personae est une immunité absolue.

Le Tribunal pénal fédéral a également 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, bénéficient en principe de l'immunité de juridiction et d'exécution dans les autres Etats. Cette immunité ratione materiae 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.

Le Tribunal pénal fédéral indique qu'il est généralement admis que cette immunité fonctionnelle continue pour les actes officiels accomplis pendant la durée de la fonction même après la fin de celle-ci. En revanche, cette immunité fonctionnelle (ou immunité résiduelle), ne saurait protéger l'ancien fonctionnaire d'une poursuite pénale pour des faits pénalement répréhensibles commis avant et après la fin des fonctions officielles ou pour des infractions pénales commises dans la période de sa fonction officielle, mais en dehors des tâches relevant de son ancienne fonction.

A l'instar de la Cour internationale de justice, le Tribunal pénal fédéral admet qu'un tribunal d'un Etat peut juger un ancien ministre des affaires étrangères d'un autre Etat au titre d'actes accomplis avant

ou après la période pendant laquelle il a occupé ses fonctions, ainsi qu'au titre d'actes qui, bien qu'accomplis durant cette période, l'ont été à titre privé. Le Tribunal relève que, dans son arrêt du 14 février 2002 relatif au mandat d'arrêt, la CIJ a souligné que l'immunité de juridiction dont jouit le ministre des affaires étrangères en exercice ne signifie pas qu'il bénéficie d'une impunité au titre des crimes qu'il aurait pu commettre, et quelle que soit leur gravité. L'immunité de juridiction peut certes faire obstacle aux poursuites pendant un certain temps ou à l'égard de certaines infractions, mais elle ne saurait exonérer la personne qui en bénéficie de toute responsabilité pénale.

*Selon le Tribunal pénal fédéral, la doctrine, en se fondant à la fois sur l'émergence des nouvelles conventions et instances internationales consacrées au respect du jus cogens humanitaire et sur les jugements rendus par les tribunaux internationaux et nationaux en la matière, a mis en exergue l'émergence d'un processus tendant à accroître les causes d'exception à l'immunité de juridiction. Le Tribunal estime que ces exceptions visent l'immunité *ratione personae* des chefs de l'Etat en exercice et l'immunité *ratione materiae* des anciens chefs ou hauts fonctionnaires de l'Etat en cas de violation grave des droits humanitaires. De l'avis du Tribunal pénal fédéral, il est fréquemment fait état dans la doctrine d'une érosion progressive de l'immunité devant les juridictions nationales.*

*Pour le Tribunal pénal fédéral, il est indéniable qu'il existe une tendance manifeste sur le plan international à vouloir restreindre l'immunité des anciens chefs d'Etat en cas de crimes relevant du jus cogens, notamment l'interdiction du génocide et les crimes contre l'humanité, dont l'interdiction de la torture. Le Tribunal pénal fédéral estime que, depuis l'affaire Pinochet, les immunités *ratione materiae* des anciens chefs d'Etat ne sont plus garanties automatiquement face à la responsabilité individuelle en matière pénale, même pour les actes commis durant leurs activités officielles.*

*Le Tribunal pénal fédéral retient des travaux en cours de la CDI qu'il se dégage des discussions tenues dans cette enceinte des thèses opposées. Il estime toutefois qu'il en ressort une position dominante concernant la reconnaissance de l'immunité *ratione personae* absolue des membres de la Triade en exercice, car toute brèche dans ce domaine empêcherait les intéressés en fonction de s'acquitter de leurs tâches. En ce qui concerne en revanche l'immunité *ratione materiae*, des exceptions dans le contexte de la commission de crimes de droit international pourraient être pertinentes. Le Tribunal souligne également la préoccupation de la CDI d'aborder prudemment la question de l'immunité afin de parvenir à un équilibre acceptable entre la nécessité d'assurer la stabilité des relations internationales et celle d'éviter l'impunité des auteurs de crimes graves de droit international.*

*Passant ensuite à l'analyse du cas particulier qui lui était soumis, le Tribunal pénal fédéral relève que, selon l'interprétation large fournie par la Cour internationale de justice dans l'affaire Yerodia, suivie par certains tribunaux nationaux et par la CDI, l'immunité *ratione personae* durant la période de la fonction ne concerne pas exclusivement la Triade. Le ministre de la défense en fonction jouit également de cette immunité. En l'espèce, les fonctions avaient pris fin. La question était donc de savoir si, après la fin des fonctions officielles, l'ancien ministre concerné continuait de bénéficier de l'immunité à d'autres titres. Dans ce contexte, le Tribunal pénal fédéral s'est demandé si l'immunité *ratione materiae* résiduelle couvrait tous les actes commis pendant sa fonction et prévalait sur la nécessité de dégager les responsabilités éventuelles de l'intéressé sur de prétendues violations graves des droits humains. Le Tribunal pénal fédéral estime qu'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. Il serait 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. 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. Il en découle en l'espèce que l'intéressé ne saurait se prévaloir d'aucune immunité *ratione materiae*.*

Monsieur le Président,

Pour terminer, je me permets de souligner que la semaine du droit international – qui a lieu chaque année à New York – offre une excellente opportunité d'entretenir le dialogue entre la Commission du droit international et la Sixième Commission de l'Assemblée générale. La Suisse se félicite des échanges existants. Les relations avec New York étant ainsi déjà bien établies, ma délégation ne voit aucune raison de faire siéger la Commission du droit international – partiellement ou d'une quelconque autre manière – à New York. Comme chacun le sait, la Suisse a toujours soutenu la Commission du droit international à tous les égards et tient à poursuivre cet engagement. Genève, qui l'accueille, est un centre important du développement du droit international. Selon nous, il est indispensable que le droit international et son développement soient promus non seulement depuis le siège de New York, mais également depuis celui de Genève.

Monsieur le Président, je vous remercie de votre attention.

Unofficial translation

Mr. Chairman,

The question of immunity of State officials from foreign criminal jurisdiction remains a matter of great importance. The work of the Commission on this topic is crucial and we support its endeavours to clarify the outstanding points of divergence emanating from the views expressed. We wish to share some thoughts on this matter with you. In our spoken remarks, we will concentrate on a few substantive issues. For matters of a more technical nature, my delegation refers you to the written version of the present statement [*in italics*].

As already pointed out and mentioned in the report of the Special Rapporteur: it is important when examining the immunity of State officials from foreign criminal jurisdiction to strike a balance between the fight against impunity and the need to preserve harmonious inter-State relations. The diverging opinions expressed on the topics examined by the Commission on this issue demonstrate just how great this challenge is, with opinions currently appearing to be so greatly at odds over the extent of immunity from jurisdiction and the scope of persons entitled to invoke them.

We have taken note of the fact that the Commission's work does not aim to amend rules relating to immunity in existing conventions. However, we do share the view expressed that the definition of State representative needs clarification. Government members, and also employees of government administrations are called upon to travel more and more frequently nowadays, be it in performance of their official duties or in a private capacity and be it during their official mandate or subsequently. It is important to clearly define their status when travelling to the extent not already covered by rules relating to immunity in existing conventions.

Mr. Chairman,

The Commission requested that States provide it with information about their laws and practices. On this premise, we make the following remarks.

In Switzerland the field of application of immunity of State officials from foreign criminal jurisdiction is determined in accordance with customary international law applicable to persons who do not benefit from rules in force in existing conventions. Apart from the Vienna Conventions on Diplomatic and

Consular Relations, the Convention on Special Missions and the Headquarters Agreements, I am delighted to inform you that, on 25 September 2012, Switzerland deposited its accession and ratification instruments relating to the Agreement on the Privileges and Immunities of the International Criminal Court of 9 September 2002, the Convention on the Privileges and Immunities of the United Nations of 13 February 1946, and the Convention on the Privileges and Immunities of the Specialized Agencies of 21 November 1947. These treaties are henceforth enforceable in Switzerland.

The Swiss courts have essentially been called upon to decide on the extent of immunity for members of diplomatic missions, permanent missions and consular posts and for the officers of international organizations. We have little case law pertaining to other State's representatives. However, the Federal Criminal Court has just recently issued a ruling on this matter, on 25 July 2012.

In this judgment, the Federal Criminal Court had to decide whether a former minister of defense, in Switzerland for a short private visit, could validly invoke immunity from criminal jurisdiction following a complaint introduced against him for war crimes allegedly committed several years previously in his home State, whilst he was the incumbent minister of defense. *The Federal Criminal Court also pronounced upon the question of its legal competence, a subject we will not explore here, except to mention that, amongst the arguments put forward by the appellant in the case concerned, the Court had to pronounce upon an accusation of interference in the internal affairs of the foreign country concerned and the applicable conditions for the exercise of universal jurisdiction.*

The Federal Criminal Court considered in this case that an incumbent minister of defense was entitled to immunity *ratione personae* under public international law. It referred on this point to the International Court of Justice's Yerodia judgment. Like the International Court of Justice, the Federal Criminal Court recognized that *ratione personae* immunity from jurisdiction was not restricted to the triad (Head of State, Head of Government and Minister of Foreign Affairs) but could also cover other high-ranking government officials, in particular the Minister of Defense. In so doing, the Court accepted that a certain level of immunity survived beyond the end of official functions.

The Federal Criminal Court nevertheless came to the conclusion that certain exceptions to *ratione materiae* immunity must be allowed. Indeed it deemed that this residual immunity did not remove potential liability for cases of serious violations of human rights and it refused to recognize immunity from jurisdiction in the case under consideration. In this respect it concluded that the developing trend in international law was leaning towards limiting the extent of immunity in such situations.

Mr. Chairman,

To avoid taking the floor too long, Switzerland will provide a written account of the detailed deliberations of the Federal Criminal Court on the cited ruling. However, we would like to take this opportunity to advance a few lines of thought which may assist the International Law Commission in its considerations.

We are all aware that the views already expressed on the matter of immunity from criminal jurisdiction of State representatives differ greatly and that it will clearly be impossible to rapidly resolve the whole problematic. However, it is in the interest of the international community and Switzerland in particular, as a Host State and in connection with its policy of providing good offices, that solutions for these outstanding questions be found.

In such a complex context we would like to urge the Commission not to consider the question of immunity of State officials from foreign criminal jurisdiction as a whole, but rather to deal with it by topics. This would move us away from the '*rationae personae*' – '*rationae materiae*' discussions, at least at this stage of the deliberations.

We propose that the position of State representatives whilst in office be discussed first, leaving aside for the time being their position after leaving office. On this point the first matter requiring clarification must be the definition of a State representative to whom immunity from jurisdiction should be granted, being understood that we are only examining categories not yet covered by international conventions and that, amongst the State representatives identified as such, there could be differentiations as to the extent to which immunities are granted to them.

Once we have a clear definition of who can be considered as a State representative, it may be useful to create a distinction between official and private visits. In order to do so, it would be useful to define what is understood by an official visit. We could envisage that this definition include all visits by a State representative upon the invitation or authorization of the government of another State, at whatever level, always bearing in mind that the extent of immunities accorded may vary according to the rank of the State official. Such a definition could thus cover not only official journeys which take place on a bilateral basis but also meetings between several States or State bodies on the territory of another State with its authorization, for example in connection with the provision of good offices.

Switzerland is party to the New York Convention on Special Missions of 8 December 1969. Article 18 thereof contemplates the possibility of Special Missions holding meetings on the territory of a third State with the express authorization of such State. The Convention on Special Missions is not however universally recognized and only 45 States are party thereto. It could nevertheless provide a starting point for deliberations from which the less-contested elements could be extracted. For example, some elements already come from the *venire contra factum proprium* rule: no one can contest that it would be wrong for a State to officially invite the representative of another State only in order to arrest that person upon his arrival in the State which issued the invitation.

Once the definitions of State representative and official visit have been agreed, discussions could be broadened out to examine the extent to which immunities should be accorded to incumbent State representatives when on official visits, always bearing in mind that distinctions may be made as to the extent of immunities accorded depending upon the rank of a State representative. When conclusions have been largely agreed, it should then be possible to tackle the remaining open issues, such as the situation of incumbent State representatives on private visits and State representatives once they are no longer in office.

Mr. Chairman,

Following the International Court of Justice in the Yerodia judgment and the Federal Criminal Court ruling mentioned earlier, we are of the opinion that a certain number of high-ranking officials should, when in office, benefit from a wide immunity from jurisdiction. We will deliberately not, at this stage in the discussion, enter into the detail as to whether this should be full immunity of jurisdiction or whether certain exceptions should be allowed. We are however of the opinion that the term 'high-ranking official' should not be limited to Heads of State, Heads of Government and Ministers of Foreign Affairs, but that it should equally cover other government members regularly called upon to travel in the course of carrying out their ministerial obligations.

We are also of the view that these high-ranking officials should, having quit their functions, be able to invoke some level of residual immunity from jurisdiction. It would also be premature to try to discuss the scope of this immunity today.

(N.B. what follows is destined to be submitted in writing to the ILC without being read out as part of the statement)

In its deliberations, the Federal Criminal Court highlighted the following factors:

The Federal Criminal Court found that, on the subject of immunity, there are generally two distinct concepts: personal immunity (ratione personae) and immunity of function (ratione materiae). The need to improve international cooperation has led to Heads of State, Heads of Government and Ministers of Foreign Affairs being accorded immunity ratione personae in respect of all acts performed whilst in office including those performed in a private capacity. The Federal Criminal Court underlined that customary international law has traditionally accepted that Heads of State enjoy such ratione personae privileges in recognition of their office and the symbol of sovereignty that they embody by reason of their representative nature in inter-State relations. Immunity from criminal jurisdiction must, in particular, serve to prevent governmental activity from being paralyzed by politically motivated criminal accusations being made against high-ranking foreign officials. Ratione personae immunity covers acts performed by a State representative both in an official and private capacity, before and during the period in office. The immunity is of a temporary nature because it attaches to the public administration function of its beneficiary. It becomes effective when the person officially takes up their functions and terminates the day upon which official functions cease. Ratione personae is an absolute immunity.

The Federal Criminal Court also recognized that foreign State representatives, other than the members of the triad or officials who do not benefit from other immunities by virtue of their being members of the diplomatic corps or as officials of an international organization, do in principle benefit from immunity from jurisdiction and enforcement in other States. This ratione materiae immunity applies to acts performed in the exercise of official functions. The aim of functional immunity is both to protect the foreign official from the consequences of acts attributable to the State for which he/she was acting and thereby, to ensure State sovereignty is respected.

The Federal Criminal Court stated that it is generally accepted that functional immunity prevails for official acts performed whilst in office and even after leaving office. On the other hand, functional (or residual) immunity would not protect the former official from criminal prosecution for criminally reprehensible acts committed before or after leaving office nor for criminal offences committed during the period whilst in office, but not connected to that former function.

Following the International Court of Justice, the Federal Criminal Court accepted that the Courts of a State may judge the former minister of foreign affairs of another State for acts performed prior or subsequent to his or her period in office, as well as for acts which, although performed during that period, were done in a private capacity. The Federal Court noted that, in its judgment of 14 February 2002 relating to the arrest warrant, the International Court of Justice emphasized that the immunity from jurisdiction from which the minister of foreign affairs in office benefitted did not entitle him to impunity from the crimes he may have committed, however serious or otherwise. Immunity from jurisdiction can certainly obstruct prosecution for a certain time or in respect of certain offences, but it cannot exonerate the beneficiary from all criminal liability.

According to the Federal Criminal Court, legal doctrine on this subject, derived simultaneously from the emergence of new conventions and international courts dedicated to respect for humanitarian jus cogens norms and on the judgments issued on this subject by national and international courts, has highlighted the emergence of an increasing tendency to find justifications for exceptions to immunity from jurisdiction. The Court found that these exceptions are targeting the ratione personae immunity of incumbent Heads of State and the ratione materiae immunity of former Heads of State and high ranking State officials in cases of serious human rights violations. In the opinion of the Federal Criminal Court, doctrine is repeatedly pointing towards a gradual erosion of immunity before national courts.

According to the Federal Criminal Court, it cannot be denied that at the international level there is an obvious inclination to limit the immunity of former Heads of State in cases of crimes contravening jus cogens norms, in particular the prohibitions on genocide and crimes against humanity, including

torture. The Federal Criminal Court found that, since the Pinochet case, the *rationae materiae* immunity of former Heads of State was no longer automatically granted in the face of individual criminal liability even for acts performed whilst in office.

The Federal Criminal Court noted the opposing theories emerging from discussions held during the current deliberations of the ILC. It concluded nevertheless that one dominant position came out concerning the recognition of absolute *ratione personae* immunity of incumbent triad officials, because any inroad into this area would prevent those concerned from fulfilling their functions. On the other hand, as far as *rationae materiae* is concerned, exceptions in the context of crimes committed under international law could be significant. The Court also emphasized the concern of the ILC to tackle the question of immunity with caution in order to strike the right balance between the need to ensure stable international relations and the need to prevent impunity for authors of serious crimes against international law.

Moving on to the analysis of the particular case before it, the Federal Criminal Court found that, according to the wide interpretation issued by the International Criminal Court in the Yerodia case, followed by some national courts and the ILC, *ratione personae* immunity whilst in office did not only cover the triad. An incumbent minister of defense also benefitted from this immunity. In the case under consideration, the official functions had ended. The question arose therefore as to whether, once his official functions had ceased, the former minister concerned continued to benefit from other immunities. In this context, the Federal Criminal Court examined whether the residual *ratione materiae* immunity covered all acts committed by the person concerned whilst he had been in office and whether it prevailed over the need to determine his potential responsibility for alleged serious violations of human rights. The Federal Criminal Court ruled that this question no longer unanimously received a reply in the affirmative. It is in fact, generally accepted that the prohibition on serious crimes against humanity, in particular in cases of torture, is of a customary nature. It would be contradictory and pointless if, on one hand, one would claim to want to fight these serious violations of the fundamental values of humanity and then on the other hand, allowed such a wide interpretation of the rules of functional immunity (*ratione materiae*) that it benefitted former despots and officials. If this were the case, it would be difficult to accept that conduct injurious to the fundamental values of the international legal order could be protected by the rules of the very same legal order. In the case concerned the interested party was not able to invoke any *ratione materiae* immunity.

Mr. Chairman,

Let me conclude by pointing out that the International Law Week – which takes place every year in New York – is an excellent opportunity to foster dialogue between the International Law Commission and the Sixth Committee of the General Assembly. Switzerland welcomes the existing exchanges. As the relationships with New York are already well established, my delegation sees no reason for the International Law Commission to sit – partially or in any other way – in New York. As is well known, Switzerland always supported the International Law Commission in every respect and will continue to do so. Geneva, which hosts the International Law Commission, is an important centre for the development of international law. In our view, it is essential to promote international law and its development not only from New York but also from Geneva.

Mr. Chairman, thank you for your attention.