

ผลกระทบของธรรมเนียมกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศ
ต่อรัฐและคนชาติของรัฐที่ไม่เป็นภาคี : ศึกษารกรณีประเทศไทย



นางสาวรินทริยา เขียวรดีกุล

สถาบันวิทยบริการ

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต

สาขาวิชานิติศาสตร์


คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

ปีการศึกษา 2548

ISBN 974-14-2068-4

ลิขสิทธิ์ของจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

THE EFFECTS ON THE ROME STATUTE OF INTERNATIONAL CRIMINAL COURT TO
NON-PARTY STATES AND NATIONALS OF NON-PARTY STATES :
CASE STUDY OF THAILAND



Miss Rinthiya Tiantitikul

สถาบันวิทยบริการ
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

A Thesis Submitted in Partial Fulfillment of the Requirements

for the Degree of Master of Laws Program in Laws

Faculty of Law

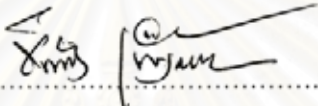
Chulalongkorn University

Academic Year 2005

ISBN 974-14-2068-4

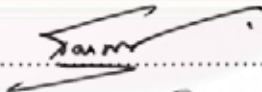
หัวข้อวิทยานิพนธ์ ผลกระทบของธรรมเนียมกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศต่อรัฐ
และคนชาติของรัฐที่ไม่เป็นภาคี : ศึกษากรณีประเทศไทย
โดย นางสาวรินทรธิยา เรียรธิตกุล
สาขาวิชา นิติศาสตร์
อาจารย์ที่ปรึกษา ผู้ช่วยศาสตราจารย์สุผานิต เกิดสมเกียรติ


คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย อนุมัติให้บัณฑิตวิทยาลัยรับนี้เป็นส่วนหนึ่ง
ของการศึกษาตามหลักสูตรปริญญาโทนิติศาสตรบัณฑิต



..... คณบดีคณะนิติศาสตร์
(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ธิติพันธ์ เชื้อบุญชัย)

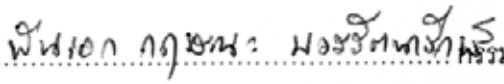
คณะกรรมการสอบวิทยานิพนธ์


..... ประธานกรรมการ
(ศาสตราจารย์วิฑิต มันทาภรณ์)


..... อาจารย์ที่ปรึกษา
(ผู้ช่วยศาสตราจารย์สุผานิต เกิดสมเกียรติ)


..... กรรมการ
(อาจารย์ดร.พรชัย ด้านวิวัฒน์)


..... กรรมการ
(อาจารย์สมชาย หอมละออ)


..... กรรมการ
(พันเอกกฤษณะ บวรรัตนารักษ์)

วินทริธยา เขียรธิติกุล : ผลกระทบของธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศ
ต่อรัฐและคนชาติของรัฐที่ไม่เป็นภาคี : ศึกษากรณีประเทศไทย (THE EFFECTS ON
THE ROME STATUTE OF INTERNATIONAL CRIMINAL COURT TO NON-PARTY
STATES AND NATIONALS OF NON-PARTY STATES : CASE STUDY OF
THAILAND) อ. ที่ปรึกษา : ผู้ช่วยศาสตราจารย์สุผานิต เกิดสมเกียรติ, 254 หน้า.
ISBN 974-14-2068-4.

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้มุ่งที่จะศึกษาถึงหลักกฎหมายระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับ
ความสัมพันธ์ของรัฐต่างๆที่มีต่อธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศโดยเน้นไปที่
รัฐลงนามแต่ยังไม่ให้สัตยาบัน และรัฐที่ไม่เป็นภาคี รวมถึงประเทศไทยในฐานะรัฐลงนาม
เนื่องจากธรรมนูญกรุงโรมมีวัตถุประสงค์ที่สำคัญ คือ การนำตัวบุคคลผู้ที่เกี่ยวข้องทำอาชญากรรม
ร้ายแรงอันส่งผลกระทบต่อประชาคมระหว่างประเทศมาจับผิดในการกระทำของตนโดยไม่ยอมรับ
การอ้างความคุ้มกันใดๆ ทั้งนี้ก็เพื่อความคุ้มครองและเยียวยาแก่ผู้เสียหายจากการกระทำ
ดังกล่าว ดังนั้นศาลอาญาระหว่างประเทศจึงกำหนดหลักการให้เขตอำนาจต่อรัฐดังกล่าวด้วย
จากการศึกษาพบว่ารัฐและคนชาติของรัฐลงนามแต่ยังไม่ให้สัตยาบันและรัฐที่ไม่เป็นภาคี
รวมถึงประเทศไทยและคนไทยต่างก็ได้รับผลกระทบจากการมีผลบังคับใช้ธรรมนูญกรุงโรมด้วย
โดยอาจตกอยู่ภายใต้เขตอำนาจศาลได้หากคณะมนตรีความมั่นคงเสนอสถานการณ์ที่อยู่ภายใต้
เขตอำนาจศาลขึ้นสู่ศาลอาญาระหว่างประเทศโดยไม่ต้องได้รับความยินยอมจากรัฐนั้นก่อน หรือ
กรณีที่มีการกระทำความผิดในดินแดนของรัฐภาคี หรือมีการยอมรับเขตอำนาจศาลอาญาระหว่าง
ประเทศ ดังนั้นประเทศไทยหลังจากที่ได้ลงนามธรรมนูญกรุงโรมแล้ว จึงต้องพิจารณากฎหมาย
ภายในที่เกี่ยวข้องเพื่อให้สอดคล้องรองรับพันธกรณีที่จะเกิดขึ้นหากให้สัตยาบันเข้าเป็นภาคีใน
อนาคต และเพื่อให้ศาลไทยสามารถดำเนินคดีกับผู้กระทำความผิดนั้นได้ และใช้เป็นข้อคัดค้าน
การใช้เขตอำนาจและการรับคดีไว้พิจารณาของศาลอาญาระหว่างประเทศได้ ส่วนคนไทยจะได้รับ
ผลกระทบจากการใช้เขตอำนาจศาลได้เพราะศาลอาญาระหว่างประเทศไม่ยอมรับการอ้างความ
คุ้มกันใดๆ ดังนั้นพระมหากษัตริย์หรือทหาร เจ้าหน้าที่ปฏิบัติการต่างๆก็อาจได้รับผลกระทบนี้ด้วย
ดังนั้นประเทศไทยต้องพิจารณาถึงผลกระทบต่างๆที่อาจเกิดขึ้นจากสถานะที่เป็นรัฐลง
นามในปัจจุบัน และสถานะรัฐภาคีหากมีการให้สัตยาบันในอนาคต

สาขาวิชา.....นิติศาสตร์.....ลายมือชื่อนิสิต.....วินทริธยา เขียรธิติกุล
ปีการศึกษา.....2548.....ลายมือชื่ออาจารย์ที่ปรึกษา.....

4586102134 : MAJOR LAWS

KEY WORD: INTERNATIONAL CRIMINAL COURT / NON-PARTY STATES / THAILAND

RINTHIYA TIANITIKUL : THE EFFECTS ON THE ROME STATUTE OF INTERNATIONAL CRIMINAL COURT TO NON-PARTY STATES AND NATIONALS OF NON-PARTY STATES : CASE STUDY OF THAILAND.

THESIS ADVISOR : ASST. PROF. SUPHANIT KIRDSOMKIAT, 254 pp.

ISBN 974-14-2068-4.

This thesis aims at studying on principles of international law in the prospect of countries that are bound to the Rome Statute of International Criminal Court, focusing on signatory states and non-party states including Thailand as a signatory state. The purpose of Rome Statute is to bring criminals committing grave crime in international communities to justice by accepting no immunity. This is to protect or to remedy the injured person. Consequently, the International Criminal Court has specified principles of jurisdiction practicing in those states.

The study found that the enforcement Rome Statute had the impact to the states and national of signatory states, including Thailand and her citizens. The case may be under the Court jurisdiction if the United Nations Security Council delivered the case to the International Criminal Court without the consent of that state or the crime is committed in the territory of party state or the court jurisdiction is accepted. Therefore, if Thailand will ratify the Rome Statute in the future, she will need to review the laws in order to comply with the possible obligations to enable Thai courts to prosecute criminals or to express the objection against the Court jurisdiction or the acceptance of case by the Court. Also, the ratification of Rome Statute affects Thais because the Court has an absent immunity to everyone. Hence, the King, the military personnel or the operative officers may probably be affected by the Rome Statute as well.

Thus, Thailand should consider the possible consequences from being signatory state and party state if the ratification is given in the future.

Field of study.....Laws..... Student's signature *Rinthiya Tiantitikul.*
Academic Year...2005..... Advisor's signature... *Suphanit Kirds*

กิตติกรรมประกาศ

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้สำเร็จลุล่วงไปได้ด้วยความกรุณาและความอนุเคราะห์ยิ่งจากผู้ช่วยศาสตราจารย์สุผานิต เกิดสมเกียรติ ที่กรุณารับเป็นอาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์ โดยได้สละเวลาให้คำปรึกษา คำแนะนำ เอกสารที่เกี่ยวข้อง ตลอดจนตรวจทาน แก้ไขข้อบกพร่องในการทำวิจัย ด้วยดีตลอดมา ผู้วิจัยขอขอบพระคุณเป็นอย่างสูงไว้ ณ โอกาสนี้

ขอกราบขอบพระคุณศาสตราจารย์วิทิต มันทาภรณ์ประธานกรรมการวิทยานิพนธ์ อาจารย์ดร.พรชัย ด้านวิวัฒน์ อาจารย์สมชาย หอมลลอบ และพันเอกกฤษณะ บวรรัตนารักษ์ ที่ได้กรุณาสละเวลาอันมีค่ามาดำเนินการสอบให้แก่ผู้วิจัย ตลอดจนชี้แนะประเด็นต่างๆ และคำแนะนำที่เป็นประโยชน์ในการแก้ไขปรับปรุงวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ให้มีความสมบูรณ์ยิ่งขึ้น

ขอขอบพระคุณ รท.หญิงกรรภิรมย์ วิชาธร ที่ให้ความใส่ใจ และกรุณาให้คำแนะนำที่เป็นประโยชน์ในการทำวิจัยครั้งนี้

ขอขอบคุณคุณธีระวุฒิ เต็มสิริวัฒน์กุล คุณชนันภรณ์ บุญเกิดทรัพย์ รวมทั้งเพื่อนๆ สาขากฎหมายระหว่างประเทศ และเพื่อนๆ ที่ธรรมศาสตร์ ที่ให้คำปรึกษา แนะนำ ให้ความช่วยเหลือ ความห่วงใย ตามได้ถึงความคิดริเริ่ม และให้กำลังใจแก่ผู้วิจัยเสมอมา

ขอขอบคุณคุณพ่อ คุณแม่ น้องๆ ที่ได้ให้การสนับสนุน ให้กำลังใจ และความห่วงใยแก่ผู้วิจัยมาโดยตลอดและให้โอกาสจนมีผู้วิจัยในวันนี้

อย่างไรก็ตามหากวิทยานิพนธ์ฉบับนี้มีข้อบกพร่องประการใดแล้ว ผู้วิจัยขอน้อมรับไว้แต่เพียงผู้เดียว และขออภัยมา ณ โอกาสนี้ด้วย

สถาบันวิทยบริการ
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

สารบัญ

	หน้า
บทคัดย่อภาษาไทย	ง
บทคัดย่อภาษาอังกฤษ	จ
กิตติกรรมประกาศ	ฉ
สารบัญ	ช
สารบัญตาราง	ฎ
บทที่	
1 บทนำ	
1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา	1
1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษาวิจัย	3
1.3 สมมติฐานของการศึกษาวิจัย	3
1.4 ขอบเขตของการศึกษาวิจัย	3
1.5 วิธีการศึกษาวิจัย	4
1.6 ประโยชน์ที่ได้รับจากการศึกษาวิจัย	4
2 ศาลอาญาระหว่างประเทศ	5
2.1 ความเป็นมาของศาลอาญาระหว่างประเทศ	6
2.2 เขตอำนาจศาลอาญาระหว่างประเทศและการนำคดีขึ้นสู่ศาล	14
2.2.1 เขตอำนาจศาลอาญาระหว่างประเทศ	15
2.2.2 อาชญากรรมภายในเขตอำนาจศาลอาญาระหว่างประเทศ	16
2.2.3 เงื่อนไขการนำคดีขึ้นสู่ศาลอาญาระหว่างประเทศ	30
ก) การเสนอคดีโดยรัฐภาคี	31
ข) การเสนอคดีโดยคณะมนตรีความมั่นคงแห่งสหประชาชาติ	31
ค) อัยการเป็นผู้เริ่มสอบสวน	35
2.3 ความสัมพันธ์ระหว่างศาลอาญาระหว่างประเทศกับศาลภายใน	37
3 พันธกรณีของรัฐต่อธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศ	
ตามกฎหมายระหว่างประเทศและผลกระทบต่อประเทศไทย	45
3.1 พันธกรณีของรัฐที่มีต่อธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศ	45

3.1.1 พันธกรณีของรัฐภาคีที่มีต่อธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วย	
ศาลอาญาระหว่างประเทศ.....	46
3.1.1.1 สิทธิของรัฐภาคีตามธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วย	
ศาลอาญาระหว่างประเทศ.....	47
3.1.1.2 หน้าที่ของรัฐภาคีตามธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วย	
ศาลอาญาระหว่างประเทศ.....	52
3.1.1.3 ความรับผิดชอบของรัฐภาคีตามธรรมนูญกรุงโรม	
ว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศ.....	63
3.1.1.4 การใช้เขตอำนาจศาลอาญาระหว่างประเทศต่อรัฐภาคี.....	65
3.1.2 พันธกรณีของรัฐที่ลงนามแต่ยังไม่ให้สัตยาบันต่อธรรมนูญกรุงโรม	
ว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศ.....	65
3.1.2.1 สิทธิของรัฐลงนามตามธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วย	
ศาลอาญาระหว่างประเทศ.....	67
3.1.2.2 หน้าที่ของรัฐลงนามตามธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วย	
ศาลอาญาระหว่างประเทศ.....	69
3.1.2.3 ความรับผิดชอบของรัฐลงนามธรรมนูญกรุงโรม	
ว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศ.....	70
3.1.2.4 การใช้เขตอำนาจศาลอาญาระหว่างประเทศต่อรัฐลงนาม....	71
3.1.3 พันธกรณีของรัฐที่ไม่เป็นภาคีต่อธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วย	
ศาลอาญาระหว่างประเทศ.....	71
3.1.3.1 สิทธิของรัฐไม่เป็นภาคีตามธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วย	
ศาลอาญาระหว่างประเทศ.....	73
3.1.3.2 หน้าที่ของรัฐไม่เป็นภาคีตามธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วย	
ศาลอาญาระหว่างประเทศ.....	75
3.1.3.3 ความรับผิดชอบของรัฐไม่เป็นภาคีตามธรรมนูญกรุงโรม	
ว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศ.....	76
3.1.3.4 การใช้เขตอำนาจศาลอาญาระหว่างประเทศ	
ต่อรัฐที่ไม่เป็นภาคี.....	77
ก) การให้ความยินยอมของรัฐที่ไม่เป็นภาคีเป็นกรณีๆ.....	79
ข) การใช้เขตอำนาจตามหลักดินแดน.....	80

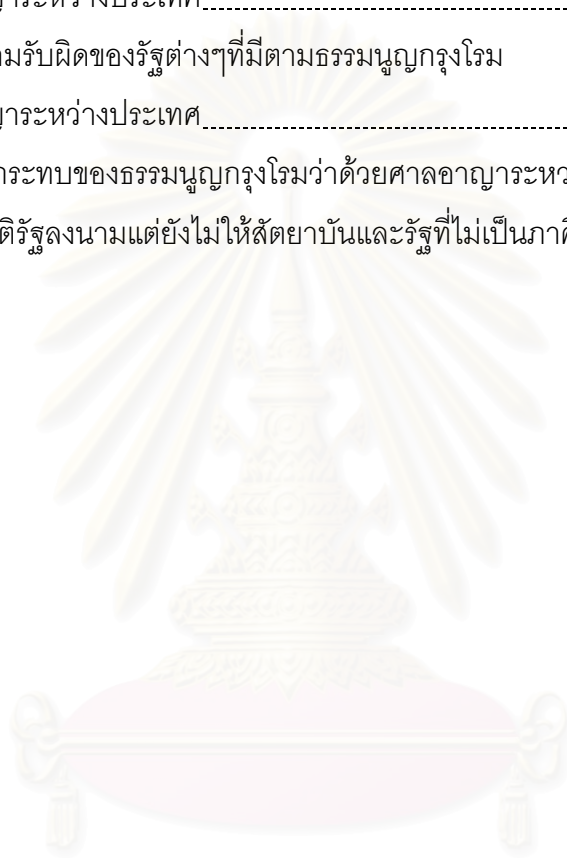
ค) การเสนอสถานการณ์โดยคณะมนตรีความมั่นคง ต่ออัยการของศาลอาญาระหว่างประเทศ ภายใต้หมวด 7 แห่งกฎบัตรสหประชาชาติ.....	81
3.2 ผลกระทบของธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศ ต่อประเทศไทย.....	99
3.2.1 ผลกระทบจากการลงนามธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วย ศาลอาญาระหว่างประเทศต่อประเทศไทย.....	100
3.2.1.1 สิทธิของประเทศไทยในฐานะรัฐลงนามธรรมนูญกรุงโรม แต่ยังไม่ให้สัตยาบัน.....	100
3.2.1.2 หน้าที่ของประเทศไทยในฐานะรัฐลงนามธรรมนูญกรุงโรม แต่ยังไม่ให้สัตยาบัน.....	102
3.2.1.3 ความรับผิดชอบของประเทศไทยในฐานะรัฐลงนาม.....	104
3.2.1.4 การใช้เขตอำนาจศาลอาญาระหว่างประเทศ ต่อประเทศไทย.....	104
3.2.2 ผลดีและผลเสียจากการให้สัตยาบันเข้าร่วมเป็นภาคีธรรมนูญ กรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศของประเทศไทย.....	107
4 ผลกระทบของธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศ ต่อปัจเจกชน.....	118
4.1 กฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยความรับผิดชอบทางอาญาของปัจเจกชน.....	118
4.1.1 สภาพบุคคลของปัจเจกชนตามกฎหมายระหว่างประเทศ.....	118
4.1.2 วิวัฒนาการของกฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยความรับผิด ทางอาญาของปัจเจกชน.....	120
4.2 ปัจเจกชนผู้อยู่ภายใต้ธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศ.....	127
4.3 ข้อยกเว้นความรับผิดของปัจเจกชนตามธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วย ศาลอาญาระหว่างประเทศ.....	133
4.3.1 การยกเว้นความรับผิดทั่วไป.....	133
4.3.2 การยกเว้นความรับผิดกรณีที่ถูกกล่าวหาเป็นผู้ที่ปฏิบัติตามคำสั่ง ของรัฐบาลหรือผู้บังคับบัญชา.....	135

4.4 สิทธิและหน้าที่ของปัจเจกชนตามธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศ.....	137
4.5 ผลกระทบของธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศต่อคนชาติรัฐที่ไม่เป็นภาคี.....	144
4.6 ผลกระทบของธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศที่มีต่อปัจเจกชนที่อยู่ในประเทศไทยและต่อคนไทย.....	145
4.6.1 ผลกระทบของธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศต่อพระมหากษัตริย์ในฐานะประมุขของรัฐ.....	145
4.6.2 ผลกระทบของธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศต่อเจ้าหน้าที่ของรัฐ ผู้บัญชาการ(Commanders) ผู้บังคับบัญชาการอื่นๆ(Other Superiors) ผู้อยู่ใต้บังคับบัญชา.....	156
4.6.3 ผลกระทบของธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศต่อคนชาติอื่นๆที่อยู่ในประเทศไทย.....	162
5 บทสรุปและเสนอแนะ.....	169
รายการอ้างอิง	175
ภาคผนวก.....	183
Rome Statute of The International Criminal Court.....	184
ประวัติผู้เขียนวิทยานิพนธ์	254

สารบัญตาราง

หน้า

1.ตารางแสดงสิทธิของรัฐต่างๆที่มีตามธรรมนูญกรุงโรม ว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศ.....	113
2.ตารางแสดงหน้าที่ของรัฐต่างๆที่มีตามธรรมนูญกรุงโรม ว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศ.....	115
3.ตารางแสดงความรับผิดชอบของรัฐต่างๆที่มีตามธรรมนูญกรุงโรม ว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศ.....	117
4.ตารางแสดงผลกระทบของธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศ ต่อรัฐและคนชาติรัฐลงนามแต่ยังไม่ให้สัตยาบันและรัฐที่ไม่เป็นภาคี.....	168



สถาบันวิทยบริการ
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

บทที่ 1

บทนำ

1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

ศาลอาญาระหว่างประเทศจัดตั้งขึ้นโดยธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศ เป็นองค์กรตุลาการที่มีลักษณะถาวร โดยมีวัตถุประสงค์หลักที่จะดำเนินคดีกับอาชญากรผู้ประกอบอาชญากรรมร้ายแรง เพื่อที่จะป้องกัน ปราบปราม และหยุดยั้งการเกิดอาชญากรรมร้ายแรงนี้ และไม่ปล่อยให้ผู้กระทำความผิดลอยนวล หลุดพ้นความรับผิดชอบจากการกระทำของตนโดยการอ้างเอกสิทธิ์และความคุ้มกันได้ ซึ่งปัจจุบันธรรมนูญกรุงโรมมีผลบังคับใช้แล้วเมื่อวันที่ 1 กรกฎาคม ค.ศ.2002 จากการให้สัตยาบันร่วมกันของรัฐต่างๆ

ธรรมนูญกรุงโรมกำหนดให้ศาลอาญาระหว่างประเทศมีเขตอำนาจเหนืออาชญากรรมร้ายแรงที่ประชาคมโลกตระหนักถึงความโหดร้ายของการกระทำดังกล่าว อันสร้างความเสียหาย และส่งผลกระทบต่อผู้คนจำนวนมาก อันได้แก่ อาชญากรรมอันเป็นการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ (Genocide) , อาชญากรรมต่อมนุษยชาติ (Crimes Against Humanity) , อาชญากรรมสงคราม (War Crimes) และอาชญากรรมอันเป็นการรุกราน (Crimes of Aggression) โดยศาลจะสามารถใช้เขตอำนาจเหนืออาชญากรรมอันเป็นการรุกรานได้ต่อเมื่อมีการกำหนดค่านิยามอาชญากรรมดังกล่าวแล้วเท่านั้น ธรรมนูญกรุงโรมนี้ก่อให้เกิดผลกระทบต่อรัฐต่างๆแตกต่างกันไปตามความสัมพันธ์ที่มีต่อธรรมนูญกรุงโรม ทั้งในฐานะรัฐที่เป็นภาคี รัฐลงนามแต่ยังไม่ให้สัตยาบัน และรัฐที่ไม่เป็นภาคี ซึ่งความแตกต่างเหล่านี้เป็นผลเนื่องมาจากหลักกฎหมายว่าด้วยสนธิสัญญาที่กำหนดให้รัฐที่เข้าเป็นภาคีนั้นจะต้องมีพันธกรณีตามข้อกำหนดของสนธิสัญญาและต้องปฏิบัติตามโดยสุจริตตามหลักสัญญาต้องเป็นสัญญา (pacta sunt servanda) ส่วนรัฐลงนามแต่ยังไม่ให้สัตยาบันเข้าเป็นภาคีนั้น มีพันธกรณีอันเกิดจากความประพฤติ ที่จะไม่กระทำการใดอันเป็นการลบล้างวัตถุประสงค์ของสนธิสัญญานั้น ส่วนรัฐที่ไม่เป็นภาคีไม่มีพันธกรณีตามที่สนธิสัญญานั้นกำหนด และไม่อาจถูกบังคับตามสนธิสัญญาได้โดยปราศจากความยินยอม (pacta tertiis nec nocent nec prosunt)

ตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยสนธิสัญญาแล้ว สนธิสัญญาจะไม่มีผลผูกพันต่อรัฐที่สาม แต่ในกรณีธรรมนูญนี้อาจมีบางกรณีที่ทำให้รัฐที่ไม่เป็นภาคีตกอยู่ภายใต้เขตอำนาจศาลอาญาระหว่างประเทศได้ การที่ศาลจะใช้เขตอำนาจเหนือคนชาติรัฐที่ไม่เป็นภาคีได้ก็ต่อเมื่อ

รัฐที่ไม่เป็นภาคีได้ให้การยอมรับการใช้เขตอำนาจศาล ซึ่งศาลอาญาระหว่างประเทศจะใช้เขตอำนาจศาลได้ก็ต่อเมื่อรัฐที่ไม่เป็นภาคีนั้นไม่สามารถหรือไม่สมัครใจที่จะดำเนินคดีต่อผู้กระทำผิดอาชญากรรมที่อยู่ในเขตอำนาจศาล โดยที่ตามหลักการเสริมเขตอำนาจศาลนั้น ศาลภายในของรัฐจะยังคงมีอำนาจในการดำเนินคดีเป็นลำดับแรก ต่อเมื่อเข้าเงื่อนไขดังกล่าวแล้วศาลอาญาระหว่างประเทศจึงจะสามารถเข้ามาพิจารณาคดีดังกล่าวได้ หรืออาจจะเป็นกรณีที่คนชาติรัฐที่ไม่เป็นภาคีได้กระทำผิดในดินแดนหรือเขตอำนาจรัฐภาคี กรณีนี้รัฐภาคีก็สามารถเสนอเรื่องเข้าสู่ศาลอาญาระหว่างประเทศได้เช่นกัน นอกจากนี้ยังมีกรณีที่คณะมนตรีความมั่นคงสามารถเสนอสถานการณ์ต่ออัยการศาลอาญาระหว่างประเทศ หากคณะมนตรีความมั่นคงเห็นว่าการกระทำอาชญากรรมร้ายแรงนั้นเป็นการคุกคามต่อสันติภาพและความมั่นคง คณะมนตรีความมั่นคงสามารถใช้อำนาจตามหมวด 7 แห่งกฎบัตรสหประชาชาติเสนอสถานการณ์ดังกล่าวขึ้นสู่ศาลได้ไม่ว่าผู้กระทำผิดนั้นจะเป็นคนชาติรัฐภาคีหรือไม่เป็นภาคีก็ตาม

นอกจากนั้นธรรมนูญกรุงโรมยังกำหนดให้มีผลกระทบต่อปัจเจกชนโดยตรง ซึ่งบุคคลนั้นจะต้องมีความรับผิดชอบทางอาญาจากการที่ได้ประกอบอาชญากรรมหลักที่อยู่ในเขตอำนาจศาลอาญาระหว่างประเทศ ดังนั้นปัจเจกชนที่ถือสัญชาติรัฐภาคี รัฐลงนามแต่ยังไม่ให้สัตยาบัน และรัฐที่ไม่เป็นภาคีจึงต้องได้รับผลกระทบจากสถานะของรัฐนั้นๆด้วย และเนื่องจากศาลอาญาระหว่างประเทศเป็นองค์กรที่ได้รับการยอมรับอย่างกว้างขวาง และมีวัตถุประสงค์เพื่อก่อให้เกิดประโยชน์แก่ประชาคมระหว่างประเทศโดยรวมดังนั้นแล้วถึงแม้ว่ารัฐจะไม่เข้าเป็นภาคีธรรมนูญก็ไม่สามารถที่จะเพิกเฉยต่อการมีตัวตนของศาลอาญาระหว่างประเทศได้

ประเทศไทยเป็นรัฐหนึ่งที่ได้ลงนามในธรรมนูญกรุงโรมแล้วแต่ยังไม่มีการให้สัตยาบัน ดังนั้นประเทศไทยจึงมีพันธกรณีที่จะไม่กระทำการใดอันเป็นการขัดต่อวัตถุประสงค์ของธรรมนูญกรุงโรมดังกล่าว และจากการที่ธรรมนูญกำหนดถึงความรับผิดชอบของปัจเจกชนผู้กระทำความผิดโดยตรงแล้ว ดังนั้นคนไทยไม่ว่าจะเป็นบุคคลใด รวมทั้งพระมหากษัตริย์ เจ้าหน้าที่ของรัฐ ผู้บังคับบัญชา กองกำลังทหาร ฯลฯ จึงได้รับผลกระทบจากการมีผลบังคับใช้ของธรรมนูญกรุงโรมด้วย

ดังนั้น วิทยานิพนธ์ฉบับนี้จะได้ทำการศึกษาถึงผลกระทบต่างๆจากธรรมนูญกรุงโรมที่จะมีต่อรัฐและคนชาติของรัฐในฐานะรัฐภาคี รัฐลงนาม และรัฐที่ไม่เป็นภาคี รวมถึงประเทศไทย เนื่องจากประเทศไทยได้ลงนามในธรรมนูญแล้ว แต่ยังไม่ให้สัตยาบัน จึงต้องพิจารณาถึงหลักการ

ที่ปรากฏในธรรมนูญกรุงโรม และขอบเขตของผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นกับประเทศไทย และคนไทย
ไทยในฐานะรัฐลงนาม

1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษาวิจัย

1. เพื่อศึกษาถึงลักษณะ พันธกรณี สิทธิ หน้าที่ และความรับผิดชอบของรัฐและคนชาติ
ของรัฐที่เป็นภาคี รัฐลงนามแต่ยังไม่ให้สัตยาบัน และรัฐที่ไม่เป็นภาคีของธรรมนูญกรุงโรม
ว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศ
2. เพื่อศึกษาถึงความสัมพันธ์ของรัฐที่เป็นภาคี รัฐลงนาม และรัฐที่ไม่เป็นภาคีกับ
ธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศ
3. เพื่อศึกษาถึงปัญหาและแนวโน้มของผลกระทบจากการใช้เขตอำนาจ ปฏิบัติการของ
ศาลอาญาระหว่างประเทศในอนาคตต่อรัฐลงนามและรัฐที่ไม่เป็นภาคี
4. เพื่อศึกษาแนวทางปฏิบัติของรัฐในฐานะรัฐลงนาม และรัฐที่มีได้เป็นภาคี
5. เพื่อศึกษาถึงหลักความรับผิดชอบทางอาญาของปัจเจกชนและผลกระทบของธรรมนูญต่อ
ปัจเจกชนผู้อยู่ภายใต้เขตอำนาจศาลอาญาระหว่างประเทศ
6. เพื่อศึกษาถึงผลกระทบต่อประเทศไทย และคนไทยไทยในฐานะรัฐลงนามแต่ยังไม่ให้
สัตยาบัน

1.3 สมมติฐานของการศึกษาวิจัย

แม้ว่ารัฐจะไม่เข้าร่วมเป็นภาคีธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศ แต่
ข้อกำหนดในธรรมนูญฯ ก็ส่งผลกระทบต่อรัฐและคนชาติของรัฐที่ลงนามแต่ยังไม่ให้สัตยาบันและ
ต่อรัฐและคนชาติของรัฐที่ไม่เป็นภาคีทั้งทางตรงและทางอ้อม ประเทศไทยเป็นรัฐหนึ่งที่ลงนามและ
ยังไม่ได้เป็นภาคีของธรรมนูญฯ ดังนั้นประเทศไทยและคนไทยจึงได้รับผลกระทบดังกล่าว

1.4 ขอบเขตของการศึกษาวิจัย

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้มุ่งที่จะศึกษาถึงแนวคิด และกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับสนธิสัญญา ผลกระทบ
ต่อรัฐที่ลงนามแต่ยังไม่ให้สัตยาบันและรัฐที่ไม่เป็นภาคีของสนธิสัญญา เพื่อนำสู่การศึกษาถึง
ความสัมพันธ์และผลกระทบของธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศที่มีต่อรัฐและ
คนชาติของรัฐต่างๆ โดยเน้นไปที่รัฐลงนามแต่ยังไม่ให้สัตยาบันและรัฐที่มีได้เป็นภาคีธรรมนูญกรุง
โรมในฐานะที่เป็นสมาชิกของประชาคมโลก พันธกรณี สิทธิ หน้าที่ ความรับผิดชอบ การใช้เขต

อำนาจศาลอาญาระหว่างประเทศและผลกระทบจากการบังคับใช้ธรรมนูญกรุงโรม และศึกษาถึงผลกระทบจากธรรมนูญกรุงโรมที่อาจจะเกิดขึ้นต่อประเทศไทยและคนไทยในฐานะรัฐลงนาม เพื่อวิเคราะห์ถึงขอบเขต แนวโน้มและแนวทางปฏิบัติของรัฐในอนาคต

1.5 วิธีการศึกษาวิจัย

การศึกษาวิจัยนี้เป็นการวิจัยเอกสารทั้งหมด ซึ่งจะทำการศึกษา ค้นคว้าวิเคราะห์ข้อมูล จากกฎหมายระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับหลักสนธิสัญญาต่อรัฐที่ไม่เป็นภาคีธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศ Vienna Convention on the Law of Treaties 1969 กฎบัตรสหประชาชาติ ตลอดจนเอกสารที่เกี่ยวข้อง เช่น หนังสือกฎหมาย ตำราทางวิชาการ วารสาร ตั๋ว บทกฎหมาย บทความ วิทยานิพนธ์ ข่าว โดยค้นคว้าเอกสารจากห้องสมุดคณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย , สถาบันวิทยบริการ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย , ห้องสมุดสัญญาธรรมศักดิ์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ , ห้องสมุดปริทัศน์ มหามงคณ์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ข้อมูลทางอินเทอร์เน็ตที่เกี่ยวข้องกับเรื่องดังกล่าว ทั้งภาษาไทยและภาษาอังกฤษ

1.6 ประโยชน์ที่ได้รับจากการศึกษาวิจัย

1. ทำให้ทราบและเข้าใจถึงลักษณะ พันธกรณี สิทธิ หน้าที่ และความรับผิดชอบของรัฐ และคนชาติของรัฐที่เป็นภาคี รัฐลงนามแต่ยังไม่ให้สัตยาบัน และรัฐที่ไม่เป็นภาคีของธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศ
2. ทำให้ทราบและเข้าใจถึงความสัมพันธ์ของรัฐที่เป็นภาคี รัฐลงนาม และรัฐที่ไม่เป็นภาคีกับธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศ
3. ทำให้ทราบและเข้าใจถึงปัญหาและแนวโน้มของผลกระทบจากการใช้เขตอำนาจปฏิบัติการของศาลอาญาระหว่างประเทศในอนาคตต่อรัฐลงนามและรัฐที่ไม่เป็นภาคี
4. ทำให้ทราบแนวทางปฏิบัติของรัฐในฐานะรัฐลงนาม และรัฐที่มีได้เป็นภาคี
5. ทำให้ทราบและเข้าใจถึงหลักความรับผิดชอบทางอาญาของปัจเจกชนและผลกระทบของธรรมนูญต่อปัจเจกชนผู้อยู่ภายใต้เขตอำนาจศาลอาญาระหว่างประเทศ
6. ทำให้ทราบถึงผลกระทบต่อประเทศไทย และคนไทยในฐานะรัฐลงนามแต่ยังไม่ให้สัตยาบัน

บทที่ 2

ศาลอาญาระหว่างประเทศ

นับแต่อดีตมีความพยายามหลายครั้งที่จะสร้างกระบวนการยุติธรรมขึ้น เพื่อดำเนินคดีกับผู้กระทำอาชญากรรมระหว่างประเทศอันเป็นการละเมิดต่อกฎหมายระหว่างประเทศอย่างร้ายแรง และส่งผลกระทบต่อประชาชนพลเมืองผู้บริสุทธิ์มากมาย โดยที่ผู้กระทำอาชญากรรมดังกล่าวจำนวนมากกลับไม่ถูกนำตัวมาพิจารณาลงโทษ สาเหตุเพราะในอดีตกฎหมายระหว่างประเทศไม่ได้กำหนดความรับผิดชอบทางอาญาของปัจเจกชนไว้ เนื่องจากกฎหมายระหว่างประเทศยอมรับว่ารัฐเท่านั้นที่เป็นบุคคลตามกฎหมายระหว่างประเทศ และผู้กระทำอาชญากรรมร้ายแรงนี้ โดยมากจะเป็นผู้ที่มีตำแหน่งเป็นผู้นำประเทศ หรือเป็นผู้มีอำนาจและมีอิทธิพล ซึ่งมักจะหลุดพ้นจากความรับผิดชอบโดยการอ้างความคุ้มกันต่างๆ ทำให้เหยื่อจากอาชญากรรมเหล่านั้นไม่ได้รับการเยียวยาที่เหมาะสม

ก่อนจะมีการจัดตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศในปัจจุบัน ได้มีการดำเนินคดีกับผู้กระทำอาชญากรรมร้ายแรง โดยได้มีการจัดตั้งศาลระหว่างประเทศขึ้น แต่ศาลระหว่างประเทศเหล่านั้นก็เป็นเพียงศาลชั่วคราวที่ตั้งขึ้นเฉพาะกิจเท่านั้น ซึ่งมีข้อจำกัดและมีข้อท้วงติงมากมาย ดังนั้นจึงมีความจำเป็นที่จะต้องมีการจัดตั้งกลไกเพื่อให้เกิดความมั่นใจว่าจะมีการรับผิดชอบการกระทำละเมิดต่อกฎหมายระหว่างประเทศอย่างร้ายแรง โดยผู้กระทำผิดจะไม่ได้รับการปกป้องและนิรโทษกรรม และต้องมีการดำเนินกระบวนการยุติธรรมเพื่อประโยชน์ของผู้ที่ตกเป็นเหยื่อ และได้รับความเสียหาย รวมถึงต้องมีมาตรการต่างๆที่จะสามารถป้องกันและหยุดยั้งการกระทำละเมิดนั้นด้วย ทั้งนี้ไม่เพียงแต่จะต้องมีกฎหมายเท่านั้น แต่ยังต้องมีการบังคับใช้กฎหมายนั้นได้ด้วย อย่างไรก็ดี จากเหตุการณ์ความรุนแรงที่เกิดขึ้นหลายต่อหลายครั้ง เช่น เหตุการณ์อันน่าสะพรึงกลัวในช่วงสงครามโลกครั้งที่ 1 และในช่วงสงครามโลกครั้งที่ 2 ซึ่งก่อให้เกิดความเสียหายอย่างมากมา ก็เป็นแรงกระตุ้นที่สำคัญที่ก่อให้เกิดการพัฒนาทางกฎหมายระหว่างประเทศอันนำมาสู่การจัดตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศที่มีลักษณะถาวรในปัจจุบันได้สำเร็จ

ทั้งนี้ในการที่จะศึกษาถึงผลกระทบของธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศที่จะมีต่อรัฐและคนชาติของรัฐทั้งที่เป็นภาคี รัฐลงนาม และรัฐที่ไม่เป็นภาคีนั้น จำเป็นที่จะต้องเข้าใจถึงความเป็นมา หลักการดำเนินงานของศาล เขตอำนาจศาล และความสัมพันธ์ของศาล

อาญาระหว่างประเทศกับศาลภายในของรัฐ ซึ่งจะสามารถนำไปสู่การศึกษาในรายละเอียด และวิเคราะห์ผลกระทบที่จะเกิดขึ้นต่อรัฐและคนชาติของรัฐดังกล่าว รวมทั้งประเทศไทยและคนไทยได้

2.1 ความเป็นมาของศาลอาญาระหว่างประเทศ

ความเป็นมาและพัฒนาการก่อนจะมาเป็นศาลอาญาระหว่างประเทศในปัจจุบันนี้ใช้เวลายาวนานหลายศตวรรษ โดยความพยายามจัดตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศครั้งแรกนั้นเกิดขึ้นในช่วงก่อนสงครามโลกครั้งที่ 1 คือ ศาลจักรวรรดิโรมันอันศักดิ์สิทธิ์ (an International Tribunal of Holy Roman Empire) ตั้งขึ้นในปี ค.ศ. 1474 ที่ประเทศเยอรมันนี่ เป็นศาลเฉพาะกิจเพื่อพิจารณาและพิพากษาคดีนาย Peter von Hagenbach ที่ปล่อยให้ทหารของเขาฆ่าคนทำชั่วเรา ฆ่าผู้บริสุทธิ์ และปล้นทรัพย์สินของประชาชน¹ ซึ่งการกระทำรุนแรงนี้ยังส่งผลกระทบไปถึงดินแดนข้างเคียงด้วย

ในช่วงระหว่างสงครามโลกครั้งที่ 1 ได้มีการจัดตั้งศาลพิเศษ (A Special Tribunal) ขึ้นตามอำนาจของสนธิสัญญาแวร์ซายส์ ค.ศ. 1920 ข้อที่ 227-229 เพื่อฟ้องร้องพระเจ้าไกเซอร์ วิลเฮล์ม (Kaiser Wilhelm) ในข้อหาอาชญากรรมต่อเสรีภาพ และอาชญากรรมสงคราม จากเหตุการณ์สังหารหมู่ชาวอาเมเนียน แต่ก็ไม่สามารถนำตัวพระเจ้าไกเซอร์ วิลเฮล์ม มาลงโทษได้ เนื่องจากทรงสละราชบัลลังก์ และลี้ภัยไปอยู่ในประเทศเนเธอร์แลนด์ และประเทศเนเธอร์แลนด์ก็ปฏิเสธไม่ยอมส่งผู้ร้ายข้ามแดนให้โดยอ้างว่าเนเธอร์แลนด์เป็นกลางและไม่ได้เป็นภาคีของสนธิสัญญาแวร์ซายส์² ดังนั้นจึงต้องพิจารณาคดีโดยศาลภายในตามกฎหมายของเนเธอร์แลนด์

ความพยายามในการจัดตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศถาวรนั้นเริ่มเห็นชัดเจนขึ้นในช่วงหลังสงครามโลกครั้งที่ 2 เนื่องจากว่าในระหว่างสงครามโลกครั้งที่ 2 มีประชาชนพลเมืองจำนวนมากตกเป็นเหยื่อและได้รับความเสียหายจากสงคราม ฝ่ายพันธมิตรผู้ชนะสงคราม 4 ประเทศ ได้แก่ อังกฤษ ฝรั่งเศส สหภาพโซเวียต และสหรัฐอเมริกา ได้ร่วมกันจัดตั้งศาลทหารระหว่าง

¹ William A. Schabas, An Introduction to The International Criminal Court (Cambridge: Cambridge University Press, 2001), p. 1.

² International Commission of Jurists, Toward Universal Justice International Penal Court (France, 1993), p. 15.

ประเทศขึ้นในปีค.ศ.1945 เพื่อพิจารณาคดีการกระทำอันโหดร้ายของฝ่ายอักษะ ได้แก่ เยอรมัน อิตาลี และญี่ปุ่น ที่กระทำในระหว่างสงคราม โดยได้จัดตั้งศาลทหารระหว่างประเทศที่นูเรมเบิร์ก (The International Military Tribunal at Nuremburg) ขึ้น โดยมีวัตถุประสงค์จะนำผู้บัญชาการทหาร ตลอดจนบุคคลในสังกัดกองทัพ และปัจเจกชนทุกคนที่กระทำผิดมาดำเนินคดีในศาล โดยศาลนี้จะมีเขตอำนาจเหนือผู้กระทำความผิดอาชญากรรมต่อสันติภาพ (Crimes against peace) , อาชญากรรมสงคราม (War crimes) และอาชญากรรมต่อมนุษยชาติ (Crimes against humanity) โดยไม่สามารถอ้างความคุ้มกันได้³ เป็นการแสดงให้เห็นถึงการยอมรับในเรื่องความรับผิดชอบทางอาญาของปัจเจกชน แต่ไม่รวมถึงความรับผิดชอบทางอาญาของรัฐ ในศาลทหารระหว่างประเทศที่นูเรมเบิร์กนี้มีจำเลยถูกฟ้อง 22 คน มี 19 คนถูกพิจารณาว่ามีความผิด ได้รับโทษประหารชีวิต 12 คน จำคุกอีก 7 คน ส่วนอีก 3 คนได้รับการปล่อยตัวไป⁴ การดำเนินคดีต่อจำเลยโดยศาลนี้ เป็นไปโดยไม่ยุติธรรม กล่าวคือมีการดำเนินคดีโดยผู้พิพากษาซึ่งเป็นคนชาติของฝ่ายที่ชนะสงครามแทนที่จะตั้งผู้พิพากษาที่มีสัญชาติที่เป็นกลาง ไม่มีส่วนได้เสียในคดีนั้น นอกจากนี้ผู้พิพากษาเป็นผู้บัญญัติธรรมนูญ และเป็นผู้ตัดสินพิจารณา เท่ากับว่าเป็นทั้งผู้บัญญัติกฎหมาย และเป็นผู้ตีความกฎหมายนั่นเอง จึงเป็นที่สงสัยว่าศาลที่จัดตั้งนี้ได้รับอิทธิพลทางการเมืองและแรงกดดันจากสงคราม⁵

³ ธรรมนูญศาลทหารระหว่างประเทศ ณ กรุงนูเรมเบิร์ก ข้อ 6 บัญญัติว่า "...The following acts , or any of them , are crimes coming within the jurisdiction of the Tribunal for which there shall be individual responsibility.

- (a) Crimes Against Peace : ...
- (b) War Crimes : ...
- (c) Crimes Against Humanity : ...

Leaders , organizers , instigators and accomplices participating in the formulation or execution of a common plan or conspiracy to commit any of the foregoing crimes are responsible for all acts performed by any persons in execution of such plan."

⁴ Robert L.Bledsoe and Boleslaw A.Boczek, The International Law Dictionary (Oxford: Clio, 1987), p. 83.

⁵ Leila Nadya Sadat, The International Criminal Court and the Transformation of International Law: Justice for the New Millennium (New York: Transnational Publishers, 2002), pp. 27,29.

นอกจากนี้ยังมีการจัดตั้งศาลทหารระหว่างประเทศสำหรับตะวันออกไกล (The International Military Tribunal for the Far East) ขึ้น ณ กรุงโตเกียว เพื่อพิจารณาคดีทหารญี่ปุ่น ที่กระทำอาชญากรรมระหว่างประเทศในระหว่างสงครามโลกครั้งที่ 2 โดยที่ศาลนี้มีเขตอำนาจเหนือผู้กระทำผิดอาชญากรรมต่อสันติภาพ (Crimes against peace) , อาชญากรรมสงคราม (War crimes) และอาชญากรรมต่อมนุษยชาติ (Crimes against humanity)⁶ โดยผู้กระทำผิดต้องถูกดำเนินคดีโดยศาล โดยไม่สามารถอ้างตำแหน่งทางราชการ เพื่อให้หลุดพ้นจากความรับผิดชอบได้⁷ เช่นเดียวกับศาลทหารระหว่างประเทศที่นูเรมเบิร์ก ซึ่งอาชญากรรมสงครามหลายคนได้ถูกพิจารณาคดีและลงโทษ แต่ก็มีผู้กระทำอาชญากรรมอีกหลายคนที่หลุดพ้นจากความรับผิดชอบไม่ถูกลงโทษ กล่าวคือมีจำนวน 25 คน ถูกพิจารณาว่ามีความผิด ได้รับโทษประหารชีวิตไป 7 คน⁸

การจัดตั้งศาลทั้งสองนี้ถือได้ว่าเป็นการเริ่มต้นระบบความยุติธรรมทางอาญาระหว่างประเทศ โดยเน้นหลักความรับผิดชอบของปัจเจกชนต่อการกระทำละเมิดกฎหมายระหว่างประเทศ

⁶ ธรรมนูญศาลทหารระหว่างประเทศสำหรับตะวันออกไกล ข้อ 5 บัญญัติว่า "...The following acts , or any of them , are crimes coming within the jurisdiction of the Tribunal for which there shall be individual responsibility.

(a) Crimes Against Peace : ...

(b) Conventional War Crimes : ...

(c) Crimes Against Humanity : ...

⁷ ธรรมนูญศาลทหารระหว่างประเทศสำหรับตะวันออกไกล ข้อ 6 บัญญัติว่า "Responsibility of Accused. Neither the official position, at any time, of an accused, nor the fact that an accused acted pursuant to order of his government or of a superior shall, of itself, be sufficient to free such accused from responsibility for any crime with which he is charge, but such circumstances may be considered in mitigation of punishment if the Tribunal determines that justice so requires."

⁸ Robert L.Bledsoe and Boleslaw A.Boczec, The International Law Dictionary, p. 83.

ร้ายแรงในขณะที่มีการขัดกันด้วยอาวุธ⁹ และจากคำพิพากษาของทั้ง 2 ศาลนี้ แสดงให้เห็นว่าบุคคลไม่สามารถอ้างความคุ้มกันเพื่อคุ้มกันตนให้พ้นความรับผิดชอบจากการกระทำผิดต่อมวลมนุษยชาติได้ ซึ่งเป็นแนวคิดที่ดีที่จะลงโทษบุคคลที่กระทำความผิดให้รับผิดชอบในการกระทำผิดของตน แต่ศาลทั้งสองนี้จัดตั้งขึ้นเป็นการเฉพาะกิจ และถูกวิพากษ์วิจารณ์อย่างมากว่าเป็นศาลที่ตั้งขึ้นโดยฝ่ายชนะสงคราม ถูกครอบงำทางการเมือง และมีแรงกดดันจากสงคราม การพิจารณาคดีของศาลดังกล่าวเป็นเพียงความยุติธรรมของผู้ชนะอันขาดความชอบด้วยกฎหมาย ทำให้เกิดความไม่น่าเชื่อถือในกระบวนการดำเนินการของศาล และความยุติธรรมที่จำเลยจะได้รับ มีการใช้กฎหมายย้อนหลังในฐานความผิดอาชญากรรมต่อมวลมนุษยชาติ ซึ่งมีได้มีความผิดฐานนี้ก่อนปีค.ศ.1945 ส่วนระบบการสืบพยานเป็นระบบกล่าวหาที่ฝ่ายจำเลยไม่มีโอกาสโต้แย้ง อีกทั้งจำเลยไม่มีสิทธิอุทธรณ์การตัดสินโทษ¹⁰ จึงเป็นการใช้กฎหมายของผู้ชนะต่อผู้แพ้เท่านั้น

ต่อมาในปีค.ศ.1945 หลังจากที่ยุทธการสหประชาชาติก่อตั้งขึ้นไม่นาน แนวความคิดการจัดตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศถาวรก็ค่อยๆ มีความชัดเจนขึ้น โดยในปีค.ศ.1947 สมัชชาใหญ่แห่งองค์การสหประชาชาติได้มอบหมายให้คณะกรรมการกฎหมายระหว่างประเทศ (International Law Commission : ILC) ศึกษาความเป็นไปได้ในการจัดตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศถาวร ให้จัดทำร่างประมวลกฎหมายความผิดต่อสันติภาพ และความมั่นคงของมวลมนุษยชาติ รวมทั้งให้จัดทำรายละเอียดเกี่ยวกับการจัดตั้งและการใช้เขตอำนาจศาลอาญาระหว่างประเทศ¹¹ แต่การดำเนินการดังกล่าวมีอันต้องหยุดชะงักลง เนื่องจากสภาวะทางการเมืองระหว่างประเทศที่ตึงเครียดระหว่างกลุ่มประเทศเสรี และกลุ่มประเทศคอมมิวนิสต์ที่เรียกว่าสงครามเย็น (cold war)

⁹ Thomas Graditzky, "Individual Criminal Responsibility for Violations of International Humanitarian Law Committed in non-International Armed Conflicts," International Review of the Red Cross No.332 (March 1998): 29.

¹⁰ www.un.org/law/icc/general/overview/htm.

¹¹ Bassioni M.Cherif and Broomhall Bruce, ICC Ratification and National Implementing Legislation (France: Association Internationale de droit penal, 1999), p. 15.

เมื่อสถานการณ์สงครามเย็นคลี่คลายลง ในปีค.ศ.1989 ประเทศตรินิแดดและโตบาโกได้เสนอให้มีการทบทวนถึงการก่อตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศอีกครั้ง โดยมุ่งเน้นให้เป็นองค์กรตุลาการระหว่างประเทศถาวร มีเขตอำนาจเหนือความผิดฐานค้ายาเสพติด ซึ่งถือได้ว่าข้อเสนอดังกล่าวก่อให้เกิดความพยายามจัดตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศอย่างจริงจัง¹²

ในปีค.ศ.1993 ขณะที่มีการร่างธรรมนูญจัดตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศอยู่นั้น คณะมนตรีความมั่นคงแห่งสหประชาชาติได้ออกข้อมติที่ 808 เมื่อวันที่ 22 กุมภาพันธ์ ค.ศ.1993 เพื่อจัดตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศเฉพาะกิจแห่งยูโกสลาเวีย(International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia : ICTY) เพื่อพิจารณาคดีที่ปัจเจกชนผู้ก่ออาชญากรรมภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ อันเป็นการละเมิดกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศอย่างร้ายแรงและคุกคามต่อสันติภาพ ในดินแดนอดีตประเทศยูโกสลาเวีย ตั้งแต่ปีค.ศ.1991 โดยมีเขตอำนาจเหนืออาชญากรรมสงคราม อาชญากรรมอันเป็นการล้างเผ่าพันธุ์ อาชญากรรมต่อมนุษยชาติ ซึ่งเป็นการกำหนดเขตอำนาจศาลให้ครอบคลุมการกระทำเหล่านี้ซึ่งได้รับการยอมรับว่าอยู่ภายใต้กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ¹³ ตามมตินี้เลขาธิการสหประชาชาติได้เตรียมรายงานเกี่ยวกับธรรมนูญศาลเฉพาะกิจนี้ ต่อมาคณะมนตรีความมั่นคงได้ยอมรับร่างธรรมนูญโดยไม่ได้มีการเปลี่ยนแปลงแก้ไขในข้อมติที่ 827 เมื่อวันที่ 25 พฤษภาคม ค.ศ.1993 จัดตั้ง ICTY เป็นองค์กรเสริม (subsidiary organ) ของคณะมนตรีความมั่นคง เพื่อรักษาและนำสันติภาพคืนแก่ดินแดนอดีตประเทศยูโกสลาเวีย¹⁴

และในปีค.ศ.1994 คณะมนตรีความมั่นคงได้ออกข้อมติที่ 935 ให้จัดตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศเฉพาะกิจแห่งรวันดา (International Criminal Tribunal for Rwanda : ICTR) เพื่อพิจารณาคดีผู้กระทำการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ และละเมิดกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศอย่างร้ายแรงในรวันดา และดินแดนใกล้เคียง โดยให้ใช้ศาลอาญาระหว่างประเทศเฉพาะกิจแห่งยูโกสลาเวียเป็นแบบในการตั้งคณะกรรมการผู้เชี่ยวชาญในการสอบสวนการกระทำละเมิด

¹² Ibid., p. 21.

¹³ Michael P.Scharf, "The ICC's jurisdiction over the nationals of non-party states : a critique of the U.S position," Law and Contemporary problems 64,1 (2001): 84.

¹⁴ Kriangsak Kittichaisaree, International Criminal Law (New York: Oxford University press, 2001), p. 22.

กฎหมายระหว่างประเทศระหว่างสงครามในวันดา ดังนั้นข้อกำหนดของทั้งสองศาลนี้จึงมีความคล้ายคลึงกัน โดยคณะกรรมการนี้ได้ทำรายงานเสนอต่อเลขาธิการสหประชาชาติ โดยธรรมนูญและกลไกการดำเนินคดีของศาลอาญาระหว่างประเทศเฉพาะกิจแห่งวันดาได้รับการยอมรับโดยมติคณะมนตรีความมั่นคงที่ 955 เมื่อวันที่ 8 พฤศจิกายน ค.ศ.1994¹⁵ การจัดตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศเฉพาะกิจนี้ เป็นการจัดตั้งโดยอาศัยอำนาจตามหมวด 7 แห่งกฎบัตรสหประชาชาติ เพื่อรักษาสันติภาพและความมั่นคง เป็นการกำหนดโครงสร้างศาล และเขตอำนาจศาลโดยคณะมนตรีความมั่นคง ซึ่งมีผลผูกพันสมาชิกของสหประชาชาติทั้งหมดให้ต้องปฏิบัติตามและให้ความร่วมมือกับศาลดังกล่าวตามที่ศาลขอร้องหรือมีคำพิพากษา

ทั้งสองศาลนี้ได้แสดงให้เห็นถึงการยอมรับ และสนับสนุนหลักความรับผิดชอบปัจเจกชนในทางกฎหมายระหว่างประเทศอย่างชัดเจน แต่ทั้งสองศาลก็มีข้อจำกัดตรงที่เป็นศาลเฉพาะกิจที่มีเขตอำนาจจำกัดเหนือดินแดนที่เฉพาะเจาะจง มีข้อจำกัดในเรื่องระยะเวลาในการดำเนินการตามที่กำหนดในธรรมนูญจัดตั้งศาลนั้นๆ เท่านั้น นอกจากนี้การดำเนินการยังล่าช้า และเป็นการเปลี่ยนแปลงในการที่จะจัดตั้งศาลเมื่อเกิดสถานการณ์ขึ้นแล้ว ทั้งนี้ศาลอาญาระหว่างประเทศที่มีลักษณะถาวรจะดำเนินการได้รวดเร็วกว่าศาลเฉพาะกิจ¹⁶ นอกจากนี้ในเรื่องกระบวนการพิจารณาอาจเป็นข้อสงสัยถึงความเป็นธรรมได้ เนื่องจากกำหนดขึ้นตามการจัดตั้งศาลเฉพาะกิจเหล่านี้มิได้มีการกำหนดหรือประมวลหลักเกณฑ์ให้เป็นที่แน่นอนให้สามารถปรับใช้ได้เป็นการทั่วไปกับทุกกรณี

จากการศึกษาอาจเปรียบเทียบความเหมือนและความแตกต่างกันระหว่างศาลอาญาระหว่างประเทศเฉพาะกิจแห่งยูโกสลาเวีย (ICTY) และ ศาลอาญาระหว่างประเทศเฉพาะกิจแห่งวันดา (ICTR) ได้ดังนี้¹⁷

¹⁵ Bassioni M.Cherif and Broomhall Bruce, ICC Ratification and National Implementing Legislation, p. 13.

¹⁶Roy S. Lee, "Introduction The Rome Conference and its contributions to international law," in The International Criminal Court. The Making of the Rome Statute Issues, Negotiations, Results, Roy S. Lee (ed.) (Hague: Kluwer Law International, 1999), p. 6.

¹⁷ Kriangsak Kittichaisaree, International Criminal Law, pp. 26-27.

ส่วนที่เหมือนกัน ได้แก่

- 1) ศาลทั้งสองถูกจัดตั้งขึ้นโดยคณะมนตรีความมั่นคงแห่งสหประชาชาติ โดยการใช้อำนาจตามหมวด 7 ของกฎบัตร เพื่อรักษาสันติภาพและความมั่นคง สมาชิกสหประชาชาติทั้งหมดจึงผูกพันที่จะต้องให้ความร่วมมือกับ ศาลทั้งสอง
- 2) ทั้งสองศาลเป็นองค์กรเสริม (subsidiary organ) ของคณะมนตรีความมั่นคง
- 3) ศาลทั้งสองจะต้องปรับใช้หลักกฎหมายระหว่างประเทศและกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ
- 4) ศาลทั้งสองมีกฎเกณฑ์ของกระบวนการดำเนินคดีและพยานหลักฐานเหมือนกัน สองศาลนี้ไม่อนุญาตให้มีการพิจารณาคดีลับหลัง (in absentia) ไม่เหมือนศาลทหารระหว่างประเทศที่นูเรมเบิร์ก
- 5) ทั้งสองศาลมีอัยการเดียวกัน ยิ่งกว่านั้น ข้อ 13(4)ของธรรมนูญ ICTR กำหนดว่าผู้พิพากษาขององค์คณะอุทธรณ์ของ ICTR ใช้ผู้พิพากษาในองค์คณะอุทธรณ์ของ ICTY ผู้พิพากษา 2 ท่านของ ICTR มาจากสมาชิกองค์คณะอุทธรณ์ของ ICTY ดังนั้นประธานขององค์คณะอุทธรณ์ของ ICTY ก็เป็นประธานขององค์คณะอุทธรณ์ของ ICTR ด้วย ซึ่งทำให้มั่นใจได้ว่าจะมีการปรับใช้กฎหมายอย่างสอดคล้องกัน

ความแตกต่างของทั้ง 2 ศาล ได้แก่

- 1) ICTY มีเขตอำนาจเหนืออาชญากรรมที่กระทำขึ้นทั้งในระหว่างที่มีการขัดกันด้วยอาวุธที่มีลักษณะระหว่างประเทศ และการขัดกันด้วยอาวุธภายใน ส่วน ICTR มีเขตอำนาจเหนืออาชญากรรมที่กระทำขึ้นในระหว่างการขัดกันด้วยอาวุธภายในเท่านั้น
- 2) ICTY มีเขตอำนาจเหนืออาชญากรรมต่อมนุษยชาติ หากว่าได้มีการกระทำในระหว่างการขัดกันด้วยอาวุธ ส่วน ICTR จะมีเขตอำนาจเหนืออาชญากรรมต่อมนุษยชาติ เมื่อมีการกระทำต่อคนชาติ กลุ่มการเมือง ชนกลุ่มน้อย กลุ่มเชื้อชาติ หรือมีพื้นฐานทางศาสนาอันเป็นการเจตนาเลือกปฏิบัติ
- 3) ICTY มีเขตอำนาจเหนืออาชญากรรมตามที่กำหนดในธรรมนูญ ICTY ที่ได้กระทำในดินแดนอดีตยูโกสลาเวียตั้งแต่ค.ศ.1991 ส่วน ICTR มีเขตอำนาจเหนืออาชญากรรมตามที่กำหนดในธรรมนูญ ICTR ที่ได้กระทำในดินแดนรวันดา และรัฐใกล้เคียงระหว่าง 1 มกราคม ค.ศ.1994 – 31 ธันวาคม ค.ศ.1994
- 4) ICTR ไม่มีกลุ่มผู้พิพากษาเฉพาะคดีเพื่อคอยช่วยเหลือในการดำเนินคดีเหมือน ICTY

ดังนั้นการจัดตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศเฉพาะกิจโดยข้อมติของคณะมนตรีความมั่นคง จึงมีผลผูกพันต่อรัฐสมาชิกของสหประชาชาติทั้งหมด ซึ่งจะก่อให้เกิดผลดีในการรวบรวมเอกสาร พยานหลักฐานที่เกี่ยวข้องกับคดีได้สะดวกรวดเร็วขึ้น และได้รับความร่วมมือจากทุกรัฐสมาชิก ซึ่งมีพันธกรณีตามกฎหมายที่จะต้องปฏิบัติตามข้อมติคณะมนตรีความมั่นคงตามข้อ 25 และข้อ 49 ของกฎบัตรสหประชาชาติ และถึงแม้ว่ารัฐจะไม่ได้เป็นสมาชิกขององค์การสหประชาชาติ แต่ก็ยังมีพันธกรณีที่จะต้องปฏิบัติตามหลักการของสหประชาชาติเท่าที่จำเป็น เพื่อเป็นการธำรงไว้ซึ่ง สันติภาพและความมั่นคงระหว่างประเทศ¹⁸ ซึ่งเป็นวัตถุประสงค์ที่สำคัญขององค์การ สหประชาชาติ ดังนั้นข้อมติของคณะมนตรีความมั่นคงซึ่งออกตามอำนาจแห่งหมวด 7 เพื่อ ดำเนินการต่อการคุกคามต่อสันติภาพและความมั่นคงระหว่างประเทศจึงผูกพันต่อทุกรัฐแม้ว่าจะ ไม่ได้เป็นสมาชิกขององค์การสหประชาชาติก็ตาม

หลังจากที่คณะกรรมาธิการกฎหมายระหว่างประเทศยกร่างธรรมนูญจัดตั้งศาลอาญา ระหว่างประเทศแล้วเสร็จในปี.ศ.1994 ได้มีการเจรจาทางการทูตกว่า 4 ปีเพื่อให้ประเทศต่างๆได้ แสดงความคิดเห็นแล้ว สมัชชาใหญ่ได้จัดให้มีการประชุมผู้แทนผู้อำนาจเต็มเพื่อจัดตั้งศาล อาญาระหว่างประเทศ (United Nations Diplomatic Conference of Plenipotentiaries on the Establishment of an International Criminal Court) ณ กรุงโรม ประเทศอิตาลี ในระหว่างวันที่ 15 มิถุนายน – 17 กรกฎาคม ค.ศ.1998 ซึ่งในการจัดตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศนี้เป็นไปใน รูปแบบของการทำสนธิสัญญาพหุภาคี ซึ่งเป็นวิธีที่ให้อิสระแก่รัฐอย่างเต็มที่ในการตัดสินใจยอมรับ ธรรมนูญ โดยการลงนามและให้สัตยาบันเข้าเป็นภาคีสนธิสัญญาจัดตั้งศาล ทั้งนี้ที่ประชุมได้มีมติ รับรองธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศ และเปิดให้ประเทศต่างๆลงนามเข้าร่วม เป็นภาคี โดยมี 120 ประเทศลงนามสนับสนุน 21 ประเทศงดออกเสียง และอีก 7 ประเทศคัดค้าน ได้แก่ สหรัฐอเมริกา , จีน , อิรัก , อิสราเอล , ลิเบีย , การ์ตาร์ และเยเมน¹⁹ โดยศาลอาญาระหว่าง ประเทศนี้จัดตั้งขึ้นมีวัตถุประสงค์เพื่อต้องการนำบุคคลผู้ประกอบอาชญากรรมร้ายแรงที่กำหนดใน ธรรมนูญกรุงโรมมารับผิดชอบในการกระทำของตน โดยไม่ยอมปล่อยให้ผู้กระทำผิดนั้นลอยนวล จากการอ้างเอกสิทธิ์และความคุ้มกันของบุคคลต่อศาลเพื่อให้หลุดพ้นจากความรับผิดชอบ อันจะเป็น การปราบปราม หยุดยั้งการกระทำอาชญากรรมอันโหดร้ายได้

¹⁸ Article 2 (6) of United Charter of the United Nations.

¹⁹ A/CONF.183/SR.11 and Press Release, United Nations Diplomatic Conference of Plenipotentiaries on the Establishment of an International Criminal Court.

ทั้งนี้ธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศจะมีผลใช้บังคับภายในวันแรกของเดือนที่ครบ 60 วัน หลังจากที่ประเทศต่างๆได้ให้สัตยาบันครบ 60 ประเทศ ธรรมนูญนี้มีผลใช้บังคับแล้วเมื่อวันที่ 1 กรกฎาคม ค.ศ.2002 โดยศาลอาญาระหว่างประเทศนี้จัดตั้งขึ้น ณ กรุงเฮก ประเทศเนเธอร์แลนด์ โดยมีอำนาจพิจารณาคดีกับปัจเจกชนผู้กระทำความอาชญากรรมร้ายแรงระหว่างประเทศที่กำหนดในธรรมนูญ สถานะล่าสุดของธรรมนูญกรุงโรมเมื่อวันที่ 20 มกราคม ค.ศ.2006 มีประเทศที่ให้สัตยาบันแล้ว 100 ประเทศ ประเทศที่ลงนามแต่ยังไม่ได้ให้สัตยาบัน 39 ประเทศ²⁰

2.2 เขตอำนาจศาลอาญาระหว่างประเทศและการนำคดีขึ้นสู่ศาล

ในการประชุมเพื่อจัดตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศนั้น มีข้อเสนอเกี่ยวกับเรื่องการยอมรับเขตอำนาจของศาลอาญาระหว่างประเทศหลักๆ 4 วิธี คือ²¹

1) ข้อเสนอของอังกฤษ (UK Proposal) เสนอว่า การให้สัตยาบันธรรมนูญกรุงโรมนำมาซึ่งการยอมรับเขตอำนาจศาลอาญาระหว่างประเทศเหนืออาชญากรรมหลักโดยอัตโนมัติ นอกจากนี้ศาลอาญาระหว่างประเทศจะต้องใช้เขตอำนาจเฉพาะต่อรัฐดินแดน และรัฐสัญชาติของผู้ถูกกล่าวหาที่เป็นภาคี ถ้ารัฐเหล่านี้ไม่ได้เป็นภาคีแล้ว จะต้องมีการให้ความยินยอมเฉพาะเป็นกรณีก่อน ศาลอาญาระหว่างประเทศจึงจะสามารถดำเนินการสืบสวนสอบสวนได้ ซึ่งมีประเทศที่เห็นด้วยกับข้อเสนอนี้ ได้แก่ สเปน เดนมาร์ค เป็นต้น

2) ข้อเสนอของเยอรมัน (Germany Proposal) เยอรมันเสนอว่าให้อิงตามหลักเขตอำนาจสากล กล่าวคือ ให้ศาลมีเขตอำนาจสากลต่ออาชญากรรมร้ายแรงที่อยู่ในเขตอำนาจศาลทันทีโดยไม่คำนึงถึงการให้ความยินยอมของรัฐ ซึ่งมีประเทศที่เห็นด้วยกับข้อเสนอนี้ ได้แก่ เบลเยียม จอร์แดน เป็นต้น

3) แบบ opt-in/opt-out proposal เสนอโดยเกาหลีใต้ คือ รัฐที่เป็นภาคีไม่ได้ยอมรับเขตอำนาจศาลเหนืออาชญากรรมหลักโดยอัตโนมัติ แต่ต้องให้ความยินยอมของรัฐพิเศษเป็นกรณี

²⁰ โปรดดูรายละเอียดใน <http://www.iccnw.org>

²¹ United Nations, United Nations Diplomatic Conference of Plenipotentiaries on the Establishment of an International Criminal Court volume II Rome, 15 June-17 July 1998 (New York: United Nations, 2002), p.182.

หรืออาจให้ความยินยอมภายหลังได้ โดยในคำยินยอมนั้นสามารถเปลี่ยนแปลงเนื้อหา และระยะเวลาได้ และรัฐดินแดน รัฐที่ควบคุมตัว รัฐผู้รับคำขอ รัฐสัญชาติผู้ถูกกล่าวหาและรัฐเจ้าของสัญชาติของผู้เสียหายต้องให้ความยินยอมก่อน

4) แบบ case-by-case proposal เสนอโดยสหรัฐอเมริกา คือ ศาลอาญาระหว่างประเทศจะใช้เขตอำนาจได้จะต้องได้รับความยินยอมเป็นรายกรณีจากรัฐดินแดน รัฐที่ควบคุมตัว รัฐผู้ร้องขอให้ส่งตัว รัฐสัญชาติของผู้ถูกกล่าวหาและรัฐสัญชาติของผู้เสียหายเสียก่อน

ในที่สุดแล้วธรรมนูญกรุงโรมกำหนดให้ศาลจะมีเขตอำนาจได้เมื่อรัฐได้เข้าเป็นภาคีธรรมนูญกรุงโรม หรือยอมรับเขตอำนาจศาลอาญาระหว่างประเทศ ซึ่งการเข้าเป็นภาคีหรือการยอมรับเขตอำนาจนี้เป็นการยอมรับอาชญากรรมหลักดังที่ระบุในธรรมนูญด้วยโดยอัตโนมัติ โดยศาลอาญาระหว่างประเทศได้วางหลักเรื่องเขตอำนาจตามหลักดินแดน หลักสัญชาติ ในกรณีที่อัยการ หรือรัฐภาคีเสนอคดีสู่ศาล และยังเกี่ยวข้องกับหลักเขตอำนาจสากล โดยพิจารณาจากความเป็นระหว่างประเทศ และความรุนแรงของอาชญากรรมที่ได้กระทำลง²² ซึ่งหากกำหนดให้การใช้เขตอำนาจศาลอาญาระหว่างประเทศต้องมีการให้ความยินยอมเป็นกรณีๆไป จะทำให้ศาลอาญาระหว่างประเทศไม่สามารถใช้เขตอำนาจได้อย่างแท้จริง เพราะต้องขึ้นอยู่กับความยินยอมของแต่ละรัฐ จึงจะทำให้ไม่สามารถดำเนินการให้บรรลุวัตถุประสงค์ของศาลได้ การกำหนดการยอมรับเขตอำนาจศาลเหนืออาชญากรรมที่กำหนดในธรรมนูญกรุงโรมในรูปแบบนี้รัฐต่างๆสามารถยอมรับได้มากกว่าที่จะให้ศาลอาญาระหว่างประเทศมีเขตอำนาจสากลเหนืออาชญากรรมที่กำหนดในธรรมนูญ ไม่เช่นนั้นธรรมนูญกรุงโรมอาจจะยังไม่สามารถบังคับใช้ได้เช่นในปัจจุบัน

2.2.1 เขตอำนาจศาลอาญาระหว่างประเทศ

ศาลอาญาระหว่างประเทศจัดตั้งขึ้นโดยสนธิสัญญาพหุภาคี เป็นนิติบุคคลที่เป็นองค์กรตุลาการถาวรที่มีเขตอำนาจในทางอาญาระหว่างประเทศ โดยจะมีเขตอำนาจจำกัดเหนือ

²² Seth Harris, "The United States and the International Criminal Court : Legal Potential for Non-Party State Jurisdiction," *Hawaii Law Review* (winter 2000). [online] Available from : <http://www.lexisnexis.com> [2004, September 20]

บุคคลธรรมดาที่มีอายุไม่ต่ำกว่า 18 ปี²³ ที่กระทำอาชญากรรมร้ายแรงที่สุดที่อยู่ในความห่วงใยของประชาคมระหว่างประเทศตามที่กำหนดไว้ในธรรมนูญเท่านั้น อาชญากรรมเหล่านี้เป็นอาชญากรรมระหว่างประเทศที่มีลักษณะร้ายแรง ส่งผลกระทบต่อสังคมโดยรวมให้ได้รับความเสียหายจากการก่ออาชญากรรมระหว่างประเทศเหล่านี้ อันได้แก่ อาชญากรรมอันเป็นการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ (Crimes of Genocide) , อาชญากรรมสงคราม (War Crimes) , อาชญากรรมต่อมนุษยชาติ (Crimes Against Humanity) และอาชญากรรมอันเป็นการรุกราน (Crimes of Aggression)²⁴ ศาลจะมีอำนาจพิจารณาคดีภายหลังจากที่ธรรมนูญมีผลบังคับใช้²⁵ (11 กรกฎาคม พ.ศ.2545) โดยจะไม่มีผลบังคับใช้ย้อนหลัง ซึ่งก็คือหลักกฎหมายที่ยอมรับกันทั่วไป คือ หลักไม่มีความรับผิดชอบไม่มีโทษหากไม่มีกฎหมาย (Nullum crimen nulla poena sine lege) ในขณะนี้ อาชญากรรมที่อยู่ภายในเขตอำนาจศาลมีเพียง 4 ประเภทข้างต้น แต่ภายหลัง 7 ปี นับแต่วันที่ธรรมนูญมีผลบังคับใช้ รัฐภาคีอาจเสนอให้มีการพิจารณาบททวนธรรมนูญเพื่อแก้ไขหรือเพิ่มเติมประเภทอาชญากรรมได้²⁶ โดยศาลจะทำหน้าที่เป็นศาลเสริมเขตอำนาจภายในให้สมบูรณ์ขึ้น (Complementarity) กล่าวคือ รัฐแต่ละรัฐยังคงสามารถใช้เขตอำนาจของตนในการดำเนินคดีดังกล่าว แต่หากปรากฏว่ารัฐที่มีเขตอำนาจนั้นไม่เต็มใจ หรือไม่สามารถดำเนินคดี ศาลอาญาระหว่างประเทศก็อาจเข้ามามีเขตอำนาจในคดีดังกล่าวได้

2.2.2 อาชญากรรมภายในเขตอำนาจศาลอาญาระหว่างประเทศ

หลักเกณฑ์ในการกำหนดขอบเขตอำนาจศาลเหนืออาชญากรรมหลัก 4 ประเภทนี้ก็คือการรวบรวมอาชญากรรมต้องห้ามที่มีอยู่แล้วภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ ซึ่งก็คือข้อตกลงระหว่างประเทศ สนธิสัญญาต่างๆที่ให้คำจำกัดความการกระทำบางอย่างว่าเป็นอาชญากรรมภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ²⁷ ธรรมนูญนี้จึงมิได้เป็นการสร้างกฎหมายสารบัญญัติขึ้นมาใหม่ คำจำกัดความของอาชญากรรมเหล่านี้ล้วนมีที่มาจากอยู่บนพื้นฐานของกฎหมาย

²³ Article 26 of the Rome Statute of International criminal Court.

²⁴ Ibid., Art. 5.

²⁵ Ibid., Art. 11.

²⁶ Ibid., Art. 121.

²⁷ International Commission of Jurists, Toward Universal Justice International Penal Court, p. 30.

จารีตประเพณีระหว่างประเทศ²⁸ ดังนั้นประเทศต่างๆจึงรับรู้ถึงความมีอยู่ และความร้ายแรงของ อาชญากรรมเหล่านี้อยู่แล้ว อาชญากรรมร้ายแรงระหว่างประเทศที่กำหนดในธรรมนูญมีลักษณะ ดังนี้

ก) อาชญากรรมอันเป็นการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ (Crimes of Genocide)

การทำลายล้างเผ่าพันธุ์นี้ถือเป็นอาชญากรรมที่ร้ายแรง อันเป็นการกระทำอัน โหดร้ายต่อเพื่อนมนุษย์ด้วยกัน และละเมิดสิทธิมนุษยชนอย่างร้ายแรงที่สุด นับแต่อดีตมี เหตุการณ์ทำลายล้างเผ่าพันธุ์เกิดขึ้นหลายครั้งในหลายแห่งของโลก นำมาซึ่งความสูญเสียอย่าง มาก และสร้างความหดหู่ สยดสยองและหวาดกลัวต่อทั้งกลุ่มเป้าหมาย รวมไปถึงบุคคลที่ได้รับ ทราบถึงเหตุการณ์ดังกล่าวเช่น เหตุการณ์ที่เกิดขึ้นในประเทศเยอรมันในการใช้วิธีการอันโหดร้าย เช่น การรมก๊าซพิษในการประหารชีวิตชาวยิวจำนวนมาก และต่อเนื่องเป็นเวลาหลายปีที่เราเรียกกัน ว่า โฮโลคอสต์ (The Holocaust)²⁹ , การทำลายล้างเผ่าพันธุ์ในกัมพูชา รวมไปถึงการทำลายล้าง เผ่าพันธุ์ในรวันดา และที่อื่นๆที่ทำให้มีเหยื่อผู้เคราะห์ร้ายต้องเสียชีวิตเป็นจำนวนมาก

สมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติได้ประกาศ ณ วันที่ 10 ธันวาคม ค.ศ.1946 ว่าการ ทำลายล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์เป็นความผิดในกฎหมายระหว่างประเทศ ผู้กระทำไม่ว่าเป็นเอกชน บุคคลธรรมดา หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐก็ตาม จะต้องถูกลงโทษสำหรับการกระทำนั้น ต่อมาในวันที่ 9 ธันวาคม ค.ศ.1948 สมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติได้ยอมรับอนุสัญญาว่าด้วยการป้องกันและ การลงโทษการกระทำความผิดฐานฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ ค.ศ.1948 (Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide 1948) ซึ่งให้อำนาจศาลของรัฐที่เกี่ยวข้อง เป็น อำนาจที่สามารถพิจารณาลงโทษได้เป็นอันดับแรก แต่อนุสัญญานี้มีความคลุมเครือและไม่ชัดเจน ซึ่งปรากฏได้ว่า ถ้ารัฐใดที่จะป้องกันหรือจัดการกระทำเช่นว่านี้ โดยคิดว่าเป็นความผิดอาญา ระหว่างประเทศก็จะถูกกล่าวหาว่าเข้าไปละเมิดอำนาจศาลส่วนท้องถิ่นของรัฐที่เกี่ยวข้องกับการ

²⁸ Phillipe Kirsch, "International Conference : The International Criminal Court," McGill Law Journal (November 2000). [online] Available from : <http://www.lexisnexis.com> [2004, September 20]

²⁹ โปรดดูรายละเอียดเกี่ยวกับการสังหารล้างเผ่าพันธุ์ชาวยิวประมาณ 6 ล้านคน ใน http://www.stou.ac.th/thai/schools/s/w/human_rightz/aboutICC/what_is_icc.htm

กระทำนี้³⁰ อนุสัญญานี้ได้เป็นการสร้างแนวคิดที่เคยห้ามมิให้รัฐแทรกแซงกิจการภายในเกี่ยวกับการละเมิดสิทธิมนุษยชนให้สามารถแทรกแซงได้โดยกระบวนการยุติธรรม และยังได้รับรองหลักความรับผิดชอบส่วนบุคคลในกฎหมายระหว่างประเทศให้บุคคลธรรมดาที่มีสิทธิและหน้าที่ตามกฎหมายระหว่างประเทศด้วย³¹

การให้คำจำกัดความการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ในธรรมนูญนี้เป็นส่วนที่มีข้อโต้แย้งน้อยที่สุดเมื่อเทียบกับอาชญากรรมอื่นๆ เพราะการทำลายล้างเผ่าพันธุ์นั้นได้รับการยอมรับโดยทั่วไปว่าเป็นอาชญากรรมภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศที่มีสถานะเป็นกฎหมายเด็ดขาด (Jus Cogens) ซึ่งมีผลผูกพันต่อทุกรัฐในฐานะเป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศอยู่แล้ว³² แม้ว่ารัฐนั้นจะไม่ใช่อนุสัญญาว่าด้วยการป้องกันและการลงโทษการกระทำ ความผิดฐานฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศได้ให้ความเห็นเกี่ยวกับกฎเกณฑ์แบบแผนที่เป็นที่ยอมรับ และรับรู้โดยสังคมระหว่างประเทศจากอนุสัญญาว่าด้วยการป้องกันและการลงโทษการกระทำ ความผิดฐานฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ (Advisory Opinion on the Question of Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, 1951 ,23) ว่า “หลักการต่างๆ ภายใต้อนุสัญญาว่าด้วยการป้องกันและการลงโทษการกระทำ ความผิดฐานฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ ฉบับนี้ก็คือหลักการที่ยอมรับโดยชาติที่เจริญแล้วว่าเป็นหลักการที่ผูกพันรัฐทั้งหมดไม่ว่ารัฐนั้นจะอยู่นอกความผูกพันใดๆ ในอนุสัญญาก็ตาม”³³ กล่าวคือ บทบัญญัติในอนุสัญญาว่าด้วยการป้องกันและการลงโทษการกระทำ ความผิดฐานฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ นั้นได้กลายเป็นกฎหมายจารีตประเพณีไปแล้ว จึงมีผลผูกพันให้รัฐทุกรัฐต้องปฏิบัติตาม

³⁰ สุวานิต มั่นสุข, กฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีอาญา (กรุงเทพมหานคร: คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย), หน้า 111. (อัดสำเนา)

³¹ อัญชิสรา เต็มพงศ์พัฒนา, “ผลกระทบที่ประเทศไทยจะได้รับในการเข้าเป็นภาคีธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศ : ศึกษากรณีความร่วมมือระหว่างประเทศและการส่งผู้ร้ายข้ามแดน,” (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ สาขาวิชานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2543), หน้า 76.

³² Michael P.Scharf, “The ICC’s jurisdiction over the nationals of non-party states : A critique of the U.S. position,” Law and Contemporary problems, 64, 1: 86.

³³ Nicolaos Strapatsas, “Universal jurisdiction and the international criminal court,” The Manitoba Law Journal No.29 (2002): 27.

นอกจากการห้ามการกระทำอันเป็นการทำลายล้างเผ่าพันธุ์จะปรากฏเป็นที่ยอมรับอย่างแพร่หลายจากการให้สัตยาบันอนุสัญญาว่าด้วยการป้องกันและการลงโทษการกระทำความผิดฐานฆ่าล้างเผ่าพันธุ์แล้ว ยังปรากฏในธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศเฉพาะกิจแห่งยูโกสลาเวีย (ข้อ 4) และ ศาลอาญาระหว่างประเทศเฉพาะกิจแห่งรวันดา (ข้อ 2) และยังปรากฏในธรรมนูญกรุงโรม ข้อ 6 ด้วย

นิยามของอาชญากรรมอันเป็นการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ได้ถูกระบุไว้ในข้อ 6 แห่งธรรมนูญกรุงโรม ซึ่งคำนิยามดังกล่าวได้นำเอาคำนิยามความผิดฐานฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ตามข้อ 2 ของอนุสัญญาว่าด้วยการป้องกันและการลงโทษการกระทำความผิดฐานฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ ค.ศ. 1948 มาใช้เป็นคำจำกัดความของความผิดดังกล่าว การกระทำการล้างเผ่าพันธุ์นั้นจะต้องมีเจตนาที่จะทำลายทั้งหมด หรือบางส่วนของกลุ่มชนชาติ กลุ่มชาติพันธุ์ กลุ่มเชื้อชาติ หรือกลุ่มทางศาสนา ซึ่งการกระทำอันจะเป็นการทำลายล้างเผ่าพันธุ์มีดังต่อไปนี้³⁴

1. การฆ่าสมาชิกของกลุ่ม
2. การก่อให้เกิดอันตรายต่อร่างกายหรือจิตใจอย่างสาหัสต่อสมาชิกของกลุ่ม
3. การจงใจก่อให้เกิดสภาวะที่เกี่ยวกับเงื่อนไขการดำรงชีวิตที่เล็งเห็นว่าจะนำไปสู่การทำลายทางกายภาพของกลุ่มทั้งหมดหรือบางส่วน
4. การกำหนดมาตรการที่เจตนาขัดขวางมิให้มีการให้กำเนิดบุตรภายในกลุ่ม
5. การบังคับโยกย้ายเด็กของกลุ่มดังกล่าวไปยังอีกกลุ่มหนึ่ง

การกระทำดังกล่าวอันเป็นการทำลายล้างเผ่าพันธุ์นั้นเป็นสิ่งผิดกฎหมายระหว่างประเทศไม่ว่าจะได้กระทำลงในยามสงครามหรือยามสันติ³⁵ ซึ่งวัตถุประสงค์จะต้องเป็นการทำลายทางกายภาพ ไม่ใช่เพียงแต่การล้างเผ่าพันธุ์ทางวัฒนธรรม การมีเจตนาพิเศษ (Dolus Specialis) ที่จะทำลายกลุ่มคนทั้งหมดหรือบางส่วนนั้นเป็นส่วนสำคัญที่แยกอาชญากรรมอันเป็นการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ออกจากอาชญากรรมต่อมนุษยชาติ เพราะฉะนั้นการกระทำใดที่ระบุในข้อ 6 แห่งธรรมนูญจะไม่เป็นการทำลายล้างเผ่าพันธุ์หากขาดเจตนาพิเศษนี้ และในกรณีที่มีเจตนาไม่

³⁴ Article 6 of the Rome Statute of International Criminal Court.

³⁵ I.C.J. Reports, Advisory opinion on the Question or Reservations to the Convention on Genocide 1951.

เพียงพอตามที่กำหนดไว้ การดำเนินคดีก็อาจเป็นไปได้ในการกระทำอาชญากรรมต่อมนุษยชาติ หรืออาชญากรรมสงครามได้³⁶

อย่างไรก็ตามก็มีผู้ให้ความเห็นโต้แย้งคำนิยามของอาชญากรรมอันเป็นการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ที่ระบุในธรรมนูญนั้นว่ายังคงกำกวมและมีปัญหาในบางประการ ดังนี้³⁷

1) ในอนุสัญญาว่าด้วยการป้องกันและการลงโทษการกระทำความผิดฐานฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ ค.ศ.1948 ที่ได้นำมานิยามอาชญากรรมอันเป็นการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ของธรรมนูญกรุงโรมนั้นไม่ได้ระบุคุ้มครองไปถึงกลุ่มทางการเมือง และกลุ่มวัฒนธรรม ซึ่งอาจทำให้ผู้นำทางการเมืองไม่ต้องรับผิดชอบต่อการกระทำความผิดดังกล่าวและใช้ช่องว่างนี้เพื่อให้หลุดพ้นความรับผิดชอบ เนื่องจากเขตอำนาจศาลครอบคลุมไปไม่ถึง แต่ช่องว่างนี้อาจแก้ไขได้เมื่อธรรมนูญมีผลบังคับใช้แล้ว 7 ปี ก็จะสามารถแก้ไขข้อกำหนดในธรรมนูญได้³⁸ ซึ่งก็เป็นไปได้ว่าในอนาคตอาจมีความพยายามทบทวนแก้ไขเพื่อเพิ่มเติมให้เขตอำนาจศาลครอบคลุมมากกว่านี้

2) ในอนุสัญญาว่าด้วยการป้องกันและการลงโทษการกระทำความผิดฐานฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ ค.ศ.1948 และธรรมนูญกรุงโรมระบุว่าการทำลายล้างเผ่าพันธุ์นั้นจะต้องมีเจตนาทำลายทั้งหมดหรือบางส่วนของกลุ่ม ในกรณีนี้เป็นประเด็นสำคัญในการตีความว่าทั้งหมดหรือบางส่วนนั้นหมายถึงจำนวนเท่าไรจึงจะถือเป็นกลุ่ม บางส่วนของประชากรทั้งหมด หรือบางส่วนของกลุ่มบ้านเล็กที่มีประชากรไม่กี่ร้อยคน ซึ่งความแตกต่างในการตีความนี้สามารถนำไปสู่ความไม่สอดคล้อง และเป็นปัญหาในการดำเนินคดีได้ แต่ก็มีผู้เห็นว่าจำนวนไม่สำคัญเท่ากับเจตนาทำลายทั้งหมด หรือบางส่วนของกลุ่ม³⁹

³⁶ William A.Schabas, An Introduction to The International Criminal Court, pp.31-34.

³⁷ Cara Levy Rodriguez, "Slaying the Monster : Why the United States Should Not Support the Rome Treaty," American University International Law Review (1999). [online] Available from : <http://www.lexisnexis.com> [2004, September 20]

³⁸ Article 121 of the Rome Statute of International criminal Court.

³⁹ William A.Schabas, An Introduction to The International Criminal Court, p. 32.

อีกส่วนหนึ่งคือองค์ประกอบในเรื่อง “เจตนา” (intent) อันเป็นองค์ประกอบที่สำคัญในการกระทำและเป็นการยากในการพิสูจน์ถึงความจงใจ ความมุ่งหมายในการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ และมีความเห็นที่ต่างกันว่าอย่างไรจึงถือว่าเป็นเจตนา ซึ่งอาจทำให้ขาดองค์ประกอบความผิดได้หากพิสูจน์ไม่ได้ว่าการกระทำดังกล่าวขาดเจตนาที่จะทำลายล้างกลุ่มมนุษยกลุ่มใดกลุ่มหนึ่ง

ถึงแม้ว่าจะมีข้อโต้แย้งในคำนิยามที่กำหนดในธรรมนูญกรุงโรม แต่ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ (International Court of Justice : ICJ) และศาลสหรัฐอเมริกาส่วนหนึ่งได้ระบุว่าการกระทำอันเป็นการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ได้รับการยอมรับว่าบรรลุถึงสถานะเป็นกฎหมายเด็ดขาด (Jus Cogens) และผูกพันทุกสมาชิกของประชาคมระหว่างประเทศ⁴⁰ ดังนั้นทุกๆรัฐไม่ว่าจะเป็นรัฐภาคี หรือไม่ได้เป็นภาคีธรรมนูญกรุงโรม ก็ยังคงผูกพันตามหลักกฎหมายดังกล่าวในอันที่จะไม่กระทำอาชญากรรมอันเป็นการทำลายล้างเผ่าพันธุ์

ข) อาชญากรรมต่อมนุษยชาติ (Crimes Against Humanity)

อาชญากรรมต่อมนุษยชาตินั้นเป็นความผิดทางอาญาที่ได้มีการประมวลเป็นลายลักษณ์อักษรเมื่อปีค.ศ.1945 โดยข้อตกลงกรุงลอนดอน (The London Charter) เพื่อจัดตั้งศาลทหารระหว่างประเทศที่นูเรมเบิร์ก เป็นกฎหมายฉบับแรกๆที่ห้ามการกระทำที่เป็นอาชญากรรมต่อมนุษยชาติ⁴¹ และยังได้มีการรวบรวมบัญญัติไว้ในธรรมนูญศาลทหารระหว่างประเทศสำหรับตะวันออกไกล ณ กรุงโตเกียว , ศาลอาญาระหว่างประเทศเฉพาะกิจแห่งยูโกสลาเวีย (ICTY) , ศาลอาญาระหว่างประเทศเฉพาะกิจแห่งรวันดา (ICTR) รวมถึงธรรมนูญกรุงโรมนี้ด้วย ซึ่งผู้ร่างธรรมนูญไม่ได้กำหนดให้มีอาชญากรรมต่อมนุษยชาติขึ้นมาใหม่ และไม่มีสนธิสัญญาที่เรียกร้องให้มีการดำเนินคดีกับผู้กระทำอาชญากรรมต่อมนุษยชาติ แต่เป็นหลักที่มีอยู่ตามเขตอำนาจศาลภายใต้กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ ที่จะต้องลงโทษศัตรูของมนุษยชาติ (hostis

⁴⁰ Michael P.Scharf, “The ICC’s jurisdiction over the nationals of non-party states : a critique of the U.S position,” Law and Contemporary problems, 64,1: 87.

⁴¹ Jennifer Elsea, International Criminal Court : Overview and Selected Legal Issues (New York: Novinka Books, 2003), p. 19.

humani generis) โดยไม่คำนึงถึงเขตอำนาจตามหลักดินแดนเหนืออาชญากรรมหรืออาชญากร⁴² ซึ่งปัจจุบันนี้อาชญากรรมต่อมนุษยชาติได้รับการยอมรับอย่างกว้างขวางว่าเป็นอาชญากรรมที่อยู่ภายใต้เขตอำนาจสากล⁴³ ที่ทุกรัฐสามารถให้เขตอำนาจเหนือการกระทำอาชญากรรมนี้ได้

อาชญากรรมต่อมนุษยชาติที่ระบุในธรรมนูญนี้ได้มีการพัฒนาให้มีรายละเอียดที่ชัดเจนและเข้มงวดขึ้นกว่าคำนิยามในบทบัญญัติก่อนๆที่เคยมีมา โดยได้กำหนดลักษณะที่ถือเป็นการกระทำอาชญากรรมต่อมนุษยชาติไว้ 11 ลักษณะ⁴⁴ ได้แก่ การฆาตกรรม ทำลาย เอาตัวลงเป็นทาส เนรเทศ หรือบังคับย้ายประชากร การกักขัง หรือการกระทำอื่นๆที่กระทบถึงอิสรภาพทางกายภาพ เป็นต้น อันเป็นการกระทำอันขัดต่อพื้นฐานกฎเกณฑ์ของกฎหมายระหว่างประเทศ⁴⁵ นอกจากนี้การกระทำผิดที่เป็นอาชญากรรมต่อมนุษยชาติรูปแบบต่างๆนั้นได้รับการรับรองว่าเป็นอาชญากรรมต้องห้ามตามกฎหมายระหว่างประเทศโดยสนธิสัญญา และเอกสารระหว่างประเทศจำนวนมาก เช่น การเหยียดผิว การทรมาน การบังคับให้สาบสูญ โดยเฉพาะอย่างยิ่งอนุสัญญาว่าด้วยการปราบปรามและลงโทษอาชญากรรมที่เป็นการเหยียดสีผิว ค.ศ.1973 และอนุสัญญาว่าด้วยการทรมาน ค.ศ.1984 รวมถึงธรรมนูญกรุงโรมนี้ด้วย โดยได้ระบุว่า อาชญากรรมต่อมนุษยชาติจะต้องเป็นการกระทำผิดต่อกลุ่มบุคคลทั่วไปโดยไม่เจาะจง และเป็นการกระทำต่อบุคคลจำนวนมากๆที่มีลักษณะ

- 1) เป็นการกระทำผิดทางอาญาโดยการกระทำนั้นเป็นส่วนหนึ่งของการโจมตี เช่นฆ่าสังหารอย่างแพร่หลายและเป็นระบบ
- 2) ต้องรู้ว่าเป็นการกระทำต่อเป้าหมายที่เป็นประชากรพลเรือน
- 3) เป็นการดำเนินการตามนโยบายของรัฐ หรือองค์กร ด้วยเหตุนี้การกระทำผิดจึงอาจเกิดขึ้นได้โดยผู้ที่เป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐ หรือโดยบุคคลที่กระทำการตาม การยุยงปลุกปั่น หรือการกระทำการโดยความเห็นชอบของเจ้าหน้าที่ของรัฐหรือของหน่วยงานของรัฐ นอกจากนั้น

⁴² Ibid., pp. 19-20.

⁴³ Michael P.Scharf, "The ICC's jurisdiction over the nationals of non-party states : a critique of the U.S position," *Law and Contemporary problems*, 64,1: 88.

⁴⁴ Article 7 of the Rome Statute of International criminal Court.

⁴⁵ Cara Levy, "Slaying the Monster : Why the United State Should Not Support the Rome Treaty," *American University International Law Review* (1999). [online] Available from : <http://www.lexisnexis.com> [2004, September 20]

อาจจะเป็นการกระทำตามนโยบายขององค์กร เช่น กลุ่มขบถซึ่งไม่มีส่วนเกี่ยวข้องเชื่อมโยงกับฝ่ายรัฐบาลก็ได้⁴⁶ การรู้ถึงการวางแผนอย่างเป็นระบบ หรือรู้ถึงการโจมตีนั้น ผู้กระทำผิดไม่จำเป็นต้องพิสูจน์ว่ารู้ทั้งหมดของการโจมตี หรือรายละเอียดที่ชัดเจนของแผนหรือนโยบายของรัฐหรือองค์กรนั้น⁴⁷

ในการกระทำอาชญากรรมต่อมนุษยชาตินั้นไม่จำเป็นต้องมีความเชื่อมโยงกับการขัดกันทางอาวุธ กล่าวคือ อาชญากรรมต่อมนุษยชาติไม่จำเป็นต้องกระทำขึ้นในระหว่างสงคราม หรือมีการขัดกันทางอาวุธเท่านั้น แต่สามารถเกิดขึ้นได้แม้ยามสงบ หรือแม้แต่ในช่วงสงครามกลางเมืองก็ได้ คือ ไม่จำเป็นต้องมีการขัดกันระหว่าง 2 รัฐ ผู้กระทำและเหยื่ออาจมีสัญชาติเดียวกัน ซึ่งการกำหนดเช่นนี้จะมีผลทำให้ในทางปฏิบัติของศาลอาญาระหว่างประเทศนั้นสามารถดำเนินการต่อรัฐบาลซึ่งกระทำอาชญากรรมต่อมนุษยชาติได้อย่างกว้างขวางขึ้น⁴⁸ ทำให้เขตอำนาจของศาลอาญาระหว่างประเทศครอบคลุมสถานการณ์ซึ่งมีการกระทำต่อประชากรของตนเองซึ่งไม่มีลักษณะระหว่างประเทศ ทำให้บุคคลผู้ที่กระทำความผิดนั้นรับผิดชอบในการกระทำของตนได้

ดังที่กล่าวมาแล้วว่าอาชญากรรมต่อมนุษยชาตินั้นได้ปรากฏอยู่ในกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศมาว่าครั้งศตวรรษแล้ว นอกจากนั้นยังปรากฏอยู่ในบทบัญญัติของกฎหมายภายใน และคำพิพากษาศาลบางประเทศด้วย โดยที่ข้อห้ามกระทำผิดอาชญากรรมต่อมนุษยชาตินั้นถูกเชื่อว่าเป็นกฎหมายอันละเมิดไม่ได้ (Jus Cogens)⁴⁹ แสดงให้เห็นได้โดยนัยว่าทุก

⁴⁶ สันติ อิศโรธกุล, “สรุปสาระสำคัญเกี่ยวกับศาลอาญาระหว่างประเทศ,” วารสารกฎหมายสุโขทัยธรรมมาธิราช 14 (มิถุนายน 2545): 107-108.

⁴⁷ Jennifer Elsea, International Criminal Court : Overview and Selected Legal Issues, p. 20.

⁴⁸ Darryl Robinson, “Defining “Crimes against humanity” at the Rome Conference,” The American Journal of International Law 93,43 (1999): 46.

⁴⁹ M.Charif Bassioni “Crimes against humanity” www.crimesofwar.org/thebook/crimes-against-humanity-html อ้างใน ศุภลรัตน์ มากมา, “คำจำกัดความของอาชญากรรมต่อมนุษยชาติในกรอบของธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญา

รัฐสามารถปรับใช้หลักเขตอำนาจสากลดำเนินคดีกับผู้กระทำผิดฐานอาชญากรรมต่อมนุษยชาติได้

ค) อาชญากรรมสงคราม (War Crimes)

นับแต่มีการพิจารณาคดีโดยศาลทหารระหว่างประเทศที่นูเรมเบิร์ก ก็เป็นที่ยอมรับตรงกันว่าอาชญากรรมสงครามนั้นเป็นอาชญากรรมที่มีเขตอำนาจสากลตามกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ⁵⁰ และถือว่าเป็นอาชญากรรมที่มีความเก่าแก่ที่สุดในอาชญากรรมทั้ง 4 ประเภท⁵¹ อันมีลักษณะของการกระทำที่ละเมิดต่อหลักกฎหมาย และจารีตประเพณีที่ปรับใช้ในสงครามหรือการพิพาทกันด้วยอาวุธ(Armed Conflict)⁵² ซึ่งอาชญากรรมนี้ได้รับการรับรองว่าเป็นอาชญากรรมระหว่างประเทศร้ายแรงมาอย่างยาวนาน ทั้งโดยสนธิสัญญาระหว่างประเทศและกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ ได้มีการกำหนดและให้คำนิยามความหมายของอาชญากรรมสงครามไว้ในเอกสารระหว่างประเทศต่างๆทั้งในอนุสัญญากรุงเฮก ค.ศ.1907 , ธรรมนูญศาลทหารแห่งนูเรมเบิร์ก ค.ศ.1945 , อนุสัญญาเจนีวา ค.ศ.1949 และพิธีสารเพิ่มเติมอนุสัญญาเจนีวา ค.ศ.1977 ซึ่งเมื่อพิจารณาถึงนิยามของอาชญากรรมสงครามที่ปรากฏในเอกสารในทางระหว่างประเทศต่างๆแล้วจึงอาจสรุปได้ว่าอาชญากรรมสงครามนั้นเป็นการกระทำความผิดที่ละเมิดต่อจารีตประเพณีและกฎหมายในการทำสงครามของบุคคล ไม่ว่าจะเป็นการกระทำของพลเรือนหรือผู้ที่สังกัดในกองทัพ และไม่ว่าจะเป็นการพิพาทกันด้วยอาวุธที่เป็นกรณีระหว่างประเทศหรือภายในประเทศก็ตาม

ระหว่างประเทศ,” (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2545), หน้า 125.

⁵⁰ Michael P.Scharf, “The ICC’s jurisdiction over the nationals of non-party states : a critique of the U.S position,” *Law and Contemporary problems*, 64,1: 91.

⁵¹ William A.Schabas, *An Introduction to the International Criminal Court*, p. 1.

⁵² Matthew Lippman, “The 1998 Convention on the Prevention and Punishment of the Crimes of Genocide : Forty-Five Years Later,” *Temple International and Comparative Law Journal* 8 (spring 1994):13-14 อ้างใน จันทิมา ลิ้มปานนท์, “ปัญหากฎหมายและแนวทางเยียวยาเกี่ยวกับการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์,” (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2544), หน้า 38,78-82.

ในธรรมนูญกรุงโรมได้กำหนดอาชญากรรมสงครามไว้ในข้อ 8 โดยให้อำนาจศาลอาญาระหว่างประเทศในการพิจารณาคดีอาชญากรรมสงครามที่เป็นการกระทำความผิดในระหว่างที่มีความขัดแย้งระหว่างประเทศ ซึ่งความขัดแย้งนี้ได้รับการรับรองโดยสนธิสัญญาระหว่างประเทศ และกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ นอกจากนี้ธรรมนูญกรุงโรมยังได้ยืนยันถึงพัฒนาการในระยะหลังของกฎหมายระหว่างประเทศที่ให้อำนาจแก่ศาลอาญาระหว่างประเทศในการพิจารณาอาชญากรรมที่ได้ทำลงในกรณีที่เป็นความขัดแย้งภายในโดยใช้อาวุธด้วย ได้แก่ กรณีสงครามกลางเมือง⁵³ ดังนั้นข้อกำหนดในธรรมนูญกรุงโรมจึงเป็นการกล่าวถึงอาชญากรรมสงครามตามรายละเอียดที่ได้กำหนดไว้ในอนุสัญญาเจนีวา และอนุสัญญากรุงเฮก ซึ่งอาชญากรรมสงครามนี้ต่างจากอาชญากรรมอันเป็นการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ และอาชญากรรมต่อมนุษยชาติ ตรงที่ อาชญากรรมสงครามอาจเป็นการกระทำในสัดส่วนที่เล็กกว่า เป็นเพียงส่วนหนึ่งของแผนหรือนโยบาย หรือส่วนหนึ่งของการประกอบอาชญากรรมสงครามขนาดใหญ่⁵⁴ คือ อาจเป็นการกระทำความผิดเป็นกรณีๆ กระจัดกระจายไม่ต่อเนื่อง และไม่จำเป็นต้องมีขอบข่ายกว้างขวางหรือมีระบบ แต่หากเป็นการกระทำที่เป็นส่วนหนึ่งของสงครามก็ถือเป็นอาชญากรรมสงครามได้

⁵³ สันติ อิศโรธกุล, “สรุปสาระสำคัญเกี่ยวกับศาลอาญาระหว่างประเทศ,” วารสารกฎหมายสุโขทัยธรรมมาธิราช, 14: 110.

⁵⁴ Article 8(1) of the Rome Statute of International Criminal Court .

* ด้วยเหตุนี้จึงทำให้สหรัฐอเมริกายังไม่เข้าร่วมเป็นภาคีธรรมนูญกรุงโรม เนื่องจากว่าสหรัฐอเมริกามีปฏิบัติการทางทหารมากมาย และการกระทำในสัดส่วนเล็กน้อยอันเป็นส่วนหนึ่งของสงครามก็สามารถเป็นอาชญากรรมสงครามได้ ดังนั้นหากกองกำลังของสหรัฐอเมริกาแม้เพียงคนเดียวที่อยู่ในระหว่างสงครามกระทำการขัดต่อนิยามอาชญากรรมสงครามของธรรมนูญกรุงโรม เช่น ช่มชืนหญิง หรือพลเมืองก็อาจทำให้คนชาติรัฐตกอยู่ภายใต้เขตอำนาจศาลได้ ซึ่งหากมีการตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศขึ้นก่อนสงครามเวียดนาม ก็เป็นไปได้ที่คนชาติสหรัฐอเมริกาจะต้องถูกฟ้องร้องโดยศาลอาญาระหว่างประเทศ นอกจากนั้น ในสงครามอ่าวเปอร์เซียที่สหรัฐอเมริกาและพันธมิตรได้โจมตีปัจจัยพื้นฐานทางเศรษฐกิจ และประชากรของอิรัก และเหตุการณ์ในชุดานที่สหรัฐอเมริกาใช้ missile โจมตีอย่างไม่ได้สัดส่วน ซึ่งการกระทำในเหตุการณ์ต่างๆ ได้ละเมิดกฎหมายเพื่อมนุษยธรรม ซึ่งในกรณีชุดานหากชุดานเข้าเป็นภาคีธรรมนูญกรุงโรม และศาลอาญาระหว่างประเทศไม่เชื่อว่าสหรัฐอเมริกาสอบสวนดำเนินการ ศาลอาญาระหว่างประเทศก็อาจเข้ามามีเขตอำนาจเหนือเจ้าหน้าที่ของสหรัฐอเมริกาได้ (โปรดดู Cara Levy Rodriguez, “Slaying

อาชญากรรมสงครามภายใต้ธรรมนูญนี้ประกอบด้วยอาชญากรรม 4 ประเภท โดยที่ 2 ประเภทเป็นการขัดกันทางอาชุระหว่างประเทศ และอีก 2 ประเภท เป็นการขัดกันทางอาชุที่ไม่มีลักษณะระหว่างประเทศ ซึ่งครอบคลุมถึง⁵⁶

1.การละเมิดฝ่าฝืนอย่างร้ายแรงต่ออนุสัญญาเจนีวา ฉบับลงวันที่ 12 สิงหาคม ค.ศ.1949 ซึ่งมีดังต่อไปนี้ (ข้อ 8(2)(a))

- 1) อนุสัญญาเจนีวาเพื่อผู้บาดเจ็บและป่วยไข้ในกองทัพในสนามรบมีสภาวะดีขึ้น
- 2) อนุสัญญาเจนีวาเพื่อให้ผู้อยู่ในสังกัดในกองทัพขณะอยู่ในทะเลซึ่งบาดเจ็บและป่วยไข้และเรือต้องอับปางมีสภาวะดีขึ้น
- 3) อนุสัญญาเจนีวาเกี่ยวกับการปฏิบัติต่อเชลยศึก
- 4) อนุสัญญาเจนีวาเกี่ยวกับการคุ้มครองบุคคลพลเรือนในเวลาสงคราม

2.การละเมิดฝ่าฝืนอย่างร้ายแรงต่อกฎหมายจารีตประเพณีที่ใช้ในบังคับสถานการณ์ขัดแย้งด้วยอาชุอันมีลักษณะระหว่างประเทศ ซึ่งอยู่ภายใต้กรอบของกฎหมายระหว่างประเทศ (ข้อ 8(2)(b))

3.ในกรณีของความขัดแย้งกันด้วยอาชุอันไม่มีลักษณะระหว่างประเทศนั้นเป็นการละเมิดฝ่าฝืนอย่างร้ายแรงต่อข้อ 3 ของอนุสัญญาเจนีวาทั้ง 4 ฉบับวันที่ 12 สิงหาคม ค.ศ. 1949 ต่อบุคคลที่ไม่มีส่วนในการต่อสู้ และรวมถึงสมาชิกของกองทัพซึ่งวางอาวุธและไม่สามารถทำการรบได้เนื่องจากป่วย บาดเจ็บ ถูกกักตัว หรือโดยสาเหตุอื่น แต่จะไม่ใช่กับสถานการณ์ไม่สงบภายในประเทศ เช่น การจลาจล หรือการกระทำอื่นซึ่งมีความรุนแรงคล้ายคลึงกัน (ข้อ 8 (c)-(d))

4.การละเมิดฝ่าฝืนอย่างร้ายแรงต่อกฎหมายจารีตประเพณีที่ใช้บังคับในสถานการณ์ขัดแย้งด้วยอาชุอันไม่มีลักษณะระหว่างประเทศ ซึ่งอยู่ในกรอบของกฎหมายระหว่างประเทศ ซึ่งจะไม่ใช้กับสถานการณ์ไม่สงบภายในประเทศ เช่นการจลาจล หรือการกระทำอื่นซึ่งมีความคล้ายคลึงกัน แต่จะใช้บังคับกับสถานการณ์ขัดแย้งด้วยอาชุที่เกิดขึ้นในดินแดนของรัฐหนึ่ง

the Monster : Why the United States Should Not Support the Rome Treaty," American University International Law Review (1999). [online] Available from : <http://www.lexisnexis.com> [2004, September 20]).

⁵⁶ Article 8 of the Rome Statute of International Criminal Court .

ซึ่งมีการต่อสู้กันระหว่างกองทัพรัฐบาล กับกลุ่มกองกำลังติดอาวุธ หรือระหว่างกองกำลังติดอาวุธด้วยกันเอง (ข้อ 8 (e)-(f))

ความผิดฐานอาชญากรรมสงครามนั้น เป็นที่ยอมรับทั่วไปและถือได้ว่าอนุสัญญาดังกล่าวเป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ ที่ทุกรัฐจะต้องให้ความเคารพ โดยต้องเป็นการกระทำความผิดในยามที่เกิดความขัดแย้งกันทางอาวุธ หรือยามสงครามเท่านั้น ซึ่งสถานการณ์นั้นอาจเป็นการขัดแย้งทางอาวุธที่มีลักษณะระหว่างประเทศ หรือไม่มีลักษณะระหว่างประเทศก็ได้ อย่างไรก็ตามอาชญากรรมสงครามนี้รัฐภาคีมีสิทธิตามข้อ 124 แห่งธรรมนูญกรุงโรมที่จะไม่ยอมรับเขตอำนาจศาลได้ภายใน 7 ปี นับแต่รัฐนั้นเข้าเป็นภาคีธรรมนูญหากการกระทำความผิดนั้นได้กระทำโดยคนชาติรัฐภาคี หรือภายในดินแดนของรัฐภาคี⁵⁷

ง) อาชญากรรมอันเป็นการรุกราน (Crimes of Aggression)

ธรรมนูญกรุงโรมได้รวมเอาอาชญากรรมอันเป็นการรุกรานอยู่ในเขตอำนาจศาล แต่ยังไม่สามารถกำหนดคำนิยามที่แน่นอนได้ โดยที่ศาลจะใช้เขตอำนาจเหนืออาชญากรรมอันเป็นการรุกรานได้ เมื่อมีการตกลงเห็นชอบร่วมกันกำหนดคำนิยามของอาชญากรรมนี้ซึ่งจะทำได้ก็ต่อเมื่อธรรมนูญนี้มีผลบังคับใช้แล้วเป็นเวลา 7 ปีจึงจะสามารถแก้ไข และทบพันธรรมนูญได้โดยเสียงส่วนมากสองในสามของสมัชชารัฐภาคี⁵⁸ ทุกรัฐต่างก็เห็นพ้องว่าอาชญากรรมอันเป็นการรุกรานนั้นเป็นอาชญากรรมที่ร้ายแรงอาชญากรรมหนึ่งซึ่งส่งผลกระทบต่อความสงบสุขและสันติภาพของประชาคมโลก แต่ที่ยังไม่มีคำนิยามการรุกรานระบุในธรรมนูญเนื่องจากว่ามีความขัดแย้งซึ่งยังไม่อาจหาข้อยุติได้ เพราะการรุกรานนั้นยากที่จะกำหนดถึงลักษณะที่ชัดเจน การรุกรานนั้นสามารถนำไปสู่การเกิดสงคราม ดังนั้นการรุกรานจึงรวมไปถึงการวางแผน เตรียมการ ซึ่งอาจกระทำได้ทั้งทางตรงและทางอ้อม รวมไปถึงการแทรกแซงกิจการภายใน การดำเนินมาตรการต่างๆทั้งทางการเมืองและเศรษฐกิจ⁵⁹ ซึ่งหากพยายามกำหนดลักษณะการรุกรานไว้อย่างละเอียดครอบคลุม อาจเป็นการเปิดช่องในการหลบเลี่ยงข้อกำหนดได้ และยากต่อการแก้ไขหาก

⁵⁷ Ibid.

⁵⁸ Ibid., Arts. 5,121,123.

⁵⁹ Julius Stone, Legal Control of international Conflict : A Treatise on the

เกิดการใช้อาวุธ หรือเทคนิคใหม่ในการรุกรานรูปแบบใหม่ในอนาคต แต่หากจะกำหนดค่านิยมอย่างกว้างๆ ก็จะไม่ชัดเจนทำให้เกิดปัญหาต่างๆ ตามมา เช่น ปัญหาในการตีความ

เมื่อในธรรมนูญกรุงโรมไม่มีการกำหนดค่านิยมของอาชญากรรมดังกล่าว จึงต้องอาศัยคำจำกัดความการรุกรานจากสหประชาชาติ ซึ่งกฎบัตรสหประชาชาติก็ไม่ได้กำหนดการรุกรานไว้อย่างชัดเจน แต่ก็เป็นที่ยอมรับกันว่าการรุกรานเป็นการละเมิดกฎหมายระหว่างประเทศ เป็นอาชญากรรมต่อสันติภาพระหว่างประเทศ และส่งผลถึงความรับผิดชอบตามกฎหมายระหว่างประเทศ ทั้งนี้คณะมนตรีความมั่นคงจึงอาจใช้คำจำกัดความการรุกรานของสมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติตามข้อมติที่ 3314 (XXIX) ปีค.ศ.1974 ซึ่งได้ให้คำจำกัดความของความผิดฐานการรุกรานไว้ในข้อแรกว่า “การรุกรานได้แก่การใช้กำลังทัพโดยรัฐหนึ่งต่ออธิปไตย บูรณภาพทางอาณาเขตหรือเอกราชทางการเมืองของรัฐอื่นใด หรือโดยประการอื่นใดที่ไม่เป็นการสอดคล้องกับกฎบัตรสหประชาชาติ” และในข้อ 3 ของมติได้กล่าวต่อไปว่า “การกระทำดังกล่าวต่อไปนี้ไม่ว่าจะมีการประกาศสงครามหรือไม่ ประกอบเป็นลักษณะของการกระทำการรุกราน...”⁶⁰

- ก) การบุกหรือโจมตีดินแดนของรัฐหนึ่ง หรือการยึดครองทางทหารใดๆ แม้จะเป็นการชั่วคราวอันเป็นผลของการบุกโจมตีเช่นนั้น หรือการผนวกเอาใดๆ โดยการใช้กำลัง ซึ่งดินแดนหรือส่วนหนึ่งของดินแดนของรัฐอื่น
- ข) การระดมยิง ที่ระเบิดโดยกำลังทัพของรัฐหนึ่งต่อดินแดนของรัฐอื่น หรือการใช้อาวุธทั้งหลายโดยรัฐหนึ่งต่อดินแดนของรัฐอื่น
- ค) การปิดล้อมท่าเรือหรือชายฝั่งของรัฐหนึ่งโดยกำลังทัพของรัฐอื่น
- ง) การโจมตีโดยกำลังทัพของรัฐหนึ่งไม่ว่าจะเป็นกำลังทางบก ทางเรือหรือทางอากาศ หรือนาวิกโยธิน หรือเครื่องบินพลเรือนต่อรัฐอื่น
- จ) การใช้กำลังทัพของรัฐหนึ่งซึ่งตั้งอยู่ในดินแดนของรัฐอื่นด้วยความตกลงของรัฐผู้รับในลักษณะที่ขัดกับเงื่อนไขที่กำหนดไว้ในความตกลง หรือยึดการอยู่ในดินแดนนั้นหลังจากที่ความตกลงได้สิ้นสุดลง
- ฉ) ข้อเท็จจริงที่รัฐหนึ่งยอมให้มีการใช้ดินแดนที่ให้รัฐอื่นใช้ โดยที่รัฐอื่นนั้นได้ใช้เพื่อกระทำการรุกรานต่อรัฐที่สาม

⁶⁰ อรุณ ภาณุพงศ์, “กฎหมายระหว่างประเทศกับปัญหาการใช้กำลัง,” ใน รวมบทความทางวิชาการเนื่องในโอกาสครบรอบ 80 ปี ศาสตราจารย์ไพโรจน์ ชัยนาม, (กรุงเทพมหานคร: คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2535): 414-415.

- ข) การที่รัฐหนึ่งส่งหรือมีการส่งไปในนามของรัฐนั้น ซึ่งกลุ่มหรือหน่วยติดอาวุธ กองกำลังที่มีใช้ประจำการ หรือทหารรับจ้าง กระทำการเยี่ยงกำลังทัพต่อรัฐอื่น ซึ่งมีความร้ายแรงเทียบได้กับการกระทำที่ได้กล่าวมาข้างต้น หรือมีข้อเท็จจริงว่าได้ปฏิบัติการในลักษณะที่สำคัญในการกระทำเช่นนั้น”

ซึ่งในข้อมตินี้เป็นการให้คำนิยามที่ชัดเจน มีขอบเขตขึ้น และนำมาเป็นแนวทางในการยืนยันสถานการณ์การรุกรานได้ เนื่องจากตามกฎหมายระหว่างประเทศนั้น ข้อมติของสมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติมิได้มีผลตามกฎหมาย เพราะสมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติ ไม่มีอำนาจในการออกข้อมติที่มีผลผูกพันสมาชิก ดังนั้นคำวินิจฉัยหรือข้อมติของสมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติจึงเป็นเพียงคำแนะนำเท่านั้น รัฐที่ไม่ปฏิบัติตามข้อมติของสมัชชาใหญ่ก็ไม่ถือเป็นการละเมิดกฎหมายระหว่างประเทศ⁶¹ เมื่อคณะมนตรีความมั่นคงเห็นว่ากรณีมีความรุนแรงสมควรที่จะนำเรื่องขึ้นสู่กระบวนการพิจารณาของศาลอาญาระหว่างประเทศ ก็จะเสนอเรื่องดังกล่าวขึ้นสู่ศาลอันจะมีผลทำให้การรุกรานเป็นอาชญากรรมอันเป็นการรุกรานโดยมีแนวทางของคำจำกัดความการรุกรานของสมัชชาใหญ่เป็นแนวทาง ในการวางและกำหนดลักษณะอันเป็นความผิด⁶² อย่างไรก็ตามการกำหนดคำนิยามของการรุกรานของศาลอาญาระหว่างประเทศในอนาคตนั้นจะต้องสอดคล้องกับบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องของกฎบัตรสหประชาชาติด้วย⁶³

อย่างไรก็ตามมีบางประเทศ เช่น สหรัฐอเมริกาได้ออกเสียงคัดค้านการบัญญัติอาชญากรรมอันเป็นการรุกรานไว้ในธรรมนูญกรุงโรมด้วยเกรงว่าจะเป็นการเปิดโปงบรรดาทหารที่

⁶¹ สุโขทัยธรรมมาธิราช,มหาวิทยาลัย เอกสารประกอบการสอนชุดวิชากฎหมายระหว่างประเทศ และองค์การระหว่างประเทศ หน่วยที่ 6-10, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมมาธิราช, 2530), หน้า111-112.

⁶² Justin Hogan-Doran and Bibi T. van Ginkel, “Aggression as a Crime under International Law and the Prosecution of Individuals by the Proposed International Criminal Court,” *Netherlands International Law Review* , XLIII(1996): 335-336.อ้างใน เฉลิมชาติ บั้วสมบุรณ์, “การรุกรานในกฎหมายระหว่างประเทศ : จากความรับผิดชอบของรัฐสู่ความรับผิดชอบปัจเจกบุคคล,” (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย,2543), หน้า 207.

⁶³ Article 5 (2) of the Rome Statute of International Criminal Court .

ปฏิบัติการทางทหารในประเทศอื่นๆแล้วไปกระทำผิดที่เข้าข่ายการรุกรานต่อศาลอาญาระหว่างประเทศ⁶⁴

ดังที่กล่าวมาแล้วจะเห็นได้ว่าอาชญากรรมที่อยู่ในเขตอำนาจของศาลอาญาระหว่างประเทศนั้นล้วนมีความเป็นมายาวนาน และเป็นที่ยอมรับว่าเป็นอาชญากรรมตามกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศที่บรรลู่เป็นกฎหมายเด็ดขาด (Jus Cogens) ซึ่งพันธกรณีต่อกฎหมายเด็ดขาดนี้มีความสำคัญต่อระบบกฎหมายระหว่างประเทศ เนื่องจากการละเมิดพันธกรณีดังกล่าวจะส่งผลร้ายกระทบต่อสังคมระหว่างประเทศทั้งหมด โดยในข้อ 53 แห่งอนุสัญญาเวียนนาว่าด้วยสนธิสัญญานั้นได้กำหนดลักษณะของกฎหมายเด็ดขาด (Jus Cogens) ไว้ว่า “หลักเกณฑ์เด็ดขาดของหลักกฎหมายทั่วไปคือหลักเกณฑ์ซึ่งเป็นที่ยอมรับและได้รับการรับรองโดยสังคมระหว่างประเทศโดยรวมในฐานะที่เป็นหลักเกณฑ์ที่ไม่สามารถถ่วงน้ำหนักได้ และสามารถแก้ไขเปลี่ยนแปลงได้เฉพาะแค่ผลของหลักกฎหมายระหว่างประเทศทั่วไปที่มีลักษณะเดียวกันเท่านั้น” ดังนั้นกฎหมายเด็ดขาด (Jus Cogens) จึงกลายเป็นพันธกรณีที่มีลักษณะเด็ดขาดและผูกพันรัฐทุกรัฐ องค์การระหว่างประเทศ ตลอดจนศาลระหว่างประเทศให้ต้องปฏิบัติตาม และจะกำหนดข้อตกลงใดให้ขัดหรือแย้งกับกฎหมายเด็ดขาดนี้ไม่ได้ ข้อตกลงนั้นจะตกเป็นโมฆะ และทุกรัฐไม่ว่าจะเป็นภาคีธรรมนูญกรุงโรมหรือไม่ต่างก็มีพันธกรณีทั้งตามกฎหมายระหว่างประเทศหรือตามความตกลงที่สร้างขึ้นก็ตามที่จะต้องร่วมกันดูแลป้องกันไม่ให้เกิดอาชญากรรมร้ายแรงเหล่านี้ขึ้น รวมถึงต้องช่วยกันนำตัวผู้กระทำผิดดังกล่าวมาลงโทษด้วย ซึ่งเมื่อเกิดอาชญากรรม 4 ประเภทที่กำหนดในธรรมนูญกรุงโรมแล้ว ศาลอาญาระหว่างประเทศจะสามารถใช้เขตอำนาจเพื่อที่จะพิจารณาคดีเหล่านี้ได้ตามเงื่อนไขที่กำหนด

2.2.3 เงื่อนไขการนำคดีขึ้นสู่ศาลอาญาระหว่างประเทศ

การฟ้องคดีเป็นขั้นตอนแรกที่จะทำให้คดีไปสู่ศาลและนำไปสู่การบังคับใช้กฎหมายได้ กลไกที่จะทำให้ศาลอาญาระหว่างประเทศมีเขตอำนาจเหนือและดำเนินคดีได้ใน 3 กรณี คือ การเสนอคดีโดยรัฐภาคี การเสนอคดีโดยคณะมนตรีความมั่นคง และกรณีที่อัยการเป็นผู้เริ่มสอบสวน

⁶⁴ สันติ อิศโรกุล, “สรุปสาระสำคัญของศาลอาญาระหว่างประเทศ,” วารสารกฎหมายสุโขทัยธรรมมาธิราช, 14: 114.

ก) การเสนอคดีโดยรัฐภาคี

ศาลอาญาระหว่างประเทศจะสามารถใช้เขตอำนาจศาลได้ในกรณีที่มีรัฐภาคีเสนอ สถานการณ์ที่มีการกระทำอาชญากรรมเกิดขึ้นภายในเขตอำนาจของศาลอาญาระหว่างประเทศ ต่ออัยการศาลซึ่งจะต้องเป็นการกระทำที่เกิดขึ้นในดินแดนของรัฐที่เกิดอาชญากรรมขึ้น หรือบน เรือ หรืออากาศยานที่จดทะเบียนต่อรัฐที่เป็นภาคี หรือรัฐที่ยอมรับเขตอำนาจศาล หรือรัฐภาคีซึ่ง เป็นเจ้าของสัญชาติของบุคคลที่ถูกกล่าวหา รัฐดังกล่าวจึงอาจเสนอเรื่องต่ออัยการได้⁶⁵

การเสนอสถานการณ์ต่อศาลนั้น รัฐภาคีจะต้องทำเป็นลายลักษณ์อักษร ระบุ สภาพแวดล้อมที่เกี่ยวข้องและมีเอกสารประกอบสนับสนุนการเสนอของรัฐให้มากที่สุดเท่าที่จะ กระทำได้⁶⁶ หากอัยการเห็นว่ามิใช่เหตุผลเพียงพอที่จะเริ่มสืบสวนสอบสวน อัยการจะแจ้งไปยังรัฐ ภาคีทุกรัฐ และรัฐอื่นใดที่สามารถอ้างเขตอำนาจเหนืออาชญากรรมนี้ได้ โดยการแจ้งของอัยการนี้ จะเป็นความลับ และเพื่อคุ้มครองพยานหลักฐาน หรือเพื่อป้องกันการหลบหนีของบุคคลอัยการ อาจจำกัดขอบเขตของข้อมูลที่จะแจ้งแก่รัฐนั้นได้⁶⁷ หากรัฐที่มีเขตอำนาจนั้นแจ้งต่ออัยการภายใน 1 เดือนหลังจากที่ได้รับแจ้งนั้น ว่ารัฐนั้นกำลังสืบสวนสอบสวนคดีดังกล่าว อัยการจะต้องยอม ให้รัฐนั้นได้ดำเนินการแต่อาจจะทำคำขอไปยังองค์คณะตุลาการพิจารณาเบื้องต้น ว่าการเริ่มการ สืบสวนสอบสวนของรัฐนั้นไม่เป็นไปอย่างแท้จริง⁶⁸ โดยอัยการอาจขอให้รัฐทำรายงานถึง ความก้าวหน้าของการสืบสวนสอบสวนเป็นครั้งคราว

ข) การเสนอคดีโดยคณะมนตรีความมั่นคงแห่งสหประชาชาติ

ศาลอาญาระหว่างประเทศจะสามารถใช้เขตอำนาจศาลได้ในกรณีที่คณะมนตรี ความมั่นคงแห่งสหประชาชาติ ซึ่งได้ปฏิบัติหน้าที่ภายใต้หมวด 7 แห่งกฎบัตรสหประชาชาติ ได้ เสนอสถานการณ์ต่ออัยการของศาลอาญาระหว่างประเทศ ตามธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาล อาญาระหว่างประเทศ ข้อ 13(b) เมื่ออัยการได้รับการเสนอสถานการณ์โดยคณะมนตรีความ

⁶⁵ Article 13(a), 14 of the Rome Statute of International Criminal Court .

⁶⁶ Ibid., Art. 14 (2).

⁶⁷ Ibid., Art. 18 (6).

⁶⁸ Ibid., Art. 18 (2)-(5).

มั่นคงแล้ว อัยการจะกำหนดให้มีการสอบสวนหรือไม่นั้น โดยใช้กระบวนการเดียวกันกับการอ้างสถานการณ์แบบอื่นๆ หากอัยการมีคำสั่งที่จะไม่สืบสวนสอบสวนคณะมนตรีอาจขอให้องค์คณะตุลาการพิจารณาเบื้องต้นทบทวนคำสั่งของอัยการที่จะไม่เริ่มสอบสวนนั้น ความแตกต่างที่สำคัญที่สุดระหว่างการอ้างสถานการณ์โดยคณะมนตรีความมั่นคงกับวิธีอื่นๆ คือ กรณีนี้ไม่จำเป็นต้องได้รับความยินยอมของรัฐทั้งรัฐสัญชาติผู้ถูกกล่าวหา และรัฐดินแดนที่มีการกระทำอาชญากรรมเกิดขึ้น อัยการไม่ต้องแจ้งข้อมูลแก่รัฐที่มีเขตอำนาจตามข้อ 18 เพื่อให้โอกาสรัฐนั้นร้องขอให้ยุติระยะเวลาการดำเนินการสืบสวน สอบสวนของอัยการ เนื่องจากข้อ 18 กำหนดไว้ว่า กรณีที่คดีจะขึ้นสู่ศาลจากการเสนอของรัฐภาคีหากอัยการจะเริ่มสืบสวนสอบสวนแล้วจะต้องแจ้งแก่ทุกรัฐที่เกี่ยวข้อง แต่อย่างไรก็ดีปรากฏว่ารัฐต่างๆ เหล่านั้นต่างสงวนไว้ซึ่งสิทธิที่จะได้แย้งเขตอำนาจศาลและการรับคดีไว้พิจารณาของศาลโดยอยู่บนพื้นฐานของหลักการเสริมเขตอำนาจ (complementarity) ซึ่งจะกล่าวรายละเอียดในหัวข้อที่ 2.3

เมื่อคณะมนตรีความมั่นคงเสนอเหตุการณ์สู่ศาล กรณีนี้ไม่จำเป็นต้องได้รับความยินยอมของรัฐ เพราะทุกรัฐถูกผูกมัดภายใต้กฎบัตรสหประชาชาติที่จะต้องให้ความร่วมมือในการรักษา และชำระไว้ซึ่งสันติภาพตามวัตถุประสงค์แห่งกฎบัตรสหประชาชาติอยู่แล้ว⁶⁹ คณะมนตรีความมั่นคงจะสามารถเสนอเหตุการณ์สู่ศาลได้เฉพาะสถานการณ์ที่มีลักษณะของการกระทำทางอาญาที่ต้องสงสัยนั้นถึงขนาดที่ต้องการให้มีการแทรกแซงของประชาคมระหว่างประเทศ เพราะคณะมนตรีความมั่นคงเป็นองค์กรระหว่างประเทศที่รับผิดชอบโดยตรงต่อการชำระไว้ซึ่งสันติภาพและความมั่นคงระหว่างประเทศ การที่คณะมนตรีความมั่นคงสามารถเสนอเหตุการณ์ไปยังศาลได้นั้นจึงเป็นการสร้างเขตอำนาจและความน่าเชื่อถือของศาล ซึ่งคณะมนตรีความมั่นคงจะสามารถเพิ่มแรงกดดันที่จะทำให้รัฐให้ความร่วมมือกับศาล และสามารถเข้ามาเสริมในกรณีที่รัฐไม่เต็มใจเสนอเหตุการณ์ต่อศาล⁷⁰

⁶⁹ Philippe Kirsch, "International Conference : The International Criminal Court,"

McGill Law Journal (November 2000). [online] Available from : <http://www.lexisnexis.com> [2004, September 20]

⁷⁰ วันวิภา สุขสวัสดิ์, "บทบาทของคณะมนตรีความมั่นคงและความสัมพันธ์กับศาลอาญาระหว่างประเทศ," (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2545), หน้า 193-195.

อย่างไรก็ดีมีกระแสโต้แย้งอย่างมากถึงการให้อำนาจคณะมนตรีความมั่นคงในการเสนอเหตุการณ์ต่อศาลดังกล่าวว่าเป็นการให้อำนาจคณะมนตรีความมั่นคงในการฟ้องมากเกินไป อันจะทำให้ศาลอาญาระหว่างประเทศมีเขตอำนาจสากลเหนือรัฐที่ไม่เป็นภาคีด้วย ซึ่งขัดกับหลักกฎหมายระหว่างประเทศที่ว่าสนธิสัญญาย่อมผูกพันต่อรัฐภาคีเท่านั้น เพราะธรรมนูญกรุงโรมนั้นตั้งอยู่บนพื้นฐานการใช้เขตอำนาจตามหมวด 7 ของกฎบัตรสหประชาชาติ ซึ่งได้ให้อำนาจแก่คณะมนตรีความมั่นคงอย่างกว้างขวางในการใช้มาตรการต่างๆ ทั้งการลงโทษทางเศรษฐกิจ การค้า หรือการใช้กำลังทางทหารอยู่แล้ว

ปัญหาที่สำคัญของคณะมนตรีความมั่นคง คือ การกำหนดขอบความรับผิดชอบและอำนาจพิเศษแก่สมาชิกถาวร 5 ประเทศอันได้แก่ สหรัฐอเมริกา , สหภาพโซเวียต , อังกฤษ , ฝรั่งเศส และจีน ซึ่งกำหนดให้มีสิทธิยับยั้ง (Veto) ในการพิจารณาและรับข้อมติของคณะมนตรีความมั่นคง เนื่องจากข้อมติคณะมนตรีความมั่นคงนั้น ต้องได้รับคะแนนเห็นชอบ 9 เสียง และรวมถึงเสียงเอกฉันท์จากสมาชิกถาวรทั้ง 5 ประเทศด้วย หากสมาชิกถาวรประเทศใดประเทศหนึ่งไม่เห็นด้วยกับข้อมติ และลงคะแนนเสียงคัดค้าน หรือที่เรียกว่าใช้สิทธิยับยั้ง (Veto) จะทำให้ข้อมตินั้นตกไปทันที ถึงแม้ว่าสมาชิกไม่ถาวรอาจใช้สิทธิยับยั้งด้วยการลงคะแนนคัดค้าน ในกรณีที่ข้อมตินั้นได้รับคะแนนเสียงเอกฉันท์จากสมาชิกถาวรทั้ง 5 ประเทศ แต่เมื่อรวมกับคะแนนเสียงจากสมาชิกไม่ถาวรแล้วได้ไม่ครบ 9 เสียง มติดังกล่าวก็ตกไปเช่นกัน⁷¹ ซึ่งจะทำให้เป็นการยากที่คดีจะสามารถผ่านเป็นข้อมติให้เสนอสถานการณ์ต่อศาลอาญาระหว่างประเทศได้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งหากเป็นกรณีที่เกี่ยวข้องกับสมาชิกถาวรอันจะทำให้ต้องได้รับผลกระทบด้วยแล้ว สมาชิกถาวรนั้นอาจใช้สิทธิยับยั้งซึ่งจะทำให้ศาลไม่สามารถใช้เขตอำนาจต่อกรณีดังกล่าวได้

นอกจากนั้นคณะมนตรีความมั่นคงยังมีอำนาจหยุดการสอบสวนของอัยการของศาลอาญาระหว่างประเทศได้ คือ ศาลจะไม่ดำเนินกระบวนการพิจารณาเป็นเวลา 12 เดือน นับแต่

⁷¹ไพฑูรย์ จรรจบโชค, “กฎบัตรสหประชาชาติกับปัญหาโครงสร้างและอำนาจหน้าที่ของคณะมนตรีความมั่นคงแห่งสหประชาชาติภายหลังยุคสงครามเย็น” หน้า 71-72 อ้างใน เฉลิมชาติ บัวสมบุรณ์, “การรุกรานในกฎหมายระหว่างประเทศ : จากความรับผิดชอบของรัฐสู่ความรับผิดชอบปัจเจกบุคคล,” หน้า 109.

คณะมนตรีความมั่นคงได้ออกข้อมติภายใต้หมวด 7 แห่งกฎบัตรสหประชาชาติ⁷² ทำให้ศาลไม่สามารถดำเนินมาตรการใดๆที่เกี่ยวข้องกับสถานการณ์ที่คณะมนตรีความมั่นคงมีข้อมติออกมาเป็นเวลานาน ซึ่งการใช้สิทธิและอำนาจของคณะมนตรีความมั่นคงดังกล่าวต่อศาลนั้นจะส่งผลต่อการดำเนินการ ความเป็นอิสระ และความเป็นกลางในการดำเนินงานของศาลได้

ก่อนที่คณะมนตรีความมั่นคงจะใช้อำนาจตามหมวด 7 ต้องพิจารณากฎเกณฑ์ในข้อ 39 แห่งกฎบัตรสหประชาชาติก่อน ซึ่งในข้อนี้กำหนดให้คณะมนตรีความมั่นคงเป็นผู้กำหนดว่าสถานการณ์นั้นๆเป็นการรุกรานหรือไม่ คือต้องมีสถานการณ์อันเป็นการคุกคามละเมิดต่อสันติภาพ หรือการรุกรานเกิดขึ้น จากนั้นคณะมนตรีความมั่นคงจึงจะมีอำนาจหน้าที่ออกข้อมติดังนั้นก็อาจหมายความว่าศาลอาญาระหว่างประเทศจะสามารถดำเนินคดีต่ออาชญากรรมรุกรานได้ก็ต่อเมื่อคณะมนตรีความมั่นคงได้ประกาศว่าสถานการณ์ดังกล่าวเป็นการรุกรานแล้วเท่านั้น ซึ่งจะเป็นการลบล้างความเป็นอิสระของศาล และอาจหมายความว่า สมาชิกถาวรของคณะมนตรีความมั่นคงอาจไม่ถูกดำเนินคดีในข้อหาอาชญากรรมการรุกราน เพราะว่าการตัดสินสถานการณ์การรุกรานนั้นเป็นการตัดสินที่อยู่บนพื้นฐานทางการเมือง ไม่ใช่การกำหนดตามกฎหมาย⁷³ ในประเด็นนี้ผู้วิจัยเห็นว่าเมื่อธรรมนูญกรุงโรมมีผลบังคับใช้ 7 ปีแล้วน่าจะมีการพิจารณากำหนดกรอบคำนิยามของอาชญากรรมอันเป็นการรุกราน เพื่อให้ศาลอาญาระหว่างประเทศมีเขตอำนาจเหนืออาชญากรรมอันเป็นการรุกรานและใช้เป็นบรรทัดฐานในการพิจารณาสถานการณ์ที่เกิดขึ้นว่าเป็นการรุกรานหรือไม่ เพื่อที่จะลดความไม่แน่นอนจากการกำหนดว่าสถานการณ์ใดเป็นการรุกรานโดยคณะมนตรีความมั่นคง อีกทั้งยังขจัดความไม่มั่นใจในความเป็นอิสระของศาลอาญาระหว่างประเทศด้วย

อย่างไรก็ดีการให้อำนาจแก่คณะมนตรีความมั่นคงนี้เป็นหนทางในการที่จะอุดช่องว่างในกรณีที่คนชาติรัฐที่ไม่เป็นภาคีกระทำผิดในดินแดนของรัฐที่ไม่เป็นภาคี นอกจากนี้ยังสามารถกดดันให้รัฐต่างๆให้ความร่วมมือกับศาลได้ เพราะแม้ว่ารัฐที่ไม่เป็นสมาชิกองค์การสหประชาชาติก็ยังคงมีพันธกรณีตามข้อ 2(6) แห่งกฎบัตรสหประชาชาติในการที่จะต้องปฏิบัติตามหลักการขององค์การสหประชาชาติเพื่อธำรงไว้ซึ่งสันติภาพและความมั่นคงระหว่างประเทศ ส่วนปัญหาที่ว่า การผ่านข้อมติของคณะมนตรีความมั่นคงที่จะเสนอคดีต่อศาลอาญาระหว่าง

⁷² Article 16 of the Rome Statute of International Criminal Court .

⁷³ William A.Schabas, An Introduction to The International Criminal Court, p. 27.

ประเทศนั้นได้รับการพิสูจน์แล้วจากข้อมติคณะมนตรีความมั่นคงที่ 1593 ที่ออกเมื่อวันที่ 21 มีนาคม ค.ศ.2005 ให้มีอำนาจการกระทำในเมือง Darfur ประเทศซูดาน ตั้งแต่ 1 กรกฎาคม ค.ศ. 2002 ต่ออัยการศาล โดยในข้อมติได้เรียกร้องให้รัฐบาลซูดาน และรัฐอื่นที่เกี่ยวข้องกับความขัดแย้งใน Darfur ต้องให้ความช่วยเหลือที่จำเป็นต่อศาล และการดำเนินการของอัยการตามข้อมตินี้ ส่วนรัฐที่ไม่เป็นภาคีนั้นไม่มีพันธกรณีตามธรรมนูญ แต่ก็เรียกร้องให้ทุกรัฐและภูมิภาค และองค์การระหว่างประเทศให้ความร่วมมืออย่างเต็มที่ด้วย⁷⁴

กรณีนี้ประเทศซูดานไม่ได้เป็นภาคีธรรมนูญกรุงโรม ดังนั้นการอ้างอำนาจการกระทำโดยคณะมนตรีความมั่นคงนั้นเป็นทางเดียวที่จะทำให้ศาลมีเขตอำนาจเหนืออาชญากรรมนี้ได้ ซึ่งการมีข้อมติเช่นนี้ถือเป็นการเริ่มต้นการดำเนินคดีของศาลต่อรัฐที่ไม่เป็นภาคี ซึ่งจะต้องติดตามผลการดำเนินคดีต่อไป

ค) อัยการเป็นผู้เริ่มสอบสวน

ศาลอาญาระหว่างประเทศจะสามารถใช้เขตอำนาจศาลได้ในกรณีที่อัยการเป็นผู้ริเริ่มสืบสวนสอบสวนสถานการณ์และนำเสนอต่อศาลด้วยตนเองได้เมื่ออัยการรับรู้ถึงอาชญากรรมที่เป็นไปได้ว่าเกิดขึ้นภายในเขตอำนาจของศาลอาญาระหว่างประเทศ ตามธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศ ข้อ 13(c) และ ข้อ 15 การที่ให้อัยการสามารถเริ่มคดีได้ด้วยตนเองนั้นเป็นส่วนประกอบที่สำคัญ ในกรณีที่รัฐภาคี หรือคณะมนตรีความมั่นคงไม่เต็มใจที่จะเสนอสถานการณ์ อันอาจเนื่องมาจากภาวะทางการเมืองที่ตึงเครียด หรือกรณีที่รัฐดำเนินคดีอย่างไม่จริงจัง อัยการจึงสามารถเข้ามา ตรวจสอบและถ่วงดุล (check & balance)⁷⁵ โดยอัยการจะสามารถริเริ่มสืบสวนสอบสวนเมื่อได้รับข้อมูล พยานหลักฐานที่เพียงพอ โดยอัยการจะได้มาซึ่งข้อมูลจากแหล่งต่างๆที่เชื่อถือได้ หรือเรียกข้อมูลเพิ่มเติมจากรัฐ หรือองค์กรอื่นที่ไม่ใช่รัฐบาลได้ด้วย และด้วยเหตุนี้ บุคคลธรรมดาหรือองค์กรเอกชนใด ก็อาจยื่นเรื่องร้องทุกข์ต่ออัยการ ซึ่งเมื่ออัยการได้รับเรื่องดังกล่าวแล้วก็อาจจะดำเนินการสืบสวนสอบสวนต่อไปได้

⁷⁴ United Nations Security Council Resolution 1593 (2005).

⁷⁵ Philippe Kirsch, "International Conference : The International Criminal Court," *McGill Law Journal* [online] Available from : <http://www.lexisnexis.com> [2004, September 20]

เมื่อครั้งที่จะจัดตั้งอัยการขึ้นนั้นมีการเสนอรูปแบบของอัยการ 2 รูปแบบ⁷⁶

1. แบบนูเรมเบิร์ก (Nuremberg model) รูปแบบนี้อัยการจะอยู่ในฐานะเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐ เพราะฉะนั้นในการสืบสวนสอบสวนและดำเนินคดีของอัยการจึงถูกกำหนดโดยรัฐ และยังคงอยู่ภายใต้บังคับของรัฐนั้น
2. แบบ ICTY และ ICTR (The ICTY and ICTR model) รูปแบบนี้อัยการจะเป็นอิสระโดยสิ้นเชิง อัยการจะได้รับมอบอำนาจที่จะสืบสวน และดำเนินคดีโดยตำแหน่งของตน

ในที่สุดแล้วที่ประชุมได้เลือกรูปแบบที่ 2 มาใช้ในการจัดตั้งอัยการของศาลอาญาระหว่างประเทศ ผลคือทำให้อัยการของศาลมีความเป็นอิสระในการดำเนินการ ไม่ขึ้นอยู่กับอำนาจของรัฐใด อันจะทำให้การริเริ่มสืบสวนสอบสวนนั้นไม่ถูกกระทบจากอิทธิพลของรัฐต่างๆ ซึ่งการปฏิบัติหน้าที่ของอัยการนั้นจะเป็นไปในลักษณะเสริมกระบวนการดำเนินการสืบสวนสอบสวนของรัฐ และต้องอาศัยการขอความร่วมมือจากรัฐเป็นสำคัญจึงจะสามารถดำเนินการได้

อัยการศาลอาญาระหว่างประเทศนั้นถือได้ว่าเป็นผู้ที่มีบทบาทสำคัญในการดำเนินคดีในศาลและบริหารสำนักงานอัยการ ดังนั้นผู้ที่เป็นอัยการจึงต้องมีคุณสมบัติเป็นผู้ที่มีประสบการณ์อย่างกว้างขวาง มีความรู้ ความสามารถสูงในการดำเนินการสืบสวนสอบสวน ฟ้องร้องดำเนินการพิจารณาคดี อีกทั้งยังต้องเป็นผู้มีคุณลักษณะทางด้านศีลธรรมสูง มีความน่าเชื่อถือและเป็นกลาง หัวหน้าอัยการคนปัจจุบันของศาลอาญาระหว่างประเทศ คือ นาย Luis Moreno-Ocampo ชาวอาร์เจนตินา ได้รับเลือกตั้งโดยสมัชชารัฐภาคี (The Assembly of State Parties) เมื่อวันที่ 22 เมษายน ค.ศ.2003 ให้ดำรงตำแหน่งหัวหน้าอัยการคนแรกของศาลอาญาระหว่างประเทศ โดยเข้ารับตำแหน่งในวันที่ 16 มิถุนายน ค.ศ.2003 โดยได้ให้สัตย์ปฏิญาณว่าจะปฏิบัติหน้าที่อย่างเป็นกลางและมีสติตามข้อ 45 แห่งธรรมนูญกรุงโรม ในฐานะหัวหน้าอัยการ จะมีอำนาจเต็มเหนือการจัดการและบริหารสำนักงานอัยการ รวมไปถึงพนักงาน อุปกรณ์ และทรัพยากรอื่นๆของสำนักงานอัยการด้วย

⁷⁶ Antonio Cassese, "The Statute of the International Criminal Court : Some Preliminary Reflections," European Journal of International Law No.10 (1999): 161.

ก่อนหน้าที่จะได้รับตำแหน่งดังกล่าว นาย Luis Moreno-Ocampo เป็นผู้ทำงานและมีผลงานทางกฎหมายมากมาย เช่น ได้เป็นอัยการดำเนินคดีเกี่ยวกับกรณีการละเมิดสิทธิมนุษยชนอย่างร้ายแรงในอาร์เจนตินาหลายคดี ซึ่งโดยมากจะเป็นคดีที่เกี่ยวกับการละเมิดสิทธิมนุษยชนของทหารและผู้บังคับบัญชาทางทหาร นอกจากนี้ยังเป็นผู้เชี่ยวชาญในกฎหมายอาญาและกฎหมายมนุษยชน ได้ทำงานในภูมิภาคต่างและองค์กรที่ไม่ใช่รัฐบาลระหว่างประเทศ รวมไปถึงเป็นอาจารย์พิเศษทั้งในมหาวิทยาลัย Stanford และ Harvard⁷⁷ ถือได้ว่าเป็นผู้มีคุณสมบัติครบถ้วนและเหมาะสม

ปัจจุบันอัยการ Luis Moreno-Ocampo ในฐานะหัวหน้าอัยการหลังจากที่ได้มีการวิเคราะห์อย่างละเอียดแล้ว ได้จัดให้มีการสอบสวนเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นในแอฟริกา คือ

1. เมื่อวันที่ 23 มิถุนายน ค.ศ.2004 สอบสวนสถานการณ์ที่เกิดขึ้นในคองโก (the Democratic Republic of Congo)
2. เมื่อวันที่ 29 กรกฎาคม ค.ศ.2004 สอบสวนสถานการณ์ที่เกิดขึ้นในอูกันดา (the Republic of Uganda)
3. เมื่อวันที่ 6 มิถุนายน ค.ศ.2005 สอบสวนสถานการณ์ที่เกิดขึ้นในซูดาน (the Darfur , Sudan)⁷⁸

2.3 ความสัมพันธ์ระหว่างศาลอาญาระหว่างประเทศกับศาลภายใน

ศาลอาญาระหว่างประเทศเป็นองค์กรตุลาการถาวรที่มีเขตอำนาจในทางอาญาระหว่างประเทศ โดยจะมีเขตอำนาจจำกัดเหนือผู้ที่กระทำอาชญากรรมร้ายแรงที่สุดในความหวังใจของประชาคมระหว่างประเทศตามที่กำหนดไว้ในธรรมนูญเท่านั้น โดยที่ศาลอาญาระหว่างประเทศจะใช้เขตอำนาจของตนได้ก็ต่อเมื่อมีการเสนอคดีโดยรัฐภาคี โดยคณะมนตรีความมั่นคงหรือกรณีที่ยุทธการเริ่มสืบสวนสอบสวนด้วยตนเอง หรือกรณีที่รัฐที่ไม่เป็นภาคีให้ความยินยอม โดยที่ศาลอาญาระหว่างประเทศจะต้องเคารพอธิปไตยของรัฐ ศาลจะไม่สามารถใช้เขตอำนาจของตนก่อนศาลภายในของรัฐได้ แต่จะเข้ามาเสริมเมื่อศาลภายในไม่สามารถดำเนินคดี (unable) หรือไม่

⁷⁷ http://www.icc-cpi.int/organs/otp/otp_bio.html [2005, May 3]

⁷⁸ <http://www.icc-cpi.int/cases.html> [2006, January 20]

เต็มใจ (unwilling) ที่จะดำเนินคดีกับผู้ถูกกล่าวหาได้อย่างแท้จริง⁷⁹ โดยเป็นการใช้เขตอำนาจเพื่อช่วยเหลือเสริม (complementarity) หรือเป็นส่วนประกอบให้เขตอำนาจของรัฐในส่วนที่เกี่ยวข้องกับคดีอาญาสมบูรณ์ขึ้น⁸⁰

หลักการเสริมเขตอำนาจภายในของรัฐ (Principle of Complementarity) นี้มีที่มาจากกรณีที่รัฐทั่วไปต่างมีอำนาจอธิปไตยตามหลักดินแดนอย่างเต็มที่ในการใช้เขตอำนาจภายในรัฐโดยไม่ถูกแทรกแซงจากรัฐอื่น เช่น การใช้เขตอำนาจในทางตุลาการในการบังคับใช้กฎหมายเหนือบุคคลผู้กระทำผิดในดินแดนของรัฐนั้น ดังนั้นเมื่อมีการจัดตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศขึ้น รัฐต่างๆ ก็พยายามวางแผนรักษาอำนาจอธิปไตยของรัฐไว้ ไม่ให้ศาลอาญาระหว่างประเทศสามารถใช้เขตอำนาจของศาลเหนือการใช้เขตอำนาจของรัฐได้ ศาลอาญาระหว่างประเทศจึงสามารถใช้เขตอำนาจได้อย่างจำกัด และมีบทบาทเป็นเพียงศาลเสริมให้กระบวนการยุติธรรมสมบูรณ์ขึ้นในกรณีที่รัฐนั้นไม่เต็มใจหรือไม่สามารถดำเนินคดีต่อผู้ประกอบอาชญากรรมร้ายแรงที่อยู่ในเขตอำนาจของศาลอาญาระหว่างประเทศ รวมถึงในบางกรณีที่องค์การตุลาการภายในไม่สามารถดำเนินการอำนวยความสะดวก หรือดำเนินการได้แต่ไม่มีประสิทธิภาพ เช่น เกิดเหตุการณ์ผู้รุกรานภายในผู้นำของรัฐไม่สามารถควบคุมสถานการณ์ได้ หรือเป็นกรณีที่ผู้นำหรือผู้มีอำนาจเป็นผู้กระทำหรือมีคำสั่งให้ก่ออาชญากรรมดังกล่าวเสียเอง หรือในกรณีที่การดำเนินการของรัฐเป็นไปในลักษณะไม่จริงจัง ปกป้องหรือช่วยให้ผู้ถูกกล่าวหาพ้นผิด หรือมีการดำเนินการล่าช้าอย่างไม่สมเหตุผล หรือมิได้มีกระบวนการพิจารณาคดีนั้น หรือถูกแทรกแซงทำให้การดำเนินการกระบวนการยุติธรรมนั้นไม่เป็นอิสระและไม่เป็นกลาง อันเป็นกระบวนการที่ไม่ได้รับการยอมรับโดยกฎหมายระหว่างประเทศอันแสดงให้เห็นว่ามีเจตนาที่จะไม่นำบุคคลนั้นเข้าสู่กระบวนการยุติธรรม ศาลอาญาระหว่างประเทศจึงสามารถใช้เขตอำนาจของตนได้ ดังนั้นจึงไม่ใช่การใช้เขตอำนาจทับซ้อนแทนที่กันหรือใช้เขตอำนาจศาลอาญาระหว่างประเทศเหนือเขตอำนาจของรัฐ อย่างไรก็ตามศาลภายในของรัฐยังคงมีอำนาจเป็นอันดับแรกในการสืบสวน และดำเนินคดีแก่อาชญากรรมภายในเขตอำนาจของศาลภายในก่อนเสมอ⁸¹

⁷⁹ Article 17 of Rome Statute of International Criminal Court.

⁸⁰ Ibid., Preamble 10

⁸¹ จิตรา เพียรล้ำเลิศ, “ข้อพิจารณาบางประการเกี่ยวกับศาลอาญาระหว่างประเทศ,”

ทั้งนี้การจะวินิจฉัยถึงความไม่สมัครใจหรือไม่สามารถสืบสวนสอบสวน ฟ้องร้องดำเนินคดี ได้อย่างแท้จริงนั้นเป็นอำนาจของศาลอาญาระหว่างประเทศ ซึ่งได้กำหนดหลักในการพิจารณา เอาไว้ในธรรมนูญกรุงโรมข้อ 17 ดังนั้นในกรณีที่รัฐไม่มีทบัพัญญูติในการลงโทษที่ครอบคลุม อาชญากรรมภายในเขตอำนาจศาล ก็อาจเป็นกรณีที่ศาลอาญาระหว่างประเทศพิจารณาว่ารัฐไม่ สามารถหรือไม่สมัครใจดำเนินคดีได้ หรือในกรณีที่รัฐยอมให้มีการยกเว้นการดำเนินคดีในศาลของ ตนแก่ผู้กระทำอาชญากรรมอันเป็นการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ อาชญากรรมต่อมนุษยชาติ หรือ อาชญากรรมสงครามก็อาจเป็นการแสดงถึงความไม่สามารถหรือไม่เต็มใจดำเนินคดีได้⁸²

ในกรณีที่รัฐไม่สามารถดำเนินคดีอันจะทำให้ศาลอาญาระหว่างประเทศสามารถเข้ามาใช้ เขตอำนาจได้นั้นจะต้องมีความล้มเหลวของระบบยุติธรรมนั้นจะต้องเห็นได้ว่ามีความล้มเหลวโดย ลิ่นเชิงของสาระสำคัญ หรือไม่มีระบบยุติธรรมของรัฐ ความหมายตามธรรมนูญกรุงโรมก็คือ ความ ไม่สามารถได้ตัวผู้ต้องหา หรือไม่สามารถมีพยานหลักฐานสำคัญและไม่สามารถดำเนิน กระบวนการได้⁸³ โดยที่คำว่าล้มเหลว (collapse) และไม่มี (unavailability) นั้น จะกำหนดให้ศาล ดำเนินกระบวนการได้เมื่อเข้าข้อหนึ่งข้อใดจาก 4 ประเภท คือ⁸⁴

1. รัฐมีความสับสนจากความขัดแย้งไม่ว่าจะเป็นภายใน หรือระหว่างประเทศของ ระบบยุติธรรม ดังเช่นที่เกิดขึ้นที่รวันดา รัฐที่มีสงครามในดินแดนจะต้องมีความ สูญเสียเกิดขึ้นอย่างมากซึ่งอาจจะเป็นข้อจำกัดถึงความมีประสิทธิภาพในการ ดำเนินคดี
2. รัฐมีความวุ่นวายทางการเมือง หรือวิกฤตการณ์ทางเศรษฐกิจ เช่น เกิด รัฐประหาร ฉุกเฉิน ซึ่งสถานการณ์นั้นกระทบต่อความเป็นอิสระของ กระบวนการยุติธรรม

⁸² ชนันภรณ์ บุญเกิดทรัพย์, “ปัญหาและแนวทางว่าด้วยความคุ้มกันของกองกำลัง สหประชาชาติในการปฏิบัติการเพื่อสันติภาพในบริบทของศาลอาญาระหว่างประเทศ,” (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ,2547), หน้า 90.

⁸³ Article 17(3) of Rome Statute of International Criminal Court.

⁸⁴ Mark S. Ellis , “The International Criminal Court and Its Implication for Domestic Law and National Capacity Building,” *Florida Journal of International Law* (Fall 2002). [online] Available from : <http://www.lexisnexis.com> [2005, February 26]

3. มีการเปลี่ยนแปลงของรัฐ เช่น การเปลี่ยนแปลงรัฐบาล ซึ่งอาจมีความขัดแย้งทางการเมือง มีการประมวลกฎหมายใหม่ ปรับปรุงกระบวนการยุติธรรมใหม่ ในระหว่างช่วงเวลานี้เป็นการยากที่รัฐจะจัดการดำเนินกระบวนการในระดับชาติได้
4. รัฐขาดระบบยุติธรรมโดยสิ้นเชิง ซึ่งแสดงออกโดยมาตรฐานระหว่างประเทศ ซึ่งครอบคลุมถึงการละเลยหลักฐานซึ่งเป็นรากฐานแห่งกฎหมายของกฎหมาย เช่น รัฐซึ่งมีผู้นำเผด็จการล้มล้างระบบยุติธรรม

ในธรรมนูญได้กำหนดชัดเจนถึงหน้าที่และการใช้เขตอำนาจของศาลอาญาระหว่างประเทศไว้ในส่วนอารัมภบท วรรค 10 และข้อ 1 ของธรรมนูญว่า ศาลอาญาระหว่างประเทศจะต้องเสริมเขตอำนาจในทางอาญาของรัฐ และมีเขตอำนาจและหน้าที่ภายใต้บทบัญญัติของธรรมนูญนี้⁸⁵ หากคดีนั้นอยู่ระหว่างสอบสวนหรือดำเนินคดีโดยรัฐที่มีเขตอำนาจแล้ว ศาลอาญาระหว่างประเทศจะไม่สามารถใช้เขตอำนาจของตนพิจารณาคดีนั้นได้ เว้นแต่รัฐไม่เต็มใจหรือไม่สามารถดำเนินคดีนั้นได้อย่างแท้จริง ทั้งนี้ธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศไม่ได้กำหนดความแตกต่างระหว่างรัฐภาคีและรัฐไม่เป็นภาคีเกี่ยวกับการใช้หลักการเสริมเขตอำนาจ ดังนั้นไม่ว่ารัฐใด ๆ ก็สามารถใช้เขตอำนาจของตนต่อคดีนั้นได้จนกว่าจะปรากฏเงื่อนไขที่ทำให้ศาลอาญาระหว่างประเทศใช้เขตอำนาจได้

สาเหตุที่กำหนดหลักการเสริมเขตอำนาจขึ้น เพื่อให้อำนาจแก่อัยการและศาลภายในสืบสวน ดำเนินคดีก็เนื่องเพราะ

1. สถาบันของรัฐนั้นเป็นที่ที่ดีที่สุดที่จะอำนวยความสะดวก เพราะจะสะดวกทั้งในด้านพยานหลักฐาน และการพบตัวผู้กระทำผิด

⁸⁵ Preamble of the Rome Statute of International criminal Court.

Emphasizing that the International Criminal Court established under this Statute shall be complementary to national criminal jurisdictions.

Article 1 of the Rome Statute of International criminal Court.

An International Criminal Court...shall be complementary to national criminal jurisdictions....

2. ตามกฎหมายระหว่างประเทศนั้น รัฐสัญชาติหรือรัฐดินแดนมีสิทธิและหน้าที่ฟ้องร้องและดำเนินคดีอาชญากรรมระหว่างประเทศอยู่แล้ว
3. เขตอำนาจรัฐเหนืออาชญากรรมนั้นกว้างขวางมาก แต่หากศาลภายในไม่มีประสิทธิภาพในการดำเนินคดีแล้ว ก็เป็นการเหมาะสมที่ศาลอาญาระหว่างประเทศจะเข้ามาทำหน้าที่เพื่อประโยชน์แห่งความยุติธรรม⁸⁶

อย่างไรก็ตาม ในการพิจารณาว่ารัฐไม่เต็มใจ หรือไม่สามารรถดำเนินคดีแก่ผู้ถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิดหรือไม่นั้น เป็นอำนาจพิจารณาของศาลอาญาระหว่างประเทศ และแม้ว่าธรรมนูญกรุงโรมจะได้กำหนดกฎเกณฑ์กว้างๆในการพิจารณาว่า กรณีสั้นไรจึงจะถือว่ารัฐไม่เต็มใจ (unwillingness) หรือไม่สามารรถ (unability) ดำเนินคดีได้ ดังปรากฏในข้อ 17 วรรค 2 และวรรค 3 แล้วก็ตาม แต่ก็ยังเปิดโอกาสให้ศาลอาญาระหว่างประเทศใช้ดุลพินิจได้ค่อนข้างมาก ดังนั้นจึงต้องติดตามต่อไปว่าในทางปฏิบัติศาลอาญาระหว่างประเทศจะใช้ดุลพินิจหรือเหตุผลในการใช้อำนาจศาลเช่นไร⁸⁷

หลักการเสริมเขตอำนาจดังกล่าวนี้อาจถูกนำมาใช้ในทางที่ผิดได้โดยรัฐอาจใช้เพื่อขัดขวางความยุติธรรมระหว่างประเทศ เช่น กรณีที่เจ้าหน้าที่ของรัฐเป็นผู้ช่วยเหลือ ให้การสนับสนุน หรือนิ่งเฉยต่อการกระทำความผิด กรณีนี้รัฐอาจจะแก้งล้างสืบสวน และดำเนินคดีเพียงเพื่อปกป้องบุคคลบุคคลให้พ้นจากความรับผิดชอบ⁸⁸ และจะยังเป็นอันตรายหากหลักนี้ถูกนำมาใช้โดยรัฐที่สามซึ่งรัฐนั้นไม่ได้เป็นภาคีธรรมนูญกรุงโรม เพราะรัฐที่สามที่มีเขตอำนาจเหนืออาชญากรรมอาจอ้างหลักการเสริมเขตอำนาจได้ ดังนั้นการใช้หลักการเสริมเขตอำนาจจึงมีข้อดีและข้อด้อยดังนี้⁸⁹

⁸⁶ Antonio Cassese, "The Statute of the International Criminal Court : Some Preliminary Reflections," *European Journal of International Law*, 10: 158.

⁸⁷ จิตรา เพียรล้ำเลิศ, "ข้อพิจารณาบางประการเกี่ยวกับศาลอาญาระหว่างประเทศ," *วารสารสุโขทัยธรรมมาธิราช*, 12: 76.

⁸⁸ Antonio Cassese, "The Statute of the International Criminal Court : Some Preliminary Reflections," *European Journal of International Law*, 10: 159.

ข้อดี ได้แก่

1. ทำให้การใช้เขตอำนาจของศาลอาญาระหว่างประเทศกับศาลภายในของรัฐนั้นไม่ทับซ้อนหรือแทนที่กัน เพราะหลักการเสริมเขตอำนาจนี้แสดงให้เห็นชัดเจนว่าศาลอาญาระหว่างประเทศจะไม่สามารถดำเนินการได้ในกรณีที่มีการใช้เขตอำนาจ หรือกำลังดำเนินคดีทางอาญาของรัฐ หรือกรณีที่คดีนั้นไม่รุนแรงถึงขนาด และรัฐสามารถแจ้งต่อศาลอาญาระหว่างประเทศว่าได้มีการสืบสวนสอบสวนดำเนินคดีโดยรัฐอยู่ตามข้อ 18
2. เฉพาะกรณีที่มีความไม่เต็มใจ หรือไม่สามารถอย่างแท้จริงของศาลภายในที่จะดำเนินคดี จึงจะทำให้ศาลอาญาระหว่างประเทศมีอำนาจที่จะดำเนินการได้ ในกรณีที่มีการดำเนินคดี หรือกำลังดำเนินคดีตามเขตอำนาจทางอาญาของรัฐ ศาลจะต้องพิจารณาถึงความไม่เต็มใจ หรือไม่สามารถนั้นตามหลักแห่งความยุติธรรมซึ่งเป็นที่ยอมรับโดยกฎหมายระหว่างประเทศ
3. ให้มีการคัดค้านการใช้เขตอำนาจศาล และการรับคดีไว้พิจารณาของศาลอาญาระหว่างประเทศนี้จะสร้างความสมดุลระหว่างความยุติธรรมและการดำเนินการที่มีประสิทธิภาพ โดยเปิดโอกาสให้รัฐที่ไม่เป็นภาคีมีสิทธิในกระบวนการคัดค้านเขตอำนาจศาลหรือการรับคดีเช่นเดียวกับรัฐภาคี
4. ขจัดปัญหาการแย่งชิงการสืบสวน หรือดำเนินคดีของศาลอาญาระหว่างประเทศต่อรัฐ โดยกระบวนการคัดค้านเขตอำนาจศาลหรือการยอมรับคดี และขณะเดียวกันก็มีมาตรการยกเว้นพิเศษให้ศาลสามารถใช้อำนาจได้โดยให้อำนาจอัยการขอความร่วมมือจากรัฐภาคีในกรณีที่พยาน หลักฐานที่เป็นประโยชน์จะสูญหายไป หากต้องรอการพิจารณาการยอมรับคดี หรือประเด็นเรื่องเขตอำนาจศาล ซึ่งจะช่วยแก้ปัญหาเรื่องความล่าช้าอันไม่สมเหตุผลผลของรัฐอื่นจะกระทบต่อประโยชน์แห่งความยุติธรรม

⁸⁹ John T.Holmes, "The Principle of Complementarity," in The International Criminal Court. The Making of the Rome Statute Issues.Negotiations.Results, Roy S. Lee (ed.) (Hague: Kluwer Law International, 1999), pp.74-77.

ข้อโต้แย้ง ได้แก่

1. เป็นไปได้ที่รัฐที่ต้องการปกป้องผู้กระทำผิดจะดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีเพื่อติดตามศาลถึงความตั้งใจและความสามารถของรัฐในการดำเนินคดี และจะมีผลต่อความสามารถที่จะอ้างเขตอำนาจของศาล ซึ่งหากมีการดำเนินคดีไปแล้วศาลอาญาระหว่างประเทศจะไม่สามารถดำเนินคดีกับบุคคลนั้นในความผิดเดียวกันได้อีกตามหลักที่จะไม่พิจารณาลงโทษซ้ำในการกระทำเดียวกัน
2. ข้อความในข้อ 18 ถูกคัดค้านโดยหลายรัฐ และโดยองค์กรที่ไม่ใช่รัฐบาล (NGOs) เพราะว่าข้อนี้กำหนดให้อัยการต้องประกาศสมมติฐานของตนที่จะสืบสวนแก่รัฐที่เกี่ยวข้องก่อนที่จะได้รับหลักฐานที่เป็นประโยชน์ ซึ่งกรณีนี้หากรัฐที่ต้องการปกป้องผู้กระทำผิดจะสามารถตอบโต้ได้อย่างรวดเร็วต่อการแจ้งถึงเจตนาสืบสวนของอัยการ และอาจจะออกนโยบายของรัฐเพื่อขัดขวางศาลอาญาระหว่างประเทศ ในระหว่างที่ศาลอาญาระหว่างประเทศต้องพิจารณาให้อำนาจอัยการตามข้อกำหนดข้อ 15 และ ข้อ 18 ระหว่างที่องค์คณะตุลาการพิจารณาเบื้องต้นกำลังพิจารณาอยู่ ก็จะทำให้รัฐนั้นมีเวลาเพียงพอที่จะซักจูงหรือทำลายพยานหลักฐานได้
3. จุดอ่อนที่สำคัญคือ การที่ธรรมนูญรวมเอาหลักเกี่ยวกับการยกเว้นโทษไว้ ซึ่งเป็นช่องว่างที่จะเปิดโอกาสให้รัฐสืบสวน ดำเนินคดี พิพากษา แล้วยกเว้นโทษหรือปล่อยตัวผู้กระทำผิดโดยมีทัศนคติบน อันจะทำให้ศาลอาญาระหว่างประเทศจะไม่สามารถดำเนินคดีกับบุคคลนั้นในความผิดเดียวกันได้อีก

ธรรมนูญกรุงโรมได้บัญญัติถึงการที่ให้ศาลอาญาระหว่างประเทศต้องพิจารณาถึงหลัก ne bis in idem ที่กำหนดไว้ในข้อ 20 ในการที่จะไม่พิจารณาลงโทษซ้ำในการกระทำเดียวกันในทุกคดีที่เข้ามาสู่ศาล ดังนั้นในกรณีที่บุคคลผู้กระทำผิดได้รับการดำเนินคดีพิพากษามาจากศาลภายในของรัฐภาคีอันจะทำให้ศาลอาญาระหว่างประเทศไม่สามารถใช้เขตอำนาจเหนือคดีนั้นได้อีก แต่หากปรากฏว่าบุคคลนั้นได้รับการปกป้องจากความรับผิดชอบทางอาญาซึ่งอาจได้แก่ การยกเว้นโทษหรือการปล่อยตัวหลังจากการตัดสินไม่นาน ลงโทษเบากว่าโทษที่ควรจะได้รับ หรือการดำเนินคดี ดำเนินไปอย่างไม่ยุติธรรม และไม่ยุติธรรม ก็อาจเป็นข้อสันนิษฐานได้ว่าการดำเนินคดีเป็นไปอย่างไม่จริงจัง ทำให้ศาลอาญาระหว่างประเทศมีโอกาสเป็นศาลเสริมได้

จากหลักการที่ธรรมนูญกรุงโรมกำหนด ศาลอาญาระหว่างประเทศจะสามารถใช้เขตอำนาจได้ตามหลักการ กลไก และเงื่อนไขที่ธรรมนูญกำหนดไว้ โดยที่อาชญากรรมร้ายแรงอันเป็นการละเมิดกฎหมายระหว่างประเทศที่ได้ระบุในธรรมนูญนั้นไม่ใช่เรื่องใหม่สำหรับประชาคมโลก เพราะ อาชญากรรมอันเป็นการทำลายล้างเผ่าพันธุ์มีพื้นฐานมาจากอนุสัญญาว่าด้วยการป้องกันและการลงโทษการกระทำความผิดฐานฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ ค.ศ.1948 และกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ , อาชญากรรมสงคราม ก็รวบรวมจากอนุสัญญาเจนีวา ค.ศ.1949 และพิธีสารเพิ่มเติมทั้ง 2 ฉบับ รวมทั้งกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ ส่วนอาชญากรรมต่อมนุษยชาตินั้นก็เป็นการรวบรวมจากกฎหมายระหว่างประเทศที่มีอยู่แล้ว กล่าวคือ อาชญากรรมเหล่านี้เป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายระหว่างประเทศที่ผูกพันต่อทุกๆรัฐ และถูกรวบรวมอยู่ในแนวคิดของเขตอำนาจสากล แต่ละรัฐก็มีหน้าที่ที่จะต้องร่วมกันสอดส่องป้องกัน และปราบปรามอาชญากรรมร้ายแรงเช่นนี้อยู่แล้ว การจัดตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศจึงทำให้การดำเนินการต่ออาชญากรผู้ก่ออาชญากรรมร้ายแรงเหล่านี้เป็นรูปเป็นร่างขึ้น และได้รับการยอมรับอย่างแพร่หลายซึ่งธรรมนูญกรุงโรมที่จัดตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศนี้จะส่งผลกระทบต่อรัฐต่างๆในฐานะสมาชิกประชาคมระหว่างประเทศอย่างทั่วถึงและแตกต่างกันไป ดังที่จะกล่าวในบทต่อไป



สถาบันวิทยบริการ
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

บทที่ 3

พันธกรณีของรัฐต่อธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศ ตามกฎหมายระหว่างประเทศและผลกระทบต่อประเทศไทย

ในบทนี้จะทำการศึกษาถึงพันธกรณีที่ธรรมนูญกรุงโรมมีต่อรัฐต่างๆ ตามความสัมพันธ์ตามหลักกฎหมายว่าด้วยสนธิสัญญา อันได้แก่ รัฐที่เป็นภาคี รัฐที่ลงนามแต่ยังไม่ให้สัตยาบัน และรัฐที่ไม่เป็นภาคี ซึ่งรัฐต่างๆ เหล่านี้ต่างก็ได้รับผลกระทบแตกต่างกันไปรวมถึงประเทศไทยในฐานะรัฐที่ลงนามในธรรมนูญกรุงโรมแต่ยังมิได้ให้สัตยาบันด้วย

3.1 พันธกรณีของรัฐที่มีต่อธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศ

หลักการพื้นฐานที่สำคัญในกฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยสนธิสัญญา คือ สนธิสัญญา มีผลผูกพันเฉพาะระหว่างรัฐภาคีตามหลักสัญญาต้องเป็นสัญญา (pacta sunt servanda) และต้องเป็นไปโดยสุจริตเท่านั้น¹ ซึ่งหลัก pacta sunt servanda เป็นหลักการสำคัญที่จะทำให้สนธิสัญญาที่มีความศักดิ์สิทธิ์ หากไม่มีหลักนี้สนธิสัญญาก็หมดความหมาย เนื่องจากหลัก pacta sunt servanda นี้จะมีผลทางกฎหมายให้รัฐมีหน้าที่ต้องปฏิบัติตามตามสนธิสัญญาที่ตนเป็นภาคี และต้องละเว้นไม่กระทำการอันจะทำให้สนธิสัญญาไม่บรรลุผล แม้ว่าสนธิสัญญานั้นจะยังไม่ผลบังคับใช้ก็ตาม การปฏิบัติตามกันในลักษณะนี้อยู่บนพื้นฐานของหลักการต่างตอบแทนซึ่งกันและกัน ซึ่งการเรียกร้องสิทธิใดๆตามสนธิสัญญา รัฐจะต้องกระทำโดยสุจริตและยุติธรรม การปฏิบัติตามหลัก pacta sunt servanda จึงไม่ใช่เรื่องทางกฎหมายเท่านั้นหากแต่เกี่ยวข้องกับเรื่องคุณธรรมและการเมืองด้วย² ซึ่งหลักการดังกล่าวเป็นหลักการที่ได้รับการยอมรับ และประมวลไว้ในอนุสัญญาเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ.1969 คือ สนธิสัญญาใดๆมีผลผูกพันเฉพาะ

¹ Malcolm N. Shaw., International Law, 5th ed. (Cambridge: Cambridge University press, 2003), p. 811.

² วิศิษฐ์พร วัฒนวาทีน, “ความสัมพันธ์ระหว่างหลัก Rebus sic stantibus กับหลัก Pacta sunt servanda ในสนธิสัญญา,” วารสารกฎหมายสุโขทัยธรรมมาธิราช 3,1 (กรกฎาคม 2534): 36-37.

ภาคีสันติสัญญา และต้องเป็นไปโดยสุจริต³ ดังนั้นธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศในฐานะที่เป็นสนธิสัญญาพหุภาคีจึงมีผลผูกพันต่อรัฐภาคีซึ่งได้ให้สัตยาบัน โดยการเข้าร่วมเป็นรัฐภาคีธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศนี้เข้ามาซึ่งพันธกรณีซึ่งก่อให้เกิดสิทธิ หน้าที่ ความรับผิดชอบต่างๆ นอกจากรัฐภาคีที่จะต้องปฏิบัติตามพันธกรณีต่างๆแล้ว ธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศนี้ยังอาจส่งผลกระทบต่อรัฐต่างๆ ทั้งรัฐที่เพียงแต่ลงนาม หรือรัฐที่ไม่เป็นภาคีในฐานะที่เป็นส่วนหนึ่งของประชาคมระหว่างประเทศได้

3.1.1 พันธกรณีของรัฐภาคีที่มีต่อธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศ

รัฐภาคีตามหลักสนธิสัญญา หมายถึง รัฐที่ยอมผูกพันตนตามสนธิสัญญา และสนธิสัญญานั้นมีผลผูกพันต่อรัฐดังกล่าว โดยในการเข้าเป็นภาคีนั้นก็จะปฏิบัติตามกระบวนการต่างๆในการทำสนธิสัญญาอันเป็นการแสดงเจตนาที่เกิดจากความสมัครใจของรัฐเอง ซึ่งเมื่อรัฐเข้าเป็นภาคีสันติสัญญาแล้ว รัฐนั้นจะต้องปฏิบัติตามพันธกรณีในสนธิสัญญานั้นทุกประการโดยสุจริตตามหลัก *pacta sunt servanda* หากกฎหมายภายในของรัฐนั้นไม่เปิดช่องให้ปฏิบัติตามสนธิสัญญานั้นได้รัฐก็มีหน้าที่ดำเนินการอนุวัติการกฎหมาย หรือแก้ไขกฎหมายภายในของตนให้สอดคล้องกับพันธกรณีระหว่างประเทศที่เกิดขึ้น⁴ ทั้งนี้ต้องพิจารณาถึงระบบกฎหมายของรัฐนั้นๆว่าจะยินยอมให้นำกฎหมายระหว่างประเทศมาปรับใช้เป็นกฎหมายภายในได้ทันที หรือต้องมีการเปลี่ยนแปลงให้เป็นกฎหมายภายในโดยการปรับปรุงแก้ไขกฎหมายที่มีอยู่แล้ว หรือออกกฎหมายใหม่ให้สอดคล้องกับข้อตกลงที่จะปฏิบัติตามพันธกรณีได้ที่เรียกว่าการอนุวัติการกฎหมาย โดยที่รัฐจะอ้างความขัดข้องทางกฎหมายภายในเป็นเหตุให้ไม่ปฏิบัติตามสนธิสัญญาไม่ได้

ในกรณีศาลอาญาระหว่างประเทศ หลังจากที่ได้มีการลงนามในธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศแล้วก็จะมีการให้สัตยาบัน (Ratifications) เพื่อเป็นภาคีธรรมนูญ ซึ่งการให้สัตยาบันหมายถึง การกระทำในทางระหว่างประเทศอย่างใดอย่างหนึ่งซึ่งแสดง

³ Article 26 of Vienna Convention on the Law of Treaties 1969.

⁴ บรรณา วังวิวัฒน์, “กระบวนการจัดทำสนธิสัญญาและความตกลงระหว่างประเทศ ทางปฏิบัติของไทย,” วารสารอัยการ 15,155 (มกราคม 2534): 16.

ว่ารัฐได้ให้ความยินยอมของตนเพื่อผูกพันตามสนธิสัญญา⁵ ธรรมเนียมกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศนั้นเป็นสนธิสัญญาพหุภาคี การที่รัฐให้สัตยาบันเข้าเป็นภาคีธรรมเนียมย่อมมีผลให้รัฐนั้นผูกพันมีพันธกรณีโดยไม่มีข้อยกเว้น เนื่องจากธรรมเนียมกรุงโรมห้ามมิให้มีการตั้งข้อสงวน⁶ ในอันที่จะต้องปฏิบัติตามธรรมเนียมอันก่อให้เกิดสิทธิ หน้าที่ และความรับผิดชอบต่อรัฐภาคีของธรรมเนียมกรุงโรมดังนี้

3.1.1.1 สิทธิของรัฐภาคีตามธรรมเนียมกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศ

ธรรมเนียมกรุงโรมได้กำหนดสิทธิต่างๆแก่รัฐที่เข้าร่วมเป็นรัฐภาคี ด้วยเหตุนี้ รัฐภาคีจึงมีสิทธิในการเสนอคดีต่ออัยการศาลอาญาระหว่างประเทศเพื่อให้สืบสวนสอบสวน หากปรากฏว่าอาชญากรรมที่อยู่ในเขตอำนาจรัฐนั้นได้กระทำขึ้นในเขตอำนาจศาล⁷ ได้แก่ เมื่อมีการกระทำอาชญากรรม ในดินแดนของรัฐภาคี หรือบนเรือ หรือบนอากาศยานที่จดทะเบียนรัฐภาคีนี้ หรือ ผู้ถูกกล่าวหาขึ้นถือสัญชาติรัฐภาคี ซึ่งในกรณีนี้รัฐภาคีก็มีสิทธิดำเนินการเสนอเพื่อให้อัยการวินิจฉัยว่าบุคคลที่ถูกกล่าวหาสมควรจะถูกฟ้องหรือไม่ แต่ทั้งนี้การดำเนินการดังกล่าวยังขึ้นอยู่กับหลักเสริมเขตอำนาจ (Complementarity) ด้วย กล่าวคือรัฐภาคีดังกล่าวนั้นยังคงมีอำนาจอันดับแรกในการดำเนินการสืบสวนสอบสวน ดำเนินคดีบุคคลดังกล่าว โดยที่ศาลอาญาระหว่างประเทศไม่สามารถเข้ามาใช้เขตอำนาจศาลได้ทันที แต่จะเข้ามาต่อเมื่อปรากฏว่ารัฐภาคีนั้นไม่เต็มใจ หรือ ไม่สามารถอย่างแท้จริงที่จะดำเนินการดังกล่าว ซึ่งหลักการดังกล่าว นำมาซึ่งสิทธิของรัฐภาคีที่จะสามารถคัดค้านการใช้เขตอำนาจของศาลอาญาระหว่างประเทศได้

รัฐภาคีสามารถคัดค้านเขตอำนาจศาลอาญาระหว่างประเทศได้หากว่ารัฐภาคีนั้นมีเขตอำนาจเหนือคดีที่นำขึ้นสู่ศาลอาญาระหว่างประเทศและอยู่ระหว่างการสืบสวนสอบสวน หรือ ฟ้องร้องคดีอยู่ หรือกรณีที่ถูกพิพากษาคดีในการกระทำนั้นแล้ว⁸ ศาลอาญาระหว่างประเทศจะไม่พิจารณาลงโทษซ้ำในการกระทำเดียวกันนั้นอีก เว้นแต่ว่าการดำเนิน

⁵ Article 2(1) of Vienna Convention on the Law of treaties 1969.

⁶ Article 120 of Rome Statute of International Criminal Court.

⁷ Ibid., Arts. 13-14.

⁸ Ibid., Art. 19(2).

กระบวนการพิจารณานั้นมีขึ้นเพื่อปกป้องบุคคลให้พ้นความรับผิดชอบทางอาญา หรือกระบวนการนั้น เป็นไปอย่างไม่มีอิสระ ไม่เป็นกลางตามบรรทัดฐานของกระบวนการที่ได้รับการยอมรับทาง กฎหมายระหว่างประเทศ

การคัดค้านเขตอำนาจของศาลอาญาระหว่างประเทศหรือการรับคดีไว้ พิจารณาตามข้อ 19 นี้ รัฐที่มีเขตอำนาจอาจทำได้เพียงครั้งเดียวในช่วงก่อนหรือขณะเริ่มการ พิจารณาคดี แต่ศาลอาจอนุญาตให้คัดค้านมากกว่าหนึ่งครั้ง หรือ คัดค้านหลังการเริ่มพิจารณาคดี ไปแล้ว หากพบว่าบุคคลที่เกี่ยวข้องนั้นได้ถูกพิจารณาคดีในการกระทำเดียวกันกับที่ถูกกล่าวหาแล้ว⁹ การคัดค้านดังกล่าวจะมีผลให้อัยการต้องระงับการสืบสวนสอบสวนคดีนั้นไว้จนกว่าศาลจะ มีคำวินิจฉัยเกี่ยวกับการรับคดีไว้พิจารณาออกมา¹⁰ ทั้งนี้เพื่อความเป็นธรรมในการใช้เขตอำนาจ ของศาลในคดีดังกล่าว อีกทั้งยังเป็นการเคารพอำนาจอธิปไตยของรัฐในการดำเนินคดีนั้นด้วย

นอกจากนี้ ตามที่ธรรมนูญกรุงโรมกำหนดเขตอำนาจเหนืออาชญากรรม ไว้ 4 ประเภท ได้แก่ อาชญากรรมอันเป็นการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ อาชญากรรมสงคราม อาชญากรรมต่อมนุษยชาติ และอาชญากรรมอันเป็นรุกราน(เมื่อมีการกำหนดค่านิยาม)ไว้แล้ว เมื่อธรรมนูญนี้บังคับใช้แล้ว 7 ปี รัฐภาคีอาจเสนอให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมธรรมนูญได้¹¹ ซึ่งอาจเป็น การกำหนดค่านิยามอาชญากรรมอันเป็นการรุกราน แก้ไขเพิ่มเติมรายละเอียดองค์ประกอบของ อาชญากรรมที่ได้กำหนดไว้แล้ว หรืออาจกำหนดอาชญากรรมประเภทอื่นให้อยู่ในเขตอำนาจศาล หรือเพิ่มเติมแก้ไขบทบัญญัติต่างๆได้ ซึ่งการแก้ไขในบทบัญญัติส่วนที่เกี่ยวข้องกับนิยามของ อาชญากรรมและการกำหนดเงื่อนไขการใช้อำนาจของศาลอาญาระหว่างประเทศที่เกี่ยวกับ อาชญากรรมนี้ ต้องสอดคล้องกับบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องของกฎบัตรสหประชาชาติ¹²

เมื่อรัฐภาคีเสนอแก้ไขเพิ่มเติมธรรมนูญต่อเลขาธิการองค์การ สหประชาชาติแล้ว เลขาธิการองค์การสหประชาชาติจะแจ้งเวียนข้อแก้ไขเพิ่มเติมให้แก่รัฐภาคี ทั้งหมด โดยที่การแก้ไขเพิ่มเติมนี้ สมัชชาภาคีจะพิจารณาในที่ประชุมว่าจะรับข้อเสนอไว้พิจารณา หรือไม่ โดยตัดสินจากเสียงข้างมากของผู้มาร่วมประชุม แต่หากมีเหตุผลที่จำเป็นสมัชชาภาคีอาจ

⁹ Ibid., Art. 19(4).

¹⁰ Ibid., Art. 19(7).

¹¹ Ibid., Art. 121.

¹² Ibid., Art. 5(2).

จัดการพิจารณาข้อเสนอที่ตรง หรือจัดประชุมทบทวน ซึ่งในการตกลงรับการแก้ไขเพิ่มเติมนี้ หากไม่สามารถบรรลุฉันทามติ จะต้องได้รับคะแนนเสียงข้างมากสองในสามของรัฐสภา

ในการแก้ไขเพิ่มเติมข้อ 5,6,7,8 แห่งธรรมนูญกรุงโรมอันเป็นข้อกำหนดเกี่ยวกับอาชญากรรม รัฐสภาที่ยอมรับการแก้ไขเพิ่มเติมแล้วหนึ่งปีหลังจากการแสดงการยอมรับธรรมนูญที่แก้ไขจึงจะมีผลบังคับ ส่วนรัฐสภาที่ไม่ยอมรับธรรมนูญที่มีการแก้ไขเพิ่มเติม ศาลก็ต้องไม่ใช้อำนาจศาลเกี่ยวกับอาชญากรรมซึ่งครอบคลุมโดยการเพิ่มเติม หากว่าอาชญากรรมนั้นกระทำโดยคนชาติรัฐสภา หรือกระทำในดินแดนรัฐสภา¹³ แต่ถ้าเป็นการแก้ไขเพิ่มเติมนอกจากข้อ 5,6,7,8 แล้ว การแก้ไขเพิ่มเติมนั้นจะมีผลบังคับใช้ต่อรัฐสภาทั้งหมด ภายหลังจากที่รัฐจำนวนเจ็ดในแปดของรัฐสภาได้ยื่นสัตยาบันสาร หรือสารแสดงความยอมรับต่อเลขาธิการองค์การสหประชาชาติแล้ว 1 ปี หากการแก้ไขได้รับการยอมรับโดยคะแนนเสียงเจ็ดในแปดของรัฐสภาแล้ว ธรรมนูญกรุงโรมยังเปิดโอกาสให้รัฐสภาที่ไม่ยอมรับการแก้ไขเพิ่มเติมถอนตัวออกจากการเป็นภาคีธรรมนูญกรุงโรมในระยะเวลาไม่เกิน 1 ปี หลังการแก้ไขเพิ่มเติมมีผลบังคับใช้¹⁴ ซึ่งผลของการถอนตัวนั้น ไม่ได้ทำให้รัฐสภาหลุดพ้นจากพันธกรณีที่เกิดขึ้นจากธรรมนูญกรุงโรม ในขณะที่รัฐนั้นยังเป็นภาคีธรรมนูญกรุงโรมอยู่ รวมถึงพันธกรณีทางการเงินด้วย การถอนตัวนั้นต้องไม่กระทบกรณีที่รัฐภาคนั้นมีหน้าที่ต้องให้ความร่วมมือ และเริ่มต้นดำเนินการมาก่อนวันที่การถอนตัวจะมีผล¹⁵ ดังนั้นรัฐสภาที่ถอนตัวนั้นยังคงต้องมีความรับผิดชอบจากพันธกรณีที่เกิดขึ้นก่อนที่จะถอนตัว อันจะทำให้ศาลยังคงดำเนินการต่อไปหากเป็นกรณีที่เกี่ยวข้องกับรัฐสภาที่ถอนตัวไปดังกล่าว มิฉะนั้นจะเป็นการเปิดโอกาสให้รัฐสภาสามารถหลบเลี่ยงพันธกรณีได้อย่างง่ายดายโดยการถอนตัว

นอกจากนั้น ในเรื่องการใช้เขตอำนาจของศาลอาญาระหว่างประเทศต่อรัฐภาคนี ธรรมนูญกรุงโรมยังกำหนดยกเว้นไว้อีกว่า ขณะที่เข้าเป็นภาคี รัฐนั้นอาจประกาศไม่ยอมรับเขตอำนาจศาลในอาชญากรรมสงครามได้เป็นระยะเวลา 7 ปี นับจากธรรมนูญกรุงโรมมี

¹³ Ibid., Art. 121(5).

¹⁴ Ibid., Art. 121.

¹⁵ Ibid., Art. 127(2).

ผลบังคับใช้กับรัฐนั้น¹⁶ อันจะทำให้ศาลอาญาระหว่างประเทศไม่สามารถใช้เขตอำนาจใน
อาชญากรรมสงครามต่อรัฐที่เป็นภาคีได้

นอกจากรัฐภาคีจะมีสิทธิในการเสนอคดีสู่ศาล , คัดค้านเขตอำนาจศาล ,
เสนอให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมธรรมนูญกรุงโรม และมีสิทธิยกเว้นเขตอำนาจในอาชญากรรมสงคราม
ดังที่กล่าวมาแล้วนั้น เมื่อรัฐได้เข้าเป็นภาคีแล้ว รัฐภาคีเหล่านี้จะมีตัวแทนรัฐละ 1 คน เพื่อเป็น
ผู้แทนในสมัชชารัฐภาคี¹⁷ โดยสมัชชารัฐภาคีนั้นมีหน้าที่หลายอย่างดังที่กำหนดในธรรมนูญ เช่น
ควบคุมดูแลการบริหาร งานด้านธุรการของศาล พิจารณาและกำหนดงบประมาณ พิจารณา
ปัญหาใดๆเกี่ยวกับการไม่ให้ความร่วมมือ เป็นต้น

รัฐภาคีมีสิทธิจะเสนอชื่อผู้สมัครรับเลือกตั้งเพื่อดำรงตำแหน่งผู้พิพากษา
ในศาลอาญาระหว่างประเทศ โดยที่รัฐภาคีแต่ละรัฐ มีสิทธิเสนอชื่อผู้สมัครได้ 1 คน โดยไม่
จำเป็นต้องถือสัญชาติรัฐภาคีที่เสนอขึ้นมาก็ได้ แต่ต้องเป็นผู้มีสัญชาติของรัฐภาคีใดภาคีหนึ่ง ซึ่ง
บุคคลดังกล่าวจะต้องมีคุณสมบัติเป็นผู้ที่มีความซื่อสัตย์สุจริต มีความรู้ความสามารถสูง และ
มีความเชี่ยวชาญในกฎหมายระหว่างประเทศและกฎหมายเกี่ยวกับสิทธิมนุษยชน โดยในการ
ลงคะแนนเสียงเลือกตั้งผู้พิพากษานั้น ใช้วิธีการลงคะแนนลับในที่ประชุมสมัชชารัฐภาคีโดยผู้ที่
ได้รับเลือกตั้งต้องเป็นผู้ที่ได้คะแนนเสียงสูงสุด 18 คนแรกและได้คะแนนเสียงข้างมาก 2 ใน 3 ของรัฐ
ภาคีที่เข้าร่วมการประชุมและลงคะแนนเสียง ซึ่งผู้พิพากษาที่ได้รับเลือกจากรัฐภาคีนี้ มีวาระดำรง
ตำแหน่ง 9 ปี และดำรงตำแหน่งได้เพียงครั้งเดียว¹⁸ กล่าวคือเมื่อดำรงตำแหน่งครบวาระแล้วผู้
พิพากษานั้นไม่มีสิทธิลงสมัครรับเลือกตั้งอีก ผู้พิพากษาเหล่านี้จะเข้าไปดำเนินงานต่างๆใน
กระบวนการที่ธรรมนูญกรุงโรมกำหนดไว้ มีอำนาจจัดการองค์การของศาลอาญาระหว่างประเทศ
และมอบหมายให้ผู้พิพากษาไปดำรงตำแหน่งปฏิบัติหน้าที่ต่างๆได้ตามความเหมาะสม และยังมี
อำนาจในการเลือกตั้งนายทะเบียนเพื่อเป็นเจ้าหน้าที่หลักในการดำเนินงานทางบริหารของศาล
โดยสำนักทะเบียนนี้จะรับผิดชอบเรื่องการบริหารที่ไม่เกี่ยวกับฝ่ายตุลาการ นายทะเบียนนี้จะได้มา

¹⁶ Ibid., Art. 124.

¹⁷ Ibid., Art. 112.

¹⁸ Ibid., Art. 36.

จากเสียงข้างมากเด็ดขาดในการลงคะแนนลับของผู้พิพากษา โดยต้องคำนึงถึงข้อเสนอแนะจาก
สมัชชาวิชาชีพด้วย¹⁹

นอกจากนั้น รัฐภาคียังมีสิทธิเสนอผู้สมัครรับเลือกในตำแหน่งอัยการ
ประจำศาลอาญาระหว่างประเทศด้วย โดยบุคคลดังกล่าวจะต้องมีคุณสมบัติเป็นผู้มีคุณลักษณะ
ทางศีลธรรมสูง มีความรู้ความสามารถ และประสบการณ์ในเรื่องการฟ้องร้องดำเนินคดีเป็นอย่างดี
อัยการศาลอาญาระหว่างประเทศยังมาจากการลงคะแนนเสียงเลือกตั้งของสมัชชาวิชาชีพด้วย
กล่าวคือรัฐภาคีในฐานะสมาชิกของสมัชชาวิชาชีพมีสิทธิลงคะแนนเสียงแบบลับเพื่อเลือกตั้ง
อัยการรวมถึงผู้ช่วยอัยการด้วย โดยอัยการจะได้รับเลือกโดยเสียงข้างมากเด็ดขาดของสมาชิกรัฐ
ภาคีซึ่งโดยปกติแล้วอัยการและผู้ช่วยอัยการจะดำรงตำแหน่งเป็นเวลา 9 ปีและไม่สิทธิสมัครรับ
เลือกตั้งซ้ำ²⁰ เช่นเดียวกับผู้พิพากษา นอกจากรัฐภาคีจะมีสิทธิเสนอผู้สมัครรับเลือกตั้งในตำแหน่ง
ผู้พิพากษา และอัยการแล้ว ยังมีสิทธิเสนอบุคคลากรที่มีความชำนาญแก่ศาลในกรณีพิเศษ เพื่อ
ช่วยงานในองค์กรโดยศาลได้อีกด้วย

อย่างไรก็ดี สมัชชาวิชาชีพมีสิทธิทำคำตัดสินถอดถอนผู้พิพากษา อัยการ
หรือ ผู้ช่วยอัยการได้ หากพบว่าบุคคลเหล่านี้ประพฤติมิชอบอย่างร้ายแรง ละเมิดหน้าที่ของตน
อย่างร้ายแรงตามธรรมนูญกรุงโรม หรือตามบทบัญญัติระเบียบว่าด้วยวิธีพิจารณาความและ
พยานหลักฐาน หรือพบว่าบุคคลดังกล่าวไม่สามารถปฏิบัติหน้าที่ตามที่กำหนดในธรรมนูญได้²¹
โดยในกรณีผู้พิพากษาจะถูกถอดถอนได้โดยเสียงข้างมากสองในสามของรัฐภาคี ในกรณีอัยการ
จะถูกถอดถอนโดยเสียงข้างมาก เด็ดขาดของรัฐภาคี ส่วนในกรณีผู้ช่วยอัยการจะถูกถอดถอนตาม
ข้อเสนอแนะของอัยการ

นอกจากรัฐภาคีจะมีสิทธิเสนอให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติใน
ธรรมนูญกรุงโรมแล้ว ยังสามารถเสนอให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมระเบียบว่าด้วยวิธีพิจารณาความและ
พยานหลักฐานได้ด้วย โดยการแก้ไขเพิ่มเติมนี้จะมีผลบังคับใช้ต่อเมื่อสมาชิกสมัชชาวิชาชีพตกลง
รับโดยคะแนนเสียงข้างมากสองในสาม²²

¹⁹ Ibid., Art. 43.

²⁰ Ibid., Art. 42.

²¹ Ibid., Art. 46(1).

²² Ibid., Art. 51(2).

3.1.1.2 หน้าที่ของรัฐภาคีตามธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศ

เมื่อรัฐตกลงเป็นภาคีสถิติสัญญาใดๆแล้ว รัฐนั้นมีพันธกรณีต่างๆที่จะต้องปฏิบัติตามที่สนธิสัญญากำหนด ซึ่งในการจะดำเนินการตามพันธกรณีดังกล่าวได้ แต่รัฐที่เป็นภาคีนั้นจะต้องพิจารณากฎหมายภายในของตนว่ามีความสอดคล้อง สามารถรองรับ ปรับใช้ และดำเนินการตามพันธกรณีต่างๆที่เกิดขึ้นได้หรือไม่ โดยจะต้องพิจารณาถึงทฤษฎีในการยอมรับและบังคับใช้สนธิสัญญาต่อรัฐนั้นด้วย

1. ทฤษฎีเอกนิยม (Monism) เป็นกรณีที่รัฐถือว่าสนธิสัญญาระหว่างประเทศอยู่เหนือกฎหมายภายใน

2. ทฤษฎีทวินิยม (Dualism) ทฤษฎีนี้รัฐจะต้องมีการแปลงสนธิสัญญาที่ต้องการให้มีผลบังคับมาเป็นกฎหมายภายในก่อน จะไม่สามารถนำสนธิสัญญานั้นมาบังคับโดยตรงเป็นกฎหมายภายในได้ การบังคับการให้เป็นไปตามสนธิสัญญาจะต้องกระทำโดยการบัญญัติกฎหมายมารับเพื่อใช้บังคับกับประชาชน²³ โดยที่แต่ละรัฐจะต้องพิจารณาถึงเงื่อนไขตามกฎหมายภายในของตนว่าจะต้องแก้ไขหรือออกกฎหมายใหม่เพื่อให้สามารถบังคับใช้สนธิสัญญาตามพันธกรณีภายในประเทศได้

ในกรณีศาลอาญาระหว่างประเทศเมื่อรัฐได้ตกลงให้สัตยาบันเพื่อเป็นภาคีธรรมนูญกรุงโรมแล้ว รัฐนั้นจะต้องมีพันธกรณีขั้นพื้นฐานในการเสริมเขตอำนาจการดำเนินงานของศาลอาญาระหว่างประเทศ โดยรัฐภาคีมีหน้าที่ในขั้นต้นที่จะนำตัวผู้ที่ต้องรับผิดชอบต่ออาชญากรรมอันเป็นการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ อาชญากรรมต่อมนุษยชาติ และอาชญากรรมสงครามพิจารณาคดีในศาล และถือว่าเป็นหน้าที่ของทุกรัฐภาคีที่จะต้องให้เขตอำนาจในคดีอาญาพิจารณาคดีที่ผู้ต้องหาต้องรับผิดชอบต่อการกระทำที่เป็นอาชญากรรมระหว่างประเทศ²⁴

²³ ประสิทธิ์ เอกบุตร, กฎหมายระหว่างประเทศเล่มที่ 1 สนธิสัญญา (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2544), หน้า 186-187.

²⁴ สันติ อิศโรจกุล, “สรุปสาระสำคัญของศาลอาญาระหว่างประเทศ,” วารสารกฎหมายสุโขทัยธรรมมาธิราช 14 (มิถุนายน 2545): 114.

ในการประชุมผู้แทนทางการทูตของผู้แทนผู้ไม่มีอำนาจเต็มเพื่อการจัดตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศมีการเสนอรูปแบบของการให้ความร่วมมือที่อยู่ในกรอบของธรรมนูญกรุงโรมที่จะเป็นไปได้ 2 รูปแบบ คือ²⁵

1. แบบระหว่างรัฐ (inter-state model) ตามรูปแบบนี้ศาลระหว่างประเทศจะไม่มีอำนาจเหนือรัฐ ยกเว้นอำนาจตามกฎหมายภายในที่จะดำเนินคดีการกระทำอาชญากรรมที่กระทำโดยปัจเจกชนซึ่งอยู่ภายใต้อำนาจอธิปไตยของรัฐ ศาลไม่สามารถบังคับรัฐไม่ว่าจะในทางใดให้รัฐนั้นให้ความร่วมมือ โดยจะปล่อยให้รัฐนั้นใช้อำนาจบังคับในดินแดนของรัฐนั่นเอง
2. แบบเหนือรัฐ (supra-state model) รูปแบบนี้สันนิษฐานว่าองค์กรยุติธรรมระหว่างประเทศได้รับอำนาจอย่างกว้างขวาง ไม่เพียงกับปัจเจกชนของรัฐ แต่ยังรวมถึงอำนาจต่อรัฐนั่นเอง ตามรูปแบบนี้ศาลระหว่างประเทศจะมีอำนาจที่จะออกคำสั่งให้ผูกพันรัฐ และในกรณีที่ไม่ยินยอมก็อาจจะกำหนดกลไกบังคับได้ ซึ่งศาลอาญาระหว่างประเทศเฉพาะกิจแห่งยูโกสลาเวีย และศาลอาญาระหว่างประเทศเฉพาะกิจแห่งรวันดาก็เป็นรูปแบบนี้

เนื่องด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศไม่มีตัวแทนที่จะบังคับการดำเนินการ ไม่มีเจ้าหน้าที่เป็นสื่อกลางดำเนินการจับกุม ยึดเอาหลักฐานเองได้ ศาลอาญาระหว่างประเทศจึงใช้รูปแบบการให้ความร่วมมือระหว่างรัฐ ซึ่งจะต้องอาศัยอำนาจของรัฐ และร้องขอให้รัฐดำเนินการช่วยเหลือเจ้าหน้าที่ และผู้สืบสวนของศาล ซึ่งศาลอาญาระหว่างประเทศนี้เป็นองค์กรที่ต้องการความช่วยเหลือ และสนับสนุนจากรัฐเป็นการเร่งด่วนกว่าสถาบันระหว่างประเทศอื่นๆ เพราะว่าการดำเนินการของรัฐนั้นส่งผลกระทบต่อปัจเจกชนผู้อยู่ในดินแดนของรัฐอธิปไตย และอยู่ภายใต้เขตอำนาจนั้น การดำเนินคดีต้องรวดเร็ว ต้องมีการเก็บหลักฐานก่อนที่จะสูญหายเน่าเปื่อยเสียไปไม่สามารถใช้ประโยชน์ได้ และศาลต้องสามารถออกหมายเรียกพยานมาให้การได้อย่างรวดเร็ว

²⁵ Antonio Cassese, "The Statute of the International Criminal Court : Some Preliminary Reflections," European Journal of International Law No.10 (1999): 164-165.

ด้วยเหตุนี้รัฐภาคีจึงย่อมมีหน้าที่ต้องให้ความร่วมมือแก่ศาลอาญาระหว่างประเทศอย่างเต็มที่ เพราะการดำเนินงานของศาลจำเป็นต้องอาศัยความร่วมมือระหว่างประเทศจากรัฐต่างๆ เป็นสำคัญ ซึ่งในธรรมนูญกรุงโรมนั้นได้บัญญัติเรื่องดังกล่าวไว้ในภาค 9 ว่าด้วยเรื่องความร่วมมือระหว่างประเทศและความช่วยเหลือทางศาล (Cooperation and Judicial Assistant) ข้อ 86 ว่า “ตามบทบัญญัติของธรรมนูญศาลนี้ รัฐภาคีต้องให้ความร่วมมืออย่างเต็มที่กับศาล ในการสืบสวนสอบสวนและการฟ้องร้องดำเนินคดีอาญาภายในเขตอำนาจของศาล” ซึ่งการให้ความร่วมมือนี้มีขึ้นก็เพื่อประโยชน์แห่งความยุติธรรม โดยที่รัฐต้องเตรียมพร้อมเพื่อให้กระบวนการภายในของรัฐสอดคล้อง และอำนวยความสะดวกการให้ความร่วมมือแก่ศาลอาญาระหว่างประเทศ เช่น การส่งตัวผู้กระทำผิดแก่ศาลอาญาระหว่างประเทศเพื่อดำเนินการพิจารณาคดี เนื่องจากศาลไม่สามารถดำเนินการลับหลังจำเลยได้ (In Absentia)²⁶ หรือในบางกรณีรัฐอาจต้องให้ศาลอาญาระหว่างประเทศเข้ามาสืบสวนสอบสวนดำเนินคดีภายในรัฐหากจำเป็น โดยที่การให้ความร่วมมือโดยรัฐต่างๆ จะต้องไม่เป็นการต้องห้ามตามกฎหมายภายในรัฐ รัฐภาคีต้องประกันว่ามีกระบวนการตามกฎหมายภายในของตนที่จะนำมาใช้ได้สำหรับความร่วมมือทุกรูปแบบ²⁷ ตามหลักแล้วรัฐจะเป็นผู้ใช้อำนาจอธิปไตยในรัฐได้เพียงผู้เดียว แต่การให้สัตยาบันเป็นภาคีธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศนั้นย่อมหมายถึงรัฐได้ยอมลดอำนาจอธิปไตยของตนลงบางส่วนเพื่อให้ศาลอาญาระหว่างประเทศมีเขตอำนาจศาลเหนือความผิดที่เกิดขึ้นได้²⁸

การให้ความร่วมมือของรัฐในด้านต่างๆ แก่ศาลอาญาระหว่างประเทศจะเกิดขึ้นเมื่อ ศาลร้องขอความร่วมมือจากรัฐภาคีนั้น โดยทำเป็นคำร้องขอส่งผ่านช่องทางทางการทูตหรือช่องทางอื่นที่เหมาะสม เช่น ส่งผ่านองค์การตำรวจสากล โดยที่คำร้องขอความร่วมมือและเอกสารต่างๆ จะต้องแปลเป็นภาษาทางการของรัฐที่ได้รับคำร้องขอ หรือภาษาที่ใช้ในการ

²⁶ Article 63(1) of Rome Statute on International Criminal Court.

²⁷ Ibid., Art. 88.

²⁸ อัญชิสรา เต็มพงศ์พัฒนา, “ผลกระทบที่ประเทศไทยจะได้รับในการเข้าเป็นภาคีธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศ : ศึกษากรณีความร่วมมือระหว่างประเทศและการส่งผู้ร้ายข้ามแดน,” (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2543), หน้า 100.

ปฏิบัติการของศาลตามที่รัฐนั้นเลือกในการให้สัตยาบันยอมรับ²⁹ อันได้แก่ ภาษาอังกฤษ หรือ ภาษาฝรั่งเศส³⁰

การให้ความร่วมมือแก่ศาลอาญาระหว่างประเทศตามกรอบธรรมนูญกรุงโรม ได้แก่ การให้ความร่วมมือทั่วไป และความร่วมมือรูปแบบอื่น

ก) ความร่วมมือทั่วไป ได้แก่ การจับ และการส่งมอบตัวบุคคลให้แก่ศาลอาญาระหว่างประเทศ ซึ่งธรรมนูญได้กำหนดชัดเจนระหว่างการส่งผู้ร้ายข้ามแดนและการส่งมอบตัว ตามธรรมนูญกรุงโรมได้กำหนดให้ใช้คำว่า "การส่งมอบตัวบุคคลให้แก่ศาลอาญาระหว่างประเทศ" โดย "การส่งมอบตัว" หมายถึง การส่งมอบตัวบุคคลหนึ่งบุคคลใด โดยรัฐหนึ่งไปยังศาลตามบทบัญญัติของธรรมนูญนี้ ส่วน "การส่งผู้ร้ายข้ามแดน" หมายถึง การส่งมอบตัวบุคคลหนึ่งบุคคลใด โดยรัฐหนึ่งไปยังอีกรัฐหนึ่งตามที่บัญญัติไว้โดยสนธิสัญญา อนุสัญญา หรือกฎหมายภายในของรัฐ³¹

เพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ในการดำเนินของศาลในการนำตัวผู้กระทำผิดมาดำเนินคดีจึงเลือกใช้คำว่า "การส่งมอบตัว" เพื่อเลี่ยงปัญหาจากการใช้คำว่า "การส่งผู้ร้ายข้ามแดน" เพราะโดยทั่วไปแล้วรัฐไม่มีพันธกรณีตามกฎหมายระหว่างประเทศที่จะต้องส่งผู้ร้ายข้ามแดน เว้นแต่จะมีสนธิสัญญาต่อกัน³² ซึ่งโดยปกติแล้วบุคคลที่จะถูกขอให้ส่งตัวข้ามแดนนั้นต้องเป็นผู้กระทำผิดทางอาญา หรือถูกลงโทษทางอาญาในเขตของประเทศผู้ร้องขอ หรือเป็นคดีอาญาที่มีมูลที่จะนำตัวผู้ต้องหาขึ้นฟ้องร้องต่อศาลได้ โดยที่คดีนั้นต้องยังไม่หมดอายุความ หากผู้กระทำผิดมีสัญชาติของรัฐที่ร้องขอแล้ว โดยปกติรัฐที่ได้รับคำร้องขอจะพิจารณาส่งตัวบุคคลนั้นกลับไป แต่หากเป็นกรณีที่ผู้กระทำผิดเป็นคนชาติของผู้รับคำขอแล้ว โดยปกติประเทศต่างๆจะไม่ส่งคนชาติตนไปให้รัฐอื่นพิจารณาคดี นอกจากนี้ยังไม่มี การส่งผู้ร้ายข้ามแดนในความผิดทางการเมือง เพราะยังไม่มีคำนิยามที่แน่นอนเกี่ยวกับความผิดทางการเมืองไว้เลย เนื่องจากแต่ละรัฐก็มีความเห็น

²⁹ Article 87 of Rome Statute of International Criminal Court.

³⁰ Ibid., Art. 50(2).

³¹ Ibid., Art. 102.

³² พรชัย ด่านวิวัฒน์, กฎหมายอาญาระหว่างประเทศ (กรุงเทพมหานคร: วิทยุชน, 2544), หน้า 27.

แตกต่างกันว่าอะไรคือความผิดทางการเมือง³³ ดังที่กล่าวมาจะเห็นได้ว่าเงื่อนไขที่จะไม่ส่งคนชาติข้ามแดนนั้นมีได้หลายกรณี เช่น การไม่ส่งคนชาติของตน, การไม่ส่งผู้ร้ายข้ามแดนในความผิดทางการเมือง หรือการทหาร , นอกจากนี้ยังมีการกำหนดให้การส่งผู้ร้ายข้ามแดนนั้นต้องส่งให้แก่อีกรัฐหนึ่ง ไม่ได้กำหนดให้สามารถส่งผู้ร้ายข้ามแดนให้แก่องค์การระหว่างประเทศได้ เป็นต้น เหล่านี้เป็นอุปสรรคสำคัญต่อการที่ศาลอาญาระหว่างประเทศจะนำตัวบุคคลนั้นมาดำเนินคดีได้ เพราะศาลอาญาระหว่างประเทศไม่สามารถดำเนินคดีลับหลังจำเลยได้ ซึ่งจะเป็นการเปิดช่องแก่รัฐที่ควบคุมตัวผู้กระทำความผิดไว้ที่จะหลีกเลี่ยงไม่ให้ศาลอาญาระหว่างประเทศใช้เขตอำนาจเหนือบุคคลดังกล่าวได้

หน้าที่ของรัฐภาคีที่ได้รับการร้องขอจากศาลอาญาระหว่างประเทศให้จับและส่งมอบตัวบุคคลนั้น รัฐจะต้องปฏิบัติตามคำร้องขอตามบทบัญญัติของธรรมนูญ และตามกระบวนการของกฎหมายภายในของรัฐ โดยที่รัฐที่ได้รับการร้องขอนั้นจะต้องปรึกษากับศาลทันทีหากบุคคลที่ศาลต้องการให้ส่งตัวนั้นคัดค้านต่อศาลภายในของรัฐ ตามหลัก ne bis in idem ที่จะไม่ลงโทษซ้ำในการกระทำเดียวกันตามที่กำหนดในข้อ 20 แห่งธรรมนูญนี้³⁴

ในการดำเนินการส่งมอบตัว รัฐภาคีต้องให้ความร่วมมือในการผ่านแดน โดยรัฐภาคีต้องอนุญาตให้อีกรัฐเดินทางผ่านดินแดนโดยที่ศาลจะมีคำร้องขอเดินทางผ่านไปยังรัฐนั้น แต่หากเป็นการส่งตัวบุคคลทางอากาศ และไม่ลงจอดก็ไม่ต้องขออนุญาต แต่หากจำเป็นต้องลงจอดโดยไม่ได้กำหนดไว้ก่อน ศาลอาญาระหว่างประเทศต้องทำคำร้องขอผ่านแดนภายใน 96 ชั่วโมง³⁵ การส่งตัวบุคคลไปยังศาลนั้นเป็นไปได้ที่รัฐที่ได้รับการร้องขอจากศาลนั้นอาจได้รับคำร้องขอให้ส่งตัวบุคคลนั้นจากรัฐอื่น หรือมีพันธกรณีตามสนธิสัญญาส่งผู้ร้ายข้ามแดนกับรัฐอื่นอยู่แล้ว อันเนื่องจากว่าบุคคลดังกล่าวอาจจะเดินทางมาลี้ภัย หลบหนีในรัฐภาคี หรืออาจเป็นคนชาติรัฐภาคีที่กระทำความผิดในดินแดนรัฐอื่น ซึ่งธรรมนูญกรุงโรมได้กำหนดถึงวิธีพิจารณาในกรณีดังกล่าวไว้ว่า

³³ สุโขทัยธรรมมาธิราช,มหาวิทยาลัย, เอกสารประกอบการสอนชุดวิชากฎหมายระหว่างประเทศ (International Law) หน่วย 7-15, พิมพ์ครั้งที่ 15 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมมาธิราช, 2540), หน้า 560-565.

³⁴ Article 89(1-2) of Rome Statute of International Criminal Court.

³⁵ Ibid., Art. 89(3).

1) กรณีที่รัฐภาคีซึ่งเป็นรัฐที่ได้รับคำร้องขอจากรัฐภาคีและได้รับคำร้องขอจากศาลอาญาระหว่างประเทศในการกระทำเดียวกันนั้นรัฐที่ได้รับคำร้องขอต้องให้ความสำคัญกับศาลอาญาระหว่างประเทศก่อน ทั้งนี้เพราะทั้งรัฐผู้ร้องขอและรัฐที่รับคำร้องขอต่างก็เป็นภาคีธรรมนูญกรุงโรม จึงควรคำนึงถึงหน้าที่ที่จะต้องให้ความร่วมมือกับรัฐในการส่งมอบตัวบุคคลให้แก่ศาลอาญาระหว่างประเทศ

2) กรณีที่รัฐภาคีได้รับคำร้องขอจากรัฐที่ไม่ใช่ภาคีของธรรมนูญกรุงโรม และไม่มีพันธกรณีตามสนธิสัญญากับรัฐผู้รับคำขอ รัฐผู้รับคำขอในฐานะรัฐภาคีต้องให้ความสำคัญกับศาลอาญาระหว่างประเทศก่อนแต่ถ้าศาลไม่ประสงค์จะพิจารณาคดีนั้นแล้ว รัฐภาคีก็ส่งผู้ร้ายข้ามแดนให้แก่รัฐผู้ร้องขอได้³⁶

3) กรณีที่รัฐผู้ร้องขอเป็นรัฐที่ไม่เป็นภาคีแต่มีสนธิสัญญากับรัฐภาคีที่ได้รับคำร้องขอให้ส่งผู้ร้ายข้ามแดนในฐานความผิดเดียวกับศาลอาญาระหว่างประเทศ รัฐที่ได้รับคำร้องต้องพิจารณาลำดับวันที่ได้รับการร้องขอ , อาชญากรรมนั้นได้กระทำในดินแดนรัฐผู้ร้องขอหรือไม่ , สัญชาติของผู้เสียหายและของบุคคลที่ได้รับการร้องขอให้ส่งมอบตัว และความเป็นไปได้ในการส่งมอบตัวระหว่างศาลอาญาระหว่างประเทศและรัฐที่ร้องขอภายหลัง³⁷

4) กรณีที่รัฐภาคีได้รับคำร้องขอจากศาลอาญาระหว่างประเทศ และได้รับคำร้องขอจากรัฐอื่นให้ส่งตัวบุคคลเดียวกันแต่ในอาชญากรรมต่างกัน ถ้ารัฐนั้นมีพันธกรณีตามสนธิสัญญาส่งผู้ร้ายข้ามแดน ต้องพิจารณาลำดับวันที่ได้รับคำร้องขอ , อาชญากรรมนั้นได้กระทำในดินแดนรัฐผู้ร้องขอหรือไม่ , สัญชาติของผู้เสียหายและของบุคคลที่ได้รับการร้องขอให้ส่งมอบตัว และความเป็นไปได้ในการส่งมอบตัว และต้องพิจารณาถึงสภาพความรุนแรงของการกระทำอาชญากรรมเป็นพิเศษ³⁸ ซึ่งหากไม่มีสนธิสัญญาทวิภาคีอื่นใดที่เกี่ยวกับการส่งผู้ร้ายข้ามแดนระหว่างรัฐผู้ร้องขอและรัฐผู้รับคำร้องขอแล้วต้องพิจารณาส่งมอบตัวบุคคลดังกล่าวให้ศาลอาญาระหว่างประเทศเป็นอันดับแรก

³⁶ Ibid., Art. 90(4,5).

³⁷ Ibid., Art. 90(6).

³⁸ Ibid., Art. 90(7).

ในระหว่างการยื่นคำร้องขอส่งมอบตัวนี้ ศาลอาญาระหว่างประเทศอาจขอให้มีการจับบุคคลชั่วคราวได้หากเป็นกรณีเร่งด่วนเพื่อเป็นการป้องกันมิให้บุคคลดังกล่าวหลบหนี ซึ่งอาจเป็นอุปสรรคในการดำเนินงานของศาลเพื่ออำนวยความสะดวกในคดีต่างๆได้

ข) ความร่วมมือแบบอื่น

รัฐภาคีจะต้องให้ความร่วมมือต่อคำร้องขอและคำสั่งของศาลอาญาระหว่างประเทศอย่างเต็มที่ซึ่งเป็นพื้นฐานของหลักสุจริตและหลักสัญญาต้องเป็นสัญญา (Pacta sunt servanda) ตามความผูกพันในสนธิสัญญา รัฐภาคีจึงต้องปฏิบัติตามคำร้องขอของศาลอาญาระหว่างประเทศในการให้ความช่วยเหลือเกี่ยวกับพยานหลักฐาน เอกสาร การสืบสวน สอบสวน หรือการฟ้องร้องดำเนินคดีในด้านต่างๆ เช่น การรวบรวมพยานหลักฐาน รูปพรรณสัณฐาน รวบรวมคำเบิกความ ส่งเอกสาร พยานหลักฐาน บันทึกต่างๆแก่ศาล คู่สมครองผู้เสียหาย และรักษาพยานหลักฐาน ค้น ติดตามอายัด ยึดทรัพย์สินรายได้ ซึ่งความช่วยเหลือนี้ก็เพื่ออำนวยความสะดวกในการสืบสวนสอบสวนและการฟ้องร้องดำเนินคดีอาชญากรรมภายในเขตอำนาจศาลอาญาระหว่างประเทศ โดยความช่วยเหลือนี้ต้องไม่ขัดต่อกฎหมายของรัฐที่ได้รับการร้องขอในกรณีที่กฎหมายของรัฐที่ได้รับการร้องขอห้ามไว้หรือขัดกับมาตรการให้ความช่วยเหลือ รัฐนั้นต้องปรึกษากับศาลอาญาระหว่างประเทศเพื่อหาแนวทางแก้ไข

ในการให้ความช่วยเหลือกับศาลอาญาระหว่างประเทศ ธรรมนูญกรุงโรมเปิดโอกาสให้รัฐภาคีสามารถปฏิเสธที่จะให้ความช่วยเหลือได้ หากเป็นการให้ความช่วยเหลือที่เกี่ยวข้องกับการเปิดเผยข้อมูล พยานหลักฐานที่เกี่ยวข้องกับความมั่นคงแห่งรัฐนั้น³⁹ อันเป็นสิทธิของรัฐที่จะรักษาความมั่นคง และอธิปไตยของรัฐตน โดยต้องแจ้งเหตุขัดข้องดังกล่าวพร้อมทั้งเหตุผลให้ศาลอาญาระหว่างประเทศทราบทันที ซึ่งจะมีการปรึกษาหาทางออกที่ใช้แทนการเปิดเผยข้อมูลของรัฐภาคีนั้น เช่น การขอข้อมูลจากแหล่งอื่นหรือในรูปแบบอื่น⁴⁰

ในเรื่องสถานที่ที่จะพิจารณาคดี เนื่องจากศาลอาญาระหว่างประเทศนี้ มีลักษณะเป็นศาลเคลื่อนที่ได้ โดยสามารถนั่งพิจารณาคดีที่อื่นใด เมื่อใดก็ได้ตามที่ศาลเห็นว่า

³⁹ Ibid., Art. 93(4).

⁴⁰ Ibid., Art. 72.

เหมาะสม⁴¹ นอกเหนือจากจะนั่งพิจารณาที่กรุงเฮก ประเทศเนเธอร์แลนด์อันเป็นที่ตั้งหลักของศาลอาญาระหว่างประเทศ⁴² ทั้งนี้ก็เพื่อประโยชน์ในการดำเนินคดีการเก็บรวบรวมพยานหลักฐาน และสะดวกในการดำเนินคดี เช่น การปรากฏตัวของผู้ถูกกล่าวหา การเข้าให้คำเบิกความของพยานต่อศาล ดังนั้นหากศาลเข้าไปดำเนินการในสถานที่เกิดเหตุได้ก็น่าจะเป็นประโยชน์มากกว่า ซึ่งหากศาลประสงค์ที่จะพิจารณาคดีในรัฐภาคี รัฐภาคีก็ต้องให้ความร่วมมือกับศาลอาญาระหว่างประเทศอย่างเต็มที่

เมื่อมีการดำเนินคดีตามกระบวนการแล้วมีคำพิพากษาของศาลอาญาระหว่างประเทศออกมา รัฐภาคีต้องให้ความร่วมมือในการบังคับคดีตามคำพิพากษา ซึ่งศาลนี้จะไม่มีโทษถึงขั้นประหารชีวิต เนื่องจากการละเมิดสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ (international human rights standards) ด้วยความเห็นว่าการลงโทษประหารชีวิตไม่ใช่หนทางเดียวที่จะป้องปรามหรือยับยั้งการก่ออาชญากรรมระหว่างประเทศ หากแต่ขึ้นอยู่กับกระบวนการยุติธรรมทั้งหมด นับแต่การสืบสวน การฟ้องร้องคดี การพิจารณาคดีในศาล การพิพากษา การตัดสินโทษ และการลงโทษ ตลอดจนการเปิดเผยต่อสาธารณะ ซึ่งจะส่งเสริมให้มีผลในการป้องปรามหรือยับยั้งมากขึ้น⁴³ ดังนั้นโทษสูงที่สุดที่ศาลอาญาระหว่างประเทศจะพิพากษาได้ คือ จำคุกตลอดชีวิต การลงโทษจำคุกไม่เกิน 30 ปี หรือโทษปรับปรับรายได้ ทรัพย์สินที่ได้จากการประกอบอาชญากรรมเท่านั้น⁴⁴ รัฐภาคีจะต้องร่วมรับผิดชอบในการบังคับให้เป็นไปตามคำพิพากษาลงโทษจำคุกตามที่เป็นบัญญัติไว้ ซึ่งโดยหลักแล้วศาลอาญาระหว่างประเทศจะระบุให้มีการจำคุกในรัฐใดนั้นจากบัญชีรายชื่อของรัฐที่ได้แสดงความสมัครใจของตนเองต่อศาล ในการรับผู้ต้องคำพิพากษานั้นมาลงโทษ โดยศาลจะพิจารณาจากปัจจัยต่างๆ เช่น ทักษะคดีของผู้ต้องคำพิพากษา สัญชาติของบุคคลดังกล่าว รวมถึงมาตรฐานในการดูแลนักโทษ และการเคารพสิทธิของบุคคลในรัฐนั้น เป็นต้น ซึ่งหากไม่สามารถส่งตัวไปจำคุกยังรัฐภาคีได้ ธรรมนูญกรุงโรมกำหนดให้ลงโทษจำคุกในเรือนจำซึ่งรัฐที่ตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศจัดให้ ซึ่งอยู่ที่กรุงเฮก ประเทศเนเธอร์แลนด์⁴⁵

⁴¹ Ibid., Art. 3(3).

⁴² Ibid., Art. 62.

⁴³ จิตรรา เพียรล้ำเลิศ, “ข้อพิจารณาบางประการเกี่ยวกับศาลอาญาระหว่างประเทศ,”

วารสารสุโขทัยธรรมมาธิราช 12 (มิถุนายน 2543): 76.

⁴⁴ Article 77 of Rome Statute of International Criminal Court.

⁴⁵ Ibid., Art.103.

จากข้อ 103 แห่งธรรมนูญกรุงโรมที่กำหนดให้รัฐสามารถแสดงความสมัครใจโดยลงรายชื่อนี้ในบัญชีว่ายอมรับผู้ต้องคำพิพากษามารับโทษจำคุกในรัฐตน โดยศาลจะพิจารณาส่งบุคคลไปจำคุกยังประเทศที่อยู่ในบัญชีดังกล่าวมาแล้วเกิดเป็นประเด็นว่า รัฐที่สามารถลงรายชื่อนั้นจะทำได้เฉพาะรัฐภาคี หรือรวมถึงรัฐอื่นๆที่ไม่เป็นภาคีด้วย เพราะในข้อบัญญัติใช้คำว่า “...การรับโทษจำคุกตามคำพิพากษาให้กระทำในรัฐหนึ่งรัฐใดซึ่งระบุโดยศาลจากบัญชีรายชื่อของรัฐซึ่งได้แสดงความสมัครใจของตนเองต่อศาลในการยอมรับผู้ต้องคำพิพากษาลงโทษ...” ตามขอบเขตของธรรมนูญกรุงโรม การอ้างคำว่า “รัฐ” ต่างกับคำว่า “รัฐภาคี” ในข้อกำหนดนี้ไม่ได้ระบุว่าจะต้องเป็นรัฐภาคีเท่านั้น จึงอาจตีความได้ว่ารวมถึงรัฐที่ไม่เป็นภาคีก็อาจแสดงความสมัครใจเพื่อให้ศาลพิจารณาส่งบุคคลดังกล่าวมาจำคุกยังรัฐนั้นได้ เช่นที่กำหนดในข้อ 19(1)(b) เกี่ยวกับการคัดค้านการรับคดีไว้พิจารณากำหนดว่า “...รัฐซึ่งมีเขตอำนาจเหนือคดีด้วยเหตุผลว่ารัฐนั้นกำลังดำเนินการสืบสวนสอบสวนหรือฟ้องร้องคดี...”⁴⁶ โดยมีผู้ตีความว่าข้อ 19(1)(b) ระบุว่า “รัฐ” โดยไม่มีตัวบ่งชี้เฉพาะจึงต้องตีความไปในทางที่รวมถึงรัฐที่ไม่เป็นภาคีด้วยที่สามารถคัดค้านเขตอำนาจศาลได้ ดังจะเห็นได้จากข้อ 19(1)(c) ก็ระบุว่ารัฐที่ยอมรับเขตอำนาจศาลก็มีสิทธิคัดค้านเขตอำนาจศาลได้ โดยไม่ระบุว่ารัฐที่เป็นภาคีเท่านั้น ซึ่งการยอมรับเขตอำนาจศาลเป็นกรณีที่เกิดขึ้นได้กับเฉพาะรัฐที่ไม่เป็นภาคีเท่านั้น คำว่ารัฐที่ระบุในธรรมนูญกรุงโรมจึงจำเป็นที่จะรวมถึงรัฐที่ไม่เป็นภาคีด้วย⁴⁷

ด้วยเหตุนี้ผู้วิจัยจึงเห็นว่าในกรณีที่รัฐสามารถแสดงความสมัครใจตามข้อ 103 นี้จึงอาจตีความรวมถึงรัฐที่ไม่เป็นภาคีก็สามารถแสดงเจตนาพร้อมอยู่ในบัญชีรายชื่อรัฐดังกล่าวได้ ซึ่งในทางปฏิบัติแล้ว ศาลอาจจะไม่พิจารณาให้บุคคลที่ถูกพิพากษาไปจำคุกในรัฐที่ไม่เป็นภาคี เนื่องจากว่าหากรัฐที่ไม่เป็นภาคีรับตัวบุคคลนั้นไปและจำคุกโดยยังไม่ครบกำหนดแล้วปล่อยตัวไป ศาลก็ไม่สามารถที่จะบังคับรัฐที่ไม่เป็นภาคีได้ เพราะแม้ว่ารัฐที่ไม่เป็นภาคีจะยอมรับเขตอำนาจศาลตามข้อ 12(3) แล้ว แต่ธรรมนูญกรุงโรมกำหนดให้รัฐที่ยอมรับเขตอำนาจศาลต้อง

⁴⁶ Article 19(1)(b) of Rome Statute of International Criminal Court. “...A State which has jurisdiction over case, on the ground that it is investigating or prosecuting the case or has investigated or prosecuted;...”

⁴⁷ Gerhard Hafner, “The status of third states before the International Criminal Court,” in *The Rome Statute of International Criminal Court A challenge to impunity*, Mauro Politi and Giuseppe Nesi (ed.) (United States: Ashgate Publishing, 1998), p. 245.

ให้ความร่วมมือแก่ศาลโดยไม่ชักช้า หรือไม่มีข้อยกเว้นใดตามภาค 9 โดยไม่ได้ระบวมถึงการ บังคับตามคำพิพากษาซึ่งอยู่ในภาค 10 ซึ่งในส่วนนี้ผู้วิจัยเห็นว่าธรรมนูญกรุงโรมได้กำหนดว่าการ ลงโทษจำคุกต้องอยู่ภายใต้การควบคุมดูแลของศาล (ข้อ 106) และรัฐนั้นต้องไม่ปล่อยตัวบุคคล นั้นก่อนสิ้นสุดการลงโทษตามคำพิพากษาของศาล (ข้อ 110) ดังนั้นหากรัฐที่รับบุคคลนั้นไปจำคุก เป็นรัฐภาคี หรือไม่เป็นภาคีไม่ปฏิบัติตามเงื่อนไขการจำคุกที่ศาลกำหนด อาจปรับใช้หลักการที่รัฐ ไม่ให้ความร่วมมือต่อศาลมาใช้ในกรณีนี้ได้ กล่าวคือ กรณีที่รัฐภาคีไม่ปฏิบัติตามการบังคับให้เป็นไป ตามคำพิพากษาแล้วก็สามารถแจ้งไปยังสมัชชารัฐภาคีพิจารณา แต่หากเป็นกรณีที่รัฐไม่เป็นภาคี ถูกเสนอสถานการณ์โดยคณะมนตรีความมั่นคง ก็ให้แจ้งต่อคณะมนตรีความมั่นคงเพื่อดำเนิน มาตรการแก่รัฐดังกล่าวได้ ประเด็นดังกล่าวนี้ยังคงเป็นปัญหาในทางปฏิบัติซึ่งจะต้องพิจารณาจาก การดำเนินงานของศาลต่อไป

นอกจากโทษจำคุกแล้วยังมีการปรับ และริบทรัพย์ โดยการบังคับคดีนั้น รัฐภาคีต้องดำเนินการปรับหรือริบทรัพย์สืบตามคำสั่งศาลอาญาระหว่างประเทศ แต่หากว่ารัฐภาคี ไม่สามารถดำเนินการริบทรัพย์ได้ จะต้องดำเนินการเพื่อให้ได้มาซึ่งทรัพย์สินหรือสินทรัพย์ที่ศาลสั่ง ให้ริบ ทั้งนี้โดยไม่กระทบต่อสิทธิของบุคคลที่สาม ซึ่งกระทำการโดยสุจริต และเป็นไปตาม กระบวนการกฎหมายภายในของรัฐดังกล่าวด้วย เมื่อรัฐภาคีได้ทรัพย์สิน หรือรายได้ที่ได้จากการ บังคับคดีตามคำพิพากษาของศาลอาญาระหว่างประเทศแล้วต้องโอนไปยังศาลอาญาระหว่าง ประเทศ⁴⁸ ซึ่งเงินหรือทรัพย์สินที่ได้จากกรณีดังกล่าวนี้ศาลอาจสั่งให้โอนเข้ากองทุนที่ได้จัดตั้งขึ้น โดยมติของสมัชชารัฐภาคี เพื่อนำไปช่วยเหลือชดเชยให้แก่ผู้เสียหาย และครอบครัวของผู้เสียหาย จากอาชญากรรมภายในเขตอำนาจศาลนี้⁴⁹

อนึ่งการให้ความร่วมมือของรัฐภาคีตามที่รัฐธรรมนูญกำหนดในหมวด 9 รวมถึงความร่วมมือระหว่างประเทศอื่นๆที่ศาลระหว่างประเทศอาจร้องขอนี้ หากเกิดค่าใช้จ่ายขึ้น รัฐภาคีที่ได้รับคำร้องขอจะต้องเป็นผู้รับภาระในค่าใช้จ่ายนั้นเอง เว้นแต่ค่าใช้จ่ายบางประเภท เช่น ค่าใช้จ่ายในการแปลต่างๆ ฯลฯ⁵⁰ ศาลอาญาระหว่างประเทศจะเป็นผู้รับผิดชอบค่าใช้จ่ายนั้นเอง

⁴⁸ Article 109 of Rome Statute of International Criminal Court.

⁴⁹ Ibid., Art. 79 (1)-(2).

⁵⁰ Ibid., Art. 100.

นอกจากนี้ รัฐภาคียังมีหน้าที่จ่ายเงินอุดหนุนเพื่อเป็นค่าใช้จ่ายของศาล และสมัชชารัฐภาคีรวมทั้งสำนักงาน และองค์กรย่อยตามที่สมัชชาภาคีกำหนดในงบประมาณ ซึ่งเงินทุนดังกล่าวนอกจากจะได้รับจากรัฐภาคีแล้ว ยังมาจากองค์การสหประชาชาติเฉพาะค่าใช้จ่ายในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการเสนอเรื่องโดยคณะมนตรีความมั่นคงภายใต้ความเห็นของสมัชชาใหญ่สหประชาชาติ⁵¹ ยังมาจากเงินอุดหนุนโดยความสมัครใจของรัฐบาล องค์กรระหว่างประเทศ บุคคล บริษัท และองค์กรอื่นๆ มาเป็นเงินทุนเพิ่มเติมอีกด้วย⁵² ซึ่งเงินอุดหนุนที่รัฐภาคีชำระนี้มาจากการประเมินโดยสอดคล้องกับอัตราค่าบำรุงตามงบประมาณขององค์การสหประชาชาติ⁵³ กองทุนดังกล่าวนี้สมัชชาภาคีจะเป็นผู้ดูแลจัดการ นอกจากนี้หากรัฐค้างชำระเงินสนับสนุนค่าใช้จ่ายของศาลก็จะมีสิทธิออกเสียงในสมัชชาและในสำนักงาน⁵⁴

นอกจากรัฐภาคีจะมีหน้าที่ต้องให้ความร่วมมือกับศาลอาญาระหว่างประเทศทุกรูปแบบแล้ว ยังมีหน้าที่ที่ต้องปฏิบัติเป็นการทั่วไปด้วย โดยการที่รัฐต่างๆ เข้าร่วมเป็นภาคีธรรมนูญแล้วจะมีการก่อตั้งสมัชชารัฐภาคีธรรมนูญ โดยรัฐภาคีแต่ละรัฐจะมีผู้แทน 1 คน โดยในสำนักงานสมัชชามีประธาน 1 คน รองประธาน 2 คน และสมาชิก 18 คนที่ได้รับเลือกเป็นสมัชชาให้ดำรงตำแหน่งเป็นวาระ 3 ปี และรัฐภาคีแต่ละรัฐมีหนึ่งเสียงในการลงคะแนนในมติต่างๆ โดยสมัชชานี้มีหน้าที่จะต้องทำหน้าที่ในทางบริการของศาลอาญาระหว่างประเทศ อันได้แก่ การพิจารณา ควบคุมดูแล การบริหารงานด้านธุรการ การตรวจสอบการจัดการต่างๆ พิจารณา และกำหนดงบประมาณ วินิจฉัยปัญหาที่เกี่ยวกับการที่รัฐไม่ให้ความร่วมมือกับศาลอาญาระหว่างประเทศ ฯลฯ ซึ่งสำนักงานสมัชชาต้องมีการจัดประชุมขึ้นอย่างน้อยปีละ 1 ครั้ง เพื่อช่วยเหลือให้สมัชชาปฏิบัติหน้าที่ให้ลุล่วงไปได้ โดยการดำเนินการสมัชชาอาจจัดตั้งองค์กรย่อยขึ้นได้ตามความจำเป็นเพื่อเพิ่มประสิทธิภาพในการดำเนินงานของศาล⁵⁵

⁵¹ Ibid., Art. 115.

⁵² Ibid., Art. 116.

⁵³ Ibid., Art. 117.

⁵⁴ Ibid., Art. 112 (8).

⁵⁵ Ibid., Art. 112 (3-4).

3.1.1.3 ความรับผิดชอบของรัฐภาคีตามธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศ

เมื่อรัฐได้ทำความตกลงในสนธิสัญญาแล้วก็มีหน้าที่ต้องปฏิบัติตามพันธกรณีในสนธิสัญญากำหนด และจะต้องตระเตรียมกฎหมายภายในของตนให้สอดคล้องและรองรับพันธกรณีดังกล่าวได้ หากว่าฝ่ายนิติบัญญัติรัฐนั้นออกกฎหมายซึ่งขัดหรือแย้งกับพันธกรณีระหว่างประเทศ หรือไม่ได้ออกกฎหมายอนุวัติการให้เป็นไปตามพันธกรณี ก็ถือว่าเป็นการกระทำที่ละเมิดพันธกรณีอันทำให้รัฐมีความรับผิดชอบในทางกฎหมายระหว่างประเทศ โดยที่สาเหตุของการที่ยังไม่มีกฎหมายอนุวัติการเพื่อให้เป็นไปตามอนุสัญญาไม่ว่าจะเป็นความล่าช้าของสภานิติบัญญัติ หรือเป็นเพราะการละเลยก็ตามไม่ถือว่าเป็นข้อแก้ตัวได้⁵⁶

ตามหลักกฎหมายสนธิสัญญา หากภาคีอื่นเห็นว่าภาคีนั้นยังไม่ปฏิบัติตามพันธกรณีในสนธิสัญญา เนื่องจากไม่ได้บัญญัติกฎหมายภายในให้สอดคล้องกับพันธกรณีที่กำหนดในสนธิสัญญาแล้ว หากปรากฏเป็นเช่นที่ภาคีคู่สัญญาฝ่ายอื่นกล่าวอ้างจริง รัฐภาคีนั้นก็ต้องมีความรับผิดชอบระหว่างประเทศในฐานะที่ไม่ปฏิบัติตามสนธิสัญญา โดยจะอ้างกฎหมายภายในของตนมาปฏิเสธพันธกรณีตามสนธิสัญญาไม่ได้⁵⁷ ดังนั้นการที่รัฐไม่ปฏิบัติตามสนธิสัญญาจึงเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย เนื่องจากสนธิสัญญาเกิดขึ้นจากความตกลงระหว่างกันโดยสมัครใจ รัฐที่เป็นภาคีต้องปฏิบัติตามข้อกำหนดในสนธิสัญญาโดยสุจริต ดังนั้นเมื่อมีการฝ่าฝืนพันธกรณีจึงก่อให้เกิดความรับผิดชอบของรัฐผู้ไม่ปฏิบัติตามสนธิสัญญา

อนึ่ง ความรับผิดชอบของรัฐนั้นจะเกิดขึ้นเมื่อรัฐได้กระทำการ หรือละเว้นการกระทำอันเป็นการฝ่าฝืนพันธกรณีระหว่างประเทศ โดยไม่จำเป็นว่าจะเกิดจากความประมาท เลินเล่อ หรือจงใจ และหากการฝ่าฝืนพันธกรณีนั้นเป็นการฝ่าฝืนพันธกรณีตามจารีตประเพณีระหว่างประเทศ หรือหลักกฎหมายเด็ดขาด (Jus Cogens) แล้ว รัฐจะต้องมีความรับผิดชอบโดยไม่คำนึงว่าจะมีความเสียหายเกิดขึ้นหรือไม่⁵⁸

⁵⁶ สุโขทัยธรรมมาธิราช, มหาวิทยาลัย, เอกสารประกอบการสอนชุดวิชากฎหมายระหว่างประเทศ (International Law) หน่วย 7-15, หน้า 86.

⁵⁷ Article 27 of Vienna convention on the Law of Treaties.

⁵⁸ จุมพต สายสุนทร, กฎหมายระหว่างประเทศ เล่ม 3 (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2543), หน้า 84-85.

ในกรณีธรรมนูญกรุงโรมนี้ การไม่ให้ความร่วมมือกับศาลอาญาระหว่างประเทศจะส่งผลกระทบต่อประสิทธิภาพและการดำเนินงานของศาลอย่างมาก ซึ่งข้อ 86 แห่งธรรมนูญกรุงโรมได้กำหนดไว้ว่ารัฐภาคีต้องให้ความร่วมมืออย่างเต็มที่ เมื่อรัฐได้รับคำร้องขอจากศาลแล้วรัฐภาคีจะต้องดำเนินการตามคำขอของศาลนั้น หากรัฐภาคีไม่ให้ความร่วมมือกับศาลอาญาระหว่างประเทศ อันเป็นการขัดกับบทบัญญัติในธรรมนูญกรุงโรม และขัดขวางการปฏิบัติหน้าที่ของศาล ศาลอาจส่งเรื่องดังกล่าวไปยังสมัชชารัฐภาคีเพื่อพิจารณาประเด็นดังกล่าว โดยอาจดำเนินการประณามความล้มเหลวของรัฐภาคี และอาจดำเนินการนอกเหนือจากนี้โดยอาจพิจารณาใช้มาตรการตอบโต้ที่เหมาะสม แต่หากไม่ได้รับการสนับสนุนข้างมากของสมัชชารัฐภาคีในการดำเนินการต่อรัฐภาคีดังกล่าวประเด็นนี้อาจตกไป⁵⁹ หรือในกรณีที่คณะมนตรีความมั่นคงเป็นผู้เสนอเรื่องเข้าสู่การพิจารณาของศาลอาญาระหว่างประเทศ ศาลก็อาจส่งเรื่องไปยังคณะมนตรีความมั่นคงเพื่อบังคับให้รัฐปฏิบัติตามคำร้องขอของศาลต่อไป⁶⁰ แต่กรณีที่รัฐปฏิเสธการให้ความร่วมมือ โดยมีเหตุผลเพื่อความมั่นคงของรัฐแล้วก็ไม่เป็นการขัดต่อพันธกรณีตามบทบัญญัติแห่งธรรมนูญกรุงโรม และไม่ต้องมีความรับผิดชอบ

ดังนั้นหากรัฐภาคีไม่ปฏิบัติตามพันธกรณีในการให้ความร่วมมือกับศาลตามที่กำหนดในธรรมนูญกรุงโรม หากศาลไม่ได้รับความร่วมมือจะทำให้รัฐนั้นต้องรับผิดชอบในทางระหว่างประเทศตามหลักกฎหมายสัญญาต้องเป็นสัญญา (Pacta Sunt Servanda) ก็จะทำให้เกิดความรับผิดชอบของรัฐดังกล่าวได้ ซึ่งความรับผิดชอบในทางระหว่างประเทศในการขาดใช้ความเสียหายนั้นอาจมีได้หลายลักษณะ เช่น การทำให้กลับคืนสู่สภาพเดิม (Restitution) การชดเชยค่าเสียหาย (Indemnity) การทำให้พอใจ (Satisfaction)⁶¹ โดยจะยกบทบัญญัติกฎหมายภายในมาเป็นข้อแก้ตัวบอกปิดไม่รับผิดชอบไม่ได้ ซึ่งจะต้องพิจารณาต่อไปถึงหลักความรับผิดชอบของรัฐว่าใครเป็นผู้เสียหาย ใครจะเป็นผู้เรียกร้องค่าเสียหายจากรัฐที่ไม่ให้ความร่วมมือกับศาลอาญาระหว่างประเทศได้

⁵⁹ Bruce Broomhall, *International Justice & The International Criminal Court Between Sovereignty and the Rule of Law* (New York: Oxford University Press, 2003), p. 116.

⁶⁰ กรรภิรมย์ สุนทรนาเวศ, “ศาลอาญาระหว่างประเทศ,” (วิทยานิพนธ์ปริญญาโท สาขาวิชานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2542), หน้า 62-63.

⁶¹ จุมพต สายสุนทร, *กฎหมายระหว่างประเทศเล่ม 3*, หน้า 152-153.

3.1.1.4 การใช้เขตอำนาจศาลอาญาระหว่างประเทศต่อรัฐภาคี

เมื่อรัฐให้สัตยาบันเป็นภาคีธรรมนูญกรุงโรมแล้วก็เป็นกรยอมรับการใช้เขตอำนาจของศาล และพันธกรณีต่างๆที่เกิดขึ้น โดยศาลจะสามารถใช้เขตอำนาจได้ตามเงื่อนไขและกลไกที่ได้กำหนดในธรรมนูญ กล่าวคือ เมื่อมีอาชญากรรมตามที่กำหนดในธรรมนูญเกิดขึ้นในดินแดนของรัฐภาคี หรือผู้กระทำผิดเป็นผู้มีสัญชาติของรัฐภาคี และมีการเสนอคดีดังกล่าวสู่ศาลอาญาระหว่างประเทศโดยรัฐภาคี การริเริ่มสืบสวนของอัยการ หรือ การเสนอสถานการณ์โดยคณะมนตรีความมั่นคง ซึ่งเมื่อศาลพิจารณาแล้วคดีมีมูลและรัฐที่มีเขตอำนาจนั้นไม่สามารถหรือไม่เต็มใจอย่างแท้จริงที่จะดำเนินคดี ศาลอาญาระหว่างประเทศก็จะทำหน้าที่เป็นศาลเสริมเขตอำนาจศาลภายในและจะรับคดีนั้นไว้พิจารณาได้ โดยศาลจะทำหน้าที่พิจารณาพิพากษาคดีดังกล่าวหากไม่มีการคัดค้านเขตอำนาจศาลหรือการรับคดีไว้พิจารณา และระหว่างที่มีการสืบสวนสอบสวนดำเนินคดี ศาลอาญาระหว่างประเทศมีอำนาจที่จะร้องขอความร่วมมือต่างๆจากรัฐภาคี ซึ่งเป็นหน้าที่ของรัฐภาคีที่จะต้องให้ความร่วมมืออย่างเต็มที่อยู่แล้ว ซึ่งต่อมาเมื่อการพิจารณาเสร็จสิ้นมีคำพิพากษาแล้วศาลอาญาระหว่างประเทศอาจกำหนดให้รัฐภาคีต้องร่วมกันรับผิดชอบในการบังคับคดีให้เป็นไปตามคำพิพากษาดังกล่าวด้วย ดังรายละเอียดที่ได้กล่าวมาแล้ว

3.1.2 พันธกรณีของรัฐที่ลงนามแต่ยังไม่ให้สัตยาบันต่อธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศ

รัฐลงนาม หมายถึง รัฐที่ได้ลงนามในสนธิสัญญา โดยการลงนามนั้นเป็นการแสดงท่าทีเห็นด้วย และยอมรับในวัตถุประสงค์และความถูกต้องของสนธิสัญญา และต้องมีการดำเนินการให้สัตยาบันในขั้นต่อไปจึงจะถือว่ารัฐนั้นเข้าเป็นภาคี ดังนั้นในขั้นตอนที่รัฐได้ลงนามไว้ นั้นยังไม่ถือว่ารัฐนั้นเป็นภาคีของสนธิสัญญา การลงนามไม่มีผลผูกพันตามกฎหมายที่รัฐต้องปฏิบัติตามสนธิสัญญานั้น แต่มีผลผูกพันต่อรัฐ 2 ประการ คือ⁶²

1. รัฐต้องพยายามโดยสุจริตใจที่จะให้มีการให้สัตยาบัน และ
2. รัฐจะต้องไม่กระทำการใดที่จะเป็นการลบล้างวัตถุประสงค์ของสนธิสัญญาจนกว่าจะแสดงออกโดยชัดแจ้งว่าจะไม่เข้าเป็นภาคีของสนธิสัญญานั้น⁶³

⁶² บรรณมา วังวิวัฒน์, “กระบวนการจัดทำสนธิสัญญาและความตกลงระหว่างประเทศทางปฏิบัติของไทย,” วารสารอัยการ, 15,155: 14.

⁶³ Article 18 Vienna Convention on the Law of Treaties 1969.

พันธกรณีดังกล่าวจะเกิดขึ้นเมื่อรัฐได้ลงนามในสนธิสัญญา รูปแบบที่ต้องมีการให้สัตยาบัน การยอมรับ หรือการให้ความเห็นชอบ โดยรัฐที่ลงนามนั้นมีพันธกรณีตราบเท่าที่รัฐนั้นยังไม่แสดงเจตจำนงไม่เข้าร่วมเป็นภาคีสนธิสัญญา ดังนั้นในขณะที่ยังไม่มีการให้สัตยาบันจึงถือว่ารัฐลงนามมีสถานะเป็นรัฐที่ไม่เป็นภาคีรัฐหนึ่ง แต่การลงนามนั้นจะก่อให้เกิดพันธกรณีแก่รัฐนั้นในฐานะพันธกรณีที่เกิดจากความประพฤติ ซึ่งอาจก่อให้เกิดความรับผิดชอบของรัฐผู้ฝ่าฝืนพันธกรณีจากความประพฤตินี้ได้ พันธกรณีดังกล่าวเกิดจากกฎหมายจารีตประเพณีซึ่งมีที่มาจากหลักสุจริต (Bona fide) ข้อ 18 ของอนุสัญญาเวียนนาว่าด้วยสนธิสัญญานั้นมีหลักว่า แม้สนธิสัญญาจะยังไม่เกิดผลผูกพัน แต่การลงนามแสดงให้เห็นได้ถึงเจตจำนงของรัฐบางประการว่าอย่างน้อยก็ต้องเห็นชอบด้วยกับวัตถุประสงค์อันเป็นสาระสำคัญของสนธิสัญญานั้น มิเช่นนั้นรัฐนั้นก็คงจะไม่ลงนามสนธิสัญญา⁶⁴

การลงนามในสนธิสัญญานี้ก่อให้เกิดพันธกรณีดังกล่าวซึ่งเรียกว่า พันธกรณีอันเกิดจากการลงนามในสนธิสัญญา (interim obligation) ตามที่กำหนดในข้อ 18 แห่งอนุสัญญาเวียนนาว่าด้วยสนธิสัญญา พันธกรณีนี้เป็นเหตุผลหนึ่งที่จะทำให้รัฐพิจารณาว่าจะเข้าร่วมลงนามหรือไม่เพียงใด หรืออาจจะทำให้รัฐตัดสินใจที่จะไม่เข้าร่วมลงนาม อันส่งผลกระทบต่อการใช้สัตยาบันต่อไป เพราะรัฐต่างก็มีอิสระที่จะกำหนดพันธกรณีแก่ตนเอง แต่การลงนามนั้นไม่ได้ทำให้เกิดหน้าที่ที่จะต้องให้สัตยาบันในอนาคต⁶⁵

การลงนามธรรมนูญกรุงโรมเพื่อจะเข้าร่วมเป็นภาคีกับศาลอาญาระหว่างประเทศก็ก่อให้เกิด interim obligation เช่นกัน ซึ่งเป็นผลกระทบโดยตรงจากการที่รัฐนั้นเข้าลงนามในธรรมนูญกรุงโรมและเป็นเหตุผลสำคัญที่สหรัฐอเมริกาเพียงแต่ลงนามแล้วก็ถอนการลงนามไปไม่ยอมให้สัตยาบันเข้าร่วมเป็นภาคี แสดงให้เห็นว่าสหรัฐอเมริกาต้องการหลีกเลี่ยง interim obligation ที่จะเกิดขึ้นหลังจากที่ธรรมนูญกรุงโรมมีผลบังคับใช้แล้ว อันจะส่งผลให้สหรัฐอเมริกา มีพันธกรณีดังกล่าว ในเรื่องการถอนการลงนามนี้มีผู้เห็นว่า หากรัฐลงนามรู้สึกว่าเป็น interim obligation เป็นภาระยุ่งยาก และคิดว่าจะดำเนินการอันละเมิดวัตถุประสงค์และความมุ่งหมายของสนธิสัญญาก็สามารถถอนตัวเองออกได้ ซึ่งเป็นทางออกที่ง่ายดายของการบังคับใช้ interim

⁶⁴ จุมพต สายสุนทร, ฎหมายระหว่างประเทศ เล่ม 3, หน้า 80-81.

⁶⁵ Edward T. Swain, "Unsigning," *Stanford Law Review* (May 2003). [online]

obligation และถือเป็นความล้มเหลวของรัฐลงนามในกระบวนการที่นำสู่การให้สัตยาบัน⁶⁶ ซึ่งผู้วิจัยเห็นว่าอาจกลายเป็นข้อได้เปรียบของรัฐลงนามต่อรัฐภาคี เพราะตามหลักสนธิสัญญารัฐภาคีจะถอนตัวได้ต่อเมื่อมีสิทธินั้น และต้องแจ้งเจตจำนงของตนโดยทำเป็นหนังสือก่อนที่จะบอกเลิกหรือถอนตัวจากสนธิสัญญาแก่ภาคีอื่นๆล่วงหน้าไม่น้อยกว่า 12 เดือน⁶⁷ ถ้าเป็นกรณีการถอนตัวจากการเป็นภาคีธรรมนูญกรุงโรม รัฐภาคีนั้นจะต้องแจ้งเป็นลายลักษณ์อักษรถึงเลขาธิการองค์การสหประชาชาติโดยที่การถอนตัวนั้นจะมีผลหลังจากหนึ่งปีนับแต่วันที่ได้รับการแจ้งนั้น เว้นแต่การแจ้งการถอนตัวดังกล่าวจะระบุวันที่หลังจากนั้น และการถอนตัวจากธรรมนูญกรุงโรมจะไม่ทำให้รัฐภาคีหลุดพ้นจากพันธกรณีที่เกิดขึ้นในขณะที่เป็นภาคีด้วย⁶⁸ ซึ่งหมายความว่ารัฐที่แค่ลงนามสามารถถอนตัวได้เร็วกว่าการเป็นภาคีซึ่งต้องมีความรับผิดชอบต่อพันธกรณีของตนที่เกิดขึ้นก่อนหน้านั้น

3.1.2.1 สิทธิของรัฐลงนามตามธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศ

สิทธิที่รัฐจะได้รับจากการลงนามในธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศ ได้แก่

1. รัฐลงนามมีสิทธิยอมรับเขตอำนาจศาลอาญาระหว่างประเทศเหนืออาชญากรรมที่เป็นปัญหา โดยทำคำประกาศมอบให้แก่นายทะเบียนตามที่กำหนดในข้อ 12(3) แห่งธรรมนูญกรุงโรม ซึ่งกรณีนี้ศาลจะสามารถใช้เขตอำนาจเหนืออาชญากรรมที่รัฐนั้นยอมรับเขตอำนาจศาล โดยที่การยอมรับเขตอำนาจศาลนี้จะก่อให้เกิดหน้าที่ในการให้ความร่วมมือกับศาลด้วย
2. แม้รัฐลงนามแต่ยังไม่ให้สัตยาบันแก่ธรรมนูญกรุงโรมจะไม่มีหน้าที่ต้องให้ความร่วมมือกับศาล แต่ธรรมนูญเปิดโอกาสให้รัฐนั้นสามารถทำความตกลงเฉพาะกิจเพื่อให้ความร่วมมือกับศาลได้ อันเป็นการส่งเสริมให้รัฐยอมรับให้ความร่วมมือกับศาลโดยมีขอบเขต

⁶⁶ Ibid.

⁶⁷ Article 56 of Vienna Convention on the Law of Treaties 1969.

⁶⁸ Article 127 of Rome Statute of International Criminal Court.

จำกัดอยู่ในความตกลงดังกล่าว ทั้งนี้การได้มาซึ่งความร่วมมือจากรัฐดังกล่าวจะช่วยส่งเสริมให้ศาลสามารถดำเนินคดีได้อย่างมีประสิทธิภาพยิ่งขึ้น

3. รัฐลงนามมีสิทธิคัดค้านได้แย้งเขตอำนาจศาลอาญาระหว่างประเทศ และการรับคดีไว้พิจารณาได้ หากว่ารัฐนั้นมีเขตอำนาจเหนือคดี และกำลังดำเนินการสืบสวนสอบสวน ฟ้องร้องดำเนินคดีอยู่ หรือได้กระทำการดังกล่าวไปแล้วตามหลักการเสริมเขตอำนาจของศาลอาญาระหว่างประเทศ⁶⁹ หากศาลภายในไม่สามารถพิจารณาคดีได้อย่างมีประสิทธิภาพ โปร่งใส และยุติธรรม ศาลอาญาระหว่างประเทศมีโอกาสนำคดีไปพิจารณาเอง เนื่องจากการรับคดีเข้าสู่ศาลนั้นไม่จำเป็นต้องให้ทุกรัฐที่มีเขตอำนาจเหนือ ยอมรับเขตอำนาจศาลก่อน เพียงแค่รัฐเดียวยอมรับก็พอแล้ว

4. เมื่อได้รับคำร้องขอความร่วมมือให้จัดหาเอกสาร ข้อมูลจากรัฐภาคีที่ได้รับคำร้องขอจากศาลอาญาระหว่างประเทศ รัฐลงนามนั้นมีสิทธิปฏิเสธที่จะเปิดเผยเอกสารหรือข้อมูลที่อยู่ในรัฐนั้นได้⁷⁰ หรือเมื่อรัฐนั้นทราบว่ามีข้อมูลหรือเอกสารนั้นกำลัง หรือน่าจะถูกเปิดเผย และการเปิดเผยนั้นจะกระทบต่อผลประโยชน์ด้านความมั่นคงแห่งชาติตน รัฐนั้นมีสิทธิแทรกแซงเพื่อขอรับคำวินิจฉัยในประเด็นดังกล่าวได้⁷¹

5. มีสิทธิให้เงินอุดหนุนโดยความสมัครใจเป็นเงินทุนเพิ่มเติมในกองทุนของศาลอาญาระหว่างประเทศ⁷² ซึ่งเงินอุดหนุนที่ได้มานี้จะเป็นเงินทุนของศาลเพื่อใช้เป็นค่าใช้จ่ายของศาล สมัชชาภาคี รวมถึงองค์กรย่อยของศาลในการดำเนินงาน

6. สิทธิในการเข้าร่วมประชุมในการประชุมต่างๆ แต่มีสิทธิเพียงเข้าร่วมประชุม ได้มีโอกาสแสดงความคิดเห็นและทำที่เท่านั้น แต่ไม่สามารถ ลงคะแนนในกรณีต่างๆได้

⁶⁹ Ibid., Art. 17(2).

⁷⁰ Ibid., Art. 73.

⁷¹ Ibid., Art. 72(4).

⁷² Ibid., Art. 116.

7. มีสิทธิได้รับข้อมูลข่าวสารที่สำคัญต่างๆ และสามารถได้รับคำแนะนำจากหน่วยงานที่เกี่ยวข้องกับการจัดตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศ (Preparatory Commission : PrepCom)⁷³

3.1.2.2 หน้าที่ของรัฐลงนามตามธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศ

การลงนามของรัฐยังไม่ก่อให้เกิดพันธกรณีตามสนธิสัญญา แต่รัฐนั้นจะได้รับผลกระทบโดยตรงจากการลงนาม โดยที่จะมีหน้าที่จะไม่กระทำการอันใดอันเป็นการขัดต่อวัตถุประสงค์ของสนธิสัญญา ซึ่งวัตถุประสงค์ของธรรมนูญกรุงโรม คือ เพื่อดำเนินคดีกับปัจเจกชนที่มีความรับผิดชอบต่อการก่ออาชญากรรมที่มีความร้ายแรงที่อยู่ภายใต้เขตอำนาจศาล อันเป็นการคุกคามต่อสันติภาพและความมั่นคง และส่งผลกระทบต่อประชาคมระหว่างประเทศ โดยไม่ยอมรับการอ้างความคุ้มกันเพื่อยกเว้นโทษ ทั้งนี้เพื่อขจัดและป้องปรามการเกิดอาชญากรรมดังกล่าว และถึงแม้ว่ารัฐนั้นจะไม่มีหน้าที่โดยตรงที่จะต้องให้ความร่วมมือกับศาล แต่ศาลอาจจะเชิญรัฐที่ไม่ได้เป็นภาคีซึ่งรวมถึงรัฐลงนามมาให้ความช่วยเหลือได้ด้วย แต่ถึงแม้ว่ารัฐลงนามจะยังไม่ถือเป็นรัฐภาคี ไม่มีหน้าที่โดยตรงตามที่ธรรมนูญกำหนด แต่ก็สามารถทำความตกลงพิเศษกับศาลเพื่อให้ความร่วมมือกับศาลได้ตามข้อ 87 ซึ่งจะให้มีหน้าที่ตามที่กำหนดในข้อตกลงนั้น

กรณีที่รัฐลงนามเป็นรัฐดินแดนที่อาจพบตัวผู้กระทำความผิด ศาลอาจส่งคำร้องขอให้ทำการจับและส่งมอบตัวบุคคลนั้น⁷⁴ ซึ่งในกรณีนี้รัฐนั้นต้องพิจารณาว่าบุคคลที่ขอให้มีการส่งตัวกำลังถูกดำเนินคดีอยู่หรือไม่ และต้องพิจารณาถึงพันธกรณีตามสนธิสัญญา หรือความตกลงระหว่างประเทศในการส่งผู้ร้ายข้ามแดนที่ตนมีต่อรัฐอื่นด้วย

ดังนั้นการลงนามของรัฐจะทำให้รัฐผูกพันตามหลักสุจริตที่จะไม่กระทำการขัดต่อวัตถุประสงค์ ขัดขวางการดำเนินงานของศาล อันจะทำให้ไม่บรรลุวัตถุประสงค์

⁷³ อัญชิสา เต็มพงศ์พัฒนา, “ผลกระทบที่ประเทศไทยจะรับในการเข้าเป็นภาคีธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศ ศึกษากรณีความร่วมมือระหว่างประเทศและการส่งผู้ร้ายข้ามแดน,” หน้า 187.

⁷⁴ Article 89(1) of Rome Statute of International Criminal Court.

รวมถึงไม่ดำเนินการใดที่ทำให้รัฐไม่อาจอนุวัติการสนธิสัญญานั้นได้ หากมีการให้สัตยาบันใน
อนาคต

3.1.2.3 ความรับผิดชอบของรัฐลงนามธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญา ระหว่างประเทศ

เนื่องจากรัฐที่ลงนามยังไม่ถือว่าเป็นภาคี รัฐนั้นจึงยังไม่มีพันธกรณีใด
ตามสนธิสัญญา แต่ธรรมนูญกรุงโรมนี้เป็นสนธิสัญญาที่เกิดจากการรวบรวมกฎหมายจารีต
ประเพณีระหว่างประเทศที่มีอยู่ก่อน มาเขียนเป็นลายลักษณ์อักษรขึ้น ดังนั้นโดยเนื้อหาของ
ธรรมนูญกรุงโรม ก็คือ กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ จึงมีผลผูกพันรัฐที่ไม่เป็นภาคีได้ใน
ฐานะกฎหมายระหว่างประเทศ⁷⁵

กรณีที่รัฐลงนามอาจต้องมีความรับผิดชอบตามธรรมนูญกรุงโรม ได้แก่
การละเมิดพันธกรณีที่มีอยู่ในฐานะรัฐลงนามที่จะไม่กระทำการใดอันเป็นการลบล้างวัตถุประสงค์
ของธรรมนูญกรุงโรม โดยรัฐนั้นอาจต้องรับผิดชอบหากว่ามีรัฐที่ได้รับความเสียหายจากการละเมิดนั้น
เรียกร้อง ซึ่งความรับผิดชอบก็จะเป็นไปตามกฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยความรับผิดของรัฐ โดย
อาจจะต้องรับผิดชอบโดยการทำให้กลับคืนสู่สภาพเดิม ชดใช้ค่าเสียหาย หรือทำให้พอใจ หรือใน
กรณีที่มีการให้การยอมรับเขตอำนาจศาลอาญาระหว่างประเทศ หรือทำความตกลงให้ความ
ร่วมมือกับศาลแล้วกระทำการละเมิดพันธกรณีดังกล่าวแล้ว ศาลอาญาระหว่างประเทศอาจแจ้ง
กรณีดังกล่าวแก่คณะมนตรีความมั่นคง และคณะมนตรีความมั่นคงอาจมีมาตรการกดดันให้รัฐนั้น
ปฏิบัติตามพันธกรณี นอกจากนี้หากคนชาติรัฐลงนามนั้นกระทำอาชญากรรมที่อยู่ภายใต้เขต
อำนาจศาลอาญาระหว่างประเทศ รัฐนั้นจะอ้างว่าไม่มีความรับผิด ไม่มีหน้าที่ดำเนินการต่อผู้ก่อ
อาชญากรรมเนื่องจากยังไม่เป็นภาคีธรรมนูญไม่ได้ เนื่องจากอาชญากรรมที่ระบุในธรรมนูญนั้น
ได้รับการยอมรับว่าเป็นกฎเกณฑ์ที่เป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศที่มีผลใช้บังคับเป็น
การทั่วไป (Erga Omnes) แม้จะไม่มีพันธกรณีโดยตรงตามธรรมนูญกรุงโรมแต่ก็ยังต้องคำนึงถึง
หลักกฎหมายระหว่างประเทศ และพันธกรณีซึ่งรัฐนั้นมีอยู่ในข้อตกลงต่างๆที่รัฐได้ทำไว้ด้วย

⁷⁵ Article 38 Vienna Convention on the Law of Treaties 1969.

3.1.2.4 การใช้เขตอำนาจศาลอาญาระหว่างประเทศต่อรัฐลงนาม

ในกรณีนี้รัฐลงนามยังไม่มีทำให้สัตยาบันจะถือว่ามีสถานะเป็นรัฐที่ไม่เป็นภาคีธรรมนูญ ซึ่งการใช้เขตอำนาจศาลอาญาระหว่างประเทศจะต้องพิจารณาไปในแนวทางเดียวกันกับรัฐที่ไม่เป็นภาคี กล่าวคือ จะต้องพิจารณาถึงการให้ความยินยอมของรัฐหรือการแสดงความคุ้มกันอันจะทำให้ศาลสามารถใช้เขตอำนาจ และร้องขอความร่วมมือจากรัฐนั้นได้ ดังจะกล่าวรายละเอียดในส่วนของรัฐไม่เป็นภาคี

3.1.3 พันธกรณีของรัฐที่ไม่เป็นภาคีต่อธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศ

รัฐที่ไม่เป็นภาคีหรือรัฐที่สาม ตามกฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยสนธิสัญญา กำหนดความหมายไว้ตรงกันข้ามกับความหมายของรัฐภาคี⁷⁶ ซึ่งหมายถึง รัฐที่ไม่ได้ยินยอมผูกพันตามสนธิสัญญาให้สนธิสัญญามีผลใช้บังคับกับรัฐดังกล่าว โดยรัฐที่ไม่เป็นภาคีนี้มิได้ดำเนินการใดๆที่แสดงการยอมรับ หรือเข้าร่วมผูกพันตนเพื่อมีพันธกรณีดังกล่าว ในกรณีธรรมนูญกรุงโรมรัฐที่ไม่เป็นภาคีก็คือรัฐที่ไม่ได้ให้สัตยาบันแก่ธรรมนูญ รวมถึงรัฐที่ลงนามไว้แต่ยังไม่ได้ให้สัตยาบันด้วย

หลักสำคัญของกฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยสนธิสัญญา คือ “บุคคลที่สามย่อมไม่อาจอ้างประโยชน์จากสัญญา หรือไม่อาจถูกบังคับตามสัญญาได้” (Pacta tertiis nec nocent nec prosunt) เพราะว่าตามหลักแล้ว สนธิสัญญาจะมีผลเฉพาะระหว่างรัฐภาคีเท่านั้น ดังนั้นบุคคลอื่นที่มีได้เป็นภาคีสัญญาด้วยจึงไม่อาจอ้างประโยชน์จากสัญญาหรือไม่อาจถูกบังคับตามสัญญาได้ เพราะไม่มีความผูกพันตามกฎหมายต่อกัน(res inter alios acta)⁷⁷ หลัก Pacta tertiis nec nocent nec prosunt เป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ และบัญญัติไว้ในอนุสัญญาเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา 1969 ข้อ 34 ซึ่งมีหลักว่า “สนธิสัญญาย่อมไม่ก่อพันธกรณี หรือสิทธิใดๆแก่รัฐที่สามโดยปราศจากความยินยอมของรัฐที่สามนั้น” นอกจากนี้ในอนุสัญญาดังกล่าวยังกำหนดข้อยกเว้นที่สนธิสัญญาจะมีผลต่อรัฐที่ไม่เป็นภาคีได้ ได้แก่

⁷⁶ Article 2(1) of Vienna Convention on the Law of treaties 1969.

⁷⁷ ประสิทธิ์ เอกบุตร, กฎหมายระหว่างประเทศเล่มที่ 1 สนธิสัญญา, หน้า 155.

1. เมื่อมีข้อกำหนดในสนธิสัญญา โดยที่ภาคีมีเจตนาให้สนธิสัญญามีผลสร้างพันธกรณีต่อรัฐที่สามและรัฐที่สามนั้นให้การยอมรับอย่างชัดแจ้งเป็นลายลักษณ์อักษร⁷⁸
2. ภาคีตกลงในสนธิสัญญาให้สิทธิแก่รัฐที่สาม หากรัฐนั้นยินยอมก็จะถือว่าได้สิทธิที่กำหนดขึ้น⁷⁹
3. สนธิสัญญาจะผูกพันรัฐที่สามได้โดยปราศจากการให้ความยินยอม หากเป็นกรณีที่ถูกเกณฑ์ที่กำหนดในสนธิสัญญานั้นเป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ ก็สามารถเข้ากับรัฐที่สามได้ในฐานะที่เป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ⁸⁰

จะเห็นได้ว่าการที่สนธิสัญญาจะมีผลผูกพันต่อรัฐที่ไม่เป็นภาคีเกิดขึ้นจาก 2 กรณี คือ การให้ความยินยอมของรัฐที่ไม่ได้เป็นภาคีนั้น และผูกพันโดยอัตโนมัติในฐานะที่เป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ ในกรณีหลังนี้ หากปรากฏว่ากฎเกณฑ์ในสนธิสัญญากลายมาเป็นจารีตประเพณีระหว่างประเทศในภายหลัง หรือการจัดทำสนธิสัญญาเป็นการประมวลเอากฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศที่มีอยู่ก่อน มาเขียนเป็นลายลักษณ์อักษร เนื้อหาของสนธิสัญญานั้นก็คือกฎหมายจารีตประเพณี จึงย่อมมีผลผูกพันรัฐที่สามได้ สนธิสัญญานี้จึงถือว่าเป็นการประกาศยืนยันกฎหมายจารีตประเพณีที่มีอยู่ก่อน และเป็นการรับรองสถานะทางกฎหมายของกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศด้วย⁸¹

เนื่องจากกฎเกณฑ์ในธรรมนูญกรุงโรมนั้นเป็นการประมวลกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศที่มีอยู่ก่อนแล้ว ได้แก่ การกระทำอาชญากรรมอันเป็นการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ อาชญากรรมสงคราม หรืออาชญากรรมต่อมนุษยชาติ สนธิสัญญาที่เป็นกฎหมายจารีตประเพณีจึงมีผลผูกพันรัฐที่ไม่เป็นภาคีได้ โดยมีผลผูกพันในฐานะสนธิสัญญาซึ่งมีผลผูกพันเฉพาะภาคี และในฐานะกฎหมายระหว่างประเทศ ดังนั้นรัฐที่ไม่เป็นภาคีจึงต้องผูกพันตามกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศที่ธรรมนูญกรุงโรมได้ประมวลขึ้นโดยไม่จำเป็นต้องให้ความยินยอม

⁷⁸ Article 35 of Vienna Convention on the Law of Treaty 1969.

⁷⁹ Ibid., Art. 36(1).

⁸⁰ Ibid., Art. 38.

⁸¹ ประสิทธิ์ เอกบุตร, กฎหมายระหว่างประเทศเล่มที่ 1 สนธิสัญญา, หน้า165.

3.1.3.1 สิทธิของรัฐไม่เป็นภาคีตามธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศ

การไม่เข้าเป็นภาคีสันติสัญญาจะไม่ก่อให้เกิดสิทธิแก่รัฐนั้น ธรรมนูญกรุงโรมก็ไม่ได้ก่อให้เกิดสิทธิแก่รัฐที่ไม่เป็นภาคีเช่นเดียวกับที่รัฐภาคีได้รับ ดังนั้นสิทธิที่มีก็อาจมีอยู่ตามหลักกฎหมายทั่วไป และหลักกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ ตามบทบัญญัติแห่งธรรมนูญนี้เปิดโอกาสอันเป็นการให้สิทธิแก่รัฐไม่เป็นภาคีในการที่จะยอมรับเขตอำนาจศาลอาญาระหว่างประเทศในอาชญากรรมที่เป็นปัญหา โดยทำเป็นคำประกาศมอบให้แก่นายทะเบียน⁸² การให้ความยินยอมแก่ศาลนี้ก่อให้เกิดพันธกรณีขึ้นดังจะกล่าวในส่วนของหน้าที่ของรัฐที่ไม่เป็นภาคีต่อไป แต่ก่อนที่จะมีการดำเนินคดีโดยศาลอาญาระหว่างประเทศ รัฐที่ไม่เป็นภาคีนี้ยังคงมีสิทธิดำเนินคดีด้วยตนเองตามกฎหมายภายในของรัฐตนก่อนตามหลักการเสริมเขตอำนาจของศาลอาญาระหว่างประเทศ (Complementarity) ซึ่งเมื่อรัฐนั้นได้สืบสวนสอบสวน ดำเนินคดีนั้นแล้ว ก็สามารถคัดค้านการรับคดีไว้พิจารณาของศาลอาญาระหว่างประเทศได้ โดยมีบรรทัดฐานในการพิจารณาดังนี้ คือ ความไม่เต็มใจและความไม่สามารถของรัฐอย่างแท้จริงที่จะดำเนินการสืบสวนสอบสวน ดำเนินคดี หรือบุคคลนั้นถูกดำเนินคดีไปแล้ว (ตามหลัก *ne bis in idem*) และความรุนแรงของการกระทำ สิทธิในการคัดค้านการรับคดีของศาลหรือการคัดค้านเขตอำนาจศาลนี้กระทำได้โดยบุคคลที่ถูกกล่าวหา, รัฐที่มีเขตอำนาจเหนือคดีที่กำลังดำเนินการสืบสวนสอบสวน ดำเนินคดีอยู่หรือรัฐไม่เป็นภาคีที่ให้การยอมรับเขตอำนาจศาลอาญาระหว่างประเทศ สิทธิในการคัดค้านนี้จะเกิดขึ้นทั้งในกรณีที่มีการยอมรับเขตอำนาจศาล หรือถูกเสนอคดีสู่ศาลโดยวิธีอื่นตามที่ธรรมนูญกำหนด เพราะการดำเนินการของศาลจะต้องเคารพการใช้เขตอำนาจของรัฐโดยศาลภายในก่อนตามหลักการเสริมเขตอำนาจเสมอ เพื่อประโยชน์แห่งความยุติธรรมและปกป้องอธิปไตยของรัฐ จะเห็นได้ว่าสิทธิในการคัดค้านนี้เกิดขึ้นได้หากว่ารัฐที่ไม่เป็นภาคีได้ดำเนินการสืบสวนสอบสวน หรือดำเนินกระบวนการยุติธรรมตามกฎหมายภายในของตน ซึ่งจะทำให้ศาลอาญาระหว่างประเทศไม่สามารถเข้ามาใช้เขตอำนาจเหนือคดีดังกล่าวได้

ต่อมาหากมีการดำเนินคดีโดยศาลอาญาระหว่างประเทศ หรือมีการยอมรับเขตอำนาจศาลแล้ว รัฐที่ไม่เป็นภาคีก็มีสิทธิตามข้อ 18 แห่งธรรมนูญกรุงโรม ที่จะขอให้อัยการศาลเลื่อนการสืบสวนสอบสวนไป 1 เดือน เพราะในบทบัญญัติข้อนี้ไม่ได้ระบุไว้ว่าแค่รัฐ

⁸² Article 12(3) of Rome Statute of International Criminal Court.

ภาคีเท่านั้นจึงจะมีสิทธิทำได้ ดังนั้นรัฐที่ไม่เป็นภาคีจึงสามารถทำคำขอเช่นนี้ต่อศาลอาญาระหว่างประเทศได้ นอกจากนี้รัฐที่ไม่เป็นภาคียังได้รับสิทธิอุทธรณ์คำวินิจฉัยขององค์คณะตุลาการพิจารณาเบื้องต้นว่าด้วยคำวินิจฉัยระหว่างสืบสวนสอบสวน เช่น คำวินิจฉัยที่ให้อัยการสามารถดำเนินการสืบสวนสอบสวนคดีได้ต่อองค์คณะอุทธรณ์ได้ตามข้อ 82⁸³

นอกจากนี้ธรรมนูญกรุงโรมยังกำหนดให้สิทธิแก่รัฐเพื่อคุ้มครองความมั่นคงของชาติในกรณีรัฐที่ไม่เป็นภาคีรู้ว่าข้อมูลหรือเอกสารของรัฐกำลัง หรือน่าจะถูกเปิดเผย อันส่งผลกระทบต่อความมั่นคงแล้ว รัฐนั้นมีสิทธิเข้าแทรกแซงเพื่อขอรับคำวินิจฉัยปัญหาในประเด็นดังกล่าวได้⁸⁴

รัฐที่ไม่เป็นภาคีถึงแม้ไม่มีสิทธิดังเช่นรัฐภาคี แต่ก็มีสิทธิที่มีอยู่ตามหลักกฎหมายทั่วไป และกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศเช่นเดียวกับรัฐลงนาม และในธรรมนูญกำหนดให้รัฐที่ไม่เป็นภาคีนั้นสามารถปฏิเสธการเปิดเผยข้อมูลที่ศาลขอได้ (ข้อ 73) และรัฐที่ไม่เป็นภาคีนั้นยังมีสิทธิที่จะปฏิเสธการยอมให้ศาลเปิดเผยข้อมูลหรือเอกสารที่เป็นความลับ หากรัฐที่ไม่เป็นภาคีนั้นได้รับการร้องขอจากรัฐภาคี⁸⁵

ในเรื่องสิทธิของรัฐที่ไม่เป็นภาคีนี้จะเห็นได้ว่าเกิดขึ้นทั้งในกรณีที่มีการยอมรับเขตอำนาจศาล หรือไม่ยอมรับเขตอำนาจแตกต่างกันไป อันจะก่อให้เกิดหน้าที่แก่รัฐที่ไม่เป็นภาคีด้วย

⁸³ Gerhard Hafner, “The status of third states before the International Criminal Court,” in The Rome Statute of International Criminal Court A challenge to impunity, p. 239.

⁸⁴ Article 72(4) of Rome Statute of International Criminal Court.

⁸⁵ Ibid., Art. 73.

3.1.3.2 หน้าที่ของรัฐไม่เป็นภาคีตามธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศ

แม้ว่าสนธิสัญญาจะไม่มีผลผูกพันต่อรัฐที่ไม่เป็นภาคีในการที่ต้องไม่กระทำการอันเป็นการขัดต่อวัตถุประสงค์ของสนธิสัญญาเช่นเดียวกับรัฐลงนาม ทำให้รัฐที่ไม่เป็นภาคีไม่มีหน้าที่ตามที่กำหนดในธรรมนูญกรุงโรม แต่ในเรื่องความร่วมมือ ศาลอาจเชิญรัฐดังกล่าวมาให้ความช่วยเหลือได้ (ข้อ 87(5)) และเนื่องจากวัตถุประสงค์ของธรรมนูญกรุงโรมเป็นหลักการที่มาจากกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศซึ่งรัฐต่างๆต้องเคารพกฎเกณฑ์นั้น ดังนั้นจึงมีผลกระทบต่อหน้าที่ของรัฐที่ไม่เป็นภาคีโดยปริยายในการที่จะไม่กระทำอาชญากรรมที่ถูกกำหนดไว้ในธรรมนูญ

โดยปกติแล้วรัฐที่ไม่เป็นภาคีไม่มีหน้าที่ใดตามธรรมนูญ เว้นแต่กรณีของรัฐไม่เป็นภาคียอมรับการใช้เขตอำนาจศาลอาญาระหว่างประเทศในอาชญากรรมที่เป็นปัญหา หรือถูกเสนอคดีโดยคณะมนตรีความมั่นคง หรือในกรณีที่รัฐที่สามได้ทำความตกลงทั่วไปหรือเฉพาะกิจในเรื่องความร่วมมือระหว่างรัฐที่ไม่เป็นภาคีกับศาลอาญาระหว่างประเทศตามข้อ 87(5) แต่ก็จะจะมีหน้าที่ตามที่กำหนดอยู่ในข้อตกลงเท่านั้น หากไม่มีข้อตกลงระหว่างรัฐที่ไม่เป็นภาคีกับศาลอาญาระหว่างประเทศ รัฐที่ไม่เป็นภาคีก็จะมีพันธกรณีใดที่จะต้องให้ความร่วมมือกับศาล นอกจากนี้ธรรมนูญกรุงโรมยังกำหนดเกี่ยวกับความร่วมมือจากรัฐที่สามไว้โดยตรง โดยที่ศาลอาจร้องขอให้ส่งมอบตัว หรือความช่วยเหลือจากรัฐที่สามได้ แม้ว่าจะไม่สอดคล้องกับพันธกรณีของรัฐที่ไม่เป็นภาคีนั้นหากว่ารัฐนั้นได้สละความคุ้มกันตั้งแต่แรก⁸⁶

อย่างไรก็ดีแม้ว่ารัฐที่ไม่เป็นภาคีธรรมนูญกรุงโรมจะไม่มีข้อตกลงกับศาลอาญาระหว่างประเทศ แต่ก็ยังมีพันธกรณีที่ต้องให้ความร่วมมือกับศาลโดยพิจารณาจากการที่ดีที่ถูกเสนอต่อศาล และธรรมชาติของอาชญากรรมที่อยู่ในเขตอำนาจศาลอาญาระหว่างประเทศ โดยที่⁸⁷

⁸⁶ Article 98(1) of Rome Statute of International Criminal Court.

⁸⁷ Giuseppe Nesi, "The Obligation to Cooperate with the International Criminal Court and States Not Party to the Statute," in The Rome Statute of International Criminal

- 1) หากสถานการณ์ถูกเสนอต่อศาลอาญาระหว่างประเทศโดยคณะมนตรีความมั่นคงตามหมวด 7 แห่งกฎบัตรสหประชาชาติตามข้อ 13(b) แห่งธรรมนูญกรุงโรม ซึ่งเป็นสถานการณ์ที่คุกคามต่อสันติภาพและความมั่นคง กรณีเช่นนี้จะเห็นว่าทุกรัฐสมาชิกของสหประชาชาติไม่ว่าจะเป็นภาคีธรรมนูญกรุงโรมหรือไม่ ต่างก็มีพันธกรณีตามที่กำหนดโดยกฎบัตรสหประชาชาติ ดังนั้นมติคณะมนตรีความมั่นคงที่ได้รับรองการเสนอสถานการณ์ต่อศาลอาญาระหว่างประเทศก็เป็นบ่อเกิดพันธกรณีของรัฐสมาชิกองค์การสหประชาชาติ ซึ่งการขยายพันธกรณีการให้ความร่วมมือถึงรัฐที่ไม่เป็นภาคีนี้ทำให้ธรรมนูญกรุงโรมเป็นรูปเป็นร่างขึ้น
- 2) พิจารณาจากธรรมชาติของอาชญากรรมที่อยู่ภายใต้เขตอำนาจศาลอาญาระหว่างประเทศ เช่น อาชญากรรมสงคราม เป็นอาชญากรรมที่กำหนดตามอนุสัญญาเจนีวา 1949 ที่ภาคีอนุสัญญานี้มีพันธกรณีที่ต้องเคารพ และดำเนินการตามอนุสัญญานี้ และพร้อมให้ความร่วมมือตามพิธีสารเพิ่มเติมฉบับที่ 1 ด้วย จึงทำให้เชื่อได้ว่าทุกรัฐภาคีแห่งอนุสัญญาเจนีวาและพิธีสารเพิ่มเติมดังกล่าวแม้ว่าจะไม่ได้เป็นภาคีธรรมนูญกรุงโรมก็มีพันธกรณีที่จะปราบปรามอาชญากรรมดังกล่าว

จะเห็นได้ว่าแม้รัฐที่ไม่เป็นภาคีแม้จะไม่มีพันธกรณี มีหน้าที่ตามธรรมนูญโดยตรง แต่ก็ยังต้องพิจารณาหน้าที่ตามกฎหมายระหว่างประเทศในฐานะที่เป็นสมาชิกหนึ่งในประชาคมระหว่างประเทศรวมถึงพันธกรณีของรัฐนั้นที่มีอยู่ก่อนด้วย

3.1.3.3 ความรับผิดชอบของรัฐไม่เป็นภาคีตามธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศ

ความรับผิดชอบของรัฐที่ไม่เป็นภาคีจะเกิดขึ้นต่อเมื่อกระทำการฝ่าฝืนกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ และหลักกฎหมายระหว่างประเทศทั่วไป หรือสนธิสัญญาอื่นที่เกี่ยวข้อง ดังนั้นรัฐที่ไม่เป็นภาคีธรรมนูญจะมีความรับผิดชอบตามธรรมนูญกรุงโรม ต่อเมื่อ รัฐนั้น

ได้ยอมรับเขตอำนาจศาล อันเป็นการยอมรับว่ารัฐที่ไม่เป็นภาคีดังกล่าวมีหน้าที่ต้องให้ความร่วมมือกับศาลอาญาระหว่างประเทศโดยไม่ชักช้า หรือไม่มีข้อยกเว้นตามที่กำหนดในข้อ 12(3) แห่งธรรมนูญกรุงโรม ดังนั้นหากรัฐที่ไม่เป็นภาคีฝ่าฝืนหรือไม่ให้ความร่วมมือก็就会有ความรับผิด เช่นเดียวกับรัฐภาคีที่ละเมิดพันธกรณีดังกล่าว

ในกรณีที่รัฐที่ไม่เป็นภาคีทำความตกลงเฉพาะกิจให้ร่วมมือกับศาลอาญาระหว่างประเทศไว้ตามข้อ 87(5) แล้วไม่ปฏิบัติตามที่ได้ตกลงกับศาลไว้ ศาลจะแจ้งไปยังสมัชชาวิสามัญให้พิจารณาประเด็นดังกล่าว หรือหากเป็นกรณีที่คณะมนตรีความมั่นคงเสนอสถานการณ์ที่คุกคามต่อสันติภาพ และความมั่นคงระหว่างประเทศต่อศาลอาญาระหว่างประเทศ ศาลก็จะแจ้งไปยังคณะมนตรีความมั่นคงให้ดำเนินมาตรการที่เหมาะสมโดยอาจใช้อำนาจตามหมวด 7 แห่งกฎบัตรสหประชาชาติ เพื่อให้รัฐที่ไม่เป็นภาคีให้ความร่วมมือตามคำร้องขอความร่วมมือของศาลอาญาระหว่างประเทศ⁸⁸

แต่หากเป็นกรณีที่รัฐที่ไม่เป็นภาคีไม่ให้ความร่วมมือกับศาลอาญาระหว่างประเทศ ด้วยเหตุผลว่าการเปิดเผยข้อมูลนั้นจะกระทบความมั่นคงแห่งชาติและข้อมูลหรือเอกสารนั้นเป็นความลับที่รัฐนั้นไม่ยินยอมเปิดเผย ให้รัฐที่ไม่เป็นภาคีนั้นแจ้งต่อศาลว่าไม่สามารถจัดหาเอกสารหรือข้อมูลให้ได้ และศาลจะทำได้แค่บันทึกเหตุดังกล่าวโดยไม่สามารถกำหนดความรับผิดหรือให้มีการชดเชยใดๆได้⁸⁹

3.1.3.4 การใช้เขตอำนาจศาลอาญาระหว่างประเทศต่อรัฐที่ไม่เป็นภาคี

ในเรื่องการใช้เขตอำนาจของศาลอาญาระหว่างประเทศต่อรัฐที่ไม่เป็นภาคี มีทั้งฝ่ายที่เห็นด้วยว่าศาลอาญาระหว่างประเทศสามารถใช้เขตอำนาจได้แม้ว่ารัฐนั้นจะไม่ใช่ภาคี และฝ่ายที่ไม่เห็นด้วย โดยฝ่ายที่ไม่เห็นด้วยนั้นอ้างว่าหากให้ศาลอาญาระหว่างประเทศสามารถใช้เขตอำนาจเหนือคนชาติรัฐที่ไม่เป็นภาคีได้จะเป็นการละเมิดหลักกฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยสนธิสัญญาที่ว่าสนธิสัญญาจะไม่ผูกพันต่อรัฐที่สามหากรัฐนั้นไม่ยินยอม และยังเป็นการกำหนดให้ศาลอาญาระหว่างประเทศมีเขตอำนาจสากลอีกด้วย ซึ่งแท้จริงแล้วศาลอาญา

⁸⁸ www.amnestyusa.org/icc/factsheet_10.pdf [2004, October 9]

⁸⁹ Article 73 of Rome Statute of International Criminal Court.

ระหว่างประเทศไม่ได้ถูกกำหนดให้มีเขตอำนาจสากล เนื่องจากการดำเนินงานของศาลยังคงถูกจำกัดอยู่ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ศาลจะต้องทำหน้าที่เป็นศาลเสริมเขตอำนาจศาลภายใน ดังนั้นศาลอาญาระหว่างประเทศจึงไม่สามารถใช้เขตอำนาจได้ทันที เพราะศาลอาญาระหว่างประเทศจะไม่สามารถดำเนินคดีได้หากรัฐที่มีเขตอำนาจสอบสวนนั้นสามารถและเต็มใจที่ดำเนินการ ศาลอาญาระหว่างประเทศไม่สามารถมีเขตอำนาจเหนือหรือแทรกแซงอธิปไตยของรัฐได้

ทั้งนี้เนื่องจากอาชญากรรมหลักที่กำหนดให้เป็นความผิดที่อยู่ในเขตอำนาจศาลอาญาระหว่างประเทศนั้นเป็นอาชญากรรมร้ายแรงที่ได้รับการยอมรับว่าเป็นอาชญากรรมที่มีเขตอำนาจสากลดังที่ได้กล่าวมาแล้วนั้น จึงหมายความว่าไม่ว่ารัฐนั้นจะเป็นภาคีธรรมนูญกรุงโรมหรือไม่ ต่างก็ยังมีเขตอำนาจในการดำเนินคดีอาชญากรรมเหล่านี้ โดยสามารถดำเนินคดีกับอาชญากรดังกล่าวได้ตามเขตอำนาจศาลภายในแต่ละรัฐ หรืออาจเป็นกรณีที่มีการเสนอคดีหรือยอมรับเขตอำนาจให้ศาลอาญาระหว่างประเทศพิจารณา หรือเป็นกรณีที่ศาลอาญาระหว่างประเทศเข้ามาทำหน้าที่เป็นศาลเสริมในการดำเนินคดีนั้นๆ แต่หากเป็นกรณีที่สถานการณ์นั้นอยู่ในเขตอำนาจรัฐที่ไม่เป็นภาคีรวมถึงรัฐลงนามแต่ยังไม่ให้สัตยาบันธรรมนูญกรุงโรม และไม่มีรัฐใดยอมรับเขตอำนาจศาลอาญาระหว่างประเทศ และเป็นกรณีที่คณะมนตรีความมั่นคงไม่เสนอสถานการณ์ดังกล่าวสู่ศาลอาญาระหว่างประเทศแล้ว ก็ไม่ได้หมายความว่าผู้กระทำความผิดนั้นจะหลุดพ้นจากความรับผิดชอบของตนได้ เพราะยังสามารถจัดตั้งศาลพิเศษขึ้นเพื่อพิจารณาคดีดังกล่าวได้ โดยอาจเป็นการจัดตั้งขึ้นโดยข้อมติของคณะมนตรีความมั่นคงก็ได้ ดังเช่นกรณีศาลพิเศษแห่งอิรักที่จัดตั้งขึ้นเพื่อพิจารณาคดีกับซัดดัม ฮุสเซน ในความผิดฐานอาชญากรรมต่อมนุษยชาติ เนื่องจากอิรักไม่ใช่รัฐที่เป็นภาคีธรรมนูญกรุงโรม อีกทั้งกรณีนี้คณะมนตรีความมั่นคงก็ไม่เสนอสถานการณ์ดังกล่าวสู่ศาลอาญาระหว่างประเทศด้วยอันเนื่องจากปัจจัยทางการเมืองระหว่างประเทศของสหรัฐอเมริกากับสถานการณ์ในอิรัก และความสัมพันธ์ของสหรัฐอเมริกากับคณะมนตรีความมั่นคง และศาลอาญาระหว่างประเทศ ดังนั้นแม้ว่ารัฐที่ไม่เป็นภาคีธรรมนูญกรุงโรมไม่พิจารณาคดีโดยศาลภายใน หรือศาลอาญาระหว่างประเทศไม่อาจใช้เขตอำนาจได้ก็ยังสามารถพิจารณาคดีนั้นโดยศาลพิเศษได้

อย่างไรก็ดีตามข้อกำหนดของธรรมนูญกรุงโรมแล้วศาลอาญาระหว่างประเทศจะใช้เขตอำนาจต่อรัฐที่ไม่เป็นภาคีได้ตามกลไกและเงื่อนไขต่างๆ อันได้แก่ รัฐที่ไม่เป็นภาคีให้ความยินยอม ยอมรับเขตอำนาจศาลเป็นกรณีๆ หรือเป็นกรณีที่เกิดอาชญากรรมในดินแดนในเขตอำนาจรัฐภาคี หรือกรณีที่ถูกละเมิดโดยคณะมนตรีความมั่นคงซึ่งเป็นกรณีที่รัฐที่ไม่เป็นภาคีนั้นไม่ต้องให้ความยินยอมก่อน

ก) การให้ความยินยอมของรัฐที่ไม่เป็นภาคีเป็นกรณีๆ

การที่รัฐเข้าเป็นภาคีธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศ ถือเป็นกรณียอมรับเขตอำนาจศาลอาญาระหว่างประเทศโดยอัตโนมัติ โดยมีต้องมีการให้ความยินยอมรับเขตอำนาจศาลเป็นกรณีๆไป ซึ่งตามธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศ ข้อ 12 กำหนดให้ศาลมีเขตอำนาจได้ต่อรัฐภาคีที่เป็นเจ้าของดินแดนที่อาชญากรรมได้เกิดขึ้น หรือต่อรัฐที่จดทะเบียนเรือ หรืออากาศยานที่อาชญากรรมเกิดขึ้นเป็นรัฐภาคี และมีเขตอำนาจต่อรัฐเจ้าของสัญชาติบุคคลที่ถูกกล่าวหาว่าประกอบอาชญากรรม นอกจากนี้ศาลอาญาระหว่างประเทศยังสามารถใช้เขตอำนาจต่อรัฐที่ไม่ได้เป็นภาคีธรรมนูญกรุงโรมแต่ยอมรับเขตอำนาจศาลอาญาระหว่างประเทศได้

ทั้งนี้ตามหลักสนธิสัญญาในอนุสัญญาเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ.1969 ได้กำหนดไว้ว่า สนธิสัญญาจะไม่ก่อให้เกิดพันธกรณีต่อรัฐที่สามโดยปราศจากความยินยอม⁹⁰ แต่ถ้าหากกฎเกณฑ์ที่ระบุในสนธิสัญญาเป็นจารีตประเพณีแล้วจะสามารถผูกพันรัฐที่สามได้โดยไม่ต้องอาศัยความยินยอมของรัฐที่สามนั้น⁹¹ ซึ่งอาชญากรรมที่กำหนดในธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศนั้นต่างก็ได้รับการยอมรับมาเป็นเวลานานแล้วว่าเป็นอาชญากรรมที่โหดร้าย รุนแรง ส่งผลกระทบต่อบุคคลจำนวนมาก สร้างความวิตกกังวลและความหวาดกลัวให้แก่ประชาคมโลก อาชญากรรมดังกล่าวถือว่าเป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ และเป็นกฎหมายเด็ดขาด (Jus Cogens) ที่ทุกรัฐไม่สามารถละเมิดได้ ดังนั้นแม้ว่ารัฐจะไม่ใช่ภาคีธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศ และไม่ยอมรับเขตอำนาจศาล แต่เพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ร่วมกันในการปราบปรามและนำตัวผู้กระทำอาชญากรรมร้ายแรงดังกล่าวมารับผิด โดยไม่ปล่อยให้บุคคลดังกล่าวลอยนวล ศาลอาญาระหว่างประเทศจึงสามารถมีเขตอำนาจเหนือคดีนั้นได้ โดยการจะนำคดีขึ้นสู่ศาลได้จะต้องผ่านกลไกต่างๆตามที่ธรรมนูญกำหนด

ด้วยเหตุนี้แม้ว่ารัฐที่ไม่เป็นภาคีดังเช่นสหรัฐอเมริกา หรือประเทศไทยจะไม่ได้ให้สัตยาบันธรรมนูญกรุงโรม แต่หากยินยอมด้วยความสมัครใจที่จะให้ศาลอาญาระหว่าง

⁹⁰ Article 34 Vienna Convention on the Law of Treaties 1969.

⁹¹ Ibid., Art. 38.

ประเทศมีเขตอำนาจศาลเหนือคนชาติรัฐที่ไม่เป็นภาคี หรือหากรัฐเจ้าของดินแดนที่คนชาติรัฐที่ไม่เป็นภาคีไปกระทำอาชญากรรมและได้ยอมรับเขตอำนาจศาล ศาลอาญาระหว่างประเทศก็สามารถมีเขตอำนาจพิจารณาคดีแม้ว่าจะไม่มีรัฐใดเป็นภาคีธรรมนูญกรุงโรมเลยทีเดียว

ข) การใช้เขตอำนาจตามหลักดินแดน

กรณีที่ผู้กระทำอาชญากรรมเป็นผู้ที่ถือสัญชาติของรัฐที่ไม่เป็นภาคี ได้กระทำความผิดในดินแดนของรัฐที่เป็นภาคี หรือบนเรือหรืออากาศยานที่จดทะเบียนโดยรัฐที่เป็นภาคี หรือปรากฏตัวในดินแดนของรัฐที่เป็นภาคี ซึ่งเป็นเหตุให้ศาลอาญาระหว่างประเทศสามารถใช้เขตอำนาจศาลเหนือกรณีดังกล่าวได้ ซึ่งการใช้เขตอำนาจตามหลักดินแดนนั้นถือเป็นรากฐานในการใช้เขตอำนาจในการพิจารณาคดีของศาลอาญาระหว่างประเทศ โดยที่ศาลจะไม่พิจารณาถึงการมีเขตอำนาจของรัฐเจ้าของสัญชาติของผู้เสียหาย แต่จะพิจารณาให้รัฐเจ้าของสัญชาติผู้ถูกกล่าวหา และรัฐดินแดนที่อาชญากรรมเกิดขึ้น หรือผู้กระทำผิดปรากฏตัวอยู่เท่านั้นที่จะมีเขตอำนาจได้

ในเรื่องการใช้เขตอำนาจเหนือดินแดนนั้น ได้มีกรณีที่ศาลสถิตยุติธรรมระหว่างประเทศ (Permanent International Court of Justice : PCIJ) สนับสนุนหลักการดังกล่าวคือ Lotus Case 1927 ซึ่งเป็นคดีตัวอย่างที่ถูกยกขึ้นมาอ้างบ่อยที่สุดในการพิจารณาคดีของศาลสถิตยุติธรรมระหว่างประเทศ (PCIJ) และศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ (International Court of Justice : ICJ)

Lotus Case เป็นกรณีพิพาทระหว่างฝรั่งเศสและตุรกี ในประเด็นที่ว่า ตุรกีจะมีเขตอำนาจที่จะดำเนินคดีกับลูกเรือฝรั่งเศสในความผิดฐานประมาทที่เกิดขึ้นในทะเลหลวงหรือไม่ ข้อเท็จจริงโดยย่อ คือ เรือฝรั่งเศสแล่นชนเรือตุรกีในทะเลหลวง ทำให้เรือตุรกีจม และมีชาวตุรกีเสียชีวิต 8 คน ต่อมาเมื่อเรือฝรั่งเศสจอดทอดสมอที่ท่าเรือของตุรกี เจ้าหน้าที่ตุรกีได้สอบสวนและดำเนินคดีอาญากับลูกเรือฝรั่งเศส โดยฝรั่งเศสต่อสู้ว่ารัฐเจ้าของธงเท่านั้นที่จะมีเขตอำนาจในคดีนี้ และตุรกีไม่มีความชอบธรรมที่จะดำเนินคดีกับชาวฝรั่งเศสภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ ตุรกีใช้เขตอำนาจโดยละเมิดข้อห้ามของกฎหมายระหว่างประเทศ ต่อมาฝรั่งเศสและตุรกี

ท่าความตกลงกันของให้ศาลสถิตยุติธรรมพิจารณาข้อพิพาทดังกล่าว โดยศาลได้ปฏิเสธข้อโต้แย้งของฝรั่งเศส⁹²

หากพิจารณาในบริบทของศาลอาญาระหว่างประเทศ การปรับใช้หลักของคดี Lotus หมายความว่า รัฐอธิปไตยจะเป็นอิสระจากการบังคับใช้เขตอำนาจระหว่างประเทศต่อคนชาติรัฐที่ไม่เป็นภาคีนั้น เว้นแต่หากการกระทำผิดนั้นแสดงให้เห็นว่าเป็นการกระทำอันละเมิดกฎเกณฑ์อันเป็นข้อห้ามตามกฎหมายระหว่างประเทศ⁹³

ค) การเสนอสถานการณ์โดยคณะมนตรีความมั่นคงต่ออัยการของศาลอาญาระหว่างประเทศภายใต้หมวด 7 แห่งกฎบัตรสหประชาชาติ

ศาลอาญาระหว่างประเทศจะสามารถใช้เขตอำนาจศาลได้ในกรณีที่คณะมนตรีความมั่นคงแห่งสหประชาชาติ ซึ่งได้ปฏิบัติหน้าที่ภายใต้หมวด 7 แห่งกฎบัตรสหประชาชาติ ได้เสนอสถานการณ์ต่ออัยการศาล ตามธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศ ข้อ 13(b) โดยในกรณีนี้ไม่จำเป็นที่จะต้องได้รับความยินยอมจากรัฐที่ไม่เป็นภาคีก่อน ก็เพื่อเป็นการขยายช่องทางที่จะนำคดีขึ้นสู่ศาล และอุดช่องว่างที่จะทำให้อาชญากรรมหลุดพ้นจากความรับผิดชอบ เพราะเนื่องจากอาชญากรรมที่กำหนดไว้ในธรรมนูญกรุงโรมนั้นเป็นอาชญากรรมร้ายแรงระหว่างประเทศ ที่ส่งผลกระทบต่อประชาคมโลกอย่างมาก

การที่ธรรมนูญกรุงโรมกำหนดให้อำนาจแก่คณะมนตรีความมั่นคงในกรณีดังกล่าว เนื่องจากว่าตามธรรมนูญ ศาลอาญาระหว่างประเทศทำได้แต่เพียงการร้องขอความร่วมมือจากรัฐต่างๆ ซึ่งหากรัฐนั้นไม่ให้ความร่วมมือศาลอาญาระหว่างประเทศก็ไม่มีกลไกบังคับให้รัฐที่ไม่ให้ความร่วมมือปฏิบัติตาม ไม่มีอำนาจสั่งลงโทษ ทำได้แต่เสนอกรณีนี้ให้สมัชชารัฐภาคีพิจารณา แต่คณะมนตรีความมั่นคงเป็นองค์กรที่รัฐมีอำนาจต่อรองน้อย มีมาตรการที่ใช้อ้างถึงความชอบธรรมอย่างกว้างขวาง แม้กระทั่งมาตรการการใช้กำลังก็ตาม ดังนั้นคณะมนตรีความ

⁹² จุมพต สายสุนทร, กฎหมายระหว่างประเทศ เล่ม 1, หน้า 272-273.

⁹³ Micheal P.Scharf, "The ICC's Jurisdiction Over The Nationals of Non-Party States : A Critique of The U.S. Position," Law and Contemporary Problems 64(winter 2001): 72-73.

มั่นคงจึงมีส่วนช่วยในการดำเนินการของศาลอาญาระหว่างประเทศในการช่วยกดดันรัฐเพื่อให้รัฐนั้นให้ความร่วมมือกับศาล โดยการใช้อำนาจภายใต้หมวด 7 แห่งกฎบัตรสหประชาชาติ เช่น การดำเนินมาตรการไม่ใช้กำลังโดยการลงโทษทางเศรษฐกิจ การคว่ำ หรือการใช้อำนาจทางทหาร ซึ่งการใช้อำนาจของคณะมนตรีความมั่นคงจะนำมาสู่การใช้เขตอำนาจของศาลในการปราบปรามอาชญากรรมได้อย่างแท้จริง และสอดคล้องกับการนำมาซึ่งสันติภาพและความมั่นคงระหว่างประเทศ และในกฎบัตรสหประชาชาติยังมีข้อกำหนดถึงรัฐที่ไม่เป็นสมาชิกขององค์การสหประชาชาติ ว่าต้องปฏิบัติตามหลักการเช่นการระงับข้อพิพาทโดยสันติ ละเว้นการคุกคาม ฯลฯ ที่กฎบัตรกำหนดไว้เท่าที่จำเป็นแก่การธำรงไว้ซึ่งสันติภาพและความมั่นคงระหว่างประเทศ⁹⁴ ซึ่งหลักการที่กำหนดไว้เหล่านั้นผูกพันต่อรัฐในฐานะกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศอยู่แล้ว

จากข้อมูลเมื่อวันที่ 28 มกราคม พ.ศ.2549 ได้มีความคืบหน้าในกรณีการใช้เขตอำนาจศาลอาญาระหว่างประเทศโดยการเสนอสถานการณ์ในประเทศซูดานของคณะมนตรีความมั่นคง เนื่องจากซูดานไม่เป็นภาคีธรรมนูญกรุงโรม และสถานการณ์ที่เกิดขึ้นนั้นอยู่ในดินแดนของซูดานเอง ดังนั้นศาลอาญาระหว่างประเทศจึงไม่สามารถใช้เขตอำนาจเหนือคดีดังกล่าวได้ทั้งตามหลักสัญชาติของผู้กระทำผิด และตามหลักดินแดนที่เกิดอาชญากรรม นอกจากการที่คณะมนตรีความมั่นคงเสนอคดีต่อศาล ซึ่งเมื่อวันที่ 31 มีนาคม 2005 คณะมนตรีความมั่นคงแห่งสหประชาชาติได้มีข้อมติที่ 1593 จากการลงคะแนนเสียงเห็นชอบ 11 เสียง และงดออกเสียงจาก 4 ประเทศ ได้แก่ อัลจีเรีย, บราซิล, จีนและสหรัฐอเมริกา ให้เสนอสถานการณ์ในเมือง Darfur ประเทศซูดาน ต่อศาลอาญาระหว่างประเทศ โดยมีพื้นฐานตามหมวด 7 แห่งกฎบัตรสหประชาชาติ โดยเห็นว่าสถานการณ์ในซูดาน จะกระทบต่อสันติภาพ และ ความมั่นคงระหว่างประเทศ ข้อมตินี้ถือเป็นข้อมติประวัติศาสตร์ของศาลอาญาระหว่างประเทศที่จะเสนอคดีขึ้นสู่ศาล เนื่องจากว่าซูดานนั้นเป็นประเทศที่ไม่ได้เข้าร่วมเป็นภาคีธรรมนูญกรุงโรม ซึ่งหากมีการพิจารณาพิพากษาคดีนี้โดยศาลอาญาระหว่างประเทศแล้ว คดี Darfur จะเป็นคดีตัวอย่างที่เป็นบรรทัดฐานในการพิจารณาคดีต่อรัฐที่ไม่เป็นภาคี ซึ่งอาจส่งผลให้รัฐต่างๆที่ยังไม่เข้าเป็นภาคีธรรมนูญกรุงโรมพิจารณาเข้าเป็นภาคีมากขึ้น เนื่องจากแม้ไม่เป็นภาคีแต่ก็ยังไม่พ้นจากเขตอำนาจศาลอาญา

⁹⁴ Article 2(6) of Charter of the United Nations. "The Organization shall ensure that states which are not Members of the United Nations act in accordance with these Principles so far as may be for necessary for the maintenance of international peace and security."

ระหว่างประเทศ และการเข้าเป็นภาคีก็จะทำให้รัฐต่างๆสามารถรักษาสีทริทของตนในฐานะรัฐภาคีได้ด้วย

สถานการณ์ที่เกิดขึ้นใน Darfur คือ มีการสู้รบกันระหว่างกลุ่มกบฏและรัฐบาล โดย Janjaweed ซึ่งเป็นกลุ่มทหารกองหนุนอาหรับที่ได้รับการสนับสนุน และ เข้าร่วมโดยรัฐบาลซูดาน ได้ปล้น ข่มขืนและฆ่าผู้คนจำนวนมาก และมีการปฏิบัติการชำระเผ่าพันธุ์ (Ethnic Cleansings)* โดยได้เผาหมู่บ้านและกระทำการอันเป็นอาชญากรรมต่อมนุษยชาติ มีผู้คนจำนวนมากถูกบังคับให้ออกจากที่อยู่อาศัยของตน⁹⁵ ความขัดแย้งที่เกิดขึ้นใน Darfur นี้ ประเมินได้ว่ามีพลเมืองกว่า 300,000 คนถูกฆ่าและมากกว่า 2,000,000 คนขาดที่อยู่อาศัย⁹⁶ ประชากรนับล้าน

* Ethnic Cleansing หรือการชำระเผ่าพันธุ์นี้ถือเป็นลักษณะหนึ่งของการกระทำอาชญากรรมอันเป็นการล้างเผ่าพันธุ์ โดยความหมายของการชำระเผ่าพันธุ์ตามความหมายของพจนานุกรมทางกฎหมาย (Black's Law Dictionary , Eight Edition) หมายถึง การทำให้ลดลงหรือการกำจัดโดยใช้กำลังอย่างเป็นระบบที่ได้รับอนุญาตอย่างเป็นทางการ โดยกระทำการยึดทรัพย์สินส่วนรวมและส่วนบุคคล การออกคำสั่งหรือการไม่เอาโทษสำหรับความผิดฐานสังหารหมู่ และการข่มขืนหมู่ รวมถึงการขับไล่ผู้รอดชีวิตด้วย

ในทางทฤษฎี วัตถุประสงค์ของการชำระเผ่าพันธุ์คือการมุ่งที่จะขับไล่สมาชิกทั้งหมดของกลุ่มที่เป็นเหยื่อออกจากดินแดน แต่ในทางปฏิบัติการชำระเผ่าพันธุ์มีลักษณะค่อนข้างเหมือนกับการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ เพราะการสังหารหมู่เป็นลักษณะเฉพาะของทั้งการชำระเผ่าพันธุ์และการทำลายล้างเผ่าพันธุ์

การชำระเผ่าพันธุ์ยังรวมถึงการข่มขืนหมู่ด้วยเหตุผลทางวัฒนธรรม 2 ประการ คือ 1) เหยื่อมักจะถูกทำให้ตายโดยญาติของพวกเขา หรือโดยการฆ่าตัวตาย และ 2) เด็กที่เกิดมาจะถูกถือว่าเป็นของกลุ่มชนของพ่อ ไม่ใช่กลุ่มชนของแม่ ซึ่งการกระทำทั้งสามประการและข่มขืนนี้ มีเจตนาที่จะทำให้กลุ่มที่ตกเป็นเหยื่อมีจำนวนน้อยลงหรือสูญสิ้นไป

ส่วนการกระทำอันเป็นการทำลายล้างเผ่าพันธุ์นั้นหมายถึง การกระทำที่มีเจตนาที่จะทำลายทั้งหมด หรือบางส่วนของกลุ่มชนชาติ กลุ่มชาติพันธุ์ กลุ่มเชื้อชาติ หรือกลุ่มทางศาสนาดังที่ได้กล่าวไว้ในบทที่ 2

⁹⁵ โปรดดู Grave Crimes : Darfur and the International Criminal Court.

<http://hrw.org/english/docs/2005/01/01/sudun9971.htm> [2006, January 28]

ต้องหลบหนีจากถิ่นที่อยู่ของตนไปอยู่ในค่ายซึ่งมีอาหาร น้ำ หรือยาไม่เพียงพอ โดยประชากรส่วนหนึ่งประมาณ 200,000 คน ลี้ภัยเข้าไปในรัฐชาด (Chad) ซึ่งเป็นประเทศเพื่อนบ้าน แต่ก็ยังมีอีกหลายค่ายที่ตั้งอยู่ตลอดพรมแดนกว่า 600 กิโลเมตร ยังคงถูกโจมตีโดยซูดาน ซึ่งรัฐบาลรัฐชาดก็กังวลว่าความขัดแย้งจะทะลักข้ามพรมแดน ซึ่งสหประชาชาติได้มีความช่วยเหลือทางมนุษยธรรม และสหภาพแอฟริกัน (African Union : AU) ก็ส่งเจ้าหน้าที่เข้าไปให้ความช่วยเหลือ แต่ก็ไม่สามารถยุติความรุนแรงที่เกิดขึ้นได้ ต่อมาเมื่อวันที่ 30 กรกฎาคม ค.ศ.2004 ได้มีมติที่ 1556 ต้องการให้รัฐบาลซูดาน ปลดอาวุธกลุ่ม Janjaweed นำตัวผู้นำกบฏมาสู่กระบวนการยุติธรรม แต่กว่า 9 เดือน หลังจากนั้นรัฐบาลซูดาน ก็ไม่ได้ทำอะไรตามข้อมตินี้⁹⁷

ในเบื้องต้นสหรัฐอเมริกายืนยันว่าสถานการณ์ในซูดานนั้นเป็นการกระทำอาชญากรรมอันเป็นการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ โดยเห็นว่าการปฏิบัติการทางทหารร่วมกันของรัฐบาล กับกองกำลัง Janjaweed นั้นชัดเจนว่าเป็นการกระทำตามที่กำหนดในอนุสัญญาว่าด้วยการป้องกันและการลงโทษการกระทำความผิดฐานฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ ค.ศ.1948 ⁹⁸ และได้มีการเรียกร้องให้องค์การสหประชาชาติจัดตั้งศาลพิเศษเฉพาะกิจเพื่อดำเนินคดีกับผู้ถูกกล่าวหาโดยเสนอให้จัดตั้งศาลขึ้นใน Arusha, Tanzania เพราะว่าสหรัฐอเมริกาไม่ยอมรับศาลอาญาระหว่างประเทศ และกล่าวว่าศาลอาญาระหว่างประเทศอาจจะดำเนินคดีโดยแรงกระตุ้นทางการเมืองต่อทหารและนักการทูตสหรัฐอเมริกาที่เกี่ยวข้องกับกรณีดังกล่าว ⁹⁹ อีกทั้งยังเกรงว่าหากให้พิจารณาคดีในศาลอาญาระหว่างประเทศจะเป็นการแสดงการยอมรับศาลอาญาระหว่างประเทศที่สหรัฐอเมริกาแสดงท่าทีต่อต้านอยู่ แต่หากจะจัดตั้งศาลเฉพาะกิจขึ้นก็จะใช้เวลาในการจัดตั้งนานเป็นการสิ้นเปลือง และสถานการณ์ใน Darfur ก็ไม่มีความพร้อมที่จะจัดตั้งศาลได้

⁹⁶ โปรดดู Darfur case will test International Criminal Court.

www.iht.com/articles/2005/04/29/news/court.php [2006, January 28]

⁹⁷ โปรดดู Darfur and the International Criminal Court, Middle East Report, April 29, 2005. <http://www.sudanreeves.org> [2006, January 28]

⁹⁸ Ibid.

⁹⁹ โปรดดู US convinced of Darfur "genocide". <http://news.bbc.co.uk/1/hi/world/Africa/4227835.stm> [2006, January 28]

ต่อมาองค์การสหประชาชาติได้มีการจัดตั้งคณะกรรมการสืบสวนสอบสวนแห่ง Darfur (The International Commission of Inquiry on Darfur) ขึ้น เมื่อวันที่ 25 มกราคม ค.ศ.2005 โดยเลขาธิการสหประชาชาติตามข้อมติคณะมนตรีความมั่นคงที่ 1564 (18 กันยายน ค.ศ.2004) เพื่อสืบสวนสอบสวน รายงานการละเมิดกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศและกฎหมายสิทธิมนุษยชนใน Darfur เพื่อรายงานแก่เลขาธิการสหประชาชาติที่จะระบุว่ามีการทำอาชญากรรมอันเป็นการทำลายล้างเผ่าพันธุ์หรือไม่ และระบุตัวผู้กระทำผิดเพื่อมารับผิดและจากการดำเนินงานของคณะกรรมการพหุพยานหลักฐานว่ามีการกระทำอาชญากรรมต่อมนุษยชาติอย่างรุนแรง และจำนวนมาก ซึ่งเป็นจุดเริ่มต้นที่ชัดเจนที่จะส่งคดีให้แก่อัยการศาลอาญาระหว่างประเทศ จากรายงานนั้นสรุปได้ว่าสถานการณ์ที่เกิดขึ้นนั้นเป็นการทำอาชญากรรมต่อมนุษยชาติที่จะเสนอให้ศาลอาญาระหว่างประเทศพิจารณา สหรัฐอเมริกาก็ไม่เห็นด้วยที่คณะมนตรีความมั่นคงเสนอสถานการณ์นี้ต่อศาลอาญาระหว่างประเทศและไม่ลงคะแนนในข้อมติที่ 1593ดังกล่าว แต่ก็ไม่ได้คัดค้านเพราะต้องการให้ประชาคมระหว่างประเทศทำงานร่วมกันในการยุติการรุกรานโหดในซูดาน เพราะในข้อมตินี้ได้ระบุให้มีการปกป้องคนอเมริกันและสมาชิกของกองกำลังรัฐที่ไม่เป็นภาคีในการสืบสวนสอบสวนดำเนินคดีแล้ว¹⁰⁰ ตามข้อมติที่ 1593 ได้กระตุ้นให้รัฐบาลของซูดาน และรัฐที่เกี่ยวข้องกับความขัดแย้งต้องให้ความร่วมมือกับศาลอาญาระหว่างประเทศอย่างเต็มที่และต้องจัดความช่วยเหลือใดๆที่จำเป็นให้แก่ศาล การดำเนินงานของอัยการและย้ำอีกว่ารัฐที่ไม่เป็นภาคีธรรมนูญกรุงโรมไม่มีพันธกรณีที่ต้องให้ความร่วมมือกับศาลอาญาระหว่างประเทศซึ่งเป็นความต้องการของสหรัฐอเมริกา

แม้ว่ากฎหมายของสหรัฐอเมริกา คือ The American Service Members Protection Act 2002 (ASPA) จะห้ามรัฐบาลสหรัฐอเมริกาไม่ให้ให้ความร่วมมือกับศาล แต่ก็ได้บัญญัติถึงการสละสิทธิดังกล่าวโดยยินยอมให้ความร่วมมือได้ใน Section 2015 ที่กำหนดไว้ว่า “ไม่มีข้อห้ามใดจะห้ามสหรัฐอเมริกาจากการจัดให้ความช่วยเหลือต่อความพยายามที่จะนำ ซัดดัม ฮุสเซน , สโลโบดาน มิโลเชวิช , โอซามา บิน ลาดิน และสมาชิกอื่นๆของกลุ่มอัลเคดา , ผู้นำกลุ่มอิสลามจีฮัด และผู้ถูกกล่าวหาซึ่งมีสัญชาติอื่นว่าได้กระทำการทำลายล้าง

¹⁰⁰ โปรดดู

เผ่าพันธุ์ , อาชญากรรมสงคราม หรืออาชญากรรมต่อมนุษยชาติ”¹⁰¹ อันเป็นข้อยกเว้นให้ สหรัฐอเมริกาให้ความร่วมมือกับศาลอาญาระหว่างประเทศได้ในกรณีที่สหรัฐอเมริกากำหนด

สถานการณ์ปัจจุบันเกี่ยวกับการเสนอสถานการณ์ดังกล่าวนี้ด้วยการศาลอาญาระหว่างประเทศได้ดำเนินการรวบรวมเอกสารหลักฐานโดยขอความร่วมมือจากทุกฝ่ายที่เกี่ยวข้อง และได้พิจารณาที่จะริเริ่มการสืบสวนสอบสวนกรณีดังกล่าวเมื่อวันที่ 1 มิถุนายน ค.ศ. 2005 และได้เริ่มเปิดการสืบสวนสอบสวนในวันที่ 6 มิถุนายน ค.ศ.2005¹⁰²

การกำหนดเรื่องเขตอำนาจศาลอาญาระหว่างประเทศต่อคนชาติรัฐที่ไม่เป็นภาคีนี้เป็นประเด็นที่เป็นที่โต้แย้งอย่างมาก โดยที่มีผู้เห็นด้วยเกี่ยวกับการใช้เขตอำนาจศาลดังกล่าว และผู้ที่ไม่ยอมรับว่าศาลอาญาระหว่างประเทศจะสามารถใช้เขตอำนาจต่อปัจเจกชนซึ่งเป็นคนชาติรัฐที่ไม่เป็นภาคีได้ โดยฝ่ายที่คัดค้านไม่ยอมรับการใช้เขตอำนาจศาลต่อคนชาติรัฐที่ไม่เป็นภาคีได้อ้างหลักที่ว่าสนธิสัญญาไม่สร้างพันธกรณีต่อรัฐที่ไม่เป็นภาคีตาม ข้อ 34 แห่งอนุสัญญาเวียนนาว่าด้วยสนธิสัญญา 1969 โดยสหรัฐอเมริกาซึ่งเป็นรัฐที่แสดงท่าทีต่อต้านการใช้เขตอำนาจศาลอาญาระหว่างประเทศอย่างชัดเจนอ้างว่าการใช้เขตอำนาจศาลอาญาระหว่างประเทศต่อปัจเจกชนซึ่งมีสัญชาติรัฐที่ไม่เป็นภาคีที่ไม่ได้ให้ความยินยอมเป็นการละเมิดหลักกฎหมายว่าด้วยสนธิสัญญา¹⁰³ นอกจากนี้ ท่านเอกอัครราชทูต David Scheffer ก็กล่าวว่าการใช้เขตอำนาจเหนือคนชาติรัฐที่ไม่เป็นภาคีละเมิดอนุสัญญาเวียนนาว่าด้วยสนธิสัญญา ที่ว่าสนธิสัญญาไม่สามารถผูกพันรัฐที่ไม่เป็นภาคีได้ ซึ่งเป็นหลักพื้นฐานของกฎหมายว่าด้วยสนธิสัญญา ซึ่งจริงๆแล้วสหรัฐอเมริกาก็เป็นภาคีอนุสัญญามากมายที่ให้อำนาจรัฐภาคีใช้เขตอำนาจเหนือผู้กระทำผิดที่ถูกรับในดินแดนของภาคี โดยไม่คำนึงว่าผู้ต้องสงสัยนั้นถือสัญชาติของรัฐภาคีของสนธิสัญญานั้นหรือไม่ ดังเช่น อนุสัญญาเจนีวา ค.ศ.1949 , อนุสัญญาว่าด้วยกฎหมายทะเล ค.ศ.1958 , อนุสัญญาว่าด้วยการกระทำลัดอากาศ ค.ศ.1970 (Hijacking Convention

¹⁰¹ โปรดดู U.S. Puts Principles over Politics Atrocities in Darfur Finally Referred to the international Criminal Court. <http://www.globalsolutions.org>

¹⁰² <http://www.icc-cpi.int/cases.html> [2006, January 28]

¹⁰³ Medaline Morris, “The United States and The International Criminal Court: High Crimes and Misconceptions: The ICC and Non-Party States,” *Law and Contemporary Problems* 64 (winter 2001): 26.

1970) , อนุสัญญาว่าด้วยการก่อวินาศกรรมทางอากาศยาน ค.ศ.1971 (Aircraft Sabotage Convention 1971) , อนุสัญญาว่าด้วยการป้องกันและการลงโทษอาชญากรรมต่อบุคคลระหว่างประเทศที่ได้รับการคุ้มครองรวมทั้งผู้แทนทางการทูต ค.ศ.1973 (Convention on the Prevention and Punishment of Crimes against Internationally Protected Persons Convention 1973) , อนุสัญญาระหว่างประเทศต่อต้านการจับตัวประกัน ค.ศ.1979 (Hostage Taking Convention 1979) , อนุสัญญาว่าด้วยการกระทำทารุณ ค.ศ.1984 (Torture Convention 1984) และ อนุสัญญาว่าด้วยการก่อการร้ายทางทะเล ค.ศ.1988 (Maritime Terrorism Convention 1988)¹⁰⁴

การให้อำนาจฟ้องแก่คณะมนตรีความมั่นคงดังนี้มีผู้เห็นว่าจะทำให้ศาลสามารถใช้เขตอำนาจศาลได้อย่างสากล คือ สามารถใช้เขตอำนาจเหนือรัฐที่ไม่เป็นภาคีได้ ซึ่งเป็นการขัดกับหลักกฎหมายระหว่างประเทศ โดยในเรื่องการใช้เขตอำนาจเหนือคนชาติรัฐที่ไม่เป็นภาคีของข้อตกลงระหว่างประเทศต่างๆ โดยสหรัฐอเมริกาอ้างว่าหากไม่เป็นภาคีแล้วศาลอาญาระหว่างประเทศจะใช้เขตอำนาจเหนือคนชาติรัฐนั้นไม่ได้หากไม่ได้รับความยินยอมจากรัฐนั้น แต่ว่าสหรัฐอเมริกาเองกลับใช้หลักการนี้หลายครั้ง เช่น การบังคับใช้เขตอำนาจสากลตามสนธิสัญญาต่อต้านการก่อการร้าย (anti – terrorism treaty) โดยไม่คำนึงถึงคนชาติรัฐที่ไม่เป็นภาคีในกรณีของ United States v. Yunis¹⁰⁵ ที่สหรัฐอเมริกาได้ฟ้อง จับกุม และดำเนินคดีต่อ Fawas Yunis ชาวเลบานอน ในกรณีนี้เครื่องบินสายการบินจอร์แดน จากสนามบินเบรุต ซึ่งมีผู้โดยสารเป็นชาวอเมริกัน 2 คน

สหรัฐอเมริกาอ้างเขตอำนาจโดยใช้ตัวอย่างจากหลักการของ อนุสัญญาว่าด้วยการกระทำความผิดทางกฎหมายโดยการจับตัวบุคคลไปเป็นประกัน (International Convention Against the Taking of Hostages) โดยไม่คำนึงถึงข้อเท็จจริงที่ว่า เลบานอนไม่ได้เป็นภาคีของสนธิสัญญาต่อต้านการก่อการร้าย และไม่ได้ยินยอมให้ดำเนินคดี Yunis ในสหรัฐอเมริกา และหลังจากนั้นยังมีอีกหลายคดีที่ยืนยันการใช้เขตอำนาจสากลเหนือคนชาติรัฐที่ไม่เป็นภาคี เช่น คดี United States v. Rezaq เป็นกรณีที่สหรัฐอเมริกาใช้เขตอำนาจในการดำเนินคดีกับชาวปาเลสไตน์ซึ่งไม่ได้เป็นภาคี The Hague Hijacking Convention หรือในกรณี United

¹⁰⁴ Micheal P.Scharf, “The ICC’s Jurisdiction Over The Nationals of Non-Party States : A Critique of The U.S. Position,” *Law and Contemporary Problems*, 64,1: 98-99.

¹⁰⁵ *Ibid.*, 101-102.

States v. Marino-Garcia 1983 ที่สหรัฐฯใช้เขตอำนาจดำเนินคดีสมาชิกลูกเรือชาวฮอนดูรัส และ โคลัมเบียของเรือไร้สัญชาติ เนื่องจากเจ้าหน้าที่ชายฝั่งสหรัฐอเมริกาพบว่าในเรือดังกล่าวมีกัญชาจำนวนมาก ขณะที่อยู่ในทะเลหลวง โดยที่ทั้งฮอนดูรัส และโคลัมเบียไม่ได้เป็นภาคีอนุสัญญาว่าด้วยกฎหมายทะเล ค.ศ.1958 และกฎหมายจารีตประเพณีก็ไม่ได้ให้อำนาจในการดำเนินคดีกับลูกเรือของเรือที่ไร้สัญชาติ จากคดีตัวอย่างต่างๆดังกล่าวนี้ แสดงให้เห็นชัดเจนว่าสหรัฐอเมริกาสามารถใช้เขตอำนาจสากลเหนือคนชาติรัฐที่ไม่เป็นภาคีได้¹⁰⁶

จากกรณีที่สหรัฐอเมริกาอ้างเขตอำนาจสากลในการดำเนินคดีต่อคนชาติรัฐที่ไม่เป็นภาคีในกรณีต่างๆนั้น ผู้วิจัยเห็นว่าจริงๆแล้วสหรัฐอเมริกาก็ยอมรับว่าการกระทำอาชญากรรมต่างๆที่เกิดขึ้นนั้นเป็นความผิด และใช้เขตอำนาจเพื่อรักษาผลประโยชน์ของสหรัฐอเมริกาเป็นหลัก เนื่องจากคดีต่างๆที่ผ่านมาเป็นคดีที่สหรัฐอเมริกาเป็นผู้เสียหาย แต่ในกรณีศาลอาญาระหว่างประเทศนั้น สหรัฐอเมริกาเกรงว่าศาลอาญาระหว่างประเทศจะใช้เขตอำนาจเหนือคนชาติของตนได้ ซึ่งจะส่งผลกระทบต่อคนชาติ เจ้าหน้าที่ ทหารของสหรัฐฯจำนวนมาก รวมถึงประธานาธิบดีในฐานะผู้สั่งการในปฏิบัติการต่างๆ ซึ่งท่าทีของสหรัฐอเมริกาก็แสดงชัดเจนว่ายอมรับว่าศาลอาญาระหว่างประเทศสามารถใช้เขตอำนาจต่อคนชาติรัฐที่ไม่เป็นภาคีได้ จึงได้ทำการคัดค้านต่อต้านศาลอาญาระหว่างประเทศ

นอกจากนี้ตัวแทนสหรัฐอเมริกา ได้แก่ เอกอัครราชทูต David Scheffer และศาสตราจารย์ Medaline Morris อ้างว่า “ไม่ใช่ทุกอาชญากรรมภายใต้เขตอำนาจศาลอาญาระหว่างประเทศจะสามารถใช้เขตอำนาจสากลตามกฎหมายจารีตประเพณีได้”¹⁰⁷ เช่น พิธีสารเพิ่มเติมฉบับที่ 1 ของอนุสัญญาเจนีวา 1949 นั้นไม่อยู่ในเขตอำนาจศาลตามกฎหมายจารีตประเพณี เช่น การห้ามเกณฑ์ทหารเด็กซึ่งกำหนดให้อยู่ในเขตอำนาจศาลอาญาระหว่างประเทศ แต่ไม่ใช่อาชญากรรมที่อยู่ภายใต้เขตอำนาจสากล การอ้างเขตอำนาจสากลของศาลอาญาระหว่างประเทศไม่ควรจะรวมถึงการใช้เขตอำนาจเหนืออาชญากรรมบางประเภทที่อยู่ในธรรมนูญกรุงโรม¹⁰⁸ ในกรณีนี้ประธานที่ประชุมผู้แทนอำนาจเต็มทางการทูตเพื่อจัดตั้งศาลอาญาระหว่าง

¹⁰⁶ Micheal P.Scharf, “The ICC’s Jurisdiction Over The Nationals of Non-Party States: A Critique of The U.S. Position,” *Law and Contemporary Problems*,64,1: 100-103.

¹⁰⁷ Ibid., 79.

ประเทศ Philippe Kirsch ได้กล่าวไว้ว่า "เป็นที่เข้าใจว่าธรรมนูญกรุงโรมไม่ได้สร้างกฎหมายสารบัญญัติขึ้นมาใหม่ แต่รวบรวมเอาแต่อาชญากรรมที่ถูกห้ามตามกฎหมายระหว่างประเทศ" ซึ่งถูกจำกัดโดยหลัก Nullum Crimen Sine Lege ซึ่งศาลอาญาระหว่างประเทศจะดำเนินคดีต่ออาชญากรรมที่ได้รับการยอมรับแล้วตามกฎหมายระหว่างประเทศ หรือกฎหมายของรัฐดินแดนที่เกิดการกระทำนั้นขึ้น¹⁰⁹ ศาสตราจารย์ Sadat ยังย้ำอีกว่า "ผู้ร่างธรรมนูญกรุงโรมเพียงแค่คัดลอกกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศที่มีอยู่มากกว่าเป็นผู้บัญญัติกฎหมายให้ประชาคมระหว่างประเทศ" และนอกจากนั้นอาชญากรรมทั้ง 4 ประเภทที่กำหนดในธรรมนูญกรุงโรมถูกตัดสินว่าเป็นกฎหมายเด็ดขาด (Jus Cogens) โดยรัฐส่วนมาก แม้ว่าความชัดเจนของคำนิยามอาชญากรรมจะยังไม่ได้รับความเห็นชอบอย่างสมบูรณ์จากทุกรัฐ ซึ่งกรณีดังกล่าวไม่ได้ต่างไปจากการที่ประชาคมระหว่างประเทศได้ระบุคำนิยามแรกของอาชญากรรมต่อมนุษยชาติในกฎบัตรนูเรมเบิร์ก เมื่อปีค.ศ.1945 หรือในปีค.ศ.1958 ตอนที่กำหนดคำนิยามของโจรสลัดในอนุสัญญาว่าด้วยกฎหมายทะเล ซึ่งทั้งสองกรณีนี้ก็เป็นกรณีสอดคล้องกฎหมายจารีตประเพณีเอาไว้¹¹⁰ จากนั้นหลังสงครามโลกครั้งที่ 2 ก็มีการเพิ่มอาชญากรรมสงคราม และอาชญากรรมต่อมนุษยชาติให้อยู่ในอาชญากรรมที่มีเขตอำนาจสากลและมีการดำเนินคดีในศาลทหารระหว่างประเทศที่นูเรมเบิร์ก และศาลทหารระหว่างประเทศสำหรับตะวันออกไกล

ธรรมนูญกรุงโรมไม่ได้กำหนดให้ศาลอาญาระหว่างประเทศมีเขตอำนาจสากล เพราะศาลอาญาระหว่างประเทศจะใช้เขตอำนาจได้ หากว่ามีกรณีก่ออาชญากรรมเกิดในดินแดน หรือสัญชาติผู้กระทำผิดรัฐใดรัฐหนึ่งที่เป็นภาคี แต่ศาลอาญาระหว่างประเทศจะมีเขตอำนาจศาลเหนืออาชญากรรมที่ได้ทำขึ้น โดยคนชาติรัฐที่ไม่เป็นภาคีในดินแดนรัฐที่ไม่เป็นภาคีนั้นเองได้โดยศาลอาญาระหว่างประเทศจะมีเขตอำนาจสากลเหนือทุกรัฐ เฉพาะเมื่ออาชญากรรมนั้นถูกเสนอโดยคณะมนตรีความมั่นคงที่ปฏิบัติตามหมวด 7 แห่งกฎบัตรสหประชาชาติ ซึ่งเป็นกรณีเดียวที่ไม่ต้องได้รับความยินยอมจากรัฐที่ไม่เป็นภาคี อย่างไรก็ตามศาลอาญาระหว่างประเทศจะใช้เขตอำนาจได้

¹⁰⁸ Medaline Morris, "The United States and The International Criminal Court: High Crimes and Misconceptions: The ICC and Non-Party States," Law and Contemporary Problems, 64,1: 28.

¹⁰⁹ Micheal P.Scharf, "The ICC's Jurisdiction Over The Nationals of Non-Party States : A Critique of The U.S. Position," Law and Contemporary Problems, 64,1: 79.

¹¹⁰ Ibid., 80.

ต่ออาชญากรรม 4 ประเภทเท่านั้น และรัฐต่างๆยังคงมีเขตอำนาจเหนือดินแดนของตน¹¹¹ นอกจากนี้การจำกัดเขตอำนาจของศาลอาญาระหว่างประเทศต่อการกระทำผิดอาชญากรรมหลัก ซึ่งได้รับการยอมรับว่าเป็นอาชญากรรมที่มีเขตอำนาจสากลแล้ว ผู้ร่างยังกำหนดว่าศาลจะใช้เขตอำนาจของตนในคดีอันเป็น “อาชญากรรมร้ายแรงที่สุดที่อยู่ในความคำนึงของประชาคมระหว่างประเทศทั้งหมด”¹¹² ซึ่งหมายความว่า อาชญากรรมในศาลอาญาระหว่างประเทศจะถูกตีความโดยแคบเพื่อสนับสนุนหลักเขตอำนาจสากล

ในประเด็นนี้ศาสตราจารย์ Morris และ นักวิชาการอีก 2-3 ท่าน ได้ชี้ว่า ศาลอาญาระหว่างประเทศได้รวบรวมเอาพิธีสารเพิ่มเติมฉบับที่ 1 ของอนุสัญญาเจนีวาไว้ในธรรมนูญกรุงโรม ซึ่งสหรัฐอเมริกาฯยังไม่ได้ให้สัตยาบันพิธีสารฉบับนี้ ซึ่งจริงๆแล้ววัตถุประสงค์ของพิธีสารนี้ถูกออกแบบมาเพื่อให้ข้อกำหนดแห่งอนุสัญญาเจนีวา ค.ศ.1949 มีความชัดเจนขึ้น และขยายพันธกรณีที่จะดำเนินคดีต่ออาชญากรรมสงครามจำนวนมากที่ครอบคลุมในอนุสัญญาเจนีวา โดยมีกว่า 150 ประเทศได้ให้สัตยาบันในพิธีสารนี้แล้วจึงถือว่าเป็นสนธิสัญญาที่ได้รับการยอมรับอย่างแพร่หลาย ซึ่งแม้ว่าสหรัฐอเมริกาฯจะยังไม่ได้ให้สัตยาบัน แต่ก็ได้ลงนามไว้ ดังนั้นสหรัฐจึงมีพันธกรณีที่จะต้องละเว้นการกระทำซึ่งจะทำลายวัตถุประสงค์ของสนธิสัญญาจนกว่าจะมีการให้สัตยาบัน แต่จากรายงานของกระทรวงกลาโหมสหรัฐอเมริกาว่าด้วยความขัดแย้งในอ่าวเปอร์เซียได้อธิบายว่า “ข้อกำหนดพิธีสารเพิ่มเติมฉบับที่ 1 บางข้อนั้น ได้รับการยอมรับทั่วไปว่าเป็นประมวลกฎหมายที่เป็นจารีตปฏิบัติของนานาชาติและผูกพันต่อทุกรัฐ” ซึ่งถือเป็นการยอมรับของสหรัฐอเมริกาว่าพิธีสารเพิ่มเติมฉบับที่ 1 นั้นเป็นสากล¹¹³

ศาสตราจารย์ Morris อ้างว่าการจะใช้เขตอำนาจศาลระหว่างประเทศได้นั้นจะต้องได้รับความยินยอมจากรัฐก่อน เช่น กรณีของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ (International Court of Justice :ICJ) ที่จะสามารถมีอำนาจพิจารณาคดีได้ต่อเมื่อรัฐคู่กรณีให้

¹¹¹ Gennady M Danilenko, “The Statute of The International Criminal Court and Third States,” *Michigan Journal of International Law* [online] Available from : <http://www.lexisnexis.com> [2004, October 9]

¹¹² Preamble 4 of Rome Statute of International Criminal Court.

¹¹³ Micheal P.Scharf, “The ICC’s Jurisdiction Over The Nationals of Non-Party States : A Critique of The U.S. Position,” *Law and Contemporary Problems*, 64,1: 93-94

ความยินยอม¹¹⁴ ดังนั้นหากกรณีที่คนชาติรัฐที่ไม่เป็นภาคีถูกดำเนินคดีโดยศาลอาญาระหว่างประเทศเมื่อได้กระทำอาชญากรรมบนดินแดนของรัฐภาคี หรือรัฐที่ยอมรับเขตอำนาจศาล ดังนี้ ศาลอาญาระหว่างประเทศจะใช้เขตอำนาจตามหลักดินแดนที่ได้รับจากรัฐดินแดนที่เกิดสถานการณ์ตามข้อ 12 แห่งธรรมนูญได้โดยชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ หากเขตอำนาจตามหลักดินแดนนั้นศาลได้รับมาโดยปราศจากความยินยอมของรัฐนั้น¹¹⁵ และท่านเอกอัครราชทูต Scheffer ยังกล่าวว่า รัฐบาลสหรัฐไม่เชื่อว่ากฎหมายจารีตประเพณีในเรื่องเขตอำนาจตามหลักดินแดนจะเปิดโอกาสให้ศาลใช้เขตอำนาจนี้โดยปราศจากความยินยอมของรัฐเจ้าของสัญชาติของจำเลยได้ ซึ่งเป็นการคัดค้านกรณีที่กำหนดให้คณะมนตรีความมั่นคงสามารถเสนอคดีต่อศาลอาญาระหว่างประเทศได้แม้ว่ารัฐที่ไม่เป็นภาคีนั้นจะไม่ได้ยอมรับเขตอำนาจศาลก็ตาม ซึ่งบทบาทของคณะมนตรีความมั่นคงต่อศาลอาญาระหว่างประเทศนั้นเป็นปัญหาถกเถียงกันอย่างมากในที่ประชุมผู้แทนผู้มีอำนาจเต็มเพื่อจัดตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศ ว่าคณะมนตรีความมั่นคงควรมีบทบาทมากน้อยเพียงใด โดยฝ่ายแรกเห็นว่าคณะมนตรีความมั่นคงควรจะเข้ามามีบทบาทอย่างมากในการทำงานของศาลอาญาระหว่างประเทศ โดยเฉพาะอย่างยิ่งหากความผิดฐานอาชญากรรมอันเป็นการรุกรานอยู่ภายใต้เขตอำนาจศาลอาญาระหว่างประเทศ คณะมนตรีความมั่นคงก็ควรมีอำนาจในการตัดสินใจว่าการกระทำใดเป็นการรุกรานซึ่งเป็นอำนาจที่ คณะมนตรีความมั่นคงมีอยู่แล้วตามข้อ 39 ของกฎบัตรสหประชาชาติ จากนั้นศาลอาญาระหว่างประเทศจึงจะมีอำนาจดำเนินคดีต่อบุคคลที่กระทำการรุกรานนั้น นอกจากนี้ยังสนับสนุนให้คณะมนตรีความมั่นคงเสนอคดีที่คณะมนตรีความมั่นคงปฏิบัติหน้าที่ตามหมวด 7 ของกฎบัตรสหประชาชาติขึ้นสู่ศาลได้ด้วย รวมทั้งเห็นว่าคณะมนตรีความมั่นคงควรมีอำนาจในการยับยั้งการดำเนินการของศาลอาญาระหว่างประเทศได้เช่นเดียวกัน

ส่วนฝ่ายที่สองเห็นว่า คณะมนตรีความมั่นคงไม่ควรจะมีบทบาทใดๆ ทั้งสิ้นในการทำงานของศาลอาญาระหว่างประเทศไม่ว่าจะเป็นในแง่ใด หรือแม้แต่ในแง่ของการยับยั้งการดำเนินการของศาลอาญาระหว่างประเทศ

สำหรับฝ่ายที่สาม พยายามประนีประนอมความเห็นของฝ่ายที่หนึ่งและสอง กล่าวคือ หากคณะมนตรีความมั่นคงจะระงับการดำเนินการของศาลอาญาระหว่างประเทศ

¹¹⁴ Medaline Morris, "The United States and The International Criminal Court: High Crimes and Misconceptions: The ICC and Non-Party States," Law and Contemporary Problems, 64,1:19.

¹¹⁵ Ibid., 43.

แล้วก็จะต้องได้รับความเห็นชอบจากสมาชิกถาวรและไม่ถาวรทุกประเทศเท่านั้น¹¹⁶ ซึ่งสุดท้ายแล้ว
ธรรมนูญกรุงโรมก็กำหนดให้คณะมนตรีความมั่นคงสามารถเสนอสถานการณ์สู่ศาลได้ตาม
เงื่อนไขที่กำหนด

การที่ธรรมนูญกรุงโรมกำหนดให้คณะมนตรีความมั่นคงเข้ามามีอำนาจ
ในการเสนอสถานการณ์ด้วยนี้ ผู้วิจัยเห็นว่าเป็นการนำองค์การที่มีอำนาจเป็นที่ยอมรับของ
ประชาคมโลก และมีความสัมพันธ์กับศาลอาญาระหว่างประเทศมาช่วยในการดำเนินงานของศาล
เพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ของศาลอาญาระหว่างประเทศ เพื่อป้องกันมิให้ผู้กระทำความผิดที่ถือ
สัญชาติรัฐที่ไม่เป็นภาคีสามารถหลุดพ้นความรับผิดชอบนี้ได้ เนื่องจากคณะมนตรีความมั่นคงสามารถ
เสนอสถานการณ์ได้โดยไม่ต้องได้รับความยินยอมของรัฐที่ไม่เป็นภาคีซึ่งถือเป็นกลไกสำคัญที่จะ
ช่วยป้องปรามและนำตัวผู้กระทำผิดมาลงโทษที่ได้ผล เพราะคณะมนตรีความมั่นคงสามารถใช้
มาตรการต่างๆตามที่กำหนดในกฎบัตรสหประชาชาติเพื่อกดดันรัฐที่ไม่ให้ความร่วมมือได้ อีกทั้ง
การใช้อำนาจของคณะมนตรีความมั่นคง ยังครอบคลุมไปถึงรัฐที่ไม่เป็นสมาชิกองค์การ
สหประชาชาติด้วยตามข้อ 2(6) โดยให้รัฐที่ไม่เป็นสมาชิกลำดับต้นต้องดำเนินการตามมาตรการต่างๆที่
จำเป็นตามที่กำหนดในกฎบัตรสหประชาชาติ เพื่อรักษาสันติภาพและความมั่นคง ในประเด็นนี้
สหรัฐอเมริกาได้แย้งว่ามนุษยชาติจะได้รับการดูแลอย่างดีที่สุด โดยการที่สหรัฐมีอิสระใน
ปฏิบัติการรักษาสันติภาพ และการดำเนินการเกี่ยวกับมนุษยชาติโดยปราศจากการยับยั้งที่ศาล
อาญาระหว่างประเทศกำหนด ดังเช่นที่เอกอัครราชทูต David Schffer ได้กล่าวว่า “ผลลัพธ์ที่ไร้
เหตุผลในการกำหนด ข้อ 12 โดยเฉพาะต่อรัฐที่ไม่เป็นภาคีของธรรมนูญกรุงโรมนี้ เป็นการจำกัด
ความชอบด้วยกฎหมายอย่างรุนแรง” ซึ่งเป็นการแทรกแซงการสนับสนุนสิทธิมนุษยชนและ
สันติภาพของโลก ซึ่งจะหาได้จากการดำเนินการของสหรัฐอเมริกาและกำลังทหารอื่นๆ¹¹⁷
เนื่องจากสหรัฐอเมริกาอาศัยความเป็นมหาอำนาจของตนทางการเมือง การทหารและเศรษฐกิจ
ซึ่งมีอิทธิพลต่อหลายรัฐ สหรัฐจึงมั่นใจว่านโยบายและปฏิบัติการของตนจะแก้ไขปัญหาต่างๆที่
เกิดขึ้นได้

¹¹⁶ สรวุฑ เบญจกุล, “ท่าทีของประเทศไทยต่อการจัดตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศ,” ดู
พาน 1,46 (มกราคม-มิถุนายน 2542): 172-173.

¹¹⁷ David J. Scheffer, “The United States and the International Criminal Court,”
American Journal International Law 12,19 (1999). [online] Available from :
<http://www.lexisnexis.com> [2004, October 9]

ในเรื่องพันธกรณีของรัฐที่ไม่เป็นภาคีตามข้อ 2(6) แห่งกฎบัตรสหประชาชาตินั้น ศาสตราจารย์ Morris เห็นว่ารัฐที่ไม่เป็นภาคีถูกผูกพันโดยกฎบัตรโดยไม่ได้ตัดสินใจเองโดยที่ Hans Kelsen ได้ให้ความเห็นในประเด็นนี้ไว้เมื่อปีค.ศ.1950 ว่ารัฐที่ไม่เป็นสมาชิกถูกผูกมัดโดยกฎบัตรสหประชาชาติก็ต่อเมื่อสมาชิกระงับข้อพิพาทโดยสันติวิธี ซึ่งก็คือระงับจากการคุกคามหรือใช้กำลังต่อรัฐอื่น เพื่อให้การกระทำสอดคล้องกับกฎบัตรและระงับการให้ความช่วยเหลือรัฐใด ๆ ที่ต่อต้านสหประชาชาติ โดยการปรับใช้กฎบัตรนี้ต่อรัฐที่ไม่เป็นสมาชิกถือเป็นการแสดงถึงความเปลี่ยนแปลงไปสู่กฎหมายระหว่างประเทศรูปแบบใหม่¹¹⁸ อย่างไรก็ตามหากพิจารณาพันธกรณีที่กำหนดในข้อ 2(6) เช่น การระงับข้อพิพาทโดยสันติ การละเว้นต่อการคุกคามหรือใช้กำลังนั้นถือเป็นจารีตประเพณีที่ทุกรัฐปฏิบัติตาม และกฎบัตรสหประชาชาติก็ถือเป็นสนธิสัญญาที่ได้รับการยอมรับอย่างแพร่หลาย จึงจะเห็นว่ารัฐที่ไม่เป็นภาคีก็มีพันธกรณีตามกฎหมายจารีตประเพณีที่ระบุในกฎบัตรสหประชาชาติด้วย

นอกจากนี้การให้อำนาจแก่อัยการศาลให้สามารถริเริ่มการสืบสวนสอบสวนคดีด้วยตนเองได้นั้นสหรัฐอเมริกาเห็นว่าเป็นการให้อำนาจแก่อัยการมากโดยไม่มีการตรวจสอบและถ่วงดุล (check & balance) การใช้อำนาจของอัยการ ซึ่งความจริงแล้วอัยการนั้นมีอำนาจจำกัดตามธรรมนูญกรุงโรม กล่าวคือ การจะเริ่มสอบสวน หรือมีกระบวนการทางกฎหมายใดๆ อัยการจะต้องได้รับความเห็นชอบจากองค์คณะพิจารณาเบื้องต้น นอกจากนั้นเมื่ออัยการร้องขออำนาจจากองค์คณะตุลาการพิจารณาเบื้องต้น ก็จะต้องแจ้งทุกรัฐภาคีของธรรมนูญและทุกรัฐที่จะใช้เขตอำนาจเหนืออาชญากรรมนี้ ซึ่งรวมถึงรัฐดินแดนและรัฐสัญชาติผู้ถูกกล่าวหา ซึ่งตามหลักการเสริมเขตอำนาจ (complementarity) ทำให้รัฐเจ้าของสัญชาติของผู้ถูกกล่าวหา ซึ่งมีสิทธิตามธรรมนูญที่จะอ้างการมีอยู่ก่อนของเขตอำนาจของตนทั้งในการสืบสวนสอบสวนและดำเนินคดี หากรัฐสัญชาติ หรือรัฐดินแดนได้อ้างเขตอำนาจแล้ว อัยการต้องหยุดการขออำนาจจากองค์คณะพิจารณาเบื้องต้นเพื่อสอบสวนและดำเนินคดี และอัยการต้องยอมรับการสรุปจากรัฐซึ่งได้สอบสวน ดำเนินคดี แม้ว่าอัยการจะสามารถแสดงให้เห็นว่ารัฐนั้นไม่สามารถหรือไม่เต็มใจอย่างแท้จริงที่จะดำเนินการนั้น และธรรมนูญยังห้ามการพิจารณาซ้ำสองในคดีเดียวกัน¹¹⁹

¹¹⁸ Medalline Morris, "The United States and The International Criminal Court: High Crimes and Misconceptions: The ICC and Non-Party States," Law and Contemporary Problems, 64,1: 53-56.

จากความหวังเกรงต่างๆของสหรัฐอเมริกาว่าศาลอาญาระหว่างประเทศ จะสามารถใช้เขตอำนาจเหนือคนชาติของตนได้ โดยเฉพาะต่ออาชญากรรมสงครามจึงทำให้ท่าทีที่ สนับสนุนศาลอาญาระหว่างประเทศของสหรัฐอเมริกาเปลี่ยนไป โดยที่ในเบื้องต้นสหรัฐอเมริกา สนับสนุนการจัดตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศเป็นอย่างดีและลงนามรับรองธรรมนูญกรุงโรมใน สมัยของประธานาธิบดี บิล คลินตัน เมื่อวันที่ 31 ธันวาคม ค.ศ.2000 ทั้งนี้ก็เพราะว่า สหรัฐอเมริกาต้องการแสดงบทบาทในทางระหว่างประเทศและมีส่วนเข้าร่วมในการกำหนด ข้อบัญญัติต่างๆในธรรมนูญ เช่น รายละเอียดและองค์ประกอบของอาชญากรรม , ออกเสียง คัดค้านการบัญญัติอาชญากรรมอันเป็นการรุกรานไว้ในธรรมนูญ เนื่องจากเกรงว่าจะเป็นการเปิด ไปงบบรรดาผู้บัญชาการทหารที่ปฏิบัติการทางทหารในประเทศอื่นๆ , การเสนอข้อ 18 ให้ย้ายการ ศาลสามารถทบทวนการที่อัยการยอมให้รัฐดำเนินการสืบสวนสอบสวนเมื่อพ้น 6 เดือนแล้ว เพราะ สหรัฐอเมริกาต้องการจะดำเนินคดีก่อนศาลอาญาระหว่างประเทศ ¹²⁰ รวมถึงการเสนอให้คณะ มนตรีความมั่นคงสามารถยับยั้งการดำเนินคดีของศาลได้ 12 เดือนตามมติคณะมนตรีความมั่นคง เป็นต้น ซึ่งต่อมาได้มีการถอนการลงนามในสมัยของประธานาธิบดี จอร์จ ดับเบิลยู บุช เมื่อวันที่ 6 พฤษภาคม ค.ศ.2002 ¹²¹ ก่อนจะมีการบุกอิรักเพียงไม่กี่เดือน และสหรัฐอเมริกาก็มีท่าทีต่อต้าน ศาลอาญาระหว่างประเทศอย่างชัดเจนตลอดมา

นอกจากสหรัฐอเมริกาก็จะถอนตัวเพราะเกรงว่าเขตอำนาจศาลอาญา ระหว่างประเทศจะครอบคลุมคนชาติตนในฐานะที่เป็นรัฐลงนามและรัฐภาคีหากมีการให้สัตยาบัน แล้ว สหรัฐอเมริกายังดำเนินการเพื่อเป็นการป้องกันคนชาติของตนในฐานะรัฐที่ไม่เป็นภาคีอีกด้วย เพราะสหรัฐอเมริกาทราบดีว่า ถึงแม้ว่าสหรัฐจะคัดค้านชัดเจนว่าตนไม่มีพันธกรณีต่อธรรมนูญกรุง โรมในฐานะรัฐที่ไม่เป็นภาคี แต่ก็ยังสามารถอยู่ภายใต้เขตอำนาจศาลได้ ประกอบกับ

¹¹⁹ Monroe Leigh, "Editorial Comments : The United States and The Statute of Rome," The American Journal International Law (January 2001). [online] Available from : <http://www.lexisnexis.com> [2004, October 9]

¹²⁰ Bruce Broomhall, International Justice & The International Criminal Court Between Sovereignty and the Rule of Law (New York: Oxford University Press, 2003) p. 87.

¹²¹ โปรดดู Overview of the United States' Opposition to the International Criminal Court. <http://www.iccnw.org>

สหรัฐอเมริกาเป็นประเทศที่มีปฏิบัติการทางทหารในประเทศต่างๆมากมาย จึงหวังเกรงว่าผู้นำเจ้าหน้าที่ ทหารและคนชาติสหรัฐจะตกอยู่ในเขตอำนาจศาลได้ จึงได้ดำเนินการป้องกันโดยขอให้ศาลอาญาระหว่างประเทศยกเว้นเขตอำนาจศาลต่อเจ้าหน้าที่ของสหประชาชาติในปฏิบัติการต่างๆ แต่ศาลอนุมัติให้แค่ 12 เดือน ตามข้อ 16 แห่งธรรมนูญกรุงโรม องค์การสหประชาชาติจึงได้ออกข้อมติคณะมนตรีความมั่นคงที่ 1442 ในปีค.ศ.2002 เพื่อยกเว้นกองกำลังสหประชาชาติจากเขตอำนาจศาลอาญาระหว่างประเทศ โดยครอบคลุมถึงเจ้าหน้าที่ หรือบุคลากรที่ปฏิบัติหน้าที่ให้ องค์การสหประชาชาติทั้งอดีต และปัจจุบัน และสมาชิกในสังกัดกองกำลังสหประชาชาติที่มาจากรัฐที่ไม่เป็นภาคีธรรมนูญกรุงโรม¹²² โดยข้อมติดังกล่าวสามารถขยายระยะเวลาได้ครั้งละ 12 เดือน หรือนานเท่าที่จำเป็น ดังนั้นเมื่อข้อมติที่ 1422 ครบกำหนด 12 เดือนจึงมีการขยายระยะเวลาข้อมติดังกล่าวด้วยการออกข้อมติที่ 1487 เมื่อวันที่ 12 มิถุนายน ค.ศ.2003 ภายใต้เงื่อนไขความคุ้มกันเดียวกัน โดยยกเว้นการสืบสวนสอบสวน และดำเนินคดีโดยศาลอาญาระหว่างประเทศแก่กองกำลังทหารซึ่งมาจากรัฐที่ไม่ได้เป็นภาคีธรรมนูญกรุงโรม และได้เข้าร่วมปฏิบัติการเพื่อสันติภาพในนามของสหประชาชาติเป็นเวลา 12 เดือน ตั้งแต่วันที่ 1 กรกฎาคม ค.ศ.2003 จนถึง 30 มิถุนายน ค.ศ. 2004 โดยเมื่อครบกำหนดแล้วอาจมีการออกมติเพื่อขยายระยะเวลาออกไปได้อีก¹²³ ทั้งนี้ในการออกข้อมติที่ 1487 นี้ ฝรั่งเศส เยอรมัน และซีเรียไม่ลงคะแนนเสียงในข้อมติดังกล่าว ซึ่งแสดงให้เห็นถึงความเปลี่ยนแปลงที่สำคัญจากข้อมติที่ 1422 ที่ได้รับการรับรองโดยเอกฉันท์¹²⁴ ดังจะเห็นได้จากการที่ประเทศสมาชิกคณะมนตรีความมั่นคงหลายประเทศไม่ให้การสนับสนุนการต่ออายุข้อมตินี้เนื่องจากมีความกังวลว่าการขยายเวลาเช่นนี้ทุกปีจะเป็นการบั่นทอนความน่าเชื่อถือของคณะมนตรีความมั่นคง และรวมถึงกองกำลังสหประชาชาติด้วย ดังนั้นหากมีความกดดันจากรัฐต่างๆมากขึ้นแล้ว การออกข้อมติเพื่อขยายระยะเวลาดังกล่าวนั้นอาจจะไม่สามารถทำได้อีก

¹²² ชนนภรณ์ บุญเกิดทรัพย์, “ปัญหาและแนวทางว่าด้วยความคุ้มกันของกองกำลังสหประชาชาติในการปฏิบัติการเพื่อสันติภาพในบริบทของศาลอาญาระหว่างประเทศ,” (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ สาขาวิชานิติศาสตร์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2547), หน้า 113-114.

¹²³ เรื่องเดียวกัน. หน้า 116-117.

¹²⁴ โปรดดู Overview of the United States' Opposition to the International Criminal Court. <http://www.iccnw.org>

นอกจากจะออกข้อมติดังกล่าวแล้ว ยังมีการออกกฎหมายภายในของสหรัฐอเมริกา The American Service Members Protection Act (ASPA) เพื่อต่อต้านศาลอาญาระหว่างประเทศ โดยการไม่ให้ความร่วมมือกับศาลอาญาระหว่างประเทศ และทำความเข้าใจว่าด้วยความคุ้มกัน Bilateral Immunity Agreements (BIAs) กับนานาประเทศทั้งรัฐที่เป็นภาคี รัฐที่ลงนามแต่ยังไม่ให้สัตยาบัน และรัฐที่ไม่เป็นภาคีธรรมนูญกรุงโรม เพื่อมิให้มีการส่งคนอเมริกันให้ศาลอาญาระหว่างประเทศ หรือให้แก่รัฐภาคีที่อาจส่งตัวให้แก่ศาลอาญาระหว่างประเทศได้ โดยมีได้รับความยินยอมจากสหรัฐอเมริกา โดยที่สหรัฐอเมริกาที่ตกลงที่จะไม่ส่งคนชาติคู่กรณีในเงื่อนไขเดียวกัน โดยที่สหรัฐอเมริกาได้ใช้ปัจจัยต่างๆบีบบังคับให้รัฐต่างๆต้องยอมทำสนธิสัญญานี้ด้วย เช่น การตัดงบประมาณความช่วยเหลือทางทหารหากไม่ให้ความร่วมมือกับสหรัฐอเมริกา และการยกระดับให้เป็นประเทศที่มีสถานะที่มีความสัมพันธ์พิเศษแก่รัฐที่ทำสนธิสัญญานี้¹²⁵ มีหลายประเทศที่ยอมเข้าร่วมสนธิสัญญานี้เพราะถูกบีบบังคับเนื่องจากความอ่อนด้อยทางเศรษฐกิจและทางทหาร และเพื่อรักษาสัมพันธ์ไมตรีกับสหรัฐ ทั้งรัฐที่เป็นภาคีและไม่เป็นภาคีธรรมนูญกรุงโรมรวมถึงประเทศไทยด้วย

แต่ก็ยังมีอีกหลายประเทศที่ปฏิเสธการทำความตกลงดังกล่าวกับสหรัฐอเมริกา โดยประเทศเหล่านี้ต่างก็ได้รับผลกระทบจากการบีบบังคับของสหรัฐอเมริกา กล่าวคือ เมื่อวันที่ 1 กรกฎาคม ค.ศ.2003 สหรัฐอเมริกาได้ถอนความช่วยเหลือทางทหารจากรัฐภาคีธรรมนูญกรุงโรม 35 ประเทศที่ไม่ยอมทำความตกลง ต่อมาเมื่อวันที่ 8 ธันวาคม ค.ศ.2004 ก็ได้ถอนการสนับสนุนทางเศรษฐกิจจากรัฐที่ยังคงปฏิเสธการลงนามความตกลงว่าด้วยความคุ้มกันนี้ ซึ่งการถอนกองทุนทางเศรษฐกิจเป็นการคุกคามและทำลายความพยายามในการต่อต้านการก่อการร้าย กระบวนการเพื่อสันติภาพ การริเริ่มต่อต้านการค้ายาเสพติด และการศึกษาเกี่ยวกับโรคเอดส์¹²⁶ ซึ่งประเทศต่างๆเหล่านี้ยังคงต้องการความช่วยเหลือจากสหรัฐอเมริกา เนื่องจากยังเผชิญปัญหาเกี่ยวกับการก่อการร้าย ยาเสพติด เช่น คอสตาริกา เป็นประเทศที่สนับสนุนและให้ความร่วมมือกับสหรัฐอเมริกาในการจับกุมการค้ายาเสพติด แต่เมื่อคอสตาริกาให้การสนับสนุนศาลอาญาระหว่างประเทศและไม่ทำความตกลงจึงทำให้สหรัฐอเมริการะงับความช่วยเหลือซึ่งส่งผล

¹²⁵ วิชัย ศรีรัตน์, “หนึ่งปีของศาลอาญาระหว่างประเทศกับท่าทีของประเทศไทย ; จะเดินหน้าหรือถอยหลัง,” วารสารกฎหมายสิทธิมนุษยชน 15,2 (ธันวาคม 2546): 45.

¹²⁶ โปรดดู US Threats to the International Criminal Court.
http://web.amnesty.org/pages/icc-US_threats-eng [2006, April 23]

กระทบเกี่ยวกับอุปกรณ์และกองทุนที่ต้องใช้ในการดำเนินการดังกล่าว , เอกวาดอร์มีปัญหาเกี่ยวกับการฟอกเงิน ปัญหาการควบคุมชายแดน และการอพยพเข้าเมืองโดยผิดกฎหมายซึ่งได้รับความช่วยเหลือจากสหรัฐอเมริกาเป็นจำนวนมาก และได้เข้าร่วมกับสหรัฐอเมริกาในปฏิบัติการต่อต้านยาเสพติด และต่อต้านการก่อการร้าย ซึ่งการระงับความช่วยเหลือนี้เป็นอุปสรรคที่สำคัญในการดำเนินงาน นอกจากนี้ 2 ประเทศที่ยกตัวอย่างมาแล้วยังมีอีกหลายประเทศที่ได้รับผลกระทบจากการถูกตัดความช่วยเหลือจากสหรัฐอเมริกา เช่น โครเอเชีย มาลี นามิเบีย เปรู ปารากวัย แอฟริกาใต้ แทนซาเนีย เวเนซุเอลา

จากข้อมูลเมื่อวันที่ 28 มกราคม พ.ศ.2549 มี 96 ประเทศที่ลงนามในความตกลงทวิภาคีแล้ว โดยรัฐภาคีธรรมนูญกรุงโรมลงนามในความตกลงดังกล่าวไป 42 ประเทศ และรัฐภาคีธรรมนูญกรุงโรม 18 ประเทศที่ไม่ลงนามความตกลงนี้ถูกตัดความช่วยเหลือทางการทหารทั้งหมดจากสหรัฐอเมริกาไปแล้ว และมี 54 ประเทศที่ยังคงปฏิเสธที่จะลงนาม ได้แก่ บราซิล โครเอเชีย คอสตาริกา เอกวาดอร์ เคนยา นามิเบีย เปรู ซามัว แอฟริกาใต้ และ ตรินิแดดและโตบาโก¹²⁷ ไทยก็เป็นประเทศหนึ่งที่ทำข้อตกลงดังกล่าวในวันที่ 6 มีนาคม ค.ศ.2003

การที่สหรัฐอเมริกาทำความตกลงทวิภาคีขึ้นโดยอ้างข้อ 98(2) แห่งธรรมนูญกรุงโรมที่กำหนดว่าศาลอาญาระหว่างประเทศจะขอให้รัฐดำเนินการส่งมอบตัวบุคคลโดยไม่สอดคล้องกับพันธกรณีที่มีอยู่ตามความตกลงระหว่างประเทศมิได้ เว้นแต่จะได้รับความยินยอมนั้น ผู้เชี่ยวชาญกฎหมายระหว่างประเทศโต้แย้งว่าสหรัฐอเมริกาตีความข้อ 98 ของธรรมนูญกรุงโรมผิดไป ซึ่งบทบัญญัติในข้อนี้มีได้มีความมุ่งหมายให้รัฐใช้ข้อ 98 มาเป็นหนทางในการปฏิเสธการให้ความร่วมมือกับศาลอาญาระหว่างประเทศ แต่เป็นการรับรองความตกลงที่มีอยู่ก่อนที่ธรรมนูญกรุงโรมจะมีผลบังคับใช้กับรัฐนั้น แต่บทบัญญัติในข้อนี้ไม่ได้กำหนดให้ชัดแจ้งว่าความตกลงระหว่างประเทศนั้นหมายถึงความตกลงที่มีอยู่ก่อนหรือหลังการบังคับใช้ธรรมนูญกรุงโรม ซึ่งเป็นช่องว่างให้สหรัฐอเมริกาทำความตกลงนี้ขึ้น ดังนั้นความตกลงดังกล่าวนี้เป็นการขัดต่อความมุ่งหมายของธรรมนูญกรุงโรมที่ให้ศาลอาญาระหว่างประเทศสามารถดำเนินคดีกับผู้ประกอบอาชญากรรมร้ายแรงที่อยู่ในเขตอำนาจ โดยมีให้มีการอ้างความคุ้มกันใดจากเขตอำนาจ

¹²⁷ โปรดดู Status of US Bilateral immunity agreements (BIAs).

ศาล และยังคงส่งผลกระทบต่อหลักสิทธิมนุษยชน และหลักกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ และเห็นว่ารัฐภาคีธรรมนูญลงนามในสนธิสัญญาฉบับนี้จะเป็นการละเมิดพันธกรณีในการให้ความร่วมมือต่างๆที่มีต่อธรรมนูญกรุงโรม¹²⁸ ส่วนกรณีประเทศไทยที่ได้ทำสนธิสัญญาดังกล่าวนี้กับสหรัฐอเมริกา และไม่ส่งคนอเมริกันให้ศาลอาญาระหว่างประเทศ ก็ถือว่าเป็นการขัดกับหลักการพื้นฐานและเจตนารมณ์ของศาลอาญาระหว่างประเทศ และประเทศไทยอาจละเมิดต่อพันธกรณีระหว่างประเทศหากภายหลังไทยเข้าเป็นภาคีธรรมนูญกรุงโรม¹²⁹

อย่างไรก็ดี ท่ามกลางความหวั่นเกรงของสหรัฐอเมริกาก็มีผู้ที่เห็นว่าการที่สหรัฐอเมริกาเข้าเป็นภาคีธรรมนูญกรุงโรมจะมีประโยชน์มากกว่า ได้แก่¹³⁰

1. สหรัฐอเมริกาจะสามารถใช้สิทธิยกเว้นเขตอำนาจศาลจากอาชญากรรมสงครามได้ 7 ปี
2. หากศาลอาญาระหว่างประเทศได้นิยามอาชญากรรมการรุกราน และรับรองการแก้ไขแล้ว ในฐานะรัฐภาคีสามารถแถลงไม่รับเขตอำนาจศาลได้ (opt out) โดยที่รัฐภาคีสามารถแถลงไม่รับเขตอำนาจ (opt out) อาชญากรรมใหม่ที่อาจกำหนดเพิ่มเติมในธรรมนูญได้
3. สหรัฐอเมริกาจะมีอิทธิพลอย่างมากในการเสนอชื่อผู้พิพากษา , เจ้าหน้าที่อัยการ และอัยการเข้ารับเลือกตั้ง เพราะปัจจุบันไม่มีผู้พิพากษาของสหรัฐอเมริกาอยู่ในศาลเลย ศาลอาญาระหว่างประเทศควรมีนักกฎหมายทางทหารที่ดีที่สุดซึ่งมีความรู้เกี่ยวกับกฎหมายว่าด้วยการขัดกันทางอาชญากรรมอย่างดี หากสามารถมีผู้พิพากษาของสหรัฐอเมริกาในศาลได้ก็จะมีอิทธิพลต่อความคิดของศาลต่อสถานการณ์และความเข้าใจเกี่ยวกับการขัดกันด้วยอาชญา

¹²⁸ ไบรด์คู US Bilateral Immunity or So-called "Article 98" Agreements (BIAs)

<http://www.iccnw.org> [2006, January 28].

¹²⁹ วิชัย ศรีรัตน์, "หนึ่งปีของศาลอาญาระหว่างประเทศกับท่าทีของประเทศไทย ; จะเดินหน้าหรือถอยหลัง," วารสารกฎหมายสุโขทัยธรรมมาธิราช, 15,2: 45-46.

¹³⁰ David J. Scheffer, "Advancing U.S. Interests with the International Criminal Court," Vanderbilt Journal of Transnational Law, (November 2003) [online] Available from : <http://www.lexisnexis.com> [2004, October 9].

4. สหรัฐอเมริกาสามารถมีอิทธิพลเหนือการดำเนินการของศาลได้ หากมีการสร้างความสัมพันธ์กับศาลก็จะมีอิทธิพลต่อการจัดการของศาล เพราะศาลจะมองหาความช่วยเหลือจากสหรัฐอเมริกา และการตอบสนองคำร้องขอก็จะทำให้สหรัฐค่อยๆเริ่มมีอิทธิพลในทางสร้างสรรค์ต่อการดำเนินงานของศาลได้

ดังนั้นจึงสรุปได้ว่าแม้ว่ารัฐนั้นจะเป็นรัฐลงนามแต่ยังไม่ให้สัตยาบัน หรือรัฐที่ไม่เป็นภาคีธรรมนูญกรุงโรมก็ยังมีโอกาสได้รับผลกระทบจากการที่ธรรมนูญกรุงโรมมีผลบังคับใช้ทั้งทางตรงและทางอ้อม ซึ่งผลกระทบทางตรง ได้แก่ การที่รัฐลงนามนั้นต้องมีหน้าที่ตามหลักสนธิสัญญาที่จะไม่กระทำการอันเป็นการลบล้างวัตถุประสงค์ของธรรมนูญกรุงโรม แต่เนื่องจากข้อกำหนดธรรมนูญกรุงโรม คือการนำเอากฎหมายจารีตประเพณีมารวบรวมไว้ ดังนั้นทุกๆรัฐรวมทั้งรัฐที่ลงนามแต่ยังไม่ให้สัตยาบัน และรัฐที่ไม่เป็นภาคีจึงจะต้องไม่กระทำอาชญากรรมรุนแรงอันเป็นกฎหมายจารีตประเพณีที่ได้กำหนดไว้ในธรรมนูญกรุงโรมด้วย อีกทั้งยังอาจได้รับผลกระทบทางอ้อม กล่าวคือ การมีผลบังคับใช้ของธรรมนูญกรุงโรมทำให้รัฐที่ได้ลงนามแต่ยังไม่ให้สัตยาบันนั้นต้องพิจารณาถึงกฎหมายภายในของตนว่ามีข้อใดที่ไม่สอดคล้องกับธรรมนูญกรุงโรม เพื่อทำการแก้ไข เพิ่มเติมกฎหมาย ข้อกำหนดต่างๆให้ครอบคลุมอาชญากรรมที่กำหนด จัดเตรียมหน่วยงาน บุคคลกร เพื่อเตรียมความพร้อมที่จะปฏิบัติตามพันธกรณีเมื่อได้เข้าเป็นภาคีธรรมนูญกรุงโรมในอนาคต ส่วนรัฐที่ไม่เป็นภาคีก็ต้องดำเนินการเช่นเดียวกันในการสำรวจกฎหมายภายในของตน เพื่อที่จะสามารถดำเนินคดีหากเกิดอาชญากรรมร้ายแรงขึ้นในเขตอำนาจรัฐตน เพื่อที่ศาลอาญาระหว่างประเทศจะได้ไม่มีโอกาสเป็นศาลเสริมในการพิจารณาคดีดังกล่าว อีกทั้ง รัฐที่ลงนามแต่ยังไม่ให้สัตยาบัน และรัฐที่ไม่เป็นภาคีนี้ยังจะต้องให้ความรู้ความเข้าใจเพิ่มเติมแก่เจ้าหน้าที่ของรัฐ ผู้บังคับบัญชา ทหารผู้ปฏิบัติการ รวมถึงประชาชนทั่วไป เพื่อป้องกันมิให้คนชาติของตนกระทำการอันอาจตกอยู่ภายใต้เขตอำนาจศาลอาญาระหว่างประเทศได้

3.2 ผลกระทบของธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศต่อประเทศไทย

แม้ว่าประเทศไทยจะยังไม่มีพันธกรณีที่ต้องปฏิบัติตามข้อกำหนดในธรรมนูญกรุงโรม เนื่องจากว่าประเทศไทยเพียงแคลงนามในธรรมนูญ แต่ยังมีได้มีการดำเนินการให้สัตยาบัน แต่ในฐานะรัฐลงนามในธรรมนูญกรุงโรมจะก่อให้เกิดสิทธิ หน้าที่อันส่งผลกระทบต่อประเทศไทยดังนี้

3.2.1 ผลกระทบจากการลงนามธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศต่อประเทศไทย

การลงนามในธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศโดยผู้แทนรัฐซึ่งมีอำนาจเต็มนั้น เป็นการแสดงเจตนาให้ความยินยอมเพื่อผูกพันตามสนธิสัญญา ซึ่งม.ร.ว.สุขุมพันธุ์ บริพัตร รัฐมนตรีช่วยว่าการกระทรวงการต่างประเทศ ได้เป็นผู้แทนในนามของประเทศไทยในการลงนามที่นครนิวยอร์ก เมื่อวันที่ 2 ตุลาคม พ.ศ.2543 ซึ่งนับเป็นประเทศแรกๆในแถบเอเชียตะวันออกเฉียงใต้ที่ได้ลงนามในธรรมนูญกรุงโรม¹³¹ เป็นการแสดงเจตนาพร้อมทั้งการเมือง ในอันที่จะกระทำการใดๆที่จะเป็นในการให้สัตยาบันธรรมนูญกรุงโรม ซึ่งจะต้องแก้ไขกฎหมาย เตรียมกระบวนการให้พร้อมดำเนินการกับบุคคลผู้ถูกกล่าวหา เพื่อให้สอดคล้องและสามารถปฏิบัติตามพันธกรณีได้ก่อนที่จะมีการให้สัตยาบัน เนื่องจากกฎหมายที่มีอยู่ในปัจจุบันยังไม่เพียงพอที่จะรองรับพันธกรณีที่มีอยู่ในธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศ

3.2.1.1 สิทธิของประเทศไทยในฐานะรัฐลงนามธรรมนูญกรุงโรมแต่ยังไม่ให้สัตยาบัน

สิทธิที่ประเทศไทยจะได้รับจากการลงนามจะมีผลเช่นเดียวกับสิทธิของรัฐลงนามทั่วไป กล่าวคือ

1. ประเทศไทยมีสิทธิให้การยอมรับเขตอำนาจศาลอาญาระหว่างประเทศเหนืออาชญากรรมที่เป็นปัญหา โดยทำคำประกาศมอบให้แก่นายทะเบียนตามที่กำหนดในข้อ 12(3) แห่งธรรมนูญกรุงโรม ซึ่งอาจเป็นกรณีที่เกิดอาชญากรรมร้ายแรงตามเขตอำนาจศาลอาญาระหว่างประเทศขึ้นในดินแดนของประเทศไทย ซึ่งกรณีนี้ศาลจะสามารถใช้เขตอำนาจเหนืออาชญากรรมที่ประเทศไทยยอมรับเขตอำนาจศาล โดยที่การยอมรับเขตอำนาจศาลนี้จะก่อให้เกิดประเทศไทยมีหน้าที่ในการให้ความร่วมมือตามภาค 9 กับศาลโดยไม่ชักช้า หรือไม่มีข้อยกเว้นใด

¹³¹ กองการสื่อมวลชน กรมสารนิเทศ กระทรวงต่างประเทศ, “การลงนามธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศ,” เอกสารเผยแพร่ที่ 700/2543 ลงวันที่ 11 ตุลาคม พ.ศ.2543 อังนิน อัญชิสา เต็มพงศ์พัฒนา, “ผลกระทบที่ประเทศไทยจะรับในการเข้าเป็นภาคีธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศ ศึกษากรณีความร่วมมือระหว่างประเทศและการส่งผู้ร้ายข้ามแดน,” หน้า 138-139.

2. แม้ว่าประเทศไทยจะได้ลงนามในธรรมนูญกรุงโรมไว้แต่ยังไม่ให้สัตยาบัน ในสถานะดังกล่าวนี้ประเทศไทยจะไม่มีหน้าที่ต้องให้ความร่วมมือกับศาลอาญาระหว่างประเทศ แต่ประเทศไทยอาจพิจารณาทำความตกลงเฉพาะกิจเพื่อให้ความร่วมมือกับศาลได้ หากได้ทำความตกลงดังกล่าวแล้วประเทศไทยจะต้องให้ความร่วมมือกับศาลเท่าที่กำหนดในข้อตกลงดังกล่าว

3. ประเทศไทยมีสิทธิโต้แย้งเขตอำนาจ และการรับคดีไว้พิจารณาของศาลอาญาระหว่างประเทศ ในกรณีที่ศาลไทยกำลังดำเนินการสืบสวนสอบสวน ดำเนินคดี หรือได้สืบสวนสอบสวน ดำเนินคดีไปแล้ว ตามหลักการเสริมเขตอำนาจของศาลอาญาระหว่างประเทศ ซึ่งศาลไทยมีสิทธิดำเนินคดีที่อยู่ในเขตอำนาจของตนก่อนมีการเสนอคดีให้ศาลอาญาระหว่างประเทศพิจารณา

4. ประเทศไทยมีสิทธิปฏิเสธคำร้องขอให้เปิดเผยเอกสาร หรือข้อมูลที่อยู่ในประเทศ หากทางไทยทราบว่าข้อมูลหรือเอกสารนั้นกำลัง หรือน่าจะถูกเปิดเผย และการเปิดเผยนั้นจะส่งผลกระทบต่อความมั่นคงแห่งชาติแล้วก็มีสิทธิที่จะเข้าแทรกแซงเพื่อขอรับวินิจฉัยได้

5. ประเทศไทยมีสิทธิให้เงินอุดหนุนแก่กองทุนศาลอาญาระหว่างประเทศได้ตามความสมัครใจ

6. ประเทศไทยจะได้รับสิทธิในการเข้าร่วมประชุมต่างๆเกี่ยวกับศาลอาญาระหว่างประเทศ แต่มีสิทธิเพียงเข้าร่วมสังเกตการณ์และแสดงความคิดเห็นและทำที่ แต่ไม่สามารถใช้สิทธิในการลงคะแนนในกรณีต่างๆได้ เพราะการลงคะแนนเป็นสิทธิของรัฐภาคีเท่านั้น

7. ประเทศไทยมีสิทธิได้รับแลกเปลี่ยนข้อมูลข่าวสารเกี่ยวกับศาลอาญาระหว่างประเทศ และสามารถได้รับคำแนะนำจากหน่วยงานต่างๆที่เกี่ยวข้องกับการจัดตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศ เช่น คณะกรรมาธิการเตรียมการจัดตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศ (Preparatory Commission : PrepCom)

3.2.1.2 หน้าที่ของประเทศไทยในฐานะรัฐลงนามธรรมนูญกรุงโรมแต่ยังไม่ให้สัตยาบัน

การลงนามในธรรมนูญกรุงโรมของประเทศไทยนั้นไม่ได้ก่อให้เกิดหน้าที่จากธรรมนูญโดยตรง เว้นแต่ประเทศไทยจะได้ออมรับการใช้เขตอำนาจของศาลอาญาระหว่างประเทศในอาชญากรรมที่เป็นปัญหา ซึ่งการยอมรับเขตอำนาจนี้จะก่อให้เกิดหน้าที่ตามมา คือ ประเทศไทยต้องให้ความร่วมมือกับศาลตามที่กำหนดในภาค 9 แห่งธรรมนูญโดยไม่ชักช้า หรือไม่มีข้อยกเว้น ซึ่งรวมถึงการที่จะต้องส่งคนชาติไทยให้ไปดำเนินคดีในศาลอาญาระหว่างประเทศด้วย หรือกรณีที่ประเทศไทยได้ทำความตกลงเฉพาะกิจให้ความร่วมมือกับศาลอาญาระหว่างประเทศ ก็จะทำให้ประเทศไทยมีพันธกรณีที่จะต้องให้ความร่วมมือกับศาลในประเด็นที่ได้กำหนดไว้ในข้อตกลงดังกล่าว นอกจากนี้การลงนามในธรรมนูญกรุงโรมทำให้ประเทศไทยมีหน้าที่ตามหลักสนธิสัญญาที่จะต้องไม่ดำเนินการใดๆ อันเป็นการขัดหรือแย้งต่อวัตถุประสงค์แห่งธรรมนูญ ซึ่งวัตถุประสงค์ของธรรมนูญกรุงโรม คือ เพื่อดำเนินคดีกับปัจเจกชนที่กระทำอาชญากรรมที่อยู่ในเขตอำนาจศาลอาญาระหว่างประเทศ โดยไม่ยอมรับการอ้างความคุ้มกัน หรือยกเว้นโทษ เพื่อขจัดและป้องปรามการเกิดอาชญากรรมดังกล่าว

ดังนั้นประเทศไทยจึงมีหน้าที่ที่จะต้องไม่ดำเนินนโยบายหรือกระทำการอันเป็นการลบล้าง หรือขัดกับวัตถุประสงค์ดังกล่าว เช่น การออกกฎหมายให้ขัดหรือแย้งกับธรรมนูญกรุงโรม หรือดำเนินการอื่นๆ อันทำให้วัตถุประสงค์นั้นเสียไป เช่น การออกคำสั่งให้มีการกระทำอันเป็นการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ หรืออาชญากรรมอื่นๆ ที่อยู่ในเขตอำนาจศาลอาญาระหว่างประเทศ หรือไม่ดำเนินการกับผู้กระทำความผิดนั้น หากประเทศไทยมีแนวโน้มที่จะให้สัตยาบันธรรมนูญในอนาคต ก็ต้องมีการเตรียมการแก้ไขกฎหมายภายในให้สอดคล้อง เพื่อพร้อมที่จะรองรับพันธกรณีที่จะเกิดขึ้นในอนาคต แต่หากว่าประเทศไทยมีเจตนาจะไม่สนับสนุนศาลอีกต่อไป ประเทศไทยก็อาจกระทำการใดๆ อันเป็นการขัดหรือแย้งกับธรรมนูญกรุงโรมได้ แต่ทั้งนี้จะต้องพิจารณาด้วยว่า ไม่เป็นการละเมิดพันธกรณีตามกฎหมายระหว่างประเทศ หรือพันธกรณีที่มีอยู่ตามสนธิสัญญา ความตกลงระหว่างประเทศต่างๆ ที่ประเทศไทยได้ทำไว้ แต่หากพิจารณาถึงวัตถุประสงค์ที่ธรรมนูญกำหนดไว้แล้วจะเห็นได้ว่าเป็นข้อกำหนดที่เกี่ยวกับกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศซึ่งเป็นที่ยอมรับกันทั่วไป และบางกรณียังเป็นความผิดตามกฎหมายอาญาของรัฐอยู่แล้ว อันจะทำให้ถึงแม้ว่าประเทศไทยจะไม่เข้าเป็นภาคีก็จะดำเนินการดังกล่าวไม่ได้

อย่างไรก็ดีเมื่อมีการลงนามในธรรมนูญกรุงโรมแล้วแม้จะไม่มีหน้าที่โดยตรงที่จะต้องแก้ไขกฎหมายภายในให้รองรับพันธกรณีดังเช่นรัฐภาคี แต่กลับเป็นผลกระทบทางอ้อมที่ประเทศไทยจะต้องพิจารณาถึงกฎหมายภายในที่มีอยู่ด้วยว่าครอบคลุม และมีศักยภาพที่จะดำเนินคดีกับผู้กระทำผิดอาชญากรรมร้ายแรงภายในเขตอำนาจศาลไทยได้ มิฉะนั้นหากศาลไทยไม่สามารถดำเนินการพิจารณาคดีอย่างมีประสิทธิภาพแล้ว ศาลอาญาระหว่างประเทศก็มีโอกาสที่จะเข้ามาเป็นศาลเสริมพิจารณาคดีดังกล่าว หากว่ามีรัฐใดรัฐหนึ่งที่มีเขตอำนาจเหนืออาชญากรรมนั้นเป็นภาคี หรือได้ยอมรับเขตอำนาจศาลเสนอเรื่องสู่ศาล หรืออัยการศาลอาญาระหว่างประเทศพิจารณาจากข้อมูลที่ได้รับแล้วเห็นว่าควรริเริ่มสืบสวนสอบสวนคดีดังกล่าว หรือเป็นกรณีที่คุณจะมั่นใจความมั่นคงเสนอสถานการณ์นั้นต่อศาลอาญาระหว่างประเทศ

นอกจากนี้ยังการลงนามของประเทศไทยเป็นการแสดงออกถึงการยอมรับหลักการของธรรมนูญ และหากมีแนวโน้มว่าจะมีการให้สัตยาบันต่อไป ประเทศไทยจะต้องดำเนินการเผยแพร่ความรู้ ประชาสัมพันธ์เกี่ยวกับศาลอาญาระหว่างประเทศให้แก่ประชาชนและหน่วยงานต่างๆ เพื่อสร้างความเข้าใจที่ถูกต้อง และสามารถนำไปศึกษาพิจารณาในการดำเนินการต่างๆ และหากประเทศไทยให้สัตยาบันเข้าเป็นภาคีธรรมนูญแล้ว จะต้องดำเนินการอนุวัติการ และปรับใช้ธรรมนูญดังกล่าว ซึ่งในทางปฏิบัติแล้ว การปรับใช้สนธิสัญญาในประเทศไทยเป็นไปตามหลักทวินิยม กล่าวคือ ต้องผ่านการแปลงเป็นกฎหมายภายในเสียก่อนในรูปแบบของกฎหมายอนุวัติการ เพื่อให้กฎหมายภายในสอดคล้องกับพันธกรณีตามสนธิสัญญา และรัฐภาคีก็จะสามารถปฏิบัติตามข้อผูกพันในสนธิสัญญาได้มิฉะนั้นอาจถูกตำหนิว่าไม่เคารพพันธกรณี และอาจต้องรับผิดชอบในทางระหว่างประเทศ¹³²

ในกรณีธรรมนูญกรุงโรมหากประเทศไทยให้ความยินยอมเพื่อผูกพันตามธรรมนูญไปแล้ว แต่ยังมีได้มีการออกกฎหมายอนุวัติการธรรมนูญ อาจทำให้คนชาติไทย หรือผู้ที่กระทำความผิดในประเทศไทยตกอยู่ในเขตอำนาจศาลอาญาระหว่างประเทศได้ อันจะทำให้ประเทศไทยเสียสิทธิในการคัดค้านเขตอำนาจศาล หรือคัดค้านการรับคดีไว้พิจารณาได้อันเนื่องมาจากการไม่มีกฎหมายที่จะบังคับใช้ในกรณีดังกล่าวได้ทำให้ศาลไทยไม่สามารถหรือไม่มีประสิทธิภาพในการดำเนินคดี แต่ในทางปฏิบัติโดยทั่วไปแล้ว ศาลของรัฐส่วนใหญ่จะเคารพ

¹³² จตุรนต์ ธีระวัฒน์, “กระบวนการทำสนธิสัญญาและการปรับใช้สนธิสัญญาในทางปฏิบัติของประเทศไทย,” วารสารนิติศาสตร์ 26,3 (กันยายน 2539): 629.

พันธกรณีที่รัฐทำไว้ตามสนธิสัญญา และจะหาทางวินิจฉัยคดีให้สอดคล้องกับพันธกรณีเช่นว่านั้น ซึ่งน่าจะเป็นทิศทางที่ถูกต้อง ถึงแม้ว่าจะยังไม่มีกรอบกฎหมายภายในเป็นการอนุวัติการก็ตาม ทั้งนี้เพื่อหลีกเลี่ยงมิให้รัฐต้องมีความรับผิดชอบในทางระหว่างประเทศต่อรัฐภาคีอื่นๆแห่งสนธิสัญญา เช่นว่านั้น¹³³ ซึ่งในกรณีพันธกรณีตามธรรมนูญแล้วประเทศไทยจะต้องพยายามปรับหลักกฎหมายอาญาที่มีอยู่เพื่อให้สามารถพิจารณาคดีกับผู้ที่กระทำความผิดอาชญากรรมที่อยู่ภายใต้เขตอำนาจศาลอาญาระหว่างประเทศ ซึ่งกฎหมายที่มีอยู่อาจจะไม่ครอบคลุมทุกกรณี

3.2.1.3 ความรับผิดชอบของประเทศไทยในฐานะรัฐลงนาม

ประเทศไทยในฐานะรัฐลงนามนั้นอาจต้องมีความรับผิดชอบหากได้กระทำการอันเป็นการลบล้างวัตถุประสงค์ และการดำเนินงานของศาลอาญาระหว่างประเทศ หรือในกรณีที่ประเทศไทยได้ยอมรับเขตอำนาจศาล ประเทศไทยต้องให้ความร่วมมือกับศาลตามภาค 9 โดยไม่ชักช้า หรือกรณีไม่มีข้อยกเว้น หรือได้ทำความตกลงเฉพาะกิจเพื่อให้ความร่วมมือกับศาลอาญาระหว่างประเทศแล้ว หากว่าประเทศไทยไม่สามารถให้ความร่วมมือได้ หรือละเมิดข้อตกลงที่จะให้ความร่วมมือกับศาล ศาลจะดำเนินการแจ้งไปยังสมัชชารัฐภาคีให้พิจารณา หรือแจ้งไปยังคณะมนตรีความมั่นคงในกรณีที่คดีถูกเสนอโดยคณะมนตรีความมั่นคงให้พิจารณาดำเนินมาตรการต่อไป

3.2.1.4 การใช้เขตอำนาจศาลอาญาระหว่างประเทศต่อประเทศไทย

ศาลอาญาระหว่างประเทศจะใช้เขตอำนาจต่อประเทศไทยในฐานะรัฐที่ไม่เป็นภาคีได้โดยเป็นไปตามเงื่อนไขที่กำหนด อันได้แก่ มีการกระทำความผิดอาชญากรรมตามเขตอำนาจศาลโดยคนไทยในดินแดนของรัฐภาคีแล้วรัฐภาคีเสนอคดีสู่ศาล หรือคณะมนตรีความมั่นคงเสนอสถานการณ์นั้นต่อศาล หรือกรณีที่ประเทศไทยยอมรับเขตอำนาจศาลต่ออาชญากรรมที่เป็นปัญหานั้นเสียเอง แต่ศาลอาญาระหว่างประเทศจะยังไม่สามารถใช้เขตอำนาจศาลได้ทันทีเนื่องจากศาลอาญาระหว่างประเทศมีหน้าที่เป็นศาลเสริมเขตอำนาจศาลภายใน ดังนั้นหากเป็นกรณีที่คนไทยทำผิดในเขตอำนาจศาลไทยแล้วประเทศไทยยังสามารถใช้เขตอำนาจของรัฐในการ

¹³³ จุมพต สายสุนทร, “การยอมรับและการบังคับใช้สนธิสัญญาตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญของรัฐ,” วารสารนิติศาสตร์ 31,4 (ธันวาคม 2544): 895.

สืบสวน สอบสวนดำเนินคดีที่ประเทศไทยมีเขตอำนาจได้ แต่หากปรากฏว่าสถานการณ์นั้นมีความรุนแรง และส่งผลกระทบต่อสันติภาพและความมั่นคงระหว่างประเทศ คณะมนตรีความมั่นคงอาจเสนอสถานการณ์ดังกล่าวสู่ศาลอาญาระหว่างประเทศได้ แต่ทั้งนี้ประเทศไทยยังคงมีสิทธิที่จะคัดค้านการใช้เขตอำนาจศาลหรือการรับคดีไว้พิจารณาของศาลได้ด้วยเหตุที่ว่าประเทศไทยได้มีการสืบสวนสอบสวน ดำเนินคดีดังกล่าวอยู่ หรือดำเนินคดีเสร็จสิ้นแล้ว ดังนั้นประเทศไทยจึงควรเตรียมความพร้อมภายในไม่ว่าจะเป็นทางกฎหมาย หรือกระบวนการยุติธรรม เพื่อที่หากจำเป็นจะต้องมีการดำเนินคดีเกี่ยวกับอาชญากรรมดังกล่าว ศาลอาญาระหว่างประเทศจะได้ไม่สามารถอ้างความไม่เต็มใจหรือไม่สามารถดำเนินคดีอย่างแท้จริง และเข้ามาใช้เขตอำนาจได้

โดยที่หากประเทศไทยเข้าเป็นภาคีธรรมนูญกรุงโรม ก็จะต้องมีการอนุวัติการธรรมนูญกรุงโรมมาเป็นกฎหมายภายใน อันจะทำให้ศาลไทยสามารถดำเนินการพิจารณาคดีได้ตามกฎหมาย แต่หากประเทศไทยไม่เข้าเป็นภาคีธรรมนูญกรุงโรมแล้ว อาจเกิดปัญหาจากการปรับใช้กฎหมายวินิจฉัยคดีได้ เนื่องจากว่าเมื่อรัฐไม่เป็นภาคีสันติสัญญาใด ศาลภายในของรัฐก็ย่อมไม่ผูกพัน และไม่มีอำนาจนำสนธิสัญญานั้นมาใช้ในการวินิจฉัยอรรถคดี เพราะยังมีได้ทำตามกลไกของรัฐธรรมนูญว่าจะตัดสินใจเข้าผูกพันตามพันธกรณีแห่งสนธิสัญญานั้นหรือไม่ แต่หากหลักกฎหมายในสนธิสัญญาที่รัฐไม่ได้เป็นภาคีนั้นนำมาจากหลักกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศศาลจะนำหลักกฎหมายจารีตประเพณีเช่นนั้นมาปรับใช้แก่อรรถคดีได้หรือไม่ย่อมขึ้นอยู่กับรัฐธรรมนูญของรัฐนั้นๆว่ามีกลไกในการยอมรับและใช้บังคับจารีตประเพณีระหว่างประเทศมาเป็นกฎหมายภายในของรัฐอย่างไร ซึ่งในกรณีประเทศไทยนั้นไม่ปรากฏว่ามีบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2540 ระบุให้นำจารีตประเพณีระหว่างประเทศมาใช้บังคับเป็นกฎหมายภายในของประเทศไทยได้ ซึ่งจะก่อให้เกิดปัญหาแก่ฝ่ายตุลาการของไทยได้ เนื่องจากประเทศไทยผูกพันตามจารีตประเพณีระหว่างประเทศหลายประการอันเนื่องมาจากการยอมรับจารีตประเพณีระหว่างประเทศนั้นโดยการไม่ได้แย้ง (acquiescence) แต่ไม่ปรากฏว่ามีกฎหมายภายในของไทยที่รองรับจารีตประเพณีระหว่างประเทศเช่นนั้น ดังนั้นหากมีพันธกรณีที่มีการอ้างจารีตประเพณีระหว่างประเทศในประเทศไทย ศาลไทยจะนำจารีตประเพณีนั้นมาปรับใช้ในการวินิจฉัยคดีได้หรือไม่ เนื่องจากไม่มีการรับรองไว้ในรัฐธรรมนูญ และไม่ปรากฏว่ามี การรับรองจารีตประเพณีระหว่างประเทศดังกล่าวไว้ในกฎหมายอื่นของไทย¹³⁴

¹³⁴ จุมพต สายสุนทร, “การยอมรับและการบังคับใช้สนธิสัญญาตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญของรัฐ,” วารสารนิติศาสตร์, 31,4: 895-896.

ด้วยเหตุนี้จึงอาจทำให้ศาลอาญาระหว่างประเทศอ้างถึงความไม่เต็มใจ ไม่สามารถดำเนินคดีของไทยได้ เนื่องจากกฎหมายที่มีอยู่นั้นไม่ครอบคลุมอาชญากรรมที่มีอยู่ในเขตอำนาจศาลอาญาระหว่างประเทศ เพราะการกระทำคามผิดหลายลักษณะไม่ปรากฏว่ามีบัญญัติไว้โดยตรงในกฎหมายไทย เช่น อาชญากรรมอันเป็นการทำลายล้างเผ่าพันธุ์นั้นเป็นอาชญากรรมที่มีเขตอำนาจสากลที่ทุกรัฐสามารถดำเนินคดีกับผู้กระทำผิดได้ แม้ว่ารัฐนั้นจะไม่เข้าเป็นภาคีธรรมนูญกรุงโรมก็ตาม แต่ในกฎหมายอาญาของไทยนั้นไม่มีบัญญัติการกระทำบางลักษณะของการกระทำอาชญากรรมอันเป็นการล้างเผ่าพันธุ์ไว้ เช่นการบังคับให้ย้ายเด็กไปยังอีกกลุ่ม หรือขัดขวางมิให้มีการกำเนิดของบุตรภายในกลุ่มโดยมีเจตนาทำลายทั้งหมดหรือบางส่วนของกลุ่มนั้น หรือในกรณีอาชญากรรมต่อมนุษยชาติมีการกระทำหลายลักษณะ เช่น การฆ่าคนตายโดยเจตนา เอาคนลงเป็นทาส ข่มขืนกระทำชำเรา บังคับให้บุคคลหายสาบสูญ อาชญากรรมอันเป็นการเหยียดผิว ซึ่งหลายลักษณะก็ไม่ได้บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญาของไทย แต่โดยสภาพการกระทำแล้วก็มีบางลักษณะที่จะปรับใช้ฐานความผิดของตามกฎหมายอาญาไทยเพื่อพิจารณาคดีได้ แต่ก็มีข้อจำกัดคือกฎหมายอาญานั้นจะต้องตีความอย่างเคร่งครัด จะตีความให้เป็นผลเสียแก่จำเลยไม่ได้ ดังนั้นจึงมีความจำเป็นที่ไทยจะต้องมีกฎหมายภายในรองรับฐานความผิดที่อยู่ในเขตอำนาจศาลอาญาระหว่างประเทศด้วย เพราะหากศาลไทยพิจารณาคดีอาญาร้ายแรงนี้ตามกฎหมายอาญาของไทยแล้ว ศาลอาญาระหว่างประเทศอาจเห็นว่าการดำเนินคดีของไทยนั้นเป็นไปโดยไม่มีประสิทธิภาพ หรือปกป้องผู้กระทำผิดได้

นอกจากนี้ธรรมนูญกรุงโรมกำหนดโทษขั้นสูงสุดไว้ คือ การจำคุกตลอดชีวิต แต่กฎหมายอาญาในบางรัฐกำหนดให้การกระทำคามผิดบางฐานอาจมีโทษสูงสุดถึงประหารชีวิตได้ เช่น ตามประมวลกฎหมายอาญาของประเทศไทยในมาตรา 18 ได้บัญญัติว่า “โทษสำหรับลงแก่ผู้กระทำคามผิดมีดังนี้ 1.ประหารชีวิต 2.จำคุกตลอดชีวิต 3.กักขัง 4.ปรับ 5.ริบทรัพย์สิน” ซึ่งโทษสูงสุดของไทยนั้นต่างจากศาลอาญาระหว่างประเทศ ดังนั้นจึงเกิดประเด็นขึ้นว่า หากศาลภายในของรัฐที่ดำเนินคดีนั้นเห็นว่าการพิจารณาคดีโดยศาลภายในแล้ว บุคคลดังกล่าวจะต้องได้รับโทษถึงประหารชีวิต ดังนั้นแล้วจะเลียงมิให้บุคคลดังกล่าวต้องโทษประหารชีวิตโดยการเสนอคดีสู่ศาลอาญาระหว่างประเทศ หรือแสดงความไม่เต็มใจหรือไม่สามารถในการสืบสวนสอบสวนดำเนินคดีเพื่อที่คดีจะขึ้นสู่ศาลอาญาระหว่างประเทศได้หรือไม่ ในประเด็นนี้ต้องพิจารณาเป็น 2 กรณี คือ

1) หากรัฐที่ดำเนินคดีนั้นเป็นภาคีธรรมนูญกรุงโรม กรณีนี้เป็นดุลพินิจของรัฐนั้นว่าจะเสนอคดีสู่ศาลอาญาระหว่างประเทศหรือไม่ หากเห็นว่าจะให้ศาลอาญาระหว่างประเทศพิจารณาคดีรัฐภาคีนั้นก็ได้โดยการเสนอคดีสู่ศาลอาญาระหว่างประเทศ และเนื่องจาก

รัฐดังกล่าวนั้นมีเขตอำนาจและมีสิทธิในการดำเนินคดีดังกล่าวอยู่แล้ว หากปรากฏถึงความไม่เต็มใจหรือไม่สามารถดำเนินคดีนั้นได้อย่างแท้จริง ศาลอาญาระหว่างประเทศก็จะเข้ามาเป็นศาลเสริมดำเนินคดีนั้น ซึ่งหากเป็นความตั้งใจของรัฐที่จะไม่ดำเนินคดีก็อาจเป็นการแสดงให้เห็นถึงความไม่มีประสิทธิภาพของศาลภายในที่จะดำเนินคดี ซึ่งอาจส่งผลกระทบต่อความเชื่อมั่นในองค์กรยุติธรรมของรัฐนั้นได้

2) หากรัฐที่ดำเนินคดีนั้นเป็นรัฐที่ไม่เป็นภาคีธรรมนูญกรุงโรม หรือเป็นรัฐที่ลงนามแต่ยังไม่ให้สัตยาบันดังเช่นประเทศไทย เมื่อรัฐมีเขตอำนาจดำเนินคดีดังกล่าวก็สามารถดำเนินการได้เต็มที่ตามกฎหมายภายในของตน ซึ่งก็ขึ้นอยู่กับฐานความผิดที่กฎหมายภายในกำหนดไว้ว่าครอบคลุมความผิดที่เป็นอาชญากรรมหลักที่กำหนดในธรรมนูญกรุงโรมหรือไม่ หรือต้องปรับใช้ฐานความผิดที่มีอยู่เพื่อพิจารณาคดีดังกล่าว หรือหากรัฐต้องการให้บุคคลดังกล่าวถูกพิจารณาคดีโดยศาลอาญาระหว่างประเทศก็สามารถทำได้โดยการยอมรับเขตอำนาจศาลในอาชญากรรมที่เป็นปัญหานั้น

ทั้งสองกรณีนี้ดูเหมือนจะเป็นความต้องการที่จะเลี้ยงเพื่อให้บุคคลได้รับโทษเบาว่าที่กฎหมายภายในกำหนด โดยการส่งให้บุคคลดังกล่าวถูกดำเนินคดีโดยศาลอาญาระหว่างประเทศนั้น ก็ไม่ถือว่าเป็นการดำเนินการที่ไม่ยุติธรรม หรือปกป้องช่วยเหลือผู้กระทำความผิด เนื่องจากศาลอาญาระหว่างประเทศนั้นเป็นองค์กรยุติธรรมที่ได้รับการยอมรับจากประชาคมโลก และกระบวนการดำเนินคดีรวมถึงการกำหนดโทษก็เป็นมาตรฐานที่เหมาะสม ดังนั้นคงจะไม่มีรัฐใดอ้างว่าการไม่ดำเนินคดีโดยศาลภายในแต่ให้ศาลอาญาระหว่างประเทศพิจารณาคดีนั้นไม่ยุติธรรม

เช่นเดียวกันกับประเทศไทยก็มีดุลพินิจที่จะพิจารณาคดีคนนั้นเอง หรือยอมรับเขตอำนาจศาลอาญาระหว่างประเทศ และให้บุคคลดังกล่าวถูกพิจารณาคดีโดยศาลอาญาระหว่างประเทศ โดยผู้กระทำความผิดนั้นอาจเป็นคนไทย หรือคนชาติอื่นที่ศาลไทยมีเขตอำนาจเหนือ ดังนั้นจึงเป็นสิทธิในการแสดงเจตจำนงของไทยในการดำเนินคดีกับบุคคลดังกล่าว

3.2.2 ผลดีและผลเสียจากการให้สัตยาบันเข้าร่วมเป็นภาคีธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศของประเทศไทย

ขณะนี้ประเทศไทยยังคงมีสถานะเป็นรัฐที่ไม่เป็นภาคีธรรมนูญกรุงโรมเนื่องจากยังไม่มีกรให้สัตยาบัน ดังนั้นผลกระทบต่างๆที่ประเทศไทยจะได้รับจึงเป็นไปได้ในแนวทางเดียวกัน

กับที่รัฐไม่เป็นภาคีได้รับ เช่น ปัญหาเกี่ยวกับการปรับใช้กฎหมายภายใน ที่ยังไม่ครอบคลุมอัน อาจจะทำให้ศาลอาญาระหว่างประเทศเข้ามาใช้เขตอำนาจได้ ดังนั้นหากประเทศไทยให้ สัตยาบันเข้าเป็นภาคีธรรมนูญกรุงโรมจะก่อให้เกิดผลดีแก่ประเทศไทย คือ

1. จะมีการพัฒนาปรับปรุงกฎหมาย และกระบวนยุติธรรมภายในประเทศให้มีความทันสมัย มีประสิทธิภาพยิ่งขึ้นให้ได้มาตรฐานเป็นที่น่าเชื่อถือ และได้รับการยอมรับจากนานา ประเทศ มีการอนุวัติการกฎหมายให้ครอบคลุมอาชญากรรมต่างๆอันจะทำให้สามารถใช้เขตอำนาจของไทยในการดำเนินคดีกับผู้ประกอบอาชญากรรมเหล่านี้ได้อย่างเต็มที่

2. เมื่อเข้าเป็นภาคีแล้วประเทศไทยจะได้ประโยชน์จากการป้องกันการกระทำผิดทางอาญาร้ายแรงให้กับคนในประเทศได้โดยศาลอาญาระหว่างประเทศเป็นเครื่องมือที่จะก่อให้เกิด การคุ้มครองสิทธิมนุษยชน หยุดยั้ง และป้องปรามการกระทำอาชญากรรมร้ายแรง เนื่องจากผู้ ที่คิดจะกระทำอาชญากรรมร้ายแรงต่อคนไทย หรือในประเทศไทย ไม่ว่าจะเป็นการกระทำจาก ประเทศอื่น หรือจากภายในประเทศเองก็ดี จะต้องเกรงว่าจะถูกดำเนินคดีโดยศาลอาญาระหว่าง ประเทศ และไม่สามารถหลุดพ้นจากความรับผิดชอบของตน

3. หากประเทศไทยเข้าเป็นภาคีธรรมนูญกรุงโรมเท่ากับว่ายอมรับเขตอำนาจศาล และความผิดที่อยู่ในเขตอำนาจศาลอันได้แก่อาชญากรรมทั้ง 4 ฐานนั้น ข้อกำหนดในธรรมนูญ กำหนดให้รัฐภาคีมีโอกาสแถลงไม่รับเขตอำนาจเพื่อยกเว้นเขตอำนาจศาลอาญาระหว่างประเทศ จากอาชญากรรมสงครามได้ 7 ปี ซึ่งทำให้ศาลอาญาระหว่างประเทศไม่มีเขตอำนาจต่อประเทศ ไทยในความผิดฐานนี้ อันจะเป็นการขยายระยะเวลาออกไปอีก หลังจากที่ประเทศไทยได้ ทำการศึกษาถึงพันธกรณีต่างๆขณะที่ยังไม่ให้สัตยาบัน เพื่อให้หน่วยงานของไทยที่เกี่ยวข้องกับ ทางทหารมีเวลาศึกษา พิจารณานโยบาย และปฏิบัติการทางทหารต่างๆ เผยแพร่ความรู้ความ เข้าใจเกี่ยวกับศาลอาญาระหว่างประเทศเพิ่มเติม เพื่อป้องกันมิให้มีผู้กระทำการอันเข้าข่ายเป็น ความผิดและตกอยู่ภายใต้เขตอำนาจศาลอาญาระหว่างประเทศได้ เพราะหากว่าประเทศไทย ไม่ได้เข้าร่วมเป็นภาคี และมีการกระทำอาชญากรรมสงครามอันอยู่ในเขตอำนาจศาลอาญา ระหว่างประเทศแล้ว คนชาติไทยอาจต้องถูกเสนอเป็นคดีสู่ศาลได้

4. แม้ว่าจะทำข้อยกเว้นเขตอำนาจศาลในอาชญากรรมสงครามได้เป็นเวลา 7 ปี อันจะทำให้ศาลอาญาระหว่างประเทศไม่สามารถใช้เขตอำนาจได้ในกรณีดังกล่าว แต่ธรรมนูญ กรุงโรมไม่ได้จำกัดมิให้รัฐภาคีเสนอคดีดังกล่าวต่อศาลอาญาระหว่างประเทศ เนื่องจากว่ารัฐนั้น

ยังคงเป็นภาคีธรรมนูญ แม้ว่ารัฐภาคีจะไม่ยอมรับเขตอำนาจศาลในคดีอาชญากรรมสงครามแต่ก็ยังมีสิทธิเสนอคดีที่เป็นกรกระทำอาชญากรรมสงครามต่อศาลอาญาระหว่างประเทศได้¹³⁵ ดังนั้นหากประเทศไทยทำข้อยกเว้นเขตอำนาจศาลในคดีดังกล่าวไว้ก็ยังสามารถเสนอคดีที่ตนไม่รับเขตอำนาจนั้นต่อศาลอาญาระหว่างประเทศได้

5. ประเทศไทยสามารถส่งผู้สมัครรับเลือกตั้งเป็นผู้พิพากษาประจำศาลอาญาระหว่างประเทศ 1 ท่าน โดยเป็นผู้มีคุณสมบัติตามที่ธรรมนูญกำหนด โดยอาจเสนอผู้มีสัญชาติไทย หรือผู้มีสัญชาติรัฐภาคีอื่นๆได้ และสามารถส่งผู้สมัครรับเลือกเป็นอัยการประจำศาลอาญาระหว่างประเทศได้ด้วย โดยผู้พิพากษาและอัยการที่ได้รับเลือกจะเข้าไปปฏิบัติงานต่างๆในศาล และหากคนชาติไทยได้รับเลือกไม่ว่าในตำแหน่งใดก็ตามยังเป็นโอกาสสำคัญที่จะสร้างชื่อเสียงให้แก่ประเทศไทย และเปิดโอกาสให้ประเทศไทยมีบทบาทในทางระหว่างประเทศมากขึ้น

6. ประเทศไทยจะสามารถควบคุมตรวจสอบอำนาจของอัยการได้หากพบว่ามี การดำเนินการฟ้องคดีที่ไม่มีน้ำหนัก หรือดำเนินการกัณฑ์แก้ง หรือมีความประพฤติไม่เหมาะสม โดยในฐานะที่เป็นสมาชิกของสมัชชารัฐภาคีสามารถลงมติถอดถอนอัยการดังกล่าวได้

7. ประเทศไทยในฐานะรัฐภาคีสามารถเสนอให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมธรรมนูญกรุงโรมในรายละเอียดเกี่ยวกับอาชญากรรมที่อยู่ในเขตอำนาจศาลได้ หลังจากธรรมนูญมีผลบังคับใช้แล้ว 7 ปี ซึ่งไทยอาจเสนอให้ศาลมีเขตอำนาจครอบคลุมอาชญากรรมอื่นเพิ่มเติมได้ เช่น การกระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติด อาชญากรรมคอมพิวเตอร์ ฯลฯ ที่จะส่งผลกระทบต่อประเทศไทยและต้องการให้มีความคุ้มครอง ซึ่งหากมีการแก้ไขเพิ่มเติมแล้วประเทศไทยไม่ยอมรับการแก้ไขเพิ่มเติมนั้น ศาลก็จะไม่สามารถใช้เขตอำนาจเกี่ยวกับอาชญากรรมที่เพิ่มเติมหากเกิดอาชญากรรมนั้นขึ้นในดินแดนของไทย หรือคนไทยเป็นผู้กระทำ และนอกจากนั้น หากประเทศไทยไม่ยอมรับการแก้ไขเพิ่มเติมนั้น ธรรมนูญก็เปิดโอกาสให้ถอนตัวจากการเป็นภาคีได้

¹³⁵ Gerhard Hafner, "The status of third states before the International Criminal Court," in The Rome Statute of International Criminal Court A challenge to impunity, p. 243.

8. ประเทศไทยสามารถเสนอให้มีการแก้ไขระเบียบว่าด้วยวิธีพิจารณาความและ พยานหลักฐานได้ หากประเทศไทยเห็นว่าควรมีการปรับปรุงแนวทาง กระบวนการต่างๆ ซึ่งเป็น สิทธิของรัฐภาคีที่จะเสนอให้สมัชชารัฐภาคีพิจารณา

ในทางกลับกัน การที่ประเทศไทยให้สัตยาบันเข้าร่วมเป็นภาคีแล้ว ประเทศไทย อาจได้รับผลเสีย¹³⁶ คือ

1. อาจเป็นการแทรกแซงอธิปไตยทางศาล และกระบวนการยุติธรรมภายในของรัฐ
2. อาจส่งผลกระทบต่อความจำเป็นและความคล่องตัวในการปฏิบัติการทางทหาร
3. รัฐภาคีและรัฐที่ยังไม่เป็นภาคีอาจมีมาตรฐานการปฏิบัติเพื่อบรรลุผลในการป้องปรามอาชญากรรมร้ายแรงที่แตกต่างกัน
4. ความเป็นอิสระ ความยุติธรรม ความโปร่งใส และการถูกตรวจสอบได้ของศาลยัง ต้องได้รับการพิสูจน์
5. การดำเนินงานของศาลโดยอาศัยระบอบความร่วมมือ (cooperation regime) อาจกระทบต่อประสิทธิภาพการปฏิบัติงานของศาล หากประเทศที่เกี่ยวข้องในแต่ละ กระบวนการไม่ให้ความร่วมมืออย่างเต็มที่

จากข้อเสียที่กล่าวมานี้ผู้วิจัยเห็นว่าบางกรณีก็มิได้เป็นข้อด้อยของการเข้าเป็น ภาคีธรรมนูญกรุงโรมเสียทีเดียว เช่น กรณีที่อาจเป็นการแทรกแซงอธิปไตยทางศาล และกระบวนการ ยุติธรรมภายในของรัฐนั้น ธรรมนูญกรุงโรมได้กำหนดหลักการดำเนินงานของศาลอาญาระหว่าง ประเทศ โดยให้ศาลทำหน้าที่เป็นศาลเสริมเขตอำนาจศาลภายในของรัฐให้สมบูรณ์ขึ้น ดังนั้นรัฐ ต่างๆไม่ว่าจะเป็นภาคีหรือไม่ ต่างยังคงสามารถใช้เขตอำนาจของตนดำเนินคดีดังกล่าวได้ก่อน เสมอ ตราบใดที่การดำเนินคดีภายในรัฐนั้นเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพแล้ว ศาลอาญาระหว่าง ประเทศก็ไม่สามารถเข้ามาใช้เขตอำนาจพิจารณาคดีดังกล่าวได้ อีกทั้งยังสามารถคัดค้านเขต

¹³⁶ สัมภาษณ์ จิตติชัย แสงพิทักษ์, เจ้าหน้าที่การทูตระดับ 4 กองสนธิสัญญา กรม สนธิสัญญาและกฎหมาย กระทรวงการต่างประเทศ, 11 เมษายน 2546 อ้างใน ศศวรรณ กาญจน พันธ์, ความผิดฐานอาชญากรรมสงครามตามธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศ : ผลกระทบหากไทยเข้าเป็นภาคี (วิทยานิพนธ์ปริญญาโท สาขาวิชานิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2545), หน้า 64-65.

อำนาจและการรับผิดชอบต่อพิจารณาของศาลอาญาระหว่างประเทศได้หากศาลภายในดำเนินการอยู่ หรือได้ดำเนินการไปแล้ว อันจะทำให้ศาลอาญาระหว่างประเทศต้องหยุดการพิจารณาคดีนั้น หรือไม่ดำเนินคดีนั้นซ้ำอีก

กรณีที่อาจส่งผลกระทบต่อความคล่องตัวในการปฏิบัติการทางทหารนั้น หากประเทศไทยมีการเผยแพร่ความรู้ความเข้าใจที่ถูกต้องเกี่ยวกับศาลอาญาระหว่างประเทศ ในเรื่องการตกอยู่ภายใต้เขตอำนาจศาล และขอบเขตของอาชญากรรมหลักแก่ผู้ที่ต้องปฏิบัติการแล้ว ก็น่าจะทำให้ทหารเหล่านั้นลดความกังวลในการปฏิบัติการได้ และทำให้มีการวางแผนในการปฏิบัติการได้อย่างรอบคอบ รัดกุมมากขึ้น

ส่วนในเรื่องความเป็นอิสระและตรวจสอบได้ของศาลนั้น ธรรมนูญกรุงโรมได้กำหนดหลักการดำเนินงานของหน่วยงานศาลเอาไว้ค่อนข้างละเอียด เช่น กรณีเมื่อมีการใช้เขตอำนาจหรือการรับผิดชอบต่อพิจารณาของศาล ก็เปิดโอกาสให้รัฐต่างๆสามารถคัดค้านการใช้เขตอำนาจหรือรับผิดชอบต่อพิจารณาของศาลได้ เนื่องจากได้มีการสืบสวนสอบสวนดำเนินคดีโดยรัฐนั้นแล้ว หรือในกรณีที่กำหนดให้อัยการสามารถริเริ่มการสืบสวนสอบสวนได้ด้วยตนเองเมื่อมีข้อมูลหรือมีหลักฐานที่แน่นอนพอที่จะเชื่อได้ว่ามีอาชญากรรมเกิดขึ้นในเขตอำนาจศาล อัยการก็สามารถดำเนินการสืบสวนสอบสวนได้ แต่ก่อนที่อัยการจะดำเนินการดังกล่าวได้นั้นจะต้องได้รับความเห็นชอบจากองค์คณะตุลาการพิจารณาเบื้องต้นก่อนอัยการจึงจะสามารถดำเนินการได้ นอกจากนี้ยังเปิดโอกาสให้รัฐภาคีสามารถลงคะแนนเสียงเพื่อถอดถอนผู้พิพากษา อัยการออกจากตำแหน่งได้หากพบว่าบุคคลดังกล่าวประพฤติมิชอบ

และในกรณีที่ศาลอาญาระหว่างประเทศดำเนินการโดยอาศัยระบอบความร่วมมือนั้น อาจเป็นอุปสรรคในการดำเนินงานของศาลได้หากศาลไม่ได้รับความร่วมมือจากรัฐที่เกี่ยวข้อง แต่จะเป็นผลดีที่ศาลอาญาระหว่างประเทศจะไม่เข้ามามีเขตอำนาจเหนือรัฐ หรือกำหนดกลไกบังคับรัฐได้ นอกจากนี้การขอความร่วมมือจากประเทศต่างๆทำให้การดำเนินงานมีโครงข่ายครอบคลุมกว้างขวางที่จะช่วยให้การดำเนินคดีประสบความสำเร็จได้

ดังนั้นผลเสียที่ประเทศไทยอาจจะได้รับจากการเข้าเป็นภาคีธรรมนูญน่าจะเกิดขึ้นจากการที่ประเทศไทยมีพันธกรณีที่จะต้องปฏิบัติตามข้อกำหนดในธรรมนูญ โดยจะต้องมีกฎหมายภายในรองรับ จึงอาจจะเกิดความยุ่งยากขึ้นในขั้นตอนการแก้ไขกฎหมายเพื่อให้

สอดคล้องที่จะรองรับพันธกรณีดังกล่าวทั้งความสามารถในการดำเนินคดีอย่างยุติธรรมโดยศาลไทย และเพื่ออำนวยความสะดวกและพร้อมให้ความร่วมมือกับศาลอาญาระหว่างประเทศ ซึ่งหากมีการแก้ไขเพิ่มเติมเรียบร้อยแล้วก็จะส่งผลในระยะยาวในการจะทำให้ศาลไทยสามารถดำเนินคดีได้ครอบคลุมอาชญากรรมร้ายแรงทั้ง 4 ประเภทที่ธรรมนูญกรุงโรมกำหนด และสามารถให้ความร่วมมือกับศาลอาญาระหว่างประเทศได้โดยไม่เกิดความรับผิดชอบจากการละเมิดพันธกรณีเนื่องจากไม่มีกฎหมายภายในบังคับได้

อย่างไรก็ดีหากประเทศไทยไม่ให้สัตยาบันเข้าร่วมเป็นภาคีแล้ว นอกจากจะเสียสิทธิประโยชน์ต่างๆที่ควรจะได้รับในฐานะรัฐภาคี ได้แก่ การมีสิทธิเข้าร่วมในกระบวนการต่างๆของศาลอาญาระหว่างประเทศ การยกเว้นเขตอำนาจศาลจากอาชญากรรมสงคราม ฯลฯ ดังที่กล่าวมาแล้วนั้น ประเทศไทยอาจได้รับผลกระทบทางอ้อมคือ ประเทศไทยอาจถูกมองไปในทางเสียหายว่าไม่ให้การส่งเสริมและคุ้มครองสิทธิมนุษยชน และอาจไม่ได้รับการยอมรับ และสนับสนุนจากนานาประเทศในการดำเนินการต่างๆในเวทีระหว่างประเทศ

จากการที่ได้ศึกษาในบทนี้จะเห็นว่าธรรมนูญกรุงโรมก่อให้เกิดพันธกรณี อันนำมาซึ่งสิทธิหน้าที่ และความรับผิดชอบแก่รัฐต่างๆ ทั้งรัฐที่เข้าร่วมเป็นภาคี รัฐที่เพียงแต่ลงนาม รวมไปถึงรัฐที่ไม่เป็นภาคีด้วย ดังที่ได้สรุปไว้ในตารางแสดงสิทธิ หน้าที่ ความรับผิดชอบของรัฐต่างๆตามธรรมนูญกรุงโรม ซึ่งการที่ประเทศไทยได้ลงนามแต่ยังไม่ให้สัตยาบันเข้าเป็นภาคีธรรมนูญกรุงโรมนั้นจะได้รับผลกระทบจากการที่ธรรมนูญกรุงโรมมีผลบังคับใช้ทั้งทางตรงและทางอ้อม เช่น การที่ประเทศไทยต้องไม่กระทำการขัดต่อวัตถุประสงค์ของธรรมนูญ อันเป็นผลกระทบโดยตรงจากการลงนามตามหลักสนธิสัญญา หรือผลกระทบโดยอ้อมในการที่ประเทศไทยจะต้องพิจารณากฎหมายภายในเพื่อคุ้มครอง และสามารถรองรับพันธกรณีที่เกิดขึ้นในอนาคตหากเข้าร่วมเป็นภาคี อีกทั้งยังเป็นการเตรียมกฎหมายภายในให้พร้อมหากเกิดอาชญากรรมขึ้นในเขตอำนาจที่ศาลไทยจะต้องพิจารณาดำเนินคดีดังกล่าว เพื่อที่จะป้องกันมิให้ศาลอาญาระหว่างประเทศเข้ามาทำหน้าที่เป็นศาลเสริมในคดีดังกล่าวได้ ทั้งนี้ยังต้องมีการประชาสัมพันธ์ให้ความรู้ความเข้าใจเกี่ยวกับศาลอาญาระหว่างประเทศ กฎหมายสิทธิมนุษยชน และกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศแก่ประชาชน บุคคลากร เจ้าหน้าที่ของรัฐต่างๆเช่นที่จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัยได้มีวิชาว่าด้วยกฎหมายสิทธิมนุษยชนบรรจุในหลักสูตรการศึกษา อันจะทำให้ปัจเจกชนไม่กระทำการอันอาจตกอยู่ภายใต้เขตอำนาจศาลอาญาระหว่างประเทศได้ ดังนั้นประเทศไทยในฐานะรัฐที่ลงนามแต่ยังไม่ให้สัตยาบันซึ่งได้รับผลกระทบดังกล่าวแล้ว ยังส่งผลต่อปัจเจกชนต่างๆที่อาจตกอยู่ภายใต้เขตอำนาจศาลรวมถึงคนไทยด้วย ดังจะได้ทำการศึกษาในบทต่อไป

ตารางแสดงสิทธิของรัฐต่างๆที่มีตามธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศ

สิทธิต่างๆ	สถานะของรัฐ	รัฐภาคี	รัฐลงนามแต่ยังไม่ให้สัตยาบัน	รัฐที่ไม่เป็นภาคี
1. ยอมรับเขตอำนาจศาล ข้อ 12(3)		ยอมรับอัตโนมัติ	✓	✓
2. สิทธิเสนอคดีต่อศาล ข้อ 13-14		✓	✗	✗
3. สิทธิคัดค้านเขตอำนาจศาลและการรับคดีไว้พิจารณา ข้อ 19		✓	✓	✓
4. ขอให้ยุติการเลื่อนการสืบสวน 1 เดือน ข้อ 18		✓	✓	✓
5. สิทธิทำความเข้าใจเฉพาะกิจให้ความร่วมมือกับศาล ข้อ 87(5)		เป็นหน้าที่	✓	✓
6. ปฏิเสธการเปิดเผยข้อมูลแก่รัฐภาคีที่ได้รับคำร้องขอจากศาล ข้อ 73		แก้ปัญหตามข้อ 72	✓	✓
7. ปฏิเสธให้ความช่วยเหลือกับศาล เนื่องจากความมั่นคงของรัฐ ข้อ 93(4)		✓	✓	✓
8. มีผู้แทนในสมัชชารัฐภาคี ข้อ 112		✓	✗	✗
9. เสนอชื่อผู้สมัครรับเลือกตั้งและลงคะแนนเสียงเลือกตั้งผู้พิพากษา ข้อ 36 และอัยการ ข้อ 37		✓	✗	✗
10. ถอดถอนผู้พิพากษา อัยการ ข้อ 46		✓	✗	✗
11. ประกาศไม่ยอมรับเขตอำนาจศาลต่ออาชญากรรมสงครามได้ 7 ปี ข้อ 124		✓	✗	✗
12. เสนอให้แก้ไขเพิ่มเติมธรรมนูญฯ ข้อ 121		✓	✗	✗

สถานะของรัฐ	รัฐภาคี	รัฐลงนามแต่ยังไม่ให้สัตยาบัน	รัฐที่ไม่เป็นภาคี
สิทธิต่างๆ			
13. ไม่ยอมรับการไว้เขตอำนาจของศาลฯ ตามธรรมนูญข้อที่แก้ไข ข้อ121(5) และถอนตัวเนื่องจากไม่รับการแก้ไข ข้อ 121(6)	✓	✗	✗
14. เสนอให้แก้ไขระเบียบว่าด้วยวิธีพิจารณา และพยานหลักฐาน ข้อ 51(2)	✓	✗	✗
15. สิทธิให้เงินอุดหนุน ข้อ 116	เป็นหน้าที่	✓	✓

สถาบันวิทยบริการ
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

ตารางแสดงหน้าที่ของรัฐต่างๆที่มีตามธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศ

หน้าที่ต่างๆ	สถานะของรัฐ	รัฐภาคี	รัฐลงนามแต่ยังไม่ให้สัตยาบัน	รัฐที่ไม่เป็นภาคี
1.ให้ความร่วมมือกับศาล ข้อ 86		✓	✗ เว้นแต่ยอมรับเขตอำนาจหรือ ทำความตกลงกับศาล	✗ เว้นแต่ยอมรับเขตอำนาจหรือ ทำความตกลงกับศาล
2.เตรียมกระบวนการ กฎหมายภายในรองรับความร่วมมือ ข้อ 88		✓	✗	✗
3.จับและส่งมอบตัวบุคคล ข้อ 89		✓	✗ เว้นแต่ยอมรับเขตอำนาจหรือ ทำความตกลงกับศาล	✗ เว้นแต่ยอมรับเขตอำนาจหรือ ทำความตกลงกับศาล
4.ยอมให้รัฐอื่นผ่านแดนในการส่งมอบตัว ข้อ 89(3)		✓	✗ เว้นแต่ยอมรับเขตอำนาจหรือ ทำความตกลงกับศาล	✗ เว้นแต่ยอมรับเขตอำนาจหรือ ทำความตกลงกับศาล
5.ให้ความร่วมมืออื่นตามคำสั่งและคำร้องขอของศาล ข้อ 93		✓	✗ เว้นแต่ยอมรับเขตอำนาจหรือ ทำความตกลงกับศาล	✗ เว้นแต่ยอมรับเขตอำนาจหรือ ทำความตกลงกับศาล
6.ให้ศาลเข้ามาพิจารณาคดีในรัฐ ข้อ 3(3)		✓	✗ เว้นแต่ยอมรับเขตอำนาจหรือ ทำความตกลงกับศาล	✗ เว้นแต่ยอมรับเขตอำนาจหรือ ทำความตกลงกับศาล

หน้าทีต่างๆ	สถานะของรัฐ	รัฐภาคี	รัฐลงนามแต่ยังไม่ให้สัตยาบัน	รัฐที่ไม่เป็นภาคี
7. บังคับตามคำพิพากษาจำคุก ข้อ 103		✓	✗	✗
8. ปรับหรือริบทรัพย์สินตามคำสั่งศาล ข้อ 109		✓	✗	✗
9. รับภาระค่าใช้จ่ายที่เกิดขึ้นจากการให้ความร่วมมือกับศาล ข้อ 100		✓	✗ เว้นแต่ยอมรับเขตอำนาจหรือ ทำความตกลงกับศาล	✗ เว้นแต่ยอมรับเขตอำนาจหรือ ทำความตกลงกับศาล
10. ชำระเงินอุดหนุน ข้อ 115		✓	✗	✗
11. ไม่กระทำการขัดวัตถุประสงค์ของธรรมนูญ		✓	✓ อนุสัญญาเวียนนาว่าด้วย กฎหมายสนธิสัญญา ข้อ 18	✗ เว้นแต่เป็นข้อกำหนดตาม กฎหมายจารีตประเพณี

สถาบันวิทยบริการ
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

ตารางแสดงความรับผิดชอบของรัฐต่างๆที่มีตามธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศ

สถานะของรัฐ ความรับผิดชอบ	รัฐภาคี	รัฐลงนามแต่ยังไม่ให้สัตยาบัน	รัฐที่ไม่เป็นภาคี
สาเหตุ	ไม่ปฏิบัติตามพันธกรณีที่มีตามธรรมนูญกรุงโรมตามหลัก pacta sunt servanda	1. กระทบการอันเป็นการลบล้างวัตถุประสงค์ของธรรมนูญกรุงโรม 2. ไม่ให้ความร่วมมือกับศาลกรณีได้ให้การยอมรับเขตอำนาจศาลตามข้อ 12 (3) 3. ละเมิดความตกลงเฉพาะกิจเกี่ยวกับความร่วมมือที่ได้ทำไว้กับศาล	1. ไม่ให้ความร่วมมือกับศาลกรณีได้ให้การยอมรับเขตอำนาจศาลตามข้อ 12 (3) 2. ละเมิดความตกลงเฉพาะกิจเกี่ยวกับความร่วมมือที่ได้ทำไว้กับศาล
ความรับผิดชอบของรัฐ	1. หากไม่ให้ความร่วมมือกับศาล สมัชชาภาคีจะพิจารณาเรื่องดังกล่าวอาจประณาม หรือใช้มาตรการ ส่งเรื่องให้คณะมนตรีความมั่นคงหามาตรการบังคับ 2. หากเกิดความเสียหายอาจเป็นความรับผิดชอบของรัฐ	ศาลจะแจ้งสมัชชาภาคีจะพิจารณาและแจ้งคณะมนตรีความมั่นคง	ศาลจะแจ้งสมัชชาภาคีจะพิจารณาและแจ้งคณะมนตรีความมั่นคง

บทที่ 4

ผลกระทบของธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศ ต่อปัจเจกชน

จากการที่ได้ศึกษาในบทที่ผ่านมาจะเห็นว่าศาลอาญาระหว่างประเทศสามารถใช้เขตอำนาจได้ตามเงื่อนไขต่างๆทั้งต่อรัฐภาคี รัฐลงนามแต่ยังไม่ให้สัตยาบัน และรัฐที่ไม่เป็นภาคี อันนำมาซึ่งพันธกรณี สิทธิ หน้าที่ ความรับผิดชอบและส่งผลกระทบที่แตกต่างกันออกไป นอกจากนี้เนื่องจากศาลอาญาระหว่างประเทศจัดตั้งขึ้นเพื่อดำเนินคดีกับบุคคลซึ่งเป็นผู้ประกอบอาชญากรรมร้ายแรงที่อยู่ในเขตอำนาจศาลอาญาระหว่างประเทศ ดังนั้นจึงจะต้องพิจารณาว่าบุคคลใดบ้างที่จะต้องมีความรับผิดชอบทางอาญาระหว่างประเทศและตกอยู่ภายใต้เขตอำนาจศาลอาญาระหว่างประเทศ อีกทั้งยังต้องพิจารณาประเด็นปัญหาในเรื่องสัญชาติของบุคคลผู้กระทำความผิดด้วย เช่น หากบุคคลนั้นเป็นผู้มีหลายสัญชาติ มีการเปลี่ยนสัญชาติ เป็นผู้ไร้สัญชาติ หรือเป็นผู้ลี้ภัยว่าหากเกิดประเด็นเช่นนี้ขึ้นแล้ว จะถือว่าบุคคลดังกล่าวเป็นคนชาติของรัฐใด อันจะนำมาสู่ประเด็นการใช้เขตอำนาจของศาลอาญาระหว่างประเทศ ซึ่งจะส่งผลกระทบต่อบุคคลดังกล่าวได้

4.1 กฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยความรับผิดชอบทางอาญาของปัจเจกชน

4.1.1 สภาพบุคคลของปัจเจกชนตามกฎหมายระหว่างประเทศ

กฎหมายระหว่างประเทศได้กำหนดการมีสภาพบุคคลตามกฎหมายระหว่างประเทศให้แก่รัฐ โดยรัฐจะสามารถมีสิทธิ หน้าที่และความรับผิดชอบตามกฎหมายระหว่างประเทศ โดยรัฐผูกขาดความสามารถในกระบวนการต่อศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ โดยในข้อ 34(1) แห่งธรรมนูญศาลยุติธรรมระหว่างประเทศระบุว่า “รัฐเท่านั้นที่จะเป็นคู่ความในศาลยุติธรรมระหว่างประเทศได้ และกฎหมายระหว่างประเทศก็ปรับใช้ระหว่างรัฐเท่านั้น”¹ ส่วนปัจเจกชนไม่ว่าจะเป็นบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลนั้นจะมีสภาพบุคคลเป็นที่ยอมรับตามกฎหมายภายในของรัฐเท่านั้น โดยที่ปัจเจกชนที่เป็นบุคคลธรรมดาไม่ถือว่าเป็นบุคคลในกฎหมายระหว่างประเทศ เนื่องจากสิทธิ

¹ Lyal S.Sunga, Individual Responsibility in International Law for Serious Human Rights Violations (Netherlands: Martinus Nijhoff Publishers, 1991), p.139.

หน้าที่และความรับผิดชอบของบุคคลธรรมดาในทางระหว่างประเทศจะแสดงออกโดยผ่านรัฐซึ่งเป็นเจ้าของสัญชาติของบุคคลนั้น เช่น การใช้สิทธิของบุคคลในการเรียกร้องจากรัฐที่ก่อให้เกิดความเสียหาย บุคคลนั้นจะเป็นโจทก์โดยตรงมิได้ แต่จะต้องใช้สิทธิของตนผ่านรัฐเจ้าของสัญชาติของตนในลักษณะของการให้ความคุ้มครองทางการทูต²

แนวคิดดังกล่าวเป็นแนวความคิดดั้งเดิมที่ไม่ยอมรับสภาพบุคคลของปัจเจกชนในทางกฎหมายระหว่างประเทศ แต่ก็มีนักกฎหมายอีกฝ่ายที่เห็นว่าปัจเจกชนไม่ใช่วัตถุสิ่งของ ในฐานะที่เป็นสมาชิกของประชาคมย่อมมีสถานะของตนเอง มีสิทธิ หน้าที่ตามกฎหมายได้ แม้ว่าจะไม่มีสิทธิหน้าที่เช่นเดียวกับรัฐในการเข้าทำสนธิสัญญา หรือประกาศสงคราม แต่ปัจเจกชนอาจกระทำโจรสลัด หรืออาชญากรรมที่คุกคามต่อมนุษยชาติ หรือคุกคามต่อรัฐอื่นได้³

ประเด็นในการยอมรับสภาพบุคคลของปัจเจกชนในทางกฎหมายระหว่างประเทศนั้นเป็นที่ถกเถียงอย่างกว้างขวาง โดยมีแนวความคิดเกี่ยวกับสถานะของปัจเจกชนในทางกฎหมายระหว่างประเทศหลายทฤษฎี และมีพัฒนาการมาเป็นระยะเวลาอันยาวนาน โดยในช่วงศตวรรษที่ 20 ได้มีวิวัฒนาการทางกฎหมายระหว่างประเทศที่สำคัญเกิดขึ้นหลังจากเกิดสงครามโลกครั้งที่ 2 ซึ่งเป็นสาเหตุให้มีการให้ความสำคัญในคุณค่าของมนุษย์ในทางกฎหมายระหว่างประเทศ เกิดความตื่นตัวในเรื่องสิทธิมนุษยชนอย่างมาก โดยคำนึงถึงการคุ้มครองปัจเจกชนและกลุ่มคนจากการล่วงละเมิด มีการประกันเสรีภาพและศักดิ์ศรีของมนุษย์ขึ้น ในช่วงนี้ให้การยอมรับว่าปัจเจกชนควรได้รับการคุ้มครองสิทธิ แต่ยังไม่พัฒนาไปถึงการยอมรับปัจเจกชนในฐานะผู้มีสิทธิกระทำการหรือเรียกร้องสิทธิของตนตามกฎหมายระหว่างประเทศโดยตรง ซึ่งได้เกิดข้อตกลงที่ยอมรับ และกำหนดขึ้นเพื่อคุ้มครองสิทธิมนุษยชนของปัจเจกชนในลักษณะต่างๆ เช่น อนุสัญญาว่าด้วยการป้องกันและการลงโทษการกระทำอาชญากรรมฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ ค.ศ.1948 (Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide 1948) ต่อมาได้มีอนุสัญญายุโรปว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิมนุษยชน และเสรีภาพขั้นมูลฐาน ค.ศ.1950 (Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedom 1950) ซึ่งเป็นครั้งแรกที่กฎหมายระหว่างประเทศให้สิทธิแก่ปัจเจกชนที่มีสัญชาติรัฐภาคีแห่งอนุสัญญากล่าวหารัฐได้โดยตรง โดย

² จุมพต สายสุนทร, กฎหมายระหว่างประเทศ เล่ม 1, (กรุงเทพมหานคร: วิทยุชน, 2543), หน้า 241-242.

³ เรื่องเดียวกัน, หน้า 250.

การนำคำร้องขึ้นสู่คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งยุโรปในกรณีที่ปัจเจกชนได้รับความเสียหาย⁴

นอกจากกฎหมายระหว่างประเทศจะกำหนดสิทธิหน้าที่ของปัจเจกชนตามกฎหมายระหว่างประเทศแล้วยังกำหนดให้ปัจเจกชนต้องมีความรับผิดชอบในทางระหว่างประเทศด้วย ในกรณีที่การกระทำของปัจเจกชนเป็นการกระทำที่ฝ่าฝืนกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศโดยตรง เช่น การกระทำผิดฐานโจรสลัด การกระทำอาชญากรรมอันละเมิดต่อสันติภาพและความมั่นคงของมนุษย์ เมื่อบุคคลถูกกล่าวหาว่ากระทำอาชญากรรมต่อมนุษยชาติ ปัจเจกชนอาจถูกดำเนินคดีโดยตรงตามกฎหมายระหว่างประเทศ โดยไม่คำนึงถึงความเต็มใจและกฎหมายภายในของรัฐสัญชาตินั้น ซึ่งเป็นหลักฐานที่สำคัญของความเป็นบุคคลในทางระหว่างประเทศของปัจเจกชนเพื่อวัตถุประสงค์ของการปกป้องสิทธิ ผลประโยชน์ และความคาดหวังทางกฎหมายของความ เป็นมนุษย์ จึงต้องกำหนดให้ปัจเจกชนต้องมีความรับผิดชอบ และถูกลงโทษในการละเมิดกฎหมายระหว่างประเทศนั้น⁵

4.1.2 วิวัฒนาการของกฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยความรับผิดชอบทางอาญาของปัจเจกชน

จากพัฒนาการทางกฎหมายระหว่างประเทศที่ยอมรับว่าปัจเจกชนมีสภาพบุคคลตามกฎหมายระหว่างประเทศซึ่งมีสิทธิ หน้าที่ และได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายระหว่างประเทศแล้วยังมีพัฒนาการที่สำคัญมาถึงความรับผิดชอบทางอาญาของปัจเจกชนในทางอาญาดูด้วยแบบอย่างที่เกิดขึ้นในกรณีความรับผิดชอบทางอาญาเป็นการส่วนตัวนั้นปรากฏชัดเจนเมื่อสิ้นสุดสงครามโลกครั้งที่ 2 ในการดำเนินคดีและพิพากษาของศาลทหารระหว่างประเทศที่นูเรมเบิร์กและโตเกียว ซึ่งจัดตั้งขึ้นเพื่อลงโทษอาชญากรรมสงครามของเยอรมันและญี่ปุ่น⁶ แต่จริงๆ แล้วความรับผิดชอบทางอาญาของปัจเจกชนมีพัฒนาการที่ยาวนานกว่านั้น โดยในปีค.ศ.1474 คดีของ Peter Von Hagenbach ซึ่งเป็นผู้กระทำตามคำสั่งของ Charles the Bold Duke of Bergundy

⁴ เรื่องเดียวกัน, หน้า 254-255.

⁵ Alexander Orakhelashvili, "The Position of the Individual in International Law," *California Western International Law Journal* (Spring 2001): 269.

⁶ *Ibid.*, 270.

ผู้บังคับบัญชา โดยได้กระทำการฆาตกรรม ช่มชู้ ยึดทรัพย์สินโดยไม่เป็นธรรมต่อประชากรของ Breisach เพื่อให้ยอมจำนน การกระทำที่รุนแรงดังกล่าวได้แผ่ขยายและส่งผลกระทบต่อกระเทือนไปยังดินแดนข้างเคียงด้วย ต่อมาอาร์คดยุคแห่งออสเตรียจับกุม Hagenbach ได้ และให้มีการดำเนินคดีในศาลที่จัดตั้งขึ้นเฉพาะกิจ ฝ่ายโจทก์กล่าวหาว่า Hagenbach “ได้ทำการย้ายกฎหมายแห่งพระเจ้าและมนุษยชาติ” นอกจากนี้ จำเลยยังถูกฟ้องร้องในข้อหาฆาตกรรม ช่มชู้ การให้การเท็จและการกระทำผิดอื่น ๆ ซึ่งต่อมาศาลพิจารณาเห็นว่าผู้ถูกกล่าวหาไม่มีความผิด จึงได้ถอดถอนยศอัศวินปลดออกจากตำแหน่งและเอกสิทธิ์ต่างๆที่เกี่ยวข้อง⁷

จากนั้นเมื่อ 2-3 ศตวรรษผ่านไป ในปีค.ศ.1861-1865 ในช่วงสงครามกลางเมืองของอเมริกา (American Civil War) ประธานาธิบดีอับราฮัม ลินคอล์น ได้กำหนดประกาศกฎหมาย Lieber Code (คำแนะนำในการปกครองกองทัพของสหรัฐอเมริกา คำสั่งทั่วไปเลขที่ 100 ลงวันที่ 24 เมษายน ค.ศ.1863) โดยมีการกำหนดให้ทหารอเมริกันจะถูกพิจารณาลงโทษอย่างหนัก หากได้กระทำอาชญากรรมที่สามารถลงโทษได้ตามประมวลกฎหมายอาญา เช่น การวางเพลิง การฆาตกรรม การทำให้บาดเจ็บ การโจมตี การจี้ปล้นบนท้องถนน การขโมย การปล้น การปลอมแปลงเอกสาร และการช่มชู้⁸ ซึ่งเป็นการกำหนดให้พิจารณาความรับผิดชอบของปัจเจกชนแต่อยู่ในสถานะทหารตามกฎหมายสหรัฐอเมริกา

ต่อมาในศตวรรษที่ 20 หลังสงครามโลกครั้งที่ 1 ได้มีการทำสนธิสัญญาแวร์ซายส์ ลงวันที่ 28 มิถุนายน ค.ศ.1919 ได้กำหนดให้ฝ่ายพันธมิตรมีสิทธิดำเนินคดี และลงโทษปัจเจกชนในความรับผิดชอบต่อการละเมิดกฎหมายและจารีตประเพณีแห่งกฎหมายสงคราม โดยรัฐบาลเยอรมันตระหนักถึงสิทธิดังกล่าวของฝ่ายพันธมิตร จึงมีหน้าที่ต้องส่ง “ผู้กระทำผิดทั้งหมด” ให้ศาลยุติธรรมฝ่ายพันธมิตรตัดสิน นอกจากนั้นยังมีกรระบุในข้อ 227 ว่า ไกเซอร์ วิลเฮล์มที่ 2 แห่งโฮเฮนโซลเลิร์น (Hohenzollern) ต้องมีความรับผิดชอบต่อการกระทำผิดอย่างร้ายแรงต่อศีลธรรมและความศักดิ์สิทธิ์ของสนธิสัญญา โดยฝ่ายพันธมิตรตกลงที่จะจัดตั้ง “ศาลยุติธรรมพิเศษ” ซึ่งประกอบด้วยผู้พิพากษาที่ได้รับการแต่งตั้งจากสหรัฐอเมริกา อังกฤษ ฝรั่งเศส อิตาลีและญี่ปุ่นใน

⁷ Edoardo Greppi, “The evolution of Individual criminal responsibility under international law,” *International Review of the Red Cross* (September 1999): 533-534.

⁸ Ibid., 535.

การสอบสวนผู้กระทำผิด แต่การดำเนินคดีกับปัจเจกชนรายนี้ล้มเหลวเพราะผู้ถูกกล่าวหาได้หลบหนีไปอยู่ในประเทศเนเธอร์แลนด์⁹

หลังจากเกิดสงครามโลกครั้งที่ 2 ซึ่งนำความสูญเสียอย่างใหญ่หลวงแก่ประชาคมโลก จึงได้มีความตื่นตัวในเรื่องสิทธิมนุษยชนมากขึ้น และเริ่มตระหนักถึงความต้องการที่จะดำเนินคดีต่อการละเมิดกฎหมายสงครามอย่างร้ายแรง ซึ่งกฎหมายสงครามนี้เป็นที่ยอมรับว่าเป็นกฎหมายจารีตประเพณีทั้งในความรับผิดชอบของรัฐและความรับผิดชอบของปัจเจกชน¹⁰ จากอาชญากรรมอันโหดร้ายในช่วงสงครามโลกครั้งที่ 2 ที่ส่งผลให้มีผู้เสียชีวิตหลายล้านคน และยังมีผู้ได้รับบาดเจ็บ ทุพพลภาพมากมาย รวมทั้งความสูญเสียในด้านต่างๆ ทำให้ฝ่ายพันธมิตรจัดตั้งศาลขึ้นเพื่อพิจารณาคดีอาชญากรรมสงครามชาวเยอรมัน และญี่ปุ่น นั่นคือศาลทหารระหว่างประเทศนูเรมเบิร์กและศาลทหารระหว่างประเทศแห่งตะวันออกไกลหรือศาลโตเกียว โดยจัดตั้งขึ้นแทนที่เขตอำนาจศาลภายในรัฐของเยอรมันและญี่ปุ่น เนื่องจากเป็นการยากที่จะคาดหวังว่ารัฐเหล่านั้นจะทำตามพันธกรณีระหว่างประเทศที่จะลงโทษผู้กระทำอาชญากรรมดังกล่าว ดังนั้นอาชญากรรมสงครามชาวเยอรมัน และญี่ปุ่นจะต้องมีความรับผิดชอบโดยตรงตามกฎหมายระหว่างประเทศ¹¹ ซึ่งกำหนดให้ปัจเจกชนมีความรับผิดชอบทางอาญาในอาชญากรรมที่ได้กระทำลง โดยเขตอำนาจของศาลนี้ครอบคลุมถึงบุคคลต่างๆ ได้แก่ ผู้นำ ผู้จัดการ ผู้ยุยง และผู้สมคบ ที่มีส่วนในการวางแผน หรือดำเนินการตามแผน หรือร่วมกันประกอบอาชญากรรมเหล่านั้น¹²

ในกฎบัตรนูเรมเบิร์กนั้นได้บัญญัติไว้ในข้อ 9 และ 10 เกี่ยวกับความรับผิดชอบของปัจเจกชน โดยข้อ 9(1) ระบุเกี่ยวกับการดำเนินคดีของปัจเจกชนที่เป็นสมาชิกของกลุ่ม หรือองค์กรที่กระทำความผิดทางอาญา และในข้อ 10 ระบุว่า กลุ่มหรือองค์กรที่ได้ถูกระบุว่ามีความผิดโดยศาลแล้วเจ้าหน้าที่ของรัฐต้องมีสิทธินำปัจเจกชนที่เป็นสมาชิกในสังกัดนั้นมาพิจารณาคดี¹³ ซึ่งมี

⁹ Ibid., 535-536.

¹⁰ Ibid., 536-537.

¹¹ Alexander Orakhelashvili, "The Position of the Individual in International Law," California Western International Law Journal, 273.

¹² Edoardo Greppi, "The evolution of Individual criminal responsibility under international law," International Review of the Red Cross, 537-538.

การคัดค้านว่ากฎหมายระหว่างประเทศไม่สามารถปรับใช้กับปัจเจกชนแต่จะใช้กับรัฐเท่านั้น แต่ศาลได้ปฏิเสธข้อโต้แย้งนั้นโดยกล่าวว่า “ปัจเจกชนสามารถถูกลงโทษได้ต่อการละเมิดกฎหมายระหว่างประเทศ อาชญากรรมต่อกฎหมายระหว่างประเทศถูกกระทำโดยมนุษย์ไม่ใช่องค์ภาวะที่เป็นนามธรรม และการลงโทษปัจเจกชนผู้กระทำอาชญากรรมนี้เท่านั้นจึงจะสามารถทำให้อำนาจของกฎหมายระหว่างประเทศปรับใช้ได้”¹⁴ ซึ่งถือได้ว่าเป็นแนวคิดใหม่ของกฎหมายระหว่างประเทศที่ทำให้รัฐมีพันธกรณี และมีหน้าที่ต่อความรับผิดชอบทางอาญาของปัจเจกชน

ต่อมาในปีค.ศ.1948 ได้มีการรับรองอนุสัญญาว่าด้วยการป้องกันและการลงโทษการกระทำความผิดฐานฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ ซึ่งอนุสัญญานี้มีผลบังคับเมื่อวันที่ 12 มกราคม ค.ศ. 1951 กำหนดว่าการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ไม่ว่าจะกระทำโดยสงครามหรือยามสันติก็เป็นอาชญากรรมตามกฎหมายระหว่างประเทศ โดยได้ระบุคำนิยามของการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ และบัญญัติถึงการกระทำของบุคคลที่จะถูกพิจารณาลงโทษไว้หลายระดับ รวมถึงการกระทำโดยตรง การร่วมกระทำการ ผู้ยุยง การพยายาม หรือเป็นผู้สมคบไว้ในข้อ 3 และกำหนดพันธกรณีให้ลงโทษผู้กระทำการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ไว้ในข้อ 4 ไม่เพียงแต่ผู้ปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ แต่รวมถึงปัจเจกชนผู้กระทำการดังกล่าวก็ต้องถูกพิจารณาลงโทษด้วย¹⁵

หลังจากนั้นไม่นานก็มีการทำอนุสัญญาเจนีวาขึ้น 4 ฉบับลงวันที่ 12 สิงหาคม ค.ศ.1949 เพื่อคุ้มครองผู้เสียหายจากสงคราม โดยในอนุสัญญานี้กำหนดให้ปัจเจกชนต้องมีความรับผิดชอบในการการกระทำละเมิดต่ออนุสัญญาดังกล่าว และได้กำหนดขอบเขตให้ผู้ได้รับมอบอำนาจโดยตรง ผู้บังคับบัญชา ไม่ว่าจะเป็ทหารหรือพลเรือนต้องมีความรับผิดชอบจากการละเมิดพันธกรณีอนุสัญญาดังกล่าว ในปีค.ศ.1954 ก็มีอนุสัญญากรุงเฮกว่าด้วยการปกป้องทรัพย์สินทางวัฒนธรรม (Hague Convention for the Protection of Cultural Property 1954) ในขณะที่เกิดความขัดกันทางอาวุธ กำหนดให้ฝ่ายต่าง ๆ คุ้มครองสิ่งที่เรียกว่า “มรดกทางวัฒนธรรมของ

¹³ Antonio Cassese, International Criminal Law (New York: Oxford University Press, 2003), p. 136.

¹⁴ Philippe Sands, From Nuremberg to the Hague (United Kingdom: Cambridge University press,2003), pp. 32-33.

¹⁵ Edoardo Greppi, “The evolution of Individual criminal responsibility under international law,” International Review of the Red Cross, 540-541.

มนุษยชาติ” (Cultural Heritage of all mankind) ซึ่งกำหนดให้มีการดำเนินคดีและกำหนดโทษ หรือมีมาตรการลงโทษทางวินัยต่อบุคคล ที่กระทำผิดหรือละเมิดในเรื่องดังกล่าวของอนุสัญญา¹⁶ อันเป็นความตกลงเพื่อคุ้มครองสิทธิมนุษยชน และเรียกร้องให้มีการลงโทษปัจเจกชนที่กระทำ ความผิดโดยครอบคลุมไม่ว่าจะเป็นพลเรือน ทหาร หรือผู้บังคับบัญชา

จากอดีตที่ผ่านมาได้มีการดำเนินการเพื่อให้ปัจเจกชนมีความรับผิดชอบในทางอาญา ตามกฎหมายระหว่างประเทศเกิดขึ้นหลายกรณี ทั้งให้พิจารณาลงโทษบุคคลโดยศาลภายในของ รัฐ หรือศาลระหว่างประเทศที่จัดตั้งขึ้นเป็นการชั่วคราวเฉพาะคดี ซึ่งต่อมาภายหลังได้มีการจัดตั้ง ศาลระหว่างประเทศเฉพาะกิจขึ้นอีก เพื่อพิจารณากำหนดโทษในดินแดนอดีตยูโกสลาเวีย และใน รวันดา ซึ่งทั้งสองศาลนี้เป็นความก้าวหน้าที่สำคัญอีกขั้นหนึ่งในการพัฒนาหลักความรับผิดชอบ ทางอาญาของปัจเจกชนซึ่งจะนำสู่การจัดตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศที่มีลักษณะถาวร โดยศาล อาญาระหว่างประเทศเฉพาะกิจแห่งยูโกสลาเวียและรวันดานั้นจัดตั้งขึ้นโดยข้อมติของคณะมนตรี ความมั่นคงแห่งสหประชาชาติ

กรณีศาลอาญาระหว่างประเทศเฉพาะกิจแห่งยูโกสลาเวีย นั้น คณะมนตรีความ มั่นคงต้องการที่จะยุติอาชญากรรมที่เกิดขึ้น และให้มีมาตรการที่มีประสิทธิภาพที่จะดำเนินความ ยุติธรรมต่อบุคคลที่มีความรับผิดชอบต่อการละเมิดกฎหมายมนุษยธรรมอย่างร้ายแรง คณะมนตรี ความมั่นคงจึงตัดสินใจจัดตั้งศาลระหว่างประเทศนี้ขึ้นเพื่อดำเนินคดีกับบุคคลเหล่านี้¹⁷ โดยได้ กำหนดอาชญากรรมต่างๆที่อยู่ในเขตอำนาจศาล และได้กำหนดเรื่องความรับผิดชอบทางอาญาของ ปัจเจกชนในข้อ 5 และ 7 แห่งธรรมนูญศาลยูโกสลาเวีย ในข้อ 5 นั้นได้ให้อำนาจแก่ศาลในการ ดำเนินคดีความรับผิดชอบของบุคคลต่อการกระทำอาชญากรรมต่อพลเรือนในการขัดกันด้วยอาวุธ ไม่ ว่าจะเป็นลักษณะระหว่างประเทศ หรือเป็นการขัดกันภายใน¹⁸ ส่วนข้อ 7 กำหนดขอบเขตของ

¹⁶ Ibid., 541-542.

¹⁷ Alexander Orakhelashvili, “The Position of the Individual in International Law,” *California Western International Law Journal*, 274.

¹⁸ ธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศเฉพาะกิจแห่งยูโกสลาเวียข้อ 5 บัญญัติว่า “The International Tribunal shall have the power to prosecute persons responsible for the following crimes when committed in armed conflict, whether international or internal in character, and directed against any civilian population...”

ปัจเจกชนต้องมีความรับผิดชอบทางอาญาโดยครอบคลุมถึงทุกคนที่เป็นผู้ “วางแผน ยุยง สั่งการ กระทำหรือให้ความช่วยเหลืออื่นๆ และสนับสนุนการในวางแผน เตรียมการหรือกระทำ อาชญากรรม” และกำหนดความรับผิดชอบของบุคคลที่มีสถานะทางการ ได้แก่ ประมุขของรัฐ หรือรัฐบาล เจ้าหน้าที่รัฐบาล และผู้กระทำตามคำสั่ง ซึ่งอาจมีการพิจารณาโทษได้ หากศาล เห็นว่าจำเป็นต่อความยุติธรรม¹⁹ ซึ่งในกรณีของศาลอาญาระหว่างประเทศเฉพาะกิจแห่งรวันดาก็ มีวัตถุประสงค์หลักเช่นเดียวกับศาลเฉพาะกิจแห่งยูโกสลาเวีย

จากที่หลักเกณฑ์ทางกฎหมายได้ตกทอดกันมา จนถึงปัจจุบันได้มีการประมวล หลักเกณฑ์ในอดีตมาเป็นกฎเกณฑ์ในธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศ โดยได้ จัดตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศขึ้นโดยความเห็นชอบร่วมกันของนานาประเทศที่ได้ลงนามรับรอง และให้สัตยาบันธรรมนูญนี้ โดยเป็นศาลที่มีลักษณะถาวรมีอำนาจพิจารณาอาชญากรรมระหว่าง ประเทศที่อยู่ภายใต้เขตอำนาจศาลที่ได้กระทำโดยปัจเจกชน โดยข้อบัญญัติในธรรมนูญกรุงโรมได้ กำหนดชัดเจนว่าศาลมีอำนาจที่จะใช้เขตอำนาจศาลของตนเหนือบุคคลธรรมดาตามธรรมนูญได้²⁰ แต่อย่างไรก็ดีในการประชุมผู้แทนผู้มีอำนาจเต็มเพื่อจัดตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศนั้น ได้มี ข้อเสนอให้ศาลอาญาระหว่างประเทศมีเขตอำนาจครอบคลุมถึงนิติบุคคล โดยให้นิติบุคคลต้องม ีความรับผิดชอบในทางอาญาด้วย แต่ประเด็นดังกล่าวได้รับเสียงสนับสนุนค่อนข้างน้อย และไม่ได้รับ การยอมรับ เพราะเมื่อพิจารณาถึงหลักการเสริมเขตอำนาจของศาลอาญาระหว่างประเทศแล้ว ประเทศที่ไม่มีกฎหมายภายในเรื่องความรับผิดชอบของนิติบุคคลนั้นไม่อยากจะให้ประเด็นดังกล่าวเข้า สู่อำนาจการพิจารณาระดับระหว่างประเทศ และหวังเกรงว่าพันธกรณีที่จะต้องดำเนินคดีโดยศาลภายใน นั้นอาจจะบังคับให้รัฐต้องพัฒนาให้มีเรื่องความรับผิดชอบของนิติบุคคลในระบบกฎหมายของตนเอง เพื่อที่จะดำเนินการตามกฎหมายของศาลอาญาระหว่างประเทศได้²¹ ดังนั้นธรรมนูญกรุงโรมจึง กำหนดให้ศาลอาญาระหว่างประเทศมีเขตอำนาจเหนือบุคคลธรรมดา และกำหนดให้บุคคลนั้น ต้องมีความรับผิดชอบจากการกระทำอาชญากรรมโดยไม่คำนึงถึงสถานะทางการของผู้ถูกกล่าวหา

¹⁹ Edoardo Greppi, “The evolution of Individual criminal responsibility under international law,” *International Review of the Red Cross*, 543-544.

²⁰ Article 1 , 25(1) of Rome Statute of International Criminal Court.

²¹ Business and International Crime. What are the relevant legal principle relating to the responsibility of company and CEOs for violations of international criminal law? [online] Available from : <http://www.chathamhouse.org.uk> [2006, April 27]

โดยที่ศาลจะดำเนินการและบังคับใช้หลักเกณฑ์กับทุกคนโดยเท่าเทียมกัน โดยครอบคลุมถึง
 ประชาชนของรัฐหรือผู้นำรัฐบาล สมาชิกของรัฐบาลหรือรัฐสภา ผู้แทนที่ได้รับการเลือกตั้ง หรือ
 เจ้าหน้าที่รัฐบาล²² รวมถึงผู้บังคับบัญชา ทหารและพลเรือน ศาลอาญาระหว่างประเทศได้กำหนด
 ครอบคลุมปัจเจกชนที่จะต้องมีความรับผิดชอบจากการกระทำของตนไว้กว้างขวางไม่ว่า
 บุคคลดังกล่าวจะกระทำการนั้นผู้เดียว ร่วมกระทำกับผู้อื่น สั่งการ ชักจูง สนับสนุน ยุยง ให้ความ
 ช่วยเหลือในการประกอบอาชญากรรม หรือพยายามประกอบอาชญากรรม²³ ซึ่งทั้งหมดนี้ปัจเจก
 ชนต้องรับผิดชอบจากการกระทำของตน แต่ธรรมนูญกรุงโรมกำหนดไปไกลกว่านั้นโดยให้ครอบคลุมถึง
 อาชญากรรมที่เป็นผลจากการละเว้นการกระทำด้วย ซึ่งได้แก่กรณีที่ผู้บังคับบัญชา หรือผู้ปฏิบัติ
 หน้าที่เสมือนผู้บังคับบัญชาที่ไม่ได้ควบคุมกองกำลังหรือผู้ใต้บังคับบัญชาอย่างเหมาะสม หากว่า
 ผู้บังคับบัญชานั้นรู้ หรือควรจะรู้ว่ากองกำลังได้ประกอบอาชญากรรมนั้น และไม่ได้ใช้มาตรการ
 ภายในอำนาจของตนที่จะป้องกัน ปรามปรามการกระทำดังกล่าวแล้ว ผู้บังคับบัญชานั้นก็ต้องมี
 ความรับผิดชอบด้วย หรือหากผู้บังคับบัญชาละเลยข้อมูลที่จะชี้ให้เห็นว่าผู้ใต้บังคับบัญชากระทำ
 อาชญากรรมนั้น²⁴ ทั้งนี้บุคคลจะมีความรับผิดชอบ และได้รับโทษได้จะต้องประกอบด้วยองค์ประกอบ
 ภายในที่สำคัญคือจะต้องมีเจตนา และรู้ถึงการกระทำนั้น โดยมีความตั้งใจที่จะเข้าร่วมในการ
 กระทำ ตั้งใจให้เกิดผลดังกล่าว หรือรู้ว่าผลนี้จะเกิดขึ้นเป็นปกติ²⁵

ดังนั้นจึงจะเห็นได้ว่าจากวิวัฒนาการทางกฎหมายที่พัฒนาแนวความคิดที่
 ยอมรับว่าปัจเจกชนเป็นบุคคลในทางกฎหมายระหว่างประเทศ จนถึงการยอมรับว่าปัจเจกชนก็มี
 ความรับผิดชอบในทางอาญาระหว่างประเทศได้นั้น เป็นแนวคิดที่สำคัญที่นำมาสู่การจัดตั้งศาลอาญา
 ระหว่างประเทศซึ่งไม่ต้องการให้ปัจเจกชนผู้ที่ต้องมีความรับผิดชอบจากการกระทำอาชญากรรม
 ร้ายแรงหลุดพ้นจากความรับผิดชอบไปได้ อันจะทำให้ผู้ที่ตกเป็นผู้เสียหายไม่ได้รับการเยียวยา
 ธรรมนูญกรุงโรมจึงกำหนดให้เขตอำนาจศาลอาญาระหว่างประเทศครอบคลุมปัจเจกชนไม่ว่าจะ
 เป็นใคร ไม่ว่าจะกระทำอาชญากรรม หรือมีส่วนร่วมในอาชญากรรมนั้น หรือได้ละเว้นการกระทำที่
 สมควรก็อาจต้องมีความรับผิดชอบทางอาญาโดยถูกดำเนินคดีต่อศาลอาญาระหว่างประเทศได้

²² Ibid., Art. 27.

²³ Ibid., Art. 25.

²⁴ Ibid., Art. 28.

²⁵ Ibid., Art. 30.

4.2 ปัจเจกชนผู้อยู่ภายใต้ธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศ

ดังที่กล่าวมาแล้วจะเห็นได้ว่าธรรมนูญกรุงโรมได้กำหนดให้ปัจเจกชนต้องมีความรับผิดชอบในทางระหว่างประเทศโดยการพิจารณาคดีจากศาลภายในรัฐ หรือศาลอาญาระหว่างประเทศได้หลายประเภท ธรรมนูญกรุงโรมจัดตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศขึ้น เพื่อดำเนินคดีกับปัจเจกชนผู้กระทำความผิดอาชญากรรมหลักที่ระบุในธรรมนูญ โดยศาลอาญาระหว่างประเทศจะสามารถใช้เขตอำนาจได้ต่อบุคคลทุกคน ไม่ว่าจะมีความสัญชาติของรัฐใดก็ตามเงื่อนไขการใช้เขตอำนาจศาลที่ได้กล่าวไปแล้วในบทที่ 2 นั้น ซึ่งทำให้บุคคลผู้ถือสัญชาติของรัฐนั้นๆ ต้องได้รับผลกระทบต่างๆ ไปด้วย จะเห็นได้ว่าบุคคลที่จะต้องมีความเกี่ยวข้องกับศาลอาญาระหว่างประเทศนั้น มิได้จำกัดเฉพาะเพียงผู้กระทำผิดเท่านั้น แต่ยังรวมไปถึงพยาน ผู้เสียหาย ผู้ถูกกล่าวหา ผู้ต้องสงสัย ผู้ต้องคำพิพากษาซึ่งธรรมนูญตระหนักถึงข้อนี้ จึงได้กำหนดถึงสิทธิ หน้าที่ และการให้ความคุ้มครองอย่างทั่วถึง

เงื่อนไขในการอยู่ภายใต้เขตอำนาจศาลอาญาระหว่างประเทศของบุคคล ได้แก่ บุคคลนั้นจะต้องเป็นผู้ก่ออาชญากรรมที่อยู่ในเขตอำนาจศาล ไม่ว่าจะกระทำความผิดคนเดียว ร่วมกระทำกับบุคคลอื่น หรือผ่านทางบุคคลอื่น รวมไปถึงเป็นผู้สนับสนุน ยุยง หรือให้ความช่วยเหลือในการประกอบอาชญากรรม ซึ่งการกระทำดังกล่าวนี้ต้องเกิดภายหลังจากที่ธรรมนูญมีผลใช้บังคับ²⁶ ซึ่งก็คือนับตั้งแต่วันที่ 1 กรกฎาคม ค.ศ.2002 ทั้งนี้ ธรรมนูญได้กำหนดให้บังคับต่อบุคคลทุกคนอย่างเท่าเทียมกันโดยปราศจากการแบ่งแยกตามสถานะทางการใดๆ เช่น สถานะประมุขของรัฐ ผู้นำของรัฐบาล ฯลฯ ตามที่กำหนดในข้อ 27 และศาลอาญาระหว่างประเทศไม่ยอมรับการอ้างเอกสิทธิ์ หรือความคุ้มกันตามสถานะของบุคคลมาเป็นเหตุให้ยกเว้นโทษ หรือขัดขวางการใช้เขตอำนาจของศาลเหนือบุคคลนั้นได้²⁷ เว้นแต่ว่าบุคคลนั้นมีอายุต่ำกว่า 18 ปีในขณะประกอบอาชญากรรมตามที่ถูกกล่าวหา ศาลก็จะไม่สามารถใช้เขตอำนาจเหนือบุคคลดังกล่าวนี้ได้²⁸ ด้วยเจตนารมณ์ของการจัดตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศที่ระบุไว้ในอารัมภบทแห่งธรรมนูญที่มุ่งมั่นว่าจะทำให้การไม่ต้องถูกลงโทษของผู้กระทำความผิดในอาชญากรรมร้ายแรงที่สุดเหล่านี้หมดสิ้น

²⁶ Ibid., Art. 24.

²⁷ Ibid., Art. 27.

²⁸ Ibid., Art. 26.

ไป²⁹ ดังนั้นธรรมนูญจึงกำหนดข้อ 27 ขึ้นเพื่อว่าศาลอาญาระหว่างประเทศจะสามารถใช้เขตอำนาจเหนือบุคคลทุกประเภทที่กระทำความผิดได้ทั่วไป และเท่าเทียมกันโดยไม่มีข้อยกเว้น ไม่ว่าบุคคลนั้นจะอยู่ในสถานะใด เว้นแต่จะมีเหตุยกเว้นความรับผิดชอบแก่บุคคลนั้น ซึ่งเป็นส่วนช่วยในการป้องกันอาชญากรรมร้ายแรงได้อย่างมีประสิทธิภาพ

นอกจากจะพิจารณาถึงปัจเจกชนผู้อยู่ภายใต้เขตอำนาจศาลตามธรรมนูญกรุงโรมแล้ว ยังมีประเด็นที่จะต้องพิจารณาประเด็นที่ธรรมนูญกรุงโรมกำหนดให้ศาลอาญาระหว่างประเทศใช้เขตอำนาจศาลได้ตามหลักดินแดน คือกรณีที่รัฐดินแดนที่เกิดอาชญากรรมขึ้นนั้นเป็นรัฐภาคีหรือยอมรับเขตอำนาจศาล และตามหลักสัญชาติของผู้ประกอบอาชญากรรม กล่าวคือ หากบุคคลผู้ประกอบอาชญากรรมนั้นมีสัญชาติรัฐภาคี บุคคลนั้นอาจตกอยู่ภายใต้เขตอำนาจศาลตามกลไกการเสนอคดีที่ธรรมนูญกำหนด แต่หากบุคคลนั้นถือสัญชาติรัฐที่ไม่เป็นภาคีแล้วศาลจะใช้เขตอำนาจเหนือบุคคลดังกล่าวได้ต่อเมื่อ รัฐที่ไม่เป็นภาคีนั้นยอมรับเขตอำนาจศาล หรือคณะมนตรีความมั่นคงเสนอสถานการณ์ต่อศาลตามเงื่อนไขที่ได้กล่าวไปแล้วนั้น ทำให้เกิดประเด็นที่ต้องพิจารณาเกี่ยวกับปัญหาในเรื่องสัญชาติของบุคคลผู้กระทำความผิดนั้น กล่าวคือ กรณีบุคคลผู้กระทำความผิดนั้นเป็นผู้มีหลายสัญชาติ กรณีบุคคลนั้นเปลี่ยนสัญชาติภายหลังกระทำความผิด กรณีบุคคลผู้กระทำความผิดเป็นผู้ไร้สัญชาติ และกรณีผู้กระทำความผิดเป็นผู้ลี้ภัย ว่าศาลอาญาระหว่างประเทศจะสามารถใช้เขตอำนาจต่อบุคคลดังกล่าวเหล่านี้ได้หรือไม่ และรัฐใดที่จะเป็นรัฐสัญชาติของบุคคลนั้นอันอาจจะเป็นรัฐภาคี หรือเป็นรัฐที่ยอมรับเขตอำนาจศาลได้ ทั้งนี้จะต้องพิจารณาถึงเงื่อนไขการใช้เขตอำนาจศาล และหลักการเสริมเขตอำนาจของศาลอาญาระหว่างประเทศด้วย

ตามหลักการได้สัญชาติของบุคคลนั้น บุคคลจะได้สัญชาติโดยธรรมชาติ ได้แก่ การกำหนดสัญชาติโดยหลักสายโลหิต (Jus Sanguinis) และโดยหลักดินแดน (Jus Soli) ที่ถือว่าบุคคลเกิดในดินแดนใดก็มีสัญชาตินั้น นอกจากนั้นยังมีการได้สัญชาติภายหลังการเกิดอันได้แก่ การได้สัญชาติมาโดยอัตโนมัติตามกฎหมายอันได้แก่ การสมรส ซึ่งจะทำให้บุคคลมีมากกว่าหนึ่งสัญชาติ ซึ่งจะเป็นปัญหาต่อการใช้เขตอำนาจของรัฐ การขัดกันของกฎหมาย ทั้งนี้ธรรมนูญกรุงโรมระบุเงื่อนไขก่อนการใช้เขตอำนาจศาลไว้เพียงแต่บุคคลที่ถูกกล่าวหา มีสัญชาติของรัฐภาคีเท่านั้น แต่ไม่ได้กำหนดรายละเอียดในการจะวินิจฉัยหากเกิดกรณีที่บุคคลนั้นมีหลายสัญชาติ มีการ

²⁹ Ibid., Preamble 5.

เปลี่ยนสัญชาติ เป็นผู้ไร้สัญชาติ หรือเป็นผู้ลี้ภัย ว่ารัฐใดจึงจะถือว่าเป็นรัฐสัญชาติของบุคคลนั้น โดยที่สัญชาตินั้นเป็นเสมือนเครื่องผูกพันบุคคลที่เข้ามาเป็นสมาชิกของรัฐนั้น³⁰ ซึ่งก็คือการเป็นพลเมือง หรือประชากรของรัฐดังกล่าว ซึ่งรัฐที่ระบุว่าบุคคลดังกล่าวมีสัญชาติรัฐตนนั้นจะสามารถใช้กฎหมายภายในของรัฐ และควบคุม คุ้มครองปัจเจกชนผู้มีสัญชาตินั้นได้ ซึ่งในกรณีที่หากปัจเจกชนได้กระทำอาชญากรรมที่อยู่ในเขตอำนาจศาลอาญาระหว่างประเทศแล้ว รัฐที่บุคคลนั้นถือสัญชาติจะมีสิทธิในการดำเนินคดีกับบุคคลดังกล่าว รวมถึงการเสนอคดีให้ศาลอาญาระหว่างประเทศพิจารณา หรือยอมรับเขตอำนาจศาลอาญาระหว่างประเทศได้โดยขึ้นกับสถานะความสัมพันธ์ของรัฐนั้นต่อธรรมนูญกรุงโรม ซึ่งการกำหนดสัญชาติของบุคคลรัฐนั้นสามารถอ้างได้ไม่เพียงแต่กรณีที่บุคคลนั้นได้สัญชาติมาด้วยการเกิดเท่านั้น แต่ยังรวมถึงการที่บุคคลนั้นได้สัญชาติรัฐนั้นมาภายหลังด้วย

1. กรณีผู้กระทำผิดมีหลายสัญชาติ

หลักการในเรื่องสัญชาติของผู้กระทำผิดที่มีหลายสัญชาตินี้มาจาก Harvard Draft Convention on Jurisdiction with Respect to Crime 1935 ซึ่งระบุชัดเจนเกี่ยวกับ เขตอำนาจทางอาญาที่เกี่ยวกับผู้ที่มีหลายสัญชาติ โดยได้ระบุว่า กรณีที่บุคคลนั้นมีสองสัญชาติ หรือหลายสัญชาติจะถือว่าบุคคลนั้นมีสัญชาติของรัฐที่พยายามจะดำเนินคดี และลงโทษ อันแสดงให้เห็นถึงความเท่าเทียมกันของรัฐสัญชาติทุกรัฐที่สามารถใช้เขตอำนาจเหนืออาชญากรรมที่ได้กระทำโดยบุคคลนั้น โดยการอ้างหลักกฎหมายระหว่างประเทศในการปกครองจัดการคนชาติตน³¹

ตามหลักการในธรรมนูญกรุงโรมแล้ว หมายความว่าหากรัฐสัญชาติรัฐใดรัฐหนึ่งที่ได้อำนาจดำเนินคดี ลงโทษบุคคลดังกล่าวเป็นภาคีธรรมนูญกรุงโรม หรือได้ยอมรับเขตอำนาจศาลอาญาระหว่างประเทศแล้ว ศาลก็จะมีสิทธิดำเนินคดีกับบุคคลนั้น ซึ่งในกรณีนี้องค์คณะตุลาการพิจารณาคดีเบื้องต้นจะพิจารณากรณีที่มีการคัดค้านเขตอำนาจหรือการรับคดีไว้พิจารณาคดีของศาลตาม ข้อ 19(2) ว่ารัฐสัญชาติของผู้ถูก

³⁰ ดูรายละเอียดเพิ่มเติมใน ชุมพร ปัจจุสานนท์, กฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล เล่ม 1 สัญชาติ, (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2546), หน้า 19-22.

³¹ Zsuzsanna Deen-Racsmany, "The nationality of the Offender and the Jurisdiction of the International Criminal Court," The American Journal International Law (July 2001) [online] Available from : <http://www.lexisnexis.com> [2005, October 21]

กล่าวหาว่ารัฐใดจะสามารถยอมรับเขตอำนาจศาลได้ การยอมรับธรรมนูญโดยรัฐ สัญชาติจะมีผลขยายไปถึงการปรับใช้เขตอำนาจอาญาของกฎหมายภายในตามหลัก ผู้กระทำความผิดและการปฏิบัติเรื่องการส่งผู้ร้ายข้ามแดนก็ต้องสนับสนุนด้วย เช่น รัฐที่ถูกร้องขอและอนุญาตให้ส่งผู้ร้ายข้ามแดน ศาลมีสิทธิสันนิษฐานถึงความ สมบูรณ์ของความยินยอมของรัฐสัญชาติ ผลคือ ความยินยอมของรัฐใดตามกฎหมาย ระหว่างประเทศจะมีผลในการพิจารณาสัญชาติของผู้กระทำความผิดว่ามีพื้นฐาน เพียงพอต่อการใช้เขตอำนาจศาลอาญาระหว่างประเทศได้³² ดังนั้นหากรัฐสัญชาติ ของผู้ถูกกล่าวหาเป็นภาคีธรรมนูญ หรือได้ยอมรับเขตอำนาจศาลอาญาระหว่าง ประเทศ ศาลก็จะมีสิทธิดำเนินคดีกับบุคคลนั้น

2. กรณีผู้กระทำความผิดเปลี่ยนสัญชาติภายหลังกระทำความผิด

เมื่อผู้ถูกกล่าวหาเปลี่ยนสัญชาติ ประเด็นเรื่องเขตอำนาจก็จะซับซ้อนยิ่งขึ้น โดย ข้อ 5 ของ Harvard Draft Convention 1935 วางหลักเขตอำนาจตามหลักสัญชาติที่มี ในขณะกระทำความอาชญากรรมหรือขณะที่มีการดำเนินคดี³³ ซึ่งหมายความว่าบุคคล ดังกล่าวนั้นยังคงต้องมีความรับผิดชอบจากการกระทำของตนต่อรัฐสัญชาติรัฐเดิมในการ กระทำที่เกิดขึ้นที่บุคคลนั้นจะเปลี่ยนหรือโอนสัญชาติไป ส่วนการมีสัญชาติของรัฐ ในขณะที่มีการดำเนินคดีกับบุคคลนั้นก็อาจจะเพียงพอต่อการอ้างเขตอำนาจของรัฐ นั้น ดังนั้นหากบุคคลดังกล่าวเป็นคนชาติรัฐภาคีธรรมนูญกรุงโรม แล้วเปลี่ยนมาถือ สัญชาติรัฐที่ไม่เป็นภาคี บุคคลดังกล่าวยังคงต้องมีความรับผิดชอบต่อการกระทำขณะที่ ถือสัญชาติรัฐภาคี ซึ่งศาลอาญาระหว่างประเทศอาจเข้ามาใช้เขตอำนาจเหนือบุคคล

³² Ibid.

³³ Harvard Draft Convention on Jurisdiction with Respect to Crime 1935.

Article 5 Jurisdiction over nationals

A State has jurisdiction with respect to any crime committed outside its territory,

a) By a natural person who was a national of that State when the crime was committed or who is national of that State when prosecuted or punished ; or

b) By a corporation or other juristic person which had the national character of that State when the crime was committed.

ดังกล่าวได้ ด้วยเหตุนี้ผู้กระทำความผิดจึงไม่อาจหลุดพ้นความรับผิดชอบของตนได้ด้วยการเปลี่ยนสัญชาติ

3. กรณีผู้กระทำความผิดเป็นคนไร้สัญชาติ

ในการเตรียมจัดตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศมีการยอมรับความสัมพันธ์พิเศษระหว่างผู้ไร้สัญชาติ และรัฐซึ่งเขามีถิ่นที่อยู่ถาวร ซึ่งคณะกรรมการเตรียมการจัดตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศ (Preparatory Commission : PrepCom) สรุปว่าควรใช้กฎหมายของรัฐที่เป็นถิ่นที่อยู่ถาวรนั้นกับคนไร้สัญชาติ อย่างไรก็ตามรัฐที่คนไร้สัญชาติอาศัยอยู่ชั่วคราวไม่สามารถอ้างสิทธิเกี่ยวกับเขตอำนาจทางอาญาเหนือบุคคลดังกล่าวได้ การที่ธรรมนูญกรุงโรมไม่ได้กำหนดเกี่ยวกับการกระทำผิดโดยผู้ไร้สัญชาตินั้นจึงเป็นการลดโอกาสที่จะดำเนินคดีกับบุคคลเหล่านี้ ดังนั้นรัฐซึ่งเป็นที่อยู่ถาวรอาจใช้เขตอำนาจ และยอมรับเขตอำนาจศาลอาญาระหว่างประเทศเหนืออาชญากรรมซึ่งกระทำขณะที่คนไร้สัญชาตินั้นมีถิ่นที่อยู่ถาวรในรัฐนั้น สิทธิเหล่านี้จะมีอยู่แม้กระทั่งหลังจากบุคคลนั้นได้ละถิ่นที่อยู่และได้กระทำความผิดก่อนที่จะมีถิ่นที่อยู่ถาวรใหม่³⁴ ดังนั้นหากผู้ไร้สัญชาตินั้นมีถิ่นที่อยู่ถาวรในรัฐที่ไม่เป็นภาคีธรรมนูญกรุงโรม และได้กระทำความผิดขึ้นระหว่างนั้น รัฐที่เป็นถิ่นที่อยู่ถาวรนั้นสามารถใช้เขตอำนาจเหนือบุคคลดังกล่าวได้และสามารถยอมรับเขตอำนาจศาลอาญาระหว่างประเทศให้ดำเนินคดีกับบุคคลดังกล่าวได้

4. กรณีผู้กระทำความผิดเป็นผู้ลี้ภัย

ในประเด็นนี้ธรรมนูญกรุงโรมก็มีได้บัญญัติไว้ถึงกรณีศาลจะสามารถใช้เขตอำนาจได้ต่อผู้ลี้ภัยที่ได้กระทำความผิด ซึ่งสถานะของผู้ลี้ภัยอาจเข้าใจได้ว่าเสมือนกับผู้เปลี่ยนสัญชาติ คือจะพิจารณาสัญชาติที่มีในขณะที่กระทำความผิด รัฐที่เป็นที่ลี้ภัย (รัฐB)สามารถใช้เขตอำนาจและสิทธิที่จะยอมรับเขตอำนาจศาลอาญาระหว่างประเทศเหนืออาชญากรรมที่ได้กระทำโดยผู้ลี้ภัยหลังจากได้รับที่ลี้ภัยแล้ว แต่รัฐที่เป็นที่ลี้ภัย(รัฐB)นั้นไม่มีสิทธิใช้เขตอำนาจเหนืออาชญากรรมที่กระทำโดยบุคคลนั้นก่อนที่

³⁴ Zsuzsanna Deen-Racsmany, “ The nationality of the Offender and the Jurisdiction of the International Criminal Court,” *The American Journal International Law* [online] Available from : <http://www.lexisnexis.com> [2005, October 21]

จะมาลี้ภัย ซึ่งกรณีนี้จะเป็นสิทธิของรัฐเดิม(รัฐA)ก่อนที่จะมีการลี้ภัยนั้น หากมีอาชญากรรมที่ได้กระทำโดยบุคคลนั้นหลังจากที่ได้หลบหนีไปยังอีกรัฐหนึ่ง(รัฐC) รัฐนั้น(รัฐC)ก็จะไม่มีเขตอำนาจ แต่จะให้สิทธิแก่รัฐสัญชาติรัฐเดิม(รัฐA)นั้นดำเนินการ ดังนั้นรัฐสัญชาติเดิม(รัฐA)นั้นจะยังคงมีเขตอำนาจเหนืออาชญากรรมที่บุคคลนั้นได้กระทำก่อนที่จะได้ลี้ภัยไม่ว่าที่ได้ก็ตาม ที่กำหนดเช่นนี้เนื่องจากว่าการที่ผู้กระทำความผิดยอมละทิ้งจากรัฐเดิมแสดงให้เห็นถึงความสัมพันธ์ของบุคคลดังกล่าวกับรัฐที่ได้ก่ออาชญากรรมหลังจากที่เขาลี้ภัยนั้นถือว่าความสัมพันธ์ของรัฐกับบุคคลดังกล่าวสิ้นสุดลง ดังนั้นบุคคลดังกล่าวจึงไม่ควรได้รับความคุ้มครองจากรัฐเดิมอีก ซึ่งหมายความว่าหากการลี้ภัยเข้าไปอยู่ในอีกรัฐแบบชั่วคราวสิ้นสุดลง รัฐสัญชาติเดิม(A)ก็สามารถใช้เขตอำนาจได้ใหม่³⁵ ดังนั้นรัฐเดิม(รัฐA)นั้นจึงยังคงมีเขตอำนาจเหนือการกระทำของบุคคลดังกล่าวก่อนที่จะไปอยู่ในรัฐที่ลี้ภัย และมีสิทธิยอมรับเขตอำนาจศาลอาญาระหว่างประเทศให้ดำเนินคดีกับบุคคลดังกล่าวได้ ซึ่งหากกำหนดให้ผู้กระทำความผิดสามารถพ้นจากเขตอำนาจรัฐเดิมได้เมื่อมีการลี้ภัยก็จะทำให้ผู้กระทำความผิดสามารถหลบเลี่ยงจากความรับผิดชอบของตนได้ง่ายขึ้น แต่ทั้งนี้หากปรากฏว่าบุคคลนั้นกระทำผิดอาญาร้ายแรงอันเป็นอันตรายต่อประชาคมระหว่างประเทศ หรือมีเหตุผลควรอันถือได้ว่าจะเป็นการภัยต่อความมั่นคงของประเทศที่ให้การลี้ภัยแล้ว บุคคลนั้นก็จะไม่ได้รับการลี้ภัย และอาจถูกถอนสถานสภาพผู้ลี้ภัย เนื่องจากบุคคลดังกล่าวไม่สมควรได้รับความคุ้มครองระหว่างประเทศ ซึ่งรัฐเดิมก็จะถือเป็นรัฐสัญชาติของบุคคลดังกล่าว

ดังนั้นจะเห็นได้ว่าบุคคลไม่ว่าจะมีสถานะใด หรือมีปัญหาเกี่ยวกับเรื่องสัญชาติที่จะต้องพิจารณาก็สามารถตกอยู่ภายใต้เขตอำนาจศาลอาญาระหว่างประเทศได้จากการกระทำความผิดของตน แต่ทั้งนี้ธรรมนูญกรุงโรมมิได้กำหนดแนวทางวินิจฉัยหากเกิดกรณีปัญหาเรื่องสัญชาติของผู้กระทำผิด และรัฐสัญชาติของผู้กระทำผิดรัฐใดที่จะสามารถยอมรับเขตอำนาจศาลได้ จึงต้องเป็นดุลยพินิจของศาลว่าจะวินิจฉัยไปในแนวทางใด และน่าจะพิจารณาให้มีการแก้ไขในระเบียบว่าด้วยวิธีพิจารณาความและพยานหลักฐานให้ชัดเจนเพื่อใช้เป็นบรรทัดฐานในการวินิจฉัยกรณีดังกล่าว

³⁵ Ibid.

แม้ว่าธรรมนูญกรุงโรมจะกำหนดให้ศาลอาญาระหว่างประเทศมีเขตอำนาจเหนือผู้กระทำความผิดที่อยู่ในเขตอำนาจศาลได้ทุกคน แต่ก็ยังมีข้อยกเว้นความรับผิดชอบของปัจเจกชนที่กำหนดไว้ในธรรมนูญกรุงโรมด้วยดังจะกล่าวในหัวข้อต่อไป

4.3 ข้อยกเว้นความรับผิดชอบของปัจเจกชนตามธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศ

ตามหลักกฎหมายอาญาของรัฐ หรือหลักกฎหมายระหว่างประเทศกำหนดข้อยกเว้นความรับผิดชอบของปัจเจกชนหลายประการ เช่น สถานะประมุขของรัฐ ซึ่งทำให้พระมหากษัตริย์ไม่ต้องมีความรับผิดชอบในทางแพ่งและอาญา โดยจะได้รับเอกสิทธิ์และความคุ้มกันทั้งภายในรัฐของตนหรือในรัฐอื่นๆ หรือการอ้างการปฏิบัติตามคำสั่งของผู้บังคับบัญชามาเป็นเหตุยกเว้นโทษหรือลดโทษ หรืออายุของผู้กระทำผิด หรือกรณีความบกพร่องทางกายหรือทางจิตบางประการของผู้กระทำความผิด หรือมีความจำเป็น หรือกระทำไปเพื่อป้องกันตัว หรือความสำคัญผิดในข้อเท็จจริงหรือข้อกฎหมายซึ่งเหล่านี้เป็นหลักการทั่วไปของกฎหมายอาญาที่จะสามารถใช้เป็นเหตุให้ยกเว้นโทษและบรรเทาโทษได้ แต่ทั้งนี้ ธรรมนูญกรุงโรมบัญญัติชัดเจนไม่ยอมรับการอ้างเอกสิทธิ์ความคุ้มกันใดๆ ที่มีตามสถานะของบุคคลเหล่านั้นหรือการนิรโทษกรรม การอภัยโทษ ต่อศาลเพื่อเป็นเหตุให้ยกเว้นโทษหรือขัดขวางการใช้เขตอำนาจของศาล เนื่องจากศาลไม่ต้องการให้ผู้ประกอบอาชญากรรมร้ายแรงนั้นสามารถหลุดพ้นจากความรับผิดชอบและลอยนวลไปโดยการอ้างสิทธิเหล่านี้ แต่ธรรมนูญก็ยังกำหนดข้อยกเว้นความรับผิดชอบของปัจเจกชนไว้ในบางกรณีเพื่อให้ความเป็นธรรมแก่บุคคลดังกล่าว

4.3.1 การยกเว้นความรับผิดชอบทั่วไป

ธรรมนูญกรุงโรมได้บัญญัติขึ้นโดยการประมวลหลักกฎหมายต่างๆมารวบรวมไว้ ซึ่งรวมถึงการรวบรวมเอาหลักการที่บุคคลไม่ต้องรับผิดชอบทางอาญาไว้ด้วย ได้แก่ หลักบุคคลไม่ต้องรับผิดชอบหากไม่มีกฎหมายกำหนด ตามหลัก *Nullum crimen sine lege* กล่าวคือหากว่าบุคคลนั้นกระทำอาชญากรรมที่ยังมิได้กำหนดอยู่ในเขตอำนาจศาล³⁶ หรือได้กระทำความผิดที่กำหนดอยู่ในเขตอำนาจศาล แต่ได้กระทำลงก่อนที่ธรรมนูญกรุงโรมจะมีผลใช้บังคับตามหลักกฎหมายไม่มีผลย้อนหลัง หรือหากขณะที่กระทำความผิดนั้นบุคคลดังกล่าวอายุไม่ถึง 18 ปี หากเข้าเงื่อนไข

³⁶ Article 22 of Rome Statute of International Criminal Court.

ดังกล่าวนี้ศาลอาญาระหว่างประเทศจะไม่สามารถใช้เขตอำนาจต่อบุคคลดังกล่าว และไม่ก่อให้เกิดความรับผิดทางอาญาตามธรรมนูญ แต่ทั้งนี้ต้องพิจารณาตามกฎหมายของแต่ละรัฐ หรือพันธกรณีที่มีตามสนธิสัญญาต่างๆ รวมถึงกฎหมายระหว่างประเทศ และจารีตประเพณีระหว่างประเทศด้วย เพราะแม้ว่าธรรมนูญกรุงโรมจะไม่ได้กำหนดเขตอำนาจศาลอาญาระหว่างประเทศต่อการกระทำนอกเหนือที่ธรรมนูญกำหนด หรือก่อนที่ธรรมนูญจะมีผลบังคับใช้นั้น แต่บุคคลดังกล่าวก็อาจต้องมีความรับผิดตามกฎหมายภายในของรัฐ หรือตามกฎหมายอื่นๆ หรือตามพันธกรณีของรัฐตามกฎหมายระหว่างประเทศ อีกทั้งอายุของผู้กระทำความผิดอันจะเป็นเหตุยกเว้นโทษหรือลดโทษนั้นแต่ละรัฐก็กำหนดแตกต่างกันไป ซึ่งในการประชุมผู้แทนทางการทูตผู้มีอำนาจเต็มเพื่อจัดตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศที่กรุงโรมเห็นว่าจะเป็นการไม่เหมาะสมถ้าจะให้ศาลอาญาระหว่างประเทศมีเขตอำนาจเหนือผู้เยาว์ แต่ก็ไม่ได้หมายความว่าอาชญากรรมที่ผู้เยาว์กระทำนั้นจะไม่ถูกลงโทษ หรือกลายเป็นชอบด้วยกฎหมาย แต่น่าจะปล่อยให้ระบบยุติธรรมภายในจัดการมากกว่า³⁷ โดยในที่ประชุมได้มีข้อเสนออายุของผู้กระทำความผิดที่ศาลจะไม่สามารถใช้เขตอำนาจได้อยู่ในช่วง 13-21 ปี³⁸ ซึ่งที่ประชุมได้สรุปให้ธรรมนูญกำหนดไว้ที่อายุ 18 ปี

นอกจากนี้ยังมีเหตุยกเว้นความรับผิดของปัจเจกชนอันเนื่องมาจากสภาพของบุคคลในขณะกระทำความผิด หากว่าบุคคลนั้นมีข้อบกพร่องทางจิต หรืออยู่ในสภาพมึนเมาโดยไม่สมัครใจ อันทำให้ไม่สามารถรับรู้ความไม่ชอบด้วยกฎหมาย หรือสภาพการกระทำของตน ไม่สามารถควบคุมการกระทำของตนให้สอดคล้องตามกฎหมายได้ หรือเป็นกรณีที่กระทำโดยมีเหตุผลเพื่อป้องกันตนเองหรือบุคคลอื่น โดยกระทำการป้องกันทรัพย์สินที่จะเป็นต่อความปลอดภัยหรือได้กระทำไปโดยมีความจำเป็นอย่างสมเหตุผลเนื่องจากการคุกคามต่อความตายที่ใกล้จะถึงหรือต่อการบาดเจ็บอย่างสาหัสของตนเองหรือผู้อื่นที่กำลังจะเกิดขึ้น หรือมีอยู่อย่างต่อเนื่อง โดยกระทำไปเพื่อหลีกเลี่ยงการคุกคามโดยไม่มีเจตนาจะก่อให้เกิดอันตราย³⁹

³⁷ United Nations, United Nations Diplomatic Conference of Plenipotentiaries on the Establishment of an International Criminal Court volume II Rome, 15 June-17 July 1998, p. 139.

³⁸ Kai Ambos, "General principles of criminal law in the Rome Statute," in The International Criminal Court, Olympia Bekou and Robert Cryer (ed.) (United States: Ashgate Publishing, 2004), p. 168.

³⁹ Article 31(1) of Rome Statute of International Criminal Court.

4.3.2 การยกเว้นความรับผิดชอบที่ผู้ถูกกล่าวหาเป็นผู้ที่ปฏิบัติตามคำสั่งของรัฐบาลหรือผู้บังคับบัญชา

ตามหลักของธรรมนูญกรุงโรมแล้วปัจเจกชนทุกคนสามารถตกอยู่ภายใต้เขตอำนาจศาลอาญาระหว่างประเทศได้ แต่หากบุคคลนั้นเป็นทหาร หรือพลเรือนที่ปฏิบัติตามคำสั่งของรัฐบาลหรือผู้บังคับบัญชาแล้ว อาจมีโอกาสดอกอยู่ภายใต้เขตอำนาจศาลอาญาระหว่างประเทศได้มากกว่าบุคคลทั่วไปอันเนื่องมาจากการปฏิบัติหน้าที่ของตน โดยบุคคลเหล่านี้ไม่สามารถอ้างเหตุจากการปฏิบัติตามคำสั่งของรัฐบาลหรือผู้บังคับบัญชาให้หลุดพ้นความรับผิดชอบได้ เว้นแต่ ผู้นั้นมีพันธกรณีตามกฎหมายที่จะต้องเชื่อฟังคำสั่งของรัฐบาลหรือผู้บังคับบัญชา โดยที่บุคคลนั้นไม่รู้ว่าคำสั่งนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมาย แต่หากเป็นการสั่งให้ทำการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ หรือประกอบอาชญากรรมต่อมนุษยชาติแล้ว บุคคลนั้นจะต้องมีความรับผิดชอบทางอาญา⁴⁰ ซึ่งเป็นการบัญญัติอย่างสอดคล้องกับข้อ 30 ที่ว่าปัจเจกชนจะมีความรับผิดชอบหากได้ประกอบอาชญากรรมโดยมีเจตนาและรู้ และไม่ยอมรับการอ้างว่าปฏิบัติตามคำสั่งให้กระทำการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ หรือประกอบอาชญากรรมต่อมนุษยชาติ เนื่องจากว่าอาชญากรรมนี้เป็นที่รับรู้กันโดยทั่วไปว่าไม่ชอบด้วยกฎหมาย ดังนั้นบุคคลจึงจะต้องรู้ถึงความไม่ชอบด้วยคำสั่งนั้นอยู่แล้ว

ประเด็นในเรื่องการปฏิบัติตามคำสั่งผู้บังคับบัญชานี้เกิดขึ้นมานานแล้ว โดยในปี ค.ศ.1906 Oppenheim ได้กล่าวว่า “กรณีที่สมาชิกของกองกำลังกระทำการละเมิดคำสั่งของผู้บังคับบัญชา ทหารนั้นจะไม่ถูกลงโทษ โดยที่ผู้บังคับบัญชาเป็นผู้รับผิดชอบแต่ผู้เดียว และอาจถูกลงโทษในฐานะอาชญากรรมสงคราม” ต่อมาหลังสงครามโลกครั้งที่ 1 ในคดี Llandovery Castle ศาลสูง Leipzig กล่าวว่า “ผู้ใต้บังคับบัญชาซึ่งทำตามคำสั่งอาจถูกลงโทษได้ หากได้รู้ว่าคำสั่งของผู้บังคับบัญชานั้นละเมิดกฎหมาย หรือกฎหมายทหาร และหากคำสั่งนั้นเป็นที่รับทราบกันโดยทั่วไปว่าเป็นการฝ่าฝืนกฎหมาย” ต่อมาภายหลังสงครามโลกครั้งที่ 2 ญัตติธรรมนูญโรมในข้อ 8 กำหนดไว้ว่า “ข้อเท็จจริงที่ว่ากระทำความผิดของจำเลยตามคำสั่งของรัฐบาล หรือผู้บังคับบัญชาจะไม่ทำให้หลุดพ้นจากความรับผิดชอบ แต่อาจได้รับพิจารณาเพื่อลดโทษได้หากศาลกำหนดเช่นนั้น”⁴¹

⁴⁰ Ibid., Art. 33.

⁴¹ Charles Garraway, “Superior orders and the International Criminal Court: Justice delivered or justice denied,” in *The International Criminal Court*, Olympia Bekou and Robert Cryer (ed.) (United States: Ashgate Publishing, 2004), pp. 180-181.

ข้อ 33 แห่งธรรมนูญกรุงโรมแสดงให้เห็นถึงทางออกในทางปฏิบัติที่จะสามารถปรับใช้ได้ทุกกรณี กล่าวคือ การกำหนดรวมเอาอาชญากรรมอันเป็นการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ และอาชญากรรมต่อมนุษยชาติไว้ในข้อนี้เนื่องจากเห็นว่าเห็นได้ชัดเจนว่าอาชญากรรมดังกล่าวเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายที่จะต้องละเว้น ซึ่งจะไม่ปกป้องผู้บังคับบัญชาที่ได้เป็นส่วนหนึ่งของการกระทำ และเป็นไปได้ที่จะใช้ข้อ 33 ต่อการพิสูจน์การกระทำอาชญากรรมที่กำหนดในข้ออื่นๆ ในธรรมนูญ โดยจะพิจารณาตามองค์ประกอบทางจิตใจ⁴² และความสำคัญผิดในข้อเท็จจริงและข้อกฎหมาย⁴³ ซึ่งได้บรรจุเอามาตรฐานชั้นสูงไว้ และกำหนดเงื่อนไขในการพิจารณาว่า⁴⁴

- ผู้ถูกกล่าวหาต้องมีพันธกรณีตามกฎหมายที่ต้องเชื่อฟังคำสั่ง ซึ่งการมีหน้าที่ทางศีลธรรมที่จะต้องทำตามนั้นไม่เพียงพอ ดังนั้นเจ้าหน้าที่ของรัฐบาลที่ได้ดำเนินการตามคำแนะนำอันรวมถึงอาชญากรรมสงครามจะไม่ได้รับความคุ้มครอง เว้นแต่บุคคลนั้นจะตกอยู่ภายใต้การบังคับตามกฎหมาย ซึ่งข้อเท็จจริงที่ว่าเขาอาจถูกไล่ออกนั้นไม่เพียงพอ
- หากผ่านการพิสูจน์ในขั้นแรกแล้ว จะแก้ตัวได้หากผู้ถูกกล่าวหาไม่รู้ว่าคำสั่งนั้นผิดกฎหมาย และคำสั่งนั้นไม่ปรากฏชัดแจ้งว่าไม่ชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งในจุดนี้มีความคลุมเครือถึงภาระการพิสูจน์ ว่าคำสั่งที่ไม่ชัดเจนนั้นถึงขนาดที่ผู้ถูกกล่าวหาจะไม่รู้ถึงความไม่ชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งนั้นหรือไม่
- ผู้ถูกกล่าวหาต้องมีเจตนาตั้งใจเข้าร่วมกระทำผิด โดยตั้งใจให้เกิดผล และรู้ว่าผลนั้นจะเกิดขึ้น

อย่างไรก็ดีข้อ 33 นี้ไม่ได้บัญญัติให้มีการยกเว้นความรับผิดชอบ แต่อาจมีบางกรณีที่จำเป็นต้องให้ความยุติธรรมแก่ทหารผู้ที่มีความรับผิดชอบ เพราะการอยู่ใต้บังคับบัญชานี้ทำให้เป็นผู้ต้องปฏิบัติโดยตรง ซึ่งเสี่ยงต่อการกระทำที่เข้าข่ายเป็นอาชญากรรมร้ายแรง อีกทั้งอาจถูกใช้เป็นเครื่องมือในการกระทำอาชญากรรมร้ายแรงตามนโยบายหรือคำสั่งของรัฐบาลหรือผู้บังคับบัญชาได้ จึงเห็นว่าควรให้มีการคุ้มครองแก่บุคคลดังกล่าวด้วย หากการกระทำผิด

⁴² Article 30 of Rome Statute of International Criminal Court.

⁴³ Ibid., Art. 32.

⁴⁴ Charles Garraway, "Superior orders and the International Criminal Court:

Justice delivered or justice denied," in *The International Criminal Court*, p. 185.

นั้นมาจากการกระทำตามคำสั่งตามเงื่อนไขที่ได้กำหนดไว้ซึ่งจะเป็นการให้ความยุติธรรมแก่ผู้ที่ปฏิบัติตามคำสั่งโดยสุจริต

4.4 สิทธิและหน้าที่ของปัจเจกชนตามธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศ

ธรรมนูญกรุงโรมเป็นกลไกหนึ่งเกี่ยวกับมนุษยธรรมจึงได้กำหนดสิทธิหน้าที่ รวมถึงความคุ้มครองต่างๆให้แก่ปัจเจกชน ไม่ว่าจะอยู่ในฐานะผู้ต้องสงสัย ผู้ถูกกล่าวหา พยานผู้เชี่ยวชาญ ผู้เสียหาย หรือผู้ต้องคำพิพากษา ธรรมนูญกรุงโรมกำหนดครอบคลุมตั้งแต่ก่อนการดำเนินคดี จนกระทั่งขั้นตอนการบังคับตามคำพิพากษา ธรรมนูญได้มีมาตรการเพื่อคุ้มครองบุคคลทุกคนที่ต้องมีส่วนร่วมในกระบวนการพิจารณานั้นๆดังนี้

สิทธิของปัจเจกชนในฐานะผู้ได้รับความคุ้มครอง

ก่อนที่จะมีธรรมนูญกรุงโรมนี้ปัจเจกชนมีสถานะทางกฎหมายที่เป็นผู้ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศในฐานะเป็นผู้ถูกกระทำ และได้รับความคุ้มครองสิทธิซึ่งตามธรรมนูญได้กำหนดไว้ในข้อบัญญัติที่กำหนดคานิชยามอาชญากรรมที่อยู่ในเขตอำนาจศาลตามภาค 2 แห่งธรรมนูญกรุงโรม⁴⁵ อันได้แก่สิทธิที่จะไม่ถูกกระทำต่างๆอันเป็นการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ การกระทำอาชญากรรมสงคราม การกระทำอาชญากรรมต่อมนุษยชาติ และการกระทำการรุกราน

สิทธิของปัจเจกชนที่จะเสนอคดี

ธรรมนูญกรุงโรมไม่ได้กำหนดถึงแหล่งข้อมูลโดยเฉพาะเจาะจงที่จะให้แก่อัยการศาล ซึ่งข้อมูลนั้นอาจทำให้อัยการริเริ่มสืบสวนสอบสวนคดีได้ ดังนั้นปัจเจกชนไม่ว่าจะเกี่ยวข้องกับการกระทำละเมิดหรือไม่ก็สามารถเสนอข้อมูลแก่อัยการได้⁴⁶

⁴⁵ Lamia Mekhemar, "The Status of the Individual in the Statute of the International Criminal Court," in The Rome Statute of the International Criminal Court. A challenge to impunity, Mauro Politi and Giuseppe Nesi (ed.) (United States: Ashgate Publishing, 1998), p. 124.

⁴⁶ Ibid., p. 125.

สิทธิที่จะได้รับการสันนิษฐานว่าเป็นผู้บริสุทธิ์

เมื่อบุคคลถูกกล่าวหา ธรรมนูญกรุงโรมก็ได้กำหนดหลักการเพื่อคุ้มครองบุคคลนั้นตาม หลักกฎหมายทั่วไปโดยทุกคนจะถูกสันนิษฐานว่าเป็นผู้บริสุทธิ์จนกว่าจะพิสูจน์ความผิดต่อศาลได้⁴⁷ อัน เป็นการกำหนดภาระการพิสูจน์แก่อัยการ โดยกำหนดมาตรฐานให้ต้องพิสูจน์จนสิ้นข้อสงสัย (beyond reasonable doubt) จะต้องมีการยืนยันข้อกล่าวหาโดยจะต้องมีการนั่งพิจารณาคดีเพื่อ ยืนยันข้อกล่าวหา อัยการจะต้องมีพยานหลักฐานเพียงพอที่จะเชื่อว่าผู้ต้องสงสัยกระทำ อาชญากรรมที่ถูกฟ้องนั้น หากองค์คณะตุลาการพิจารณาเบื้องต้นเห็นว่ามีพยานหลักฐาน เพียงพอ ให้ยืนยันข้อกล่าวหาและส่งตัวให้องค์คณะตุลาการดำเนินการพิจารณาคดีในข้อหา ดังกล่าว⁴⁸ โดยผู้ถูกกล่าวหาสามารถคัดค้านข้อกล่าวหา คัดค้านพยานที่อัยการแสดง หรือเสนอ พยานด้วยตนเองได้⁴⁹

เมื่อองค์คณะตุลาการพิจารณาเบื้องต้นยืนยันคำกล่าวหา คดีจะมาถึงองค์คณะตุลา การพิจารณา ซึ่งจะต้องมั่นใจว่าบุคคลนั้นเข้าใจถึงข้อกล่าวหา และให้โอกาสจำเลยแตกต่างว่าตน บริสุทธิ์หรือรับสารภาพผิด⁵⁰ หากจำเลยสารภาพผิดองค์คณะตุลาการพิจารณาต้องทบทวน พยานหลักฐานเพื่อให้มั่นใจว่าเพียงพอที่จะสนับสนุนการสารภาพนั้น หากองค์คณะตุลาการ พิจารณาไม่พอใจถึงพยานหลักฐาน จะดำเนินคดีต่อไปโดยไม่ถือว่ามีสารภาพผิด⁵¹ ซึ่งเป็นการ พิจารณาจนกว่าจะมีหลักฐานยืนยันถึงการกระทำผิดของบุคคลดังกล่าวนั้น แม้ว่าจำเลยจะได้ สารภาพ แต่องค์คณะตุลาการก็ยังคงพิจารณาให้มีพยานหลักฐานเพียงพอที่จะเชื่อได้ว่าบุคคล นั้นกระทำความผิดจริง เพื่อให้ได้ตัวผู้กระทำความผิดที่แท้จริงมาลงโทษ

สิทธิระหว่างการสืบสวนสอบสวน

ในระหว่างการสืบสวนสอบสวนมีมาตรการคุ้มครองที่สำคัญที่ได้กำหนดไว้ให้แก่บุคคลที่ถูก สืบสวนสอบสวน โดยที่บุคคลนั้นจะไม่ถูกบังคับให้ให้การเป็นพยานแก่ตนเอง หรือถูกบังคับให้ สารภาพผิด ต้องไม่ตกอยู่ภายใต้การบีบบังคับคุกคามใดๆ นอกจากนั้นหลังจากได้รับแจ้งข้อ

⁴⁷ Article 66 of Rome Statute of International Criminal Court.

⁴⁸ Ibid., Art. 61.

⁴⁹ Ibid., Art 61(6).

⁵⁰ Ibid., Art. 64(8).

⁵¹ Ibid., Art. 65.

กล่าวหาแล้ว บุคคลดังกล่าวมีสิทธิที่จะไม่ให้การใดๆ โดยการไม่ให้การนั้นจะไม่นำมาพิจารณาในการวินิจฉัยความผิดหรือบริสุทธิ์⁵²

สิทธิที่จะเผชิญหน้าพยาน

ธรรมนูญกรุงโรมกำหนดว่าจำเลยจะได้รับสิทธิที่จะซักถามพยานของอีกฝ่ายหนึ่งด้วยตนเอง อยู่ต่อหน้าและซักถามพยานของตนได้⁵³ ซึ่งจะมีข้อยกเว้นการเผชิญหน้าดังกล่าวในกรณีซึ่งอาชญากรรมนั้นเกี่ยวข้องกับความรุนแรงทางเพศ หรือความรุนแรงกับเด็ก⁵⁴ อันเป็นกระบวนการคุ้มครองผู้เสียหาย และพยาน โดยกระบวนการนี้รวมถึงการให้การสดโดยวิธีแพร่ภาพและเสียง ซึ่งเทคโนโลยีนี้อนุญาตให้ใช้ขณะที่พยานนั้นให้การ ถูกล้อการและองค์คณะตุลาการพิจารณาซักถาม และการใช้วิธีการอื่นที่จะเปิดเผยข้อเท็จจริง และให้ความปลอดภัยทั้งทางร่างกายและจิตใจ คักดีศรีและความเป็นส่วนตัวของพยาน⁵⁵ อันเป็นมาตรการคุ้มครองพยานและผู้เสียหายในการดำเนินคดีอาญา การใช้โทรทัศน์วงจรปิดอาจนำมาใช้ในการปกป้องพยานเด็กที่อาจจะได้รับความกระทบกระเทือนทางจิตใจที่จะต้องเผชิญหน้ากับจำเลย ซึ่งการดำเนินการใช้มาตรการความคุ้มครองต่างๆที่จะออกโดยศาลอาญาระหว่างประเทศนั้น เมื่อพิจารณาถึงพฤติการณ์ที่เกี่ยวข้องแล้ว การใช้มาตรการดังกล่าวจะต้องไม่เป็นผลเสีย หรือไม่สอดคล้องกับสิทธิของผู้ถูกกล่าวหา และไม่กระทบต่อการพิจารณาคดีที่เป็นธรรม และเป็นกลาง

สิทธิที่จะไม่ถูกพิจารณาคดีสองโทษซ้ำ

ผู้ถูกกล่าวหาสามารถคัดค้านเขตอำนาจศาลหรือการรับคดีไว้พิจารณาจากการที่บุคคลนั้นกำลังอยู่ระหว่างการสืบสวนสอบสวนคดีอยู่ หรือถูกพิจารณาคดีไปแล้ว ตามข้อ 19(2) โดยธรรมนูญกรุงโรมยืนยันว่าปัจเจกชนจะได้รับสิทธิตามกฎหมายทั่วไปในการที่จะไม่ถูกพิจารณาคดีซ้ำ (ne bis in idem) ซึ่งเป็นหลักการพื้นฐานของสิทธิและการประกันความคุ้มครองของผู้ต้องสงสัย หรือผู้ถูกกล่าวหาตามหลักกฎหมายทั่วไป โดยห้ามมิให้ศาลอาญาระหว่างประเทศดำเนินคดีกับบุคคลผู้ถูกดำเนินคดี และถูกตัดสินว่ามีความผิด หรือถูกพิจารณาให้พ้นโทษโดยศาล

⁵² Ibid., Art. 55.

⁵³ Ibid., Art. 67(1)(e).

⁵⁴ Ibid., Art. 68.

⁵⁵ Jennifer Elsea, International Criminal Court : Overview and Selected Legal

อื่น เว้นแต่การดำเนินคดีนั้นมิขึ้นเพื่อปกป้องบุคคลจากความรับผิดทางอาญา และดำเนินการในลักษณะที่ขัดกับเจตนาที่จะนำบุคคลนั้นมาสู่ความยุติธรรม⁵⁶ หากศาลอาญาระหว่างประเทศต้องการให้ส่งมอบตัวบุคคลดังกล่าว บุคคลนั้นสามารถคัดค้านต่อศาลภายในตามหลักการไม่พิจารณาโทษซ้ำในการกระทำเดียวกันได้⁵⁷ ดังนั้นจุดที่อันตรายของการที่ศาลอาญาระหว่างประเทศจะดำเนินคดีกับบุคคลที่ถูกพิจารณาคดีแล้วโดยศาลของรัฐนั้นจะขึ้นอยู่กับการคล้อยตามคำพิพากษาของศาลภายใน ซึ่งข้อกำหนดนี้ผูกพันถึงรัฐที่ไม่เป็นภาคีด้วย อย่างไรก็ตามผู้ที่ถูกดำเนินคดีโดยศาลอาญาระหว่างประเทศก็เป็นได้ที่จะถูกดำเนินคดีโดยศาลของรัฐที่ไม่เป็นภาคีหรือรัฐที่เป็นภาคีอีก หากรัฐนั้นได้มาซึ่งการกระทำเดียวกันแต่ต่างฐานความผิด⁵⁸

สิทธิที่จะมีอิสระจากการค้น และจับกุมโดยไม่มีเหตุผล

แม้ว่าธรรมนูญกรุงโรมจะไม่ได้กำหนดการอ้างอิงถึงสิทธิที่จะเป็นอิสระจากการค้นและการจับกุมโดยไม่มีเหตุผลไว้อย่างชัดเจน แต่ได้กำหนดเป็นกฎเกณฑ์แยกเอาไว้เพื่อป้องกันความเสียหายของพยานจากการละเมิดสิทธิมนุษยชนที่เป็นที่ยอมรับในทางระหว่างประเทศ โดยที่ศาลอาญาระหว่างประเทศจะไม่ปรับใช้กฎหมายภายใน เพื่อพิจารณายอมรับพยานหลักฐาน เว้นแต่หลักการเหล่านี้ไม่สอดคล้องกับธรรมนูญกรุงโรม สนธิสัญญา หลักการและกฎเกณฑ์ของกฎหมายระหว่างประเทศ⁵⁹ ผลที่ตามมาคือผู้ถูกกล่าวหาได้รับความคุ้มครองจากการค้นและจับกุมที่ไม่มีเหตุผล ซึ่งขยายมาตามกฎหมายระหว่างประเทศที่ห้ามมิให้ทำเช่นนั้น สิทธิในการเป็นส่วนตัวจากการก้าวก้าวนี้ได้รับการคุ้มครองตามเอกสารระหว่างประเทศและสนธิสัญญาหลายฉบับ รวมถึง Universal Declaration of Human Rights (UDHR) และ the International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR) ซึ่งเอกสารทั้งสองนี้ได้รับการให้สัตยาบันโดยประเทศที่เข้าร่วมในการประชุมผู้แทนทางการทูตเพื่อจัดตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศส่วนมาก

อย่างไรก็ดีศาลอาญาระหว่างประเทศไม่จำเป็นที่จะคำนึงถึงความจำเป็นของหมายค้น เพราะพยานหลักฐานจะถูกเก็บโดยรัฐ หรือโดยความร่วมมือของรัฐในการบังคับใช้กฎหมาย การ

⁵⁶ Article 20 of Rome Statute of International Criminal Court.

⁵⁷ Ibid., Art. 89.

⁵⁸ Jennifer Elsea, International Criminal Court : Overview and Selected Legal Issues, p. 42.

⁵⁹ Article 21 of Rome Statute of International Criminal Court.

สืบสวนสอบสวนอาจจะพบว่าขึ้นอยู่กับกฎหมายภายในมากกว่าการดำเนินคดีตามบรรทัดฐานในทางระหว่างประเทศเพื่อเป็นแนวทางในการสืบสวนสอบสวน ซึ่งมันอาจจะเกิดจากทางปฏิบัติของศาลของรัฐว่ากฎหมายภายในมีน้ำหนักมากกว่าธรรมนูญกรุงโรม อย่างไรก็ตามในเรื่องความเสียหายของพยานหลักฐานนั้นยังคงต้องรอดูการพัฒนาในทางปฏิบัติในเรื่องดังกล่าวของศาลอาญาระหว่างประเทศที่จะขยายกฎเกณฑ์ของศาลมาปรับใช้ต่อพยานหลักฐานที่ได้มาจากการจับกุมโดยมิชอบนั้นต่อไป⁶⁰

สิทธิที่จะได้รับความช่วยเหลืออย่างมีประสิทธิภาพจากทนายความ

ข้อ 67 แห่งธรรมนูญกรุงโรมกำหนดว่าจำเลยมีสิทธิที่จะมีทนายความ ซึ่งหากจำเลยไม่มีทนายความศาลจะแต่งตั้งให้เพื่อประโยชน์แห่งความยุติธรรม และไม่ต้องจ่ายค่าตอบแทนหากจำเลยนั้นไม่สามารถจ่ายได้ ซึ่งทนายจำเลยนี้จะต้องเป็นผู้ที่มีคุณสมบัติดีครบถ้วนตามบรรทัดฐานที่กำหนด โดยนายทะเบียนเป็นผู้มีหน้าที่จัดให้มีความช่วยเหลือที่เหมาะสมแก่จำเลย และจำเลยมีสิทธิที่จะสื่อสารกับทนายความที่จำเลยเลือกอย่างอิสระ และการสื่อสารนี้ไม่ต้องเปิดเผยในการดำเนินคดี⁶¹

สิทธิที่จะได้รับการดำเนินคดีอย่างรวดเร็ว และเปิดเผยต่อสาธารณะ

จำเลยมีสิทธิที่จะถูกดำเนินคดีโดยปราศจากความล่าช้าและเป็นธรรมโดยต้องเคารพสิทธิของจำเลยอย่างสมบูรณ์ และคำนึงถึงการคุ้มครองพยานหลักฐาน และดำเนินคดีโดยวิธีพิจารณาที่เปิดเผย⁶² การดำเนินคดีที่ล่าช้าจะส่งผลกระทบต่อความยุติธรรม

สิทธิในการอุทธรณ์

การอุทธรณ์ในกระบวนการของศาลอาญาระหว่างประเทศมี 2 กรณี คือการอุทธรณ์คำตัดสินอื่น⁶³ และการทบทวนคำพิพากษา⁶⁴

⁶⁰ Jennifer Elsea, International Criminal Court: Overview and Selected Legal Issues, pp. 43-44.

⁶¹ Ibid., p. 45.

⁶² Article 64(2),67(1) of Rome Statute of International Criminal Court.

⁶³ Ibid., Art. 82.

⁶⁴ Ibid., Art. 84.

ในการอุทธรณ์คำตัดสินวินิจัยนั้น คู่ความฝ่ายหนึ่งอาจอุทธรณ์คำตัดสินเกี่ยวกับเขตอำนาจศาลหรือการรับคดีไว้พิจารณา , คำตัดสินอนุญาตหรือปฏิเสธการปล่อยตัวบุคคลที่กำลังถูกสอบสวนหรือดำเนินคดี , คำตัดสินขององค์คณะตุลาการพิจารณาเบื้องต้นที่กระทำโดยความริเริ่มของตนเอง , คำตัดสินที่อาจมีผลกระทบกับการดำเนินกระบวนการพิจารณา ซึ่งอุทธรณ์นี้อยู่บนหลักของกระบวนการที่ผิดพลาด ข้อเท็จจริงหรือข้อกฎหมายที่ผิดพลาด หรือการไม่ได้สัดส่วนของอาชญากรรมและคำพิพากษา

อีกกรณีหนึ่งคือการขอให้องค์คณะตุลาการอุทธรณ์ทบทวนคำพิพากษาโดยผู้ถูกกล่าวหาหรือทนาย ซึ่งอาจอุทธรณ์ในเวลาใดก็ได้เมื่อมีพยานหลักฐานใหม่ หรือข้อมูลซึ่งทำให้เกิดความผิดพลาดนั้น หรือผู้พิพากษาหรืออัยการประพฤติมิชอบใดๆ

สิทธิที่จะเป็นอิสระจากการกักขังตามอำเภอใจ หรือไม่แน่นอน

มาตรการปกป้องปัจเจกชนจากการจับกุมและการกักขังบุคคลตามอำเภอใจของธรรมนูญกรุงโรมบัญญัติไว้ในข้อ 55 (1)(b),(1)(d) รวมถึงข้อกำหนดการปล่อยตัวผู้ถูกกล่าวหาก่อนการดำเนินคดี ในข้อ 59(3),60(2) เพราะว่าศาลอาญาระหว่างประเทศไม่มีการดำเนินการบังคับด้วยตนเอง แต่ขึ้นอยู่กับรัฐต่างๆที่จะจัดให้มีการจับกุมและกักขังผู้ถูกกล่าวหา โดยใช้กำลังตำรวจของรัฐ ดังนั้นกระบวนการหลายอย่างจึงขึ้นอยู่กับความร่วมมือของรัฐที่ควบคุมตัว

เงื่อนไขการปกป้องดังกล่าวได้แก่ การที่อัยการจะต้องได้มาซึ่งหมายจับหรือหมายเรียกจากองค์คณะตุลาการพิจารณาเบื้องต้น เพื่อเรียกให้บุคคลนั้นมาปรากฏตัวในศาล⁶⁵ โดยในหมายจับหรือหมายเรียกนั้นต้องมีการระบุรายละเอียดตามที่ธรรมนูญกรุงโรมกำหนด ได้แก่ การระบุตัวบุคคลและอาชญากรรมที่ถูกกล่าวหา ข้อเท็จจริงโดยย่อ เป็นต้น และต้องมีการทำสำเนาหมายดังกล่าวให้ผู้ถูกกล่าวหาในภาษาที่บุคคลนั้นเข้าใจด้วย

สิทธิที่จะได้รับค่าชดเชย

ธรรมนูญกรุงโรมมีกำหนดเกี่ยวกับการชดใช้ 2 กรณี คือ

1. การชดใช้ให้แก่ผู้เสียหาย ใช้ค่าสินไหมทดแทนและการฟื้นฟูสภาพ⁶⁶ และ
2. การชดใช้ค่าสินไหมให้แก่ผู้ที่เสียหายจากการจับกุมหรือควบคุมตัวที่ไม่ชอบด้วย

กฎหมาย และบุคคลที่ต้องคำพิพากษาถึงที่สุดว่ามีความผิด และภายหลังมีการกลับคำพิพากษา

⁶⁵ Ibid., Art. 58.

⁶⁶ Ibid., Art. 75.

หากพบว่าข้อเท็จจริงใหม่ที่ทำให้เกิดความเสื่อมเสียความยุติธรรมบุคคลดังกล่าวจะมีสิทธิได้รับค่าสินไหมทดแทนตามกฎหมาย⁶⁷ การชดใช้แก่ผู้เสียหายนั้นจะใช้เงินจากกองทุนที่สมัชชาภาคีตั้งขึ้นโดยเงินที่ได้มานี้มาจากการชำระเงินอุดหนุนของรัฐภาคี การให้เงินอุดหนุนจากรัฐที่ไม่เป็นภาคีหรือองค์กรอื่น ทรัพย์สินที่ได้จากการปรับ และริบทรัพย์สินด้วย

หน้าที่ของปัจเจกชนตามธรรมนูญกรุงโรม

ธรรมนูญกรุงโรมบัญญัติว่า จำเลยต้องปรากฏตัวในระหว่างการพิจารณาคดี⁶⁸ องค์กรคณะตุลาการพิจารณาคดีอาจสั่งให้จำเลยย้ายจากห้องที่พิจารณาได้ในช่วงเวลาที่จำเป็นในกรณีที่ผู้นั้นยังคงก่อความวุ่นวายต่อการพิจารณาคดี และอาจกำหนดให้จำเลยและทนายความติดตามการดำเนินคดีจากนอกห้องพิจารณาคดีนั้นโดยผ่านเทคโนโลยีสื่อสาร⁶⁹ ซึ่งเป็นข้อกำหนดของธรรมนูญกรุงโรมที่จะไม่มีการพิจารณาลับหลังจำเลย แต่หากการปรากฏตัวของจำเลยส่งผลกระทบต่อพิจารณาคดี อันอาจเกิดทำให้เกิดความล่าช้า หรือมีผลกระทบต่อพยานที่ปรากฏต่อศาล ก็อาจมีความจำเป็นที่จะต้องให้จำเลยติดตามการพิจารณาคดีนอกห้องพิจารณา

บุคคลที่มาปรากฏตัวต่อศาลมีหน้าที่ที่จะปฏิบัติตามระเบียบ ไม่ขัดขวางกระบวนการพิจารณาคดี โดยหากบุคคลนั้นประพฤติมิชอบต่อศาล ศาลอาจมีมาตรการลงโทษ เช่น การให้ออกจากห้องพิจารณา ปรับ หรืออื่นๆ⁷⁰ โดยที่ข้อกำหนดนี้มีผลบังคับต่อทุกคนที่มาปรากฏตัวต่อหน้าศาล ไม่เฉพาะแต่จำเลย ผู้ถูกกล่าวหาเท่านั้น

ในฐานะพยาน พยานจะต้องสาบานตนว่าจะเบิกความตามความจริง⁷¹ ต้องเบิกความด้วยตนเองเว้นแต่มีมาตรการเพื่อคุ้มครองความปลอดภัย สวัสดิภาพและความเป็นส่วนตัวของพยานแล้ว อาจมีการดำเนินการเบิกความด้วยวิธีอื่น เช่น การเบิกความผ่านอุปกรณ์ต่างๆ พยานจะต้องให้ความร่วมมือในการมาเบิกความต่อศาล โดยให้ข้อมูลที่เป็นประโยชน์แก่อัยการ ซึ่งจะเป็นหนทางหนึ่งที่จะช่วยหยุดยั้งการประกอบอาชญากรรม และตัวผู้กระทำความผิดมาลงโทษ ซึ่งคำให้การของพยานจะมีผลอย่างมากในการพิจารณาคดีของศาลอาญาระหว่างประเทศ

⁶⁷ Ibid., Art. 85.

⁶⁸ Ibid., Art. 63,67(1)(d)

⁶⁹ Ibid., Art. 63(2).

⁷⁰ Ibid., Art. 71.

⁷¹ Ibid., Art. 69.

สิทธิ หน้าที่ต่างๆที่กำหนดในธรรมนูญกรุงโรมนี้จะทำให้มั่นใจว่าปัจเจกชนจะได้รับความยุติธรรมในการดำเนินคดี และประกันถึงสิทธิตามหลักสิทธิมนุษยชนอันจะทำให้บุคคลที่เกี่ยวข้องกับศาลอาญาระหว่างประเทศในฐานะต่างๆได้รับความคุ้มครองมากที่สุด ไม่ว่าจะเพื่อความปลอดภัย สวัสดิภาพ ความเป็นส่วนตัวของบุคคลดังกล่าว

4.5 ผลกระทบของธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศต่อคนชาติรัฐที่ไม่เป็นภาคี

ดังที่ได้กล่าวมาแล้วว่าศาลอาญาระหว่างประเทศมีเขตอำนาจครอบคลุมปัจเจกชนผู้กระทำอาชญากรรมหลัก โดยหากผู้นั้นเป็นผู้มีสัญชาติของรัฐภาคี หรือได้กระทำความผิดในดินแดนของรัฐภาคีก็อาจตกอยู่ภายใต้เขตอำนาจศาลอาญาระหว่างประเทศได้ แต่ในกรณีของคนชาติรัฐที่ไม่เป็นภาคีนั้นอาจพิจารณาได้ในกรณีที่ผู้กระทำความผิดนั้นกระทำความผิดอาชญากรรมที่อยู่ในเขตอำนาจศาลในดินแดนรัฐภาคี และรัฐดินแดนที่เป็นภาคีนั้นเสนอคดีสู่ศาล หรือแม้แต่กรณีที่คนชาติรัฐที่ไม่เป็นภาคีนั้นกระทำความผิดในดินแดนรัฐที่ไม่เป็นภาคีไม่ว่าจะเป็นในรัฐตนเองหรือในรัฐที่ไม่เป็นภาคีอื่น คนชาติผู้กระทำความผิดนี้ก็อาจตกอยู่ภายใต้เขตอำนาจศาลอาญาระหว่างประเทศได้ในกรณีที่คณะมนตรีความมั่นคงเสนอสถานการณ์สู่ศาล ทั้งนี้โดยไม่ต้องได้รับความยินยอมจากรัฐที่ไม่เป็นภาคีซึ่งบุคคลนั้นถือสัญชาติอยู่ด้วย โดยที่ศาลจะใช้เขตอำนาจได้ตามหลักการเสริมเขตอำนาจ (complementarity) ดังที่ได้กล่าวมาแล้ว ดังนั้นคนชาติของรัฐที่ไม่เป็นภาคีจึงต้องได้รับผลกระทบจากธรรมนูญกรุงโรมได้โดยตรงจากการใช้เขตอำนาจของศาลอาญาระหว่างประเทศอันนำมาซึ่งสิทธิ หน้าที่ต่างๆต่อบุคคลดังกล่าว

และจากการที่ธรรมนูญมีผลบังคับใช้ยังทำให้คนชาติของรัฐที่ไม่เป็นภาคีนั้นได้รับผลกระทบทางอ้อมจากการที่รัฐนั้นเผยแพร่ความรู้ความเข้าใจเกี่ยวกับศาลอาญาระหว่างประเทศซึ่งคนชาติรัฐที่ไม่เป็นภาคีนี้ก็จำเป็นต้องมีความรู้เกี่ยวกับกฎหมายมนุษยธรรมและสิทธิมนุษยชน และอะไรคืออาการกระทำอาชญากรรมร้ายแรง เพื่อป้องกันมิให้คนชาติรัฐต้องตกเป็นจำเลยในศาลอาญาระหว่างประเทศ อันเป็นการป้องปรามการเกิดอาชญากรรมระหว่างประเทศ อีกทั้งยังเป็นการปลูกจิตสำนึกที่ดีเกี่ยวกับเรื่องสิทธิมนุษยชนให้แก่บุคคลต่างๆ อันจะเป็นประโยชน์แก่บุคคลเหล่านี้ และที่สำคัญที่สุดคือถึงแม้บุคคลนั้นจะเป็นคนชาติรัฐที่ไม่เป็นภาคี แต่ก็ยังคงได้รับความคุ้มครองสิทธิมนุษยชนจากการกระทำอันรุนแรง โดยการให้เขตอำนาจศาลอาญาระหว่างประเทศในอันที่จะนำตัวผู้กระทำความผิดมาลงโทษเพื่อมิให้คนผิดลอยนวล ซึ่งจะเป็นการป้องปรามมิให้การกระทำอาชญากรรม และหยุดยั้งความขัดแย้งที่รุนแรงซึ่งจะเป็นประโยชน์กับปัจเจกชนซึ่งอยู่

ในฐานะเหยื่อผู้ถูกระทำ และหากตกเป็นผู้เสียหายก็ยังสามารถขอชดเชย เยียวยาจากการดำเนินกรของศาลอาญาระหว่างประเทศ

4.6 ผลกระทบของธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศที่มีต่อปัจเจกชนที่อยู่ในประเทศไทยและต่อคนไทย

ประเทศไทยเป็นรัฐหนึ่งที่เข้าร่วมลงนามในธรรมนูญฉบับดังกล่าวแต่ยังไม่มีการให้สัตยาบัน ประเทศไทยจึงมีสถานะเป็นรัฐที่ไม่เป็นภาคีธรรมนูญ ดังนั้นปัจเจกชนผู้ประกอบอาชญากรรมทั้งที่เป็นคนไทย หรือคนชาติอื่นที่อยู่ในประเทศไทยก็อาจได้รับผลกระทบบางประการด้วย

จากการที่ธรรมนูญกรุงโรมกำหนดเขตอำนาจให้ครอบคลุมปัจเจกชนทุกคนได้นั้น คนไทยในฐานะคนชาติรัฐที่ไม่เป็นภาคีก็อาจได้รับผลกระทบจากบทบัญญัติของธรรมนูญได้ เช่น กรณีที่คนไทยอาจตกอยู่ภายใต้เขตอำนาจศาลอาญาระหว่างประเทศได้จากการที่รัฐภาคีซึ่งเป็นรัฐดินแดนที่เกิดอาชญากรรมขึ้นเสนอคดีต่อศาล หรือกรณีที่อัยการศาลริเริ่มสืบสวนสอบสวนจากข้อมูลที่ได้รับ หรือกรณีที่คณะมนตรีความมั่นคงแห่งสหประชาชาติใช้อำนาจตามหมวด 7 แห่งกฎบัตรสหประชาชาติเสนอสถานการณ์ต่อศาลอาญาระหว่างประเทศ ธรรมนูญกรุงโรมนอกจากจะส่งผลกระทบจากกรณีที่คนไทยเป็นผู้กระทำผิดแล้ว ยังอาจกระทบในกรณีที่จะต้องเกี่ยวข้องกับศาลอาญาระหว่างประเทศในกรณีอื่น เช่น การเป็นพยาน หรือกรณีที่เป็ผู้เสียหายจากการกระทำซึ่งจะมีสิทธิ และได้รับความคุ้มครองดังที่ได้กล่าวมาแล้วในหัวข้อที่ 4.4 และเนื่องจากว่าธรรมนูญกำหนดถึงบุคคลที่ผู้ที่จะตกอยู่ในเขตอำนาจศาลนั้นครอบคลุมถึงประมุขของรัฐ เจ้าหน้าที่ของรัฐ ผู้บังคับบัญชา รวมถึงผู้ที่อยู่ใต้บังคับด้วย ซึ่งกรณีนี้เป็นประเด็นอันเป็นที่กังวลอย่างมากว่าหากประเทศไทยเข้าร่วมเป็นภาคีธรรมนูญแล้ว บุคคลดังกล่าวจะอยู่ภายใต้การใช้เขตอำนาจของศาลอาญาระหว่างประเทศด้วยหรือไม่

4.6.1 ผลกระทบของธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศต่อพระมหากษัตริย์ในฐานะประมุขของรัฐ

ประมุขของรัฐเป็นผู้แทนสูงสุดของรัฐในการที่จะติดต่อสัมพันธ์กับประเทศอื่นๆ ซึ่ง จะได้รับการต้อนรับและการรับรองตามเกียรติศักดิ์ของตนจากรัฐอื่น โดยที่ประมุขนั้นย่อมได้รับเอกสิทธิ์และความคุ้มกันในดินแดนของอีกรัฐที่จะไม่ถูกตำรวจท้องถิ่นจับกุม และไม่ต้องอยู่ในเขต

อำนาจศาลของรัฐเจ้าของท้องถิ่น⁷² ซึ่งเป็นการแสดงให้เห็นว่าประมุขของรัฐนั้นอยู่ในฐานะที่ได้รับ ความคุ้มครองแม้ว่าจะอยู่นอกประเทศของตน ทั้งนี้ประมุขของรัฐนี้อาจเป็นได้ทั้ง ประมุขที่เป็น พระมหากษัตริย์ ไม่ว่าจะเรียกจักรพรรดิ หรือเจ้าชาย ซึ่งการเรียกนี้จะแตกต่างกันไปตามคตินิยม และความเป็นมาของแต่ละชาติ และประมุขในฐานะเป็นประธานาธิบดี ดังเช่นประเทศ สหรัฐอเมริกา

ประมุขของรัฐเป็นบุคคลที่ได้รับการยกเว้นตามกฎหมายรัฐธรรมนูญ โดยใน ประเทศที่มีพระมหากษัตริย์เป็นประมุขของรัฐนั้น พระมหากษัตริย์เป็นผู้ซึ่งประชาชนจะกล่าวหา หรือฟ้องร้องไม่ได้ ไม่ว่าจะเป็นการฟ้องร้องในคดีแพ่งหรืออาญา ฐานะดังกล่าวนี้เกิดจากหลักการ ที่ว่า “กษัตริย์ทรงกระทำผิดมิได้” (The King can do no wrong) ซึ่งเป็นหลักการที่ยึดถือต่อ เนื่องมาจากการปกครองระบอบสมบูรณาญาสิทธิราช ส่วนประเทศที่มีประมุขเป็นประธานาธิบดี ประธานาธิบดีมีฐานะไม่ต้องรับผิดชอบในการปฏิบัติหน้าที่เช่นเดียวกับกษัตริย์แต่อาจถูกกล่าวหา หรือฟ้องร้องว่ากระทำความผิดอาญาบางความผิดได้⁷³

ส่วนการยกเว้นตามกฎหมายระหว่างประเทศนั้น ประมุขของรัฐต่างประเทศหรือ หัวหน้ารัฐบาลต่างประเทศ มีสิทธิพิเศษโดยกฎหมายระหว่างประเทศ ซึ่งได้มาจากตำแหน่งที่ดำรง อยู่ เป็นการได้ฐานะผ่านทางรัฐ เนื่องจากรัฐมีเกียรติศักดิ์ (right of dignity) ซึ่งทำให้ประมุขของรัฐ หรือหัวหน้ารัฐบาลตัวแทนของรัฐได้อยู่ในสถานะพิเศษไปด้วย กรณีที่ประมุขเป็นกษัตริย์ กฎหมาย ระหว่างประเทศถือว่ากษัตริย์เป็นอธิปัตย์ ไม่ว่าจะตามกฎหมายภายในแต่ละองค์จะมีอำนาจมาก น้อยกว่ากันอย่างไร รัฐอื่นจะต้องให้เกียรติในการติดต่อ และกษัตริย์ย่อมได้สิทธิละเมิดมิได้ (inviolability) โดยได้รับการป้องกันความปลอดภัยเป็นพิเศษ รวมทั้งได้สิทธิสภาพนอกอาณาเขต ดังนั้นจึงย่อมไม่ถูกดำเนินคดีในรัฐที่เข้าไปอยู่⁷⁴

⁷² ภาสกร ชุนอุไร, “เอกสิทธิ์และความคุ้มครองของประมุขของรัฐ,” ใน หนังสือรวมบทความทางวิชาการเพื่อเป็นอนุสรณ์แด่ ศาสตราจารย์ไพโรจน์ ชัยนาม (กรุงเทพมหานคร: วิทยุชน, 2538): 359.

⁷³ สุวานิต มั่นสุข, กฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีอาญา (กรุงเทพมหานคร: คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย), หน้า 42-43. (อัคราเนนา)

⁷⁴ เรื่องเดียวกัน, หน้า 45.

ประเทศไทยนั้นเป็นประเทศที่ปกครองโดยระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์เป็นประมุข ในปีพ.ศ.2475 เป็นช่วงที่มีการเปลี่ยนแปลงการปกครองจากระบบสมบูรณาญาสิทธิราชย์มาเป็นการปกครองตามรูปแบบรัฐธรรมนูญ โดยมีพระมหากษัตริย์อยู่ภายใต้รัฐธรรมนูญ (Constitutional Monarchy) และได้มีการประกาศใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรสยาม พ.ศ.2475 อันเป็นรัฐธรรมนูญฉบับแรกในวันที่ 10 ธันวาคม พ.ศ.2475 นั้นเอง⁷⁵

ที่ผ่านมารัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยทุกฉบับได้บัญญัติถึงสถานะของพระมหากษัตริย์และพระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ไว้รวมถึงรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2540 ด้วย กล่าวคือ องค์พระมหากษัตริย์ดำรงอยู่ในฐานะอันเป็นที่เคารพสักการะ ผู้ใดจะละเมิดมิได้ ผู้ใดจะกล่าวหาหรือฟ้องร้องพระมหากษัตริย์ในทางใดๆมิได้⁷⁶ โดยทรงเป็นจอมทัพไทย และเป็นอัครศาสนูปถัมภก⁷⁷ ดังนั้นพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขของประเทศผู้ใดจะล่วงละเมิดมิได้ โดยพระองค์จะทรงใช้พระราชอำนาจใดๆผ่านทางนิติบัญญัติ ทางบริหาร ทางตุลาการ ตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ⁷⁸

ดังนั้นพระราชสถานะของพระมหากษัตริย์ไทยตามกฎหมายรัฐธรรมนูญมี 5 พระราชสถานะ คือ

1. ทรงเป็นพระประมุข จากประวัติศาสตร์การเมืองการปกครอง ประเทศไทยนั้นมีพระมหากษัตริย์เป็นประมุขของรัฐต่อเนื่องมาโดยตลอดนับแต่โบราณจนถึงปัจจุบัน พระราชสถานะที่สำคัญเช่นนี้ได้เกิดจากบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญเท่านั้น แต่เกิดจากขนบธรรมเนียมประเพณีของคนไทยมาแต่ดั้งเดิม และ รัฐธรรมนูญ พ.ศ.2540 ก็ได้บัญญัติรับรองไว้ในมาตรา 2 ว่า “ประเทศไทยมีการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็น

⁷⁵ เจษฎา พรไชยา, พระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ของประเทศไทยกับประเทศอังกฤษ (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2548), หน้า 74-76.

⁷⁶ มาตรา 8 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540

⁷⁷ มาตรา 9,10 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540

⁷⁸ ประมวล รุจนเสรี, พระราชอำนาจ (กรุงเทพมหานคร: สุเมธ รุจนเสรี, 2548), หน้า 44-45.

ประมุข” ซึ่งเป็นการประกาศระบอบการปกครองของประเทศ และยืนยันที่จะให้พระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขของประเทศ⁷⁹

2. ทรงเป็นที่เคารพสักการะของคนไทยทั้งชาติ จึงทรงเป็นศูนย์รวมแห่งจิตใจของคนไทย ทรงเป็นเครื่องยึดเหนี่ยวเป็นศูนย์รวมของความภาคภูมิใจและความมั่นใจในประเทศชาติ และที่สำคัญที่สุดคือเป็นศูนย์รวมแห่งความสามัคคี⁸⁰ ทั้งนี้เป็นผลสืบเนื่องมาจากอดีตที่คนไทยมีความจงรักภักดีต่อพระมหากษัตริย์ เลื่อมใสศรัทธาในพระราชสถานะ และพระราชกรณียกิจต่างๆ

3. อยู่ในสถานะมิถูกละเมิด รัฐธรรมนูญของไทยทุกฉบับจะบัญญัติไว้ว่าบุคคลใดจะละเมิดพระมหากษัตริย์มิได้ หรือแม้แต่จะฟ้องร้องพระมหากษัตริย์ในทางใดๆก็มิได้ ซึ่งการที่พระมหากษัตริย์จะทรงถูกละเมิดมิได้นั้นมี 2 นัย คือ⁸¹

ก) การละเมิดต่อพระวรกาย เช่นการแตะต้องพระวรกาย การจับกุมองค์พระมหากษัตริย์ การประทุษร้ายต่อองค์พระมหากษัตริย์ หรือการดูหมิ่นดูแคลนองค์พระมหากษัตริย์ ไม่ว่าจะด้วยกาย วาจา จากบุคคล กลุ่มบุคคล องค์กร หรือหน่วยงานใดๆ ไม่ว่าจะได้กระทำในทางรัฐธรรมนูญ ทางอาญา ทางแพ่ง หรือทางการเมืองอย่างอื่นก็ตาม ผู้ละเมิดนั้นอาจได้รับโทษทางอาญาในฐานต่างๆได้⁸²

ข) ด้วยพระราชสถานะที่ทรงอยู่เหนือการเมือง ไม่ทรงฝักใฝ่ทางการเมืองหรือพรรคการเมืองใดๆ ทรงวางตัวเป็นกลาง ไม่ทรงกระทำการใดทางการเมืองด้วยพระองค์เองแม้แต่การใช้อำนาจอธิปไตยอันเป็นอำนาจทางการเมืองสูงสุดที่ทรงใช้อำนาจนิติบัญญัติทางรัฐสภา อำนาจบริหารทางคณะรัฐมนตรี และอำนาจตุลาการทางศาล จะเกิดความผิดพลาดใดๆขึ้น ก็มิได้ถือว่าทรงกระทำผิด ผู้รับผิดชอบคือ บุคคลที่ลงนามรับสนองพระบรมราช

⁷⁹ เจษฎา พรไชยา, พระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ของประเทศไทยกับประเทศอังกฤษ, หน้า 168.

⁸⁰ ประมวล รุจนเสรี, พระราชอำนาจ, หน้า 58.

⁸¹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 59-60.

⁸² เจษฎา พรไชยา, พระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ของประเทศไทยกับประเทศอังกฤษ, หน้า 170

โองการ พระมหากษัตริย์จึงมีอาจถูกกล่าวหาหรือฟ้องร้องในกรณีใดๆได้⁸³ อันเป็นหลักการที่ยึดถือมาแต่โบราณที่ว่า “พระมหากษัตริย์ทรงกระทำผิดไม่ได้ (The King can do no wrong)” และหลัก “พระมหากษัตริย์ทรงปกเกล้าฯ แต่มิได้ทรงปกครอง (The King reigns but does not rules)” กล่าวคือ ผู้ลงนามรับสนองพระบรมราชโองการในการประกอบพระราชกรณียกิจโดยผ่านองค์กรต่างๆนั้นจะต้องเป็นผู้ที่รับผิดชอบเสมอ ด้วยเหตุนี้จึงไม่มีการใดที่ถือว่าทรงกระทำเองตามหลักการดังกล่าว และจะไม่สามารถกล่าวหาหรือฟ้องร้องพระองค์ทั้งในทางอาญาหรือทางแพ่งมิได้ ซึ่งหลักการในเรื่องนี้กฎหมายระหว่างประเทศก็เป็นที่ยอมรับกันว่าจะฟ้องร้องหรือกล่าวหาประมุขของรัฐในทุกรูปแบบไม่ได้⁸⁴

4. ทรงเป็นพุทธมามกะและทรงเป็นอัครศาสนูปถัมภก ต้องทรงเป็นผู้ที่ทะนุบำรุงและเป็นผู้อุปถัมภ์ศาสนาโดยเฉพาะศาสนาประจำชาติ รวมถึงศาสนาอื่นที่มีอยู่ในประเทศด้วย

5. พระมหากษัตริย์ทรงเป็นจอมทัพไทย เนื่องจากพระราชกรณียกิจของพระมหากษัตริย์ไทยในอดีตที่ต้องสู้รบเพื่อรักษาประเทศให้เป็นปึกแผ่น คุ่มครองเอกราชของชาติ แต่ปัจจุบันสถานการณ์บ้านเมืองเปลี่ยนไป พระราชสถานะของพระมหากษัตริย์ก็เปลี่ยนไป จากพระมหากษัตริย์นักรบ มาเป็นพระมหากษัตริย์อันใกล้ชิด ปกป้องคุ้มครองประชาชนผ่านทางกลไกการเมืองต่างๆ ดังนั้นสถานะดังกล่าวเป็นการถวายเป็นเกียรติตามความเชื่อตามคติโบราณ อันเป็นเรื่องของแบบพิธีเท่านั้น มิได้ทรงใช้พระราชอำนาจในการบังคับบัญชาการทหารด้วยพระองค์เองแต่อย่างใด แต่คำว่า จอมทัพไทยนั้นเป็นยิ่งกว่าผู้บังคับบัญชาสูงสุดของทหารทั้งประเทศ และยังเป็นเสมือนสิ่งศักดิ์สิทธิ์ในดวงใจของทหารทุกคนที่สามารถคุ้มครองปกป้องรักษาให้รอดพ้นและแคล้วคลาดจากภัยอันตรายทั้งปวงอีกด้วย⁸⁵

การใช้พระราชอำนาจผ่านกลไกทางการเมือง ทั้งทางนิติบัญญัติ บริหาร ตุลาการ ไม่ว่าจะเป็นการแต่งตั้งบุคคลเข้าดำรงตำแหน่ง ถอดถอนบุคคลจากตำแหน่ง ตรากฎหมาย ตรา

⁸³ ประมวล รุจนเสรี, พระราชอำนาจ, หน้า 60.

⁸⁴ เจษฎา พรไชยา, พระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ของประเทศไทยกับประเทศอังกฤษ, หน้า 170-171.

⁸⁵ คณิน บุญสุวรรณ, พระมหากษัตริย์กับรัฐธรรมนูญ (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์สุภาพใจ, 2547), หน้า 45.

พระราชกำหนด พระราชกฤษฎีกา เหล่านี้ จะต้องได้รับการเสนอจากหน่วยงานต่างๆ และมีผู้ลงนามรับสนองพระบรมราชโองการเสมอไม่ว่าจะเป็นประธานรัฐสภา องคมนตรี นายกรัฐมนตรี หรือประธานสภาผู้แทนราษฎรตามแต่กรณี นอกจากนี้พระราชอำนาจในการประกาศสงครามเมื่อได้รับความเห็นชอบของรัฐสภาที่บัญญัติไว้ในมาตรา 223 แห่งรัฐธรรมนูญ พ.ศ.2540⁸⁶ เนื่องจากการนำเอาประเทศชาติไปเป็นคู่สงครามหรือไปทำสงครามกับประเทศอื่นนั้น เป็นเรื่องที่มีความสำคัญยิ่ง ดังนั้นรัฐธรรมนูญทุกฉบับจึงได้บัญญัติไว้ให้เป็นพระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ซึ่งทรงเป็นประมุขของประเทศ และยังคงได้รับความเห็นชอบของรัฐสภาควบคู่กันไปด้วยเมื่อได้รับความเห็นชอบของรัฐสภาแล้วจึงนำความกราบบังคมทูลเพื่อทรงมีพระบรมราชโองการให้ประกาศสงครามได้⁸⁷ กรณีนี้ก็เช่นเดียวกันกับการใช้พระราชอำนาจทางด้านอื่นๆ ที่จะต้องมีผู้ลงนามรับสนองพระบรมราชโองการด้วย ซึ่งเป็นประธานของฝ่ายที่ได้มีความเห็นชอบและเสนอแก่พระมหากษัตริย์ทรงวินิจฉัย ซึ่งในกรณีนี้ผู้วิจัยเห็นว่า พระมหากษัตริย์นั้นจะทรงใช้พระราชอำนาจโดยลำพังที่จะวินิจฉัยประกาศสงครามได้โดยทันทีไม่ได้ แต่ตามรัฐธรรมนูญนี้ดูเหมือนว่าพระมหากษัตริย์จะทรงใช้พระราชอำนาจในทางทบทวนและถ่วงดุลอำนาจของฝ่ายบริหารก่อนที่จะประกาศสงคราม

เช่นเดียวกันกับการทำหนังสือสัญญาสันติภาพ สัญญาสงบศึก และสัญญาอื่นกับนานาประเทศ หรือองค์กระหว่างประเทศนั้นเป็นพระราชอำนาจในทางบริหารที่มีมาแต่ดั้งเดิมตามจารีตประเพณี แต่ยังคงบัญญัติในรัฐธรรมนูญ และในทางปฏิบัติพระมหากษัตริย์จะทรงกระทำการไปตามคำแนะนำของคณะรัฐมนตรีที่จะต้องได้รับความเห็นชอบจากรัฐสภา และจะทรงปฏิบัติตามนโยบายต่างประเทศของคณะรัฐมนตรีและมีผู้ลงนามรับสนองพระบรมราชโองการ

⁸⁶ มาตรา 223 แห่งรัฐธรรมนูญ พ.ศ.2540 “พระมหากษัตริย์ทรงไว้ซึ่งพระราชอำนาจในการประกาศสงครามเมื่อได้รับความเห็นชอบของรัฐสภา

มติให้ความเห็นชอบของรัฐสภาต้องมีคะแนนเสียงไม่น้อยกว่าสองในสามของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของทั้งสองสภา

ในระหว่างที่อายุสภาผู้แทนราษฎรสิ้นสุดลงหรือสภาผู้แทนราษฎรถูกยุบ ให้วุฒิสภาทำหน้าที่รัฐสภาในการให้ความเห็นชอบตามวรรคหนึ่ง และการลงมติต้องมีคะแนนเสียงไม่น้อยกว่าสองในสามของจำนวนวุฒิสภาทั้งหมดเท่าที่มีอยู่”.

⁸⁷ คณิน บุญสุวรรณ, พระมหากษัตริย์กับรัฐธรรมนูญ, หน้า 109.

ด้วย ซึ่งผู้รับสนองพระบรมราชโองการนั้นจะต้องเป็นผู้รับผิดชอบแทนพระมหากษัตริย์ในเรื่องที่ได้ลงนามรับสนองพระบรมราชโองการไปแล้วในฐานะของผู้ถวายคำแนะนำ

ประเทศไทยมีการปกครองโดยระบบกษัตริย์มาอย่างยาวนานซึ่งประเทศในแถบเอเชียอีกประเทศหนึ่งที่ยังคงดำรงสถาบันพระมหากษัตริย์ไว้ได้โดยตลอดจนถึงทุกวันนี้ ได้แก่ ประเทศญี่ปุ่น โดยที่ญี่ปุ่นเรียกกษัตริย์ของตนว่า พระจักรพรรดิ โดยที่เมื่อสมัยคริสต์ศตวรรษที่ 19 ประเทศญี่ปุ่นได้รับผลกระทบจากระบอบอาณานิคมจากตะวันตก เมื่อสหรัฐบังคับให้ญี่ปุ่นเปิดประเทศค้าขาย จนเป็นเหตุให้การปกครองในระบบโชกุนสลายตัวไป และนำเอาระบบกษัตริย์หรือจักรพรรดิกลับมาในสมัยเมจิซึ่งสถาบันกษัตริย์กับกองทัพเป็นอันหนึ่งอันเดียวกัน⁸⁸ ต่อมาในค.ศ.1888 ประเทศญี่ปุ่นได้มีการประกาศรัฐธรรมนูญเมจิ (Meiji Constitution) เป็นกฎหมายสูงสุด และศักดิ์สิทธิ์ที่สุด ซึ่งรัฐธรรมนูญฉบับนี้ได้เอาแบบอย่างการเมืองการปกครองของเยอรมนีมาเป็นมาตรฐานจึงมีความเป็นเผด็จการอย่างสมบูรณ์ภายใต้รัฐธรรมนูญ ผนวกกับอำนาจทหารในทางการเมืองการปกครองอย่างเห็นได้ชัด⁸⁹

ในอดีตพระจักรพรรดิญี่ปุ่นเป็นระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ ต่อมาในปีค.ศ. 1947 ได้มีการประกาศใช้รัฐธรรมนูญ ฉบับปี ค.ศ.1947 ซึ่งยังคงใช้มาถึงปัจจุบัน องค์พระจักรพรรดิจึงได้เปลี่ยนสถานะพระมหากษัตริย์จากสมบูรณาญาสิทธิราชย์มาเป็นสัญลักษณ์ราชาธิปไตย (Symbol Monarchy)⁹⁰ การใช้พระราชอำนาจของจักรพรรดินั้นจะกระทำผ่านทางกระบวนการต่างๆตามกฎหมายของรัฐ และอยู่ภายใต้รัฐธรรมนูญ ซึ่งรัฐธรรมนูญของญี่ปุ่นฉบับนี้ได้ระบุกำหนดถึงพระราชอำนาจและขอบเขตการใช้พระราชอำนาจของจักรพรรดิอย่างชัดเจน โดย

⁸⁸ ส.ศิริรักษ์, “สถาบันพระมหากษัตริย์กับอนาคตของประเทศไทย (1),” ฐานสัจพดาห์

วิจารณ์ ฉบับที่ 122 วันที่ 24-30 สิงหาคม 2539 หน้า 58.

⁸⁹ ส.ศิริรักษ์, “สถาบันพระมหากษัตริย์กับอนาคตของประเทศไทย,” ฐานสัจพดาห์วิจารณ์ ฉบับที่ 126 วันที่ 21-27 กันยายน 2539 หน้า 46.

⁹⁰ ส.ศิริรักษ์, ความเข้าใจในเรื่องราชาธิปไตย (กรุงเทพมหานคร: ส่องสยาม, 2536), หน้า 49.

กำหนดให้สถาบันจักรพรรดินั้นเป็นสัญลักษณ์ของประเทศและความสามัคคี ให้สิทธิแก่ประชาชนอย่างเต็มที่ อำนาจอธิปไตยอยู่ที่ประชาชน และให้รัฐสภามีอำนาจสูงสุดในประเทศ⁹¹

ในรัฐธรรมนูญของญี่ปุ่นได้กำหนดสถานะ และพระราชอำนาจของจักรพรรดิไว้ในหมวดที่ 1 ว่าด้วยพระจักรพรรดิ โดยในมาตรา 1 กำหนดว่าจักรพรรดิเป็นสัญลักษณ์ของรัฐและของปวงชน โดยจะได้รับตำแหน่งจากความเต็มใจของประชาชนผู้ซึ่งมีอำนาจอธิปไตย⁹² การปฏิบัติพระราชกรณียกิจเกี่ยวกับรัฐทุกเรื่อง เช่น การแต่งตั้งนายกรัฐมนตรี การแต่งตั้งประธานศาลฎีกา จะต้องได้รับการถวายคำแนะนำและความเห็นชอบจากคณะรัฐมนตรี ซึ่งย่อมต้องรับผิดชอบแทนพระองค์ในทุกกรณีไป⁹³ ซึ่งพระราชกรณียกิจที่จะทรงปฏิบัติได้นั้นมีกรอบเพียงเท่าที่รัฐธรรมนูญระบุไว้เท่านั้น⁹⁴ อันเป็นการการเปลี่ยนแปลงในเรื่องอำนาจของพระจักรพรรดิมาในทางที่ทรงใช้พระ

⁹¹ ประเสริฐ จิตติวัฒน์พงศ์, การเมืองและนโยบายต่างประเทศญี่ปุ่น (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2533), หน้า 9,23.

⁹² Article 1 The Constitution of Japan 1947. “The Emperor shall be the symbol of the State and of the unity of the people, deriving his position from the will of the people with whom resides sovereign power.”

⁹³ Article 3 The Constitution of Japan 1947. “The advice and approval of the Cabinet shall be required for all acts of the Emperor in matters of state, and the Cabinet shall be responsible therefor.”

⁹⁴ Article 4,6,7 The Constitution of Japan 1947.

Article 4 The Emperor shall perform only such acts in matters of state as are provided for in this Constitution and he shall not have powers related to government.

(2) The Emperor may delegate the performance of his acts in matters of state as may be provided by law.

Article 6 The Emperor shall appoint the Prime Minister as designated by the Diet.

(2) The Emperor shall appoint the Chief Judge of the Supreme Court as designated by the Cabinet.

Article 7 The Emperor, with the advice and approval of the Cabinet, shall perform the following acts in matters of state on behalf of the people:

1. Promulgation of amendments of the constitution, laws, cabinet orders and treaties.

ราชอาณาจักรผ่านทางรัฐธรรมนูญ โดยที่พระจักรพรรดิยังคงเป็นผู้ที่ได้รับการสักการะ เคารพยกย่อง และเป็นศูนย์รวมทางจิตใจของชาวญี่ปุ่นอยู่เสมอ

จากการที่ธรรมนูญกรุงโรมข้อ 27 ที่กำหนดให้บุคคลผู้กระทำอาชญากรรมที่อยู่ภายใต้เขตอำนาจศาลนั้นสามารถตกอยู่ภายใต้เขตอำนาจศาลอาญาระหว่างประเทศได้ไม่ว่าจะเป็นประมุขของรัฐ ผู้บังคับบัญชา ฯลฯ อันทำให้เกิดความกังวลแก่นานาประเทศที่จะตัดสินใจเข้าร่วมเป็นภาคีธรรมนูญกรุงโรม เนื่องจากเกรงว่าประมุขประเทศของตนจะมีโอกาสตกอยู่ภายใต้เขตอำนาจศาลและถูกดำเนินคดีโดยศาลอาญาระหว่างประเทศได้ เพราะว่าศาลอาญาระหว่างประเทศนั้นไม่ยอมรับการอ้างความคุ้มกันที่ติดอยู่กับสถานะของบุคคลต่างๆ ที่ธรรมนูญกำหนด เช่นนี้ก็เพราะเห็นว่าการกระทำอาชญากรรมระหว่างประเทศนั้นเป็นการใช้อำนาจในทางที่ผิดอย่างร้ายแรง และไม่รวมอยู่ในขอบเขตของการปฏิบัติหน้าที่ตามกฎหมายของประมุขของรัฐได้ จึงไม่ควรได้รับความคุ้มกันจากการกระทำดังกล่าว และเพื่อป้องกันมิให้ประมุขของรัฐ ผู้นำผู้บังคับบัญชาที่มีนโยบายดำเนินการอย่างโหดร้าย เผด็จการทั้งต่อประชาชนของตน หรือต่อประเทศอื่น ให้สามารถหลุดพ้นความรับผิดชอบจากการอ้างสถานะทางการของตนได้

การกำหนดให้ศาลอาญาระหว่างประเทศสามารถมีเขตอำนาจเหนือบุคคลผู้กระทำผิดรวมถึงประมุขของรัฐด้วยแล้วนั้น ส่งผลกระทบและสร้างความกังวลแก่หลายๆประเทศที่จะให้สัตยาบันเข้าร่วมเป็นภาคีธรรมนูญกรุงโรม เพราะในโลกนี้มีประเทศที่มีระบอบการปกครอง

-
2. Convocation of the Diet.
 3. Dissolution of the House of Representatives.
 4. Proclamation of general election of members of the Diet.
 5. Attestation of the appointment and dismissal of Ministers of State and other officials as provided for by law, and of full powers and credentials of Ambassadors and Ministers.
 6. Attestation of general and special amnesty, commutation of punishment, reprieve, and restoration of rights.
 7. Awarding of honors.
 8. Attestation of instruments of ratification and other diplomatic documents as provided for by law.
 9. Receiving foreign ambassadors and ministers.
 10. Performance of ceremonial functions.

ที่มีพระมหากษัตริย์เป็นประมุขมากมาย ซึ่งโดยทั่วไปแล้วประเทศต่างๆ เหล่านี้จะกำหนดให้พระมหากษัตริย์เป็นที่สักการะ ผู้ใดจะละเมิดมิได้ และมีความคุ้มกันเด็ดขาด การกระทำการใดจะมีผู้ลงนามร่วมด้วยโดยผู้ที่ลงนามนั้นจะเป็นผู้รับผิดชอบทั้งหมด และประมุขจะมีอำนาจจำกัดตามที่กฎหมายของรัฐนั้นกำหนด ดังเช่นประเทศญี่ปุ่นที่ได้ยกตัวอย่างไปแล้วนั้น นอกจากนี้ยังมีประเทศที่มีพระมหากษัตริย์เป็นประมุขที่ตัดสินใจเข้าเป็นภาคีธรรมนูญกรุงโรมแล้ว เช่น นอร์เวย์ สเปน ซึ่งทั้งสองประเทศนี้กำหนดให้กษัตริย์ของตนได้รับความคุ้มกันเด็ดขาดแต่ก็ไม่เห็นว่าจะข้อกำหนดในธรรมนูญกรุงโรมจะขัดกับรัฐธรรมนูญของรัฐแต่อย่างใด โดยในทางปฏิบัติความคุ้มกันตามรัฐธรรมนูญที่ให้แก่สถานะกษัตริย์ของสเปน หรือนอร์เวย์นั้น จะครอบคลุมกษัตริย์ผู้ซึ่งตามข้อเท็จจริงแล้วไม่อยู่ในฐานะที่มีอำนาจสูงสุด ไม่ได้เป็นผู้บัญชาการทหาร หรือควบคุมกำลังทหารในรัฐ ซึ่งจะเห็นว่าอำนาจของรัฐาธิปัตย์ในทางปฏิบัตินั้นค่อนข้างถูกจำกัด และเป็นไปได้ที่วากษัตริย์จะถูกกล่าวหาในอาชญากรรมที่กำหนดในธรรมนูญกรุงโรมนั้นเป็นข้อสมมติฐานที่เป็นไปได้ได้น้อยมาก⁹⁵ รัฐธรรมนูญของสเปนได้กำหนดชัดเจนว่าพระมหากษัตริย์นั้นจะถูกละเมิดมิได้ และไม่มีควมรับผิดชอบใดๆ โดยที่การกระทำในทางมหาชนของพระมหากษัตริย์นั้นจะต้องมีผู้ลงนามร่วม และเจ้าหน้าที่ผู้ลงนามนั้นจะเป็นผู้ที่มีความรับผิดชอบบุคคล และเห็นว่าไม่ควรนำเงื่อนไขเหล่านี้มาพิจารณาในเรื่องการใช้เขตอำนาจศาลอาญาระหว่างประเทศ แต่ควรถูกพิจารณาในบริบททางการเมืองของแต่ละรัฐ แต่เบลเยียม ฝรั่งเศส ลักเซมเบิร์ก นั้นยังเห็นว่าจะข้อกำหนดในธรรมนูญกรุงโรมในประเด็นเรื่องความคุ้มกันนั้นไม่สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญ และความคุ้มกันที่รัฐกำหนด⁹⁶

ประเทศไทยเองก็มีความกังวลดังกล่าว ดังนั้นจากข้อเท็จจริงที่ปรากฏข้างต้นมีผู้มีความเห็นเป็น 2 ฝ่าย คือ

1) พระมหากษัตริย์ยังอาจตกอยู่ภายใต้เขตอำนาจศาลอาญาระหว่างประเทศได้ เนื่องจากศาลอาญาระหว่างประเทศไม่ยอมรับการอ้างความคุ้มกันใดๆ และหากเกิดเป็นคดีขึ้นมากลางที่พิสูจน์ว่าพระมหากษัตริย์ไทยอยู่ภายใต้รัฐธรรมนูญ และเป็นสัญลักษณ์นั้นต้องใช้เวลา

⁹⁵ Helen Duffy, "National Constitutional Compatibility and the International Criminal Court," *Duke Journal of Comparative & International Law* 11,5 (2001): 28.

⁹⁶ ICRC, *Issue Raised with Regard to the Rome Statute of the International Criminal Court by National Constitutional Courts, Supreme Courts and Councils of State*, p.7.

และอาจไม่เป็นที่ยอมรับของศาล ดังนั้นเมื่อยังไม่ได้ข้อยุติ และเพื่อมิให้มี ความเกี่ยวข้องรบกวน เบื้องพระบุคคลบาทจึงเห็นควรให้พิจารณาแก้ไขบทพจนวรรฐธรรมนูญมาตรา 223 เพื่อมิให้ พระมหากษัตริย์เข้ามาเกี่ยวข้องกับการประกาศสงคราม เพราะอาจทำให้ประเทศผู้ชนะสงคราม หรือหน่วยงานใดๆจะดึงเอาพระมหากษัตริย์ไปเกี่ยวข้องได้⁹⁷

2) พระมหากษัตริย์ไม่อาจตกอยู่ภายใต้เขตอำนาจศาลอาญาระหว่างประเทศได้ เนื่องจากการใช้พระราชอำนาจต่างๆถูกจำกัดตามที่รัฐธรรมนูญกำหนด อีกทั้งการกระทำใดๆ ยังมีผู้ลงนามรับสนองพระบรมราชโองการและผู้ที่ลงนามนั้นจะเป็นผู้ต้องรับผิดชอบ ซึ่งเป็นหลักการ เดียวกับประเทศที่มีพระมหากษัตริย์เป็นประมุขอื่นๆ นอกจากนั้นการใช้พระราชอำนาจของ พระมหากษัตริย์นั้นจะทรงใช้ต่อเมื่อมีมติ คำแนะนำจากรัฐสภาเสนอมาเสมอ อีกทั้งเมื่อพิจารณา จากข้อเท็จจริงแล้ว พระมหากษัตริย์มิใช่ผู้ที่วินิจฉัยสั่งการที่แท้จริงในการกระทำใดๆ และแม้ พระองค์จะทรงเป็นจอมทัพไทย แต่พระองค์มิได้มีอำนาจสั่งการ บังคับบัญชาทางการทหาร หรือ เป็นผู้บัญชาการในการทำสงครามอย่างแท้จริง หรือมิได้ลงมาปฏิบัติการด้วยตนเอง หากพิจารณา อย่างถ่องแท้แล้ว พระมหากษัตริย์ไทยจึงไม่มีความเกี่ยวข้องกับข้อ 27 แห่งธรรมนูญกรุงโรมที่ กำหนดให้มีการบังคับใช้ธรรมนูญนี้อย่างเท่าเทียมกันไม่ว่าจะดำรงตำแหน่งในฐานะประมุขของรัฐ หรือไม่ก็ตาม ด้วยเหตุผลดังกล่าว จึงเป็นไปได้ที่พระมหากษัตริย์ของไทยที่ใช้อำนาจภายใต้ รัฐธรรมนูญจะได้รับผลกระทบจากการใช้เขตอำนาจของศาลอาญาระหว่างประเทศเนื่องจาก พระองค์ไม่มีอำนาจอย่างแท้จริงต่อการตัดสินใจเรื่องดังกล่าว⁹⁸

⁹⁷ กฤษณะ บวรรัตนรักษ์, การสัมมนาเรื่อง “ศาลอาญาระหว่างประเทศกับสังคมไทย : ผลกระทบและความคาดหวัง” โดยกรมการการต่างประเทศ วุฒิสภา ณ อาคารรัฐสภา ในวันที่ 14 สิงหาคม 2545. ใน วิชัย ศรีรัตน์ (บรรณาธิการ), ศาลอาญาระหว่างประเทศกับสังคมไทย, (กรุงเทพฯ : สภาเพื่อสิทธิมนุษยชนและการพัฒนาแห่งเซีย, คณะทำงานศาลอาญาระหว่าง ประเทศและศูนย์กฎหมายสิทธิมนุษยชนและสันติศึกษา, 2546), หน้า 92.

⁹⁸ วิจิต มันทากรณ์, การสัมมนาเรื่อง “ศาลอาญาระหว่างประเทศกับสังคมไทย : ผลกระทบและความคาดหวัง” โดยกรมการการการต่างประเทศ วุฒิสภา ณ อาคารรัฐสภา ในวันที่ 14 สิงหาคม 2545. ใน วิชัย ศรีรัตน์ (บรรณาธิการ), ศาลอาญาระหว่างประเทศกับสังคมไทย, (กรุงเทพฯ : สภาเพื่อสิทธิมนุษยชนและการพัฒนาแห่งเซีย, คณะทำงานศาลอาญาระหว่าง ประเทศและศูนย์กฎหมายสิทธิมนุษยชนและสันติศึกษา, 2546), หน้า 45.

ในประเด็นนี้ผู้วิจัยเห็นว่าการศึกษาถึงกรณีที่ประมุขของรัฐจะตกอยู่ในเขตอำนาจศาลได้จะต้องพิจารณาตามข้อเท็จจริงของการใช้อำนาจ การสั่งการ ซึ่งน่าจะต้องมีการพิจารณาถึงลักษณะสภาพการเมืองการปกครอง ตลอดจนจารีตประเพณีซึ่งประมุขของรัฐนั้นถูกกล่าวหาด้วย เพราะแต่ละรัฐก็มีความเป็นมาทางการปกครองที่ซับซ้อนแตกต่างกันไป เพื่อที่จะนำตัวบุคคลผู้กระทำความผิดที่แท้จริงมารับผิดชอบในการกระทำของตนตามวัตถุประสงค์ของธรรมนูญกรุงโรม ถึงแม้ว่าพระมหากษัตริย์จะไม่ได้ใช้อำนาจต่างๆด้วยพระองค์เองโดยตรง แต่ทรงใช้ผ่านกลไกต่างๆที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญดังนั้นการใช้เขตอำนาจศาลอาญาระหว่างประเทศจึงไม่น่าจะกระทบถึงสถาบันพระมหากษัตริย์ของไทยได้ แต่อย่างไรก็ดียังคงต้องพิจารณาต่อไป เพื่อให้เกิดความชัดเจนเพราะประเด็นดังกล่าวอาจกระทบเบื้องพระยุคลบาทได้ จึงควรหาทางป้องกัน โดยการพิจารณาบททวนรัฐธรรมนูญในส่วนที่เกี่ยวข้องก็จะเป็นหนทางป้องกันเหตุการณ์ที่อาจกระทบต่อสถาบันพระมหากษัตริย์ได้

4.6.2 ผลกระทบของธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศต่อเจ้าหน้าที่ของรัฐ ผู้บัญชาการ(Commanders) ผู้บังคับบัญชาการอื่นๆ(Other Superiors) ผู้ที่อยู่ใต้บังคับบัญชา

บุคคลที่อาจตกอยู่ภายใต้เขตอำนาจศาลอีกประเภทหนึ่ง ได้แก่ เจ้าหน้าที่ของรัฐ ผู้บัญชาการ ผู้บังคับบัญชาการอื่นๆ ซึ่งหมายรวมไปถึงผู้ที่อยู่ใต้บังคับบัญชา ดังนั้นจึงไม่ได้จำกัดเฉพาะผู้มีอำนาจสั่งการทางทหารเท่านั้น แต่อาจรวมไปถึงผู้มีอำนาจตัดสินใจออกคำสั่งต่างๆ ซึ่งบุคคลดังกล่าวมีโอกาสตกอยู่ภายใต้เขตอำนาจศาลอาญาระหว่างประเทศได้เนื่องจากการปฏิบัติหน้าที่ของตน หากบุคคลดังกล่าวได้กระทำความผิดร้ายแรงที่ธรรมนูญกรุงโรมกำหนด ย่อมทำให้ตกอยู่ภายใต้เขตอำนาจศาลได้แม้ว่าบุคคลเหล่านี้จะเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐที่ไม่ได้เป็นภาคีก็ตาม

โดยในธรรมนูญกรุงโรมได้กำหนดไว้ถึงความรับผิดของผู้บัญชาการและ ผู้บังคับบัญชาอื่นๆ โดยได้กำหนดให้ผู้บังคับบัญชาไม่ว่าจะทางทหารหรือผู้ที่ปฏิบัติหน้าที่เสมือนผู้บัญชาการนั้นต้องมีความรับผิดทั้งจากการกระทำและละเว้นการกระทำของตน กล่าวคือ ต้องมีความรับผิดจากการออกคำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย และจากการที่ผู้บังคับบัญชานั้นไม่ได้ใช้อำนาจหน้าที่ของตนที่จะควบคุมกองกำลังที่อยู่ใต้บังคับบัญชาอย่างเหมาะสม เมื่อผู้บังคับบัญชาได้รู้หรือควรจะรู้ว่ากองกำลังนั้นได้ประกอบอาชญากรรมหรือกำลังจะประกอบอาชญากรรม และผู้บังคับบัญชานั้นมิได้ป้องกันหรือปราบปรามการกระทำนั้น หรือในกรณีที่ผู้บังคับบัญชานั้นละเลย

ข้อมูลที่ชี้ให้เห็นว่าผู้บังคับบัญชาได้ประกอบอาชญากรรมเช่นนั้น ซึ่งการดำเนินการนั้นอยู่ในความรับผิดชอบและควบคุมของผู้บังคับบัญชา แล้วผู้บังคับบัญชานั้นมิได้ป้องกันหรือปราบปรามการกระทำนั้น กรณีเช่นนี้ผู้บังคับบัญชาจะไม่สามารถหลุดพ้นจากความรับผิดชอบของตนได้⁹⁹

ส่วนกรณีของทหารผู้อยู่ใต้บังคับบัญชาและปฏิบัติตามคำสั่งของผู้บังคับบัญชานั้น จะอ้างว่าตนปฏิบัติตามคำสั่งของรัฐบาล หรือผู้บังคับบัญชา อันเป็นการกระทำในหน้าที่เพื่อหลุดพ้นความรับผิดชอบทุกกรณีไม่ได้ โดยผู้ปฏิบัติตามคำสั่งนั้นจะต้องพิจารณาถึงคำสั่งนั้นว่าชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ หากบุคคลนั้นปฏิบัติตามคำสั่งที่ไม่ปรากฏชัดแจ้งว่าไม่ชอบด้วยกฎหมายและไม่ทราบคำสั่งนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมายก็อาจทำให้บุคคลดังกล่าวนั้นหลุดพ้นจากความรับผิดชอบได้ แต่ทั้งนี้หากเป็นคำสั่งให้ทำลายล้างเผ่าพันธุ์ หรือประกอบอาชญากรรมต่อมนุษยชาตินั้น บุคคลดังกล่าวจะอ้างว่าไม่ทราบถึงความไม่ชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งนี้ไม่ได้¹⁰⁰

ตามรัฐธรรมนูญ พ.ศ.2540 มาตรา 72 ได้บัญญัติถึงหน้าที่ของกองทัพไทยไว้ว่า “รัฐต้องจัดให้มีกำลังทหารไว้เพื่อพิทักษ์รักษาเอกราช ความมั่นคงของรัฐ สถาบันพระมหากษัตริย์ ผลประโยชน์แห่งชาติ และการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข และเพื่อการพัฒนาประเทศ” ซึ่งเป็นหน้าที่และภารกิจของกองทัพไทย โดยหน่วยงานที่เกี่ยวข้องได้แก่กระทรวงกลาโหม โดยพระราชบัญญัติจัดระเบียบกระทรวงกลาโหม พ.ศ.2503 ในมาตรา 4 ได้บัญญัติไว้ว่า “กระทรวงกลาโหมมีอำนาจและหน้าที่เกี่ยวกับการป้องกัน และรักษาความมั่นคงของราชอาณาจักรจากภัยคุกคามทั้งภายนอกและภายในประเทศ โดยจัดให้มีกำลังทหารไว้เพื่อการรบหรือการสงครามเพื่อปกป้องสถาบันพระมหากษัตริย์ เพื่อการปราบปรามการกบฏและการจลาจล เพื่อช่วยในการพัฒนาประเทศ และเพื่อรักษาประโยชน์ของชาติในประการอื่นตามที่กฎหมายกำหนด การใช้กำลังทหารเพื่อปฏิบัติการตามความในวรรคหนึ่ง ให้เป็นไปตามที่กระทรวงกลาโหมกำหนดโดยความเห็นชอบจากคณะรัฐมนตรี”¹⁰¹ ซึ่งจะเห็นได้ว่ากองทัพไทยมีวัตถุประสงค์ที่จะใช้กองกำลังเพื่อป้องกันตัวเอง และปราบปรามเพื่อก่อให้เกิดความสงบเมื่อเกิด

⁹⁹ Article 28 of Rome Statute of International Criminal Court.

¹⁰⁰ Ibid., Art. 33.

¹⁰¹ อภิรัฐพร เจริญพานิช, “ผลกระทบของศาลอาญาระหว่างประเทศต่อกองทัพไทย,”

(หลักสูตรผู้บริหารกระบวนการยุติธรรมระดับสูง รุ่นที่ 3 วิทยาลัยการยุติธรรม กระทรวงยุติธรรม, 2541), หน้า 25.

การจลาจลขึ้น ดังนั้นจะเห็นได้ว่าประเทศไทยมีนโยบายทางการทหารที่จำเป็นคือเพื่อป้องกันตนเอง ดังนั้น ประเด็นที่สำคัญที่กองกำลังของไทยกังวลคือการตกเป็นอาชญากรที่อยู่ในเขตอำนาจศาลอาญาระหว่างประเทศโดยไม่ได้ตั้งใจ¹⁰² อันได้แก่การเข้าร่วมในกองกำลังในปฏิบัติการต่างๆ เช่น กองกำลังเพื่อรักษาสันติภาพของสหประชาชาติ

ประเทศไทยในฐานะที่เป็นสมาชิกขององค์การสหประชาชาติ มีพันธกรณีต้องให้ความร่วมมือระหว่างประเทศ เพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ขององค์การสหประชาชาติในการที่จะแก้ไขปัญหาระหว่างประเทศ มุ่งให้เกิดสันติภาพและความมั่นคงร่วมกัน ซึ่งคณะมนตรีความมั่นคงแห่งสหประชาชาติในฐานะหน่วยงานหลักที่รับผิดชอบเกี่ยวกับสันติภาพและความมั่นคงระหว่างประเทศจะเป็นผู้กำหนดว่ามีสถานการณ์อันคุกคามหรือละเมิดต่อสันติภาพหรือไม่ และจะเป็นผู้วินิจฉัยการใช้มาตรการต่อสถานการณ์นั้น ไม่ว่าจะเป็มาตรการอื่นไม่ใช้กำลังอาวุธ¹⁰³ หรือดำเนินการใช้กำลังเท่าที่จำเป็น หากมาตรการไม่ใช้กำลังนั้นไม่เพียงพอ¹⁰⁴ โดยที่รัฐสมาชิกจะต้องจัดสรรกำลังอาวุธ ความช่วยเหลือ และความสะดวก เมื่อคณะมนตรีความมั่นคงร้องขอ¹⁰⁵ และรัฐสมาชิกต้องจัดสรรกำลังทหารเตรียมพร้อมเข้าร่วมกับการดำเนินการทางทหาร เพื่อธำรงรักษาและนำมาซึ่งสันติภาพและความมั่นคง¹⁰⁶

โดยในการดำเนินการของสหประชาชาตินั้น สหประชาชาติได้จัดตั้งกองกำลังสหประชาชาติในการปฏิบัติการเพื่อสันติภาพ (United Nations Peacekeeping Forces) ซึ่งเป็นกองกำลังเฉพาะกิจที่จัดตั้งขึ้นเป็นครั้งคราวเพื่อแก้ไขข้อพิพาท ความขัดแย้งที่เกิดขึ้น โดยในการปฏิบัติการเพื่อสันติภาพของกองกำลังสหประชาชาตินั้น จำเป็นต้องอาศัยความร่วมมือของรัฐสมาชิกสหประชาชาติในการส่งกองกำลังทหารของตนเข้าร่วมปฏิบัติการ ซึ่งที่ผ่านมาประเทศไทยเคยส่งกองกำลังทหารไทยเข้าร่วมกับกองกำลังสหประชาชาติหลายครั้ง

¹⁰² อัญชิสา เต็มพงศ์พัฒนา, “ผลกระทบที่ประเทศไทยจะได้รับในการเข้าเป็นภาคีธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศและการส่งผู้ร้ายข้ามแดน,” (วิทยานิพนธ์ปริญญาามหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2543), หน้า 226.

¹⁰³ Article 41 of Charter of the United Nations.

¹⁰⁴ Ibid., Art. 42.

¹⁰⁵ Ibid., Art 43(1).

¹⁰⁶ Ibid., Art 44-45.

ปฏิบัติการนี้ จะเป็นการปฏิบัติหน้าที่ในนามสหประชาชาติ โดยกองกำลังสหประชาชาติรวมถึงเจ้าหน้าที่ขององค์กรจะได้รับเอกสิทธิ์และความคุ้มกันในดินแดนของสมาชิกเพื่อให้การปฏิบัติการดังกล่าวมีประสิทธิภาพ¹⁰⁷

และในการเข้าร่วมปฏิบัติการดังกล่าวนี้หากกองกำลังสหประชาชาติที่เข้าไปปฏิบัติการในรัฐใดแล้วได้ก่ออาชญากรรมร้ายแรงและเข้าเงื่อนไขการใช้เขตอำนาจของศาลอาญาระหว่างประเทศ ศาลอาญาระหว่างประเทศย่อมมีเขตอำนาจเหนือสมาชิกในกองกำลังสหประชาชาติผู้ซึ่งกระทำผิดทุกคนเป็นเหตุให้ไม่อาจอ้างความคุ้มกันใดๆที่ตนมีตามกฎหมายได้¹⁰⁸ ดังนั้นหากบุคคลที่เป็นสมาชิกของกองกำลังได้กระทำอาชญากรรมที่อยู่ในเขตอำนาจศาลแล้ว ไม่ว่าจะบุคคลนั้นจะดำรงตำแหน่งใดก็ไม่เป็นเหตุให้อ้างความคุ้มกันต่อศาลอาญาระหว่างประเทศได้

แต่ในปี ค.ศ.2002 คณะมนตรีความมั่นคงได้มีข้อมติที่ 1422 และในปีค.ศ.2003 ข้อมติที่ 1487 ให้ยกเว้นกองกำลังสหประชาชาติจากเขตอำนาจศาลอาญาระหว่างประเทศ โดยให้ยกเว้นสมาชิกในสังกัดกองกำลังสหประชาชาติ หรือผู้รักษาสันติภาพที่มาจากรัฐที่ไม่ได้เป็นภาคีธรรมนูญกรุงโรมจากเขตอำนาจศาลอาญาระหว่างประเทศอันเนื่องมาจากการปฏิบัติการหรือละเว้นการปฏิบัติตามหน้าที่ให้แก่องค์กรสหประชาชาติ¹⁰⁹ ซึ่งจะเห็นได้ว่าข้อมติดังกล่าวนี้กำหนดให้มีการยกเว้นผู้กระทำความผิดจากเขตอำนาจศาลอาญาระหว่างประเทศซึ่งเป็นวัตถุประสงค์ที่ขัดกับหลักการใช้เขตอำนาจของศาลอาญาระหว่างประเทศต่อไปแจ่มชัดแน่นอน กล่าวคือธรรมนูญกรุงโรมกำหนดให้มีผลบังคับใช้แก่ผู้ที่กระทำอาชญากรรมตามที่ธรรมนูญกรุงโรมกำหนดเป็นการทั่วไปอย่างเท่าเทียมกัน และยังขัดกับหลักกรณีที่ผู้บังคับบัญชาผู้นั้นอาจต้องมีความรับผิดชอบ

¹⁰⁷ Article 105 of Charter of the United Nations.

¹⁰⁸ ชันนภรณ์ บุญเกิดทรัพย์, “ปัญหาและแนวทางว่าด้วยความคุ้มกันของกองกำลังสหประชาชาติในการปฏิบัติการเพื่อสันติภาพในบริบทของศาลอาญาระหว่างประเทศ,” (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารศึกษาศาสตร์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2547), หน้า 100-101.

¹⁰⁹ ดูรายละเอียดเพิ่มเติมใน ชันนภรณ์ บุญเกิดทรัพย์, “ปัญหาและแนวทางว่าด้วยความคุ้มกันของกองกำลังสหประชาชาติในการปฏิบัติการเพื่อสันติภาพในบริบทของศาลอาญาระหว่างประเทศ,” หน้า 112-117.

ทั้งจากการกระทำ และละเว้นการกระทำของตนในฐานะผู้บังคับบัญชาตามที่ธรรมนูญกรุงโรม กำหนดในข้อ 27 และ 28

ประเทศไทยในฐานะรัฐที่ไม่เป็นภาคีแต่ได้มีการลงนามในธรรมนูญกรุงโรมแล้วจึง มีพันธกรณีที่จะไม่กระทำการใดอันเป็นการขัด หรือลบล้างวัตถุประสงค์ของธรรมนูญกรุงโรม ดังนั้นประเทศไทยจึงไม่อาจอ้างความคุ้มกันตามข้อมติที่ 1422 ข้อมติที่ 1487 กับศาลอาญาระหว่างประเทศได้ เพราะข้อมติดังกล่าวมีเนื้อหาที่เป็นผลให้เกิดการขัดต่อการใช้เขตอำนาจของศาลต่อผู้ที่ประกอบอาชญากรรมร้ายแรงนั้นอันเป็นวัตถุประสงค์ของธรรมนูญกรุงโรม ดังนั้นหากทหารไทยที่อยู่ในกองกำลังดังกล่าวจึงต้องถูกพิจารณาคดีในศาลไทย และหากคณะมนตรีความมั่นคงเห็นว่าการณื่อดังกล่าวนั้นเป็นการคุกคามต่อสันติภาพและความมั่นคงระหว่างประเทศก็อาจเสนอสถานการณ์สู่ศาลอาญาระหว่างประเทศได้ ซึ่งหากไม่มีการคัดค้านเขตอำนาจศาล หรือการรับคดีไว้พิจารณาของศาลอาญาระหว่างประเทศแล้ว ศาลก็อาจเข้ามาใช้เขตอำนาจได้

ดังนั้นการที่ประเทศไทยมีพันธกรณีอันเกิดจากการลงนามในอันที่จะไม่กระทำการใดอันเป็นการขัดต่อวัตถุประสงค์ของธรรมนูญกรุงโรมแล้ว ก็อาจก่อให้เกิดผลกระทบต่อทหารไทยที่เข้าร่วมในกองกำลังสหประชาชาติ ดำรวจตระเวนชายแดน และกองกำลังทหารของไทยที่ปฏิบัติหน้าที่ตามแนวชายแดน เช่น จะมีความยุ่งยากขึ้นในการปฏิบัติงานของบุคคลที่เกี่ยวข้องไม่ว่าจะเป็นทหารหรือพลเรือน โดยจะต้องมีการวางแผน การปฏิบัติการให้รอบคอบรัดกุมขึ้น เพื่อให้สอดคล้องกับธรรมนูญกรุงโรม โดยบุคคลที่เกี่ยวข้องในกองกำลังอาจเกิดความหวั่นเกรงว่าจะต้องถูกลงโทษในศาลอาญาระหว่างประเทศอันเนื่องจากการลงนามเป็นภาคีธรรมนูญ โดยเปรียบเทียบกับกองกำลังทหารที่มาจากรัฐที่ไม่เป็นภาคีว่าไม่ต้องกังวลว่าตนเองจะต้องถูกลงโทษในศาลอาญาระหว่างประเทศ อันจะส่งผลกระทบต่อขวัญและกำลังใจของทหารผู้ที่ปฏิบัติการ เพราะทหารมีความเกรงกลัวว่าตนจะตกเป็นจำเลยในความผิดอาชญากรรมสงครามทั้งในศาลไทยและศาลอาญาระหว่างประเทศได้ เป็นเหตุให้ทหารในหน่วยรบมีความกังวล และลังเลในการปฏิบัติการ¹¹⁰

¹¹⁰ กฤษณะ บวรรัตนารักษ์, การสัมมนาเรื่อง “ศาลอาญาระหว่างประเทศกับสังคมไทย : ผลกระทบและความคาดหวัง” โดยกรมสิทธิการต่างประเทศ วุฒิสภา ณ อาคารรัฐสภา ในวันที่ 14 สิงหาคม 2545. ใน วิชัย ศรีรัตน์ (บรรณาธิการ), ศาลอาญาระหว่างประเทศกับสังคมไทย, หน้า 89-90.

อย่างไรก็ดี ก็ไม่ควรมองว่าพันธกรณีที่ประเทศไทยต้องปฏิบัติ เป็นข้อจำกัดอันเนื่องมาจากการลงนาม รวมถึงพันธกรณีในอนาคตหากว่าประเทศไทยได้ให้สัตยาบันจะเป็นผลเสียต่อการปฏิบัติการทางทหารของไทย ในทางตรงกันข้ามกลับเป็นเรื่องดีที่กองกำลังทหารไทยควรต้องให้ความเคารพ เพราะธรรมนูญกรุงโรมมีหลักการและวัตถุประสงค์ที่มุ่งคุ้มครองหลักสิทธิมนุษยชน และหลักกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ¹¹¹

ดังนั้นการจัดตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศ นอกจากจะมีผลกระทบต่อปัจเจกชนต่างอันส่งผลถึงกระบวนการยุติธรรมโดยปกติแล้วยังมีผลกระทบต่อผู้บังคับบัญชา ทหาร และผู้ที่สังกัดทหาร อันส่งผลต่อกระบวนการยุติธรรมทางทหารด้วย กล่าวคือ ศาลอาญาระหว่างประเทศมีอำนาจพิจารณาคดีผู้ที่อยู่ใต้เขตอำนาจศาลทหารของไทยได้ หากศาลทหารไม่มีเขตอำนาจเหนือคดี หรือศาลทหารไม่สามารถทำหน้าที่ได้อย่างมีประสิทธิภาพ¹¹²

ตามปกติแล้วหลักกระบวนการยุติธรรมทางทหารของไทย หากบุคคลที่เป็นทหารหรือพลเรือนที่สังกัดอยู่ในราชการทหารได้กระทำความผิดอาญาตามที่กฎหมายบัญญัติ ก็จะถูกอยู่ภายใต้อำนาจการพิจารณาพิพากษาคดีโดยศาลทหาร ไม่ว่าบุคคลนั้นจะกระทำความผิดต่อกฎหมายทหารหรือกฎหมายอื่นในทางอาญา นอกจากนั้นบุคคลที่อยู่ในอำนาจของศาลทหาร หากได้กระทำความผิดตามกฎหมายทหาร หรือกฎหมายอื่นนอกราชอาณาจักร จะต้องรับโทษในอาญาจักร¹¹³ ซึ่งคำพิพากษาของศาลทหารนั้นถือเป็นสิ้นสุด ซึ่งหากเป็นกรณีที่ทหารไทยได้ประกอบอาชญากรรมอันตกอยู่ภายใต้เขตอำนาจศาลอาญาระหว่างประเทศแล้ว ศาลอาญาระหว่างประเทศอาจเข้ามามีเขตอำนาจศาลได้ โดยจะพิจารณาถึงความสามารถ และประสิทธิภาพของการดำเนินคดีของศาลไทย ซึ่งคดีอาจถูกเสนอสู่ศาลอาญาระหว่างประเทศอีกเมื่อใดก็ได้ เนื่องจากว่าคดีที่อยู่ในเขตอำนาจศาลนั้นไม่มีอายุความ¹¹⁴ แต่ทั้งนี้ศาลอาญาระหว่างประเทศ

¹¹¹ เรื่องเดียวกัน,

¹¹² กฤษณะ บวรรัตนารักษ์, “การจัดตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศ (International Criminal Court: ICC) วารสารหลักเมือง 8,87 (มิถุนายน 2541): 14.

¹¹³ ศุภลรัตน์ มากมา, “คำจำกัดความของอาชญากรรมต่อมนุษยชาติในกรอบของธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศ,” (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต ภาควิชานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2545), หน้า 140.

¹¹⁴ Article 29 of Rome Statute of International Criminal Court.

จะต้องคำนึงถึงหลักการไม่ลงโทษบุคคลซ้ำในความผิดเดียวกันด้วย นอกจากนี้หากประเทศไทย เข้าเป็นภาคีธรรมนูญกรุงโรมแล้ว ทหารทุกระดับชั้นไม่ว่าจะเป็นผู้บังคับบัญชาหรือผู้ปฏิบัติตาม คำสั่งอาจตกอยู่ภายใต้เขตอำนาจศาลอาญาระหว่างประเทศได้โดยที่ช้อยกเว้นความรับผิดชอบจากการกระทำตามคำสั่งของผู้บังคับบัญชา ได้แก่ บุคคลนั้นตกอยู่ภายใต้พันธกรณีตามกฎหมายที่ จะต้องปฏิบัติตามคำสั่งนั้น บุคคลนั้นไม่รู้ว่าคำสั่งนั้นผิดกฎหมาย และคำสั่งนั้นไม่ได้ผิดกฎหมาย อย่างชัดแจ้ง

ดังนั้นจึงจะเห็นได้ว่าแม้ประเทศไทยจะยังไม่ให้สัตยาบันธรรมนูญกรุงโรม แต่คนไทยก็ยังได้รับผลกระทบจากการบังคับใช้ของธรรมนูญกรุงโรมได้ไม่ว่าบุคคลนั้นจะอยู่ใน สถานะใด เว้นแต่กรณีองค์พระมหากษัตริย์ที่จะไม่ตกอยู่ภายใต้เขตอำนาจศาลอาญาระหว่าง ประเทศ เนื่องจากกลไกการใช้พระราชอำนาจ และข้อเท็จจริงในทางปฏิบัติดังที่ได้กล่าวไว้ข้างต้น แล้ว ทั้งนี้เจ้าหน้าที่ของรัฐ ผู้บังคับบัญชา ทหาร ตำรวจตระเวนชายแดน สมาชิกกองอาสา รักษา ดินแดน รวมถึงบุคคลต่างๆ ต่างก็ได้รับผลกระทบทั้งทางตรงและทางอ้อมจากธรรมนูญ กล่าวคือ ผลกระทบทางตรงได้แก่การที่คนไทยที่กระทำความผิดอาจต้องตกอยู่ภายใต้เขตอำนาจศาล อาญาระหว่างประเทศในฐานะเป็นศาลเสริม ส่วนผลกระทบทางอ้อม ได้แก่ การที่คนไทยจะได้รับความรู้ทางด้านกฎหมายสิทธิมนุษยชนและกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ (กฎหมายว่า ด้วยการขัดกันทางอาวุธ หรือกฎหมายสงคราม) รวมถึงความรู้เกี่ยวกับศาลอาญาระหว่างประเทศ เพื่อจะป้องกันมิให้คนไทยกระทำความผิดอันจะตกอยู่ภายใต้เขตอำนาจศาลอาญาระหว่าง ประเทศได้ ซึ่งเป็นการปลูกจิตสำนึกอันดีให้แก่คนไทยในอันที่จะไม่กระทำอาชญากรรมร้ายแรง และยังเป็นการป้องปรามมิให้เกิดอาชญากรรมได้ทางหนึ่งด้วย นอกจากนี้คนไทยยังได้รับการ ค้ำครองจากการกระทำอาชญากรรมหลัก และได้รับการเยียวยาในฐานะที่ต้องตกเป็นเหยื่อ ผู้เสียหาย โดยศาลอาญาระหว่างประเทศจะเป็นอีกหลักประกันหนึ่งว่าผู้กระทำความผิดจะต้องมี ความรับผิดชอบในการกระทำของตนนอกจากศาลภายในของไทย

4.6.3 ผลกระทบของธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศต่อคนชาติ อื่น ๆ ที่อยู่ในประเทศไทย

เนื่องจากประเทศไทยเป็นรัฐที่ยังไม่เป็นภาคีธรรมนูญกรุงโรม จึงไม่มีพันธกรณีต่อ ศาลอาญาระหว่างประเทศนอกเหนือพันธกรณีทางศีลธรรมที่จะไม่กระทำการใดๆ อันเป็นการขัด ต่อวัตถุประสงค์และการดำเนินงานของศาล แต่อย่างไรก็ดียังคงต้องพิจารณาต่อไปว่าประเทศไทย มีพันธกรณีตามสนธิสัญญาต่างๆ ที่ทำไว้กับรัฐอื่น ๆ หรือไม่ และต้องพิจารณาถึงพันธกรณีของรัฐที่

มีต่อกฎหมายจารีตประเพณีด้วย นอกจากนี้ยังต้องพิจารณาถึงพันธกรณีของประเทศไทยที่มีต่อสหรัฐอเมริกาจากการทำข้อตกลงทวิภาคีว่าด้วยความคุ้มกัน (Bilateral Immunity Agreements : BIAs) ซึ่งเป็นข้อตกลงที่กำหนดให้รัฐภาคีข้อตกลงนี้ มีความตกลงร่วมกันให้บุคคลที่ดำรงตำแหน่งในรัฐบาล เจ้าหน้าที่ รวมถึงผู้รับจ้างตามสัญญา บุคคลากรที่เป็นทหารและพลเมืองซึ่งเป็นคนชาติของรัฐที่ทำความตกลง รวมทั้งบุคคลที่เคยดำรงตำแหน่งดังที่กล่าวมาแล้วได้รับความคุ้มกันโดยภาคีความตกลงนี้จะไม่ส่งตัวบุคคลดังกล่าวขึ้นสู่การพิจารณาคดีในศาลอาญาระหว่างประเทศไม่ว่ากรณีใดๆ รวมทั้งไม่ส่งบุคคลดังกล่าวไปยังรัฐที่สามด้วยจุดประสงค์เพื่อให้รัฐที่สามส่งตัวไปยังศาลอาญาระหว่างประเทศเว้นเสียแต่จะได้รับความยินยอมจากรัฐนั้นๆ ซึ่งก่อนที่จะทำความตกลงดังกล่าวนี้กับสหรัฐอเมริกา ประเทศไทยได้ลงนามแสดงความเห็นชอบต่อธรรมนูญกรุงโรมแล้วซึ่งทำให้ประเทศไทยมีหน้าที่ตามหลักสนธิสัญญาที่จะต้องไม่ดำเนินการใดๆอันเป็นการขัดต่อวัตถุประสงค์และการดำเนินงานของศาลอาญาระหว่างประเทศ แต่เนื่องจากประเทศไทยยังคงต้องพึ่งพาความช่วยเหลือจากสหรัฐในด้านต่างๆ เช่น ทางเศรษฐกิจ การทหาร ประเทศไทยจึงยอมทำความตกลงดังกล่าว ถึงแม้ว่าข้อตกลงดังกล่าวมีวัตถุประสงค์อย่างชัดเจนอันเป็นการขัดต่อวัตถุประสงค์ของศาลในการที่ศาลจะสามารถใช้เขตอำนาจต่อบุคคลผู้กระทำอาชญากรรมร้ายแรงก็ตาม เนื่องจากหากไม่ยินยอมแล้วสหรัฐอเมริกาจะตัดความช่วยเหลือทางด้านต่างๆแก่ประเทศไทย ดังเช่นที่สหรัฐอเมริกาบีบบังคับและตัดความช่วยเหลือกับรัฐอื่นๆที่ปฏิเสธการทำความตกลงนี้ ดังที่ได้กล่าวมาแล้วในหัวข้อที่ 3.1.3.4 (ค) ดังนั้นอาจกล่าวได้ว่าประเทศไทยได้กระทำการอันขัดวัตถุประสงค์ของศาลอาญาระหว่างประเทศที่จะทำให้ศาลไม่สามารถมีเขตอำนาจที่แท้จริงหากไม่มีการส่งตัวบุคคลไปยังศาล และหากในอนาคตประเทศไทยเข้าร่วมเป็นภาคีก็จะเป็นการละเมิดต่อพันธกรณีที่มีต่อศาลในฐานะที่เป็นรัฐภาคีด้วย

จากผลของการที่ธรรมนูญกรุงโรมกำหนดให้ครอบคลุมถึงบุคคลทุกคนที่ได้ประกอบอาชญากรรมหลักตามเขตอำนาจศาลอาญาระหว่างประเทศแล้ว ประเทศไทยในฐานะรัฐลงนามแต่ยังไม่ให้สัตยาบันจึงไม่มีพันธกรณีต่อศาลอาญาระหว่างประเทศ ผู้วิจัยเห็นว่าประเด็นที่จะต้องพิจารณา ได้แก่

ก) กรณีผู้กระทำความผิดที่มีสัญชาติของรัฐภาคีประกอบอาชญากรรมหลักในประเทศอื่นแล้วเข้ามาอยู่ในประเทศไทย

ศาลอาญาระหว่างประเทศจะสามารถใช้เขตอำนาจได้หากผู้ที่กระทำความผิดเป็นคนชาติรัฐภาคี ดังนั้นในกรณีที่มีบุคคลผู้กระทำความผิดที่ถือสัญชาติรัฐภาคีเข้ามาในดินแดนของไทย เมื่อมีการร้องขอให้ส่งตัวบุคคลดังกล่าวจะต้องพิจารณาว่าประเทศไทยมีการทำ

สนธิสัญญาส่งผู้ร้ายข้ามแดนกับรัฐนั้นหรือไม่ หากมีก็จะต้องทำการส่งบุคคลนั้นข้ามแดนไปยังรัฐสัญชาติของบุคคลนั้นตามพันธกรณีที่มีตามหลักสนธิสัญญา แต่หากประเทศไทยได้รับคำร้องขอให้ส่งตัวบุคคลดังกล่าวไปยังศาลอาญาระหว่างประเทศ เนื่องจากประเทศไทยยังไม่เข้าเป็นภาคีธรรมนูญกรุงโรมจึงไม่มีพันธกรณีที่จะต้องให้ความร่วมมือตามคำร้องขอของศาล จึงขึ้นอยู่กับว่าประเทศไทยได้ทำความตกลงเพื่อให้ความช่วยเหลือกับศาลอาญาระหว่างประเทศในเรื่องดังกล่าวหรือไม่ หากไม่มีข้อตกลงนั้นก็ขึ้นกับการพิจารณาของไทยว่าจะดำเนินการอย่างไรกับบุคคลดังกล่าว ดังนั้นบุคคลดังกล่าวอาจตกอยู่ภายใต้เขตอำนาจศาลอาญาระหว่างประเทศได้ต่อเมื่อรัฐสัญชาติของบุคคลดังกล่าวไม่สามารถ หรือไม่เต็มใจดำเนินคดีกับบุคคลดังกล่าวอันจะทำให้ศาลสามารถเข้ามาใช้เขตอำนาจได้

ข) กรณีผู้กระทำความผิดเป็นผู้ที่มีสัญชาติรัฐที่ไม่เป็นภาคีประกอบ
อาชญากรรมหลักในประเทศอื่นแล้วเข้ามาอยู่ในประเทศไทย

ในกรณีนี้ศาลอาญาระหว่างประเทศไม่สามารถใช้เขตอำนาจได้ตามหลักสัญชาติ เนื่องจากผู้กระทำความผิดนั้นเป็นคนชาติรัฐที่ไม่เป็นภาคี ดังนั้นจึงต้องพิจารณาในเรื่องหลักดินแดน

1. กรณีเกิดการกระทำอาชญากรรมในรัฐภาคี

ในกรณีนี้ศาลอาญาระหว่างประเทศจะยังคงใช้เขตอำนาจได้หากผู้กระทำความผิดนั้นได้กระทำความผิดในดินแดนรัฐภาคี ดังนั้นหลักเกณฑ์การพิจารณาก็จะพิจารณาเช่นเดียวกับในกรณีแรก กล่าวคือ ประเทศไทยมีพันธกรณีตามสนธิสัญญาส่งผู้ร้ายข้ามแดนกับรัฐสัญชาติของบุคคลนั้นหรือกับรัฐดินแดนหรือไม่ หากมีพันธกรณีดังกล่าวก็จะต้องส่งตัวบุคคลไปให้รัฐนั้น แต่จะต้องพิจารณาเพิ่มเติมหากบุคคลดังกล่าวเป็นผู้มีสัญชาติอเมริกัน ประเทศไทยก็ต้องส่งตัวบุคคลดังกล่าวไปให้สหรัฐอเมริกาตามพันธกรณีที่มีอยู่ในข้อกำหนดความตกลงทวิภาคีว่าด้วยความคุ้มกัน และจะส่งไปให้รัฐที่สามเพื่อให้รัฐนั้นส่งตัวบุคคลดังกล่าวไปยังศาลอาญาระหว่างประเทศโดยไม่ได้รับความยินยอมจากสหรัฐก่อนไม่ได้ ดังนั้นคนชาติรัฐที่ไม่เป็นภาคีนี้อาจตกอยู่ภายใต้เขตอำนาจศาลอาญาระหว่างประเทศได้ต่อเมื่อรัฐสัญชาตินั้นไม่สามารถหรือไม่เต็มใจดำเนินคดีดังกล่าว

2. กรณีเกิดการกระทำอาชญากรรมในรัฐที่ไม่เป็นภาคี

กรณีนี้นอกจากศาลอาญาระหว่างประเทศจะไม่สามารถใช้เขตอำนาจตามหลักสัญชาติได้แล้ว ก็ยังไม่สามารถใช้เขตอำนาจตามหลักดินแดนได้ด้วย เพราะเกิดการกระทำความผิดโดยคนชาติรัฐที่ไม่เป็นภาคีในดินแดนของรัฐที่ไม่เป็นภาคี ดังนั้นเบื้องต้นจะต้องพิจารณาว่าไทยมีสนธิสัญญาส่งผู้ร้ายข้ามแดนกับรัฐนั้นหรือไม่ ถ้ามีก็ต้องส่งตัวบุคคลนั้นไปตามพันธกรณีที่มีอยู่ หรือเป็นกรณีที่รัฐนั้นได้ยอมรับเขตอำนาจศาลแล้ว ศาลอาญาระหว่างประเทศก็จะสามารถใช้เขตอำนาจได้ หรือหากคณะมนตรีความมั่นคงเห็นว่าป็นสถานการณ์ที่กระทบต่อสันติภาพและความมั่นคงระหว่างประเทศก็จะสามารถเสนอสถานการณ์สู่ศาลอาญาระหว่างประเทศได้โดยไม่ต้องได้รับความยินยอมจากรัฐก่อน นอกจากนี้หากเป็นกรณีที่ศาลอาญาระหว่างประเทศไม่สามารถใช้เขตอำนาจได้ และคณะมนตรีความมั่นคงก็ไม่เสนอสถานการณ์สู่ศาล ดังนั้นแล้วอาจมีการจัดตั้งศาลพิเศษขึ้นเพื่อพิจารณาคดีบุคคลผู้กระทำความผิดดังกล่าวได้

ค) กรณีผู้กระทำความผิดที่มีสัญชาติของรัฐภาคีประกอบอาชญากรรมหลักในประเทศไทย

กรณีนี้เมื่อมีการกระทำความผิดเกิดขึ้นในราชอาณาจักรไทย ประเทศไทยสามารถใช้เขตอำนาจดำเนินคดีกับบุคคลดังกล่าวได้ตามกฎหมายภายในของไทยไม่ว่าผู้กระทำความผิดนั้นจะมีสัญชาติใดก็ตาม ในกรณีนี้หากศาลมีคำร้องขอให้ส่งมอบตัวบุคคลดังกล่าวให้แก่ศาลอาญาระหว่างประเทศ ประเทศไทยอาจไม่ส่งตัวบุคคลดังกล่าวไปยังศาลอาญาระหว่างประเทศได้เนื่องจากไม่มีพันธกรณีต่อศาลในเรื่องดังกล่าว โดยอาจจะดำเนินการพิจารณาคดีบุคคลนั้นเอง หรือส่งตัวบุคคลนั้นกลับไปยังรัฐสัญชาติของบุคคลดังกล่าว

ส่วนกรณีของศาลอาญาระหว่างประเทศ ศาลจะเข้ามามีเขตอำนาจได้เมื่อมีรัฐใดรัฐหนึ่งไม่ว่าจะเป็นรัฐสัญชาติผู้กระทำความผิด หรือรัฐดินแดนที่เกิดอาชญากรรมนั้นเป็นภาคีธรรมนูญ และศาลจะสามารถใช้เขตอำนาจเหนือคดีดังกล่าวได้ หากว่ามีความไม่เต็มใจหรือไม่สามารถดำเนินคดีกับบุคคลดังกล่าวได้เนื่องจากศาลอาญาระหว่างประเทศจะทำหน้าที่เป็นศาลเสริมเขตอำนาจศาลภายใน ดังนั้นหากได้ส่งตัวบุคคลดังกล่าวกลับไปรัฐสัญชาติแล้วไม่มีการดำเนินคดี หรือมีการดำเนินคดีโดยศาลในรัฐเจ้าของสัญชาติของบุคคลดังกล่าว แล้วปรากฏถึงความไม่เต็มใจหรือไม่สามารถสืบสวนสอบสวนหรือดำเนินคดีแล้ว ศาลอาญาระหว่างประเทศก็จะ

เข้ามาใช้เขตอำนาจเหนือคดีดังกล่าวได้ หรือหากประเทศไทยได้แสดงเจตนาในการยอมรับเขตอำนาจศาล¹¹⁵ ศาลอาญาระหว่างประเทศก็จะสามารถใช้เขตอำนาจศาลในคดีดังกล่าวได้เช่นกัน ดังนั้นในกรณีนี้บุคคลผู้กระทำอาชญากรรมดังกล่าวจึงอาจตกอยู่ภายใต้เขตอำนาจศาลได้ เนื่องจากประเทศไทยยอมรับเขตอำนาจศาลอาญาระหว่างประเทศ หรือศาลของรัฐเจ้าของสัญชาติผู้กระทำความผิดนั้นไม่ดำเนินคดีกับบุคคลดังกล่าว หรือเกิดความไม่สามารถหรือไม่เต็มใจดำเนินการดังกล่าวนั้น

ง) กรณีผู้กระทำความผิดเป็นผู้ที่มีสัญชาติรัฐที่ไม่เป็นภาคีประกอบ
อาชญากรรมหลักในประเทศไทย

ในกรณีนี้ศาลไทยสามารถใช้เขตอำนาจในการดำเนินคดีกับบุคคลดังกล่าวได้เนื่องจากมีความผิดเกิดขึ้นในราชอาณาจักรไทยก่อน โดยที่ศาลอาญาระหว่างประเทศจะเข้ามาใช้เขตอำนาจศาลได้เมื่อรัฐใดรัฐหนึ่งยอมรับเขตอำนาจศาล กรณีเช่นนี้ศาลอาญาระหว่างประเทศจะสามารถเข้ามาใช้เขตอำนาจเหนือคดีได้หากมีการเสนอคดีขึ้นสู่ศาลเมื่อคณะมนตรีความมั่นคงเห็นว่าสถานการณ์นั้นกระทบต่อสันติภาพและความมั่นคงระหว่างประเทศ หรือหากกรณีบุคคลดังกล่าวเป็นผู้มีสัญชาติอเมริกัน ประเทศไทยก็ต้องส่งตัวบุคคลดังกล่าวไปให้สหรัฐอเมริกาตามพันธกรณีที่มีอยู่มีฉะนั้นก็จะเป็นการละเมิดข้อตกลงของความตกลงทวิภาคีว่าด้วยความคุ้มกัน หรือหากเป็นกรณีที่ไม่มียุติโดยยอมรับเขตอำนาจศาล และคณะมนตรีไม่เสนอสถานการณ์สู่ศาลอาญาระหว่างประเทศแล้วผู้กระทำผิดนั้นยังอาจถูกดำเนินคดีในความผิดของตนโดยศาลพิเศษที่จัดตั้งขึ้นได้ ดังนั้นบุคคลดังกล่าวแม้จะถือสัญชาติรัฐที่ไม่เป็นภาคี และประกอบอาชญากรรมในดินแดนรัฐที่ไม่เป็นภาคี ก็ยังตกอยู่ภายใต้เขตอำนาจของศาลอาญาระหว่างประเทศได้

ดังนั้นจะเห็นได้ว่าบุคคลที่ประกอบอาชญากรรมร้ายแรงที่กำหนดไว้ในเขตอำนาจศาลอาญาระหว่างประเทศ ไม่ว่าจะมีความผิดของรัฐภาคี หรือไม่เป็นภาคีจะอาศัยดินแดนรัฐที่ไม่เป็นภาคีเพื่อให้พ้นจากการใช้เขตอำนาจศาลอาญาระหว่างประเทศนั้นเป็นไปได้ยาก เนื่องจากศาลอาญาระหว่างประเทศยังคงสามารถใช้เขตอำนาจและส่งผลกระทบต่อบุคคลดังกล่าวได้ตามเงื่อนไขที่ได้กล่าวไปแล้ว

¹¹⁵ Ibid., Art. 12(3).

จากการที่ได้ศึกษามาแล้วนั้นจะเห็นได้ว่า ศาลอาญาระหว่างประเทศสามารถใช้เขตอำนาจเหนือคนชาติรัฐภาคีผู้ประกอบอาชญากรรมร้ายแรงที่กำหนดไว้ในธรรมนูญ 4 ฐานอันได้แก่ อาชญากรรมอันเป็นการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ อาชญากรรมสงคราม อาชญากรรมต่อมนุษยชาติ และอาชญากรรมอันเป็นรุกราน (เมื่อได้มีการกำหนดค่านิยามแล้ว) ซึ่งศาลจะพิจารณาให้บุคคลดังกล่าวต้องมีความรับผิดชอบในการกระทำของตนได้โดยบุคคลดังกล่าวไม่สามารถอ้างความคุ้มกันเพื่อให้หลุดพ้นจากเขตอำนาจศาลได้ นอกจากนี้ศาลยังสามารถพิจารณาคดีที่เกิดจากการกระทำของบุคคลที่ถือสัญชาติรัฐที่ไม่เป็นภาคีด้วย เนื่องจากวัตถุประสงค์ของศาลที่จะไม่ปล่อยให้ผู้กระทำความผิดลอยนวลไปได้ ซึ่งการกำหนดให้ศาลสามารถใช้เขตอำนาจได้ครอบคลุมเช่นนี้จึงส่งผลกระทบต่อบุคคลที่มีสัญชาติของรัฐที่ไม่เป็นภาคีด้วยทั้งทางตรงและทางอ้อมดังที่ได้สรุปไว้ท้ายบทนี้ในตารางแสดงผลกระทบของธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศต่อรัฐและคนชาติของรัฐลงนามแต่ยังไม่ให้สัตยาบันและรัฐที่ไม่เป็นภาคี



สถาบันวิทยบริการ
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

ตารางแสดงผลกระทบของธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศต่อรัฐและคนชาติรัฐลงนามแต่ยังไม่ให้สัตยาบันและรัฐที่ไม่เป็นภาคี

ผลกระทบ	รัฐลงนามแต่ยังไม่ให้สัตยาบัน		รัฐที่ไม่เป็นภาคี	
	ผลกระทบต่อรัฐ	ผลกระทบต่อปัจเจกชน	ผลกระทบต่อรัฐ	ผลกระทบต่อปัจเจกชน
ผลกระทบทางตรง	1. ไม่กระทำการอันลบล้าง วัตถุประสงค์ของธรรมนูญกรุงโรม 2. ไม่กระทำอาชญากรรมหลักที่เป็น กฎหมายจารีตประเพณีระหว่าง ประเทศ	ตกอยู่ภายใต้เขตอำนาจ ศาลได้เมื่อประกอบ อาชญากรรมหลักที่อยู่ใน เขตอำนาจศาลอาญา ระหว่างประเทศ	ไม่กระทำอาชญากรรมหลักที่เป็น กฎหมายจารีตประเพณีระหว่าง ประเทศ	ตกอยู่ภายใต้เขตอำนาจ ศาลได้เมื่อประกอบ อาชญากรรมหลักที่อยู่ใน เขตอำนาจศาลอาญา ระหว่างประเทศ
ผลกระทบทางอ้อม	- พิจารณากฎหมายภายใน เพื่อ เตรียมแก้ไขเพิ่มเติมให้สอดคล้อง รองรับพันธกรณีที่จะเกิดขึ้นหากเข้า เป็นภาคี - ประชาสัมพันธ์ให้ความรู้แก่ ประชาชน เจ้าหน้าที่ต่างๆเกี่ยวกับ ศาลอาญาระหว่างประเทศ กฎหมายสิทธิมนุษยชนและ กฎหมายมนุษยธรรม	- ได้รับความรู้เกี่ยวกับศาล อาญาระหว่างประเทศ และกฎหมายสิทธิ มนุษยชน และกฎหมาย มนุษยธรรม - ได้รับความคุ้มครองสิทธิ มนุษยชนจากการกระทำ อาชญากรรมหลัก	- พิจารณากฎหมายภายในให้มี ความครอบคลุมอาชญากรรม หลัก เพื่อที่จะสามารถดำเนินคดี ที่เกิดในเขตอำนาจรัฐตนได้ - ประชาสัมพันธ์ให้ความรู้แก่ ประชาชน เจ้าหน้าที่ต่างๆ เกี่ยวกับศาลอาญาระหว่าง ประเทศ กฎหมายสิทธิมนุษยชน และกฎหมายมนุษยธรรม	- ได้รับความรู้เกี่ยวกับศาล อาญาระหว่างประเทศ และ กฎหมายสิทธิมนุษยชน และกฎหมายมนุษยธรรม - ได้รับความคุ้มครองสิทธิ มนุษยชนจากการกระทำ อาชญากรรมหลัก

บทที่ 5

บทสรุปและข้อเสนอแนะ

บทสรุป

จากที่ได้ทำการศึกษาวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ จะเห็นได้ว่าศาลอาญาระหว่างประเทศจัดตั้งขึ้น โดยธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศ โดยมีวัตถุประสงค์ที่จะดำเนินคดีอาญากับปัจเจกชนผู้กระทำอาชญากรรมร้ายแรงที่กำหนดในธรรมนูญกรุงโรม 4 ประเภท อันได้แก่ อาชญากรรมอันเป็นการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ อาชญากรรมสงคราม อาชญากรรมต่อมนุษยชาติ และอาชญากรรมอันเป็นการรุกราน เพื่อคุ้มครองเหยื่อและผู้เสียหายจากการกระทำดังกล่าว ธรรมนูญกรุงโรมนั้นเป็นสนธิสัญญาพหุภาคีที่ให้แต่ละรัฐแสดงเจตจำนงร่วมกันในการจัดตั้งศาลนี้ขึ้น ดังนั้นธรรมนูญกรุงโรมจึงมีความสัมพันธ์กับรัฐต่างๆแตกต่างกันไป ทั้งรัฐที่เป็นภาคี รัฐที่ลงนามแต่ยังไม่ให้สัตยาบัน และรัฐที่ไม่เป็นภาคี

เมื่อรัฐเข้าร่วมเป็นภาคีแล้วจะต้องมีพันธกรณีตามที่ธรรมนูญกรุงโรมกำหนด และต้องปฏิบัติตามพันธกรณีด้วยความสุจริตตามหลักที่ว่าสัญญาต้องเป็นสัญญา (pacta sunt servanda) ส่วนรัฐที่ลงนามแต่ยังไม่ให้สัตยาบันนั้นยังไม่มีพันธกรณีเช่นเดียวกับกับรัฐภาคี แต่มีพันธกรณีที่เกิดจากการลงนาม เนื่องจาก การลงนามนั้นแสดงให้เห็นถึงการยอมรับวัตถุประสงค์เนื้อหาของธรรมนูญกรุงโรม ดังนั้นรัฐลงนามจึงไม่อาจกระทำการใดอันเป็นการลบล้างวัตถุประสงค์ของธรรมนูญกรุงโรมได้จนกว่าจะแสดงออกอย่างชัดเจนว่าจะไม่เข้าเป็นภาคี ธรรมนูญกรุงโรม ส่วนรัฐที่ไม่เป็นภาคีนั้นตามหลักสนธิสัญญาแล้ว สนธิสัญญาจะไม่ผูกพันรัฐที่สามหากไม่ได้ได้รับความยินยอมจากรัฐนั้น ดังนั้นรัฐที่ไม่เป็นภาคีจึงไม่ผูกพันมีพันธกรณีตามข้อกำหนดในธรรมนูญ แต่เนื่องจากว่าอาชญากรรมที่นำมาบัญญัติในธรรมนูญกรุงโรมนั้นเป็นอาชญากรรมร้ายแรงที่ได้รับการยอมรับว่าเป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ และเป็นอาชญากรรมที่มีเขตอำนาจสากล ดังนั้นแม้รัฐจะไม่เป็นภาคีธรรมนูญกรุงโรมแต่ก็เชื่อว่า จะกระทำอาชญากรรมร้ายแรงเหล่านี้ได้ เพราะรัฐต่างๆก็ยังคงเคารพกฎหมายระหว่างประเทศอยู่

จากการศึกษาถึงผลกระทบของธรรมนูญกรุงโรมต่อรัฐต่างๆนั้นพบว่ารัฐที่ลงนามแต่ยังไม่ให้สัตยาบันก็คือว่าเป็นรัฐที่ไม่เป็นภาคีด้วย ดังนั้นผลกระทบที่รัฐทั้งสองได้รับจึงคล้ายคลึงกัน นอกจากนี้ธรรมนูญกรุงโรมจะกำหนดสิทธิหน้าที่ความรับผิดชอบ และการใช้เขตอำนาจศาลต่อรัฐภาคีไว้

อย่างชัดเจนแล้วธรรมนูญกรุงโรมยังกำหนดเงื่อนไขการใช้เขตอำนาจของตนได้ต่อเมื่อผู้กระทำ ความผิดมีสัญชาติรัฐภาคี หรือมีการกระทำความผิดในดินแดนรัฐภาคีและรัฐภาคีนั้นเสนอคดีสู่ ศาลอาญาระหว่างประเทศ หรือเป็นกรณีที่คณะมนตรีความมั่นคงเสนอสถานการณ์สู่ศาลอาญา ระหว่างประเทศโดยการปฏิบัติหน้าที่ตามหมวด 7 แห่งกฎบัตรสหประชาชาติ หรืออัยการเป็นผู้ ริเริ่มสืบสวนสอบสวนด้วยตัวเองจากข้อมูลที่ได้รับ โดยข้อมูลนั้นอาจได้มาจากรัฐ หน่วยงานเอกชน องค์กรอื่นที่ไม่ใช่รัฐบาล หรือบุคคลธรรมดาก็ได้ โดยศาลจะทำหน้าที่เป็นศาลเสริมเขตอำนาจศาล ภายในซึ่งศาลอาญาระหว่างประเทศจะรับผิดชอบพิจารณาได้ต่อเมื่อปรากฏความไม่เต็มใจหรือไม่ สามารถอย่างแท้จริงในการสืบสวนสอบสวนดำเนินคดีนั้น

ส่วนรัฐที่ไม่เป็นภาคีซึ่งรวมถึงรัฐลงนามแต่ยังไม่ให้สัตยาบันด้วยนั้น ศาลอาญาระหว่าง ประเทศจะใช้เขตอำนาจได้ต่อเมื่อได้มีการกระทำความผิดในดินแดนรัฐภาคี และรัฐภาคีเสนอคดีสู่ศาล หรือเป็นกรณีที่รัฐใดรัฐหนึ่งขอมริบเขตอำนาจให้ศาลอาญาระหว่างประเทศพิจารณาคดี หรือเป็น กรณีที่คณะมนตรีความมั่นคงเห็นว่าสถานการณ์นั้นกระทบต่อสันติภาพและความมั่นคงระหว่าง ประเทศ คณะมนตรีความมั่นคงก็สามารถเสนอสถานการณ์นั้นสู่ศาลอาญาระหว่างประเทศได้โดย ไม่ต้องได้รับความยินยอมจากรัฐนั้นก่อน ซึ่งการให้อำนาจคณะมนตรีความมั่นคงในการเสนอคดีนี้ เป็นหนทางที่จะสามารถอุดช่องว่างกรณีที่ผู้กระทำความผิดมีสัญชาติรัฐที่ไม่เป็นภาคีกระทำ ความผิดในดินแดนของตน หรือดินแดนรัฐที่ไม่เป็นภาคีอื่น ซึ่งศาลอาญาระหว่างประเทศไม่ สามารถใช้เขตอำนาจของตนได้ แต่อย่างไรก็ดีหากเป็นกรณีที่ไม่มีรัฐโดยอมริบเขตอำนาจศาล และเป็นกรณีที่คณะมนตรีความมั่นคงไม่เสนอสถานการณ์สู่ศาลอาญาระหว่างประเทศ ผู้กระทำ ผิดนั้นก็ยังคงอาจถูกพิจารณาคดีได้โดยการจัดตั้งศาลพิเศษขึ้น เนื่องจากการกระทำ อาชญากรรมร้ายแรงและส่งผลกระทบอย่างมากในทางระหว่างประเทศ

อย่างไรก็ดีจากการที่ธรรมนูญกรุงโรมกำหนดให้ศาลอาญาระหว่างประเทศสามารถใช้เขต อำนาจต่อคนชาติรัฐที่ไม่เป็นภาคีได้ด้วยนั้น ทำให้สหรัฐอเมริกาถอนตัวจากการลงนามธรรมนูญ กรุงโรม มีท่าทีต่อต้านศาลอาญาระหว่างประเทศและทำทุกวิถีทางที่จะยกเว้นเขตอำนาจศาล ให้แก่คนชาติของตน ทั้งการที่ให้คณะมนตรีความมั่นคงออกข้อมติเพื่อยกเว้นเขตอำนาจศาลให้แก่ สมาชิกกองกำลังสหประชาชาติที่มาจากรัฐที่ไม่เป็นภาคี การออกกฎหมายภายใน (ASPA) มิให้ม การให้ความร่วมมือกับศาล อีกทั้งยังทำความตกลงทวิภาคีว่าด้วยความคุ้มกัน (BIAs) กับนานา ประเทศทั้งที่เป็นภาคีและไม่เป็นภาคีธรรมนูญกรุงโรม เพื่อมิให้มีการส่งตัวคนอเมริกันสู่ศาลอาญา ระหว่างประเทศ หรือส่งไปยังรัฐอื่นเพื่อส่งตัวไปให้ศาลอาญาระหว่างประเทศโดยไม่ได้รับความ ยินยอมจากสหรัฐอเมริกา ก่อน โดยสหรัฐอเมริกาได้ใช้ความเป็นมหาอำนาจของตนบีบบังคับรัฐ

ต่างๆให้ยอมทำความตกลงนี้หากไม่ยินยอมก็จะถอนความช่วยเหลือ บั๊จจัยต่างๆทางทหารและทางเศรษฐกิจจากรัฐนั้นๆ จะเห็นได้ว่าความตกลงนี้มีความขัดแย้งกับวัตถุประสงค์ของธรรมนูญกรุงโรมอย่างชัดเจนในการที่จะทำให้ศาลอาญาระหว่างประเทศไม่สามารถดำเนินคดีกับผู้ประกอบอาชญากรรมร้ายแรงที่อยู่ในเขตอำนาจศาลได้ อันจะทำให้ศาลอาญาระหว่างประเทศไม่สามารถใช้เขตอำนาจได้อย่างแท้จริง

เนื่องจากธรรมนูญกรุงโรมกำหนดให้ศาลอาญาระหว่างประเทศบังคับใช้เขตอำนาจกับปัจเจกชนผู้กระทำอาชญากรรมร้ายแรงนั้นโดยตรง และใช้บังคับได้เป็นการทั่วไปกับทุกคนโดยไม่คำนึงถึงสถานะทางการของบุคคลดังกล่าว ดังนั้นหากคนชาติของรัฐที่ไม่เป็นภาคีกระทำอาชญากรรมหลักเหล่านี้ก็จะได้รับผลกระทบโดยตรงจากการใช้เขตอำนาจของศาลอาญาระหว่างประเทศในฐานะเป็นศาลเสริม ดังนั้นรัฐที่ไม่เป็นภาคีจึงต้องพิจารณากฎหมายภายในของตนให้มีความสอดคล้องครอบคลุมอาชญากรรมที่กำหนด เพื่อที่ศาลภายในของรัฐจะสามารถสืบสวนสอบสวนดำเนินคดีได้อย่างเต็มที่ และรัฐที่ไม่เป็นภาคีสามารถคัดค้านการใช้เขตอำนาจและการรับคดีไว้พิจารณาของศาลอาญาระหว่างประเทศได้หากได้มีการดำเนินการอยู่ หรือได้ดำเนินคดีกับบุคคลนั้นไปแล้ว อันจะทำให้ศาลอาญาระหว่างประเทศไม่สามารถพิจารณาคดีกับบุคคลดังกล่าวซ้ำได้อีก

อย่างไรก็ดีจากการที่ธรรมนูญกรุงโรมส่งผลกระทบต่อรัฐและคนชาติรัฐต่างๆนั้น ประเทศไทยในฐานะรัฐที่ลงนามธรรมนูญกรุงโรมแล้วแต่ยังไม่ได้ให้สัตยาบันจึงได้รับผลกระทบต่างๆด้วย กล่าวคือ ประเทศไทยมีพันธกรณีที่จะไม่ดำเนินการใดอันเป็นการลบล้างวัตถุประสงค์ธรรมนูญกรุงโรม และขัดขวางการดำเนินงานของศาลอาญาระหว่างประเทศเช่น การออกคำสั่งหรือนโยบายให้มีการกระทำอาชญากรรมร้ายแรง รวมถึงการออกกฎหมายหรือทำความตกลงใดๆที่จะทำให้ศาลไม่สามารถดำเนินงานให้บรรลุวัตถุประสงค์ หรือทำให้ไม่สามารถให้ความร่วมมือกับศาลได้หากในอนาคตได้ให้สัตยาบันเข้าเป็นภาคี นอกจากนี้ประเทศไทยยังต้องพิจารณาสำรวจกฎหมายภายใน เพื่อเตรียมทบทวนแก้ไขหรืออนุวัติการกฎหมายให้สอดคล้องกับข้อกำหนดในธรรมนูญกรุงโรม เพื่อเตรียมที่จะรองรับพันธกรณีที่จะเกิดขึ้นหากเข้าเป็นภาคี และที่สำคัญคือจะได้มีความสอดคล้องตามกฎหมายภายในเพื่อที่ศาลไทยจะได้มีเขตอำนาจดำเนินคดีกับผู้กระทำความผิดได้อย่างเต็มที่ เพราะปัจจุบันกฎหมายไทยยังไม่มีฐานความผิดที่เป็นอาชญากรรมร้ายแรงเหล่านี้ หากเกิดคดีขึ้นจะต้องปรับใช้กฎหมายภายในเพื่อให้สามารถดำเนินคดีดังกล่าวได้ แต่เนื่องจากกฎหมายอาญาต้องตีความอย่างเคร่งครัด จะตีความให้เกิดผลเสียแก่จำเลยไม่ได้ ดังนั้นจึงอาจ

เป็นช่องว่างที่จะทำให้ศาลอาญาระหว่างประเทศนำคดีไปพิจารณา เนื่องจากประเทศไทยไม่สามารถคัดค้านการใช้เขตอำนาจศาลอาญาระหว่างประเทศได้

อีกทั้งประเทศไทยยังต้องมีการดำเนินการประชาสัมพันธ์ เผยแพร่ความรู้แก่ประชาชน เจ้าหน้าที่ของรัฐ ทหาร ตำรวจตระเวนชายแดน ผู้ที่อาจได้รับผลกระทบโดยตรงจากการใช้เขตอำนาจศาลอาญาระหว่างประเทศให้มีความรู้ความเข้าใจในเรื่องดังกล่าว อันจะช่วยลดความกังวลแก่เจ้าหน้าที่ผู้ปฏิบัติการในภาคสนาม ทำให้ต้องมีการวางแผนในการปฏิบัติการต่างๆ ให้รอบคอบรัดกุมขึ้น และไม่กระทำการอันอาจตกอยู่ภายใต้เขตอำนาจศาลอาญาระหว่างประเทศได้

ข้อเสนอแนะ

จากการศึกษาที่ผ่านมาพบว่ารัฐที่เป็นภาคี รัฐที่ลงนามแต่ยังไม่ให้สัตยาบัน และรัฐที่ไม่เป็นภาคีนั้นต่างก็ได้รับผลกระทบจากการมีผลบังคับใช้ธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศอันก่อให้เกิดพันธกรณี สิทธิ หน้าที่แตกต่างกันไป ประเทศไทยแม้จะยังไม่เป็นภาคี แต่ก็ยังได้รับผลกระทบจากธรรมนูญกรุงโรมอีกทั้งยังมีพันธกรณีในฐานะรัฐที่ลงนามธรรมนูญกรุงโรมด้วย ดังนั้นจึงมีข้อเสนอแนะบางประการ คือ

1. ประเทศไทยควรพิจารณาให้สัตยาบันธรรมนูญกรุงโรมเพื่อเข้าเป็นภาคี อันจะเป็นการแสดงให้เห็นว่าประเทศไทยนั้นมีนโยบายในการส่งเสริมและคุ้มครองสิทธิมนุษยชน นอกจากนี้การเข้าเป็นภาคีนั้นทำให้ได้รับประโยชน์หลายอย่าง เช่น

- ได้สิทธิยกเว้นเขตอำนาจศาลอาญาระหว่างประเทศในอาชญากรรมสงครามได้เป็นเวลา 7 ปี ซึ่งรัฐที่ไม่เป็นภาคีไม่มีสิทธิดังกล่าว
- การเข้าเป็นภาคีจะได้สิทธิในการเป็นสมาชิกสมัชชารัฐภาคี ซึ่งจะมีสิทธิลงคะแนนเสียงในมติต่างๆ มีสิทธิเสนอให้มีการทบทวนแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติในธรรมนูญกรุงโรม และระเบียบว่าด้วยวิธีพิจารณาความและพยานหลักฐาน เป็นต้น
- การเข้าเป็นภาคีจะเป็นการเปิดโอกาสให้บุคลากรที่มีความรู้ความสามารถของ ไทยเข้าไปมีบทบาทในศาลอาญาระหว่างประเทศได้ โดยการเสนอชื่อเข้ารับเลือกตั้งในตำแหน่งอัยการ ผู้พิพากษาของศาล ดังนั้นจึงควรมีการเตรียมความพร้อมของบุคคลเพื่อเตรียมที่จะใช้โอกาสดังกล่าว อันเป็นการส่งเสริมให้ประเทศไทยมีบทบาทในทางระหว่างประเทศมากขึ้น และมีอิทธิพลในการตัดสินใจและ

ดำเนินงานของศาลได้ โดยให้หน่วยงานที่เกี่ยวข้อง ซึ่งอาจจะเป็นทั้งมหาวิทยาลัย กระทรวงต่างประเทศ กระทรวงยุติธรรม สำนักอัยการสูงสุด ฯลฯ ที่มีบุคลากรผู้เชี่ยวชาญทางกฎหมายระหว่างประเทศเป็นผู้สนับสนุนเตรียมความพร้อมให้ บุคคลากรมีศักยภาพสูงสุดที่จะสามารถมีบทบาทเป็นตัวแทนประเทศไทยในเวที ระดับโลกได้

2. ควรพัฒนากฎหมาย ข้อบังคับต่างๆ และกระบวนการยุติธรรมภายในให้มีประสิทธิภาพ ทันสมัย ได้มาตรฐานระหว่างประเทศ ทั้งศาลยุติธรรมและศาลทหาร ไม่ว่าจะเข้าร่วมเป็นภาคี ธรรมนูญกรุงโรมหรือไม่ เพื่อที่ศาลไทยจะมีฐานความผิดครอบคลุมและสามารถดำเนินคดีได้ และ ศาลอาญาระหว่างประเทศไม่สามารถที่จะใช้เขตอำนาจโดยกล่าวอ้างถึงความไม่เต็มใจหรือไม่ สามารถในการสืบสวนสอบสวนดำเนินคดี อีกทั้งหากเข้าเป็นภาคีแล้วจะได้มีกฎหมายภายในที่ สอดคล้องรองรับกับการปฏิบัติหน้าที่ตามพันธกรณีได้ โดยกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการใช้เขต อำนาจศาลและการให้ความร่วมมือกับศาลอาญาระหว่างประเทศ ได้แก่ ประมวลกฎหมายอาญา ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ประมวลกฎหมายอาญาทหาร พระราชบัญญัติความร่วมมือทางอาญา พ.ศ.2535 พระราชบัญญัติส่งผู้ร้ายข้ามแดน พ.ศ.2472 พระราชบัญญัติการ ปฏิบัติเพื่อความร่วมมือระหว่างประเทศในการดำเนินการตามคำพิพากษาคดีอาญา พ.ศ.2527 เป็นต้น

3. ควรให้มีมติคณะรัฐมนตรีในการจัดให้มีหลักสูตรกฎหมายสิทธิมนุษยชน และกฎหมาย มนุษยธรรมระหว่างประเทศ (กฎหมายว่าด้วยการขัดกันด้วยอาวุธ หรือกฎหมายสงคราม) ใน การศึกษาแก่เจ้าหน้าที่ของรัฐ ทหาร ตำรวจ และบุคคลอื่นๆที่เกี่ยวข้องกับปฏิบัติการ และจัดให้มี การศึกษาในเรื่องดังกล่าวในการศึกษาทุกระดับ เพื่อมิให้คนชาติไทยต้องกระทำผิดและตกอยู่ ภายใต้อำนาจศาลอาญาระหว่างประเทศ อีกทั้งยังเป็นการเสริมสร้างความรู้ความเข้าใจ และ ปลุกฝังจิตสำนึกที่ดีในเรื่องสิทธิมนุษยชนด้วย

4. ควรจัดให้หน่วยงานที่เกี่ยวข้อง เช่น กระทรวงต่างประเทศ คณะกรรมการสิทธิมนุษยชน แห่งชาติ กรรมการปกครอง เผยแพร่ความรู้เกี่ยวกับศาลอาญาระหว่างประเทศ ความผิดที่อยู่ในเขต อำนาจศาลอาญาระหว่างประเทศ และสิทธิมนุษยชนให้แก่ประชาชนทั่วไป ทหาร ตำรวจ ตำรวจ ตระเวนชายแดน กองอาสารักษาดินแดน เจ้าหน้าที่ต่างๆที่อยู่ในสังกัด ให้เกิดความเข้าใจ และ ปฏิบัติภารกิจได้อย่างเต็มที่ และไม่ตกอยู่ภายใต้อำนาจศาลอาญาระหว่างประเทศ

5. แม้ประเทศไทยจะยังไม่เข้าเป็นภาคีก็ควรเคารพพันธกรณีที่มีในฐานะรัฐลงนามในอันที่จะไม่กระทำการใดๆ อันขัดต่อวัตถุประสงค์ และการดำเนินงานของศาลอาญาระหว่างประเทศ ซึ่งอาจกลายเป็นปัญหาในอนาคตที่จะทำให้ไม่สามารถปฏิบัติตามพันธกรณีที่จะเกิดขึ้นหากไทยเข้าเป็นภาคี เช่น กรณีการเข้าทำความตกลงทวิภาคีกับสหรัฐอเมริกา ทั้งที่ประเทศไทยได้ให้ความเห็นชอบลงนามในธรรมนูญกรุงโรมไว้แล้วจึงไม่ควรพิจารณาทำความตกลงดังกล่าว อีกทั้งควรให้ความร่วมมือกับศาลอาญาระหว่างประเทศหากมีข้อเท็จจริงเกิดขึ้นว่าบุคคลผู้กระทำอาชญากรรมร้ายแรงเข้ามาอยู่ในประเทศไทย โดยการส่งตัวบุคคลดังกล่าวไปพิจารณาคดียังศาลอาญาระหว่างประเทศ รวมทั้งการให้ความร่วมมือในด้านอื่นๆ อันไม่กระทบต่อความมั่นคงของประเทศไทย โดยที่ในระหว่างที่ยังไม่เป็นภาคีนี้ประเทศไทยสามารถทำความตกลงให้ความร่วมมือในเรื่องดังกล่าวกับศาลอาญาระหว่างประเทศได้

ดังนั้นจากที่ได้ทำการศึกษามาแล้วจะเห็นได้ว่าศาลอาญาระหว่างประเทศนั้นส่งผลกระทบต่อรัฐทุกรัฐ รวมถึงปัจเจกชนทุกคนที่เป็นผู้ประกอบอาชญากรรมร้ายแรงนี้ ดังนั้นประเทศไทยในฐานะรัฐลงนามแต่ยังไม่ให้สัตยาบัน และคนไทยจึงได้รับผลกระทบดังกล่าวด้วยทั้งโดยตรงและโดยอ้อมจากพันธกรณีที่มีตามกฎหมายระหว่างประเทศ และหากศาลอาญาระหว่างประเทศสามารถให้เขตอำนาจได้อย่างแท้จริงแล้ว ก็จะเป็นอีกหลักประกันหนึ่งที่จะทำให้ปัจเจกชนได้รับความคุ้มครองจากการกระทำอาชญากรรมร้ายแรง และจะได้รับการเยียวยาหากตกเป็นเหยื่อ หรือได้รับความเสียหายจากการกระทำนั้น และยังสามารถอ้างไว้ซึ่งสันติภาพและความมั่นคงของประชาคมโลกได้ เนื่องจากศาลอาญาระหว่างประเทศจะเป็นปัจจัยหนึ่งที่จะช่วยลดและป้องกันการกระทำอาชญากรรมร้ายแรงระหว่างประเทศเหล่านี้ได้

สถาบันวิทยบริการ
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

รายการอ้างอิง

ภาษาไทย

- กรรภิรมย์ สุทธนาวิน. ศาลอาญาระหว่างประเทศ. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต, ภาควิชา
นิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2542.
- กองการล้อมวลชน กรมสารนิเทศ กระทรวงต่างประเทศ. การลงนามธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาล
อาญาระหว่างประเทศ. เอกสารเผยแพร่ที่ 700/2543 ลงวันที่ 11 ตุลาคม พ.ศ.2543.
- กฤษณะ บวรรัตนารักษ์. การจัดตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศ (International Criminal Court:
ICC). วารสารหลักเมือง 8,87 (มิถุนายน 2541): 13-15.
- คณิน บุญสุวรรณ. พระมหากษัตริย์กับรัฐธรรมนูญ. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์สุภาพใจ,
2547.
- จตุรนต์ ธีระวัฒน์. กระบวนการทำสนธิสัญญาและการปรับใช้สนธิสัญญาในทางปฏิบัติของ
ประเทศไทย. วารสารนิติศาสตร์ 26,3 (กันยายน 2539): 608-630.
- จิตรา เพียรล้ำเลิศ. ข้อพิจารณาบางประการเกี่ยวกับศาลอาญาระหว่างประเทศ. วารสาร
กฎหมายสุโขทัยธรรมมาธิราช 12,1 (มิถุนายน 2543): 70-79.
- จุมพต สายสุนทร. การยอมรับและการบังคับใช้สนธิสัญญาตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญของ
รัฐ. วารสารนิติศาสตร์ 31,4 (ธันวาคม 2544): 858-896.
- จุมพต สายสุนทร. กฎหมายระหว่างประเทศ เล่ม 1. กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2543.
- จุมพต สายสุนทร. กฎหมายระหว่างประเทศ เล่ม 3. กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2543.
- เจษฎา พรไชยา. พระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ของประเทศไทยกับประเทศอังกฤษ.
กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2546.
- ชุมพร ปัจจุบันนท์. กฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล เล่ม 1 สัญชาติ. กรุงเทพมหานคร:
วิญญูชน, 2546.
- ชนันภรณ์ บุญเกิดทรัพย์. ปัญหาและแนวทางว่าด้วยความคุ้มกันของกองกำลังสหประชาชาติใน
การปฏิบัติการเพื่อสันติภาพในบริบทของศาลอาญาระหว่างประเทศ. วิทยานิพนธ์
ปริญญาโทมหาบัณฑิต, ภาควิชานิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2547.
- บรรณา วังวิวัฒน์. กระบวนการจัดทำสนธิสัญญาและความตกลงระหว่างประเทศ ทางปฏิบัติของ
ไทย. วารสารอัยการ 15,155 (มกราคม 2534): 4-22.
- ประมวล รุจนเสรี. พระราชอำนาจ. กรุงเทพมหานคร: สุเมธ รุจนเสรี, 2548.

- ประสิทธิ์ เอกบุตร. กฎหมายระหว่างประเทศเล่มที่ 1 สนธิสัญญา. กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2544.
- ประเสริฐ จิตติวัฒนพงศ์. การเมืองและนโยบายต่างประเทศญี่ปุ่น. กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2533.
- พรชัย ด้านวิวัฒน์. กฎหมายอาญาระหว่างประเทศ. กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2544.
- ภาสกร ชุนอุไร. เอกสิทธิ์และความคุ้มกันของประมุขของรัฐ. ใน หนังสือรวมบทความทางวิชาการเพื่อเป็นอนุสรณ์แด่ ศาสตราจารย์ไพโรจน์ ชัยนาม. หน้า 359-364. กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2538.
- วิชัย ศรีรัตน์. หนึ่งปีของศาลอาญาระหว่างประเทศกับท่าทีของประเทศไทย : จะเดินหน้าหรือถอยหลัง. วารสารกฎหมายสุโขทัยธรรมมาธิราช 15,2 (ธันวาคม 2546): 40-49.
- วิชัย ศรีรัตน์, บรรณาธิการ. ศาลอาญาระหว่างประเทศกับสังคมไทย. กรุงเทพฯ: สมาเพื่อสิทธิมนุษยชนและการพัฒนาแห่งเอเชีย. คณะทำงานศาลอาญาระหว่างประเทศ และศูนย์กฎหมายสิทธิมนุษยชนและสันติศึกษา, 2546.
- วิศิษฎ์ วัฒนวาทิน. ความสัมพันธ์ระหว่างหลัก Rebus sic stantibus กับหลัก Pacta sunt servanda ในสนธิสัญญา. วารสารกฎหมายสุโขทัยธรรมมาธิราช 3,1 (กรกฎาคม 2534): 31-39.
- วันวิภา สุขสวัสดิ์. บทบาทของคณะมนตรีความมั่นคงและความสัมพันธ์กับศาลอาญาระหว่างประเทศ. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต, สาขาวิชานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2545.
- ศุภกรรัตน์ มากมา. คำจำกัดความของอาชญากรรมต่อมนุษยชาติในกรอบของธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศ. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต, ภาควิชานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2545.
- ส.ศิริรักษ์. สถาบันพระมหากษัตริย์กับอนาคตของประเทศไทย (1). ฐานสืบดาหิจวารณ์ ฉบับที่ 122 วันที่ 24-30 สิงหาคม 2539: 58.
- ส.ศิริรักษ์. สถาบันพระมหากษัตริย์กับอนาคตของประเทศไทย. ฐานสืบดาหิจวารณ์ ฉบับที่ 126 วันที่ 21-27 กันยายน 2539: 46.
- ส.ศิริรักษ์. ความเข้าใจในเรื่องราชาธิปไตย. กรุงเทพมหานคร: ส่องสยาม, 2536.
- สรารุณ เบญจกุล. ท่าทีของประเทศไทยต่อการจัดตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศ. ดุลพินิจ 1,46 (มกราคม-มิถุนายน 2542): 168-176.
- สันติ อิศโรวุฒกุล. สรุปสาระสำคัญเกี่ยวกับศาลอาญาระหว่างประเทศ. วารสารกฎหมาย สุโขทัยธรรมมาธิราช 14,1 (มิถุนายน 2545): 101-118.

- สุโขทัยธรรมมาธิราช,มหาวิทยาลัย. เอกสารประกอบการสอนชุดวิชากฎหมายระหว่างประเทศ (International Law)หน่วย 7-15. พิมพ์ครั้งที่ 15. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมมาธิราช, 2540.
- สุโขทัยธรรมมาธิราช,มหาวิทยาลัย. เอกสารประกอบการสอนชุดวิชากฎหมายระหว่างประเทศ และ องค์การระหว่างประเทศ หน่วยที่ 6-10. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมมาธิราช, 2530.
- สุผานิต มั่นสุข. กฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีอาญา. กรุงเทพมหานคร: คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย (อัดสำเนา).
- อรุณ ภาณุพงศ์. กฎหมายระหว่างประเทศกับปัญหาการใช้กำลัง. ใน รวมนบทความทางวิชาการ เนื่องในโอกาสครบรอบ 80 ปี ศาสตราจารย์ไพโรจน์ ชัยนาม. หน้า 407-427. กรุงเทพมหานคร: คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2535.
- อัญชิสา เต็มพงศ์พัฒนา. ผลกระทบที่ประเทศไทยจะได้รับในการเข้าเป็นภาคีธรรมนูญศาลอาญา ระหว่างประเทศ : ศึกษากรณีความร่วมมือระหว่างประเทศและการส่งผู้ร้ายข้ามแดน. วิทยานิพนธ์ปริญญาามหาบัณฑิต, ภาควิชานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์ มหาวิทยาลัย, 2543.
- อัฐรุพร เจริญพานิช. ผลกระทบของศาลอาญาระหว่างประเทศต่อกองทัพไทย. หลักสูตรผู้บริหาร กระบวนการยุติธรรมระดับสูง, รุ่นที่ 3 วิทยาลัยการยุติธรรม กระทรวงยุติธรรม, 2541.

ภาษาอังกฤษ

- Alexander Orakhelashvili. The Position of the Individual in International Law. California Western International Law Journal (Spring 2001): 241-276.
- Antonio Cassese. The Statute of the International Criminal Court : Some Preliminary Reflections. European Journal of International Law 10 (1999): 144-171.
- Antonio Cassese. International Criminal Law. New York: Oxford University Press, 2003.
- Bassioni M.Cherif and Bruce Broomhall. ICC Ratification and National Implementing Legislation. France: Association Internationale de droit penal, 1999.
- Bruce Broomhall. International Justice & The International Criminal Court Between Sovereignty and the Rule of Law. New York: Oxford University Press, 2003.
- Business and International Crime. What are the relevant legal principle relating to the responsibility of company and CEOs for violations of international criminal law? [online] Available from : <http://www.chathamhouse.org.uk> [2006, April 27]
- Cara Levy Rodriguez. Slaying the Monster : Why the United States Should Not Support the Rome Treaty. American University International Law Review (1999). [online] Available from : <http://www.lexisnexis.com> [2004, September 20]
- Charles Garraway. Superior orders and the International Criminal Court: Justice delivered or justice denied. in Olympia Bekou and Robert Cryer (eds.), The International Criminal Court, pp.179-187. United States: Ashgate Publishing, 2004.
- Darfur and the International Criminal Court, Middle East Report, April 29,2005. [online] Available from : <http://www.sudanreeves.org> [2006, January 28]
- Darfur case will test International Criminal Court. [online] Available from : www.iht.com/articles/2005/04/29/news/court.php [2006, January 28]
- Darryl Robinson. Defining “Crimes against humanity” at the Rome Conference. The American Journal of International Law 93,43 (1999): 43-57.
- David J. Scheffer. Advancing U.S. Interests with the International Criminal Court. Vanderbilt Journal of Transnational Law (November 2003). [online] Available from : <http://www.lexisnexis.com> [2004, October 9]

- David J. Scheffer. The United States and the International Criminal Court. American Journal International Law 12,19 (1999). [online] Available from : <http://www.lexisnexis.com> [2004, October 9]
- Edoardo Greppi. The evolution of Individual criminal responsibility under international law. International Review of the Red Cross (September 1999): 531-551.
- Edward T.Swain. Unsigning. Stanford Law Review (May 2003). [online] Available from : <http://www.lexisnexis.com> [2004, May 13]
- Gennady M Danilenko. The Statute of The International Criminal Court and Third States. Michigan Journal of International Law [online] Available from : <http://www.lexisnexis.com> [2004, October 9]
- Gerhard Hafner. The status of third states before the International Criminal Court. in Mauro Politi and Giuseppe Nesi (eds.), The Rome Statute of International Criminal Court A challenge to impunity, pp.239-253. United States: Ashgate Publishing, 1998.
- Grave Crimes : Darfur and the International Criminal Court. [online] Available from : <http://hrw.org/english/docs/2005/01/01/sudun9971.htm> [2006, January 28]
- Giuseppe Nesi. The Obligation to Cooperate with the International Criminal Court and States Not Party to the Statute. in Mauro Politi and Giuseppe Nesi (eds.), The Rome Statute of International Criminal Court A challenge to impunity, pp.221-223. United States: Ashgate Publishing, 1998.
- Helen Duffy. National Constitutional Compatibility and the International Criminal Court. Duke Journal of Comparative & International Law 11,5 (2001): 28.
- International Commission of Jurists. Toward Universal Justice International Penal Court. France,1993.
- Jennifer Elsea. International Criminal Court : Overview and Selected Legal Issues. New York: Novinka Books, 2003.
- John T.Holmes. The Principle of Complementarity. in Roy S. Lee (ed.), The International Criminal Court. The Making of the Rome Statute Issues,Negotiations,Results, pp.41-78. Hague: Kluwer Law International, 1999.
- Julius Stone. Legal Control of international Conflict : A Treatise on the Dynamics of Disputes and War Law. Sydney: Maitland Publications, 1959.

- Kai Ambos. General principles of criminal law in the Rome Statute. in Olympia Bekou and Robert Cryer (eds.), The International Criminal Court, pp.147-178. United States: Ashgate Publishing, 2004.
- Kriangsak Kittichaisaree. International Criminal Law. New York: Oxford university press, 2001.
- Lamia Mekhemar. The Status of the Individual in the Statute of the International Criminal Court. in Mauro Politi and Giuseppe Nesi (eds.), The Rome Statute of the International Criminal Court. A challenge to impunity, pp.121-130. United States: Ashgate Publishing, 1998.
- Leila Nadya Sadat. The International Criminal Court and the Transformation of International Law: Justice for the New Millennium. New York: Transnational Publishers, 2002.
- Lyal S.Sunga. Individual Responsibility in International Law for Serious Human Rights Violations. Netherlands: Martinus Nijhoff Publishers, 1991.
- Malcolm N. Shaw. International Law. 5th ed. United Kingdom: Cambridge University press, 2003.
- Mark S. Ellis. The International Criminal Court and Its Implication for Domestic Law and National Capacity Building. Florida Journal of International Law (Fall 2002). [online] Available from : <http://www.lexisnexis.com> [2005, February 26]
- Medaline Morris. The United States and The International Criminal Court: High Crimes and Misconceptions: The ICC and Non-Party States. Law and Contemporary Problems 64 (winter 2001): 13-65.
- Michael P.Scharf. The ICC's jurisdiction over the nationals of non-party states : a critique of the U.S position. Law and Contemporary problem 64,1 (winter 2001): 68-117.
- Monroe Leigh. Editorial Comments : The United States and The Statute of Rome. The American Journal International Law (January 2001). [online] Available from : <http://www.lexisnexis.com> [2005, October 9]
- Nicolaos Strapatsas. Universal jurisdiction and the international criminal court. The Manitoba Law Journal 29 (2002). [online] Available from : <http://www.lexisnexis.com> [2005, October 9]

Overview of the United States' Opposition to the International Criminal Court. [online]

Available from : <http://www.iccnw.org>.

Phillipe Sands. From Nuremberg to the Hague. Cambridge: Cambridge University press, 2003.

Phillipe Kirsch. International Conference : The International Criminal Court. McGill Law Journal (November 2000). [online] Available from : <http://www.lexisnexis.com> [2004, September 20]

Robert L.Bledsoe and Boleslaw A.Boczek. The International Law Dictionary. Oxford: Clio, 1987.

Roy S. Lee. Introduction The Rome Conference and its contributions to international law. in Roy S. Lee (ed.), The International Criminal Court. The Making of the Rome Statute Issues,Negotiations,Results, pp.1-39. Hague: Kluwer Law International, 1999.

United Nations Security Council Resolution 1593 (2005).

Seth Harris. The United States and the International Criminal Court : Legal Potential for Non-Party State Jurisdiction. Hawaii Law Review (winter 2000). [online] Available from : <http://www.lexisnexis.com> [2004, September 20]

Status of US Bilateral immunity agreements (BIAs). [online] Available from : www.iccnw.org/documents/usandicc/2006/ciccst_biastatus_08jan06.pdf [2006, January 28]

Thomas Graditzky. Individual Criminal Responsibility for Violations of International Humanitarian Law Committed in non-International Armed Conflicts. International Review of the Red Cross 332 (March 1998): 29-56.

U.S. Puts Principles over Politics Atrocities in Darfur Finally Referred to the international Criminal Court. [online] Available from : <http://www.globalsolutions.org> [2006, January 28]

United Nations. United Nations Diplomatic Conference of Plenipotentiaries on the Establishment of an International Criminal Court volume II Rome,15 June-17 July 1998. New York : United Nations, 2002.

US Bilateral Immunity or So-called "Article 98" Agreements. [online] Available from : <http://www.iccnw.org> [2006, January 28]

US convinced of Darfur “genocide”. [online] Available from :

<http://news.bbc.co.uk/1/hi/world/Africa/4227835.stm> [2006, January 28]

William A.Schabas. An Introduction to The International Criminal Court. Cambridge: Cambridge University Press, 2001.

Zsuzsanna Deen-Racsmany. The nationality of the Offender and the Jurisdiction of the International Criminal Court. The American Journal International Law (July 2001).

[online] Available from : <http://www.lexisnexis.com> [2005, October 21]

http://www.amnestyusa.org/icc/factsheet_10.pdf [2004, October 9]

<http://www.un.org/law/icc/general/overview/htm>

<http://www.icc-cpi.int/cases.html> [2006, January 28]

<http://www.icc-cpi.int/cases.html> [2006, January 20]

http://www.icc-cpi.int/organs/otp/otp_bio.html [2005, May 3]

http://www.iccnw.org/documents/statements/government/2005/us_statement.SCreferra/DarfurICC_31March.05.pdf



สถาบันวิทยบริการ
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย



ภาคผนวก

สถาบันวิทยบริการ
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย



ROME STATUTE OF THE INTERNATIONAL CRIMINAL COURT*

PREAMBLE

The States Parties to this Statute,

Conscious that all peoples are united by common bonds, their cultures pieced together in a shared heritage, and concerned that this delicate mosaic may be shattered at any time,

Mindful that during this century millions of children, women and men have been victims of unimaginable atrocities that deeply shock the conscience of humanity,

Recognizing that such grave crimes threaten the peace, security and well-being of the world,

Affirming that the most serious crimes of concern to the international community as a whole must not go unpunished and that their effective prosecution must be ensured by taking measures at the national level and by enhancing international cooperation,

Determined to put an end to impunity for the perpetrators of these crimes and thus to contribute to the prevention of such crimes,

Recalling that it is the duty of every State to exercise its criminal jurisdiction over those responsible for international crimes,

Reaffirming the Purposes and Principles of the Charter of the United Nations, and in particular that all States shall refrain from the threat or use of force against the territorial integrity or political independence of any State, or in any other manner inconsistent with the Purposes of the United Nations,

Emphasizing in this connection that nothing in this Statute shall be taken as authorizing any State Party to intervene in an armed conflict or in the internal affairs of any State,

Determined to these ends and for the sake of present and future generations, to establish an independent permanent International Criminal Court in relationship with the United Nations system, with jurisdiction over the most serious crimes of concern to the international community as a whole,

Emphasizing that the International Criminal Court established under this Statute shall be complementary to national criminal jurisdictions,

Resolved to guarantee lasting respect for and the enforcement of international justice,

Have agreed as follows

PART 1. ESTABLISHMENT OF THE COURT

Article 1
The Court

An International Criminal Court ("the Court") is hereby established. It shall be a permanent institution and shall have the power to exercise its jurisdiction over persons for the most serious crimes of international concern, as referred to in this Statute, and shall be complementary to national criminal jurisdictions. The jurisdiction and functioning of the Court shall be governed by the provisions of this Statute.

Article 2
Relationship of the Court with the United Nations

The Court shall be brought into relationship with the United Nations through an agreement to be approved by the Assembly of States Parties to this Statute and thereafter concluded by the President of the Court on its behalf.

Article 3
Seat of the Court

1. The seat of the Court shall be established at The Hague in the Netherlands ("the host State").
2. The Court shall enter into a headquarters agreement with the host State, to be approved by the Assembly of States Parties and thereafter concluded by the President of the Court on its behalf.
3. The Court may sit elsewhere, whenever it considers it desirable, as provided in this Statute.

Article 4
Legal status and powers of the Court

1. The Court shall have international legal personality. It shall also have such legal capacity as may be necessary for the exercise of its functions and the fulfilment of its purposes.
2. The Court may exercise its functions and powers, as provided in this Statute, on the territory of any State Party and, by special agreement, on the territory of any other State.

PART 2. JURISDICTION, ADMISSIBILITY AND APPLICABLE LAW

Article 5
Crimes within the jurisdiction of the Court

1. The jurisdiction of the Court shall be limited to the most serious crimes of concern to the international community as a whole. The Court has jurisdiction in accordance with this Statute with respect to the following crimes:

- (a) The crime of genocide;

- (b) Crimes against humanity;
- (c) War crimes;
- (d) The crime of aggression.

2. The Court shall exercise jurisdiction over the crime of aggression once a provision is adopted in accordance with articles 121 and 123 defining the crime and setting out the conditions under which the Court shall exercise jurisdiction with respect to this crime. Such a provision shall be consistent with the relevant provisions of the Charter of the United Nations.

Article 6 Genocide

For the purpose of this Statute, "genocide" means any of the following acts committed with intent to destroy, in whole or in part, a national, ethnical, racial or religious group, as such:

- (a) Killing members of the group;
- (b) Causing serious bodily or mental harm to members of the group;
- (c) Deliberately inflicting on the group conditions of life calculated to bring about its physical destruction in whole or in part;
- (d) Imposing measures intended to prevent births within the group;
- (e) Forcibly transferring children of the group to another group.

Article 7 Crimes against humanity

1. For the purpose of this Statute, "crime against humanity" means any of the following acts when committed as part of a widespread or systematic attack directed against any civilian population, with knowledge of the attack:

- (a) Murder;
- (b) Extermination;
- (c) Enslavement;
- (d) Deportation or forcible transfer of population;
- (e) Imprisonment or other severe deprivation of physical liberty in violation of fundamental rules of international law;
- (f) Torture;
- (g) Rape, sexual slavery, enforced prostitution, forced pregnancy, enforced sterilization, or any other form of sexual violence of comparable gravity;

- (h) Persecution against any identifiable group or collectivity on political, racial, national, ethnic, cultural, religious, gender as defined in paragraph 3, or other grounds that are universally recognized as impermissible under international law, in connection with any act referred to in this paragraph or any crime within the jurisdiction of the Court;
 - (i) Enforced disappearance of persons;
 - (j) The crime of apartheid;
 - (k) Other inhumane acts of a similar character intentionally causing great suffering, or serious injury to body or to mental or physical health.
2. For the purpose of paragraph 1:
- (a) "Attack directed against any civilian population" means a course of conduct involving the multiple commission of acts referred to in paragraph 1 against any civilian population, pursuant to or in furtherance of a State or organizational policy to commit such attack;
 - (b) "Extermination" includes the intentional infliction of conditions of life, inter alia the deprivation of access to food and medicine, calculated to bring about the destruction of part of a population;
 - (c) "Enslavement" means the exercise of any or all of the powers attaching to the right of ownership over a person and includes the exercise of such power in the course of trafficking in persons, in particular women and children;
 - (d) "Deportation or forcible transfer of population" means forced displacement of the persons concerned by expulsion or other coercive acts from the area in which they are lawfully present, without grounds permitted under international law;
 - (e) "Torture" means the intentional infliction of severe pain or suffering, whether physical or mental, upon a person in the custody or under the control of the accused; except that torture shall not include pain or suffering arising only from, inherent in or incidental to, lawful sanctions;
 - (f) "Forced pregnancy" means the unlawful confinement of a woman forcibly made pregnant, with the intent of affecting the ethnic composition of any population or carrying out other grave violations of international law. This definition shall not in any way be interpreted as affecting national laws relating to pregnancy;
 - (g) "Persecution" means the intentional and severe deprivation of fundamental rights contrary to international law by reason of the identity of the group or collectivity;
 - (h) "The crime of apartheid" means inhumane acts of a character similar to those referred to in paragraph 1, committed in the context of an institutionalized regime of systematic oppression and domination by one racial group over any other racial group or groups and committed with the intention of maintaining that regime;
 - (i) "Enforced disappearance of persons" means the arrest, detention or abduction of persons by, or with the authorization, support or acquiescence of, a State or a political organization, followed by a refusal to acknowledge that deprivation of freedom or to give information on the fate or whereabouts of those persons, with the

intention of removing them from the protection of the law for a prolonged period of time.

3. For the purpose of this Statute, it is understood that the term "gender" refers to the two sexes, male and female, within the context of society. The term "gender" does not indicate any meaning different from the above.

Article 8
War crimes

1. The Court shall have jurisdiction in respect of war crimes in particular when committed as part of a plan or policy or as part of a large-scale commission of such crimes.
2. For the purpose of this Statute, "war crimes" means:
- (a) Grave breaches of the Geneva Conventions of 12 August 1949, namely, any of the following acts against persons or property protected under the provisions of the relevant Geneva Convention:
- (i) Wilful killing;
 - (ii) Torture or inhuman treatment, including biological experiments;
 - (iii) Wilfully causing great suffering, or serious injury to body or health;
 - (iv) Extensive destruction and appropriation of property, not justified by military necessity and carried out unlawfully and wantonly;
 - (v) Compelling a prisoner of war or other protected person to serve in the forces of a hostile Power;
 - (vi) Wilfully depriving a prisoner of war or other protected person of the rights of fair and regular trial;
 - (vii) Unlawful deportation or transfer or unlawful confinement;
 - (viii) Taking of hostages.
- (b) Other serious violations of the laws and customs applicable in international armed conflict, within the established framework of international law, namely, any of the following acts:
- (i) Intentionally directing attacks against the civilian population as such or against individual civilians not taking direct part in hostilities;
 - (ii) Intentionally directing attacks against civilian objects, that is, objects which are not military objectives;
 - (iii) Intentionally directing attacks against personnel, installations, material, units or vehicles involved in a humanitarian assistance or peacekeeping mission in accordance with the Charter of the United Nations, as long as they are entitled to the protection given to civilians or civilian objects under the international law of armed conflict;
 - (iv) Intentionally launching an attack in the knowledge that such attack will cause incidental loss of life or injury to civilians or damage to civilian

objects or widespread, long-term and severe damage to the natural environment which would be clearly excessive in relation to the concrete and direct overall military advantage anticipated;

(v) Attacking or bombarding, by whatever means, towns, villages, dwellings or buildings which are undefended and which are not military objectives;

(vi) Killing or wounding a combatant who, having laid down his arms or having no longer means of defence, has surrendered at discretion;

(vii) Making improper use of a flag of truce, of the flag or of the military insignia and uniform of the enemy or of the United Nations, as well as of the distinctive emblems of the Geneva Conventions, resulting in death or serious personal injury;

(viii) The transfer, directly or indirectly, by the Occupying Power of parts of its own civilian population into the territory it occupies, or the deportation or transfer of all or parts of the population of the occupied territory within or outside this territory;

(ix) Intentionally directing attacks against buildings dedicated to religion, education, art, science or charitable purposes, historic monuments, hospitals and places where the sick and wounded are collected, provided they are not military objectives;

(x) Subjecting persons who are in the power of an adverse party to physical mutilation or to medical or scientific experiments of any kind which are neither justified by the medical, dental or hospital treatment of the person concerned nor carried out in his or her interest, and which cause death to or seriously endanger the health of such person or persons;

(xi) Killing or wounding treacherously individuals belonging to the hostile nation or army;

(xii) Declaring that no quarter will be given;

(xiii) Destroying or seizing the enemy's property unless such destruction or seizure be imperatively demanded by the necessities of war;

(xiv) Declaring abolished, suspended or inadmissible in a court of law the rights and actions of the nationals of the hostile party;

(xv) Compelling the nationals of the hostile party to take part in the operations of war directed against their own country, even if they were in the belligerent's service before the commencement of the war;

(xvi) Pillaging a town or place, even when taken by assault;

(xvii) Employing poison or poisoned weapons;

(xviii) Employing asphyxiating, poisonous or other gases, and all analogous liquids, materials or devices;

(xix) Employing bullets which expand or flatten easily in the human body, such as bullets with a hard envelope which does not entirely cover the core or is pierced with incisions;

(xx) Employing weapons, projectiles and material and methods of warfare which are of a nature to cause superfluous injury or unnecessary suffering or which are inherently indiscriminate in violation of the international law of armed conflict, provided that such weapons, projectiles and material and methods of warfare are the subject of a comprehensive prohibition and are included in an annex to this Statute, by an amendment in accordance with the relevant provisions set forth in articles 121 and 123;

(xxi) Committing outrages upon personal dignity, in particular humiliating and degrading treatment;

(xxii) Committing rape, sexual slavery, enforced prostitution, forced pregnancy, as defined in article 7, paragraph 2 (f), enforced sterilization, or any other form of sexual violence also constituting a grave breach of the Geneva Conventions;

(xxiii) Utilizing the presence of a civilian or other protected person to render certain points, areas or military forces immune from military operations;

(xxiv) Intentionally directing attacks against buildings, material, medical units and transport, and personnel using the distinctive emblems of the Geneva Conventions in conformity with international law;

(xxv) Intentionally using starvation of civilians as a method of warfare by depriving them of objects indispensable to their survival, including wilfully impeding relief supplies as provided for under the Geneva Conventions;

(xxvi) Conscripting or enlisting children under the age of fifteen years into the national armed forces or using them to participate actively in hostilities.

(c) In the case of an armed conflict not of an international character, serious violations of article 3 common to the four Geneva Conventions of 12 August 1949, namely, any of the following acts committed against persons taking no active part in the hostilities, including members of armed forces who have laid down their arms and those placed hors de combat by sickness, wounds, detention or any other cause:

(i) Violence to life and person, in particular murder of all kinds, mutilation, cruel treatment and torture;

(ii) Committing outrages upon personal dignity, in particular humiliating and degrading treatment;

(iii) Taking of hostages;

(iv) The passing of sentences and the carrying out of executions without previous judgement pronounced by a regularly constituted court, affording all judicial guarantees which are generally recognized as indispensable.

(d) Paragraph 2 (c) applies to armed conflicts not of an international character and thus does not apply to situations of internal disturbances and tensions, such as riots, isolated and sporadic acts of violence or other acts of a similar nature.

(e) Other serious violations of the laws and customs applicable in armed conflicts not of an international character, within the established framework of international law, namely, any of the following acts:

- (i) Intentionally directing attacks against the civilian population as such or against individual civilians not taking direct part in hostilities;
- (ii) Intentionally directing attacks against buildings, material, medical units and transport, and personnel using the distinctive emblems of the Geneva Conventions in conformity with international law;
- (iii) Intentionally directing attacks against personnel, installations, material, units or vehicles involved in a humanitarian assistance or peacekeeping mission in accordance with the Charter of the United Nations, as long as they are entitled to the protection given to civilians or civilian objects under the international law of armed conflict;
- (iv) Intentionally directing attacks against buildings dedicated to religion, education, art, science or charitable purposes, historic monuments, hospitals and places where the sick and wounded are collected, provided they are not military objectives;
- (v) Pillaging a town or place, even when taken by assault;
- (vi) Committing rape, sexual slavery, enforced prostitution, forced pregnancy, as defined in article 7, paragraph 2 (f), enforced sterilization, and any other form of sexual violence also constituting a serious violation of article 3 common to the four Geneva Conventions;
- (vii) Conscripting or enlisting children under the age of fifteen years into armed forces or groups or using them to participate actively in hostilities;
- (viii) Ordering the displacement of the civilian population for reasons related to the conflict, unless the security of the civilians involved or imperative military reasons so demand;
- (ix) Killing or wounding treacherously a combatant adversary;
- (x) Declaring that no quarter will be given;
- (xi) Subjecting persons who are in the power of another party to the conflict to physical mutilation or to medical or scientific experiments of any kind which are neither justified by the medical, dental or hospital treatment of the person concerned nor carried out in his or her interest, and which cause death to or seriously endanger the health of such person or persons;
- (xii) Destroying or seizing the property of an adversary unless such destruction or seizure be imperatively demanded by the necessities of the conflict;

- (f) Paragraph 2 (e) applies to armed conflicts not of an international character and thus does not apply to situations of internal disturbances and tensions, such as riots, isolated and sporadic acts of violence or other acts of a similar nature. It applies to armed conflicts that take place in the territory of a State when there is protracted armed conflict between governmental authorities and organized armed groups or between such groups.
3. Nothing in paragraph 2 (c) and (e) shall affect the responsibility of a Government to maintain or re-establish law and order in the State or to defend the unity and territorial integrity of the State, by all legitimate means.

Article 9 Elements of Crimes

1. Elements of Crimes shall assist the Court in the interpretation and application of articles 6, 7 and 8. They shall be adopted by a two-thirds majority of the members of the Assembly of States Parties.
2. Amendments to the Elements of Crimes may be proposed by:
- (a) Any State Party;
 - (b) The judges acting by an absolute majority;
 - (c) The Prosecutor.

Such amendments shall be adopted by a two-thirds majority of the members of the Assembly of States Parties.

3. The Elements of Crimes and amendments thereto shall be consistent with this Statute.

Article 10

Nothing in this Part shall be interpreted as limiting or prejudicing in any way existing or developing rules of international law for purposes other than this Statute.

Article 11 Jurisdiction *ratione temporis*

1. The Court has jurisdiction only with respect to crimes committed after the entry into force of this Statute.
2. If a State becomes a Party to this Statute after its entry into force, the Court may exercise its jurisdiction only with respect to crimes committed after the entry into force of this Statute for that State, unless that State has made a declaration under article 12, paragraph 3.

Article 12 Preconditions to the exercise of jurisdiction

1. A State which becomes a Party to this Statute thereby accepts the jurisdiction of the Court with respect to the crimes referred to in article 5.

2. In the case of article 13, paragraph (a) or (c), the Court may exercise its jurisdiction if one or more of the following States are Parties to this Statute or have accepted the jurisdiction of the Court in accordance with paragraph 3:

(a) The State on the territory of which the conduct in question occurred or, if the crime was committed on board a vessel or aircraft, the State of registration of that vessel or aircraft;

(b) The State of which the person accused of the crime is a national.

3. If the acceptance of a State which is not a Party to this Statute is required under paragraph 2, that State may, by declaration lodged with the Registrar, accept the exercise of jurisdiction by the Court with respect to the crime in question. The accepting State shall cooperate with the Court without any delay or exception in accordance with Part 9.

Article 13 Exercise of jurisdiction

The Court may exercise its jurisdiction with respect to a crime referred to in article 5 in accordance with the provisions of this Statute if:

(a) A situation in which one or more of such crimes appears to have been committed is referred to the Prosecutor by a State Party in accordance with article 14;

(b) A situation in which one or more of such crimes appears to have been committed is referred to the Prosecutor by the Security Council acting under Chapter VII of the Charter of the United Nations; or

(c) The Prosecutor has initiated an investigation in respect of such a crime in accordance with article 15.

Article 14 Referral of a situation by a State Party

1. A State Party may refer to the Prosecutor a situation in which one or more crimes within the jurisdiction of the Court appear to have been committed requesting the Prosecutor to investigate the situation for the purpose of determining whether one or more specific persons should be charged with the commission of such crimes.

2. As far as possible, a referral shall specify the relevant circumstances and be accompanied by such supporting documentation as is available to the State referring the situation.

Article 15 Prosecutor

1. The Prosecutor may initiate investigations proprio motu on the basis of information on crimes within the jurisdiction of the Court.

2. The Prosecutor shall analyse the seriousness of the information received. For this purpose, he or she may seek additional information from States, organs of the United Nations, intergovernmental or non-governmental organizations, or other reliable sources that he or she deems appropriate, and may receive written or oral testimony at the seat of the Court.

3. If the Prosecutor concludes that there is a reasonable basis to proceed with an

investigation, he or she shall submit to the Pre-Trial Chamber a request for authorization of an investigation, together with any supporting material collected. Victims may make representations to the Pre-Trial Chamber, in accordance with the Rules of Procedure and Evidence.

4. If the Pre-Trial Chamber, upon examination of the request and the supporting material, considers that there is a reasonable basis to proceed with an investigation, and that the case appears to fall within the jurisdiction of the Court, it shall authorize the commencement of the investigation, without prejudice to subsequent determinations by the Court with regard to the jurisdiction and admissibility of a case.

5. The refusal of the Pre-Trial Chamber to authorize the investigation shall not preclude the presentation of a subsequent request by the Prosecutor based on new facts or evidence regarding the same situation.

6. If, after the preliminary examination referred to in paragraphs 1 and 2, the Prosecutor concludes that the information provided does not constitute a reasonable basis for an investigation, he or she shall inform those who provided the information. This shall not preclude the Prosecutor from considering further information submitted to him or her regarding the same situation in the light of new facts or evidence.

Article 16

Deferral of investigation or prosecution

No investigation or prosecution may be commenced or proceeded with under this Statute for a period of 12 months after the Security Council, in a resolution adopted under Chapter VII of the Charter of the United Nations, has requested the Court to that effect; that request may be renewed by the Council under the same conditions.

Article 17

Issues of admissibility

1. Having regard to paragraph 10 of the Preamble and article 1, the Court shall determine that a case is inadmissible where:

- (a) The case is being investigated or prosecuted by a State which has jurisdiction over it, unless the State is unwilling or unable genuinely to carry out the investigation or prosecution;
- (b) The case has been investigated by a State which has jurisdiction over it and the State has decided not to prosecute the person concerned, unless the decision resulted from the unwillingness or inability of the State genuinely to prosecute;
- (c) The person concerned has already been tried for conduct which is the subject of the complaint, and a trial by the Court is not permitted under article 20, paragraph 3;
- (d) The case is not of sufficient gravity to justify further action by the Court.

2. In order to determine unwillingness in a particular case, the Court shall consider, having regard to the principles of due process recognized by international law, whether one or more of the following exist, as applicable:

- (a) The proceedings were or are being undertaken or the national decision was made for the purpose of shielding the person concerned from criminal responsibility for crimes within the jurisdiction of the Court referred to in article 5;

(b) There has been an unjustified delay in the proceedings which in the circumstances is inconsistent with an intent to bring the person concerned to justice;

(c) The proceedings were not or are not being conducted independently or impartially, and they were or are being conducted in a manner which, in the circumstances, is inconsistent with an intent to bring the person concerned to justice.

3. In order to determine inability in a particular case, the Court shall consider whether, due to a total or substantial collapse or unavailability of its national judicial system, the State is unable to obtain the accused or the necessary evidence and testimony or otherwise unable to carry out its proceedings.

Article 18

Preliminary rulings regarding admissibility

1. When a situation has been referred to the Court pursuant to article 13 (a) and the Prosecutor has determined that there would be a reasonable basis to commence an investigation, or the Prosecutor initiates an investigation pursuant to articles 13 (c) and 15, the Prosecutor shall notify all States Parties and those States which, taking into account the information available, would normally exercise jurisdiction over the crimes concerned. The Prosecutor may notify such States on a confidential basis and, where the Prosecutor believes it necessary to protect persons, prevent destruction of evidence or prevent the absconding of persons, may limit the scope of the information provided to States.

2. Within one month of receipt of that notification, a State may inform the Court that it is investigating or has investigated its nationals or others within its jurisdiction with respect to criminal acts which may constitute crimes referred to in article 5 and which relate to the information provided in the notification to States. At the request of that State, the Prosecutor shall defer to the State's investigation of those persons unless the Pre-Trial Chamber, on the application of the Prosecutor, decides to authorize the investigation.

3. The Prosecutor's deferral to a State's investigation shall be open to review by the Prosecutor six months after the date of deferral or at any time when there has been a significant change of circumstances based on the State's unwillingness or inability genuinely to carry out the investigation.

4. The State concerned or the Prosecutor may appeal to the Appeals Chamber against a ruling of the Pre-Trial Chamber, in accordance with article 82. The appeal may be heard on an expedited basis.

5. When the Prosecutor has deferred an investigation in accordance with paragraph 2, the Prosecutor may request that the State concerned periodically inform the Prosecutor of the progress of its investigations and any subsequent prosecutions. States Parties shall respond to such requests without undue delay.

6. Pending a ruling by the Pre-Trial Chamber, or at any time when the Prosecutor has deferred an investigation under this article, the Prosecutor may, on an exceptional basis, seek authority from the Pre-Trial Chamber to pursue necessary investigative steps for the purpose of preserving evidence where there is a unique opportunity to obtain important evidence or there is a significant risk that such evidence may not be subsequently available.

7. A State which has challenged a ruling of the Pre-Trial Chamber under this article may challenge the admissibility of a case under article 19 on the grounds of additional significant facts or significant change of circumstances.

Article 19
Challenges to the jurisdiction of the Court
or the admissibility of a case

1. The Court shall satisfy itself that it has jurisdiction in any case brought before it. The Court may, on its own motion, determine the admissibility of a case in accordance with article 17.
2. Challenges to the admissibility of a case on the grounds referred to in article 17 or challenges to the jurisdiction of the Court may be made by:
 - (a) An accused or a person for whom a warrant of arrest or a summons to appear has been issued under article 58;
 - (b) A State which has jurisdiction over a case, on the ground that it is investigating or prosecuting the case or has investigated or prosecuted; or
 - (c) A State from which acceptance of jurisdiction is required under article 12.
3. The Prosecutor may seek a ruling from the Court regarding a question of jurisdiction or admissibility. In proceedings with respect to jurisdiction or admissibility, those who have referred the situation under article 13, as well as victims, may also submit observations to the Court.
4. The admissibility of a case or the jurisdiction of the Court may be challenged only once by any person or State referred to in paragraph 2. The challenge shall take place prior to or at the commencement of the trial. In exceptional circumstances, the Court may grant leave for a challenge to be brought more than once or at a time later than the commencement of the trial. Challenges to the admissibility of a case, at the commencement of a trial, or subsequently with the leave of the Court, may be based only on article 17, paragraph 1 (c).
5. A State referred to in paragraph 2 (b) and (c) shall make a challenge at the earliest opportunity.
6. Prior to the confirmation of the charges, challenges to the admissibility of a case or challenges to the jurisdiction of the Court shall be referred to the Pre-Trial Chamber. After confirmation of the charges, they shall be referred to the Trial Chamber. Decisions with respect to jurisdiction or admissibility may be appealed to the Appeals Chamber in accordance with article 82.
7. If a challenge is made by a State referred to in paragraph 2 (b) or (c), the Prosecutor shall suspend the investigation until such time as the Court makes a determination in accordance with article 17.
8. Pending a ruling by the Court, the Prosecutor may seek authority from the Court:
 - (a) To pursue necessary investigative steps of the kind referred to in article 18, paragraph 6;
 - (b) To take a statement or testimony from a witness or complete the collection and examination of evidence which had begun prior to the making of the challenge; and
 - (c) In cooperation with the relevant States, to prevent the absconding of persons in respect of whom the Prosecutor has already requested a warrant of arrest under article 58.

9. The making of a challenge shall not affect the validity of any act performed by the Prosecutor or any order or warrant issued by the Court prior to the making of the challenge.

10. If the Court has decided that a case is inadmissible under article 17, the Prosecutor may submit a request for a review of the decision when he or she is fully satisfied that new facts have arisen which negate the basis on which the case had previously been found inadmissible under article 17.

11. If the Prosecutor, having regard to the matters referred to in article 17, defers an investigation, the Prosecutor may request that the relevant State make available to the Prosecutor information on the proceedings. That information shall, at the request of the State concerned, be confidential. If the Prosecutor thereafter decides to proceed with an investigation, he or she shall notify the State to which deferral of the proceedings has taken place.

Article 20
Ne bis in idem

1. Except as provided in this Statute, no person shall be tried before the Court with respect to conduct which formed the basis of crimes for which the person has been convicted or acquitted by the Court.

2. No person shall be tried by another court for a crime referred to in article 5 for which that person has already been convicted or acquitted by the Court.

3. No person who has been tried by another court for conduct also proscribed under article 6, 7 or 8 shall be tried by the Court with respect to the same conduct unless the proceedings in the other court:

(a) Were for the purpose of shielding the person concerned from criminal responsibility for crimes within the jurisdiction of the Court; or

(b) Otherwise were not conducted independently or impartially in accordance with the norms of due process recognized by international law and were conducted in a manner which, in the circumstances, was inconsistent with an intent to bring the person concerned to justice.

Article 21
Applicable law

1. The Court shall apply:

(a) In the first place, this Statute, Elements of Crimes and its Rules of Procedure and Evidence;

(b) In the second place, where appropriate, applicable treaties and the principles and rules of international law, including the established principles of the international law of armed conflict;

(c) Failing that, general principles of law derived by the Court from national laws of legal systems of the world including, as appropriate, the national laws of States that would normally exercise jurisdiction over the crime, provided that those principles are not inconsistent with this Statute and with international law and internationally recognized norms and standards.

2. The Court may apply principles and rules of law as interpreted in its previous decisions.

3. The application and interpretation of law pursuant to this article must be consistent with internationally recognized human rights, and be without any adverse distinction founded on grounds such as gender as defined in article 7, paragraph 3, age, race, colour, language, religion or belief, political or other opinion, national, ethnic or social origin, wealth, birth or other status.

PART 3. GENERAL PRINCIPLES OF CRIMINAL LAW

Article 22

Nullum crimen sine lege

1. A person shall not be criminally responsible under this Statute unless the conduct in question constitutes, at the time it takes place, a crime within the jurisdiction of the Court.

2. The definition of a crime shall be strictly construed and shall not be extended by analogy. In case of ambiguity, the definition shall be interpreted in favour of the person being investigated, prosecuted or convicted.

3. This article shall not affect the characterization of any conduct as criminal under international law independently of this Statute.

Article 23

Nulla poena sine lege

A person convicted by the Court may be punished only in accordance with this Statute.

Article 24

Non-retroactivity ratione personae

1. No person shall be criminally responsible under this Statute for conduct prior to the entry into force of the Statute.

2. In the event of a change in the law applicable to a given case prior to a final judgement, the law more favourable to the person being investigated, prosecuted or convicted shall apply.

Article 25

Individual criminal responsibility

1. The Court shall have jurisdiction over natural persons pursuant to this Statute.

2. A person who commits a crime within the jurisdiction of the Court shall be individually responsible and liable for punishment in accordance with this Statute.

3. In accordance with this Statute, a person shall be criminally responsible and liable for punishment for a crime within the jurisdiction of the Court if that person:

- (a) Commits such a crime, whether as an individual, jointly with another or through another person, regardless of whether that other person is criminally responsible;
 - (b) Orders, solicits or induces the commission of such a crime which in fact occurs or is attempted;
 - (c) For the purpose of facilitating the commission of such a crime, aids, abets or otherwise assists in its commission or its attempted commission, including providing the means for its commission;
 - (d) In any other way contributes to the commission or attempted commission of such a crime by a group of persons acting with a common purpose. Such contribution shall be intentional and shall either:
 - (i) Be made with the aim of furthering the criminal activity or criminal purpose of the group, where such activity or purpose involves the commission of a crime within the jurisdiction of the Court; or
 - (ii) Be made in the knowledge of the intention of the group to commit the crime;
 - (e) In respect of the crime of genocide, directly and publicly incites others to commit genocide;
 - (f) Attempts to commit such a crime by taking action that commences its execution by means of a substantial step, but the crime does not occur because of circumstances independent of the person's intentions. However, a person who abandons the effort to commit the crime or otherwise prevents the completion of the crime shall not be liable for punishment under this Statute for the attempt to commit that crime if that person completely and voluntarily gave up the criminal purpose.
4. No provision in this Statute relating to individual criminal responsibility shall affect the responsibility of States under international law.

Article 26

Exclusion of jurisdiction over persons under eighteen

The Court shall have no jurisdiction over any person who was under the age of 18 at the time of the alleged commission of a crime.

Article 27

Irrelevance of official capacity

1. This Statute shall apply equally to all persons without any distinction based on official capacity. In particular, official capacity as a Head of State or Government, a member of a Government or parliament, an elected representative or a government official shall in no case exempt a person from criminal responsibility under this Statute, nor shall it, in and of itself, constitute a ground for reduction of sentence.
2. Immunities or special procedural rules which may attach to the official capacity of a person, whether under national or international law, shall not bar the Court from exercising

its jurisdiction over such a person.

Article 28
Responsibility of commanders and other superiors

In addition to other grounds of criminal responsibility under this Statute for crimes within the jurisdiction of the Court:

(a) A military commander or person effectively acting as a military commander shall be criminally responsible for crimes within the jurisdiction of the Court committed by forces under his or her effective command and control, or effective authority and control as the case may be, as a result of his or her failure to exercise control properly over such forces, where:

(i) That military commander or person either knew or, owing to the circumstances at the time, should have known that the forces were committing or about to commit such crimes; and

(ii) That military commander or person failed to take all necessary and reasonable measures within his or her power to prevent or repress their commission or to submit the matter to the competent authorities for investigation and prosecution.

(b) With respect to superior and subordinate relationships not described in paragraph (a), a superior shall be criminally responsible for crimes within the jurisdiction of the Court committed by subordinates under his or her effective authority and control, as a result of his or her failure to exercise control properly over such subordinates, where:

(i) The superior either knew, or consciously disregarded information which clearly indicated, that the subordinates were committing or about to commit such crimes;

(ii) The crimes concerned activities that were within the effective responsibility and control of the superior; and

(iii) The superior failed to take all necessary and reasonable measures within his or her power to prevent or repress their commission or to submit the matter to the competent authorities for investigation and prosecution.

Article 29
Non-applicability of statute of limitations

The crimes within the jurisdiction of the Court shall not be subject to any statute of limitations.

Article 30
Mental element

1. Unless otherwise provided, a person shall be criminally responsible and liable for punishment for a crime within the jurisdiction of the Court only if the material elements are

committed with intent and knowledge.

2. For the purposes of this article, a person has intent where:
 - (a) In relation to conduct, that person means to engage in the conduct;
 - (b) In relation to a consequence, that person means to cause that consequence or is aware that it will occur in the ordinary course of events.
3. For the purposes of this article, "knowledge" means awareness that a circumstance exists or a consequence will occur in the ordinary course of events. "Know" and "knowingly" shall be construed accordingly.

Article 31

Grounds for excluding criminal responsibility

1. In addition to other grounds for excluding criminal responsibility provided for in this Statute, a person shall not be criminally responsible if, at the time of that person's conduct:
 - (a) The person suffers from a mental disease or defect that destroys that person's capacity to appreciate the unlawfulness or nature of his or her conduct, or capacity to control his or her conduct to conform to the requirements of law;
 - (b) The person is in a state of intoxication that destroys that person's capacity to appreciate the unlawfulness or nature of his or her conduct, or capacity to control his or her conduct to conform to the requirements of law, unless the person has become voluntarily intoxicated under such circumstances that the person knew, or disregarded the risk, that, as a result of the intoxication, he or she was likely to engage in conduct constituting a crime within the jurisdiction of the Court;
 - (c) The person acts reasonably to defend himself or herself or another person or, in the case of war crimes, property which is essential for the survival of the person or another person or property which is essential for accomplishing a military mission, against an imminent and unlawful use of force in a manner proportionate to the degree of danger to the person or the other person or property protected. The fact that the person was involved in a defensive operation conducted by forces shall not in itself constitute a ground for excluding criminal responsibility under this subparagraph;
 - (d) The conduct which is alleged to constitute a crime within the jurisdiction of the Court has been caused by duress resulting from a threat of imminent death or of continuing or imminent serious bodily harm against that person or another person, and the person acts necessarily and reasonably to avoid this threat, provided that the person does not intend to cause a greater harm than the one sought to be avoided. Such a threat may either be:
 - (i) Made by other persons; or
 - (ii) Constituted by other circumstances beyond that person's control.
2. The Court shall determine the applicability of the grounds for excluding criminal responsibility provided for in this Statute to the case before it.
3. At trial, the Court may consider a ground for excluding criminal responsibility other than those referred to in paragraph 1 where such a ground is derived from applicable law as set forth in article 21. The procedures relating to the consideration of such a ground shall be

provided for in the Rules of Procedure and Evidence.

Article 32
Mistake of fact or mistake of law

1. A mistake of fact shall be a ground for excluding criminal responsibility only if it negates the mental element required by the crime.
2. A mistake of law as to whether a particular type of conduct is a crime within the jurisdiction of the Court shall not be a ground for excluding criminal responsibility. A mistake of law may, however, be a ground for excluding criminal responsibility if it negates the mental element required by such a crime, or as provided for in article 33.

Article 33
Superior orders and prescription of law

1. The fact that a crime within the jurisdiction of the Court has been committed by a person pursuant to an order of a Government or of a superior, whether military or civilian, shall not relieve that person of criminal responsibility unless:
 - (a) The person was under a legal obligation to obey orders of the Government or the superior in question;
 - (b) The person did not know that the order was unlawful; and
 - (c) The order was not manifestly unlawful.
2. For the purposes of this article, orders to commit genocide or crimes against humanity are manifestly unlawful.

PART 4. COMPOSITION AND ADMINISTRATION OF THE COURT

Article 34
Organs of the Court

The Court shall be composed of the following organs:

- (a) The Presidency;
- (b) An Appeals Division, a Trial Division and a Pre-Trial Division;
- (c) The Office of the Prosecutor;
- (d) The Registry.

Article 35
Service of judges

1. All judges shall be elected as full-time members of the Court and shall be available to serve on that basis from the commencement of their terms of office.
2. The judges composing the Presidency shall serve on a full-time basis as soon as they

are elected.

3. The Presidency may, on the basis of the workload of the Court and in consultation with its members, decide from time to time to what extent the remaining judges shall be required to serve on a full-time basis. Any such arrangement shall be without prejudice to the provisions of article 40.

4. The financial arrangements for judges not required to serve on a full-time basis shall be made in accordance with article 49.

Article 36

Qualifications, nomination and election of judges

1. Subject to the provisions of paragraph 2, there shall be 18 judges of the Court.

2. (a) The Presidency, acting on behalf of the Court, may propose an increase in the number of judges specified in paragraph 1, indicating the reasons why this is considered necessary and appropriate. The Registrar shall promptly circulate any such proposal to all States Parties.

(b) Any such proposal shall then be considered at a meeting of the Assembly of States Parties to be convened in accordance with article 112. The proposal shall be considered adopted if approved at the meeting by a vote of two thirds of the members of the Assembly of States Parties and shall enter into force at such time as decided by the Assembly of States Parties.

(c) (i) Once a proposal for an increase in the number of judges has been adopted under subparagraph (b), the election of the additional judges shall take place at the next session of the Assembly of States Parties in accordance with paragraphs 3 to 8, and article 37, paragraph 2;

(ii) Once a proposal for an increase in the number of judges has been adopted and brought into effect under subparagraphs (b) and (c) (i), it shall be open to the Presidency at any time thereafter, if the workload of the Court justifies it, to propose a reduction in the number of judges, provided that the number of judges shall not be reduced below that specified in paragraph 1. The proposal shall be dealt with in accordance with the procedure laid down in subparagraphs (a) and (b). In the event that the proposal is adopted, the number of judges shall be progressively decreased as the terms of office of serving judges expire, until the necessary number has been reached.

3. (a) The judges shall be chosen from among persons of high moral character, impartiality and integrity who possess the qualifications required in their respective States for appointment to the highest judicial offices.

(b) Every candidate for election to the Court shall:

(i) Have established competence in criminal law and procedure, and the necessary relevant experience, whether as judge, prosecutor, advocate or in other similar capacity, in criminal proceedings; or

(ii) Have established competence in relevant areas of international law such as international humanitarian law and the law of human rights, and extensive experience in a professional legal capacity which is of relevance to the judicial work of the Court;

(c) Every candidate for election to the Court shall have an excellent knowledge of and be fluent in at least one of the working languages of the Court.

4. (a) Nominations of candidates for election to the Court may be made by any State Party to this Statute, and shall be made either:

(i) By the procedure for the nomination of candidates for appointment to the highest judicial offices in the State in question; or

(ii) By the procedure provided for the nomination of candidates for the International Court of Justice in the Statute of that Court.

Nominations shall be accompanied by a statement in the necessary detail specifying how the candidate fulfils the requirements of paragraph 3.

(b) Each State Party may put forward one candidate for any given election who need not necessarily be a national of that State Party but shall in any case be a national of a State Party.

(c) The Assembly of States Parties may decide to establish, if appropriate, an Advisory Committee on nominations. In that event, the Committee's composition and mandate shall be established by the Assembly of States Parties.

5. For the purposes of the election, there shall be two lists of candidates:

List A containing the names of candidates with the qualifications specified in paragraph 3 (b) (i); and

List B containing the names of candidates with the qualifications specified in paragraph 3 (b) (ii).

A candidate with sufficient qualifications for both lists may choose on which list to appear. At the first election to the Court, at least nine judges shall be elected from list A and at least five judges from list B. Subsequent elections shall be so organized as to maintain the equivalent proportion on the Court of judges qualified on the two lists.

6. (a) The judges shall be elected by secret ballot at a meeting of the Assembly of States Parties convened for that purpose under article 112. Subject to paragraph 7, the persons elected to the Court shall be the 18 candidates who obtain the highest number of votes and a two-thirds majority of the States Parties present and voting.

(b) In the event that a sufficient number of judges is not elected on the first ballot, successive ballots shall be held in accordance with the procedures laid down in subparagraph (a) until the remaining places have been filled.

7. No two judges may be nationals of the same State. A person who, for the purposes of membership of the Court, could be regarded as a national of more than one State shall be deemed to be a national of the State in which that person ordinarily exercises civil and political rights.

8. (a) The States Parties shall, in the selection of judges, take into account the need, within the membership of the Court, for:

(i) The representation of the principal legal systems of the world;

(ii) Equitable geographical representation; and

(iii) A fair representation of female and male judges.

(b) States Parties shall also take into account the need to include judges with legal expertise on specific issues, including, but not limited to, violence against women or children.

9. (a) Subject to subparagraph (b), judges shall hold office for a term of nine years and, subject to subparagraph (c) and to article 37, paragraph 2, shall not be eligible for re-election.

(b) At the first election, one third of the judges elected shall be selected by lot to serve for a term of three years; one third of the judges elected shall be selected by lot to serve for a term of six years; and the remainder shall serve for a term of nine years.

(c) A judge who is selected to serve for a term of three years under subparagraph (b) shall be eligible for re-election for a full term.

10. Notwithstanding paragraph 9, a judge assigned to a Trial or Appeals Chamber in accordance with article 39 shall continue in office to complete any trial or appeal the hearing of which has already commenced before that Chamber.

Article 37 Judicial vacancies

1. In the event of a vacancy, an election shall be held in accordance with article 36 to fill the vacancy.

2. A judge elected to fill a vacancy shall serve for the remainder of the predecessor's term and, if that period is three years or less, shall be eligible for re-election for a full term under article 36.

Article 38 The Presidency

1. The President and the First and Second Vice-Presidents shall be elected by an absolute majority of the judges. They shall each serve for a term of three years or until the end of their respective terms of office as judges, whichever expires earlier. They shall be eligible for re-election once.

2. The First Vice-President shall act in place of the President in the event that the President is unavailable or disqualified. The Second Vice-President shall act in place of the President in the event that both the President and the First Vice-President are unavailable or disqualified.

3. The President, together with the First and Second Vice-Presidents, shall constitute the Presidency, which shall be responsible for:

(a) The proper administration of the Court, with the exception of the Office of the Prosecutor; and

(b) The other functions conferred upon it in accordance with this Statute.

4. In discharging its responsibility under paragraph 3 (a), the Presidency shall coordinate with and seek the concurrence of the Prosecutor on all matters of mutual concern.

Article 39
Chambers

1. As soon as possible after the election of the judges, the Court shall organize itself into the divisions specified in article 34, paragraph (b). The Appeals Division shall be composed of the President and four other judges, the Trial Division of not less than six judges and the Pre-Trial Division of not less than six judges. The assignment of judges to divisions shall be based on the nature of the functions to be performed by each division and the qualifications and experience of the judges elected to the Court, in such a way that each division shall contain an appropriate combination of expertise in criminal law and procedure and in international law. The Trial and Pre-Trial Divisions shall be composed predominantly of judges with criminal trial experience.

2. (a) The judicial functions of the Court shall be carried out in each division by Chambers.

(b) (i) The Appeals Chamber shall be composed of all the judges of the Appeals Division;

(ii) The functions of the Trial Chamber shall be carried out by three judges of the Trial Division;

(iii) The functions of the Pre-Trial Chamber shall be carried out either by three judges of the Pre-Trial Division or by a single judge of that division in accordance with this Statute and the Rules of Procedure and Evidence;

(c) Nothing in this paragraph shall preclude the simultaneous constitution of more than one Trial Chamber or Pre-Trial Chamber when the efficient management of the Court's workload so requires.

3. (a) Judges assigned to the Trial and Pre-Trial Divisions shall serve in those divisions for a period of three years, and thereafter until the completion of any case the hearing of which has already commenced in the division concerned.

(b) Judges assigned to the Appeals Division shall serve in that division for their entire term of office.

4. Judges assigned to the Appeals Division shall serve only in that division. Nothing in this article shall, however, preclude the temporary attachment of judges from the Trial Division to the Pre-Trial Division or vice versa, if the Presidency considers that the efficient management of the Court's workload so requires, provided that under no circumstances shall a judge who has participated in the pre-trial phase of a case be eligible to sit on the Trial Chamber hearing that case.

Article 40
Independence of the judges

1. The judges shall be independent in the performance of their functions.

2. Judges shall not engage in any activity which is likely to interfere with their judicial functions or to affect confidence in their independence.

3. Judges required to serve on a full-time basis at the seat of the Court shall not engage in any other occupation of a professional nature.

4. Any question regarding the application of paragraphs 2 and 3 shall be decided by an absolute majority of the judges. Where any such question concerns an individual judge, that

judge shall not take part in the decision.

Article 41
Excusing and disqualification of judges

1. The Presidency may, at the request of a judge, excuse that judge from the exercise of a function under this Statute, in accordance with the Rules of Procedure and Evidence.

2. (a) A judge shall not participate in any case in which his or her impartiality might reasonably be doubted on any ground. A judge shall be disqualified from a case in accordance with this paragraph if, inter alia, that judge has previously been involved in any capacity in that case before the Court or in a related criminal case at the national level involving the person being investigated or prosecuted. A judge shall also be disqualified on such other grounds as may be provided for in the Rules of Procedure and Evidence.

(b) The Prosecutor or the person being investigated or prosecuted may request the disqualification of a judge under this paragraph.

(c) Any question as to the disqualification of a judge shall be decided by an absolute majority of the judges. The challenged judge shall be entitled to present his or her comments on the matter, but shall not take part in the decision.

Article 42
The Office of the Prosecutor

1. The Office of the Prosecutor shall act independently as a separate organ of the Court. It shall be responsible for receiving referrals and any substantiated information on crimes within the jurisdiction of the Court, for examining them and for conducting investigations and prosecutions before the Court. A member of the Office shall not seek or act on instructions from any external source.

2. The Office shall be headed by the Prosecutor. The Prosecutor shall have full authority over the management and administration of the Office, including the staff, facilities and other resources thereof. The Prosecutor shall be assisted by one or more Deputy Prosecutors, who shall be entitled to carry out any of the acts required of the Prosecutor under this Statute. The Prosecutor and the Deputy Prosecutors shall be of different nationalities. They shall serve on a full-time basis.

3. The Prosecutor and the Deputy Prosecutors shall be persons of high moral character, be highly competent in and have extensive practical experience in the prosecution or trial of criminal cases. They shall have an excellent knowledge of and be fluent in at least one of the working languages of the Court.

4. The Prosecutor shall be elected by secret ballot by an absolute majority of the members of the Assembly of States Parties. The Deputy Prosecutors shall be elected in the same way from a list of candidates provided by the Prosecutor. The Prosecutor shall nominate three candidates for each position of Deputy Prosecutor to be filled. Unless a shorter term is decided upon at the time of their election, the Prosecutor and the Deputy Prosecutors shall hold office for a term of nine years and shall not be eligible for re-election.

5. Neither the Prosecutor nor a Deputy Prosecutor shall engage in any activity which is likely to interfere with his or her prosecutorial functions or to affect confidence in his or her independence. They shall not engage in any other occupation of a professional nature.

6. The Presidency may excuse the Prosecutor or a Deputy Prosecutor, at his or her request, from acting in a particular case.
7. Neither the Prosecutor nor a Deputy Prosecutor shall participate in any matter in which their impartiality might reasonably be doubted on any ground. They shall be disqualified from a case in accordance with this paragraph if, inter alia, they have previously been involved in any capacity in that case before the Court or in a related criminal case at the national level involving the person being investigated or prosecuted.
8. Any question as to the disqualification of the Prosecutor or a Deputy Prosecutor shall be decided by the Appeals Chamber.
 - (a) The person being investigated or prosecuted may at any time request the disqualification of the Prosecutor or a Deputy Prosecutor on the grounds set out in this article;
 - (b) The Prosecutor or the Deputy Prosecutor, as appropriate, shall be entitled to present his or her comments on the matter;
9. The Prosecutor shall appoint advisers with legal expertise on specific issues, including, but not limited to, sexual and gender violence and violence against children.

Article 43
The Registry

1. The Registry shall be responsible for the non-judicial aspects of the administration and servicing of the Court, without prejudice to the functions and powers of the Prosecutor in accordance with article 42.
2. The Registry shall be headed by the Registrar, who shall be the principal administrative officer of the Court. The Registrar shall exercise his or her functions under the authority of the President of the Court.
3. The Registrar and the Deputy Registrar shall be persons of high moral character, be highly competent and have an excellent knowledge of and be fluent in at least one of the working languages of the Court.
4. The judges shall elect the Registrar by an absolute majority by secret ballot, taking into account any recommendation by the Assembly of States Parties. If the need arises and upon the recommendation of the Registrar, the judges shall elect, in the same manner, a Deputy Registrar.
5. The Registrar shall hold office for a term of five years, shall be eligible for re-election once and shall serve on a full-time basis. The Deputy Registrar shall hold office for a term of five years or such shorter term as may be decided upon by an absolute majority of the judges, and may be elected on the basis that the Deputy Registrar shall be called upon to serve as required.
6. The Registrar shall set up a Victims and Witnesses Unit within the Registry. This Unit shall provide, in consultation with the Office of the Prosecutor, protective measures and security arrangements, counselling and other appropriate assistance for witnesses, victims who appear before the Court, and others who are at risk on account of testimony given by such witnesses. The Unit shall include staff with expertise in trauma, including trauma related to crimes of sexual violence.

Article 44
Staff

1. The Prosecutor and the Registrar shall appoint such qualified staff as may be required to their respective offices. In the case of the Prosecutor, this shall include the appointment of investigators.
2. In the employment of staff, the Prosecutor and the Registrar shall ensure the highest standards of efficiency, competency and integrity, and shall have regard, mutatis mutandis, to the criteria set forth in article 36, paragraph 8.
3. The Registrar, with the agreement of the Presidency and the Prosecutor, shall propose Staff Regulations which include the terms and conditions upon which the staff of the Court shall be appointed, remunerated and dismissed. The Staff Regulations shall be approved by the Assembly of States Parties.
4. The Court may, in exceptional circumstances, employ the expertise of gratis personnel offered by States Parties, intergovernmental organizations or non-governmental organizations to assist with the work of any of the organs of the Court. The Prosecutor may accept any such offer on behalf of the Office of the Prosecutor. Such gratis personnel shall be employed in accordance with guidelines to be established by the Assembly of States Parties.

Article 45
Solemn undertaking

Before taking up their respective duties under this Statute, the judges, the Prosecutor, the Deputy Prosecutors, the Registrar and the Deputy Registrar shall each make a solemn undertaking in open court to exercise his or her respective functions impartially and conscientiously.

Article 46
Removal from office

1. A judge, the Prosecutor, a Deputy Prosecutor, the Registrar or the Deputy Registrar shall be removed from office if a decision to this effect is made in accordance with paragraph 2, in cases where that person:
 - (a) Is found to have committed serious misconduct or a serious breach of his or her duties under this Statute, as provided for in the Rules of Procedure and Evidence; or
 - (b) Is unable to exercise the functions required by this Statute.
2. A decision as to the removal from office of a judge, the Prosecutor or a Deputy Prosecutor under paragraph 1 shall be made by the Assembly of States Parties, by secret ballot:
 - (a) In the case of a judge, by a two-thirds majority of the States Parties upon a recommendation adopted by a two-thirds majority of the other judges;
 - (b) In the case of the Prosecutor, by an absolute majority of the States Parties;
 - (c) In the case of a Deputy Prosecutor, by an absolute majority of the States Parties upon the recommendation of the Prosecutor.

3. A decision as to the removal from office of the Registrar or Deputy Registrar shall be made by an absolute majority of the judges.
4. A judge, Prosecutor, Deputy Prosecutor, Registrar or Deputy Registrar whose conduct or ability to exercise the functions of the office as required by this Statute is challenged under this article shall have full opportunity to present and receive evidence and to make submissions in accordance with the Rules of Procedure and Evidence. The person in question shall not otherwise participate in the consideration of the matter.

Article 47
Disciplinary measures

A judge, Prosecutor, Deputy Prosecutor, Registrar or Deputy Registrar who has committed misconduct of a less serious nature than that set out in article 46, paragraph 1, shall be subject to disciplinary measures, in accordance with the Rules of Procedure and Evidence.

Article 48
Privileges and immunities

1. The Court shall enjoy in the territory of each State Party such privileges and immunities as are necessary for the fulfilment of its purposes.
2. The judges, the Prosecutor, the Deputy Prosecutors and the Registrar shall, when engaged on or with respect to the business of the Court, enjoy the same privileges and immunities as are accorded to heads of diplomatic missions and shall, after the expiry of their terms of office, continue to be accorded immunity from legal process of every kind in respect of words spoken or written and acts performed by them in their official capacity.
3. The Deputy Registrar, the staff of the Office of the Prosecutor and the staff of the Registry shall enjoy the privileges and immunities and facilities necessary for the performance of their functions, in accordance with the agreement on the privileges and immunities of the Court.
4. Counsel, experts, witnesses or any other person required to be present at the seat of the Court shall be accorded such treatment as is necessary for the proper functioning of the Court, in accordance with the agreement on the privileges and immunities of the Court.
5. The privileges and immunities of:
 - (a) A judge or the Prosecutor may be waived by an absolute majority of the judges;
 - (b) The Registrar may be waived by the Presidency;
 - (c) The Deputy Prosecutors and staff of the Office of the Prosecutor may be waived by the Prosecutor;
 - (d) The Deputy Registrar and staff of the Registry may be waived by the Registrar.

Article 49
Salaries, allowances and expenses

The judges, the Prosecutor, the Deputy Prosecutors, the Registrar and the Deputy Registrar shall receive such salaries, allowances and expenses as may be decided upon by the Assembly of States Parties. These salaries and allowances shall not be reduced during their terms of office.

Article 50
Official and working languages

1. The official languages of the Court shall be Arabic, Chinese, English, French, Russian and Spanish. The judgements of the Court, as well as other decisions resolving fundamental issues before the Court, shall be published in the official languages. The Presidency shall, in accordance with the criteria established by the Rules of Procedure and Evidence, determine which decisions may be considered as resolving fundamental issues for the purposes of this paragraph.

2. The working languages of the Court shall be English and French. The Rules of Procedure and Evidence shall determine the cases in which other official languages may be used as working languages.

3. At the request of any party to a proceeding or a State allowed to intervene in a proceeding, the Court shall authorize a language other than English or French to be used by such a party or State, provided that the Court considers such authorization to be adequately justified.

Article 51
Rules of Procedure and Evidence

1. The Rules of Procedure and Evidence shall enter into force upon adoption by a two-thirds majority of the members of the Assembly of States Parties.

2. Amendments to the Rules of Procedure and Evidence may be proposed by:

- (a) Any State Party;
- (b) The judges acting by an absolute majority; or
- (c) The Prosecutor.

Such amendments shall enter into force upon adoption by a two-thirds majority of the members of the Assembly of States Parties.

3. After the adoption of the Rules of Procedure and Evidence, in urgent cases where the Rules do not provide for a specific situation before the Court, the judges may, by a two-thirds majority, draw up provisional Rules to be applied until adopted, amended or rejected at the next ordinary or special session of the Assembly of States Parties.

4. The Rules of Procedure and Evidence, amendments thereto and any provisional Rule shall be consistent with this Statute. Amendments to the Rules of Procedure and Evidence as well as provisional Rules shall not be applied retroactively to the detriment of the person who is being investigated or prosecuted or who has been convicted.

5. In the event of conflict between the Statute and the Rules of Procedure and Evidence, the Statute shall prevail.

Article 52
Regulations of the Court

1. The judges shall, in accordance with this Statute and the Rules of Procedure and Evidence, adopt, by an absolute majority, the Regulations of the Court necessary for its routine functioning.
2. The Prosecutor and the Registrar shall be consulted in the elaboration of the Regulations and any amendments thereto.
3. The Regulations and any amendments thereto shall take effect upon adoption unless otherwise decided by the judges. Immediately upon adoption, they shall be circulated to States Parties for comments. If within six months there are no objections from a majority of States Parties, they shall remain in force.

PART 5. INVESTIGATION AND PROSECUTION

Article 53
Initiation of an investigation

1. The Prosecutor shall, having evaluated the information made available to him or her, initiate an investigation unless he or she determines that there is no reasonable basis to proceed under this Statute. In deciding whether to initiate an investigation, the Prosecutor shall consider whether:

- (a) The information available to the Prosecutor provides a reasonable basis to believe that a crime within the jurisdiction of the Court has been or is being committed;
- (b) The case is or would be admissible under article 17; and
- (c) Taking into account the gravity of the crime and the interests of victims, there are nonetheless substantial reasons to believe that an investigation would not serve the interests of justice.

If the Prosecutor determines that there is no reasonable basis to proceed and his or her determination is based solely on subparagraph (c) above, he or she shall inform the Pre-Trial Chamber.

2. If, upon investigation, the Prosecutor concludes that there is not a sufficient basis for a prosecution because:

- (a) There is not a sufficient legal or factual basis to seek a warrant or summons under article 58;
- (b) The case is inadmissible under article 17; or
- (c) A prosecution is not in the interests of justice, taking into account all the circumstances, including the gravity of the crime, the interests of victims and the age or infirmity of the alleged perpetrator, and his or her role in the alleged crime;

the Prosecutor shall inform the Pre-Trial Chamber and the State making a referral under article 14 or the Security Council in a case under article 13, paragraph (b), of his or her conclusion and the reasons for the conclusion.

3. (a) At the request of the State making a referral under article 14 or the Security Council under article 13, paragraph (b), the Pre-Trial Chamber may review a decision of the Prosecutor under paragraph 1 or 2 not to proceed and may request the Prosecutor to reconsider that decision.

(b) In addition, the Pre-Trial Chamber may, on its own initiative, review a decision of the Prosecutor not to proceed if it is based solely on paragraph 1 (c) or 2 (c). In such a case, the decision of the Prosecutor shall be effective only if confirmed by the Pre-Trial Chamber.

4. The Prosecutor may, at any time, reconsider a decision whether to initiate an investigation or prosecution based on new facts or information.

Article 54

Duties and powers of the Prosecutor with respect to investigations

1. The Prosecutor shall:
 - (a) In order to establish the truth, extend the investigation to cover all facts and evidence relevant to an assessment of whether there is criminal responsibility under this Statute, and, in doing so, investigate incriminating and exonerating circumstances equally;
 - (b) Take appropriate measures to ensure the effective investigation and prosecution of crimes within the jurisdiction of the Court, and in doing so, respect the interests and personal circumstances of victims and witnesses, including age, gender as defined in article 7, paragraph 3, and health, and take into account the nature of the crime, in particular where it involves sexual violence, gender violence or violence against children; and
 - (c) Fully respect the rights of persons arising under this Statute.
2. The Prosecutor may conduct investigations on the territory of a State:
 - (a) In accordance with the provisions of Part 9; or
 - (b) As authorized by the Pre-Trial Chamber under article 57, paragraph 3 (d).
3. The Prosecutor may:
 - (a) Collect and examine evidence;
 - (b) Request the presence of and question persons being investigated, victims and witnesses;
 - (c) Seek the cooperation of any State or intergovernmental organization or arrangement in accordance with its respective competence and/or mandate;
 - (d) Enter into such arrangements or agreements, not inconsistent with this Statute, as may be necessary to facilitate the cooperation of a State, intergovernmental organization or person;
 - (e) Agree not to disclose, at any stage of the proceedings, documents or information that the Prosecutor obtains on the condition of confidentiality and solely

for the purpose of generating new evidence, unless the provider of the information consents; and

(f) Take necessary measures, or request that necessary measures be taken, to ensure the confidentiality of information, the protection of any person or the preservation of evidence.

Article 55

Rights of persons during an investigation

1. In respect of an investigation under this Statute, a person:
 - (a) Shall not be compelled to incriminate himself or herself or to confess guilt;
 - (b) Shall not be subjected to any form of coercion, duress or threat, to torture or to any other form of cruel, inhuman or degrading treatment or punishment;
 - (c) Shall, if questioned in a language other than a language the person fully understands and speaks, have, free of any cost, the assistance of a competent interpreter and such translations as are necessary to meet the requirements of fairness; and
 - (d) Shall not be subjected to arbitrary arrest or detention, and shall not be deprived of his or her liberty except on such grounds and in accordance with such procedures as are established in this Statute.

2. Where there are grounds to believe that a person has committed a crime within the jurisdiction of the Court and that person is about to be questioned either by the Prosecutor, or by national authorities pursuant to a request made under Part 9, that person shall also have the following rights of which he or she shall be informed prior to being questioned:
 - (a) To be informed, prior to being questioned, that there are grounds to believe that he or she has committed a crime within the jurisdiction of the Court;
 - (b) To remain silent, without such silence being a consideration in the determination of guilt or innocence;
 - (c) To have legal assistance of the person's choosing, or, if the person does not have legal assistance, to have legal assistance assigned to him or her, in any case where the interests of justice so require, and without payment by the person in any such case if the person does not have sufficient means to pay for it; and
 - (d) To be questioned in the presence of counsel unless the person has voluntarily waived his or her right to counsel.

Article 56

Role of the Pre-Trial Chamber in relation to a unique investigative opportunity

1. (a) Where the Prosecutor considers an investigation to present a unique opportunity to take testimony or a statement from a witness or to examine, collect or test evidence, which may not be available subsequently for the purposes of a trial, the Prosecutor shall so inform the Pre-Trial Chamber.
 - (b) In that case, the Pre-Trial Chamber may, upon request of the Prosecutor, take such measures as may be necessary to ensure the efficiency and integrity of the

proceedings and, in particular, to protect the rights of the defence.

(c) Unless the Pre-Trial Chamber orders otherwise, the Prosecutor shall provide the relevant information to the person who has been arrested or appeared in response to a summons in connection with the investigation referred to in subparagraph (a), in order that he or she may be heard on the matter.

2. The measures referred to in paragraph 1 (b) may include:

- (a) Making recommendations or orders regarding procedures to be followed;
- (b) Directing that a record be made of the proceedings;
- (c) Appointing an expert to assist;
- (d) Authorizing counsel for a person who has been arrested, or appeared before the Court in response to a summons, to participate, or where there has not yet been such an arrest or appearance or counsel has not been designated, appointing another counsel to attend and represent the interests of the defence;
- (e) Naming one of its members or, if necessary, another available judge of the Pre-Trial or Trial Division to observe and make recommendations or orders regarding the collection and preservation of evidence and the questioning of persons;
- (f) Taking such other action as may be necessary to collect or preserve evidence.

3. (a) Where the Prosecutor has not sought measures pursuant to this article but the Pre-Trial Chamber considers that such measures are required to preserve evidence that it deems would be essential for the defence at trial, it shall consult with the Prosecutor as to whether there is good reason for the Prosecutor's failure to request the measures. If upon consultation, the Pre-Trial Chamber concludes that the Prosecutor's failure to request such measures is unjustified, the Pre-Trial Chamber may take such measures on its own initiative.

(b) A decision of the Pre-Trial Chamber to act on its own initiative under this paragraph may be appealed by the Prosecutor. The appeal shall be heard on an expedited basis.

4. The admissibility of evidence preserved or collected for trial pursuant to this article, or the record thereof, shall be governed at trial by article 69, and given such weight as determined by the Trial Chamber.

Article 57

Functions and powers of the Pre-Trial Chamber

1. Unless otherwise provided in this Statute, the Pre-Trial Chamber shall exercise its functions in accordance with the provisions of this article.

2. (a) Orders or rulings of the Pre-Trial Chamber issued under articles 15, 18, 19, 54, paragraph 2, 61, paragraph 7, and 72 must be concurred in by a majority of its judges.

(b) In all other cases, a single judge of the Pre-Trial Chamber may exercise the functions provided for in this Statute, unless otherwise provided for in the Rules of Procedure and Evidence or by a majority of the Pre-Trial Chamber.

3. In addition to its other functions under this Statute, the Pre-Trial Chamber may:

- (a) At the request of the Prosecutor, issue such orders and warrants as may be required for the purposes of an investigation;
- (b) Upon the request of a person who has been arrested or has appeared pursuant to a summons under article 58, issue such orders, including measures such as those described in article 56, or seek such cooperation pursuant to Part 9 as may be necessary to assist the person in the preparation of his or her defence;
- (c) Where necessary, provide for the protection and privacy of victims and witnesses, the preservation of evidence, the protection of persons who have been arrested or appeared in response to a summons, and the protection of national security information;
- (d) Authorize the Prosecutor to take specific investigative steps within the territory of a State Party without having secured the cooperation of that State under Part 9 if, whenever possible having regard to the views of the State concerned, the Pre-Trial Chamber has determined in that case that the State is clearly unable to execute a request for cooperation due to the unavailability of any authority or any component of its judicial system competent to execute the request for cooperation under Part 9.
- (e) Where a warrant of arrest or a summons has been issued under article 58, and having due regard to the strength of the evidence and the rights of the parties concerned, as provided for in this Statute and the Rules of Procedure and Evidence, seek the cooperation of States pursuant to article 93, paragraph 1 (k), to take protective measures for the purpose of forfeiture, in particular for the ultimate benefit of victims.

Article 58

Issuance by the Pre-Trial Chamber of a warrant of arrest or a summons to appear

1. At any time after the initiation of an investigation, the Pre-Trial Chamber shall, on the application of the Prosecutor, issue a warrant of arrest of a person if, having examined the application and the evidence or other information submitted by the Prosecutor, it is satisfied that:
 - (a) There are reasonable grounds to believe that the person has committed a crime within the jurisdiction of the Court; and
 - (b) The arrest of the person appears necessary:
 - (i) To ensure the person's appearance at trial,
 - (ii) To ensure that the person does not obstruct or endanger the investigation or the court proceedings, or
 - (iii) Where applicable, to prevent the person from continuing with the commission of that crime or a related crime which is within the jurisdiction of the Court and which arises out of the same circumstances.
2. The application of the Prosecutor shall contain:
 - (a) The name of the person and any other relevant identifying information;
 - (b) A specific reference to the crimes within the jurisdiction of the Court which the person is alleged to have committed;

- (c) A concise statement of the facts which are alleged to constitute those crimes;
 - (d) A summary of the evidence and any other information which establish reasonable grounds to believe that the person committed those crimes; and
 - (e) The reason why the Prosecutor believes that the arrest of the person is necessary.
3. The warrant of arrest shall contain:
- (a) The name of the person and any other relevant identifying information;
 - (b) A specific reference to the crimes within the jurisdiction of the Court for which the person's arrest is sought; and
 - (c) A concise statement of the facts which are alleged to constitute those crimes.
4. The warrant of arrest shall remain in effect until otherwise ordered by the Court.
5. On the basis of the warrant of arrest, the Court may request the provisional arrest or the arrest and surrender of the person under Part 9.
6. The Prosecutor may request the Pre-Trial Chamber to amend the warrant of arrest by modifying or adding to the crimes specified therein. The Pre-Trial Chamber shall so amend the warrant if it is satisfied that there are reasonable grounds to believe that the person committed the modified or additional crimes.
7. As an alternative to seeking a warrant of arrest, the Prosecutor may submit an application requesting that the Pre-Trial Chamber issue a summons for the person to appear. If the Pre-Trial Chamber is satisfied that there are reasonable grounds to believe that the person committed the crime alleged and that a summons is sufficient to ensure the person's appearance, it shall issue the summons, with or without conditions restricting liberty (other than detention) if provided for by national law, for the person to appear. The summons shall contain:
- (a) The name of the person and any other relevant identifying information;
 - (b) The specified date on which the person is to appear;
 - (c) A specific reference to the crimes within the jurisdiction of the Court which the person is alleged to have committed; and
 - (d) A concise statement of the facts which are alleged to constitute the crime.

The summons shall be served on the person.

Article 59

Arrest proceedings in the custodial State

1. A State Party which has received a request for provisional arrest or for arrest and surrender shall immediately take steps to arrest the person in question in accordance with its laws and the provisions of Part 9.
2. A person arrested shall be brought promptly before the competent judicial authority in the custodial State which shall determine, in accordance with the law of that State, that:
- (a) The warrant applies to that person;

- (b) The person has been arrested in accordance with the proper process; and
 - (c) The person's rights have been respected.
3. The person arrested shall have the right to apply to the competent authority in the custodial State for interim release pending surrender.
4. In reaching a decision on any such application, the competent authority in the custodial State shall consider whether, given the gravity of the alleged crimes, there are urgent and exceptional circumstances to justify interim release and whether necessary safeguards exist to ensure that the custodial State can fulfil its duty to surrender the person to the Court. It shall not be open to the competent authority of the custodial State to consider whether the warrant of arrest was properly issued in accordance with article 58, paragraph 1 (a) and (b).
5. The Pre-Trial Chamber shall be notified of any request for interim release and shall make recommendations to the competent authority in the custodial State. The competent authority in the custodial State shall give full consideration to such recommendations, including any recommendations on measures to prevent the escape of the person, before rendering its decision.
6. If the person is granted interim release, the Pre-Trial Chamber may request periodic reports on the status of the interim release.
7. Once ordered to be surrendered by the custodial State, the person shall be delivered to the Court as soon as possible.

Article 60
Initial proceedings before the Court

1. Upon the surrender of the person to the Court, or the person's appearance before the Court voluntarily or pursuant to a summons, the Pre-Trial Chamber shall satisfy itself that the person has been informed of the crimes which he or she is alleged to have committed, and of his or her rights under this Statute, including the right to apply for interim release pending trial.
2. A person subject to a warrant of arrest may apply for interim release pending trial. If the Pre-Trial Chamber is satisfied that the conditions set forth in article 58, paragraph 1, are met, the person shall continue to be detained. If it is not so satisfied, the Pre-Trial Chamber shall release the person, with or without conditions.
3. The Pre-Trial Chamber shall periodically review its ruling on the release or detention of the person, and may do so at any time on the request of the Prosecutor or the person. Upon such review, it may modify its ruling as to detention, release or conditions of release, if it is satisfied that changed circumstances so require.
4. The Pre-Trial Chamber shall ensure that a person is not detained for an unreasonable period prior to trial due to inexcusable delay by the Prosecutor. If such delay occurs, the Court shall consider releasing the person, with or without conditions.
5. If necessary, the Pre-Trial Chamber may issue a warrant of arrest to secure the presence of a person who has been released.

Article 61
Confirmation of the charges before trial

1. Subject to the provisions of paragraph 2, within a reasonable time after the person's surrender or voluntary appearance before the Court, the Pre-Trial Chamber shall hold a hearing to confirm the charges on which the Prosecutor intends to seek trial. The hearing shall be held in the presence of the Prosecutor and the person charged, as well as his or her counsel.

2. The Pre-Trial Chamber may, upon request of the Prosecutor or on its own motion, hold a hearing in the absence of the person charged to confirm the charges on which the Prosecutor intends to seek trial when the person has:

- (a) Waived his or her right to be present; or
- (b) Fled or cannot be found and all reasonable steps have been taken to secure his or her appearance before the Court and to inform the person of the charges and that a hearing to confirm those charges will be held.

In that case, the person shall be represented by counsel where the Pre-Trial Chamber determines that it is in the interests of justice.

3. Within a reasonable time before the hearing, the person shall:

- (a) Be provided with a copy of the document containing the charges on which the Prosecutor intends to bring the person to trial; and
- (b) Be informed of the evidence on which the Prosecutor intends to rely at the hearing.

The Pre-Trial Chamber may issue orders regarding the disclosure of information for the purposes of the hearing.

4. Before the hearing, the Prosecutor may continue the investigation and may amend or withdraw any charges. The person shall be given reasonable notice before the hearing of any amendment to or withdrawal of charges. In case of a withdrawal of charges, the Prosecutor shall notify the Pre-Trial Chamber of the reasons for the withdrawal.

5. At the hearing, the Prosecutor shall support each charge with sufficient evidence to establish substantial grounds to believe that the person committed the crime charged. The Prosecutor may rely on documentary or summary evidence and need not call the witnesses expected to testify at the trial.

6. At the hearing, the person may:

- (a) Object to the charges;
- (b) Challenge the evidence presented by the Prosecutor; and
- (c) Present evidence.

7. The Pre-Trial Chamber shall, on the basis of the hearing, determine whether there is sufficient evidence to establish substantial grounds to believe that the person committed each of the crimes charged. Based on its determination, the Pre-Trial Chamber shall:

- (a) Confirm those charges in relation to which it has determined that there is sufficient evidence, and commit the person to a Trial Chamber for trial on the charges as confirmed;
- (b) Decline to confirm those charges in relation to which it has determined that there is insufficient evidence;
- (c) Adjourn the hearing and request the Prosecutor to consider:
 - (i) Providing further evidence or conducting further investigation with respect to a particular charge; or
 - (ii) Amending a charge because the evidence submitted appears to establish a different crime within the jurisdiction of the Court.

8. Where the Pre-Trial Chamber declines to confirm a charge, the Prosecutor shall not be precluded from subsequently requesting its confirmation if the request is supported by additional evidence.

9. After the charges are confirmed and before the trial has begun, the Prosecutor may, with the permission of the Pre-Trial Chamber and after notice to the accused, amend the charges. If the Prosecutor seeks to add additional charges or to substitute more serious charges, a hearing under this article to confirm those charges must be held. After commencement of the trial, the Prosecutor may, with the permission of the Trial Chamber, withdraw the charges.

10. Any warrant previously issued shall cease to have effect with respect to any charges which have not been confirmed by the Pre-Trial Chamber or which have been withdrawn by the Prosecutor.

11. Once the charges have been confirmed in accordance with this article, the Presidency shall constitute a Trial Chamber which, subject to paragraph 9 and to article 64, paragraph 4, shall be responsible for the conduct of subsequent proceedings and may exercise any function of the Pre-Trial Chamber that is relevant and capable of application in those proceedings.

PART 6. THE TRIAL

Article 62 Place of trial

Unless otherwise decided, the place of the trial shall be the seat of the Court.

Article 63 Trial in the presence of the accused

1. The accused shall be present during the trial.
2. If the accused, being present before the Court, continues to disrupt the trial, the Trial Chamber may remove the accused and shall make provision for him or her to observe the trial and instruct counsel from outside the courtroom, through the use of communications technology, if required. Such measures shall be taken only in exceptional circumstances after other reasonable alternatives have proved inadequate, and only for such duration as is strictly

required.

Article 64
Functions and powers of the Trial Chamber

1. The functions and powers of the Trial Chamber set out in this article shall be exercised in accordance with this Statute and the Rules of Procedure and Evidence.
2. The Trial Chamber shall ensure that a trial is fair and expeditious and is conducted with full respect for the rights of the accused and due regard for the protection of victims and witnesses.
3. Upon assignment of a case for trial in accordance with this Statute, the Trial Chamber assigned to deal with the case shall:
 - (a) Confer with the parties and adopt such procedures as are necessary to facilitate the fair and expeditious conduct of the proceedings;
 - (b) Determine the language or languages to be used at trial; and
 - (c) Subject to any other relevant provisions of this Statute, provide for disclosure of documents or information not previously disclosed, sufficiently in advance of the commencement of the trial to enable adequate preparation for trial.
4. The Trial Chamber may, if necessary for its effective and fair functioning, refer preliminary issues to the Pre-Trial Chamber or, if necessary, to another available judge of the Pre-Trial Division.
5. Upon notice to the parties, the Trial Chamber may, as appropriate, direct that there be joinder or severance in respect of charges against more than one accused.
6. In performing its functions prior to trial or during the course of a trial, the Trial Chamber may, as necessary:
 - (a) Exercise any functions of the Pre-Trial Chamber referred to in article 61, paragraph 11;
 - (b) Require the attendance and testimony of witnesses and production of documents and other evidence by obtaining, if necessary, the assistance of States as provided in this Statute;
 - (c) Provide for the protection of confidential information;
 - (d) Order the production of evidence in addition to that already collected prior to the trial or presented during the trial by the parties;
 - (e) Provide for the protection of the accused, witnesses and victims; and
 - (f) Rule on any other relevant matters.
7. The trial shall be held in public. The Trial Chamber may, however, determine that special circumstances require that certain proceedings be in closed session for the purposes set forth in article 68, or to protect confidential or sensitive information to be given in evidence.

8. (a) At the commencement of the trial, the Trial Chamber shall have read to the accused the charges previously confirmed by the Pre-Trial Chamber. The Trial Chamber shall satisfy itself that the accused understands the nature of the charges. It shall afford him or her the opportunity to make an admission of guilt in accordance with article 65 or to plead not guilty.

(b) At the trial, the presiding judge may give directions for the conduct of proceedings, including to ensure that they are conducted in a fair and impartial manner. Subject to any directions of the presiding judge, the parties may submit evidence in accordance with the provisions of this Statute.

9. The Trial Chamber shall have, inter alia, the power on application of a party or on its own motion to:

(a) Rule on the admissibility or relevance of evidence; and

(b) Take all necessary steps to maintain order in the course of a hearing.

10. The Trial Chamber shall ensure that a complete record of the trial, which accurately reflects the proceedings, is made and that it is maintained and preserved by the Registrar.

Article 65

Proceedings on an admission of guilt

1. Where the accused makes an admission of guilt pursuant to article 64, paragraph 8 (a), the Trial Chamber shall determine whether:

(a) The accused understands the nature and consequences of the admission of guilt;

(b) The admission is voluntarily made by the accused after sufficient consultation with defence counsel; and

(c) The admission of guilt is supported by the facts of the case that are contained in:

(i) The charges brought by the Prosecutor and admitted by the accused;

(ii) Any materials presented by the Prosecutor which supplement the charges and which the accused accepts; and

(iii) Any other evidence, such as the testimony of witnesses, presented by the Prosecutor or the accused.

2. Where the Trial Chamber is satisfied that the matters referred to in paragraph 1 are established, it shall consider the admission of guilt, together with any additional evidence presented, as establishing all the essential facts that are required to prove the crime to which the admission of guilt relates, and may convict the accused of that crime.

3. Where the Trial Chamber is not satisfied that the matters referred to in paragraph 1 are established, it shall consider the admission of guilt as not having been made, in which case it shall order that the trial be continued under the ordinary trial procedures provided by this Statute and may remit the case to another Trial Chamber.

4. Where the Trial Chamber is of the opinion that a more complete presentation of the facts of the case is required in the interests of justice, in particular the interests of the victims, the Trial Chamber may:

- (a) Request the Prosecutor to present additional evidence, including the testimony of witnesses; or
- (b) Order that the trial be continued under the ordinary trial procedures provided by this Statute, in which case it shall consider the admission of guilt as not having been made and may remit the case to another Trial Chamber.

5. Any discussions between the Prosecutor and the defence regarding modification of the charges, the admission of guilt or the penalty to be imposed shall not be binding on the Court.

Article 66
Presumption of innocence

- 1. Everyone shall be presumed innocent until proved guilty before the Court in accordance with the applicable law.
- 2. The onus is on the Prosecutor to prove the guilt of the accused.
- 3. In order to convict the accused, the Court must be convinced of the guilt of the accused beyond reasonable doubt.

Article 67
Rights of the accused

- 1. In the determination of any charge, the accused shall be entitled to a public hearing, having regard to the provisions of this Statute, to a fair hearing conducted impartially, and to the following minimum guarantees, in full equality:
 - (a) To be informed promptly and in detail of the nature, cause and content of the charge, in a language which the accused fully understands and speaks;
 - (b) To have adequate time and facilities for the preparation of the defence and to communicate freely with counsel of the accused's choosing in confidence;
 - (c) To be tried without undue delay;
 - (d) Subject to article 63, paragraph 2, to be present at the trial, to conduct the defence in person or through legal assistance of the accused's choosing, to be informed, if the accused does not have legal assistance, of this right and to have legal assistance assigned by the Court in any case where the interests of justice so require, and without payment if the accused lacks sufficient means to pay for it;
 - (e) To examine, or have examined, the witnesses against him or her and to obtain the attendance and examination of witnesses on his or her behalf under the same conditions as witnesses against him or her. The accused shall also be entitled to raise defences and to present other evidence admissible under this Statute;

- (f) To have, free of any cost, the assistance of a competent interpreter and such translations as are necessary to meet the requirements of fairness, if any of the proceedings or documents presented to the Court are not in a language which the accused fully understands and speaks;
- (g) Not to be compelled to testify or to confess guilt and to remain silent, without such silence being a consideration in the determination of guilt or innocence;
- (h) To make an unsworn oral or written statement in his or her defence; and
- (i) Not to have imposed on him or her any reversal of the burden of proof or any onus of rebuttal.

2. In addition to any other disclosure provided for in this Statute, the Prosecutor shall, as soon as practicable, disclose to the defence evidence in the Prosecutor's possession or control which he or she believes shows or tends to show the innocence of the accused, or to mitigate the guilt of the accused, or which may affect the credibility of prosecution evidence. In case of doubt as to the application of this paragraph, the Court shall decide.

Article 68
Protection of the victims and witnesses and their
participation in the proceedings

1. The Court shall take appropriate measures to protect the safety, physical and psychological well-being, dignity and privacy of victims and witnesses. In so doing, the Court shall have regard to all relevant factors, including age, gender as defined in article 7, paragraph 3, and health, and the nature of the crime, in particular, but not limited to, where the crime involves sexual or gender violence or violence against children. The Prosecutor shall take such measures particularly during the investigation and prosecution of such crimes. These measures shall not be prejudicial to or inconsistent with the rights of the accused and a fair and impartial trial.

2. As an exception to the principle of public hearings provided for in article 67, the Chambers of the Court may, to protect victims and witnesses or an accused, conduct any part of the proceedings in camera or allow the presentation of evidence by electronic or other special means. In particular, such measures shall be implemented in the case of a victim of sexual violence or a child who is a victim or a witness, unless otherwise ordered by the Court, having regard to all the circumstances, particularly the views of the victim or witness.

3. Where the personal interests of the victims are affected, the Court shall permit their views and concerns to be presented and considered at stages of the proceedings determined to be appropriate by the Court and in a manner which is not prejudicial to or inconsistent with the rights of the accused and a fair and impartial trial. Such views and concerns may be presented by the legal representatives of the victims where the Court considers it appropriate, in accordance with the Rules of Procedure and Evidence.

4. The Victims and Witnesses Unit may advise the Prosecutor and the Court on appropriate protective measures, security arrangements, counselling and assistance as referred to in article 43, paragraph 6.

5. Where the disclosure of evidence or information pursuant to this Statute may lead to the grave endangerment of the security of a witness or his or her family, the Prosecutor may, for the purposes of any proceedings conducted prior to the commencement of the trial, withhold such evidence or information and instead submit a summary thereof. Such measures shall be exercised in a manner which is not prejudicial to or inconsistent with the rights of the accused and a fair and impartial trial.

6. A State may make an application for necessary measures to be taken in respect of the protection of its servants or agents and the protection of confidential or sensitive information.

Article 69
Evidence

1. Before testifying, each witness shall, in accordance with the Rules of Procedure and Evidence, give an undertaking as to the truthfulness of the evidence to be given by that witness.

2. The testimony of a witness at trial shall be given in person, except to the extent provided by the measures set forth in article 68 or in the Rules of Procedure and Evidence. The Court may also permit the giving of viva voce (oral) or recorded testimony of a witness by means of video or audio technology, as well as the introduction of documents or written transcripts, subject to this Statute and in accordance with the Rules of Procedure and Evidence. These measures shall not be prejudicial to or inconsistent with the rights of the accused.

3. The parties may submit evidence relevant to the case, in accordance with article 64. The Court shall have the authority to request the submission of all evidence that it considers necessary for the determination of the truth.

4. The Court may rule on the relevance or admissibility of any evidence, taking into account, inter alia, the probative value of the evidence and any prejudice that such evidence may cause to a fair trial or to a fair evaluation of the testimony of a witness, in accordance with the Rules of Procedure and Evidence.

5. The Court shall respect and observe privileges on confidentiality as provided for in the Rules of Procedure and Evidence.

6. The Court shall not require proof of facts of common knowledge but may take judicial notice of them.

7. Evidence obtained by means of a violation of this Statute or internationally recognized human rights shall not be admissible if:

- (a) The violation casts substantial doubt on the reliability of the evidence; or
- (b) The admission of the evidence would be antithetical to and would seriously damage the integrity of the proceedings.

8. When deciding on the relevance or admissibility of evidence collected by a State, the Court shall not rule on the application of the State's national law.

Article 70
Offences against the administration of justice

1. The Court shall have jurisdiction over the following offences against its administration of justice when committed intentionally:

- (a) Giving false testimony when under an obligation pursuant to article 69, paragraph 1, to tell the truth;

- (b) Presenting evidence that the party knows is false or forged;
- (c) Corruptly influencing a witness, obstructing or interfering with the attendance or testimony of a witness, retaliating against a witness for giving testimony or destroying, tampering with or interfering with the collection of evidence;
- (d) Impeding, intimidating or corruptly influencing an official of the Court for the purpose of forcing or persuading the official not to perform, or to perform improperly, his or her duties;
- (e) Retaliating against an official of the Court on account of duties performed by that or another official;
- (f) Soliciting or accepting a bribe as an official of the Court in connection with his or her official duties.

2. The principles and procedures governing the Court's exercise of jurisdiction over offences under this article shall be those provided for in the Rules of Procedure and Evidence. The conditions for providing international cooperation to the Court with respect to its proceedings under this article shall be governed by the domestic laws of the requested State.

3. In the event of conviction, the Court may impose a term of imprisonment not exceeding five years, or a fine in accordance with the Rules of Procedure and Evidence, or both.

4. (a) Each State Party shall extend its criminal laws penalizing offences against the integrity of its own investigative or judicial process to offences against the administration of justice referred to in this article, committed on its territory, or by one of its nationals;

(b) Upon request by the Court, whenever it deems it proper, the State Party shall submit the case to its competent authorities for the purpose of prosecution. Those authorities shall treat such cases with diligence and devote sufficient resources to enable them to be conducted effectively.

Article 71

Sanctions for misconduct before the Court

1. The Court may sanction persons present before it who commit misconduct, including disruption of its proceedings or deliberate refusal to comply with its directions, by administrative measures other than imprisonment, such as temporary or permanent removal from the courtroom, a fine or other similar measures provided for in the Rules of Procedure and Evidence.

2. The procedures governing the imposition of the measures set forth in paragraph 1 shall be those provided for in the Rules of Procedure and Evidence.

Article 72

Protection of national security information

1. This article applies in any case where the disclosure of the information or documents of a State would, in the opinion of that State, prejudice its national security interests. Such cases include those falling within the scope of article 56, paragraphs 2 and 3, article 61, paragraph 3, article 64, paragraph 3, article 67, paragraph 2, article 68, paragraph 6, article

87, paragraph 6 and article 93, as well as cases arising at any other stage of the proceedings where such disclosure may be at issue.

2. This article shall also apply when a person who has been requested to give information or evidence has refused to do so or has referred the matter to the State on the ground that disclosure would prejudice the national security interests of a State and the State concerned confirms that it is of the opinion that disclosure would prejudice its national security interests.

3. Nothing in this article shall prejudice the requirements of confidentiality applicable under article 54, paragraph 3 (e) and (f), or the application of article 73.

4. If a State learns that information or documents of the State are being, or are likely to be, disclosed at any stage of the proceedings, and it is of the opinion that disclosure would prejudice its national security interests, that State shall have the right to intervene in order to obtain resolution of the issue in accordance with this article.

5. If, in the opinion of a State, disclosure of information would prejudice its national security interests, all reasonable steps will be taken by the State, acting in conjunction with the Prosecutor, the defence or the Pre-Trial Chamber or Trial Chamber, as the case may be, to seek to resolve the matter by cooperative means. Such steps may include:

- (a) Modification or clarification of the request;
- (b) A determination by the Court regarding the relevance of the information or evidence sought, or a determination as to whether the evidence, though relevant, could be or has been obtained from a source other than the requested State;
- (c) Obtaining the information or evidence from a different source or in a different form; or
- (d) Agreement on conditions under which the assistance could be provided including, among other things, providing summaries or redactions, limitations on disclosure, use of *in camera* or *ex parte* proceedings, or other protective measures permissible under the Statute and the Rules of Procedure and Evidence.

6. Once all reasonable steps have been taken to resolve the matter through cooperative means, and if the State considers that there are no means or conditions under which the information or documents could be provided or disclosed without prejudice to its national security interests, it shall so notify the Prosecutor or the Court of the specific reasons for its decision, unless a specific description of the reasons would itself necessarily result in such prejudice to the State's national security interests.

7. Thereafter, if the Court determines that the evidence is relevant and necessary for the establishment of the guilt or innocence of the accused, the Court may undertake the following actions:

- (a) Where disclosure of the information or document is sought pursuant to a request for cooperation under Part 9 or the circumstances described in paragraph 2, and the State has invoked the ground for refusal referred to in article 93, paragraph 4:
 - (i) The Court may, before making any conclusion referred to in subparagraph 7 (a) (ii), request further consultations for the purpose of considering the State's representations, which may include, as appropriate, hearings *in camera* and *ex parte*;

(ii) If the Court concludes that, by invoking the ground for refusal under article 93, paragraph 4, in the circumstances of the case, the requested State is not acting in accordance with its obligations under this Statute, the Court may refer the matter in accordance with article 87, paragraph 7, specifying the reasons for its conclusion; and

(iii) The Court may make such inference in the trial of the accused as to the existence or non-existence of a fact, as may be appropriate in the circumstances; or

(b) In all other circumstances:

(i) Order disclosure; or

(ii) To the extent it does not order disclosure, make such inference in the trial of the accused as to the existence or non-existence of a fact, as may be appropriate in the circumstances.

Article 73

Third-party information or documents

If a State Party is requested by the Court to provide a document or information in its custody, possession or control, which was disclosed to it in confidence by a State, intergovernmental organization or international organization, it shall seek the consent of the originator to disclose that document or information. If the originator is a State Party, it shall either consent to disclosure of the information or document or undertake to resolve the issue of disclosure with the Court, subject to the provisions of article 72. If the originator is not a State Party and refuses to consent to disclosure, the requested State shall inform the Court that it is unable to provide the document or information because of a pre-existing obligation of confidentiality to the originator.

Article 74

Requirements for the decision

1. All the judges of the Trial Chamber shall be present at each stage of the trial and throughout their deliberations. The Presidency may, on a case-by-case basis, designate, as available, one or more alternate judges to be present at each stage of the trial and to replace a member of the Trial Chamber if that member is unable to continue attending.
2. The Trial Chamber's decision shall be based on its evaluation of the evidence and the entire proceedings. The decision shall not exceed the facts and circumstances described in the charges and any amendments to the charges. The Court may base its decision only on evidence submitted and discussed before it at the trial.
3. The judges shall attempt to achieve unanimity in their decision, failing which the decision shall be taken by a majority of the judges.
4. The deliberations of the Trial Chamber shall remain secret.
5. The decision shall be in writing and shall contain a full and reasoned statement of the Trial Chamber's findings on the evidence and conclusions. The Trial Chamber shall issue one decision. When there is no unanimity, the Trial Chamber's decision shall contain the views of

the majority and the minority. The decision or a summary thereof shall be delivered in open court.

Article 75
Reparations to victims

1. The Court shall establish principles relating to reparations to, or in respect of, victims, including restitution, compensation and rehabilitation. On this basis, in its decision the Court may, either upon request or on its own motion in exceptional circumstances, determine the scope and extent of any damage, loss and injury to, or in respect of, victims and will state the principles on which it is acting.

2. The Court may make an order directly against a convicted person specifying appropriate reparations to, or in respect of, victims, including restitution, compensation and rehabilitation.

Where appropriate, the Court may order that the award for reparations be made through the Trust Fund provided for in article 79.

3. Before making an order under this article, the Court may invite and shall take account of representations from or on behalf of the convicted person, victims, other interested persons or interested States.

4. In exercising its power under this article, the Court may, after a person is convicted of a crime within the jurisdiction of the Court, determine whether, in order to give effect to an order which it may make under this article, it is necessary to seek measures under article 93, paragraph 1.

5. A State Party shall give effect to a decision under this article as if the provisions of article 109 were applicable to this article.

6. Nothing in this article shall be interpreted as prejudicing the rights of victims under national or international law.

Article 76
Sentencing

1. In the event of a conviction, the Trial Chamber shall consider the appropriate sentence to be imposed and shall take into account the evidence presented and submissions made during the trial that are relevant to the sentence.

2. Except where article 65 applies and before the completion of the trial, the Trial Chamber may on its own motion and shall, at the request of the Prosecutor or the accused, hold a further hearing to hear any additional evidence or submissions relevant to the sentence, in accordance with the Rules of Procedure and Evidence.

3. Where paragraph 2 applies, any representations under article 75 shall be heard during the further hearing referred to in paragraph 2 and, if necessary, during any additional hearing.

4. The sentence shall be pronounced in public and, wherever possible, in the presence of the accused.

PART 7. PENALTIES

Article 77
Applicable penalties

1. Subject to article 110, the Court may impose one of the following penalties on a person convicted of a crime referred to in article 5 of this Statute:
 - (a) Imprisonment for a specified number of years, which may not exceed a maximum of 30 years; or
 - (b) A term of life imprisonment when justified by the extreme gravity of the crime and the individual circumstances of the convicted person.
2. In addition to imprisonment, the Court may order:
 - (a) A fine under the criteria provided for in the Rules of Procedure and Evidence;
 - (b) A forfeiture of proceeds, property and assets derived directly or indirectly from that crime, without prejudice to the rights of bona fide third parties.

Article 78
Determination of the sentence

1. In determining the sentence, the Court shall, in accordance with the Rules of Procedure and Evidence, take into account such factors as the gravity of the crime and the individual circumstances of the convicted person.
2. In imposing a sentence of imprisonment, the Court shall deduct the time, if any, previously spent in detention in accordance with an order of the Court. The Court may deduct any time otherwise spent in detention in connection with conduct underlying the crime.
3. When a person has been convicted of more than one crime, the Court shall pronounce a sentence for each crime and a joint sentence specifying the total period of imprisonment. This period shall be no less than the highest individual sentence pronounced and shall not exceed 30 years imprisonment or a sentence of life imprisonment in conformity with article 77, paragraph 1 (b).

Article 79
Trust Fund

1. A Trust Fund shall be established by decision of the Assembly of States Parties for the benefit of victims of crimes within the jurisdiction of the Court, and of the families of such victims.
2. The Court may order money and other property collected through fines or forfeiture to be transferred, by order of the Court, to the Trust Fund.
3. The Trust Fund shall be managed according to criteria to be determined by the Assembly of States Parties.

Article 80
Non-prejudice to national application of
penalties and national laws

Nothing in this Part affects the application by States of penalties prescribed by their national law, nor the law of States which do not provide for penalties prescribed in this Part.

PART 8. APPEAL AND REVISION

Article 81
Appeal against decision of acquittal or conviction
or against sentence

1. A decision under article 74 may be appealed in accordance with the Rules of Procedure and Evidence as follows:

(a) The Prosecutor may make an appeal on any of the following grounds:

- (i) Procedural error,
- (ii) Error of fact, or
- (iii) Error of law;

(b) The convicted person, or the Prosecutor on that person's behalf, may make an appeal on any of the following grounds:

- (i) Procedural error,
- (ii) Error of fact,
- (iii) Error of law, or
- (iv) Any other ground that affects the fairness or reliability of the proceedings or decision.

2. (a) A sentence may be appealed, in accordance with the Rules of Procedure and Evidence, by the Prosecutor or the convicted person on the ground of disproportion between the crime and the sentence;

(b) If on an appeal against sentence the Court considers that there are grounds on which the conviction might be set aside, wholly or in part, it may invite the Prosecutor and the convicted person to submit grounds under article 81, paragraph 1 (a) or (b), and may render a decision on conviction in accordance with article 83;

(c) The same procedure applies when the Court, on an appeal against conviction only, considers that there are grounds to reduce the sentence under paragraph 2 (a).

3. (a) Unless the Trial Chamber orders otherwise, a convicted person shall remain in custody pending an appeal;

(b) When a convicted person's time in custody exceeds the sentence of imprisonment imposed, that person shall be released, except that if the Prosecutor is also appealing, the release may be subject to the conditions under subparagraph (c) below;

(c) In case of an acquittal, the accused shall be released immediately, subject to the following:

(i) Under exceptional circumstances, and having regard, *inter alia*, to the concrete risk of flight, the seriousness of the offence charged and the probability of success on appeal, the Trial Chamber, at the request of the Prosecutor, may maintain the detention of the person pending appeal;

(ii) A decision by the Trial Chamber under subparagraph (c) (i) may be appealed in accordance with the Rules of Procedure and Evidence.

4. Subject to the provisions of paragraph 3 (a) and (b), execution of the decision or sentence shall be suspended during the period allowed for appeal and for the duration of the appeal proceedings.

Article 82 Appeal against other decisions

1. Either party may appeal any of the following decisions in accordance with the Rules of Procedure and Evidence:

(a) A decision with respect to jurisdiction or admissibility;

(b) A decision granting or denying release of the person being investigated or prosecuted;

(c) A decision of the Pre-Trial Chamber to act on its own initiative under article 56, paragraph 3;

(d) A decision that involves an issue that would significantly affect the fair and expeditious conduct of the proceedings or the outcome of the trial, and for which, in the opinion of the Pre-Trial or Trial Chamber, an immediate resolution by the Appeals Chamber may materially advance the proceedings.

2. A decision of the Pre-Trial Chamber under article 57, paragraph 3 (d), may be appealed against by the State concerned or by the Prosecutor, with the leave of the Pre-Trial Chamber. The appeal shall be heard on an expedited basis.

3. An appeal shall not of itself have suspensive effect unless the Appeals Chamber so orders, upon request, in accordance with the Rules of Procedure and Evidence.

4. A legal representative of the victims, the convicted person or a bona fide owner of property adversely affected by an order under article 75 may appeal against the order for reparations, as provided in the Rules of Procedure and Evidence.

Article 83 Proceedings on appeal

1. For the purposes of proceedings under article 81 and this article, the Appeals Chamber shall have all the powers of the Trial Chamber.

2. If the Appeals Chamber finds that the proceedings appealed from were unfair in a way that affected the reliability of the decision or sentence, or that the decision or sentence appealed from was materially affected by error of fact or law or procedural error, it may:

- (a) Reverse or amend the decision or sentence; or
- (b) Order a new trial before a different Trial Chamber.

For these purposes, the Appeals Chamber may remand a factual issue to the original Trial Chamber for it to determine the issue and to report back accordingly, or may itself call evidence to determine the issue. When the decision or sentence has been appealed only by the person convicted, or the Prosecutor on that person's behalf, it cannot be amended to his or her detriment.

3. If in an appeal against sentence the Appeals Chamber finds that the sentence is disproportionate to the crime, it may vary the sentence in accordance with Part 7.
4. The judgement of the Appeals Chamber shall be taken by a majority of the judges and shall be delivered in open court. The judgement shall state the reasons on which it is based. When there is no unanimity, the judgement of the Appeals Chamber shall contain the views of the majority and the minority, but a judge may deliver a separate or dissenting opinion on a question of law.
5. The Appeals Chamber may deliver its judgement in the absence of the person acquitted or convicted.

Article 84

Revision of conviction or sentence

1. The convicted person or, after death, spouses, children, parents or one person alive at the time of the accused's death who has been given express written instructions from the accused to bring such a claim, or the Prosecutor on the person's behalf, may apply to the Appeals Chamber to revise the final judgement of conviction or sentence on the grounds that:
 - (a) New evidence has been discovered that:
 - (i) Was not available at the time of trial, and such unavailability was not wholly or partially attributable to the party making application; and
 - (ii) Is sufficiently important that had it been proved at trial it would have been likely to have resulted in a different verdict;
 - (b) It has been newly discovered that decisive evidence, taken into account at trial and upon which the conviction depends, was false, forged or falsified;
 - (c) One or more of the judges who participated in conviction or confirmation of the charges has committed, in that case, an act of serious misconduct or serious breach of duty of sufficient gravity to justify the removal of that judge or those judges from office under article 46.
2. The Appeals Chamber shall reject the application if it considers it to be unfounded. If it determines that the application is meritorious, it may, as appropriate:
 - (a) Reconvene the original Trial Chamber;
 - (b) Constitute a new Trial Chamber; or
 - (c) Retain jurisdiction over the matter,

with a view to, after hearing the parties in the manner set forth in the Rules of Procedure and Evidence, arriving at a determination on whether the judgement should be revised.

Article 85

Compensation to an arrested or convicted person

1. Anyone who has been the victim of unlawful arrest or detention shall have an enforceable right to compensation.
2. When a person has by a final decision been convicted of a criminal offence, and when subsequently his or her conviction has been reversed on the ground that a new or newly discovered fact shows conclusively that there has been a miscarriage of justice, the person who has suffered punishment as a result of such conviction shall be compensated according to law, unless it is proved that the non-disclosure of the unknown fact in time is wholly or partly attributable to him or her.
3. In exceptional circumstances, where the Court finds conclusive facts showing that there has been a grave and manifest miscarriage of justice, it may in its discretion award compensation, according to the criteria provided in the Rules of Procedure and Evidence, to a person who has been released from detention following a final decision of acquittal or a termination of the proceedings for that reason.

PART 9. INTERNATIONAL COOPERATION AND JUDICIAL ASSISTANCE

Article 86

General obligation to cooperate

States Parties shall, in accordance with the provisions of this Statute, cooperate fully with the Court in its investigation and prosecution of crimes within the jurisdiction of the Court.

Article 87

Requests for cooperation: general provisions

1. (a) The Court shall have the authority to make requests to States Parties for cooperation. The requests shall be transmitted through the diplomatic channel or any other appropriate channel as may be designated by each State Party upon ratification, acceptance, approval or accession.

Subsequent changes to the designation shall be made by each State Party in accordance with the Rules of Procedure and Evidence.

-
- (b) When appropriate, without prejudice to the provisions of subparagraph (a), requests may also be transmitted through the International Criminal Police Organization or any appropriate regional organization.

2. Requests for cooperation and any documents supporting the request shall either be in or be accompanied by a translation into an official language of the requested State or one of the working languages of the Court, in accordance with the choice made by that State upon ratification, acceptance, approval or accession.

Subsequent changes to this choice shall be made in accordance with the Rules of Procedure and Evidence.

3. The requested State shall keep confidential a request for cooperation and any documents supporting the request, except to the extent that the disclosure is necessary for execution of the request.

4. In relation to any request for assistance presented under this Part, the Court may take such measures, including measures related to the protection of information, as may be necessary to ensure the safety or physical or psychological well-being of any victims, potential witnesses and their families. The Court may request that any information that is made available under this Part shall be provided and handled in a manner that protects the safety and physical or psychological well-being of any victims, potential witnesses and their families.

5. (a) The Court may invite any State not party to this Statute to provide assistance under this Part on the basis of an ad hoc arrangement, an agreement with such State or any other appropriate basis.

(b) Where a State not party to this Statute, which has entered into an ad hoc arrangement or an agreement with the Court, fails to cooperate with requests pursuant to any such arrangement or agreement, the Court may so inform the Assembly of States Parties or, where the Security Council referred the matter to the Court, the Security Council.

6. The Court may ask any intergovernmental organization to provide information or documents. The Court may also ask for other forms of cooperation and assistance which may be agreed upon with such an organization and which are in accordance with its competence or mandate.

7. Where a State Party fails to comply with a request to cooperate by the Court contrary to the provisions of this Statute, thereby preventing the Court from exercising its functions and powers under this Statute, the Court may make a finding to that effect and refer the matter to the Assembly of States Parties or, where the Security Council referred the matter to the Court, to the Security Council.

Article 88

Availability of procedures under national law

States Parties shall ensure that there are procedures available under their national law for all of the forms of cooperation which are specified under this Part.

Article 89

Surrender of persons to the Court

1. The Court may transmit a request for the arrest and surrender of a person, together with the material supporting the request outlined in article 91, to any State on the territory of which that person may be found and shall request the cooperation of that State in the arrest and surrender of such a person. States Parties shall, in accordance with the provisions of this Part and the procedure under their national law, comply with requests for arrest and surrender.

2. Where the person sought for surrender brings a challenge before a national court on the basis of the principle of *ne bis in idem* as provided in article 20, the requested State shall immediately consult with the Court to determine if there has been a relevant ruling on admissibility. If the case is admissible, the requested State shall proceed with the execution of the request. If an admissibility ruling is pending, the requested State may postpone the

execution of the request for surrender of the person until the Court makes a determination on admissibility.

3. (a) A State Party shall authorize, in accordance with its national procedural law, transportation through its territory of a person being surrendered to the Court by another State, except where transit through that State would impede or delay the surrender.

(b) A request by the Court for transit shall be transmitted in accordance with article 87. The request for transit shall contain:

(i) A description of the person being transported;

(ii) A brief statement of the facts of the case and their legal characterization; and

(iii) The warrant for arrest and surrender;

(c) A person being transported shall be detained in custody during the period of transit;

(d) No authorization is required if the person is transported by air and no landing is scheduled on the territory of the transit State;

(e) If an unscheduled landing occurs on the territory of the transit State, that State may require a request for transit from the Court as provided for in subparagraph (b). The transit State shall detain the person being transported until the request for transit is received and the transit is effected, provided that detention for purposes of this subparagraph may not be extended beyond 96 hours from the unscheduled landing unless the request is received within that time.

4. If the person sought is being proceeded against or is serving a sentence in the requested State for a crime different from that for which surrender to the Court is sought, the requested State, after making its decision to grant the request, shall consult with the Court.

Article 90 Competing requests

1. A State Party which receives a request from the Court for the surrender of a person under article 89 shall, if it also receives a request from any other State for the extradition of the same person for the same conduct which forms the basis of the crime for which the Court seeks the person's surrender, notify the Court and the requesting State of that fact.

2. Where the requesting State is a State Party, the requested State shall give priority to the request from the Court if:

(a) The Court has, pursuant to article 18 or 19, made a determination that the case in respect of which surrender is sought is admissible and that determination takes into account the investigation or prosecution conducted by the requesting State in respect of its request for extradition; or

(b) The Court makes the determination described in subparagraph (a) pursuant to the requested State's notification under paragraph 1.

3. Where a determination under paragraph 2 (a) has not been made, the requested State may, at its discretion, pending the determination of the Court under paragraph 2 (b),

proceed to deal with the request for extradition from the requesting State but shall not extradite the person until the Court has determined that the case is inadmissible. The Court's determination shall be made on an expedited basis.

4. If the requesting State is a State not Party to this Statute the requested State, if it is not under an international obligation to extradite the person to the requesting State, shall give priority to the request for surrender from the Court, if the Court has determined that the case is admissible.

5. Where a case under paragraph 4 has not been determined to be admissible by the Court, the requested State may, at its discretion, proceed to deal with the request for extradition from the requesting State.

6. In cases where paragraph 4 applies except that the requested State is under an existing international obligation to extradite the person to the requesting State not Party to this Statute, the requested State shall determine whether to surrender the person to the Court or extradite the person to the requesting State. In making its decision, the requested State shall consider all the relevant factors, including but not limited to:

- (a) The respective dates of the requests;
- (b) The interests of the requesting State including, where relevant, whether the crime was committed in its territory and the nationality of the victims and of the person sought; and
- (c) The possibility of subsequent surrender between the Court and the requesting State.

7. Where a State Party which receives a request from the Court for the surrender of a person also receives a request from any State for the extradition of the same person for conduct other than that which constitutes the crime for which the Court seeks the person's surrender:

- (a) The requested State shall, if it is not under an existing international obligation to extradite the person to the requesting State, give priority to the request from the Court;
- (b) The requested State shall, if it is under an existing international obligation to extradite the person to the requesting State, determine whether to surrender the person to the Court or to extradite the person to the requesting State. In making its decision, the requested State shall consider all the relevant factors, including but not limited to those set out in paragraph 6, but shall give special consideration to the relative nature and gravity of the conduct in question.

8. Where pursuant to a notification under this article, the Court has determined a case to be inadmissible, and subsequently extradition to the requesting State is refused, the requested State shall notify the Court of this decision.

Article 91

Contents of request for arrest and surrender

1. A request for arrest and surrender shall be made in writing. In urgent cases, a request may be made by any medium capable of delivering a written record, provided that the request shall be confirmed through the channel provided for in article 87, paragraph 1 (a).

2. In the case of a request for the arrest and surrender of a person for whom a warrant of arrest has been issued by the Pre-Trial Chamber under article 58, the request shall contain or be supported by:
 - (a) Information describing the person sought, sufficient to identify the person, and information as to that person's probable location;
 - (b) A copy of the warrant of arrest; and
 - (c) Such documents, statements or information as may be necessary to meet the requirements for the surrender process in the requested State, except that those requirements should not be more burdensome than those applicable to requests for extradition pursuant to treaties or arrangements between the requested State and other States and should, if possible, be less burdensome, taking into account the distinct nature of the Court.
3. In the case of a request for the arrest and surrender of a person already convicted, the request shall contain or be supported by:
 - (a) A copy of any warrant of arrest for that person;
 - (b) A copy of the judgement of conviction;
 - (c) Information to demonstrate that the person sought is the one referred to in the judgement of conviction; and
 - (d) If the person sought has been sentenced, a copy of the sentence imposed and, in the case of a sentence for imprisonment, a statement of any time already served and the time remaining to be served.
4. Upon the request of the Court, a State Party shall consult with the Court, either generally or with respect to a specific matter, regarding any requirements under its national law that may apply under paragraph 2 (c). During the consultations, the State Party shall advise the Court of the specific requirements of its national law.

Article 92
Provisional arrest

1. In urgent cases, the Court may request the provisional arrest of the person sought, pending presentation of the request for surrender and the documents supporting the request as specified in article 91.
2. The request for provisional arrest shall be made by any medium capable of delivering a written record and shall contain:
 - (a) Information describing the person sought, sufficient to identify the person, and information as to that person's probable location;
 - (b) A concise statement of the crimes for which the person's arrest is sought and of the facts which are alleged to constitute those crimes, including, where possible, the date and location of the crime;
 - (c) A statement of the existence of a warrant of arrest or a judgement of conviction against the person sought; and
 - (d) A statement that a request for surrender of the person sought will follow.

3. A person who is provisionally arrested may be released from custody if the requested State has not received the request for surrender and the documents supporting the request as specified in article 91 within the time limits specified in the Rules of Procedure and Evidence. However, the person may consent to surrender before the expiration of this period if permitted by the law of the requested State. In such a case, the requested State shall proceed to surrender the person to the Court as soon as possible.

4. The fact that the person sought has been released from custody pursuant to paragraph 3 shall not prejudice the subsequent arrest and surrender of that person if the request for surrender and the documents supporting the request are delivered at a later date.

Article 93
Other forms of cooperation

1. States Parties shall, in accordance with the provisions of this Part and under procedures of national law, comply with requests by the Court to provide the following assistance in relation to investigations or prosecutions:

- (a) The identification and whereabouts of persons or the location of items;
- (b) The taking of evidence, including testimony under oath, and the production of evidence, including expert opinions and reports necessary to the Court;
- (c) The questioning of any person being investigated or prosecuted;
- (d) The service of documents, including judicial documents;
- (e) Facilitating the voluntary appearance of persons as witnesses or experts before the Court;
- (f) The temporary transfer of persons as provided in paragraph 7;
- (g) The examination of places or sites, including the exhumation and examination of grave sites;
- (h) The execution of searches and seizures;
- (i) The provision of records and documents, including official records and documents;
- (j) The protection of victims and witnesses and the preservation of evidence;
- (k) The identification, tracing and freezing or seizure of proceeds, property and assets and instrumentalities of crimes for the purpose of eventual forfeiture, without prejudice to the rights of bona fide third parties; and
- (l) Any other type of assistance which is not prohibited by the law of the requested State, with a view to facilitating the investigation and prosecution of crimes within the jurisdiction of the Court.

2. The Court shall have the authority to provide an assurance to a witness or an expert appearing before the Court that he or she will not be prosecuted, detained or subjected to any restriction of personal freedom by the Court in respect of any act or omission that preceded the departure of that person from the requested State.

3. Where execution of a particular measure of assistance detailed in a request presented under paragraph 1, is prohibited in the requested State on the basis of an existing fundamental legal principle of general application, the requested State shall promptly consult with the Court to try to resolve the matter. In the consultations, consideration should be given to whether the assistance can be rendered in another manner or subject to conditions. If after consultations the matter cannot be resolved, the Court shall modify the request as necessary.
4. In accordance with article 72, a State Party may deny a request for assistance, in whole or in part, only if the request concerns the production of any documents or disclosure of evidence which relates to its national security.
5. Before denying a request for assistance under paragraph 1 (l), the requested State shall consider whether the assistance can be provided subject to specified conditions, or whether the assistance can be provided at a later date or in an alternative manner, provided that if the Court or the Prosecutor accepts the assistance subject to conditions, the Court or the Prosecutor shall abide by them.
6. If a request for assistance is denied, the requested State Party shall promptly inform the Court or the Prosecutor of the reasons for such denial.
7. (a) The Court may request the temporary transfer of a person in custody for purposes of identification or for obtaining testimony or other assistance. The person may be transferred if the following conditions are fulfilled:
 - (i) The person freely gives his or her informed consent to the transfer; and
 - (ii) The requested State agrees to the transfer, subject to such conditions as that State and the Court may agree.(b) The person being transferred shall remain in custody. When the purposes of the transfer have been fulfilled, the Court shall return the person without delay to the requested State.
8. (a) The Court shall ensure the confidentiality of documents and information, except as required for the investigation and proceedings described in the request.
 - (b) The requested State may, when necessary, transmit documents or information to the Prosecutor on a confidential basis. The Prosecutor may then use them solely for the purpose of generating new evidence.
 - (c) The requested State may, on its own motion or at the request of the Prosecutor, subsequently consent to the disclosure of such documents or information. They may then be used as evidence pursuant to the provisions of Parts 5 and 6 and in accordance with the Rules of Procedure and Evidence.
9. (a) (i) In the event that a State Party receives competing requests, other than for surrender or extradition, from the Court and from another State pursuant to an international obligation, the State Party shall endeavour, in consultation with the Court and the other State, to meet both requests, if necessary by postponing or attaching conditions to one or the other request.
 - (ii) Failing that, competing requests shall be resolved in accordance with the principles established in article 90.

(b) Where, however, the request from the Court concerns information, property or persons which are subject to the control of a third State or an international organization by virtue of an international agreement, the requested States shall so inform the Court and the Court shall direct its request to the third State or international organization.

10. (a) The Court may, upon request, cooperate with and provide assistance to a State Party conducting an investigation into or trial in respect of conduct which constitutes a crime within the jurisdiction of the Court or which constitutes a serious crime under the national law of the requesting State.

(b) (i) The assistance provided under subparagraph (a) shall include, inter alia:

a. The transmission of statements, documents or other types of evidence obtained in the course of an investigation or a trial conducted by the Court; and

b. The questioning of any person detained by order of the Court;

(ii) In the case of assistance under subparagraph (b) (i) a:

a. If the documents or other types of evidence have been obtained with the assistance of a State, such transmission shall require the consent of that State;

b. If the statements, documents or other types of evidence have been provided by a witness or expert, such transmission shall be subject to the provisions of article 68.

(c) The Court may, under the conditions set out in this paragraph, grant a request for assistance under this paragraph from a State which is not a Party to this Statute.

Article 94

Postponement of execution of a request in respect of ongoing investigation or prosecution

1. If the immediate execution of a request would interfere with an ongoing investigation or prosecution of a case different from that to which the request relates, the requested State may postpone the execution of the request for a period of time agreed upon with the Court. However, the postponement shall be no longer than is necessary to complete the relevant investigation or prosecution in the requested State. Before making a decision to postpone, the requested State should consider whether the assistance may be immediately provided subject to certain conditions.

2. If a decision to postpone is taken pursuant to paragraph 1, the Prosecutor may, however, seek measures to preserve evidence, pursuant to article 93, paragraph 1 (j).

Article 95

Postponement of execution of a request in respect of an admissibility challenge

Where there is an admissibility challenge under consideration by the Court pursuant to article 18 or 19, the requested State may postpone the execution of a request under this Part pending a determination by the Court, unless the Court has specifically ordered that the Prosecutor may pursue the collection of such evidence pursuant to article 18 or 19.

Article 96
Contents of request for other forms of
assistance under article 93

1. A request for other forms of assistance referred to in article 93 shall be made in writing. In urgent cases, a request may be made by any medium capable of delivering a written record, provided that the request shall be confirmed through the channel provided for in article 87, paragraph 1 (a).
2. The request shall, as applicable, contain or be supported by the following:
 - (a) A concise statement of the purpose of the request and the assistance sought, including the legal basis and the grounds for the request;
 - (b) As much detailed information as possible about the location or identification of any person or place that must be found or identified in order for the assistance sought to be provided;
 - (c) A concise statement of the essential facts underlying the request;
 - (d) The reasons for and details of any procedure or requirement to be followed;
 - (e) Such information as may be required under the law of the requested State in order to execute the request; and
 - (f) Any other information relevant in order for the assistance sought to be provided.
3. Upon the request of the Court, a State Party shall consult with the Court, either generally or with respect to a specific matter, regarding any requirements under its national law that may apply under paragraph 2 (e). During the consultations, the State Party shall advise the Court of the specific requirements of its national law.
4. The provisions of this article shall, where applicable, also apply in respect of a request for assistance made to the Court.

Article 97
Consultations

Where a State Party receives a request under this Part in relation to which it identifies problems which may impede or prevent the execution of the request, that State shall consult with the Court without delay in order to resolve the matter. Such problems may include, inter alia:

- (a) Insufficient information to execute the request;
- (b) In the case of a request for surrender, the fact that despite best efforts, the person sought cannot be located or that the investigation conducted has determined that the person in the requested State is clearly not the person named in the warrant; or
- (c) The fact that execution of the request in its current form would require the requested State to breach a pre-existing treaty obligation undertaken with respect to another State.

Article 98
Cooperation with respect to waiver of immunity
and consent to surrender

1. The Court may not proceed with a request for surrender or assistance which would require the requested State to act inconsistently with its obligations under international law with respect to the State or diplomatic immunity of a person or property of a third State, unless the Court can first obtain the cooperation of that third State for the waiver of the immunity.
2. The Court may not proceed with a request for surrender which would require the requested State to act inconsistently with its obligations under international agreements pursuant to which the consent of a sending State is required to surrender a person of that State to the Court, unless the Court can first obtain the cooperation of the sending State for the giving of consent for the surrender.

Article 99
Execution of requests under articles 93 and 96

1. Requests for assistance shall be executed in accordance with the relevant procedure under the law of the requested State and, unless prohibited by such law, in the manner specified in the request, including following any procedure outlined therein or permitting persons specified in the request to be present at and assist in the execution process.
2. In the case of an urgent request, the documents or evidence produced in response shall, at the request of the Court, be sent urgently.
3. Replies from the requested State shall be transmitted in their original language and form.
4. Without prejudice to other articles in this Part, where it is necessary for the successful execution of a request which can be executed without any compulsory measures, including specifically the interview of or taking evidence from a person on a voluntary basis, including doing so without the presence of the authorities of the requested State Party if it is essential for the request to be executed, and the examination without modification of a public site or other public place, the Prosecutor may execute such request directly on the territory of a State as follows:
 - (a) When the State Party requested is a State on the territory of which the crime is alleged to have been committed, and there has been a determination of admissibility pursuant to article 18 or 19, the Prosecutor may directly execute such request following all possible consultations with the requested State Party;
 - (b) In other cases, the Prosecutor may execute such request following consultations with the requested State Party and subject to any reasonable conditions or concerns raised by that State Party. Where the requested State Party identifies problems with the execution of a request pursuant to this subparagraph it shall, without delay, consult with the Court to resolve the matter.
5. Provisions allowing a person heard or examined by the Court under article 72 to invoke restrictions designed to prevent disclosure of confidential information connected with national security shall also apply to the execution of requests for assistance under this article.

Article 100
Costs

1. The ordinary costs for execution of requests in the territory of the requested State shall be borne by that State, except for the following, which shall be borne by the Court:
 - (a) Costs associated with the travel and security of witnesses and experts or the transfer under article 93 of persons in custody;
 - (b) Costs of translation, interpretation and transcription;
 - (c) Travel and subsistence costs of the judges, the Prosecutor, the Deputy Prosecutors, the Registrar, the Deputy Registrar and staff of any organ of the Court;
 - (d) Costs of any expert opinion or report requested by the Court;
 - (e) Costs associated with the transport of a person being surrendered to the Court by a custodial State; and
 - (f) Following consultations, any extraordinary costs that may result from the execution of a request.
2. The provisions of paragraph 1 shall, as appropriate, apply to requests from States Parties to the Court. In that case, the Court shall bear the ordinary costs of execution.

Article 101
Rule of speciality

1. A person surrendered to the Court under this Statute shall not be proceeded against, punished or detained for any conduct committed prior to surrender, other than the conduct or course of conduct which forms the basis of the crimes for which that person has been surrendered.
2. The Court may request a waiver of the requirements of paragraph 1 from the State which surrendered the person to the Court and, if necessary, the Court shall provide additional information in accordance with article 91. States Parties shall have the authority to provide a waiver to the Court and should endeavour to do so.

Article 102
Use of terms

For the purposes of this Statute:

- (a) "surrender" means the delivering up of a person by a State to the Court, pursuant to this Statute.
- (b) "extradition" means the delivering up of a person by one State to another as provided by treaty, convention or national legislation.

PART 10. ENFORCEMENT

Article 103Role of States in enforcement of sentences of imprisonment

1. (a) A sentence of imprisonment shall be served in a State designated by the Court from a list of States which have indicated to the Court their willingness to accept sentenced persons.

(b) At the time of declaring its willingness to accept sentenced persons, a State may attach conditions to its acceptance as agreed by the Court and in accordance with this Part.

(c) A State designated in a particular case shall promptly inform the Court whether it accepts the Court's designation.
2. (a) The State of enforcement shall notify the Court of any circumstances, including the exercise of any conditions agreed under paragraph 1, which could materially affect the terms or extent of the imprisonment. The Court shall be given at least 45 days' notice of any such known or foreseeable circumstances. During this period, the State of enforcement shall take no action that might prejudice its obligations under article 110.

(b) Where the Court cannot agree to the circumstances referred to in subparagraph (a), it shall notify the State of enforcement and proceed in accordance with article 104, paragraph 1.
3. In exercising its discretion to make a designation under paragraph 1, the Court shall take into account the following:
 - (a) The principle that States Parties should share the responsibility for enforcing sentences of imprisonment, in accordance with principles of equitable distribution, as provided in the Rules of Procedure and Evidence;
 - (b) The application of widely accepted international treaty standards governing the treatment of prisoners;
 - (c) The views of the sentenced person;
 - (d) The nationality of the sentenced person;
 - (e) Such other factors regarding the circumstances of the crime or the person sentenced, or the effective enforcement of the sentence, as may be appropriate in designating the State of enforcement.
4. If no State is designated under paragraph 1, the sentence of imprisonment shall be served in a prison facility made available by the host State, in accordance with the conditions set out in the headquarters agreement referred to in article 3, paragraph 2. In such a case, the costs arising out of the enforcement of a sentence of imprisonment shall be borne by the Court.

Article 104
Change in designation of State of enforcement

1. The Court may, at any time, decide to transfer a sentenced person to a prison of another State.
2. A sentenced person may, at any time, apply to the Court to be transferred from the State of enforcement.

Article 105
Enforcement of the sentence

1. Subject to conditions which a State may have specified in accordance with article 103, paragraph 1 (b), the sentence of imprisonment shall be binding on the States Parties, which shall in no case modify it.
2. The Court alone shall have the right to decide any application for appeal and revision. The State of enforcement shall not impede the making of any such application by a sentenced person.

Article 106
Supervision of enforcement of sentences and
conditions of imprisonment

1. The enforcement of a sentence of imprisonment shall be subject to the supervision of the Court and shall be consistent with widely accepted international treaty standards governing treatment of prisoners.
2. The conditions of imprisonment shall be governed by the law of the State of enforcement and shall be consistent with widely accepted international treaty standards governing treatment of prisoners; in no case shall such conditions be more or less favourable than those available to prisoners convicted of similar offences in the State of enforcement.
3. Communications between a sentenced person and the Court shall be unimpeded and confidential.

Article 107
Transfer of the person upon completion of sentence

1. Following completion of the sentence, a person who is not a national of the State of enforcement may, in accordance with the law of the State of enforcement, be transferred to a State which is obliged to receive him or her, or to another State which agrees to receive him or her, taking into account any wishes of the person to be transferred to that State, unless the State of enforcement authorizes the person to remain in its territory.
2. If no State bears the costs arising out of transferring the person to another State pursuant to paragraph 1, such costs shall be borne by the Court.
3. Subject to the provisions of article 108, the State of enforcement may also, in accordance with its national law, extradite or otherwise surrender the person to a State which has requested the extradition or surrender of the person for purposes of trial or enforcement

of a sentence.

Article 108

Limitation on the prosecution or punishment of other offences

1. A sentenced person in the custody of the State of enforcement shall not be subject to prosecution or punishment or to extradition to a third State for any conduct engaged in prior to that person's delivery to the State of enforcement, unless such prosecution, punishment or extradition has been approved by the Court at the request of the State of enforcement.
2. The Court shall decide the matter after having heard the views of the sentenced person.
3. Paragraph 1 shall cease to apply if the sentenced person remains voluntarily for more than 30 days in the territory of the State of enforcement after having served the full sentence imposed by the Court, or returns to the territory of that State after having left it.

Article 109

Enforcement of fines and forfeiture measures

1. States Parties shall give effect to fines or forfeitures ordered by the Court under Part 7, without prejudice to the rights of bona fide third parties, and in accordance with the procedure of their national law.
2. If a State Party is unable to give effect to an order for forfeiture, it shall take measures to recover the value of the proceeds, property or assets ordered by the Court to be forfeited, without prejudice to the rights of bona fide third parties.
3. Property, or the proceeds of the sale of real property or, where appropriate, the sale of other property, which is obtained by a State Party as a result of its enforcement of a judgement of the Court shall be transferred to the Court.

Article 110

Review by the Court concerning reduction of sentence

1. The State of enforcement shall not release the person before expiry of the sentence pronounced by the Court.
2. The Court alone shall have the right to decide any reduction of sentence, and shall rule on the matter after having heard the person.
3. When the person has served two thirds of the sentence, or 25 years in the case of life imprisonment, the Court shall review the sentence to determine whether it should be reduced. Such a review shall not be conducted before that time.
4. In its review under paragraph 3, the Court may reduce the sentence if it finds that one or more of the following factors are present:
 - (a) The early and continuing willingness of the person to cooperate with the Court in its investigations and prosecutions;

(b) The voluntary assistance of the person in enabling the enforcement of the judgements and orders of the Court in other cases, and in particular providing assistance in locating assets subject to orders of fine, forfeiture or reparation which may be used for the benefit of victims; or

(c) Other factors establishing a clear and significant change of circumstances sufficient to justify the reduction of sentence, as provided in the Rules of Procedure and Evidence.

5. If the Court determines in its initial review under paragraph 3 that it is not appropriate to reduce the sentence, it shall thereafter review the question of reduction of sentence at such intervals and applying such criteria as provided for in the Rules of Procedure and Evidence.

Article 111

Escape

If a convicted person escapes from custody and flees the State of enforcement, that State may, after consultation with the Court, request the person's surrender from the State in which the person is located pursuant to existing bilateral or multilateral arrangements, or may request that the Court seek the person's surrender, in accordance with Part 9. It may direct that the person be delivered to the State in which he or she was serving the sentence or to another State designated by the Court.

PART 11. ASSEMBLY OF STATES PARTIES

Article 112

Assembly of States Parties

1. An Assembly of States Parties to this Statute is hereby established. Each State Party shall have one representative in the Assembly who may be accompanied by alternates and advisers. Other States which have signed this Statute or the Final Act may be observers in the Assembly.

2. The Assembly shall:

(a) Consider and adopt, as appropriate, recommendations of the Preparatory Commission;

(b) Provide management oversight to the Presidency, the Prosecutor and the Registrar regarding the administration of the Court;

(c) Consider the reports and activities of the Bureau established under paragraph 3 and take appropriate action in regard thereto;

(d) Consider and decide the budget for the Court;

(e) Decide whether to alter, in accordance with article 36, the number of judges;

(f) Consider pursuant to article 87, paragraphs 5 and 7, any question relating to non-cooperation;

(g) Perform any other function consistent with this Statute or the Rules of Procedure and Evidence.

3. (a) The Assembly shall have a Bureau consisting of a President, two Vice-Presidents and 18 members elected by the Assembly for three-year terms.

(b) The Bureau shall have a representative character, taking into account, in particular, equitable geographical distribution and the adequate representation of the principal legal systems of the world.

(c) The Bureau shall meet as often as necessary, but at least once a year. It shall assist the Assembly in the discharge of its responsibilities.
4. The Assembly may establish such subsidiary bodies as may be necessary, including an independent oversight mechanism for inspection, evaluation and investigation of the Court, in order to enhance its efficiency and economy.
5. The President of the Court, the Prosecutor and the Registrar or their representatives may participate, as appropriate, in meetings of the Assembly and of the Bureau.
6. The Assembly shall meet at the seat of the Court or at the Headquarters of the United Nations once a year and, when circumstances so require, hold special sessions. Except as otherwise specified in this Statute, special sessions shall be convened by the Bureau on its own initiative or at the request of one third of the States Parties.
7. Each State Party shall have one vote. Every effort shall be made to reach decisions by consensus in the Assembly and in the Bureau. If consensus cannot be reached, except as otherwise provided in the Statute:
 - (a) Decisions on matters of substance must be approved by a two-thirds majority of those present and voting provided that an absolute majority of States Parties constitutes the quorum for voting;
 - (b) Decisions on matters of procedure shall be taken by a simple majority of States Parties present and voting.
8. A State Party which is in arrears in the payment of its financial contributions towards the costs of the Court shall have no vote in the Assembly and in the Bureau if the amount of its arrears equals or exceeds the amount of the contributions due from it for the preceding two full years. The Assembly may, nevertheless, permit such a State Party to vote in the Assembly and in the Bureau if it is satisfied that the failure to pay is due to conditions beyond the control of the State Party.
9. The Assembly shall adopt its own rules of procedure.
10. The official and working languages of the Assembly shall be those of the General Assembly of the United Nations.

PART 12. FINANCING

Article 113 Financial Regulations

Except as otherwise specifically provided, all financial matters related to the Court and the meetings of the Assembly of States Parties, including its Bureau and subsidiary bodies, shall be governed by this Statute and the Financial Regulations and Rules adopted by

the Assembly of States Parties.

Article 114
Payment of expenses

Expenses of the Court and the Assembly of States Parties, including its Bureau and subsidiary bodies, shall be paid from the funds of the Court.

Article 115
Funds of the Court and of the Assembly of States Parties

The expenses of the Court and the Assembly of States Parties, including its Bureau and subsidiary bodies, as provided for in the budget decided by the Assembly of States Parties, shall be provided by the following sources:

- (a) Assessed contributions made by States Parties;
- (b) Funds provided by the United Nations, subject to the approval of the General Assembly, in particular in relation to the expenses incurred due to referrals by the Security Council.

Article 116
Voluntary contributions

Without prejudice to article 115, the Court may receive and utilize, as additional funds, voluntary contributions from Governments, international organizations, individuals, corporations and other entities, in accordance with relevant criteria adopted by the Assembly of States Parties.

Article 117
Assessment of contributions

The contributions of States Parties shall be assessed in accordance with an agreed scale of assessment, based on the scale adopted by the United Nations for its regular budget and adjusted in accordance with the principles on which that scale is based.

Article 118
Annual audit

The records, books and accounts of the Court, including its annual financial statements, shall be audited annually by an independent auditor.

PART 13. FINAL CLAUSES

Article 119
Settlement of disputes

1. Any dispute concerning the judicial functions of the Court shall be settled by the decision of the Court.

2. Any other dispute between two or more States Parties relating to the interpretation or application of this Statute which is not settled through negotiations within three months of their commencement shall be referred to the Assembly of States Parties. The Assembly may itself seek to settle the dispute or may make recommendations on further means of settlement of the dispute, including referral to the International Court of Justice in conformity with the Statute of that Court.

Article 120
Reservations

No reservations may be made to this Statute.

Article 121
Amendments

1. After the expiry of seven years from the entry into force of this Statute, any State Party may propose amendments thereto. The text of any proposed amendment shall be submitted to the Secretary-General of the United Nations, who shall promptly circulate it to all States Parties.
2. No sooner than three months from the date of notification, the Assembly of States Parties, at its next meeting, shall, by a majority of those present and voting, decide whether to take up the proposal. The Assembly may deal with the proposal directly or convene a Review Conference if the issue involved so warrants.
3. The adoption of an amendment at a meeting of the Assembly of States Parties or at a Review Conference on which consensus cannot be reached shall require a two-thirds majority of States Parties.
4. Except as provided in paragraph 5, an amendment shall enter into force for all States Parties one year after instruments of ratification or acceptance have been deposited with the Secretary-General of the United Nations by seven-eighths of them.
5. Any amendment to articles 5, 6, 7 and 8 of this Statute shall enter into force for those States Parties which have accepted the amendment one year after the deposit of their instruments of ratification or acceptance. In respect of a State Party which has not accepted the amendment, the Court shall not exercise its jurisdiction regarding a crime covered by the amendment when committed by that State Party's nationals or on its territory.
6. If an amendment has been accepted by seven-eighths of States Parties in accordance with paragraph 4, any State Party which has not accepted the amendment may withdraw from this Statute with immediate effect, notwithstanding article 127, paragraph 1, but subject to article 127, paragraph 2, by giving notice no later than one year after the entry into force of such amendment.
7. The Secretary-General of the United Nations shall circulate to all States Parties any amendment adopted at a meeting of the Assembly of States Parties or at a Review Conference.

Article 122

Amendments to provisions of an institutional nature

1. Amendments to provisions of this Statute which are of an exclusively institutional nature, namely, article 35, article 36, paragraphs 8 and 9, article 37, article 38, article 39, paragraphs 1 (first two sentences), 2 and 4, article 42, paragraphs 4 to 9, article 43, paragraphs 2 and 3, and articles 44, 46, 47 and 49, may be proposed at any time, notwithstanding article 121, paragraph 1, by any State Party. The text of any proposed amendment shall be submitted to the Secretary-General of the United Nations or such other person designated by the Assembly of States Parties who shall promptly circulate it to all States Parties and to others participating in the Assembly.
2. Amendments under this article on which consensus cannot be reached shall be adopted by the Assembly of States Parties or by a Review Conference, by a two-thirds majority of States Parties. Such amendments shall enter into force for all States Parties six months after their adoption by the Assembly or, as the case may be, by the Conference.

Article 123

Review of the Statute

1. Seven years after the entry into force of this Statute the Secretary-General of the United Nations shall convene a Review Conference to consider any amendments to this Statute. Such review may include, but is not limited to, the list of crimes contained in article 5. The Conference shall be open to those participating in the Assembly of States Parties and on the same conditions.
2. At any time thereafter, at the request of a State Party and for the purposes set out in paragraph 1, the Secretary-General of the United Nations shall, upon approval by a majority of States Parties, convene a Review Conference.
3. The provisions of article 121, paragraphs 3 to 7, shall apply to the adoption and entry into force of any amendment to the Statute considered at a Review Conference.

Article 124

Transitional Provision

Notwithstanding article 12, paragraphs 1 and 2, a State, on becoming a party to this Statute, may declare that, for a period of seven years after the entry into force of this Statute for the State concerned, it does not accept the jurisdiction of the Court with respect to the category of crimes referred to in article 8 when a crime is alleged to have been committed by its nationals or on its territory. A declaration under this article may be withdrawn at any time. The provisions of this article shall be reviewed at the Review Conference convened in accordance with article 123, paragraph 1.

Article 125

Signature, ratification, acceptance, approval or accession

1. This Statute shall be open for signature by all States in Rome, at the headquarters of the Food and Agriculture Organization of the United Nations, on 17 July 1998. Thereafter, it shall remain open for signature in Rome at the Ministry of Foreign Affairs of Italy until 17 October 1998. After that date, the Statute shall remain open for signature in New York, at United Nations Headquarters, until 31 December 2000.

2. This Statute is subject to ratification, acceptance or approval by signatory States. Instruments of ratification, acceptance or approval shall be deposited with the Secretary-General of the United Nations.

3. This Statute shall be open to accession by all States. Instruments of accession shall be deposited with the Secretary-General of the United Nations.

Article 126
Entry into force

1. This Statute shall enter into force on the first day of the month after the 60th day following the date of the deposit of the 60th instrument of ratification, acceptance, approval or accession with the Secretary-General of the United Nations.

2. For each State ratifying, accepting, approving or acceding to this Statute after the deposit of the 60th instrument of ratification, acceptance, approval or accession, the Statute shall enter into force on the first day of the month after the 60th day following the deposit by such State of its instrument of ratification, acceptance, approval or accession.

Article 127
Withdrawal

1. A State Party may, by written notification addressed to the Secretary-General of the United Nations, withdraw from this Statute. The withdrawal shall take effect one year after the date of receipt of the notification, unless the notification specifies a later date.

2. A State shall not be discharged, by reason of its withdrawal, from the obligations arising from this Statute while it was a Party to the Statute, including any financial obligations which may have accrued. Its withdrawal shall not affect any cooperation with the Court in connection with criminal investigations and proceedings in relation to which the withdrawing State had a duty to cooperate and which were commenced prior to the date on which the withdrawal became effective, nor shall it prejudice in any way the continued consideration of any matter which was already under consideration by the Court prior to the date on which the withdrawal became effective.

Article 128
Authentic texts

The original of this Statute, of which the Arabic, Chinese, English, French, Russian and Spanish texts are equally authentic, shall be deposited with the Secretary-General of the United Nations, who shall send certified copies thereof to all States.

IN WITNESS WHEREOF, the undersigned, being duly authorized thereto by their respective Governments, have signed this Statute.

DONE at Rome, this 17th day of July 1998.

ประวัติผู้เขียนวิทยานิพนธ์

นางสาวรินทรธิยา เขียวธิดิกุล เกิดวันที่ 12 กุมภาพันธ์ พ.ศ.2522 ที่กรุงเทพมหานคร สำเร็จการศึกษาปริญญาตรีนิติศาสตรบัณฑิต จากคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ในปีการศึกษา 2543 ได้รับประกาศนียบัตรหลักสูตรวิชาว่าความจากสำนักอบรมวิชาว่าความแห่งสภาทนายความรุ่นที่ 19 พ.ศ.2545 และเข้าศึกษาต่อในหลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขานิติศาสตร์ ที่จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัยเมื่อพ.ศ.2545



สถาบันวิทยบริการ
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย