

บทที่ 3

วิธีพิจารณาคดีอาญาร้ายแรงของศาลอาญาระหว่างประเทศ

3.1 เขตอำนาจของศาลอาญาระหว่างประเทศในด้านต่าง ๆ

3.1.1 ด้านเวลา หรือ Temporal (*ratione temporis*) jurisdiction

ข้อ 11 วรรค 1 แห่งธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศ ได้กำหนดไว้ว่า ศาลอาญาระหว่างประเทศจะมีเขตอำนาจพิจารณาพิพากษาเฉพาะกับอาชญากรรมซึ่งกระทำขึ้นหลังจากที่ธรรมนูญศาลฯ นี้มีผลบังคับใช้ ดังนั้น ศาลจะไม่มีอำนาจพิจารณาคดีสำหรับการกระทำที่ได้กระทำลงก่อนที่ธรรมนูญนี้มีผล ซึ่งก็คือ ก่อนวันที่ 1 กรกฎาคม พ.ศ. 2545 (ค.ศ. 2002) ข้อกำหนดดังกล่าวได้แตกต่างอย่างสิ้นเชิงกับศาลระหว่างประเทศเฉพาะกิจอื่น ๆ ก่อนหน้านี้ที่มีลักษณะชั่วคราว เพราะสังเกตได้ว่า ศาลทหารนูแรมเบิร์กหรือโตเกียวต่างก็ถูกก่อตั้งขึ้นมาเพื่อมีผลย้อนหลังกับความผิดที่ได้กระทำไปแล้วทั้งสิ้น อาทิเช่น ศาลที่ยูโกสลาเวียเดิมยังมีผลสำหรับการกระทำที่ย้อนหลังไปกว่า 2 ปี นอกจากนี้ ประกอบกับในข้อ 24 แห่งธรรมนูญฯ ก็ระบุว่าบุคคลไม่ได้รับผิดทางอาญาตามธรรมนูญศาลฯ นี้ สำหรับการกระทำก่อนที่ธรรมนูญศาลฯ จะมีผลบังคับใช้ จึงเห็นได้ว่าข้อ 11 และข้อ 24 มีความสัมพันธ์กันอย่างยิ่ง

ในการประชุมที่กรุงโรมเพื่อจัดตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศ ประเด็นการพิจารณาเรื่องการมีเขตอำนาจศาลในด้านเวลาและเรื่องการไม่มีผลย้อนหลังของธรรมนูญฯ เป็นเรื่องที่โดดเด่นมาก โดยในขณะที่ทำการร่างธรรมนูญฯ อยู่ นั้น ประธานกลุ่มคณะทำงานเรื่องหลักทั่วไป (the chair of the Working Group on General Principles) ได้วางแนวความคิดไว้ว่าเรื่องดังกล่าวต้องมีการกำหนดไว้เป็นบทบัญญัติบทใดบทหนึ่งโดยเฉพาะ¹ ซึ่งก็ได้ปรากฏในข้อ 11 และข้อ 24 ตามที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้น เป็นไปตามวัตถุประสงค์ของประธานกลุ่มดังกล่าว

¹ William A. Schabas, An Introduction to the International Criminal Court, third edition, (Cambridge: Cambridge University Press, 2007), pp. 65-66.

3.1.2 ด้านบุคคล หรือ Personal (*ratione personae*) jurisdiction

ธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศกำหนดให้ศาลฯ มีเขตอำนาจเหนือคนชาติของรัฐภาคี หากคนชาติของรัฐภาคีได้ถูกกล่าวหาว่าประกอบอาชญากรรม (ข้อ 12 วรรค 2 (b)) สังเกตได้ว่าเขตอำนาจดังกล่าวไม่มีการคำนึงถึงว่าการกระทำจะได้อำนาจขึ้น ณ ที่ใด ยิ่งไปกว่านั้น ศาลฯ ยังมีเขตอำนาจเหนือรัฐที่ไม่ได้เป็นภาคีสมาชิกอีกด้วย ถ้าปรากฏว่ารัฐดังกล่าวยอมรับเขตอำนาจของศาลฯ เอง ภายใต้เงื่อนไขเดียวกันนี้ กล่าวคือ ผู้ถูกกล่าวหาเป็นคนชาติของรัฐที่ยอมรับเขตอำนาจศาลฯ (ข้อ 12 วรรค 2 (b)) อย่างไรก็ดี หากคณะมนตรีความมั่นคงแห่งสหประชาชาติได้เสนอคดีอาชญากรรมประเภทที่อยู่ในเขตอำนาจศาลฯ ให้ย้ายการสืบสวนสอบสวน² กรณีไม่จำเป็นว่าคดีนั้นจะต้องกระทำโดยคนชาติของรัฐภาคีหรือไม่

การวางหลักเรื่องเขตอำนาจศาลบนพื้นฐานเรื่องสัญชาติของบุคคลซึ่งถูกกล่าวหาว่ากระทำผิดนั้น แทบจะไม่มีกรณีใดเลยในที่ประชุม ณ กรุงโรม คงเป็นเพราะหลักเรื่องสัญชาติของบุคคลสอดคล้องกับหลักทั่วไปของกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีเมืองที่กำหนดว่าศาลควรมองที่จุดเกาะเกี่ยวที่แท้จริงระหว่างบุคคลกับรัฐ (genuine link) เป็นสำคัญ มิใช่ดูการให้สัญชาติแก่บุคคลที่มีได้มีความสัมพันธ์อันเกี่ยวโยงที่แท้จริงกับรัฐ กรณีนี้สอดคล้องกับคำพิพากษาคดี Nottebohm³ ของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ (The International Court of Justice)

อนึ่ง เดิมทีนั้นการดำเนินคดีในศาลระหว่างประเทศเฉพาะกิจชั่วคราวจะใช้หลักดินแดนทั้งสิ้น ไม่เกี่ยวกับสัญชาติเลย แต่ต่อมาหลักสัญชาติของบุคคลผู้กระทำความผิดนี้ได้รับอิทธิพลมาจากธรรมนูญก่อตั้งศาลรวันดาที่กำหนดให้ศาลมีอำนาจพิจารณาคดีอาชญากรรมที่

² ประเภทของอาชญากรรมที่อยู่ภายใต้เขตอำนาจศาลฯ นำเสนออยู่ในหัวข้อ 3.1.4

³ ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศได้เคยชี้แจงอย่างชัดเจนในคดี Nottebohm ว่า สัญชาติของรัฐอธิปไตยที่ให้แก่บุคคลซึ่งไม่มีความสัมพันธ์ที่แท้จริงกับตน ย่อมไม่มีผลกล่าวอ้างรัฐที่สามได้ในทางระหว่างประเทศโดยทั่วไป

พันธุ์ทิพย์ กาญจนะจิตรา สายสุนทร, ประเภทของสัญชาติไทยของบุคคลธรรมดา, สืบค้นเมื่อวันที่ 5 มีนาคม 2553, จาก

http://www.archanwell.org/autopage/show_page.php?t=1&s_id=387&d_id=386,

กระทำในดินแดนรวันดา รวมไปถึงในดินแดนประเทศเพื่อนบ้านของรวันดาด้วย หากปรากฏว่าคนสัญชาติรวันดาได้กระทำความผิดในดินแดนนั้น⁴

3.1.3 ด้านสถานที่หรือดินแดน หรือ Territorial (*ratione loci*) jurisdiction

ศาลอาญาระหว่างประเทศมีอำนาจเหนืออาชญากรรมที่กระทำลง在地ดินแดนของรัฐภาคี โดยไม่สนใจประเด็นสัญชาติผู้กระทำความผิด หลักดังกล่าวนี้อยู่ในข้อ 12 วรรค 2 (a) รวมไปถึงอาชญากรรมที่กระทำลง在地ดินแดนของรัฐที่ไม่ใช่ภาคีแต่ได้ยอมรับเขตอำนาจของศาลฯ เป็นการเฉพาะเรื่องนั้น ๆ ตามข้อ 12 วรรค 3 ด้วย นอกจากนี้ ยังรวมถึงสถานการณ์ในดินแดนที่มีการกระทำคุกคามต่อสันติภาพ การละเมิดสันติภาพหรือการกระทำรุกรานที่คณะกรรมการมั่นคงแห่งสหประชาชาติซึ่งปฏิบัติหน้าที่ภายใต้หมวด 7 แห่งกฎบัตรสหประชาชาติเป็นผู้เสนอสถานการณ์ให้อัยการประจำศาลอาญาระหว่างประเทศพิจารณา ตามข้อ 13 (b) อีกด้วย

แนวคิดหลักดินแดนของรัฐภาคีนี้ได้รับอิทธิพลมาจาก ข้อ 5 แห่งอนุสัญญาว่าด้วยการป้องกันและการลงโทษเกี่ยวกับอาชญากรรมการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ ค.ศ.1948⁵ นั่นเอง

3.1.4 ด้านสาระหรือเนื้อหา หรือ Subject-matter (*ratione materiae*) jurisdiction

ประเภทอาชญากรรมที่อยู่ภายใต้เขตอำนาจศาลอาญาระหว่างประเทศหรือกล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือ เขตอำนาจศาลอาญาระหว่างประเทศในด้านสาระหรือเนื้อหา หรือ Subject-matter (*ratione materiae*) jurisdiction⁶ ปรากฏอยู่ในข้อ 5 แห่งธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศซึ่งกำหนดให้ศาลฯ มีเขตอำนาจจำกัดเพียงอาชญากรรมที่ร้ายแรงที่สุดและอยู่ในความห่วงใยของประชาคมระหว่างประเทศโดยรวม ซึ่งมีเพียง 4 ประเภทเท่านั้น อันได้แก่

(ก) อาชญากรรมอันเป็นการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ (Genocide)

คำว่า “Genocide” นี้เกิดขึ้นเป็นครั้งแรกโดย ราฟาเอล เลมกิน (Raphael Lemkin) เมื่อปี ค.ศ.1943 ซึ่ง Lemkin เขียนเกี่ยวกับอาชญากรรมของพรรคนาซี (Nazi Crime) ที่เกิดขึ้นใน

⁴ William A. Schabas, *supra note 1*, pp. 71-72.

⁵ *Ibid.* p. 75.

⁶ *Ibid.* p. 82.

ทวีปยุโรป⁷ อาชญากรรมประเภทนี้เป็นอาชญากรรมร้ายแรงที่เกิดขึ้นบ่อยครั้งในระดับระหว่างประเทศ ไม่ว่าจะเป็นการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ด้วยเหตุผลของความแตกต่างทางเชื้อชาติ ศาสนา สีผิว เผ่าพันธุ์ หรือด้วยเหตุผลประการอื่นใดก็ตาม การทำลายล้างเผ่าพันธุ์ล้วนแต่นำมาซึ่งการบาดเจ็บล้มตายของผู้คนจำนวนมาก ก่อให้เกิดความน่าสยดสยองในการกระทำต่อเพื่อนมนุษย์ด้วยกันอย่างโหดร้าย และกระทบกระเทือนต่อความรู้สึกของผู้คนจำนวนมากทั้งที่อยู่ในเหตุการณ์และที่มีได้อยู่ในเหตุการณ์ดังกล่าว กรณีจึงเกิดความพยายามที่จะนำตัวผู้ที่กระทำอาชญากรรมประเภทนี้มาลงโทษตามกฎหมาย และปราบปรามให้อาชญากรรมประเภทนี้ลดน้อยลงหรือหมดสิ้นไปให้ได้⁸

คำจำกัดความของ “การทำลายล้างเผ่าพันธุ์” ที่อยู่ในข้อ 6 แห่งธรรมนูญ⁹ นั้น ได้กำหนดองค์ประกอบสำคัญประการหนึ่งว่า จะต้องเป็นการกระทำที่ “มุ่งหมาย” (intent) ที่จะ

⁷ Raphael Lemkin, *Axis Rule in Occupied Europe: Laws of Occupation, Analysis of Government, Proposals for Redress* (Washington: Carnegie Endowment for World Peace, 1944), cited by William A. Schabas, *supra note 1*, p. 29.

⁸ กรรณิรมย์ สุนทรนาเวิน, “ศาลอาญาระหว่างประเทศ,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2542), น. 82.

⁹ กองแปล กรมสนธิสัญญาและกฎหมาย กระทรวงการต่างประเทศ, คำแปลธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศ, (กรุงเทพมหานคร: กรมสนธิสัญญาและกฎหมาย, 2544), น. 3.

“ข้อ 6 การทำลายล้างเผ่าพันธุ์

เพื่อความมุ่งประสงค์ของธรรมนูญศาลฯ นี้ “การทำลายล้างเผ่าพันธุ์” หมายถึง การกระทำการใด ๆ ซึ่งกระทำด้วยเจตนาที่จะทำลายกลุ่มชนชาติ กลุ่มชาติพันธุ์ กลุ่มเชื้อชาติ หรือกลุ่มทางศาสนา ทั้งหมดหรือแต่บางส่วน เพียงเพราะเป็นกลุ่มเช่นนั้น ดังต่อไปนี้

(a) การฆ่าสมาชิกของกลุ่ม

(b) การก่อให้เกิดอันตรายต่อร่างกายหรือจิตใจอย่างสาหัสต่อสมาชิกของกลุ่ม

(c) การจงใจก่อให้เกิดสภาวะที่เกี่ยวกับเงื่อนไขการดำรงชีวิตที่เล็งเห็นว่าจะนำไปสู่การทำลายทางกายภาพของกลุ่มทั้งหมดหรือบางส่วน

(d) การกำหนดมาตรการที่เจตนาขัดขวางมิให้มีการให้กำเนิดบุตรภายในกลุ่ม

(e) การบังคับโยกย้ายเด็กของกลุ่มดังกล่าวไปยังอีกกลุ่มหนึ่ง”

ทำลายทั้งหมดหรือบางส่วนของกลุ่มซึ่งเป็นกลุ่มชาติ กลุ่มเชื้อชาติ กลุ่มเผ่าพันธุ์ และกลุ่มศาสนา นอกจากนี้ ยังต้องเป็นการทำลายด้วยเหตุผลที่เกิดมาจากความแบ่งแยก (distinction) ประการใด ประการหนึ่ง ดังนั้น การทำลายต้องมี “เจตนา” ซึ่งเป็นเจตนาพิเศษที่มุ่งหมายจะทำลายกลุ่มดังกล่าว เห็นได้ว่าธรรมนูญนี้ต้องการที่จะแยกแยะความผิดฐานฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ (genocide) ออกจากความผิดฐานฆ่าคนตายธรรมดาและการฆ่าคนตายจำนวนมาก (mass killing) ซึ่งถือว่าเป็นความผิดที่อยู่ภายใต้เขตอำนาจของศาลภายในประเทศเอง

กรณีสังเกตได้ว่า คำว่า Genocide พัฒนาไปไกลมากกว่าการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ในความหมายของต้นกำเนิด กล่าวคือ ในปัจจุบัน Genocide ได้เรียกโดยรวมว่าเป็นการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ที่มีรูปแบบการทำลายโดยไม่จำเป็นว่าต้องเป็นการฆ่า ตามข้อ 6 (a)-(e) ธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศ กรณีเป็นอาชญากรรมตามกฎหมายระหว่างประเทศที่เป็นการกระทำในยามปกติหรือยามสงครามก็ได้ โดยอาจเป็นการฆ่าสมาชิกของกลุ่มชนที่ประกอบขึ้นตามเชื้อชาติหรือศาสนาโดยก่อให้เกิดอันตรายต่อชีวิตหรือจิตใจ หรือเป็นการทำอันตรายต่อชีวิตที่มุ่งต่อผลให้เกิดการสิ้นสูญของกลุ่มนั้น ๆ ก็ได้ อาทิเช่น มิให้มีการกำเนิดบุตร และรวมถึงกระทำการเคลื่อนย้ายเด็กจากกลุ่มหนึ่งไปอยู่ในอีกกลุ่มหนึ่งด้วย¹⁰

(ข) อาชญากรรมต่อมนุษยชาติ (Crimes against humanity)

ตามธรรมนูญกรุงโรมฯ ในข้อ 7 อาชญากรรมต่อมนุษยชาติมีความหมายรวมถึง การทำลายล้างพลเรือน (Extermination of civilians) การจับเป็นทาส (enslavement) การทรมาน (torture) การข่มขืนกระทำชำเรา (rape) การก่อให้เกิดการตั้งครรภ์โดยบังคับด้วยกำลัง (forced pregnancy) การข่มเหงโดยอ้างเหตุทางการเมือง ชาติพันธุ์ การเป็นชาติ เผ่าพันธุ์ วัฒนธรรม ศาสนา หรือเพศ (Persecution on political racial, national, ethnic, cultural, religious or gender grounds) และการทำให้สาบสูญโดยบังคับ (enforces disappearance) แต่การกระทำนั้นต้องเป็นส่วนหนึ่งของการโจมตีโดยตรงต่อพลเรือน “อย่างกว้างขวางหรือเป็นระบบ” ด้วย

¹⁰ พรชัย ด่านวิวัฒน์, กฎหมายอาญาระหว่างประเทศ, พิมพ์ครั้งที่ 2 แก้ไขเพิ่มเติม (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2551), น. 86-87.

(ค) อาชญากรรมสงคราม (War crimes)

ในข้อ 8 แห่งธรรมนูญกรุงโรมฯ กำหนดให้อาชญากรรมสงคราม หมายถึง การละเมิดอย่างร้ายแรงต่ออนุสัญญากรุงเจนีวา ฉบับลงวันที่ 12 สิงหาคม ค.ศ.1949¹¹ และรวมไปถึงการละเมิดอันมีลักษณะร้ายแรงอื่น ๆ ต่อกฎหมายและจารีตประเพณีที่สามารถใช้บังคับในการขัดกันด้วยอาวุธระหว่างประเทศและการขัดกันด้วยอาวุธ “ที่มีได้มีลักษณะระหว่างประเทศ” ตามที่ระบุในธรรมนูญฯ ซึ่งกรณีเป็นการกระทำอันเป็นส่วนหนึ่งของแผนการหรือนโยบาย หรือเป็นส่วนหนึ่งของการประกอบอาชญากรรมเช่นว่านั้นขนาดใหญ่

(ง) อาชญากรรมรุกราน (The crime of aggression)

การรุกรานเป็นการกระทำความผิดอาญาร้ายแรงระหว่างประเทศประเภทหนึ่งที่อยู่ภายใต้อำนาจศาลฯ ซึ่งข้อ 6 แห่งธรรมนูญฯ กำหนดว่า รัฐภาคีจะต้องตกลงกันให้ได้ก่อนใน 2 ประการ กล่าวคือ (1) รัฐภาคีต้องให้คำนิยามว่า การรุกรานคืออะไร และ (2) กำหนดเงื่อนไขให้ศาลใช้อำนาจพิจารณาคดี

การกำหนดนิยามของคำว่า “รุกราน” นั้นเป็นเรื่องยาก บางประเทศเสนอว่าให้เฉพาะคณะมนตรีความมั่นคงแห่งสหประชาชาติเท่านั้นที่มีอำนาจกำหนดว่าการกระทำใดเป็นการรุกราน ถ้าข้อเสนอนี้ได้รับการยอมรับก็ต้องให้คณะมนตรีความมั่นคงฯ วินิจฉัยก่อนที่ศาลฯ จะมีอำนาจพิจารณาคดี และยังมีข้อเสนออีกว่าให้สมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติหรือศาลยุติธรรมระหว่างประเทศเป็นผู้กำหนด ถ้าหากมีการกล่าวหาว่ามีการรุกรานแล้วคณะมนตรีความมั่นคงฯ ไม่กระทำการใด ๆ ภายในกำหนดเวลาหนึ่งปี

ในเดือนกันยายน พ.ศ. 2545 ที่ประชุมใหญ่ของรัฐภาคีได้แต่งตั้งคณะทำงานขึ้นมาคณะหนึ่งเพื่อศึกษาแนวทางต่าง ๆ ในการกำหนดความหมายของคำว่า “รุกราน” ซึ่งปัจจุบันก็ยังหาข้อสรุปไม่ได้¹² อย่างไรก็ตาม รัฐภาคีมีหน้าที่เข้าร่วมประชุมเพื่อทำการทบทวนธรรมนูญกรุงโรมฯ (Review Conference of the International Criminal Court Statute) ตามที่ตกลงกันให้จัดขึ้น

¹¹ ดูรายละเอียดของ The Geneva Conventions of 1949 ใน <http://www.icrc.org> สืบค้นเมื่อวันที่ 10 เมษายน 2553

¹² กุลพล พลวัน, “ศาลอาญาระหว่างประเทศ,” ใน สำนักอบรมศึกษากฎหมาย เนติบัณฑิตยสภา, รพี '49, (กรุงเทพมหานคร: สำนักอบรมศึกษากฎหมาย เนติบัณฑิตยสภา, 2549), น. 84-85.

ในช่วงปี พ.ศ. 2553 ซึ่งคาดกันว่า การประชุมนี้จะให้ความเห็นชอบบทนิยามเกี่ยวกับความผิดว่าด้วยการรุกรานเป็นครั้งแรก เพื่อให้ศาลฯ มีอำนาจพิพากษาคดีรุกรานได้¹³ ซึ่ง ณ ปัจจุบันนี้ก็ยังไม่ได้ข้อสรุปเรื่องคำนิยามดังกล่าว

อย่างไรก็ดี หากมีการกำหนดคำนิยามแล้ว คณะมนตรีความมั่นคงฯ ก็มีบทบาทสำคัญในการทำหน้าที่เป็นผู้ชี้ขาดถึงการมีอยู่ของการกระทำการรุกรานตามกฎหมายบัตรสหประชาชาติ ข้อที่ 39 ด้วย¹⁴ ซึ่งเป็นกระบวนการที่นำไปสู่ประโยชน์ในการดำเนินการของศาลต่ออาชญากรรมประเภทนี้ ในฐานะที่คณะมนตรีความมั่นคงฯ ทำหน้าที่กลั่นกรองลักษณะของการกระทำการรุกรานอันจะนำไปสู่การพิจารณา และยังเป็นผู้ให้ลักษณะการกระทำในฐานะความผิดอาชญากรรมรุกราน โดยจะชี้ขาดก่อนว่าการกระทำการรุกรานได้มีอยู่หรือไม่ ทั้งนี้เนื่องจากธรรมนูญ ข้อ 5 วรรค 2 ซึ่งเป็นบทบัญญัติทั่วไปได้บัญญัติว่า “ให้ศาลฯ ใช้เขตอำนาจเหนืออาชญากรรมอันเป็นการรุกรานเมื่อได้มีการตกลงรับบทบัญญัติตามข้อ 121 และ 123 ซึ่งนิยามอาชญากรรมและกำหนดเงื่อนไขให้ศาลฯ ต้องใช้เขตอำนาจในส่วนที่เกี่ยวข้องกับอาชญากรรมนี้ บทบัญญัติเช่นว่าต้องสอดคล้องกับบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องของกฎบัตรสหประชาชาติ”¹⁵

อนึ่ง ธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศมีบทบัญญัติในส่วนของฐานความผิดอาญาร้ายแรงระหว่างประเทศที่สอดคล้องกับองค์ประกอบของอาชญากรรมระหว่าง

¹³ Assembly of States Parties (14 December 2007), Resolution: Strengthening the International Criminal Court and the Assembly of States PartiesPDF, อ้างถึงใน วิกิพีเดีย สารานุกรมเสรี, ธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศ. สืบค้นเมื่อวันที่ 10 เมษายน 2553, จาก <http://th.wikipedia.org/wiki/ธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศ>

¹⁴ ข้อ 39 คณะมนตรีความมั่นคงจะต้องกำหนดว่า การคุกคามต่อสันติภาพการละเมิดสันติภาพ หรือการกระทำการรุกรานได้มีขึ้นหรือไม่ และจะต้องทำคำแนะนำหรือวินิจฉัยว่าจะใช้มาตรการใดตามข้อ 41 และ 42 เพื่ออ้าวงไว้หรือสถาปนากลับคืนมาซึ่งสันติภาพและความมั่นคงระหว่างประเทศ

¹⁵ วันวิภา สุขสวัสดิ์, “บทบาทของคณะมนตรีความมั่นคงและความสัมพันธ์กับศาลอาญาระหว่างประเทศ,” (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2545), น. 238.

ประเทศในทางทฤษฎีตามความเห็นของ Professor Cassese¹⁶ ผู้เชี่ยวชาญเรื่องกฎหมายอาญา ระหว่างประเทศ ที่ได้กล่าวถึงอาชญากรรมระหว่างประเทศไว้ว่าต้องประกอบไปด้วยลักษณะ ดังต่อไปนี้ กล่าวคือ

1) เป็นการกระทำที่ฝ่าฝืนกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ (รวมถึงบทบัญญัติ ในสนธิสัญญา ที่แสดงให้เห็นถึงกฎหมายที่ดำรงอยู่ทั้งในรูปแบบของประมวลกฎหมาย หรือใน รูปแบบกฎหมายจารีตประเพณี หรือในรูปแบบอื่น ๆ)

2) เป็นการกระทำที่ฝ่าฝืนกฎเกณฑ์ โดยกฎเกณฑ์นั้นเป็นกฎเกณฑ์ที่ต้องการจะ ปกป้องคุณค่าอันสำคัญของประชาคมโลกที่เป็นกลไกระหว่างประเทศ เช่น กฎบัตรสหประชาชาติ ค.ศ.1945, คำประกาศสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ค.ศ.1948, อนุสัญญายุโรปว่าด้วยสิทธิ มนุษยชน ค.ศ.1950, อนุสัญญาอเมริกันว่าด้วยเรื่องสิทธิมนุษยชน ค.ศ.1969 เป็นต้น อนุสัญญา ต่าง ๆ เหล่านี้แสดงถึง “คุณค่า” (value) แม้ว่าการประกาศยอมรับคุณค่าดังกล่าวนี้จะไม่ได้เป็น การยอมรับโดยตรงก็ตาม

3) ต้องมีผลประโยชน์สากล (a Universal Interest) ที่จะป้องกันอาชญากรรมเหล่านี้ ซึ่งโดยหลักการแล้วสามารถดำเนินคดีและลงโทษโดยรัฐใดก็ได้ (by any state) โดยไม่จำเป็นต้อง คำเนิ่งถึงจุดเกาะเกี่ยวด้านดินแดน หรือสัญชาติของผู้กระทำความผิดหรือของผู้เสียหาย กล่าวคือ เป็นการใช้เขตอำนาจสากล (Universal Jurisdiction) นั่นเอง

4) ถ้าผู้กระทำเป็นผู้ดำรงตำแหน่งเจ้าหน้าที่รัฐและได้กระทำความผิดในนามของเจ้าหน้าที่ รัฐเองไม่ว่าจะโดยนิตินัยหรือโดยพฤตินัย รัฐเจ้าของสัญชาติจะต้องไม่ให้ความคุ้มกันบุคคลนั้นจาก เขตอำนาจศาลของรัฐอื่น

¹⁶ Antonio Cassese, International Criminal Law (Oxford: Oxford University Press, 2003), pp. 23-24.

3.2 การเริ่มคดี และเงื่อนไขการใช้อำนาจพิจารณาคดีของศาลอาญาระหว่างประเทศ (Triggering the jurisdiction)

3.2.1 ผู้มีอำนาจเสนอสถานการณ์หรือกรณีอันเกี่ยวกับอาชญากรรมร้ายแรง

ข้อ 13 แห่งธรรมนูญศาลฯ ได้กำหนดตัวผู้มีอำนาจเสนอสถานการณ์หรือกรณีเกี่ยวกับอาชญากรรมร้ายแรง 4 ประเภทที่กล่าวไว้แล้วในข้อ 3.1 เพื่อเป็นช่องทางให้ศาลอาญาระหว่างประเทศพิจารณาและพิพากษาคดีไว้ ดังนี้

“ข้อ 13 การใช้เขตอำนาจศาล

ศาลอาจใช้เขตอำนาจศาลในส่วนที่เกี่ยวข้องกับอาชญากรรมที่อ้างถึงในข้อ 5 ตามบทบัญญัติของธรรมนูญศาลฯ นี้ หาก

(a) ในกรณีที่น่าปรากฏว่า อาชญากรรมหนึ่งหรือมากกว่าดังกล่าวซึ่งดูเหมือนว่าได้กระทำขึ้นได้รับการเสนอต่ออัยการ **โดยรัฐภาคี**ตามข้อ 14

(b) ในกรณีที่น่าปรากฏว่า อาชญากรรมหนึ่งหรือมากกว่าดังกล่าวซึ่งดูเหมือนว่าได้กระทำขึ้นได้รับการเสนอต่ออัยการ**โดยคณะมนตรีความมั่นคง**ซึ่งปฏิบัติหน้าที่ภายใต้หมวด 7 ของกฎบัตรสหประชาชาติ

(c) **อัยการได้เริ่ม**การสืบสวนสอบสวน ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับอาชญากรรมเช่นว่า ตามข้อ 15”¹⁷

ดังนั้น ผู้มีอำนาจเสนอสถานการณ์หรือกรณีอันเกี่ยวกับอาชญากรรมร้ายแรงเพื่อเป็นช่องทางให้คดีขึ้นสู่ศาลฯ นั้น มี 3 ประเภท ได้แก่

(ก) กรณีรัฐภาคีเป็นผู้เสนอสถานการณ์¹⁸

ธรรมนูญกรุงโรมฯ ได้กำหนดตัวผู้มีอำนาจเสนอสถานการณ์ให้ศาลอาญาระหว่างประเทศพิจารณาในประเภทแรกนี้ คือ รัฐภาคีที่ให้สัตยาบันแก่ธรรมนูญฯ เพราะถ้าเมื่อใดที่มีการให้สัตยาบันก็เท่ากับว่ารัฐนั้นตกลงยอมรับเขตอำนาจศาลที่มีต่อสถานการณ์หรือกรณีอันเกี่ยวกับอาชญากรรมที่ระบุไว้ในสนธิสัญญา บทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกันได้แก่ ข้อ 14 ประกอบ ข้อ 13 (a) ส่วน

¹⁷ กองแปล กรมสนธิสัญญาและกฎหมาย กระทรวงการต่างประเทศ, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 9*, น. 13.

¹⁸ William A. Schabas, *supra note 1*, pp. 143-151.

เงื่อนไขอื่น ๆ เช่น ผู้ถูกกล่าวหาเป็นผู้มีสัญชาติของรัฐบาลที่ อาชญากรรมได้กระทำบนดินแดนของ รัฐบาลที่ เป็นต้นนั้น จะนำเสนอในข้อ 3.2.2 ต่อไป

“ข้อ 14 การเสนอกรณีโดยรัฐบาล

รัฐบาลที่อาจเสนอกรณีซึ่งดูเหมือนว่าอาชญากรรมได้ถูกกระทำขึ้นภายในเขตอำนาจ ศาลฯ ต่ออัยการเพื่อให้สืบสวนสอบสวนกรณีดังกล่าว โดยมีความมุ่งประสงค์เพื่อจะวินิจฉัยว่า มี บุคคลคนใดคนหนึ่งหรือมากกว่านั้นควรจะถูกฟ้องว่ากระทำความผิดอาญาเช่นว่านั้น

การเสนอข้างต้นต้องระบุเกี่ยวกับพฤติการณ์แวดล้อมที่เกี่ยวข้องและมีเอกสาร ประกอบที่สนับสนุนการเสนอซึ่งรัฐผู้เสนอมีอยู่มากที่สุดเท่าที่จะกระทำได้”

ฉะนั้น การที่รัฐบาลที่จะเสนอสถานการณ์อาชญากรรมร้ายแรงที่กำหนดไว้ 4 ประเภท ต่อศาลฯ นั้น เมื่อศึกษาตามข้อ 14 ประกอบกับ ข้อ 13 (a) แล้ว จะเห็นได้ว่า รัฐบาลที่รัฐใดจะเสนอ ต่อศาลฯ โดยตรงไม่ได้ เพราะจะต้องเสนอต่ออัยการของศาลอาญาระหว่างประเทศให้สืบสวน สอบสวนกรณีดังกล่าวเสียก่อน เพื่อให้อัยการวินิจฉัยว่าบุคคลคนใดคนหนึ่งหรือมากกว่าควรจะถูก ฟ้องว่ากระทำความผิดอาญานั้นหรือไม่ และการเสนอสถานการณ์ดังกล่าวรัฐบาลที่จะต้องทำใน รูปแบบลายลักษณ์อักษรเท่านั้น ตามกฎข้อที่ 45 แห่งกฎระเบียบว่าด้วยวิธีพิจารณาความและ พยานหลักฐาน¹⁹ นอกจากนี้ รัฐบาลที่ผู้เสนอสถานการณ์ก็ไม่จำเป็นว่าจะต้องเป็นรัฐเจ้าของ สัญชาติผู้เสียหายหรือผู้กระทำผิด หรือจะต้องเป็นรัฐเจ้าของดินแดนที่มีการกระทำความผิด ดังนั้น รัฐบาลที่รัฐหนึ่งซึ่งแม้จะไม่มีส่วนได้เสียหรือส่วนเกี่ยวข้องใด ๆ กับสถานการณ์ ก็มีอำนาจเสนอ สถานการณ์ให้แก่อัยการประจำศาลฯ ได้

แม้ว่าประเด็นเรื่องการเสนอสถานการณ์โดยรัฐบาลที่จะได้รับการบัญญัติไว้ใน (a) อัน เป็นลำดับแรกของข้อ 13 แห่งธรรมนูญฯ แต่ก็ถูกมองว่าน่าจะเป็นช่องทางที่รีบหรี เนื่องจากใน ระหว่างที่ร่างธรรมนูญฯ มีการชี้ประเด็นว่ารัฐต่าง ๆ นั้นมักลังเลที่จะเสนอสถานการณ์ใดที่ทำให้ ตนเป็นปฏิปักษ์ต่อรัฐอื่นโดยอาจต้องกล่าวหาว่ารัฐอื่นมีส่วนเกี่ยวข้องในการกระทำความผิด อาชญากรรมระหว่างประเทศ เว้นเสียแต่ว่ารัฐที่ต้องการเสนอสถานการณ์นั้นมีส่วนได้เสียสำคัญ กับกรณีนั้น ๆ เสียเอง ตัวอย่างสำคัญเห็นได้จากบทบัญญัติของสนธิสัญญาว่าด้วยเรื่องสิทธิ

¹⁹ Rule 45, Rules of Procedure and Evidence.

มนุษยชนระหว่างประเทศหลายฉบับที่มักจะบัญญัติช่องทางเช่นเดียวกันนี้ไว้ แต่ด้วยบทดังกล่าวแทบจะเป็นหมันเพราะไม่นิยมใช้ช่องทางดังกล่าวกันเลย²⁰

อย่างไรก็ดี หลังจากธรรมนูญ มีผลบังคับใช้ ก็ปรากฏว่าสถานการณ์แรกที่เสนอโดยรัฐภาคี ได้แก่ การเสนอโดยรัฐบาลอุกันดา เมื่อวันที่ 16 ธันวาคม พ.ศ. 2546 (ค.ศ. 2003) ซึ่งได้อ้างถึง “สถานการณ์ที่เกี่ยวกับกองกำลังก่อความไม่สงบ Lord’s Resistance Army หรือ LRA ที่เกิดขึ้นทางตอนเหนือและตะวันตกของอุกันดา”²¹ ซึ่งอัยการของศาลฯ ก็ได้ชี้แจงต่ออุกันดาในเรื่อง “ขอบเขตของการเสนอสถานการณ์ที่ครอบคลุมถึงอาชญากรรมทั้งหมดที่ได้มีการกระทำขึ้นทางตอนเหนือท่ามกลางความขัดแย้งที่เป็นอยู่ในสถานการณ์เกี่ยวกับ LRA” และต่อมาเมื่อวันที่ 29 มกราคม พ.ศ. 2547 (ค.ศ. 2004) อัยการก็ได้ประกาศเรื่องการยื่นสถานการณ์ดังกล่าวของรัฐบาลอุกันดาต่อสาธารณชน ถัดมาที่นับเป็นครั้งที่สองของการเสนอสถานการณ์โดยรัฐภาคีก็คือ เมื่อวันที่ 3 มีนาคม พ.ศ. 2547 (ค.ศ. 2004) ประธานาธิบดี Joseph Kabila แห่งสาธารณรัฐประชาธิปไตยคองโกได้เขียนจดหมายถึง Moreno-Ocampo อัยการประจำศาลอาญาระหว่างประเทศ²² ถัดมาในครั้งที่สามเป็นการเสนอโดยสาธารณรัฐแอฟริกากลาง (CAR) ที่ได้ยื่นเมื่อวันที่ 22 ธันวาคม พ.ศ. 2547 (ค.ศ. 2004) ส่งผลให้ในวันที่ 7 มกราคม พ.ศ. 2548 (ค.ศ. 2005) อัยการได้ประกาศต่อสาธารณชนว่า ได้มีการเสนอสถานการณ์โดยสาธารณรัฐแอฟริกากลาง (CAR) นับเป็นครั้งที่สามที่เสนอโดยรัฐภาคี โดยศาลจะมีเขตอำนาจเฉพาะกับอาชญากรรมที่กระทำลงบนดินแดนแอฟริกากลางตั้งแต่วันที่ 1 กรกฎาคม พ.ศ. 2545 (ค.ศ. 2002) เป็นต้นไปเท่านั้น กรณีดังกล่าวเห็นได้ว่าด้วยบทที่ให้อำนาจรัฐภาคีเป็นผู้เสนอสถานการณ์นั้นได้ดำเนินไปด้วยดีและมีประสิทธิผลที่รัฐสามารถเลือกช่องทางดังกล่าวได้ด้วยตนเอง อย่างไรก็ตาม ยังไม่ปรากฏกรณีที่รัฐ

²⁰ Daniel D. Ntanda Nsereko, “The international Criminal Court: Jurisdictional and Related Issues,” 10 *Criminal Law Forum* 87, p. 109. Retrieved March 3, 2010, from <http://www.springerlink.com/content/k9855j70gmt74111/>

²¹ For the background to the conflict, see Mohamed El Zeidy, “The Ugandan Government Triggers the First Test of the Complementarity Principle: An Assessment of the First State’s Party Referral to the ICC,” (2005) 5 *International Criminal Law Review* 83, cited by William A. Schabas, *supra note 1*, p. 144.

²² ICC-01/04-01/06-32-AnxA1, 21 March 2004, cited by William A. Schabas, *supra note 1*, p.144.

ภาคีได้ใช้อำนาจเสนอสถานการณ์ที่เจ้าหน้าที่ของรัฐอื่นตกเป็นผู้ต้องหา เพราะเป็นเรื่องปกติอยู่
เองของกิจการระหว่างประเทศที่รัฐหนึ่ง ๆ จะไม่กระทำการกล่าวหาว่าเจ้าหน้าที่ของรัฐอื่นมีส่วน
เกี่ยวข้องกับความคิดอาญาร้ายแรงระหว่างประเทศ

นอกจากนี้ ในช่วงแรก ๆ ของการร่างธรรมนูญ นั้น ได้ใช้คำว่ารัฐภาคีเป็นผู้มีอำนาจ
“เสนอคำฟ้อง”²³ แต่ในการประชุมที่กรุงโรมก็ได้ลงความเห็นว่าจะเปลี่ยนมาใช้คำว่า “การเสนอ
สถานการณ์โดยรัฐภาคี” แทน²⁴ เนื่องจากต้องการกันไม่ให้รัฐภาคีได้เสนอคำฟ้องในลักษณะที่เป็น
คดีที่เฉพาะเจาะจง ดังที่ท่าน Philippe Kirsch ประธานที่ประชุมสำนักงานร่างได้กล่าวถึงประเด็น
นี้ไว้ว่าการใช้ทฤษฎีทั่วไปในการอ้างสถานการณ์แทนที่จะเป็นการอ้างถึงคดีนั้น เป็นหนทางที่ดีกว่า
เพราะจะช่วยลดข้อครหาที่ว่าหากรัฐภาคีสามารถเสนอคำฟ้องร้องให้ปัจเจกบุคคลตกเป็นจำเลยได้
แล้ว รัฐภาคีอาจใช้ศาลเป็นเครื่องมือในการแก้แค้นก็ได้²⁵

ประเด็นต่อมา แม้ว่าแทบจะไม่เคยมีการถกเถียงกันในประวัติศาสตร์การร่าง
ธรรมนูญ ถึงประเด็นว่ารัฐจะสามารถเสนอกรณีของตัวเองตกเป็นจำเลยได้หรือไม่ แต่หลังจากที่
ธรรมนูญ บังคับใช้ไม่นาน สำนักงานอัยการก็ได้เริ่มกล่าวถึงประเด็นนี้ขึ้นมาในเอกสารบางฉบับ
เช่น ในรายงานนโยบายเมื่อเดือนกันยายน พ.ศ. 2546 (ค.ศ. 2003) อัยการได้เขียนรายงานว่า เมื่อ
อัยการได้รับเรื่องที่เสนอสถานการณ์โดยรัฐที่เกิดอาชญากรรมแล้ว อัยการมีข้อได้เปรียบที่จะรู้ว่ารัฐ
นั้น ๆ มีเจตจำนงทางการเมือง (The political will) ที่จะให้ความร่วมมือกับอัยการภายใต้ธรรมนูญ
หรือไม่ และอัยการสามารถมั่นใจได้ว่าอำนาจภายในของรัฐเองจะช่วยอำนวยความสะดวกใน
การสืบสวนสอบสวน ทั้งการให้เอกสิทธิ์และความคุ้มกันที่จำเป็นสำหรับการสืบสวนสอบสวน และ

²³ รายงานระหว่างการประชุมเมื่อวันที่ 19-30 มกราคม ค.ศ. 1998 (พ.ศ. 2541) ณ
เมือง Zutphen ประเทศเนเธอร์แลนด์, UN Doc, A/AC.249/1998/L.13, Art.45 [25], p. 85, cited
by William A. Schabas, *supra note 1*, p. 145.

²⁴ Discussion Paper, Bureau, Part 2, Jurisdiction, Admissibility and
Applicable Law, UN Doc. A/CONF.183/C.1/L.53, p. 16, cited by William A. Schabas,
supra note 1, p. 146.

²⁵ Philippe Kirsch and Darryl Robinson, “Referral by States Parties,” in
Antonio Cassese, Paola Gaeta and John R. W.D. Jones, eds., The Rome Statute of the
International Criminal Court: A Commentary, vol. I, Oxford University Press, 2002, pp.67-
91 at p.74, n.23, cited by William A. Schabas, *supra note 1*, p. 146.

ถ้าเป็นไปได้รัฐก็ควรกระตือรือร้นที่จะจัดหาการป้องกันที่จำเป็นและเหมาะสมสำหรับผู้ทำการสืบสวนสอบสวน หรือพยาน เพราะรัฐนั้นตัดสินใจด้วยตนเองที่จะเป็นผู้ร้องขอให้ศาลใช้เขตอำนาจดังกล่าว²⁶

การประชุมแลกเปลี่ยนความเห็นระหว่างผู้เชี่ยวชาญที่จัดขึ้นโดยสำนักงานอัยการในช่วงปลายปี พ.ศ. 2546 (ค.ศ. 2003) ก็ค่อนข้างเห็นเป็นไปในทางเดียวกัน โดยที่ประชุมได้กล่าวว่า “อาจจะมีสถานการณ์ที่สำนักงานอัยการ (OTP) และรัฐที่เกิดอาชญากรรม ได้ลงความเห็นร่วมกันในการที่จะแบ่งงานกันทำเพื่อประโยชน์สูงสุดแห่งความยุติธรรม ยกตัวอย่างเช่น ในรัฐที่เกิดความขัดแย้งจนไม่สามารถดำเนินการพิจารณาลงโทษผู้ที่สมควรรับผิดชอบในเหตุการณ์นั้นต่อไปได้อย่างมีประสิทธิภาพ”²⁷ แม้รายงานของผู้เชี่ยวชาญจะไม่ได้พิจารณาอย่างชัดเจนถึงกรณีของรัฐภาคีจะเสนอสถานการณ์ร้ายแรงที่เกิดขึ้นในรัฐนั้นเองได้หรือไม่ แต่ในรายงานดังกล่าวก็มีการพิจารณาว่ากรณีใดที่จะสามารถเรียกได้ว่าเป็น “การรับคดีไว้พิจารณาโดยไม่มีข้อโต้แย้งใด ๆ” (uncontested admissibility) โดยได้กล่าวถึง “ประเด็นการรับคดีไว้พิจารณาโดยไม่มีอุปสรรคใด ๆ เพราะรัฐที่มีสถานการณ์เกิดขึ้นได้รู้อยู่แก่ใจแล้วว่ารัฐเองไม่สามารถที่จะทำการสืบสวนสอบสวนหรือฟ้องร้องดำเนินคดีได้อย่างแท้จริง”²⁸ ซึ่งมีข้อพิจารณาเป็นสมมติฐานสองกรณี ดังนี้

ในกรณีแรก ผู้เชี่ยวชาญหลายท่านได้พิจารณาว่ากรณีที่ผู้ต้องสงสัยได้หลบหนีไปยังรัฐที่สาม รัฐภาคีต่าง ๆ อาจเห็นด้วยว่าศาลอาญาระหว่างประเทศมีประสิทธิภาพในการพิจารณาคดีดีกว่า เนื่องจากศาลฯ มีความเชี่ยวชาญและมีพยานหลักฐานซึ่งเป็นประโยชน์ในการพิจารณาคดีมากกว่า ดังนี้ ศาลอาญาระหว่างประเทศจึงสามารถรับคดีไว้พิจารณาได้ภายใต้ข้อ 17 แห่งธรรมนูญฯ โดยไม่มีข้อโต้แย้งหรืออุปสรรคใด ๆ แม้รัฐที่สามยังไม่ได้ทำการสืบสวนสอบสวน และหากรัฐที่สามได้ร่วมมือในการส่งตัวผู้ต้องหาแก่ศาลฯ แล้ว กรณีก็ไม่มีความจำเป็นต้องพูดถึงว่ารัฐ

²⁶ Annex to the “Paper on Some Policy Issues before the Office of the Prosecutor”: Referrals and Communications”, September 2003. cited by William A. Schabas, *supra note 1*, p. 147.

²⁷ “Informal Expert Paper: The Principle of Complementarity in Practice,” p. 3, cited by William A. Schabas, *supra note 1*, p. 147.

²⁸ *Ibid.* p.18 and p. 20, cited by William A. Schabas, *supra note 1*, p. 147.

ที่สาม “ไม่สมัครใจ” หรือ “ไม่มีความสามารถ” ที่จะทำการสืบสวนสอบสวนหรือฟ้องร้องดำเนินคดีได้อย่างแท้จริงหรือไม่²⁹

ในกรณีที่สอง กรณีที่มองเห็นได้ว่า 1) รัฐไร้ความสามารถที่จะดำเนินการพิจารณาโดยมีสาเหตุมาจากเกิดอาชญากรรมร้ายแรงที่กระทำต่อพลเมือง (mass crimes) หรือ 2) อาจเป็นกรณีในกลุ่มต่าง ๆ แยกแยก มีความขัดแย้งกัน แต่ละฝ่ายก็ต่างกลัวที่จะถูกพิจารณาคดีในความควบคุมของฝ่ายตรงข้าม จึงกลับเห็นด้วยที่จะมีการพิจารณาคดีผู้นำที่กระทำคามผิดโดยศาลที่มีความเป็นกลางและทรงไว้ซึ่งความยุติธรรม เห็นได้ว่า ในกรณีดังกล่าวการปฏิเสธที่จะใช้เขตอำนาจศาลภายในประเทศเพื่อกรุยทางที่จะอาศัยเขตอำนาจศาลระหว่างประเทศได้โดยสะดวกนั้น ไม่ใช่สัญญาณของการเมินเฉยหรือการขาดความร่วมมือแต่อย่างใด แต่ก็มีฝ่ายอื่นโต้แย้งอีกว่า กรณีดังกล่าวอาจมีนัยยะว่า รัฐกำลังหนีภาระหน้าที่ของตัวเองที่จะต้องพิจารณาคดี ซึ่งภาระหรือพันธกรณีดังกล่าวถูกบัญญัติไว้ในอารัมภบทแห่งธรรมนูญ และเป็นสาระสำคัญของกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศด้วย

ในขณะที่ผู้เชี่ยวชาญแย้งกลับว่า ในกรณีดังกล่าวที่มีการปฏิเสธการพิจารณาคดีในศาลภายใน และมีการยอมรับการพิจารณาคดีในศาลอาญาระหว่างประเทศแทนนั้น จัดได้ว่าเป็นกรณีที่ศาลอาญาระหว่างประเทศสามารถช่วยอำนวยความสะดวกที่มีประสิทธิภาพให้แก่รัฐได้ ซึ่งบทบาทของศาลฯ ในข้อนี้ก็ได้รับการบัญญัติไว้ทั้งที่เป็นลายลักษณ์อักษร และยังเป็นเจตนารมณ์ของธรรมนูญกรุงโรมฯ และเจตนารมณ์ของพันธกรณีระหว่างประเทศอื่น ๆ ที่ให้ความสำคัญกับอาชญากรรมร้ายแรงด้วยเช่นกัน ดังนั้น การกระทำเช่นนี้จึงต่างจากกรณีที่รัฐเมินเฉยจนเกิดความล้มเหลวในการพิจารณาคดี และต่างจากกรณีที่รัฐต้องการปกป้องผู้กระทำความผิด จนเป็นช่องทางให้ผู้กระทำความผิดรอดพ้นการลงโทษไปได้ (impunity)³⁰

หลังจากศาลฯ เปิดทำการแล้ว “การเสนอสถานการณด้วยตนเอง” (Self-Referral) ก็ได้รับการยอมรับโดยองค์คณะตุลาการพิจารณาเบื้องต้นคณะที่ 1 (Pre-Trial Chamber I) เมื่อครั้งได้ออกหมายจับ Thomas Lubanga โดยองค์คณะตุลาการพิจารณาเบื้องต้น กล่าวว่า “การเสนอสถานการณด้วยตนเองของสาธารณรัฐประชาธิปไตยคองโกนั้นสอดคล้องกับเป้าหมายสูงสุดของหลักการเสริมเขตอำนาจศาลภายในรัฐ” และนักวิชาการก็ได้พร้อมใจกันสนับสนุนในเรื่องดังกล่าวด้วย ยกตัวอย่างเช่น Claus Kress ได้กล่าวว่า “แนวความคิดของการเสนอสถานการณด้วยตนเอง

²⁹ *Ibid.* p.19, cited by William A. Schabas, *supra* note 1, p. 147.

³⁰ *Ibid.* p. 19, n.24, cited by William A. Schabas, *supra* note 1, p. 148.

หรือการละสิทธิของรัฐเป็นรากฐานที่มั่นคงที่ถูกละไว้ในกฎหมาย และสมควรยกย่องให้เป็นสาระสำคัญของนโยบายทางกฎหมาย”³¹ อย่างไรก็ตาม มีอีกฝ่ายแย้งว่า อันที่จริง ถ้าได้มีการให้สัตยาบันหรือเข้าเป็นภาคีกับธรรมนูญ แล้ว รัฐภาคีทุก ๆ รัฐต้องยอมรับอำนาจของอัยการในการที่จะเข้ามาทำการสืบสวนสอบสวนในดินแดนของตนอยู่แล้ว แต่อัยการก็ยังแย้งกลับและให้เหตุผลอีกว่า การเสนอสถานการณ์โดยตนเองนี้มีข้อได้เปรียบ คือ เป็นตัวบ่งชี้ให้อัยการเห็นว่ารัฐที่เกิดสถานการณ์นั้นมี “เจตจำนงทางการเมือง” (political will) ที่จะให้ความร่วมมือกับการสืบสวนสอบสวนเป็นอย่างดี³² แต่จะว่าไปแล้วพันธกรณีที่เกี่ยวข้องโดยตรงทั้งหมดได้บัญญัติไว้ในธรรมนูญ อยู่แล้ว และการให้สัตยาบันนั้นน่าจะพอชี้ให้เห็นถึง “เจตจำนงทางการเมือง” (political will) ในการให้ความร่วมมือ และอำนวยความสะดวกให้แก่งานของศาลฯ เหมือนกับที่ Paula Gaeta ได้ตั้งข้อสังเกตไว้ว่า “รัฐบาลก็ควรให้ความร่วมมือเป็นอย่างดี หากอาชญากรรมที่จะต้องสืบสวนสอบสวนดังกล่าวมีการตั้งข้อกล่าวหาว่ากระทำโดยฝ่ายตรงข้ามกับรัฐบาล แต่ในทางกลับกันรัฐบาลก็ควรจะไม่ได้ให้ความร่วมมือกับศาลฯ ในการสืบสวนสอบสวนอาชญากรรมที่มีการกล่าวหาว่ากระทำโดยตัวแทนของรัฐเอง”³³

กรณีอาจทำให้เห็นถึงจุดอ่อนที่สำคัญของ “การเสนอสถานการณ์ด้วยตนเอง” กล่าวคือ เป็นการสนับสนุนให้รัฐยอมจำนนต่อศาลอาญาระหว่างประเทศแทนที่จะสันนิษฐานไว้ก่อนว่าสถานการณ์ดังกล่าวอยู่ในความรับผิดชอบของตัวเอง ตามย่อหน้าที่ 6 ของอารัมภบทแห่งธรรมนูญ ที่ได้ประกาศว่า “เป็นหน้าที่ของรัฐทุกรัฐที่จะใช้เขตอำนาจในทางอาญาของตนเหนือบุคคลที่ต้องรับผิดชอบต่ออาชญากรรมระหว่างประเทศ” ในขณะที่ตัวอัยการเองก็มักจะอ้างหลัก

³¹ Claus Kress, “Self-Referrals and Waivers of Complementarity: Some Considerations in Law and Policy,” (2004) 2 *Journal of International Criminal Justice* 944 at 945, cited by William A. Schabas, *supra note 1*, p. 148.

³² See, e.g., Office of the Prosecutor, Annex to the “Paper on Some Policy Issues before the Office of the Prosecutor, Referrals and Communications”, undated (made public on 21 April 2004), cited by William A. Schabas, *supra note 1*, p. 149.

³³ Paula Gaeta, “Is the Practice of ‘Self-Referrals’ a Sound Start for the ICC?,” (2004) 2 *Journal of International Criminal Justice* 949 at 952, cited by William A. Schabas, *supra note 1*, p. 149.

ดังกล่าวในย่อหน้าที่ 6 อยู่เสมอพร้อม ๆ กับการกล่าวอ้างถึง “หลักการเสริมเขตอำนาจศาลภายในของรัฐ” (positive complementarity)

อย่างไรก็ดี ในเดือนกันยายน พ.ศ. 2549 (ค.ศ. 2006) อัยการได้กล่าวในการแถลง “ยุทธศาสตร์ในการฟ้องคดี” (The Prosecutorial Strategy) ว่า เมื่อคำนึงถึงหลักการเสริมเขตอำนาจของศาลภายในรัฐแล้ว สำนักงานอัยการจะเน้นให้รัฐต่าง ๆ มีความรับผิดชอบในเบื้องต้นที่จะป้องกันและลงโทษการกระทำความผิดร้ายแรงในเขตดินแดนของตนตามที่ธรรมนูญฯ ได้ระบุไว้เสียก่อน และเห็นควรจัดให้การแทรกแซงโดยสำนักงานอัยการเป็นข้อยกเว้น และให้เป็นเพียงตัวรองรับเมื่อรัฐล้มเหลวในการสืบสวนสอบสวนหรือฟ้องร้องดำเนินคดีไม่ว่ารัฐจะตั้งใจหรือไม่ก็ตาม กล่าวคือ รองรับสำหรับกรณีที่รัฐไม่สมัครใจหรือไม่สามารถอย่างแท้จริงที่จะฟ้องร้องดำเนินคดีนั่นเอง การที่ศาลฯ ได้ยืนอยู่บนพื้นฐานของหลักการเสริมเขตอำนาจศาลภายในรัฐนี้จะก่อให้เกิดการถ้อยทีถ้อยอาศัยกันและการส่งเสริมระบบยุติธรรมระหว่างประเทศ ที่จะทำให้เกิดความมั่นใจในหลักนิติธรรมระหว่างประเทศ ยิ่งไปกว่านั้น การที่สำนักงานอัยการได้ตระหนักถึงทฤษฎีหลักการเสริมเขตอำนาจศาลภายในรัฐนี้ได้ชี้ให้เห็นว่า หากเป็นไปได้สำนักงานอัยการก็จะส่งเสริมการดำเนินคดีอย่างแท้จริงโดยศาลภายในรัฐมากกว่า ทั้งนี้ สำนักงานอัยการยังคำนึงถึงเครือข่ายทั้งในระดับภายในประเทศและระหว่างประเทศ และสำนักงานอัยการยังเน้นการมีส่วนร่วมในการให้ความร่วมมือในทางระหว่างประเทศอีกด้วย³⁴

(ข) กรณีคณะมนตรีความมั่นคงแห่งสหประชาชาติเป็นผู้เสนอสถานการณ์

คณะมนตรีความมั่นคงเป็นหนึ่งในองค์กรหลักสำคัญขององค์การสหประชาชาติที่สะท้อนถึงเหตุผลด้านการเมือง ซึ่งประกอบไปด้วย ประเทศสมาชิก 15 ประเทศ โดยแบ่งเป็นสมาชิกถาวร (permanent members) 5 ประเทศ และสมาชิกไม่ถาวร (non-permanent members) อีก 10 ประเทศที่ได้รับคัดเลือกจากสมัชชาแห่งสหประชาชาติให้ปฏิบัติหน้าที่เป็นเวลา 2 ปี โดยในการคัดเลือกนี้จะคำนึงถึงบทบาทของเหล่าประเทศสมาชิกสหประชาชาติที่เกื้อหนุนต่อ

³⁴ “Report on Prosecutorial Strategy,” 14 September 2006 (emphasis in the original). cited by William A. Schabas, *supra* note 1, p. 150.

การรักษาสันติภาพและความมั่นคงระหว่างประเทศเป็นอันดับแรก นอกจากนั้น จะต้องคำนึงถึงการแบ่งสรรที่นึ่งอย่าง เป็นธรรมตามภูมิศาสตร์ด้วย³⁵

การเสนอสถานการณ์โดยวิธีนี้ เป็นการปฏิบัติหน้าที่ของคณะมนตรีความมั่นคงฯ ภายใต้หมวด 7 ของกฎบัตรสหประชาชาติ³⁶ (ข้อ 13 (b) ธรรมนูญกรุงโรมฯ) ซึ่งต้องเสนอสถานการณ์ให้ัยการของศาลฯ สืบสวนสอบสวนเสียก่อน เช่นเดียวกับกรณีที่รัฐภาคีเป็นผู้เสนอ แต่ไม่อยู่ภายใต้เงื่อนไขบังคับก่อนสำหรับการใช้เขตอำนาจศาลทั้งในเรื่องความเกี่ยวข้องในตัวบุคคลว่าผู้กระทำเป็นคนชาติของรัฐภาคีตามธรรมนูญฯ หรือกระทำในดินแดนของรัฐภาคีหรือได้รับความยินยอมจากรัฐที่ไม่เป็นภาคีหรือไม่³⁷ โดยหมวด 7 ดังกล่าวได้ให้อำนาจแก่คณะมนตรีความมั่นคงฯ อย่างกว้างขวางในการใช้มาตรการต่าง ๆ ทั้งการลงโทษทางเศรษฐกิจ คำบาตรทางการค้า การลงโทษแก่รัฐ หรือการใช้กำลังทางการทหาร

หมวด 7 แห่งกฎบัตรดังกล่าว ได้กำหนดอำนาจของคณะมนตรีความมั่นคงฯ ไว้ โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อให้กระบวนการที่ต้องดำเนินการและจัดการคุกคามต่อสันติภาพและความมั่นคงระหว่างประเทศดำเนินไปได้อย่างรวดเร็ว ซึ่งคณะมนตรีความมั่นคงฯ ได้เคยใช้อำนาจตามกฎบัตรนี้ในการจัดตั้งศาลระหว่างประเทศพิจารณาคดีอาชญากรรมสงครามในดินแดนประเทศยูโกสลาเวียเดิม เมื่อปี พ.ศ. 2536 (ค.ศ. 1993) และศาลระหว่างประเทศพิจารณาคดีอาชญากรรมสงครามในประเทศรวันดา ทวีปแอฟริกา เมื่อปี พ.ศ. 2537 (ค.ศ. 1994) มาแล้วในฐานะที่การกระทำเหล่านั้นนำมาซึ่งความเสี่ยงต่อการคุกคามต่อสันติภาพและความมั่นคงระหว่างประเทศ³⁸

³⁵ Article 23 Charter of the United Nations. และดู วันวิภา สุขสวัสดิ์, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่* 46, น. 15.

³⁶ ดูหมวด 7 เรื่อง การดำเนินการเกี่ยวกับการคุกคามต่อสันติภาพการละเมิดสันติภาพและการกระทำการรุกราน กฎบัตรสหประชาชาติ.

สำนักงานัยการสูงสุด, “กฎบัตรสหประชาชาติ,” สืบค้นเมื่อวันที่ 24 กุมภาพันธ์ 2553, จากฐานข้อมูล ห้องสมุดอิเล็กทรอนิกส์ สำนักงานัยการสูงสุด <http://www.e-library.ago.go.th/attorney/LAW1/LawHtml/001กฎบัตรสหประชาชาติ.htm>

³⁷ วันวิภา สุขสวัสดิ์, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่* 15, น. 236. และจะกล่าวรายละเอียดต่อไปในหัวข้อ 3.2.2 เงื่อนไขเบื้องต้นในการใช้เขตอำนาจศาล

³⁸ *เพ็ญอ้าง*, น. 234-235.

ปัญหาที่สำคัญของคณะมนตรีความมั่นคงฯ คือ การกำหนดมอบความรับผิดชอบ และอำนาจพิเศษแก่สมาชิกถาวร 5 ประเทศอันได้แก่ สหรัฐอเมริกา สหภาพโซเวียต อังกฤษ ฝรั่งเศส และจีน ซึ่งกำหนดให้มีสิทธิยับยั้ง (right of veto) ในการพิจารณาและรับรองข้อมติ (resolution) ของคณะมนตรีความมั่นคงฯ เนื่องจากในการประชุมเรื่องอื่นหรือเรื่องสารบัญญัติ (substantive matters) ตามมาตรา 27 วรรค 3 ได้กำหนดว่าข้อมติคณะมนตรีความมั่นคงนั้นต้องได้รับคะแนนเห็นชอบ 9 เสียง จาก 15 ประเทศ และต้องรวมถึงเสียงเอกฉันท์จากสมาชิกถาวรทั้ง 5 ประเทศด้วย เพราะเป็นการออกเสียงรับรองข้อมติ (resolution) ในเรื่องสารบัญญัติ (substantive matters) กล่าวคือ หากสมาชิกถาวรประเทศใดประเทศหนึ่งไม่เห็นด้วยกับข้อมติและได้ลงคะแนนเสียงคัดค้าน หรือที่เรียกว่าใช้สิทธิยับยั้ง (Veto) จะทำให้ข้อมตินั้นตกไป เป็นอันใช้ไม่ได้ทันที อย่างไรก็ตาม สมาชิกไม่ถาวรอาจใช้สิทธิยับยั้งด้วยการลงคะแนนคัดค้าน ในกรณีที่ข้อมตินั้นได้รับคะแนนเสียงเอกฉันท์จากสมาชิกถาวรทั้ง 5 ประเทศ ซึ่งหากเมื่อรวมกับคะแนนเสียงจากสมาชิกไม่ถาวรแล้วได้ไม่ครบ 9 เสียง มติดังกล่าวก็ตกไปเช่นกัน ซึ่งจะทำให้เป็นการยากที่คดีจะสามารถผ่านเป็นข้อมติให้เสนอสถานการณ์ต่อศาลอาญาระหว่างประเทศได้ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง หากเป็นกรณีที่เกี่ยวข้องกับสมาชิกถาวรอันจะทำให้ต้องได้รับผลกระทบด้วยแล้ว สมาชิกถาวรนั้นอาจใช้สิทธิยับยั้งซึ่งจะทำให้ศาลไม่สามารถใช้เขตอำนาจต่อกรณีดังกล่าวได้³⁹ กล่าวโดยสรุปคือ ในแง่ดีนั้น อาจเชื่อได้ว่าเป็นการกลั่นกรองขั้นต้นเพื่อลดจำนวนคดีขึ้นสู่ศาลฯ ได้ แต่ในขณะเดียวกันก็มีความเป็นไปได้สูงที่คดีที่ขึ้นสู่ศาลนั้นจะมีแรงจูงใจมาจากเหตุผลทางการเมือง และแน่นอนว่าบุคคลในรัฐสมาชิกถาวรทั้งหลายจะไม่ถูกดำเนินคดีในศาลฯ อันเนื่องมาจากช่องทางการใช้สิทธิยับยั้ง (veto) อันแสดงให้เห็นถึงการสงวนไว้ซึ่งอำนาจของประเทศมหาอำนาจที่ชนะสงครามโลกครั้งที่ 2

³⁹ มานพ เมฆประยูรทอง และกิตติศักดิ์ วรรณระภูติ, สหประชาชาติ: สันติภาพกับการพัฒนา, (กรุงเทพมหานคร: สมาคมสหประชาชาติแห่งประเทศไทย และสำนักงานแถลงข่าวสหประชาชาติ, 2538), น. 9, ไพฑูรย์ จรจวบโชค, “กฎบัตรสหประชาชาติกับปัญหาโครงสร้างและอำนาจหน้าที่ของคณะมนตรีความมั่นคงแห่งสหประชาชาติภายหลังยุคสงครามเย็น,” (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต ภาควิชานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2538), น. 71-72, รินทรธิยา เขียวรติกุล, “ผลกระทบของธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศต่อรัฐและคนชาติของรัฐที่ไม่เป็นภาคี: ศึกษากรณีประเทศไทย,” (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต ภาควิชานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2548), น. 33, วันวิภา สุขสวัสดิ์, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่* 15, น. 16.

ทั้งนี้ กฎบัตรให้อำนาจแก่คณะมนตรีความมั่นคงฯ อย่างมากในการใช้อำนาจอธิปไตยร่วมกัน โดยมีสิทธิในการใช้สิทธิยับยั้งในการออกเสียงรับข้อมติในเรื่องสำคัญ ๆ⁴⁰

ส่วนวิธีการเสนอสถานการณ์โดยคณะมนตรีความมั่นคงฯ นี้จะไม่เหมือนกับการที่รัฐภาคีเป็นผู้เสนอ เพราะไม่มีบทบัญญัติเกี่ยวกับการเสนอคดีของคณะมนตรีความมั่นคงฯ เป็นการเฉพาะไว้ อย่างไรก็ตาม ได้มีการทำข้อตกลงในเรื่องวิธีปฏิบัติระหว่างศาลอาญาระหว่างประเทศกับองค์การสหประชาชาติ (Negotiated Relationship Agreement Between the International Criminal Court and the United Nations) ไว้แล้ว⁴¹

(ค) กรณีอัยการประจำศาลอาญาระหว่างประเทศเป็นผู้เสนอคดี⁴²

กรณีอัยการเป็นผู้เสนอคดีตามข้อ 13 (c) เป็นกรณีที่อัยการประจำศาลอาญาระหว่างประเทศเป็นผู้เริ่มทำการสืบสวนสอบสวนสถานการณ์อาญาร้ายแรงเอง ซึ่งปรากฏอยู่ในข้อ 15 แห่งธรรมนูญฯ ความว่า

“ข้อ 15 อัยการ

1. อัยการอาจเริ่มการสืบสวนสอบสวนได้ด้วยตนเองบนพื้นฐานข้อมูลเกี่ยวกับอาชญากรรมภายในเขตอำนาจศาลฯ
2. อัยการต้องวิเคราะห์ความหนักแน่นของข้อมูลที่ได้รับ เพื่อความมุ่งประสงค์นี้ อัยการอาจแสวงหาข้อมูลเพิ่มเติมจากรัฐ องค์การของสหประชาชาติ องค์การระหว่างรัฐบาล หรือองค์กรที่มีใช้รัฐบาล หรือแหล่งข้อมูลที่น่าเชื่อถืออื่น ๆ ที่อัยการเห็นสมควร และอาจได้รับคำเบิกความเป็นลายลักษณ์อักษร หรือคำเบิกความด้วยวาจา ณ ที่ตั้งศาลฯ
3. ถ้าหากอัยการลงความเห็นว่ามีพื้นฐานที่สมเหตุสมผลที่จะดำเนินการสืบสวนสอบสวนต่อไปได้ อัยการต้องยื่นคำร้องเสนอต่อองค์คณะตุลาการพิจารณาเบื้องต้น⁴³ เพื่อขอ

⁴⁰ วันวิภา สุขสวัสดิ์, อ้างแล้ว *เชิงอรรถที่ 15*, น.17

⁴¹ William A. Schabas, *supra note 1*, pp. 151-153.

⁴² *Ibid.* pp. 159-166.

⁴³ กองแปล กรมสนธิสัญญาและกฎหมาย กระทรวงการต่างประเทศ, อ้างแล้ว *เชิงอรรถที่ 9*, น. 24.

อำนาจในการสืบสวนสอบสวนพร้อมกับเอกสารวัตถุ สิ่งของสนับสนุนที่รวบรวมได้ ผู้เสียหายอาจยื่นคำให้การต่อองค์คณะตุลาการพิจารณาเบื้องต้นได้ตามระเบียบว่าด้วยวิธีพิจารณาความและพยานหลักฐาน”

จะเห็นได้ว่าอัยการของศาลฯ สามารถใช้ดุลพินิจ และมีอำนาจในการตัดสินใจด้วยตนเองในการเริ่มต้นการสอบสวน (*proprio motu*) หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งคือ อัยการสามารถเริ่มสอบสวนได้โดยตนเองเป็นผู้เสนอคดี ซึ่งไม่ใช่ช่องทางที่รัฐภาคีหรือคณะมนตรีความมั่นคงฯ เป็นผู้เสนอมา นอกจากนี้ ยังมีอำนาจเริ่มต้นตรวจสอบเฝ้าดูสถานการณ์ของแต่ละประเทศเพื่อรวบรวมข้อมูลเพื่อประกอบการตัดสินใจว่าจะสอบสวนหรือไม่ และถ้าต่อมาได้รับอำนาจจากองค์คณะตุลาการพิจารณาเบื้องต้นให้เปิดการสอบสวนต่อไปได้แล้ว อัยการก็มีอำนาจแต่เพียงผู้เดียว และมีอิสระในการทำงานเพื่อรวบรวมพยานหลักฐานสำคัญ ๆ ต่อไป⁴⁴

การที่อัยการได้รับรู้ถึงอาชญากรรมที่เป็นไปได้ว่าเกิดขึ้นภายในเขตอำนาจของศาลฯ ตามข้อ 13 (c) ประกอบข้อ 15 และสามารถเริ่มคดีได้ด้วยตนเองนี้ เป็นช่องทางสำคัญในกรณีที่รัฐภาคีหรือคณะมนตรีความมั่นคงไม่เต็มใจที่จะเสนอสถานการณ์อันอาจเนื่องมาจากภาวะทางการเมืองที่ตึงเครียดหรือกรณีที่รัฐดำเนินคดีอย่างไม่จริงจัง อย่างไรก็ตาม อัยการต้องอยู่ภายใต้การตรวจสอบและถ่วงดุล (checks and balances) โดยองค์คณะตุลาการพิจารณาคดีเบื้องต้น (Pre-Trial Chamber) ด้วย⁴⁵

ในการประชุมของคณะกรรมการเตรียมการเพื่อจัดตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศ (The Preparatory Committee) เมื่อเดือนธันวาคม พ.ศ. 2540 (ค.ศ. 1997) Louise Arbour อดีตอัยการศาลระหว่างประเทศพิจารณาคดีอาชญากรรมสงครามในดินแดนประเทศยูโกสลาเวียเดิม ได้

ข้อ 39 วรรค 2 (b) (3) แห่งธรรมนูญฯ “ให้ผู้พิพากษาสามคนของกองพิจารณาเบื้องต้น หรือ ผู้พิพากษาคนเดียวของกองนั้นดำเนินการกิจขององค์คณะตุลาการพิจารณาเบื้องต้นตามธรรมนูญศาลฯ นี้ และระเบียบว่าด้วยวิธีพิจารณาความและพยานหลักฐาน”

⁴⁴Human Rights Watch, “The Selection of Situations and Cases for Trial before the International Criminal Court,” *A Human Rights Watch Policy Paper*. Retrieved March 5, 2010, from <http://www.hrw.org/background/ij/ij1006/2.htm>

⁴⁵ Philippe Kirsch, “The International Criminal Court,” 46 *McGill Law Journal* 255 (November 2000), p. 257. Retrieved April 10, 2010, from Westlaw, และ วรินทร์ธิยา เรือยริติกุล, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 39*, น. 35.

กล่าวสุนทรพจน์ถึงการทำหน้าที่ระหว่างอัยการที่ทำหน้าที่ในประเทศและอัยการที่ทำหน้าที่ในศาลระหว่างประเทศว่ามีความแตกต่างกันอยู่มากในเรื่องอำนาจดุลพินิจที่เป็นอิสระของอัยการ เพราะโดยทั่วไปแล้วหากอัยการที่ทำหน้าที่ภายในประเทศนั้นได้สันนิษฐานว่าอาชญากรรมหรือการกระทำความผิดใดมีลักษณะที่เกินกว่าคำว่า “เล็กน้อยไม่สำคัญ” (*de minimis*) แล้ว อัยการก็จะตัดสินใจทำการฟ้องร้องดำเนินคดีได้ทันที อย่างไรก็ตาม ไรท์ดี อาร์บอร์ มองว่าก่อนที่จะมีศาลระหว่างประเทศที่ใช้หลักการเสริมเขตอำนาจศาลภายในรัฐอย่างทุกวันนี้ อัยการมีดุลพินิจในการฟ้องร้องคดีที่กว้างมาก และเกณฑ์ในการใช้ดุลพินิจเกี่ยวกับการฟ้องร้องดังกล่าวก็ไม่มีทำให้คำจำกัดความตีกรอบไว้และมีลักษณะที่สลับซับซ้อนอยู่มากเช่นเดียวกัน⁴⁶

องค์กรพัฒนาเอกชน (NGO) และนานาชาติประเทศมักมองว่าร่างธรรมนูญกรุงโรมฯ ฉบับที่จัดทำโดยคณะกรรมการกฎหมายระหว่างประเทศ (International Law Commission) นั้นยังไม่สามารถตอบเจตจำนงของกลุ่มตนได้ในเรื่องการให้อัยการมีอำนาจอิสระที่จะฟ้องร้องคดีได้ด้วยตนเองในกรณีที่ไม่มี การเสนอสถานการณืทั้งจากรัฐภาคีและคณะมนตรีความมั่นคง⁴⁷ โดยองค์กรพัฒนาเอกชน (NGO) ให้เหตุผลว่าหากกำหนดให้การเสนอสถานการณืขึ้นอยู่กััรัฐภาคีหรือคณะมนตรีความมั่นคงฯ เท่านั้น อาจเป็นช่องทางไม่เพียงพอในการนำคดีขึ้นสู่ศาลอาญาระหว่างประเทศ ซึ่งในการประชุมของหนึ่งในกลุ่มประเทศกำลังพัฒนาหรือกลุ่มประเทศ like-minded ที่มักจะมีบทบาทในองค์การระหว่างประเทศอยู่เสมอ ก็เรียกร้องให้อัยการมีอำนาจอิสระหรือสามารถเริ่มการสืบสวนสอบสวนได้ด้วยตนเอง (*proprio motu*) ตามข้อเสนอของกลุ่มตน⁴⁸

⁴⁶ “Statement by Justice Louise Arbour to the Preparatory Committee on the Establishment of an International Criminal Court, December 8, 1997,” pp. 7-8. cited by William A. Schabas, *supra note 1*, p. 160.

⁴⁷ Leila Nadya Sadat and S. Richard Carden, “The New International Criminal Court: An Uneasy Revolution,” (2000) 88 *Georgetown Law Journal* 381 at 400-1. cited by William A. Schabas, *supra note 1*, p. 160.

⁴⁸ e.g., Amnesty International, “Challenges Ahead for the United Nations Preparatory Committee Drafting a Statute for a Permanent International Criminal Court,” AI Index: IOR 40/003/1996, 1 February 1996. cited by William A. Schabas, *supra note 1*, p. 160.

ในขณะที่องค์การสหประชาชาติกลับยืนยันว่าไม่เคยมีความคิดที่จะสนับสนุนอำนาจดังกล่าวของอัยการเลย

แม้การให้อำนาจแก่อัยการในการฟ้องร้องคดีจะเป็นเรื่องที่กระบวนการยุติธรรมภายในรัฐคุ้นเคยกันดีอยู่แล้ว แต่กลับมีการโต้แย้งถึงประเด็นนี้มากที่สุด โดยคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ (International Law Commission) ปฏิเสธที่จะบัญญัติอำนาจดังกล่าวเนื่องจากคณะกรรมการฯ มองว่าศาลอาญาระหว่างประเทศเปรียบเสมือนเป็น “องค์กรที่อำนวยความสะดวกให้กับรัฐภาคีเอง และให้กับคณะมนตรีความมั่นคงในบางกรณี”⁴⁹ โดยให้รัฐภาคีและคณะมนตรีความมั่นคงฯ มีอำนาจเสนอสถานการณ์ได้ แต่ในระหว่างที่ร่างธรรมนูญกรุงโรมฯ อยู่ นั้นกลุ่มประเทศ like-minded และองค์กรพัฒนาเอกชน (NGO) ได้ยกข้อเสนอดังกล่าวและเกิดการถกเถียงกัน จนกระทั่งเป็นเวลาที่ได้จังหวะพอดีที่แนวคิดดังกล่าวได้รับความสนใจและได้รับการผลักดันจาก Richard Goldstone และ Louise Arbour ขณะกำลังดำรงตำแหน่งอัยการของศาลเฉพาะกิจ⁵⁰

อย่างไรก็ดี ตัวรัฐมหาอำนาจมักไม่เห็นด้วยกับข้อเสนอให้อัยการมีอำนาจสืบสวนสอบสวนคดีได้ด้วยตนเอง และยังคงเกรงว่าผู้ร่างที่เป็นพันธมิตรกับพวกองค์กรพัฒนาเอกชน (NGO) จะมีทัศนคติไปในแนวทางเช่นนั้น โดยรัฐมหาอำนาจมักยกกรณีอำนาจของอัยการดังกล่าวเปรียบเทียบกับไม่ต่างอะไรกับการที่นักวิทยาศาสตร์นิวเคลียร์เมื่อเสียชีวิตก็อาจเป็นคนก่อสงครามนิวเคลียร์ได้ด้วยน้ำมือของตนเอง ซึ่งสหรัฐอเมริกาได้ประกาศกลางที่ประชุมกรุงโรมว่า “อัยการนั้นไม่เพียงแต่จะต้องดำเนินการตามคำสั่งศาลฯ และต้องปฏิบัติตามหลักความเป็นอิสระพร้อมกับดำเนินงานฟ้องให้มีประสิทธิภาพแล้ว ยากยิ่งไปกว่านั้นคือ อัยการยังต้องดำเนินการสืบสวนสอบสวนให้เที่ยงธรรมอีกด้วย”⁵¹ James Rubin ผู้ซึ่งดำรงตำแหน่งโฆษกกระทรวงการต่างประเทศ

⁴⁹ Report of the International Law Commission on the Work of Its Forty-Sixth Session, 2 May-22 July 1994, UN Doc. A/49/10, pp.89-90. cited by William A. Schabas, *supra note 1*, p. 160.

⁵⁰ Silvia A. Fernández de Gurmendi, “The Role of the International Prosecutor,” in Roy Lee, ed., The International Criminal Court: The making of the Rome Statute: Issues, Negotiations, Results, The Hague: Kluwer Law International, 1999, pp.175-88, cited by William A. Schabas, *supra note 1*, p.160.

⁵¹ “The Concerns of the United States Regarding the Proposal for a Proprio

ของสหรัฐฯ ในขณะนั้นเตือนว่า “หากให้อำนาจแก่อัยการมีอำนาจสืบสวนสอบสวนด้วยตนเองแล้ว เมื่อคณะมนตรีความมั่นคงหรือรัฐใด ๆ ไม่เสนอสถานการณ์แต่อัยการกลับมีอำนาจเสนอได้ เห็นได้ชัดว่ากรณีดังกล่าวปราศจากหลักการพื้นฐานสำคัญในเรื่องความยินยอมในทางระหว่างประเทศ”⁵² ซึ่งตัวแทนจากจีน⁵³ และอิสราเอล⁵⁴ ก็ได้วิพากษ์วิจารณ์ไปในแนวทางเดียวกัน

ดังนั้น ข้อ 15 แห่งธรรมนูญกรุงโรมฯ จึงต้องบัญญัติให้องค์คณะตุลาการเบื้องต้น (Pre-Trial Chamber) ตรวจสอบอำนาจอิสระของอัยการในการเริ่มต้นการสืบสวนสอบสวนด้วยตนเอง (*proprio motu*) อีกชั้นหนึ่ง เพื่อให้ฝ่ายตรงข้ามที่ไม่เห็นด้วยกับการให้อำนาจแก่อัยการพึงพอใจ⁵⁵ โดยคณะกรรมการกฎหมายระหว่างประเทศ (International Law Commission) เสริมประเด็นว่าเรื่องอำนาจของอัยการนี้ก็ต้องตกอยู่ภายใต้หลักการเสริมเขตอำนาจศาลภายในรัฐ (Principle of Complementarity) ด้วย กล่าวคือ การที่ศาลอาญาระหว่างประเทศไม่สามารถรับคดีไว้พิจารณาได้หากในขณะนั้นได้มีการสืบสวนสอบสวนหรือฟ้องร้องคดีอยู่ในศาลภายในของรัฐนั้น ๆ ทำให้ตัวอัยการก็ไม่สามารถเริ่มต้นการสืบสวนสอบสวนคดีเองได้เช่นกัน แต่ถึงกระนั้นก็ตามสหรัฐฯ ก็ยังไม่เห็นด้วยอยู่ที่ที่กำหนดให้อัยการมีอำนาจดังกล่าวตามข้อ 15 ที่บัญญัติไว้ในปัจจุบัน

1) กรณีผู้เสียหาย องค์การพัฒนาเอกชน (NGO) หรือกลุ่มบุคคลต่าง ๆ เป็นผู้แจ้งสถานการณ์ให้อัยการทราบ⁵⁶

ข้อ 15 วรรค 1 แห่งธรรมนูญกรุงโรมฯ ระบุว่าอัยการจะเริ่มการสืบสวนสอบสวนด้วยตนเองได้ (*proprio motu*) ก็ด้วยอาศัย “พื้นฐานข้อมูล” เกี่ยวกับอาชญากรรมที่อยู่ภายในเขต

Motu Prosecutor,” 22 June 1998, p.1, cited by William A. Schabas, *supra note 1*, p. 161.

⁵² James P. Rubin, “US Position on Self-Initiating Prosecutor at the Rome Conference on Establishment of an International Criminal Court,” 23 June 1998, cited by William A. Schabas, *supra note 1*, p. 161.

⁵³ “Permanent International Criminal Court Established,” (1998) 35: 2 UN Chronicle Online Edition, cited by William A. Schabas, *supra note 1*, p. 161.

⁵⁴ Views on International Criminal Court Put Forward in Sixth Committee,” Press Release GA/L/2879, 2 November 1999, cited by William A. Schabas, *supra note 1*, p. 161.

⁵⁵ Silvia A. Fernandez de Gurmendi, *supra note 82*, pp. 175-88 at p. 181, cited by William A. Schabas, *supra note 1*, p.161.

⁵⁶ William A. Schabas, *supra note 1*, pp.163-166.

อำนาจของศาลฯ โดยข้อมูลดังกล่าวอาจมาจากที่ใดก็ได้ และเมื่อวิเคราะห์ความหนักแน่นของ ข้อมูลที่ได้รับแล้ว ธรรมนูญฯ ได้ให้อำนาจอัยการแสวงหา “ข้อมูล” เพิ่มเติมจากรัฐ (ซึ่งอาจเป็นรัฐ ภาควิชาหรือไม่ก็ได้) หรือจากองค์กรของสหประชาชาติ องค์กรระหว่างรัฐบาลหรือองค์กรที่มีใช้ รัฐบาล และแหล่งข้อมูลที่น่าเชื่อถืออื่น ๆ ที่อัยการเห็นสมควรก็อาจเป็นได้

ในช่วงสามปีแรกนับแต่จัดตั้งศาลเป็นผลสำเร็จ สำนักงานอัยการได้รายงานว่ามี การได้รับข้อมูลมากถึง 2,000 ชิ้น ซึ่งเป็นข้อมูลจากบุคคลธรรมดาทั่วไปหรือกลุ่มบุคคลที่มาจากกว่า 100 ประเทศ โดยประมาณร้อยละ 63 ของข้อมูลมาจาก 3 ประเทศเป็นหลัก ได้แก่ สหรัฐอเมริกา, เยอรมนี และฝรั่งเศส ซึ่งกล่าวอ้างถึงอาชญากรรมที่เกาะเกี่ยวกับ 153 ประเทศทั่วโลก แต่หลังจาก ที่ได้มีการตรวจสอบแล้วพบว่าประมาณร้อยละ 80 ของข้อมูลสถานการณ์ทั้งหมดที่ได้รับนั้นไม่อยู่ในเขตอำนาจที่ศาลอาญาระหว่างประเทศจะรับผิดชอบพิจารณาได้

ทั้งนี้ จากข้อมูลทั้งหมด อัยการได้ดำเนินการติดตามผลใน 10 สถานการณ์ต้องสงสัย จนในที่สุดได้ความว่ามี 3 สถานการณ์ที่เสนอโดยรัฐภาคีหรือคณะมนตรีความมั่นคงไปแล้ว ดังนี้คือ สถานการณ์ในประเทศอูกันดา สาธารณรัฐประชาธิปไตยคองโกและประเทศซูดาน นอกจากนี้ก็มี 2 สถานการณ์ที่อัยการรายงานว่าไม่สมควรดำเนินการติดตามต่อ ส่วน 5 สถานการณ์ที่เหลือก็ได้รับการตรวจสอบต่อไปแม้ว่าจะไม่มีการเปิดเผยอย่างเป็นทางการต่อ สาธารณชน⁵⁷ ซึ่ง 1 ใน 5 นั้นก็คือ สถานการณ์ในสาธารณรัฐแอฟริกากลาง (CAR) ซึ่งสุดท้ายก็มีการยื่นฟ้องต่อศาลฯ นอกจากนี้ สถานการณ์ในประเทศไอวอรีโคสต์ (Côte d'Ivoire) ที่มีได้เป็น ภาควิชาของธรรมนูญฯ แต่ยอมรับการใช้อำนาจของศาลฯ ในส่วนที่เกี่ยวกับอาชญากรรมร้ายแรงที่ เกิดขึ้น โดยประเทศไอวอรีโคสต์ (Côte d'Ivoire) ส่งมอบคำประกาศให้แก่นายทะเบียนศาลฯ ตาม ข้อ 12 วรรค 3 กรณีคงเหลืออีก 3 สถานการณ์ที่ต้องจับตามดูต่อไปซึ่งมีแนวโน้มว่าอาจเป็น สถานการณ์ที่โคลัมเบียกับที่อัฟกานิสถาน

นอกจากนี้ อัยการเคยมีคำชี้แจงซึ่งกล่าวถึงเรื่อง “ข้อมูลเกี่ยวกับอาชญากรรม” ที่ ได้รับตามข้อ 15 ไว้ด้วย กล่าวคือ หากมีการยื่นสถานการณ์ให้อัยการรับรู้อาจนำไปสู่การใช้ อำนาจเริ่มต้นการสืบสวนสอบสวนด้วยตนเอง (*proprio motu*) ได้นั้น สำนักงานอัยการมีความเห็น ว่าสถานการณ์ในอำเภอ Ituri สาธารณรัฐประชาธิปไตยคองโกเป็นสถานการณ์ด่วนที่สุดที่ต้อง

⁵⁷ Office of the Prosecutor, Report on the Activities Performed During the First Three Years (June 2003-June 2006), 12 September 2006, p. 9, cited by William A. Schabas, *supra note 1*, p. 163.

ติดตาม ทั้งนี้ มีการได้รับข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับสถานการณ์ดังกล่าวมาทั้งหมด 6 รายการ ซึ่ง 2 ใน 6 เป็น รายงานจากองค์กรพัฒนาเอกชน (NGO)⁵⁸ นอกจากนี้ เมื่อเดือนกรกฎาคม พ.ศ. 2546 (ค.ศ. 2003) อัยการได้พูดถึงข้อมูลเกี่ยวกับสถานการณ์ในดินแดนรัฐที่มีไซภาคี ได้แก่ อีริก อีสราเอล และไอวอรีโคสต์ (Côte d'Ivoire) แต่ก็ไม่ได้อยู่ในรายละเอียด ต่างกับสถานการณ์ใน Ituri ที่อัยการ ได้รายงานต่อที่ประชุมสมัชชารัฐภาคีแห่งธรรมนูญศาลฯ ในเดือนกันยายน พ.ศ. 2546 (ค.ศ. 2003) ทั้งระบุว่าเหตุการณ์ใน Ituri เป็นสถานการณ์ที่ต้องจับตามองในขณะนั้น⁵⁹ และแม้ว่าอัยการ ได้มีความตั้งใจที่จะขอใช้อำนาจสืบสวนสถานการณ์ที่เกิดขึ้นในอำเภอ Ituri แถบภาคตะวันออก ของคองโก แต่สุดท้ายคองโกในฐานะรัฐภาคีก็ได้ยื่นสถานการณ์ด้วยตนเองตามข้อ 14 กรณียุติ ดังกล่าว Giovanni Conso นักกฎหมายชาวอิตาลี⁶⁰ ได้วิจารณ์ถึงประเด็นดังกล่าวว่าการที่ อัยการเกิดความลังเลที่จะเริ่มใช้อำนาจ (*proprio motu*) นี้ กรณียุติตกเป็นเป้าให้สหรัฐฯ โจมตีได้ เนื่องจากสหรัฐฯ อยู่ในฝ่ายคัดค้านการบัญญัติอำนาจดังกล่าวมาตั้งแต่แรก แต่อัยการกล่าวว่าตน ได้พิจารณาและให้เหตุผลไว้ชัดเจนดีแล้วในการตัดสินใจที่จะไม่ดำเนินการพิจารณาใช้อำนาจใน สถานการณ์ดังกล่าว

อย่างไรก็ดี เมื่อวันที่ 31 มีนาคม 2553 อัยการประจำศาลอาญาระหว่างประเทศ ได้รับอนุญาตให้ใช้อำนาจ *proprio motu* เป็นครั้งแรกกับสถานการณ์อาชญากรรมต่อมนุษยชาติ (Crimes against humanity) ใน Kenya โดยสถานการณ์ที่ Kenya นี้ นับเป็นสถานการณ์ที่ 5 ของ ศาลฯ ที่ได้รับการสอบสวนนับแต่ศาลฯ เปิดทำการมา ความเป็นมาของสถานการณ์ความไม่สงบ ดังกล่าวเกิดขึ้นใน Kenya ช่วงหลังการเลือกตั้งประธานาธิบดีในปลายปี ค.ศ. 2007 (พ.ศ. 2550) ถึงต้นปี ค.ศ. 2008 (พ.ศ. 2551) แล้วหลังจากนั้น The Waki Commission คณะกรรมการ

⁵⁸ Communications Received by the Office of the Prosecutor of the ICC, Press Release No. pids.009.2003-EN, 16 July 2003, cited by William A. Schabas, *supra note 1*, p. 166.

⁵⁹ Second Assembly of States Parties to the Rome Statute of the International Criminal Court Report of the Prosecutor of the ICC, Mr Luis Moreno-Ocampo, 8 September 2003, cited by William A. Schabas, *supra note 1*, p. 166.

⁶⁰ Giovanni Conso, "The Basic Reasons for US Hostility to the ICC in Light of the Negotiating History of the Rome Statute," (2005) 3 Journal of International Criminal Justice 314 at 321-2, cited by William A. Schabas, *supra note 1*, p.165.

ผู้รับผิดชอบรวบรวมข้อมูลซึ่งก่อตั้งโดยรัฐบาลของ Kenya เองก็ได้แจ้งรายละเอียดต่าง ๆ มายังสำนักงานอัยการประจำศาลอาญาระหว่างประเทศ เมื่อวันที่ 16 กรกฎาคม ค.ศ. 2009 (พ.ศ. 2552) ต่อมา Luis Moreno-Ocampo หัวหน้าสำนักงานอัยการก็ได้ยื่นคำร้องขอเปิดการสอบสวนต่อองค์คณะตุลาการพิจารณาเบื้องต้น คณะที่ 2 (Pre-Trial Chamber II) และกระบวนการก็ได้ดำเนินมาอย่างต่อเนื่องจนกระทั่งองค์คณะตุลาการพิจารณาเบื้องต้นคณะดังกล่าวได้อนุญาตให้อัยการทำการสอบสวนได้ ด้วยเห็นว่ากรณีมีมูลเหตุเพียงพอและสถานการณ์ดังกล่าวอยู่ภายใต้เขตอำนาจศาลฯ และแม้ว่าประเทศ Kenya จะเป็นภาคีสมาชิกของธรรมนูญกรุงโรมฯ ก็ตาม แต่ Kenya ก็มีได้นำสถานการณ์ดังกล่าวเข้าสู่กระบวนการยุติธรรมภายในของรัฐ ดังนี้ จึงสอดคล้องกับหลัก Complementarity ที่อัยการประจำศาลอาญาระหว่างประเทศจะดำเนินการสอบสวนต่อไปได้⁶¹

อนึ่ง อัยการได้เคยเขียนรายงานเกี่ยวกับอำนาจในการเริ่มต้นสืบสวนสอบสวนคดีด้วยตนเอง (*proprio motu*) ไว้ในรายงานนโยบายฉบับปี 2003 (พ.ศ. 2545) ว่า อำนาจของอัยการในการเริ่มต้นสืบสวนสอบสวนที่ได้มาจากองค์คณะพิจารณาคดีเบื้องต้นนั้นเป็นกลไกที่มีความสำคัญในธรรมนูญฯ โดยกระบวนการนี้ให้อำนาจทางกฎหมายแก่อัยการที่จะดำเนินการสืบสวนสอบสวนอย่างเที่ยงธรรมให้สำเร็จลุล่วง แม้ว่าจะเป็นกรณีที่รัฐภาคีเสนอสถานการณ์รุนแรงเข้ามาแต่ประเด็นดังกล่าวได้ตกไปก็ตาม ซึ่งโดยรวมแล้วอัยการมีความตั้งใจที่จะใช้อำนาจดังกล่าวด้วยความรับผิดชอบและมีความแน่วแน่เพื่อแสดงให้เห็นว่าอัยการได้ปฏิบัติตามธรรมนูญกรุงโรมฯ อย่างเคร่งครัด⁶²

2) กรณีอัยการเป็นผู้ทราบสถานการณ์เอง

การที่อัยการริเริ่มการสืบสวนสอบสวนด้วยตนเอง (*proprio motu*) อาจเกิดมาจากกรณีที่อัยการรับทราบข้อมูลด้วยตนเองก็ได้ โดยอาจเป็นกรณีที่อัยการติดตามข่าวสารระหว่างประเทศจนได้ความที่กำลังเกิดเหตุการณ์ที่เกี่ยวข้องกับการกระทำความผิดอาญาร้ายแรงขึ้นในดินแดนของรัฐภาคีใดรัฐภาคีหนึ่ง หรือเป็นกรณีที่กระทำโดยปัจเจกบุคคลที่มีสัญชาติของรัฐภาคี

⁶¹ Coalition for the International Criminal Court, Cases & Situations > Kenya, Retrieved May 6, 2010, from <http://www.coalitionfortheicc.org/?mod=kenya>

⁶² Annex to the “Paper on Some Policy Issues before the Office of the Prosecutor”: Referrals and Communications,” September 2003, cited by William A. Schabas, *supra note 1*, p. 165.

หรือสุดท้ายแล้วรัฐเจ้าของดินแดนหรือเจ้าของสัญชาติไม่ได้เป็นภาคีแต่กลับทำคำประกาศยอมรับเขตอำนาจศาลฯ ก็ย่อมได้ ตามข้อ 13 (c) ประกอบข้อ 12 วรรค 2 แห่งธรรมนูญกรุงโรมฯ (โปรดดูรายละเอียดในหัวข้อ 3.2.2 เงื่อนไขเบื้องต้นในการใช้เขตอำนาจศาล) และเมื่ออัยการได้เห็นหรือรับทราบข้อมูลดังกล่าวและเริ่มทำการสืบสวนสอบสวนด้วยตนเองในเบื้องต้นแล้ว กรณีเป็นที่พอใจได้ว่าข้อมูลที่ได้รับเพิ่มเติมจากองค์กรอื่น ๆ นั้นหนักแน่นพอ จนกระทั่งอัยการมีคำวินิจฉัยว่ามีพื้นฐานสมเหตุสมผลที่จะดำเนินคดีต่อไป อัยการก็ต้องยื่นคำร้องขออำนาจเปิดการสืบสวนสอบสวนจากองค์คณะตุลาการพิจารณาเบื้องต้น (Pre-Trial Chamber) ต่อไป ดังจะกล่าวในหัวข้อ 3.3.1

3.2.2 เงื่อนไขเบื้องต้นในการใช้เขตอำนาจศาล

เงื่อนไขเบื้องต้นในการใช้อำนาจพิจารณาคดีของศาลฯ ปรากฏอยู่ในข้อ 12 แห่งธรรมนูญฯ ความว่า

“ข้อ 12 เงื่อนไขเบื้องต้นในการใช้เขตอำนาจศาล

1. โดยผลการเข้าเป็นภาคีธรรมนูญศาลฯ นี้ รัฐที่เข้าเป็นภาคียอมรับเขตอำนาจศาลในอาชญากรรมที่อ้างถึงในข้อ 5⁶³

2. ในกรณีของข้อ 13 วรรค (a) หรือ (c) ศาลฯ อาจใช้เขตอำนาจของตน หากรัฐดังต่อไปนี้รัฐหนึ่งหรือมากกว่าเป็นภาคีของธรรมนูญศาลฯ นี้ หรือยอมรับเขตอำนาจของศาลตามวรรค 3

(a) รัฐเจ้าของดินแดนซึ่งการกระทำที่เป็นปัญหาได้เกิดขึ้นในดินแดน หรือรัฐที่จดทะเบียนเรือหรืออากาศยาน หากอาชญากรรมได้กระทำขึ้นบนเรือ หรืออากาศยานดังกล่าว

(b) รัฐซึ่งบุคคลที่ถูกกล่าวหาว่าประกอบอาชญากรรมถือสัญชาติ

3. หากการยอมรับอำนาจของศาลฯ โดยรัฐซึ่งมิได้เป็นภาคีของธรรมนูญศาลฯ นี้ มีความจำเป็นตามวรรค 2 รัฐนั้นอาจยอมรับการใช้อำนาจของศาลฯ ในส่วนที่เกี่ยวกับอาชญากรรมที่เป็นปัญหาโดยส่งมอบคำประกาศให้แก่นายทะเบียน รัฐที่ยอมรับเขตอำนาจศาลต้องร่วมมือกับศาลฯ โดยไม่ชักช้า หรือไม่มีข้อยกเว้นใด ตามภาค 9”

⁶³ ข้อ 5 แห่งธรรมนูญฯ กำหนดให้ศาลฯ มีเขตอำนาจจำกัดเพียงอาชญากรรมที่ร้ายแรงที่สุดซึ่งอยู่ในความห่วงใยของประชาคมระหว่างประเทศโดยรวม 4 ประเภทเท่านั้น อันได้แก่ อาชญากรรมฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ อาชญากรรมต่อมนุษยชาติ อาชญากรรมสงคราม อาชญากรรมรุกราน

(ก) การเสนอคดีของรัฐภาคีและอัยการ

เงื่อนไขเบื้องต้นในการใช้เขตอำนาจศาลฯ ในการรับคดีไว้พิจารณานี้ จะนำมาใช้บังคับเฉพาะกรณีของรัฐภาคีและอัยการของศาลฯ เป็นผู้เสนอคดีหรือสถานการณ์อื่นเกี่ยวกับอาชญากรรมร้ายแรงที่อยู่ในเขตอำนาจศาลเท่านั้น โดยจะไม่มีผลบังคับใช้กับกรณีที่คณะมนตรีความมั่นคงเป็นผู้เสนอคดีแต่อย่างใด เนื่องจากเมื่อพิจารณาจากข้อ 12 แล้ว จะพบว่าถ้ารัฐภาคีหรืออัยการเป็นผู้เสนอคดีต่อศาลจะต้องมีเงื่อนไขเพิ่มเติมต่อมาก็คือว่า ในสถานการณ์นั้น ๆ ต้องปรากฏข้อเท็จจริงว่า 1) รัฐเจ้าของดินแดนที่การกระทำความผิดอาญาร้ายแรงนั้นได้กระทำลง หรือรัฐที่จดทะเบียนเรือ หรืออากาศยาน ซึ่งการทำความผิดดังกล่าวได้กระทำลงบนเรือหรืออากาศยานนั้น ๆ หรือ 2) รัฐที่ผู้ที่ถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิดได้ถือสัญชาติ ต้องเป็นรัฐที่เป็นรัฐภาคีของธรรมนูญฯ อยู่ก่อนแล้ว หรืออาจเป็นรัฐที่ไม่ได้เป็นภาคีแต่ยอมรับเขตอำนาจศาลฯ ก็ได้

ตัวอย่างเช่น มีการกระทำความผิดฐานฆ่าล้างเผ่าพันธุ์เกิดขึ้นในรัฐ A โดยผู้กระทำความผิดได้ถือสัญชาติของรัฐ B ถ้ารัฐภาคีหรืออัยการต้องการเสนอคดีขึ้นสู่ศาลฯ เงื่อนไขบังคับก่อนที่จะมีผลว่าศาลมีเขตอำนาจเหนือสถานการณ์หรือคดีนั้นก็คือ ต้องตรวจสอบว่ารัฐเจ้าของดินแดนซึ่งก็คือ รัฐ A กับรัฐเจ้าของสัญชาติของผู้กระทำความผิดซึ่งก็คือ รัฐ B นั้นได้ให้สัตยาบันแก่ธรรมนูญฯ หรือยัง กล่าวคือ เป็นภาคีสมาชิกแห่งธรรมนูญฯ หรือไม่ ถ้ากรณีไม่ได้เป็นรัฐภาคีศาลก็ไม่สามารถรับคดีความผิดฐานฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ดังกล่าวไว้พิจารณาได้ เว้นแต่ว่ารัฐ A หรือรัฐ B รัฐใดรัฐหนึ่งได้ยอมรับเขตอำนาจศาลฯ โดยส่งมอบคำประกาศให้แก่นายทะเบียน

(ข) การเสนอคดีของคณะมนตรีความมั่นคงแห่งสหประชาชาติ

ส่วนการอ้างสถานการณ์โดยคณะมนตรีความมั่นคงฯ ที่จะนำเสนอคดีต่อศาลฯ ไม่จำเป็นต้องได้รับความยินยอมของรัฐ ทั้งรัฐสัญชาติผู้ถูกกล่าวหาและรัฐดินแดนที่มีการกระทำอาชญากรรมเกิดขึ้น ถ้าเป็นไปตามตัวอย่างก็คือ ไม่จำเป็นต้องได้รับความยินยอมทั้งจากรัฐ A และรัฐ B ทำให้กรณีนี้เป็นความแตกต่างที่สำคัญที่สุดระหว่างการอ้างสถานการณ์โดยคณะมนตรีความมั่นคงกับวิธีอื่น ๆ โดยอัยการไม่ต้องแจ้งข้อมูลแก่รัฐที่มีเขตอำนาจตามข้อ 18 เพื่อจะให้โอกาสรัฐนั้น ๆ ร้องขอให้ยึดระยะเวลาการดำเนินการสืบสวน สอบสวนของอัยการ เนื่องจากข้อ 18 กำหนดไว้ว่า กรณีที่คดีจะขึ้นสู่ศาลจากการเสนอของรัฐภาคี หากอัยการจะเริ่มสืบสวนสอบสวนแล้ว จะต้องแจ้งแก่ทุกรัฐที่เกี่ยวข้องอันเป็นเรื่องเกี่ยวกับหลักการเสริมเขตอำนาจ (complementarity)⁶⁴

⁶⁴ วินทริธยา เตียรธิติกุล, อ้างแล้ว เิงอรรถที่ 39, น. 31-32.

กรณีนี้ที่คณะมนตรีความมั่นคงฯ เสนอเหตุการณ์สู่ศาล โดยไม่จำเป็นต้องได้รับความยินยอมของรัฐนี้ เพราะทุกรัฐถูกผูกมัดภายใต้กฎบัตรสหประชาชาติที่จะต้องให้ความร่วมมือในการรักษาและดำรงไว้ซึ่งสันติภาพตามวัตถุประสงค์แห่งกฎบัตรสหประชาชาติอยู่แล้ว⁶⁵ โดยคณะมนตรีความมั่นคงฯ จะสามารถเสนอเหตุการณ์สู่ศาลได้เฉพาะสถานการณ์ที่มีลักษณะของการกระทำทางอาญาที่ต้องสงสัยนั้นถึงขนาดที่ต้องการให้มีการแทรกแซงของประชาคมระหว่างประเทศ เพราะคณะมนตรีความมั่นคงฯ เป็นองค์กระหว่างประเทศที่รับผิดชอบโดยตรงต่อการดำรงไว้ซึ่งสันติภาพและความมั่นคงระหว่างประเทศ การที่คณะมนตรีความมั่นคงฯ สามารถเสนอเหตุการณ์ไปยังศาลได้นั้นจึงเป็นการสร้างเขตอำนาจและความน่าเชื่อถือของศาล ซึ่งคณะมนตรีความมั่นคงฯ จะสามารถเพิ่มแรงกดดันที่จะทำให้รัฐให้ความร่วมมือกับศาล และสามารถเข้ามาเสริมในกรณีที่รัฐไม่เต็มใจเสนอเหตุการณ์ต่อศาล โดยมีความมุ่งหวังว่าคณะมนตรีความมั่นคงฯ จะมีส่วนสำคัญในการปราบปรามอาชญากรรมระหว่างประเทศได้อย่างชัดเจนและมีประสิทธิภาพ โดยการนำผู้กระทำผิดไปสู่กระบวนการยุติธรรมได้อย่างเต็มที่ อีกทั้งไม่ทำให้อาชญากรรมระหว่างประเทศหลุดรอดจากการดำเนินคดี เพราะรัฐไม่สมัครใจหรือไม่มีความสามารถในการดำเนินคดีในเขตอำนาจศาลภายในประเทศ⁶⁶

อย่างไรก็ดี มีกระแสโต้แย้งอย่างมากถึงการให้อำนาจคณะมนตรีความมั่นคงฯ ในการเสนอเหตุการณ์ต่อศาลดังกล่าวว่าในการให้อำนาจคณะมนตรีความมั่นคงฯ ในการฟ้องมากเกินไป อันจะทำให้ศาลฯ มีเขตอำนาจสากลเหนือรัฐที่ไม่เป็นภาคีด้วย ซึ่งขัดกับหลักกฎหมายระหว่างประเทศที่ว่าสนธิสัญญาย่อมผูกพันต่อรัฐภาคีเท่านั้น⁶⁷

ในขณะที่การให้อำนาจแก่คณะมนตรีความมั่นคงฯ นี้เป็นหนทางในการที่จะอุดช่องว่างในกรณีที่คนชาติรัฐที่ไม่เป็นภาคีกระทำผิดในดินแดนของรัฐที่ไม่เป็นภาคี นอกจากนี้ยังสามารถกดดันให้รัฐต่าง ๆ ให้ความร่วมมือกับศาลฯ ได้ เนื่องจากรัฐที่ไม่เป็นสมาชิกองค์การ

⁶⁵ Philippe Kirsch, *supra note 45*, pp. 227-258, และ รินทริธียา เขียวริทธิกุล, *เพิ่งอ้าง*, น. 32.

⁶⁶ วันวิภา สุขสวัสดิ์, *อ้างแล้ว เข็จรรถที่ 15*, น. 193-195, น. 237. และ ประเด็นในเรื่องรัฐไม่สมัครใจหรือไม่มีความสามารถในการดำเนินคดีในเขตอำนาจศาลภายในประเทศ จะกล่าวต่อไปในบทที่ 4 หัวข้อที่ 4.3.1

⁶⁷ รินทริธียา เขียวริทธิกุล, *อ้างแล้ว เข็จรรถที่ 39*, น. 33.

สหประชาชาติก็ยังคงมีพันธกรณีตามข้อ 2(6) แห่งกฎบัตรสหประชาชาติ⁶⁸ ในการทำงานที่ต้องปฏิบัติตามหลักการขององค์การสหประชาชาติเพื่อธำรงไว้ซึ่งสันติภาพและความมั่นคงระหว่างประเทศ ส่วนปัญหาที่ว่า การผ่านข้อมติของคณะมนตรีความมั่นคงฯ ที่จะเสนอคดีต่อศาลฯ นั้นได้รับการพิสูจน์แล้วจากข้อมติคณะมนตรีความมั่นคงฯ ที่ 1593 ที่ออกเมื่อวันที่ 21 มีนาคม พ.ศ.2548 ให้มีการอ้างสถานการณ์ในเมื่อดาฟูร์ (Darfur) ประเทศซูดาน ตั้งแต่วันที่ 1 กรกฎาคม พ.ศ.2545 ต่ออัยการศาลฯ โดยในข้อมติได้เรียกร้องให้รัฐบาลซูดาน และรัฐอื่นที่เกี่ยวข้องกับความขัดแย้งในดาฟูร์ (Darfur) ต้องให้ความช่วยเหลือที่จำเป็นต่อศาลและการดำเนินการของอัยการตามข้อมตินี้ ส่วนรัฐที่ไม่เป็นภาคีนั้นไม่มีพันธกรณีตามธรรมนูญฯ แต่ก็เรียกร้องให้ทุกรัฐและภูมิภาค และองค์การระหว่างประเทศให้ความร่วมมืออย่างเต็มที่ด้วย⁶⁹

3.3 อำนาจสืบสวนสอบสวน และฟ้องร้องดำเนินคดีของอัยการศาลอาญาระหว่างประเทศ

อัยการของศาลฯ อาจเริ่มการสืบสวนสอบสวนได้ 3 กรณี⁷⁰

1) กรณีเริ่มการสืบสวนสอบสวนได้ด้วยตัวเองโดยอาจรับรู้ข้อมูลจากผู้เสียหายหรือองค์กรพัฒนาเอกชน (NGO) หรือรับรู้ด้วยตัวเอง และได้รับอนุญาตจากองค์คณะพิจารณาเบื้องต้นให้ดำเนินการสืบสวนสอบสวนดังกล่าวต่อไป หรือ

⁶⁸ “ข้อ 2 เพื่ออนุวัติตามความมุ่งประสงค์ดังกล่าวในข้อ 1 องค์การสหประชาชาติและสมาชิกขององค์การสหประชาชาติจะดำเนินการโดยสอดคล้องกับหลักการดังต่อไปนี้

(6) องค์การสหประชาชาติจะต้องให้ความแน่นอนใจว่า รัฐที่มีได้เป็นสมาชิกของสหประชาชาติจะปฏิบัติโดยสอดคล้องกับหลักการเหล่านี้เท่าที่จำเป็นเพื่อธำรงไว้ซึ่งสันติภาพและความมั่นคงระหว่างประเทศ”

สำนักงานอัยการสูงสุด, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 36.

⁶⁹ United Nations Security Council Resolution 1593 (2005), และ รินทริยาเถียรธิติกุล, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 39, น. 34-35.

⁷⁰ See International Criminal Court investigations from Wikipedia, the free encyclopedia. Retrieved February 24, 2010, from http://en.wikipedia.org/wiki/Cases_before_the_International_Criminal_Court#cite_refprosecutor_3-0

- 2) กรณีเมื่อรัฐภาคีได้เสนอสถานการณ์อาชญากรรมร้ายแรงต่ออัยการ หรือ
- 3) กรณีเมื่อคณะมนตรีความมั่นคงฯ ได้เสนอสถานการณ์อาชญากรรมร้ายแรงต่ออัยการประจำศาลอาญาระหว่างประเทศ

3.3.1 อำนาจของอัยการในการเริ่มสืบสวนสอบสวนคดีตามคำสั่งองค์คณะตุลาการพิจารณาเบื้องต้น (Pre-Trial Chamber)

อัยการจะสามารถริเริ่มสืบสวนสอบสวน (*proprio motu*) ต่อเมื่อได้รับข้อมูลพยานหลักฐานที่เพียงพอ โดยอัยการจะได้มาซึ่งข้อมูลจากแหล่งต่าง ๆ ที่เชื่อถือได้ หรือเรียกข้อมูลเพิ่มเติมจากรัฐหรือองค์กรอื่นที่ไม่ใช่รัฐบาลได้ด้วย และด้วยเหตุนี้บุคคลธรรมดาหรือองค์กรเอกชนใดก็สามารถยื่นเรื่องร้องทุกข์ต่ออัยการได้ เมื่ออัยการได้รับเรื่องดังกล่าวแล้วก็อาจจะดำเนินการสืบสวนสอบสวนต่อไปหรือไม่ก็ได้⁷¹

อย่างไรก็ดี ข้อ 15 ได้ระบุไว้อย่างชัดเจนว่าอัยการสามารถเริ่มการสอบสวนได้หากมีข้อมูลอาชญากรรมที่ได้รับมาจากผู้ตกเป็นเหยื่อ (ผู้เสียหาย) หรือองค์กรพัฒนาเอกชน (NGO)⁷² ฯลฯ โดยเป็นเพียงการสืบสวนสอบสวนในขั้นต้นเท่านั้น ซึ่งอัยการจะมีอำนาจอย่างแท้จริงในการเริ่มการสืบสวนสอบสวนด้วยตนเองก็ต่อเมื่อองค์คณะตุลาการพิจารณาเบื้องต้น (Pre-Trial Chamber) อนุญาตแล้ว กล่าวคือ เมื่ออัยการได้วิเคราะห์ความหนักแน่นของข้อมูลในช่วงแรกแล้วลงความเห็นว่ามีความเป็นไปได้ที่จะดำเนินการสืบสวนสอบสวนต่อไปได้ อัยการจำเป็นต้องยื่นคำร้องเสนอต่อองค์คณะตุลาการพิจารณาเบื้องต้นเพื่อขออำนาจให้เริ่มต้นการสืบสวนสอบสวนต่อไป ซึ่งกระบวนการต้องเป็นไปตามกฎที่ 50 แห่งกฎระเบียบว่าด้วยวิธีพิจารณาความและพยานหลักฐาน⁷³ ที่ได้บัญญัติมาเพื่อให้สอดคล้องกับข้อ 15 วรรค 3 แห่งธรรมนูญฯ

วิธีการคือ อัยการต้องวิเคราะห์ความหนักแน่นของข้อมูลที่ได้รับมาจากแหล่งข้อมูลต่าง ๆ ตามข้อ 15 วรรค 2 ที่ได้กล่าวข้างต้น ประกอบกับกฎที่ 47 วรรค 2 แห่งระเบียบว่าด้วยวิธีพิจารณาความและพยานหลักฐานที่วางกรอบการทำงานไว้ให้สอดคล้องกับการปฏิบัติตามข้อ 15

⁷¹ วินทริธียา เตียรธิติกุล, *อ้างแล้ว เติ้งอรรถที่ 39*, น. 35.

⁷² Pierre Hazan, *Victims' guide to the International Criminal Court*. Retrieved April 10, 2010, from <http://www.rsfo.org/IMG/pdf/doc-2255.pdf>

⁷³ Rule 50, Rules of Procedure and Evidence.

วรรค 2 ซึ่งกฎดังกล่าวระบุว่า เมื่ออัยการพิจารณาว่ามีความเสี่ยงพอสมควรที่จะไม่มีโอกาส นำเสนอคำเบิกความพยานได้อย่างต่อเนื่อง อัยการอาจร้องขอให้องค์คณะพิจารณาคดีเบื้องต้น (Pre-Trial Chamber) ดำเนินมาตรการเท่าที่จำเป็นเพื่อประกันประสิทธิภาพและความเที่ยงธรรม ของกระบวนการพิจารณา โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ทำการแต่งตั้งที่ปรึกษาหรือผู้พิพากษาขององค์คณะ ตุลาการพิจารณาคดีเบื้องต้น (Pre-Trial Chamber) อย่างน้อยคนหนึ่งมาสังเกตการณ์ระหว่างที่มีการ นำเสนอคำเบิกความพยานเพื่อปกป้องสิทธิของฝ่ายจำเลย หากภายหลังมีการนำคำเบิกความ พยานดังกล่าวมาเสนอในกระบวนการพิจารณาอย่างต่อเนื่อง การรับฟังคำเบิกความพยาน ดังกล่าวต้องเป็นไปตามข้อ 69 วรรค 4 แห่งธรรมนูญฯ และให้องค์คณะตุลาการพิจารณาคดี (Trial Chamber) เป็นผู้ซึ่งนำหน้าคำเบิกความพยานดังกล่าว นอกจากนี้ ยังต้องปฏิบัติตามรายละเอียด การขออำนาจจากองค์คณะตุลาการพิจารณาคดีเบื้องต้น (Pre-Trial Chamber) อีกตามกฎที่ 50 แห่ง ระเบียบว่าด้วยวิธีพิจารณาความและพยานหลักฐาน⁷⁴

กฎที่ 50 ได้กำหนดว่าเมื่ออัยการพิจารณาแล้วว่าจะยื่นคำร้องต่อองค์คณะตุลาการ เบื้องต้น (Pre-Trial Chamber) เพื่อขออนุญาตเริ่มการสืบสวนสอบสวน อัยการจะต้องแจ้งเรื่องให้ ผู้เสียหายทราบ เว้นแต่การแจ้งนั้นจะเป็นอันตรายต่อชีวิตหรือร่างกายของผู้เสียหาย หรือจะทำให้ เกิดความเสียหายอย่างใด ๆ ต่อการสืบสวนสอบสวน เมื่อผู้เสียหายได้ทราบการแจ้งดังกล่าวแล้วก็ สามารถทำคำรับรองเป็นลายลักษณ์อักษรยื่นต่อองค์คณะได้ภายในเวลาที่กำหนดไว้ โดยองค์ คณะสามารถเรียกข้อมูลใด ๆ เพิ่มเติมทั้งจากอัยการและผู้เสียหายที่ได้ทำคำรับรองนั้นได้ จากนั้น องค์คณะต้องมีคำสั่งพร้อมด้วยเหตุผลว่าอนุญาตให้อัยการเริ่มการสืบสวนสอบสวนหรือไม่ และ แจ้งคำสั่งดังกล่าวนี้ให้แก่ผู้เสียหายด้วย⁷⁵ นอกจากนี้ ในระหว่างกระบวนการที่อัยการยื่นคำร้อง เสนอต่อองค์คณะตุลาการพิจารณาคดีเบื้องต้นเพื่อขออำนาจให้เริ่มต้นสืบสวนสอบสวนต่อไปได้ตาม ข้อ 15 อาจมีการแต่งตั้งผู้เสียหายบางส่วนเป็นการเฉพาะเพื่อเป็นตัวแทนในการชี้แจงข้อมูลใน ขั้นตอนนี้ด้วย⁷⁶

กรณีถ้าองค์คณะตุลาการเบื้องต้นมีคำสั่งอนุญาตเนื่องจากมีมูลเหตุสมเหตุสมผล ประกอบกับพิจารณาว่าอยู่ในเขตอำนาจศาลแล้ว ผลคืออัยการก็มีอำนาจสืบสวนสอบสวนต่อไป

⁷⁴ William A. Schabas, *supra note 1*, pp. 239-240.

⁷⁵ Rule 50, Rules of Procedure and Evidence.

⁷⁶ William A. Schabas, *supra note 1*, p. 162.

อย่างไรก็ดี การออกคำสั่งดังกล่าวไม่ได้หมายความว่าประเด็นเรื่องเขตอำนาจศาลและการรับคดีไว้พิจารณานั้นเป็นที่ยุติแล้ว ยิ่งไปกว่านั้น ศาลก็สามารถกลับคำสั่งดังกล่าวที่ได้ทำการประเมินมาตั้งแต่ต้นได้ไม่ว่าคดีจะอยู่ในชั้นใดแล้วก็ตาม⁷⁷ แต่ถ้าองค์คณะปฏิเสธที่จะอนุญาตก็ไม่เป็นการตัดสิทธิของอัยการในการยื่นคำร้องในภายหลังพร้อมกับข้อเท็จจริงหรือพยานหลักฐานใหม่ (ข้อ 15 วรรค 4 และ วรรค 5)

ในทางกลับกัน ถ้าในการตรวจวิเคราะห์พยานหลักฐานตั้งแต่ชั้นแรกนั้น อัยการได้ลงความเห็นและมีคำวินิจฉัยว่าข้อมูลไม่มีความสมเหตุสมผลที่จะสืบสวนสอบสวนต่อ จึงไม่ขออนุญาตเริ่มการสืบสวนฯ อัยการก็ต้องแจ้งคำวินิจฉัยแก่ผู้ให้ข้อมูลทราบด้วย ตามกฎที่ 49 แห่งระเบียบว่าด้วยวิธีพิจารณาความและพยานหลักฐาน โดยไม่เป็นการตัดสิทธิอัยการที่จะหยิบยกสถานการณ์ดังกล่าวขึ้นมาพิจารณาอีก แต่ก็ต้องเป็นกรณีที่มีการส่งข้อมูลมาเพิ่มเติมโดยเป็นข้อเท็จจริงหรือมีพยานหลักฐานใหม่เท่านั้น (ข้อ 15 วรรค 6) ซึ่งหลังจากศาลฯ เปิดทำการ ก็ได้มีตัวอย่างที่อัยการได้เคยมีคำวินิจฉัยว่าไม่ขออนุญาตเริ่มการสืบสวนฯ และแจ้งกลับแก่ผู้ให้ข้อมูลเข้ามาแล้ว โดยฉบับแรกเกิดขึ้นในปี พ.ศ. 2545 (ค.ศ. 2002) ฉบับที่สองเกิดขึ้นในเดือนกุมภาพันธ์ พ.ศ. 2549 (ค.ศ. 2006) และหลังจากนั้น ก็มีฉบับอื่น ๆ อีกซึ่งเป็นประเด็นเกี่ยวกับสถานการณ์ในประเทศอิรักและเวเนซุเอลา⁷⁸

นอกจากนี้ ยังมีร่างระเบียบของสำนักงานอัยการได้กล่าวถึงแนวทางว่าด้วยข้อมูลหรือเอกสารที่อัยการได้รับให้สอดคล้องกับข้อ 15 ด้วย กล่าวคือ ข้อมูลทั้งหมดที่ได้รับมาโดยผลของข้อ 15 นั้นอัยการจะต้องทำการวิเคราะห์พร้อมทั้งประเมินความรุนแรงของข้อกล่าวหา และเพื่อประโยชน์สูงสุดตามข้อ 15 นี้จะต้องมีการตรวจสอบเบื้องต้นถึงความน่าเชื่อถือของตัวแหล่งที่มาของข้อมูลและตัวข้อมูลเองเพื่อพิจารณาว่าการกระทำที่ถูกล่ามไว้ในเขตอำนาจ

⁷⁷ *Ibid.* p. 162.

⁷⁸ Letter of Prosecutor dated 9 February 2006 (Venezuela); Letter of Prosecutor dated 9 February 2006 (Iraq), cited by William A. Schabas, *supra note 1*, p. 241.

ศาลหรือไม่ ไม่ว่าจะเป็นเขตอำนาจในด้านสาระ บุคคล สถานที่และเวลา เพื่อการสรุปเบื้องต้นว่า ศาลจะสามารถรับคดีดังกล่าวไว้พิจารณาได้หรือไม่⁷⁹

โปรดสังเกตว่าข้อ 15 เรื่องอัยการมีอำนาจเริ่มการสืบสวนสอบสวนขั้นต้นได้ด้วยตนเองซึ่งต้องขออนุญาตองค์คณะตุลาการพิจารณาเบื้องต้นเพื่อที่จะได้มีอำนาจเริ่มการสืบสวนสอบสวนต่อไปได้นี้ นำมาบังคับใช้กับกรณีที่อัยการเป็นผู้เริ่มการสอบสวนเองเท่านั้น (ข้อ 13 c และ ข้อ 15) ฉะนั้น จึงไม่นำมาใช้บังคับกับกรณีที่เริ่มมาจากช่องทางที่รัฐภาคี (ข้อ 13 a และ ข้อ 14) หรือคณะมนตรีความมั่นคงฯ (ข้อ 13 (b)) เป็นผู้เสนอสถานการณ์ให้แก่อัยการของศาลฯ แต่อย่างใด⁸⁰

หากพิจารณาถึงประเด็นการเริ่มคดีโดยอัยการมีอำนาจเริ่มการสืบสวนสอบสวนได้ด้วยตนเอง (*proprio motu*) ตามที่ได้ศึกษามาแล้ว จะพบปัญหาว่าอำนาจดังกล่าวอาจก่อให้เกิดข้อสงสัยได้ในเรื่องหลักประโยชน์แห่งความยุติธรรม (the interests of justice) หากตัวอัยการได้เข้าไปยุ่งเกี่ยวกับเรื่องการเมือง เนื่องจากว่าตัวอัยการได้เข้ามารับตำแหน่งที่เกี่ยวข้องกับผลประโยชน์อันกว้างขวางระดับระหว่างประเทศ รวมไปถึงการที่ต้องรวบรวมพยานหลักฐานในการสืบสวนสอบสวนท่ามกลางบรรยากาศการเมืองในรัฐที่อัยการเข้าไปใช้อำนาจอาจสร้างความลำบากให้กับอัยการด้วย อย่างไรก็ตาม การให้อำนาจดังกล่าวจะอำนวยความสะดวกให้อัยการทำงานได้อย่างเป็นอิสระ และยังคงสร้างความกดดันให้แก่รัฐที่มีเขตอำนาจเหนือในคดีดังกล่าวอยู่แล้วแต่กลับนิ่งนอนใจไม่นำตัวผู้กระทำความผิดมาลงโทษอีกด้วย⁸¹

ในที่นี้ขอยกตัวอย่างเหตุผลของสหรัฐอเมริกาในการไม่เข้าร่วมให้สัตยาบันธรรมนูญฯ โดยหนึ่งในสาเหตุหลัก ๆ ก็ได้กล่าวถึงกรณีที่อัยการของศาลอาญาระหว่างประเทศมีอำนาจมากเกินไปที่สหรัฐฯ จะยอมรับได้ โดยเคยมีการกล่าวอ้างเหตุผลไว้ว่าหลัก *proprio motu* ของอัยการที่สามารถเริ่มทำการเริ่มคดีได้เอง โดยที่มาของอำนาจมาจากความเห็นชอบขององค์คณะตุลาการพิจารณาเบื้องต้น (the Pre-Trial Chamber) เพียงแค่ 2 เสียงเท่านั้น ในกรณีที่ศาลจะอนุญาตให้อัยการสามารถเริ่มการสืบสวนสอบสวน และฟ้องร้องดำเนินคดีได้เลยโดยไม่ต้องผ่านการเสนอคดีโดยรัฐภาคีหรือคณะมนตรีความมั่นคงแห่งสหประชาชาติ ดังนั้น สหรัฐฯ จึงขอคัดค้านหลัก

⁷⁹ Draft Regulations of the Office of the Prosecutor (Annotated), Part 2, Section 2, Regulation 2, cited by William A. Schabas, *supra note 1*, p. 165.

⁸⁰ William A. Schabas, *supra note 1*, pp. 239-242.

⁸¹ *Ibid.* p. 166.

ดังกล่าว เพราะตระหนักแล้วว่าเป็นการให้อำนาจศาลมากเกินไป และยังเป็น การส่งเสริมให้เกิด ความเสี่ยงที่ศาลจะใช้ อำนาจอย่างบิดเบือน รวมไปถึงยังเป็นการส่งเสริมให้ศาลไปยุ่งเกี่ยวกับ ความขัดแย้งและการตัดสินใจทางการเมืองในหลาย ๆ ด้านอีกด้วย⁸²

3.3.2 อำนาจของอัยการในการเริ่มสืบสวนสอบสวนคดีกรณีที่รัฐภาคีหรือคณะมนตรี ความมั่นคงเป็นผู้เสนอสถานการณ์

กรณีเมื่ออัยการได้เริ่มการสืบสวนสอบสวนเบื้องต้นด้วยตนเอง (*proprio motu*) ไป แล้วตามข้อ 15 อัยการจะต้องนำข้อมูลมาพิจารณาประกอบการตัดสินใจเพื่อลงความเห็นว่ามี พื้นฐานสมเหตุสมผล” ที่จะดำเนินการ “เริ่มการสืบสวนสอบสวน” ต่อไปหรือไม่ เรียกว่า “การ ตรวจสอบเบื้องต้น” (preliminary examination) ถ้าอัยการพิจารณาแล้วว่า มีพื้นฐานสมเหตุสมผล อัยการก็ต้องยื่นคำร้องเสนอต่อองค์คณะตุลาการพิจารณาเบื้องต้น (Pre-Trial Chamber) เพื่อขอ อำนาจเริ่มต้นการสืบสวนสอบสวนต่อไป หากเป็นกรณีที่รัฐภาคีหรือคณะมนตรีความมั่นคงฯ เป็น ผู้เสนอสถานการณ์มาให้อัยการ อัยการไม่จำเป็นต้องได้รับอำนาจเริ่มต้นการสืบสวนสอบสวนจาก องค์คณะตุลาการพิจารณาเบื้องต้น แต่ว่าอัยการก็ต้องทำหน้าที่พิจารณาในเบื้องต้นก่อนว่ามี พื้นฐานสมเหตุสมผลที่จะดำเนินการสืบสวนสอบสวนต่อไปหรือไม่ ซึ่งเรียกว่า “ระยะก่อนการ สืบสวนสอบสวน” (pre-investigative phase) หรือ “ระยะการวิเคราะห์ข้อมูล” (analysis of information) นั้นเอง⁸³

เมื่ออัยการได้รับการเสนอสถานการณ์มาจากคณะมนตรีความมั่นคงฯ หรือรัฐภาคี องค์คณะตุลาการพิจารณาเบื้องต้นไม่มีอำนาจที่จะพิจารณาว่าควรมีการเริ่มต้นการสืบสวน

⁸² See Bush administration's official and unofficial objections to the court from Wikipedia, the free encyclopedia. Retrieved November 27, 2009, from http://en.wikipedia.org/wiki/United_States_and_the_International_Criminal_Court#Bush_administration.27s_official_and_unofficial_objections_to_the_court

⁸³ Office of the Prosecutor, Annex to the “Paper on Some Policy Issues Before the Office of the Prosecutor; Referrals and Communications”, undated (made public on 21 April 2004), cited by William A. Schabas, *supra note 1*, p. 239.

สอบสวนหรือไม่ จึงทำให้ภาพในขั้นตอนระหว่างการวิเคราะห์เบื้องต้นของอัยการและการมีคำวินิจฉัยว่าควร “เริ่มต้นการสืบสวนสอบสวน” (initiate an investigation) หรือไม่นั้น ไม่มีความชัดเจน อย่างไรก็ตาม ในกรณีตัวอย่างที่มีการเสนอสถานการณ์มาให้อัยการ อันได้แก่ อุกันดา สาธารณรัฐประชาธิปไตยคองโกและซูดาน อัยการได้ทำคำวินิจฉัยที่จะเริ่มการสืบสวนสอบสวน⁸⁴ แต่สำหรับสถานการณ์ในสาธารณรัฐแอฟริกากลาง อัยการได้แสดงจุดยืนค่อนข้างชัดเจนมากขึ้น เพราะทั้ง ๆ ที่มีการยื่นเสนอสถานการณ์เข้ามาให้อัยการตั้งแต่วันที่ ๑ ธันวาคม พ.ศ. 2547 (ค.ศ. 2004) จนกระทั่งวันที่ 15 ธันวาคม พ.ศ. 2549 (ค.ศ. 2006) อัยการก็ยังไม่ได้ทำคำวินิจฉัยว่าควรเริ่มการสืบสวนสอบสวนหรือไม่อย่างไร⁸⁵ แสดงให้เห็นว่าเมื่ออัยการทำการวิเคราะห์เบื้องต้นแล้วก็ได้ไม่ได้หมายความว่า จะมีคำวินิจฉัยให้เริ่มการสืบสวนสอบสวนเสมอไป

ในกรณีที่มีการยื่นสถานการณ์โดยคณะมนตรีความมั่นคงหรือรัฐภาคี เกณฑ์การทำคำวินิจฉัยว่าอัยการจะเริ่มการสืบสวนฯ หรือไม่ก็จะอยู่ในส่วนของการสืบสวนสอบสวนและการฟ้องร้องดำเนินคดีใน ภาค 5 แห่งธรรมนูญฯ โดยการเริ่มการสืบสวนสอบสวนปรากฏอยู่ในข้อ 53 แห่งธรรมนูญฯ ดังนี้

“ข้อ 53 การเริ่มการสืบสวนสอบสวน

1. เมื่อมีการประเมินข้อมูลที่จัดหามาให้อัยการแล้ว ให้อัยการเริ่มการสืบสวน เว้นแต่อัยการวินิจฉัยว่าไม่มีพื้นฐานที่สมเหตุผลที่จะดำเนินการภายใต้ธรรมนูญศาลฯ นี้ ในการวินิจฉัยว่าจะเริ่มการสืบสวนสอบสวนหรือไม่ ให้อัยการพิจารณาว่า

⁸⁴ คำวินิจฉัยของอัยการสำหรับสาธารณรัฐประชาธิปไตยคองโกเมื่อ 21 มิถุนายน พ.ศ.2547 (ค.ศ.2004), สำหรับประเทศอุกันดา เมื่อ 28 กรกฎาคม พ.ศ.2547 (ค.ศ.2004), สำหรับประเทศซูดาน เมื่อ 6 มิถุนายน พ.ศ.2548 (ค.ศ.2005)

William A. Schabas, *supra note 1*, p. 242.

⁸⁵ Situation in the Central African Republic (ICC-01/05-1), Prosecution's Report Pursuant to Pre-Trial Chamber III's 30 November 2006 Decision Requesting Information on the Statute of the Preliminary Examination of the Situation in the Central African Republic, 15 December 2006, cited by William A. Schabas, *supra note 1*, p. 242.

(a) ข้อมูลที่อัยการได้มา มีพื้นฐานที่มีเหตุผลที่จะเชื่อได้ว่า มีการประกอบอาชญากรรมแล้ว หรือกำลังมีการประกอบอาชญากรรมภายในเขตอำนาจของศาลฯ หรือไม่

(b) คดีได้รับหรือจะมีการรับคดีไว้พิจารณา ตามข้อ 17 หรือไม่ และ

(c) เมื่อได้คำนึงถึงความรุนแรงของอาชญากรรมและประโยชน์ของผู้เสียหายแล้ว มีเหตุผลที่มีหลักฐานสนับสนุนเพียงพอที่จะเชื่อว่าการสืบสวนสอบสวนนั้นจะไม่ก่อให้เกิดประโยชน์แห่งความยุติธรรม

หากอัยการวินิจฉัยว่า ไม่มีพื้นฐานที่สมเหตุผลที่จะดำเนินการและคำวินิจฉัยของอัยการอยู่บนพื้นฐานของ (c) ข้างต้นเท่านั้น อัยการจะแจ้งต่อองค์คณะตุลาการพิจารณาเบื้องต้น

2. หากอัยการดำเนินการสืบสวนสอบสวนแล้วสรุปว่า ไม่มีพื้นฐานเพียงพอในการฟ้องร้องดำเนินคดีเนื่องจาก

(a) ไม่มีพื้นฐานทางกฎหมาย หรือทางข้อเท็จจริงเพียงพอที่จะร้องขอหมายศาลฯ หรือหมายเรียกตามข้อ 58

(b) ไม่มีการรับคดีไว้พิจารณา ตามข้อ 17 หรือ

(c) การฟ้องร้องดำเนินคดีไม่เป็นไปเพื่อประโยชน์แห่งความยุติธรรมเมื่อคำนึงถึงพฤติการณ์ทั้งหมดแล้ว ความรุนแรงของอาชญากรรม ประโยชน์ของผู้เสียหาย และอายุ หรือความทุพพลภาพของผู้ถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิด และบทบาทในอาชญากรรมที่ถูกกล่าวหาของบุคคลนั้นแล้ว

ให้อัยการแจ้งองค์คณะตุลาการพิจารณาเบื้องต้น และรัฐที่เสนอกรณี ตามข้อ 14 หรือคณะมนตรีความมั่นคงฯ ที่เสนอกรณี ตามข้อ 13 ววรรค (b) ทราบถึงข้อสรุปของอัยการและเหตุผลของข้อสรุปดังกล่าว

3. (a) เมื่อมีคำร้องขอของรัฐที่เสนอกรณี ตามข้อ 14 หรือคณะมนตรีความมั่นคงฯ ตามข้อ 13 (b) องค์คณะตุลาการพิจารณาเบื้องต้นอาจพิจารณาบททวนคำวินิจฉัยของอัยการตามวรรค 1 หรือ 2 ที่ไม่ให้ดำเนินการ และอาจร้องขอให้อัยการพิจารณาคำวินิจฉัยอีกครั้ง

(b) นอกจากนี้ องค์คณะตุลาการพิจารณาเบื้องต้นโดยการริเริ่มของตนเอง อาจพิจารณาบททวนคำวินิจฉัยของอัยการที่ไม่ให้ดำเนินการ หากคำวินิจฉัยที่ตั้งอยู่บนพื้นฐานของ

วรรค 1 (c) หรือ 2 (c) เท่านั้น ในกรณีเช่นนี้ ให้คำวินิจฉัยของอัยการมีผลต่อเมื่อองค์คณะตุลาการพิจารณาเบื้องต้นยืนยันคำวินิจฉัยนั้น

4. อัยการอาจพิจารณาทบทวนคำวินิจฉัยของตนอีกครั้งเมื่อใดก็ได้ว่า จะเริ่มการสืบสวนสอบสวนหรือการดำเนินคดีบนพื้นฐานของข้อเท็จจริงหรือข้อมูลใหม่ หรือไม่”

ในบทบังคับของธรรมนูญฯ ที่ปรากฏอยู่ในข้อ 53 วรรค 1 นั้น เป็นเรื่องที่ยังคงอัยการว่าจะต้องเริ่มการสืบสวนสอบสวนหลังจากได้ประเมินข้อมูลที่ได้รับมาแล้ว เว้นเสียแต่ว่าอัยการได้พิจารณาว่าไม่มีพื้นฐานที่สมเหตุสมผลที่จะดำเนินการภายใต้ธรรมนูญศาลฯ การใช้บทบังคับนี้คงไม่มีปัญหาถ้าสถานการณ์นั้น ๆ เสนอโดยรัฐภาคี หรือคณะมนตรีความมั่นคงที่ยื่นมายังอัยการ แต่ถ้าคดีนั้นได้เริ่มการสืบสวนสอบสวนเบื้องต้นโดยอำนาจของอัยการ (*proprio motu*) เองตามข้อ 15 คำที่บังคับในต้วบทข้อ 53 ที่ว่า “ต้อง” (shall) ให้อัยการเริ่มการสืบสวนนี้อาจทำให้เกิดความสับสนได้ โดย Professor Schabas นักวิชากฎหมายชาวอังกฤษให้ความเห็นว่า อัยการก็จะต้องดำเนินการเริ่มการสืบสวนสอบสวนอยู่แล้วหากเป็นกรณีที่ตัวอัยการวินิจฉัยว่าจะเริ่มการสืบสวนสอบสวนด้วยตนเองโดยใช้ช่องทางตามข้อ 15 เพราะที่มาของการสืบสวนสอบสวนมาจากตัวอัยการเอง อย่างไรก็ตาม อาจมีผู้โต้แย้งว่าเมื่ออัยการได้เริ่มการสืบสวนโดยอำนาจ *proprio motu* แล้ว อัยการก็ยังต้องทำคำวินิจฉัยว่าควรเริ่มการสืบสวนหรือไม่ภายใต้หลักเกณฑ์ข้อ 53 วรรค 1 อีกด้วย เนื่องจาก ข้อ 53 วรรค 1 เป็นบททั่วไปของการเริ่มการสืบสวนสอบสวนซึ่งอยู่ในภาค 5 ว่าด้วยการสืบสวนสอบสวนและการฟ้องร้องดำเนินคดี จากนั้นอัยการจึงยื่นคำร้องขออำนาจจากองค์คณะตุลาการต่อไปตามข้อ 15 วรรค 3 สำหรับข้อ 53 นี้ Mireille Delmas-Marty นักวิชาการกฎหมายอาญาชาวฝรั่งเศสอธิบายว่าข้อ 53 เป็นเสมือนการประนีประนอมกันระหว่างทางเลือกที่จะใช้วิธีการดำเนินการตามกฎหมายและการดำเนินการตามดุลพินิจ⁸⁶

ในการพิจารณาว่ามีพื้นฐานสมเหตุสมผลที่จะดำเนินการสืบสวนสอบสวนหรือไม่นี้ อัยการจะต้องพิจารณาปัจจัยอยู่ 3 ประเด็นที่ระบุไว้ในข้อ 53 วรรค 1 (a)-(c) กล่าวคือ ตรวจสอบว่า (a) มีเหตุผลเชื่อได้ว่าการประกอบอาชญากรรมแล้ว หรือกำลังมีการประกอบอาชญากรรมอยู่หรือไม่ (b) ศาลจะสามารถรับคดีนั้นไว้พิจารณาได้หรือไม่ซึ่งเป็นไปตามข้อ 17 กล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือเป็นการตรวจสอบถึงมาตรฐานของศาลภายในรัฐว่าสมควรใจหรือมีความสามารถที่จะทำการ

⁸⁶ Mireille Delmas-Marty, “Interactions between National and International Criminal Law in the Preliminary Phase of Trial at the ICC,” (2006) 4 *Journal of International Criminal Justice* 2 at 4, cited by William A. Schabas, *supra* note 1, p. 242.

สืบสวนสอบสวนหรือฟ้องร้องดำเนินคดีได้อย่างแท้จริงหรือไม่⁸⁷ และ (c) เมื่อคำนึงถึงความรุนแรงของอาชญากรรมและประโยชน์ของผู้เสียหายแล้วมีเหตุผลเพียงพอที่จะเชื่อว่าการสอบสวนนั้นจะก่อให้เกิดประโยชน์แห่งความยุติธรรมหรือไม่⁸⁸ ซึ่งกรณีตัวอย่างข้างต้นที่สถานการณ์เกิดขึ้นในอุกานดา สาธารณรัฐประชาธิปไตยคองโกและซูดานนั้น อัยการลงความเห็นว่ามีพื้นฐานสมเหตุสมผลที่จะดำเนินการเนื่องจากอัยการพิจารณาแล้วพบว่าทั้งสามกรณีเข้าเงื่อนไขทั้งสามอนุที่ควรเริ่มการสืบสวนสอบสวน อย่างไรก็ตามการพิจารณาในข้อ (c) โดยเฉพาะอย่างยิ่งการพิจารณาถึง “ความรุนแรงของอาชญากรรม” และ “เป็นไปเพื่อประโยชน์แห่งความยุติธรรม” นั้นการพิจารณาเรื่องดังกล่าวมีเกณฑ์การใช้ดุลพินิจที่กว้างมาก

ในเดือนกันยายน พ.ศ. 2549 (ค.ศ. 2006) ตัวแทนสำนักงานอัยการได้กล่าวในการแถลง “ยุทธศาสตร์ในการฟ้องคดี” (the Prosecutorial Strategy) ว่า เมื่อศึกษากรณีมาแล้ว สำนักงานอัยการมีหน้าที่ที่ต้องคอยติดตามสถานการณ์และผู้กระทำความผิดซึ่งต้องรับผิดชอบในอาชญากรรมร้ายแรงต่าง ๆ การพิจารณาว่าปัจเจกบุคคลใดควรจะแบกรับความรับผิดชอบมากที่สุดขึ้นอยู่กับพยานหลักฐานที่ปรากฏออกมาในทางสืบสวนสอบสวน อย่างไรก็ตาม แม้ศาลฯ จะไม่ดำเนินการพิจารณากับบุคคลใดก็ได้ไม่ได้หมายความว่ามีการปล่อยตัวผู้กระทำความผิดไป ศาลภายในรัฐก็ควรดำเนินการต่อไปเนื่องจากศาลอาญาระหว่างประเทศเป็นศาลที่มีเขตอำนาจเสริมแก่ศาลภายใน ส่วนการเลือกคดีของสำนักงานอัยการก็ใช้วิธีการเลือกตามความรุนแรงของอาชญากรรมเอง เพราะแม้ว่าอาชญากรรมใด ๆ จะอยู่ในเขตอำนาจศาลอาญาระหว่างประเทศแล้วอัยการต้องพิจารณาเพิ่มเติมถึงเรื่อง “ความรุนแรงของอาชญากรรม” อีก โดยทางสำนักงานอัยการต้องพิจารณาว่าคดีมีความรุนแรงเพียงพอหรือไม่ เพื่อให้ศาลอาญาระหว่างประเทศวินิจฉัยต่อไป ซึ่งในมุมมองของสำนักงานอัยการแล้ว ปัจจัยโดยตรงที่จะนำมาประเมินว่ามีความรุนแรงเพียงพอหรือไม่นี้ ได้แก่ ระดับขนาดความรุนแรงของการกระทำความผิด ลักษณะของการกระทำวิธีการกระทำและผลกระทบของการกระทำ โดยอัยการมีนโยบายว่าจะเลือกสถานการณ์มาเพียงไม่กี่สถานการณ์ประกอบด้วยพยานเพียงไม่กี่คน ในจำนวนที่เพียงพอเท่าที่จะนำมาพิสูจน์การกระทำความผิดได้ เพื่อให้สำนักงานอัยการดำเนินการสืบสวนสอบสวนเบื้องต้นอย่างสั้น ๆ ให้ลุล่วงและเพื่อเตรียมความพร้อมสำหรับกระบวนการพิจารณาคดีต่อไป โดยหลักแล้วตัวอย่างเหตุการณ์ต่าง ๆ จะต้องสะท้อนถึงความรุนแรงได้ดีที่สุด ซึ่งในท้ายที่สุดแล้วก็จะปรากฏเป็นส่วน

⁸⁷ William A. Schabas, *supra* note 1, p. 164.

⁸⁸ *Ibid.* pp. 241-242.

หนึ่งในคำร้องขอออกหมายจับหรือหมายเรียกในเวลาที่ดีใกล้จะเริ่มการพิจารณาได้อีก ส่งผลให้กระบวนการพิจารณาคดีดำเนินไปได้อย่างสะดวกและรวดเร็วมากขึ้น⁸⁹

หากอัยการได้ดำเนินการสืบสวนสอบสวนแล้วได้ทำการสรุปว่าไม่มีพื้นฐานเพียงพอที่จะฟ้องร้องคดีด้วยเหตุผลในข้อ 53 วรรค 2 (a)-(c) อัยการต้องแจ้งต่อองค์คณะตุลาการพิจารณาเบื้องต้นและรัฐที่เสนอกรณีหรือคณะมนตรีความมั่นคงฯ ที่เสนอกรณี ซึ่งองค์คณะตุลาการพิจารณาเบื้องต้นมีอำนาจที่จะวินิจฉัยทบทวนข้อสรุปของอัยการอีกครั้งได้โดยรัฐที่เสนอกรณีหรือคณะมนตรีความมั่นคงฯ ร้องขอ หรือโดยองค์คณะเป็นผู้เริ่มวินิจฉัยเอง อันมีผลให้คำวินิจฉัยของอัยการที่สรุปว่าไม่มีพื้นฐานเพียงพอดังกล่าวจะมีผลต่อเมื่อองค์คณะตุลาการพิจารณาเบื้องต้นได้ยืนยันในคำวินิจฉัยแล้ว (ข้อ 53 วรรค 3) ในทางกลับกันหากอัยการลงความเห็นว่ามีพื้นฐานสมเหตุสมผลที่จะเริ่มการสืบสวน กรณีก็ไม่ต้องส่งเรื่องให้องค์คณะตุลาการพิจารณาเบื้องต้นตรวจสอบทบทวนคำวินิจฉัยแต่อย่างใด

ดังนั้น นักกฎหมายชาวอังกฤษ Professor Schabas เห็นว่าการตัดสินใจไม่ขออนุญาตเริ่มการสืบสวนสอบสวนของอัยการจากองค์คณะตุลาการพิจารณาเบื้องต้นตามข้อ 15 ได้แสดงถึงความมีอิสระของอัยการโดยแท้ที่ไม่ขึ้นอยู่กับการถูกทบทวนตรวจสอบอีกครั้งโดยองค์คณะตุลาการพิจารณาเบื้องต้น กล่าวคือ ถ้าการตรวจสอบในขั้นแรกของอัยการที่ลงความเห็นว่าเป็นข้อมูลที่ไม่ได้ก่อให้เกิดพื้นฐานที่สมเหตุสมผลสำหรับการสืบสวนสอบสวน ตามข้อ 15 วรรค 6 ซึ่งเป็นผลมาจากการใช้อำนาจเริ่มการสืบสวนสอบสวนด้วยตนเอง (*proprio motu*) และการตัดสินใจดังกล่าวมีพื้นฐานมาจากการได้พิจารณาเรื่องเขตอำนาจศาลและอำนาจในการรับคดีไว้พิจารณาโดยอัยการเป็นผู้พิจารณาเอง ซึ่งหน้าที่ของอัยการมีเพียงแต่ต้องแจ้งความเห็นที่ “ไม่มีพื้นฐานที่สมเหตุสมผลที่จะดำเนินการสืบสวนสอบสวนต่อไปได้” แก่ผู้ส่งข้อมูลให้เท่านั้น ผลของเรื่องจะแตกต่างจากการที่มีการยื่นเรื่องให้อัยการสอบสวนโดยรัฐภาคีหรือคณะมนตรีความมั่นคงเป็นผู้ยื่น ดังนั้นความเห็นของอัยการที่ตัดสินใจไม่ขออนุญาตเริ่มการสืบสวนสอบสวนจากองค์คณะตุลาการพิจารณาเบื้องต้นตามข้อ 15 วรรค 6 นั้น จะไม่ใช่กรณีที่อัยการได้มีคำวินิจฉัยว่าไม่ควรเริ่มการสืบสวนสอบสวนอันเนื่องมาจากไม่มีพื้นฐานที่สมเหตุสมผลตามข้อ 53 วรรค 1 ที่ต้องถูกทบทวนตรวจสอบโดยองค์คณะตุลาการพิจารณาเบื้องต้นซึ่งอาจแทรกแซงการเสนอสถานการณ์ของคณะมนตรีความมั่นคงฯ หรือรัฐภาคีได้ นอกจากนี้ หากอัยการวินิจฉัยว่าไม่ควร “เริ่มการสืบสวน

⁸⁹ Report on Prosecutorial Strategy, 14 September 2006, pp.5-6 (reference omitted), cited by William A. Schabas, *supra note 1*, pp. 164.

สอบสวน” อัยการก็ต้องแจ้งแก่ผู้เสนอเรื่องทราบไม่ว่าจะเป็นคณะมนตรีความมั่นคงฯ หรือรัฐภาคี (ตามกฎหมายที่ 105 วรรค 1 แห่งระเบียบว่าด้วยวิธีพิจารณาความและพยานหลักฐาน) และหากกรณีที่ อัยการวินิจฉัยว่าไม่มี “พื้นฐานสมเหตุสมผล” (reasonable basis) อันเนื่องมาจากเกณฑ์ที่ 3 เรื่อง หลัก “ประโยชน์แห่งความยุติธรรม” องค์คณะตุลาการพิจารณาเบื้องต้นอาจแทรกแซงได้ด้วย ตนเองโดยไม่มีคำร้องใด ๆ มาจากคณะมนตรีความมั่นคงหรือรัฐภาคี⁹⁰ ตามที่กล่าวมานี้ Professor Schabas มองว่าข้อ 53 วรรค 1 ใช้บังคับกับกรณีที่รัฐภาคีและคณะมนตรีความมั่นคง เป็นผู้เสนอสถานการณ์มาให้อัยการเริ่มสอบสวนเท่านั้น เมื่ออัยการวินิจฉัยว่าไม่ควรเริ่มการ สืบสวนฯ ก็ต้องถูกตรวจสอบโดยองค์คณะฯ ในทางกลับกัน หากเป็นกรณีที่อัยการริเริ่มการสืบสวน สอบสวนเอง (*proprio motu*) ซึ่งต้องยื่นคำร้องขอเริ่มการสืบสวนฯ ต่อองค์คณะตุลาการพิจารณา เบื้องต้น กรณีจะไม่อยู่ภายใต้บังคับของข้อ 53 วรรค 1 ที่มี 3 หลักเกณฑ์ ฉะนั้น เมื่ออัยการวินิจฉัย ว่าไม่ควรยื่นคำร้องเริ่มการสืบสวนฯ จึงไม่ต้องถูกตรวจสอบโดยองค์คณะตุลาการพิจารณา เบื้องต้นอีก

ด้วยความเคารพ ผู้เขียนเห็นว่าประเด็นปัญหานี้ควรศึกษาประกอบกับกฎที่ 105 แห่ง ระเบียบวิธีพิจารณาความและพยานหลักฐาน

“กฎที่ 105 การแจ้งคำวินิจฉัยของอัยการที่ไม่ทำการเริ่มการสืบสวนสอบสวน

1. เมื่ออัยการวินิจฉัยว่าจะไม่เริ่มการสืบสวนสอบสวนตามข้อ 53 วรรค 1 แล้ว อัยการต้องแจ้งอย่างเป็นทางการเป็นลายลักษณ์อักษรให้กับรัฐ (กรณีรัฐเป็นผู้เสนอสถานการณ์ให้อัยการตาม ข้อ 14) หรือคณะมนตรีความมั่นคงฯ (กรณีคณะมนตรีความมั่นคงฯ เป็นผู้เสนอสถานการณ์ให้อัยการตามข้อ 13 b) รับทราบทันที

2. เมื่ออัยการริเริ่มการสืบสวนสอบสวนเบื้องต้นด้วยตนเอง (*proprio motu*) แล้ว วินิจฉัยว่าจะไม่ยื่นคำร้องขออำนาจเริ่มการสืบสวนสอบสวนจากองค์คณะตุลาการพิจารณา เบื้องต้นต่อไป อัยการก็ต้องแจ้งให้ผู้ที่เสนอข้อมูลรับทราบด้วย โดยนำกฎที่ 49 มาบังคับใช้”⁹¹

“กฎที่ 49 คำวินิจฉัยและการแจ้งให้ผู้ให้ข้อมูลทราบกรณีอัยการลงความเห็นที่ข้อมูลที่ได้รับในการริเริ่มการสืบสวนสอบสวนเบื้องต้นด้วยตนเอง (*proprio motu*) นั้น ไม่ได้ก่อให้เกิด พื้นฐานที่สมเหตุสมผลสำหรับการสืบสวนฯ ตามข้อ 15 วรรค 6 แห่งธรรมนูญฯ

⁹⁰ William A. Schabas, *supra note 1*, p. 245.

⁹¹ Rule 105, Rules of Procedure and Evidence.

1. เมื่ออัยการมีคำวินิจฉัยตามข้อ 15 วรรค 6 อัยการต้องแจ้งคำวินิจฉัยดังกล่าว พร้อมเหตุผลให้กับผู้ให้ข้อมูลทราบทันที ...”⁹²

จะเห็นได้ชัดเจนว่าหากอัยการมีคำวินิจฉัยไม่เริ่มการสืบสวนฯ ตามข้อ 53 วรรค 1 แห่งธรรมนูญฯ อัยการก็ต้องแจ้งแก่รัฐหรือคณะมนตรีฯ ผู้ให้ข้อมูลตามกฎหมายที่ 105 แต่ถ้าเป็นกรณีอัยการมีคำวินิจฉัยว่าไม่ขออำนาจเริ่มการสืบสวนฯ จากองค์คณะตุลาการพิจารณาเบื้องต้น ตามเหตุผลข้อ 15 วรรค 6 อัยการก็ต้องแจ้งแก่ผู้ให้ข้อมูลตามกฎหมายที่ 49 ดังนี้ โปรดสังเกตว่ากฎหมายที่ 105 วรรค 2 ได้กล่าวถึงคำวินิจฉัยที่ไม่ขออำนาจเริ่มการสืบสวนฯ จากองค์คณะตุลาการพิจารณาเบื้องต้นซึ่งเกี่ยวข้องกับข้อ 15 วรรค 6 ไว้ด้วย

กรณีเป็นอันสรุปได้ว่า การขออำนาจเริ่มสืบสวนฯ ด้วยตนเองของอัยการ (*proprio motu*) จากองค์คณะตุลาการพิจารณาเบื้องต้นตามข้อ 15 ต้องพิจารณาตามหลักเกณฑ์ของข้อ 53 วรรค 1 ด้วย เนื่องจากกฎหมายที่ 105 วรรค 1 กล่าวถึงกรณีรัฐภาคีและคณะมนตรีความมั่นคงเป็นผู้เสนอสถานการณ์ให้อัยการแล้วอัยการวินิจฉัยว่าไม่ควรเริ่มการสืบสวนฯ ในขณะที่วรรค 2 กล่าวถึงกรณีอัยการไม่ร้องขออำนาจเริ่มการสืบสวนสอบสวนต่อองค์คณะตุลาการพิจารณาเบื้องต้นซึ่งนำกฎหมายที่ 49 มาบังคับใช้กับกฎหมายที่ 105 วรรค 2 ด้วยอีกต่อหนึ่ง ทำให้ผู้เขียนมองว่าหากอัยการพิจารณาตามข้อ 15 โดยไม่พิจารณาประกอบกับข้อ 53 วรรค 1 และวินิจฉัยว่าไม่ขออำนาจเริ่มการสืบสวนฯ กรณีก็ไม่จำเป็นจะต้องมาบัญญัติวิธีการแจ้งให้ผู้ยื่นเรื่องทราบอีกในกฎหมายที่ 105 วรรค 2 เพราะสามารถใช้กฎหมายที่ 49 ว่าด้วยวิธีการแจ้งให้ผู้ยื่นเรื่องทราบถึงการไม่ขออำนาจเริ่มการสืบสวนฯ (ข้อ 15 วรรค 6) โดยตรงได้อยู่แล้ว กรณีจึงเห็นได้ว่าหากอัยการพิจารณาตามข้อ 53 แล้วไม่ขออำนาจเริ่มการสืบสวนฯ ก็จะเข้าวิธีการแจ้งตามกฎหมายที่ 105 วรรค 2 ซึ่งให้นำกฎหมายที่ 49 มาบังคับใช้อีกต่อหนึ่งประกอบกับข้อ 53 เป็นบททั่วไปของการเริ่มการสืบสวนสอบสวนในภาค 5 แห่งธรรมนูญฯ ดังนั้น การเริ่มการสืบสวนฯ ด้วยตนเอง (*proprio motu*) ที่ต้องขออำนาจจากองค์คณะตุลาการพิจารณาเบื้องต้นก็ต้องอยู่ภายใต้ข้อ 53 ด้วย เนื่องจากข้อ 53 ไม่ได้มีการระบุไว้ว่า “ภายใต้บังคับข้อ 15 ...” และข้อ 15 ต้องการบัญญัติถึงแค่อำนาจผู้เริ่มเสนอคดีเท่านั้นซึ่งก็คืออัยการที่ต้องมีกระบวนการร้องขออำนาจจากองค์คณะตุลาการพิจารณาเบื้องต้นด้วย

หากเป็นดังนี้ ผลก็คือ เมื่ออัยการมีคำวินิจฉัยว่าไม่ขออำนาจเริ่มการสืบสวนสอบสวนจากองค์คณะตุลาการพิจารณาเบื้องต้นตามหลักเกณฑ์ที่ 3 ที่เกี่ยวกับการคำนึงถึงความรุนแรงของอาชญากรรมและประโยชน์ของผู้เสียหายแล้ว มีเหตุผลที่มีหลักฐานสนับสนุนเพียงพอที่จะเชื่อ

⁹² Rule 49, Rules of Procedure and Evidence.

ว่าการสืบสวนสอบสวนนั้นจะไม่ก่อให้เกิดประโยชน์แห่งความยุติธรรม จึงไม่มีพื้นฐานสมเหตุสมผลที่จะดำเนินการสืบสวนฯ ก็ต้องมีการส่งเรื่องให้องค์คณะตุลาการพิจารณาเบื้องต้นทราบด้วย และองค์คณะตุลาการพิจารณาเบื้องต้นอาจริเริ่มทบทวนคำวินิจฉัยของอัยการได้เอง ซึ่งคำวินิจฉัยของอัยการก็จะมีผลต่อเมื่อองค์คณะตุลาการพิจารณาเบื้องต้นยืนยันคำวินิจฉัยนั้นแล้ว ตามข้อ 53 วรรค 1 ประกอบข้อ 53 วรรค 3 (b)

3.3.3 การสืบสวนสอบสวนของอัยการ (Investigation)⁹³

อัยการมีทั้ง “หน้าที่” (duties) และ “อำนาจ” (powers) เกี่ยวกับการสืบสวนสอบสวน (ดังจะเห็นได้จากชื่อหัวข้อเรื่องข้อ 54) โดยอัยการมีหน้าที่ต้องขยายการสืบสวนสอบสวน “ให้ครอบคลุมถึงข้อเท็จจริงและพยานหลักฐานทั้งหมดที่เกี่ยวข้องกับการประเมินว่ามีความรับผิดชอบทางอาญาตามธรรมนูญศาลฯ นี้หรือไม่ และในการดำเนินการเช่นนั้นให้สืบสวนสอบสวนพฤติการณ์ที่เกี่ยวข้องกับการกล่าวหาว่ากระทำผิด และการพ้นจากความรับผิดชอบอย่างเสมอภาคกัน” (ข้อ 54 วรรค 1) ถ้อยคำดังกล่าวมุ่งประสงค์ให้อัยการใช้ความเป็นกลางอย่างสูงสุด เพราะต้องหาพยานหลักฐานที่อาจพิสูจน์ให้จำเลยพ้นข้อหาด้วย แสดงให้เห็นว่าการทำงานของอัยการมีลักษณะที่ค่อนข้างเหมือนกับการทำหน้าที่ของศาลไต่สวน (juge d’instruction)⁹⁴ ที่ใช้อยู่ในระบบกฎหมายภาคพื้นยุโรปมากกว่าที่จะมีลักษณะมุ่งทำหน้าที่ฟ้องเอาผิดฝ่ายตรงข้ามดังที่ใช้อยู่ในระบบกฎหมายจารีตประเพณีหรือคอมมอนลอว์ ซึ่งตัวบทบัญญัติข้อ 54 เป็นหนึ่งในหลาย ๆ ตัวอย่างที่ผู้ร่างพยายามทำให้หลักวิธีพิจารณาของระบบกฎหมายคอมมอนลอว์กับของระบบโรมานโน-เยอรมานิกเกิดความสมดุลกันในธรรมนูญกรุงโรมฯ⁹⁴ ยิ่งไปกว่านั้น ธรรมนูญกรุงโรมฯ ฉบับที่ตีพิมพ์ในภาษาอื่นได้มีการบัญญัติกล่าวย่ำว่าอัยการต้องใช้ความระมัดระวังและความละเอียดอ่อนในการสืบสวนสอบสวนอาชญากรรมสงคราม อาชญากรรมต่อมนุษยชาติ และอาชญากรรมฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ไว้ในตัวบทบัญญัติข้อ 54 นี้อีกด้วย

นอกจากนี้ อัยการจะต้องคำนึงถึงพฤติการณ์ส่วนบุคคลของผู้เสียหายและพยานบุคคล และคำนึงถึงลักษณะของอาชญากรรมโดยเฉพาะในกรณีที่อาชญากรรมนั้นเกี่ยวข้องกับ ความรุนแรงทางเพศ การปฏิบัติที่รุนแรงต่อเพศ หรือความรุนแรงต่อเด็กตามข้อ 54 วรรค 1 (b)

⁹³ William A. Schabas, *supra note 1*, pp. 248-257.

⁹⁴ Morten Bergsmo and Pieter Kruger, “Article 54,” in *Triffterer, Commentary*, pp.715-25 at p.716, cited by William A. Schabas, *supra note 1*, p. 248.

อย่างไรก็ดี ในชั้นสืบสวนสอบสวนระดับระหว่างประเทศเช่นนี้แตกต่างกับการสืบสวนสอบสวนระดับภายในรัฐอยู่มาก กล่าวคือ ในระดับภายในรัฐนั้นอำนาจที่เกี่ยวกับการสืบสวนฯ ฟ้องร้องค่อนข้างให้อำนาจอิสระแก่เจ้าหน้าที่โดยอยู่ภายใต้กฎหมายภายในว่าด้วยเรื่องค้นและจับกุม แต่สำหรับการสืบสวนฯ ในระดับกระบวนการยุติธรรมระหว่างประเทศแล้ว อัยการต้องเข้าไปทำหน้าที่ดำเนินการสืบสวนสอบสวนในดินแดนของรัฐที่มีอำนาจอธิปไตย การสืบสวนฯ จึงต้องขึ้นอยู่กับระบบกฎหมายภายในว่าจะยินยอมให้อัยการเข้าไปทำการสืบสวนฯ หรือไม่ ยิ่งไปกว่านั้น การกระทำเช่นนี้จะยากขึ้นไปอีกหากรัฐเป้าหมายไม่ได้เป็นภาคีกับธรรมนูญกรุงโรมฯ หรือรัฐดังกล่าวไม่ยอมให้ความร่วมมือ ด้วยเกรงว่าการสืบสวนฯ จะเข้าไปแทรกแซงกิจการภายในของรัฐ

อำนาจของอัยการระหว่างที่มีการสืบสวนฯ ตามข้อ 54 วรรค 3 ได้แก่ (a) อัยการสามารถรวบรวมตรวจสอบพยานหลักฐาน และ (b) ขอให้บุคคลที่กำลังถูกสืบสวนสอบสวน ผู้เสียหายและพยานมาปรากฏตัวพร้อมกับการสอบถามบุคคลเหล่านั้นได้ นอกจากนี้ อัยการอาจ (c) แสวงหาความร่วมมือจากรัฐใดหรือองค์ระหว่างรัฐบาลใด หรือแม้แต่มีอำนาจ (d) จัดการทำข้อตกลงหรือความตกลงตามที่จำเป็นเพื่อให้ความร่วมมือดังกล่าวเป็นไปโดยสะดวกและอัยการยังสามารถ (e) ตกลงที่จะไม่เปิดเผยเอกสารหรือข้อมูลที่อัยการได้มาภายใต้เงื่อนไขเดียวคือ ต้องการให้เก็บเป็นความลับเพื่อความมุ่งประสงค์ให้เกิดพยานหลักฐานใหม่ ดังนี้ ผลของตัวบทในข้อ 54 วรรค 3 (e) ส่งผลให้เกิดการปกป้องคุ้มครองข้อมูลต่าง ๆ แม้จำเลยจะร้องขอให้เปิดเผยข้อมูลดังกล่าวแก่จำเลยก็ตาม

3.3.4 การจับกุม และการเรียกให้มาปรากฏตัว (Arrest and surrender)⁹⁵

ในเวลาใดก็ตามภายหลังจากเริ่มการสืบสวนสอบสวน ให้องค์คณะตุลาการพิจารณาเบื้องต้นออกหมายจับบุคคลตามคำขอของอัยการ (ข้อ 58) หลังจากนั้น ถ้าผู้ถูกกล่าวหาปรากฏตัวต่อศาลอาญาระหว่างประเทศก็ให้ทำการมอบสำเนา “เอกสารระบุข้อกล่าวหา” (a document containing the charges) ให้แก่จำเลยตามที่ระบุไว้ในข้อ 61 วรรค 3 (a) ประกอบกฎที่ 52 แห่งระเบียบวิธีพิจารณาความและพยานหลักฐาน⁹⁶ อนึ่ง ถ้อยคำที่ใช้เรียกเอกสารนี้ค่อนข้างแตกต่างกับคำที่เคยใช้ในศาลเฉพาะกิจต่าง ๆ (the ad hoc tribunals) ที่มักใช้คำว่า “คำฟ้อง” (indictment) ซึ่งต่างจากคำที่ใช้ในศาลอาญาระหว่างประเทศ

⁹⁵ William A. Schabas, *supra* note 1, pp. 257-269.

⁹⁶ Rule 52, Rules of Procedure and Evidence.

หากองค์คณะตุลาการพิจารณาเบื้องต้นตรวจสอบคำขอ และพยานหลักฐานหรือข้อมูลอื่นที่อัยการเสนอแล้วเป็นที่พอใจตามเงื่อนไขในข้อ 58 วรรค 1 อันได้แก่ (a) มีเหตุผลอันควรให้เชื่อได้ว่าบุคคลนั้นได้ประกอบอาชญากรรมภายในเขตอำนาจศาลฯ และ (b) มีความจำเป็นที่จะต้องจับกุมบุคคลนั้น นอกจากนี้ แทนที่จะขอออกหมายจับ อัยการอาจยื่นคำร้องขอให้องค์คณะตุลาการพิจารณาเบื้องต้นออกหมายเรียกให้บุคคลนั้นมาปรากฏตัวได้ (ข้อ 58 วรรค 7) เพื่อกำจัดอุปสรรคที่อาจขัดขวางการสืบสวนฯ หรือเพื่อป้องกันมิให้บุคคลดำเนินการใด ๆ ซึ่งต้องห้ามตามธรรมนูญกรุงโรมฯ โดยรายละเอียดของการจำกัดสิทธิเสรีภาพในการคุมขังปรากฏอยู่ในกฎที่ 117 แห่งระเบียบว่าด้วยวิธีพิจารณาความและพยานหลักฐาน⁹⁷

3.3.5 การมาปรากฏตัวต่อศาลและการปล่อยตัวชั่วคราว (Appearance before the Court and interim release)⁹⁸

บุคคลผู้ถูกกล่าวหาอาจมาปรากฏตัวต่อศาลได้ใน 2 กรณี ได้แก่ 1) โดยมีการส่งมอบตัวต่อศาลฯ หรือถูกจับกุม 2) มาเองด้วยความสมัครใจ หรือมาตามหมายเรียกตัว ซึ่งกฎที่ 121 วรรค 1 แห่งระเบียบวิธีพิจารณาความและพยานหลักฐาน⁹⁹ บัญญัติรายละเอียดไว้ว่า “บุคคลที่ถูกออกหมายจับหรือหมายเรียกให้มาปรากฏตัวตามข้อ 58¹⁰⁰ ต้องมาปรากฏตัวและแสดงตัวต่อศาลฯ ทันทีที่มาถึงศาลฯ โดยมีอัยการอยู่ด้วย และภายใต้บังคับบทบัญญัติในข้อ 60¹⁰¹ และข้อ 61¹⁰² แห่งธรรมนูญกรุงโรมฯ บุคคลผู้ถูกกล่าวหาต้องได้รับการคุ้มครองสิทธิเทียบเท่าสิทธิของจำเลยที่

⁹⁷ *Ibid.*

⁹⁸ William A. Schabas, *supra note 1*, pp. 269-272.

⁹⁹ Rule 121, Rules of Procedure and Evidence.

¹⁰⁰ กองแปล กรมสนธิสัญญาและกฎหมาย กระทรวงการต่างประเทศ, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 9*, น. 35.

ข้อ 58 การออกหมายจับหรือหมายเรียกให้มาปรากฏตัวโดยองค์คณะตุลาการพิจารณาเบื้องต้น

¹⁰¹ *เพิงอ้าง*, น. 36.

ข้อ 60 กระบวนการพิจารณาขั้นต้นในศาลอาญาระหว่างประเทศ

¹⁰² *เพิงอ้าง*, น. 36.

ข้อ 61 การยืนยันข้อกล่าวหาก่อนการพิจารณาคดีในศาลอาญาระหว่างประเทศ

บัญญัติไว้ในข้อ 67¹⁰³ แห่งธรรมนูญกรุงโรมฯ หนึ่ง ในการปรากฏตัวครั้งแรกนี้องค์คณะตุลาการพิจารณาเบื้องต้นต้องทำการกำหนดวันที่จะนั่งพิจารณายืนยันข้อกล่าวหา (ก่อนที่จะมีการพิจารณาคดีในศาลฯ) ซึ่งวันที่กำหนดดังกล่าวต้องประกาศให้ทราบต่อสาธารณชนหรือหากมีการเลื่อนวันตามวรรค 7 ก็ต้องลงประกาศเช่นเดียวกัน”

เมื่อบุคคลที่ถูกกล่าวหาปรากฏตัว องค์คณะตุลาการพิจารณาเบื้องต้นต้องมั่นใจว่าบุคคลนั้นได้รับแจ้งให้ทราบเกี่ยวกับอาชญากรรมที่ตนถูกกล่าวหาว่าก่อขึ้น และได้รับแจ้งสิทธิของตนตามธรรมนูญศาลฯ รวมถึงสิทธิในการขอให้ปล่อยตัวชั่วคราวในระหว่างการพิจารณาคดีในศาลฯ แล้ว (ข้อ 60 วรรค 1)

เมื่อผู้ถูกกล่าวหาซึ่งถูกส่งตัวมายังศาลฯ ได้มาปรากฏตัวต่อศาลฯ แล้ว ผู้ถูกกล่าวหาอาจยกประเด็นที่เกี่ยวกับการที่ตนได้รับการปฏิบัติที่ไม่ถูกต้องจากรัฐที่ทำการส่งตัวตนมาเสนอต่อศาลฯ ก็ได้ โดยผู้ถูกกล่าวหาคนแรกที่มาปรากฏตัวต่อศาลฯ ก็คือ Thomas Lubanga ซึ่งให้การว่า “ตนตกเป็นผู้เสียหายในการกักขังตัวโดยมิชอบในสาธารณรัฐประชาธิปไตยคองโกที่กักขังตนไว้ถึงสองปีครึ่งโดยไม่มีการแจ้งข้อกล่าวหาใด ๆ” และ Lubanga ได้ยกหลัก “การใช้กระบวนการพิจารณาของศาลไปในทางมิชอบ” (abuse of process) ขึ้นมาประกอบการกล่าวอ้างว่ามีการฝ่าฝืนสิทธิของเขาอย่างต่อเนื่องซึ่งศาลอาญาระหว่างประเทศต้องมีความรับผิดชอบโดย Lubanga ให้เหตุผลว่า “ด้วยเพราะการส่งมอบตัวมาให้แก่ศาลอาญาระหว่างประเทศนี้ ศาลอาญาระหว่างประเทศต้องรับรองสิทธิที่เขาควรจะได้รับจากการเยียวยาจากการกักขังควบคุมตัวโดยมิชอบ ซึ่งหากเป็นศาลแห่งสาธารณรัฐประชาธิปไตยคองโกหรือแม้แต่ระดับระหว่างประเทศอย่างคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนหรือศาลสิทธิมนุษยชนก็จะให้มีการเยียวยาดังกล่าวเช่นกัน แต่ศาลอาญาระหว่างประเทศกลับไม่รับรองให้มีการเยียวยาใด ๆ” องค์คณะตุลาการพิจารณาเบื้องต้น คณะที่ 1 (Pre-Trial Chamber I) วินิจฉัยยกคำคัดค้านดังกล่าวและให้เหตุผลว่าหลัก “การใช้กระบวนการพิจารณาของศาลไปในทางมิชอบ” (abuse of process) ไม่สามารถยกขึ้นมากล่าวอ้างได้ เว้นแต่กรณีที่เกิดกระบวนการดังกล่าวเป็นการดำเนินการร่วมกันระหว่างศาลอาญาระหว่างประเทศและอำนาจรัฐของสาธารณรัฐประชาธิปไตยคองโก หรือกรณีที่การฝ่าฝืนดังกล่าวอยู่ในระหว่างการดำเนินการที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการจับกุมหรือการส่งตัวบุคคลมายังศาลอาญาระหว่างประเทศโดยตรง

¹⁰³ เพิ่งอ้าง, น. 42.

ประกอบกับการฝ่าฝืนดังกล่าวต้องมีความร้ายแรงเทียบเท่า “การทรมานหรือการกระทำทารุณอย่างร้ายแรง” (torture or serious mistreatment) อีกด้วย¹⁰⁴

3.3.6 คำวินิจฉัยเกี่ยวกับเขตอำนาจศาลและการรับคดีไว้พิจารณา (Rulings on jurisdiction and admissibility)¹⁰⁵

ประเด็นเรื่องเขตอำนาจศาลและการรับคดีไว้พิจารณาเกิดขึ้นในหลายช่วงของกระบวนการพิจารณาในศาลอาญาระหว่างประเทศ ได้แก่ อัยการต้องประเมินในเบื้องต้นว่าข้อมูลที่อัยการได้มา มี “พื้นฐานสมเหตุสมผล” (reasonable basis) ที่จะเชื่อได้ว่าควรเริ่มการสืบสวนสอบสวนตามข้อ 53 วรรค 1 (a) - (c) หรือไม่, กรณีองค์คณะตุลาการพิจารณาเบื้องต้นต้องประเมินเขตอำนาจศาลและการรับคดีไว้พิจารณาก่อนการให้อำนาจเริ่มต้นการสืบสวนสอบสวนแก่อัยการหากอัยการเริ่มการสืบสวนสอบสวนด้วยตนเอง (*proprio motu*) ตามข้อ 15 วรรค 3, องค์คณะตุลาการพิจารณาเบื้องต้นจะต้องตรวจสอบคำขอและพยานหลักฐานหรือข้อมูลที่อัยการเสนอจนเป็นที่พอใจว่ามีเหตุผลอันควรให้เชื่อได้ว่าบุคคลนั้นได้ประกอบอาชญากรรมภายในเขตอำนาจศาลฯ ก่อนที่จะมีคำสั่งออกหมายจับตามข้อ 58 วรรค 1 (a) เป็นต้น อย่างไรก็ตาม คำวินิจฉัยเหล่านี้ล้วนแล้วแต่เป็นคำขอฝ่ายเดียว (*ex parte*) ทั้งหมด ดังนี้ ธรรมนูญกรุงโรมฯ จึงได้จัดให้มีกระบวนการพิจารณาพิเศษสำหรับการคัดค้านคำวินิจฉัยเกี่ยวกับเขตอำนาจศาลและการรับคดีไว้พิจารณาซึ่งอาจเกี่ยวข้องกับบุคคลผู้ถูกกล่าวหาหรือรัฐที่เสนอสถานการณ์หรือคณะมนตรีความมั่นคงหรือแม้กระทั่งผู้เสียหาย แล้วแต่กรณี

ธรรมนูญกรุงโรมฯ อนุญาตให้มีการยื่นคำคัดค้านในมูลเหตุเกี่ยวกับเขตอำนาจศาลฯ หรือการรับคดีไว้พิจารณาในกระบวนการพิจารณาเบื้องต้นของศาลที่เด่นชัดอยู่สองกรณี ได้แก่ 1) กระบวนการพิจารณาทำ “คำวินิจฉัยเบื้องต้นเกี่ยวกับการรับคดีไว้พิจารณา” (Preliminary rulings

¹⁰⁴ Lubanga (ICC-01/04-01/06), Decision on the Defence Challenge to the Jurisdiction of the Court Pursuant to Article 19 (2) (a) of the Statute, 3 October 2006, pp.9-10. Confirmed in Lubanga (ICC-01/04-01/06), Judgment on the Appeal of Mr Thomas Lubanga Dyilo against the Decision on the Defence Challenge to the Jurisdiction of the Court Pursuant to Article 19 (2) (a) of the Statute of 3 October 2006, 14 December 2006, cited by William A. Schabas, *supra note 1*, p. 270.

¹⁰⁵ See William A. Schabas, *supra note 1*, pp. 278-282.

regarding admissibility) (ข้อ 18) ใช้สำหรับการสืบสวนสอบสวนสถานการณ์ที่มาจากการเสนอของรัฐภาคีหรือมาจากการเริ่มสืบสวนฯ ด้วยตนเองของอัยการเท่านั้น 2) “การคัดค้านเขตอำนาจของศาลฯ หรือการคัดค้านการรับคดีไว้พิจารณา” (Challenges to the jurisdiction of the Court or the admissibility of a case) (ข้อ 19) ใช้ได้ทั่วไปสำหรับทุกคดีที่ขึ้นสู่ศาลฯ แล้ว แม้ว่าคดีนั้นจะเริ่มต้นมาจากการเสนอสถานการณ์โดยคณะมนตรีความมั่นคงฯ ก็สามารถใช้ได้ กรณีนี้อาจกล่าวได้ในอีกนัยยะหนึ่งว่า ข้อ 18 ใช้บังคับกับกรณีที่เป็น “สถานการณ์” (situations) ในขณะที่ข้อ 19 ใช้บังคับกับกรณีที่เป็น “คดี” (cases)

(ก) กระบวนพิจารณาทำ “คำวินิจฉัยเบื้องต้นเกี่ยวกับการรับคดีไว้พิจารณา” (Preliminary rulings regarding admissibility) ตามบทบัญญัติข้อ 18 แห่งธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศ

อัยการต้องแจ้งคำวินิจฉัยของตนเกี่ยวกับการเริ่มการสืบสวนสอบสวนทุกสถานการณ์ให้แก่สาธารณชนทราบ (ยกเว้นสถานการณ์ที่เสนอโดยคณะมนตรีความมั่นคงฯ) โดยต้องแจ้งแก่รัฐภาคีทั้งหมด และแจ้งบรรดารัฐซึ่งเมื่ออัยการคำนึงถึงข้อมูลที่มีอยู่สามารถพิจารณาได้ว่าโดยปกติรัฐนั้น ๆ จะใช้เขตอำนาจศาลฯ เหนืออาชญากรรมที่เกี่ยวข้อง โดยในทางปฏิบัติจะต้องมีการแจ้งรัฐที่เป็นเจ้าของดินแดนที่ความผิดได้กระทำลงและรัฐเจ้าของสัญชาติของผู้ถูกกล่าวหา ซึ่งอันที่จริงแล้วหากตีความบทบังคับดังกล่าวอย่างกว้าง ๆ อาจเกิดข้อโต้แย้งได้ว่าทุกรัฐในโลกก็จะต้องได้รับแจ้งเปรียบเทียบประหนึ่งว่าทุกรัฐอาจใช้เขตอำนาจศาลเหนือการกระทำความผิดตามหลักเขตอำนาจสากลได้เป็นปกติ

นอกจากนี้ การแจ้งให้แก่รัฐที่อาจใช้เขตอำนาจศาลภายในดังกล่าวทราบนั้น ธรรมนูญกรุงโรมฯ ได้กำหนดว่าอัยการอาจแจ้งโดยเป็นความลับก็ได้ และในกรณีที่อัยการเชื่อว่ามี ความจำเป็นที่จะต้องปกป้องบุคคล หรือป้องกันการทำลายพยานหลักฐาน หรือป้องกันการหลบหนีของบุคคล อัยการก็อาจแจ้งข้อมูลเพียงบางส่วนแก่รัฐดังกล่าวก็ได้ (ข้อ 18 วรรค 1) ซึ่งก็คงมีบางรัฐที่มีเขตอำนาจศาลเหนือคดีใดคดีหนึ่งให้ความร่วมมือกับผู้ต้องสงสัยที่กระทำความผิดในคดีนั้น ๆ ก็เป็นได้ อย่างไรก็ตาม อาจเร็วเกินไปที่จะประเมินบทบังคับนี้ในแง่ลบ เนื่องจากในอดีตศาลระหว่างประเทศเฉพาะกิจต่าง ๆ (the ad hoc tribunals) ก็สามารถจับกุมผู้ต้องสงสัย รวมถึงได้พยานหลักฐานและสามารถคุ้มครองพยานบุคคลได้ ทั้ง ๆ ที่ก็ต้องแจ้งข้อเท็จจริงดังกล่าว เช่นเดียวกันซึ่งข้อมูลต่าง ๆ นั้นก็เป็นที่ทราบกันทั่วไปอยู่แล้ว

ภายในหนึ่งเดือนหลังจากที่รัฐได้รับแจ้งจากอัยการ รัฐนั้น ๆ อาจแจ้งต่อศาลฯ ว่า รัฐกำลังทำการสืบสวนสอบสวนหรือได้ดำเนินการสืบสวนสอบสวนคนชาติตนหรือบุคคลอื่น ๆ ที่อยู่ในเขตอำนาจของตนต่อการกระทำทางอาญาดังกล่าวแล้ว กล่าวคือ เป็นการแจ้งว่าศาล

อาญาระหว่างประเทศไม่สามารถรับสถานการณ์ดังกล่าวไว้พิจารณาได้ตามหลักการเสริมเขตอำนาจศาลภายในของรัฐ (ข้อ 17) นั่นเอง เมื่ออัยการได้รับการแจ้งกลับมาเช่นนี้ประกอบกับมีคำร้องขอจากรัฐดังกล่าว อัยการก็ไม่สามารถดำเนินการสืบสวนสอบสวนบุคคลเหล่านั้นได้ เว้นแต่องค์คณะตุลาการพิจารณาเบื้องต้นตัดสินอนุญาตให้อัยการดำเนินการสืบสวนฯ ตามคำร้องขอของอัยการ (ข้อ 18 วรรค 1) ดังนั้นเมื่ออัยการได้รับแจ้งจากรัฐ อัยการก็ต้องเป็นผู้ยื่นคำร้องต่อองค์คณะตุลาการพิจารณาเบื้องต้นให้มี “คำวินิจฉัยเบื้องต้นเกี่ยวกับการรับคดีไว้พิจารณา” (preliminary ruling on admissibility) และหากองค์คณะตุลาการพิจารณาเบื้องต้นยกคำร้องของอัยการ อัยการก็สามารถพิจารณาทบทวนเรื่องดังกล่าวได้เมื่อพ้น 6 เดือนนับจากวันที่ยอมให้รัฐดำเนินการสืบสวนสอบสวน หรืออาจทบทวน ณ เวลาใดก็ได้หากมีข้อเท็จจริงหรือพยานหลักฐานชุดใหม่ที่จะชี้ให้เห็นว่ามีการเปลี่ยนแปลงที่สำคัญของพฤติการณ์

รัฐที่เกี่ยวข้องหรืออัยการอาจอุทธรณ์คำวินิจฉัยขององค์คณะตุลาการพิจารณาเบื้องต้นต่อองค์คณะตุลาการอุทธรณ์ได้ อย่างไรก็ตามอัยการสามารถใช้มาตรการต่าง ๆ ที่ธรรมนูญกรุงโรมฯ บัญญัติรับรองไว้ได้ในกรณีที่มีความประสงค์ที่จะคุ้มครองพยานหลักฐานในขณะที่มีการดำเนินการในชั้นวินิจฉัยเบื้องต้นเกี่ยวกับการรับคดีไว้พิจารณาตามข้อ 18

(ข) กระบวนพิจารณา “การคัดค้านเขตอำนาจของศาลฯ หรือการคัดค้านการรับคดีไว้พิจารณา” (Challenges to the jurisdiction of the Court or the admissibility of a case) ตามบทบัญญัติข้อ 19 แห่งธรรมนูญกรุงโรมฯ

การยื่นคำคัดค้านในมูลเหตุเกี่ยวกับเขตอำนาจศาลฯ หรือการรับคดีไว้พิจารณาในกระบวนพิจารณาเบื้องต้นในกรณีที่ 2 ซึ่งบัญญัติไว้ในข้อ 19 นี้สามารถใช้ได้กับทุกคดีที่ขึ้นศาลฯ และแม้ว่าจะเป็นคดีที่มาจากกรณีโดยคณะมนตรีความมั่นคงแห่งสหประชาชาติด้วยก็ตาม หากมองในเรื่องประเภทปัญหาแล้วข้อ 19 จะกว้างกว่าข้อ 18 ค่อนข้างมาก เพราะข้อ 19 สามารถตรวจสอบได้ทุกประเด็นที่เป็นมูลเหตุเรื่องเขตอำนาจศาลและการรับคดีไว้พิจารณา แต่หากมองอีกมุมหนึ่งก็อาจดูว่าแคบกว่าก็ได้ เพราะข้อ 19 ครอบคลุมเพียงแค่การตรวจสอบ “คดี” (cases) ไม่ครอบคลุมไปถึงการตรวจสอบตัว “สถานการณ์” (situations)

กฎที่ 58 แห่งระเบียบว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีและพยานหลักฐาน¹⁰⁶ ได้บัญญัติรายละเอียดในการดำเนินกระบวนพิจารณาว่าด้วยเรื่อง “คำคัดค้านหรือปัญหา” (a challenge or question) ที่เกี่ยวกับเขตอำนาจศาลหรือการรับคดีไว้พิจารณาตามข้อ 19 แห่งธรรมนูญกรุงโรมฯ

¹⁰⁶ Rule 58, Rules of Procedure and Evidence.

ไว้ ซึ่งกฎที่ 58 ได้แบ่งแยกการใช้ถ้อยคำเพื่อที่จะได้ทราบว่ากรณีประเด็นดังกล่าวถูกเสนอขึ้นมา โดยผู้ใด กล่าวคือ หากรัฐภาคีเป็นผู้เสนอประเด็นปัญหา จะเรียกว่า “คำคัดค้าน” (challenge) แต่หากเป็นกรณีที่ศาลฯ ได้ยกประเด็นขึ้นมาวินิจฉัยเองจะเรียกว่า “ปัญหา” (question) เนื่องจากข้อ 19 วรรค 1 แห่งธรรมนูญกรุงโรมฯ บัญญัติว่าศาลฯ ต้องมั่นใจว่าตนมีเขตอำนาจเหนือคดีที่มีการนำขึ้นสู่ศาลฯ ซึ่งไม่จำเป็นว่าต้องมีการยื่นคำร้องเข้ามาคัดค้านในประเด็นนี้หรือไม่ เพราะเรื่องเขตอำนาจศาลฯ เป็นอำนาจที่ศาลต้องมีอยู่แล้วเป็นปกติวิสัยไม่ว่าจะพิจารณาคดีใด หากไม่มีเขตอำนาจศาลแล้ว องค์การทางตุลาการก็ไม่ควรดำเนินกระบวนการพิจารณาเพียงเพราะเหตุผลเรื่องความยินยอมของภาคีสมาชิกเท่านั้น¹⁰⁷ ต่อมา ด้วยการริเริ่มของศาลฯ เอง ศาลฯ “อาจ” (may) วินิจฉัยเรื่องความสามารถในการรับคดีไว้พิจารณาตามหลักเกณฑ์ในข้อ 17 แห่งธรรมนูญฯ ก็ได้ เช่น วินิจฉัยว่าศาลไม่สามารถรับคดีไว้พิจารณาได้เพราะขัดกับหลักเสริมเขตอำนาจศาลภายในรัฐ หรือคดีไม่มีน้ำหนักเพียงพอที่จะเป็นเหตุผลให้ศาลฯ ดำเนินคดีต่อไปได้ กล่าวในอีกนัยยะหนึ่งได้ว่า ขั้นตอนแรก ข้อ 19 แห่งธรรมนูญฯ บังคับให้ศาลฯ ทำคำวินิจฉัยในเรื่องเขตอำนาจศาลฯ เสียก่อน หลังจากนั้นแล้ว ศาลฯ จะวินิจฉัยในเรื่องความสามารถในการรับคดีไว้พิจารณา (ข้อ 58 วรรค 4 แห่งระเบียบว่าด้วยวิธีพิจารณาความและพยานหลักฐาน) หรือไม่ก็ได้

รัฐสามารถคัดค้านเขตอำนาจศาลอาญาระหว่างประเทศได้หากว่ารัฐนั้นมีเขตอำนาจเหนือคดีที่นำขึ้นสู่ศาลฯ และอยู่ระหว่างการสืบสวนสอบสวนหรือฟ้องร้องคดีอยู่ หรือปัจเจกบุคคลก็สามารถคัดค้านได้ ในกรณีที่ปัจเจกบุคคลผู้กระทำผิดนั้นถูกพิพากษาคดีในการกระทำนั้นแล้ว (ข้อ 19 วรรค 2) เพราะศาลฯ ไม่สามารถพิจารณาลงโทษซ้ำในการกระทำเดียวกันนั้นอีก (*ne bis in idem*) เว้นเสียแต่ว่า การดำเนินกระบวนการพิจารณานั้นมีขึ้นเพื่อปกป้องบุคคลให้พ้นความรับผิดชอบทางอาญา หรือกระบวนการนั้นเป็นไปอย่างไม่มีอิสระ ไม่เป็นกลางตามบรรทัดฐานของกระบวนการที่ได้รับการยอมรับทางกฎหมายระหว่างประเทศ

การคัดค้านเขตอำนาจของศาลอาญาระหว่างประเทศหรือการรับคดีไว้พิจารณาตามข้อ 19 นี้ รัฐที่มีเขตอำนาจอาจทำได้เพียงครั้งเดียวในช่วงก่อนหรือขณะเริ่มการพิจารณาคดี แต่ศาลอาจนุญาตให้คัดค้านมากกว่าหนึ่งครั้งหรือคัดค้านหลังการเริ่มพิจารณาคดีไปแล้ว หาก

¹⁰⁷ Christopher K. Hall, “Article 19”, in Otto Triffterer, ed., Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court: Observers’ Notes, Article by Article, Baden-Baden: Nomos, 1999, pp.403-18 at p.407, cited by William A. Schabas, *supra* note 1, p. 280.

พบว่าบุคคลที่เกี่ยวข้องนั้นได้ถูกพิจารณาดีในการกระทำเดียวกันกับที่ถูกกล่าวหาแล้ว (ข้อ 19 วรรค 4) การคัดค้านดังกล่าวจะมีผลให้อัยการต้องระงับการสืบสวนสอบสวนคดีนั้นไว้จนกว่าศาลฯ จะมีคำวินิจฉัยเกี่ยวกับการรับคดีไว้พิจารณาออกมา (ข้อ 19 วรรค 7) ทั้งนี้ ก็เพื่อความเป็นธรรมในการใช้เขตอำนาจของศาลฯ ในคดีดังกล่าว อีกทั้งยังเป็นการเคารพอำนาจอธิปไตยของรัฐในการดำเนินคดีนั้นด้วย¹⁰⁸

3.4 อำนาจหน้าที่ขององค์คณะตุลาการพิจารณาเบื้องต้น (Pre-Trial Chamber)

ข้อ 39 วรรค 2 (b) (3) แห่งธรรมนูญศาลฯ กำหนดให้ผู้พิพากษาสามคนของกองพิจารณาเบื้องต้น หรือผู้พิพากษาคนเดียวของกองดังกล่าว ดำเนินภารกิจขององค์คณะตุลาการพิจารณาเบื้องต้นตามธรรมนูญศาลฯ และระเบียบว่าด้วยวิธีพิจารณาความและพยานหลักฐาน โดยหน้าที่และอำนาจขององค์คณะตุลาการพิจารณาเบื้องต้นได้ถูกกำหนดไว้ในข้อ 57 ซึ่งมีหน้าที่และบทบาทหลายประการ ซึ่งมีหน้าที่หลัก ๆ ดังนี้¹⁰⁹

3.4.1 องค์คณะตุลาการพิจารณาเบื้องต้นมีอำนาจอนุญาตให้อัยการเริ่มต้นการสืบสวนสอบสวนได้ตามข้อ 15 วรรค 4 และมีอำนาจทบทวนคำวินิจฉัยของอัยการที่ไม่ดำเนินการสืบสวนสอบสวนหรือฟ้องร้องดำเนินคดี ตามข้อ 53 วรรค 3 ที่ได้กล่าวมาแล้วในหัวข้อ 3.3.1 และ 3.3.2 ตามลำดับ¹¹⁰

ในข้อ 15 ได้กำหนดให้อัยการผู้ซึ่งมีข้อมูลพยานหลักฐานที่เพียงพอ และประสงค์ที่จะเริ่มต้นการสืบสวนสอบสวนต่อไปนั้น อัยการจำเป็นที่จะต้องยื่นคำร้องต่อองค์คณะตุลาการ

¹⁰⁸ รินทรีธยา เขียวริติกุล, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่* 39, น. 47-48.

¹⁰⁹ Olympia Bekou, "Pre-Trial Procedures Before the International Criminal Court," pp. 1-6. Retrieved March 13, 2009, from <http://www.isrc.org/Papers/2006/Bekou.pdf>

¹¹⁰ Sylvia de Bertodano, "Judicial Independence in the International Criminal Court," 15 *Leiden Journal of International Law*, (2002), pp. 426-427. Retrieved June 15, 2008, from <http://journals.cambridge.org/action/displayAbstract?fromPage=online&aid=208121>

พิจารณาเบื้องต้นซึ่งประกอบไปด้วยผู้พิพากษา 3 นาย เพื่อที่จะอนุญาตและให้อำนาจในการสืบสวนสอบสวนแก่อัยการ หากองค์คณะตุลาการดังกล่าวยกคำร้องหรือไม่อนุญาต การสืบสวนสอบสวนก็จะดำเนินต่อไปไม่ได้เลย ในขณะที่ในข้อ 53 องค์คณะตุลาการพิจารณาเบื้องต้นมีอำนาจที่จะสั่งให้อัยการดำเนินการสืบสวนสอบสวนได้แม้อัยการได้วินิจฉัยแล้วว่าไม่มีข้อมูลพื้นฐานที่เพียงพอแก่การสืบสวนสอบสวน หรือการฟ้องร้องดำเนินคดี

ดังนั้น องค์คณะตุลาการพิจารณาเบื้องต้นมีบทบาทสำคัญมากในกรณีที่จะชี้ขาดว่าปัจเจกชนผู้ใดจะถูกนำตัวมาพิจารณาคดีโดยศาลฯ หรือไม่ ซึ่งต่างจากศาลเฉพาะกิจ (Ad Hoc Tribunals) ในอดีตที่อำนาจในการตัดสินใจอยู่กับอัยการเท่านั้นซึ่งมีความเป็นอิสระเต็มที่ ประเด็นดังกล่าวนี้ทำให้เกิดความกังวลในเรื่องความเป็นอิสระขององค์คณะดังกล่าวอยู่เป็นอันมาก เนื่องจากมีแนวคิดว่าองค์คณะตุลาการฯ ไม่ควรจะมีอำนาจตัดสินใจในเรื่องดังกล่าว เพราะสุ่มเสี่ยงในการได้รับความกดดันทางด้านการเมือง

3.4.2 องค์คณะตุลาการพิจารณาเบื้องต้นมีหน้าที่ประกันสิทธิของบุคคลและของผู้เสียหายในระหว่างการพิจารณาคดีเบื้องต้น

หน้าที่ในการประกันสิทธิของบุคคลที่เกี่ยวข้องและของผู้เสียหายในระหว่างการทำหน้าที่พิจารณาเบื้องต้นขององค์คณะตุลาการพิจารณาเบื้องต้น (Pre-Trial Chamber) มีอยู่ด้วยกันหลายประการ ขอยกตัวอย่างพอสังเขป ดังนี้

(ก) การประกันสิทธิบุคคลระหว่างดำเนินกระบวนการพิจารณาขั้นต้นในศาลฯ (ข้อ 60)¹¹¹

เมื่อมีการส่งมอบตัวบุคคลผู้ถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิดต่อศาลฯ หรือบุคคลนั้นได้มาปรากฏตัวต่อศาลด้วยความสมัครใจ หรือตามหมายเรียกตัว องค์คณะตุลาการพิจารณาเบื้องต้นต้องมั่นใจว่าบุคคลนั้นได้รับแจ้งให้ทราบเกี่ยวกับอาชญากรรมที่ตนถูกกล่าวหาว่าก่อขึ้น และสิทธิของตนตามธรรมนูญศาลฯ ซึ่งเป็นเรื่องที่สำคัญที่เดียวในช่วงเวลาที่ศาลฯ จะสามารถตรวจสอบได้ว่าสิทธิของบุคคลดังกล่าวได้ถูกละเมิดหรือไม่ระหว่างที่ถูกจับกุม หรือให้การรับสารภาพ ในประเด็นนี้ Professor Bekou¹¹² ได้ชี้ให้เห็นถึงจุดเชื่อมโยงกับบทบัญญัติใน

¹¹¹ Olympia Bekou, *supra note* 109, pp. 2-3.

¹¹² อาจารย์ประจำโรงเรียนกฎหมาย มหาวิทยาลัยนอตติงแฮมแห่งสหราชอาณาจักร

ธรรมนูญศาลฯ อันว่าด้วยเรื่องค่าสินไหมทดแทนแก่ผู้ที่ถูกจับหรือผู้ต้องคำพิพากษาว่ามีความผิด (ข้อ 85) โดยถ้าการกระทำที่ไม่ถูกต้องตามกฎหมายดังกล่าวได้เกิดขึ้นจริง รัฐผู้ดำเนินการควรส่งตัวบุคคลดังกล่าวให้ศาลฯ พิจารณาในเรื่องดังกล่าวต่อไป

(ข) การปล่อยตัวชั่วคราว (Interim Release)¹¹³

หลังจากเริ่มกระบวนการพิจารณาขึ้นต้นโดยองค์คณะตุลาการพิจารณาเบื้องต้นแล้ว บุคคลที่ถูกออกหมายจับอาจร้องขอต่อองค์คณะตุลาการพิจารณาเบื้องต้นให้ปล่อยตัวชั่วคราวได้ ในระหว่างการพิจารณาคดี (ข้อ 60) ซึ่งอาจเป็นเรื่องแปลกสำหรับผู้ที่คุ้นเคยกับระบบกฎหมายซีวิลลอว์ เพราะผู้ถูกจับในการถูกกล่าวหาว่ากระทำคามผิดอาญาที่ตกอยู่ในอำนาจของศาลฯ อันมีอำนาจพิจารณาคดีอาญาร้ายแรงแล้วแต่กลับได้รับการปล่อยตัวไประหว่างการพิจารณาคดีได้ สิ่งใดจะประกันได้ว่าบุคคลนั้นจะไม่หลบหนีและผู้เสียหายหรือพยานจะได้รับอันตรายหรือไม่

สิทธิการได้รับการปล่อยตัวชั่วคราวนี้ปรากฏอยู่ในธรรมนูญฯ อย่างไรก็ตาม กรณีไม่ได้หมายความว่า จะได้รับอนุญาตโดยอัตโนมัติ หากองค์คณะตุลาการพิจารณาเบื้องต้นได้พิจารณาเงื่อนไขในข้อ 58 วรรค 1 แล้วมีความมั่นใจว่ามีเงื่อนไขตามนั้น (ซึ่งเป็นเงื่อนไขเดียวกับการพิจารณาในการออกหมายจับหรือหมายเรียกให้มาปรากฏตัวโดยองค์คณะตุลาการพิจารณาเบื้องต้น) บุคคลดังกล่าวก็จะถูกกักขังต่อไป โดยเงื่อนไขดังกล่าว มีดังนี้คือ มีเหตุผลอันควรเชื่อได้ว่าบุคคลนั้นได้ประกอบอาชญากรรมภายในเขตอำนาจศาลฯ และการจับกุมนั้นเป็นความจำเป็นเพื่อ (1) ประกันว่าบุคคลนั้นจะมาปรากฏตัวในการพิจารณาคดี (2) ประกันว่าบุคคลนั้นจะไม่ขัดขวาง หรือก่อให้เกิดความเสียหายต่อการสืบสวนสอบสวน หรือกระบวนการพิจารณาของศาลฯ (3) ป้องกันไม่ให้บุคคลนั้นประกอบอาชญากรรมนั้นต่อไป หรือประกอบอาชญากรรมที่เกี่ยวข้อง ซึ่งอยู่ภายในเขตอำนาจศาลฯ และที่เกิดขึ้นจากพฤติการณ์เดียวกัน

Professor Bekou มองว่าการขอปล่อยตัวไม่ใช่เรื่องที่จะมีการอนุญาตได้ง่าย ๆ อย่งไรก็ดี หากองค์คณะตุลาการพิจารณาเบื้องต้นพิจารณาในเรื่องเงื่อนไขดังกล่าวแล้ว ยังไม่เป็นที่พอใจขององค์คณะดังกล่าว ก็ต้องมีคำสั่งปล่อยตัวโดยมีหรือไม่มีเงื่อนไขก็ได้ ตามข้อ 60 วรรค 2 ซึ่งดูเหมือนว่าการร้องขอที่ค่อนข้างเข้มงวดดังกล่าวนี้ต้องสอดคล้องกับข้อ 60 วรรค 4 ที่บัญญัติว่า “องค์คณะตุลาการพิจารณาเบื้องต้นต้องประกันว่าบุคคลจะไม่ถูกกักขังเป็นระยะเวลาเกินสมควร

¹¹³ Olympia Bekou, *supra note* 109, pp. 3-6.

ก่อนมีการพิจารณาคดี เนื่องจากความล่าช้าโดยไม่มีเหตุอันควรของอัยการ” ซึ่งหากเกิดความล่าช้าดังกล่าวขึ้น ศาลฯ ต้องพิจารณาปล่อยตัวบุคคลนั้นไปโดยมีหรือไม่มีเงื่อนไขก็ได้

การอ้างถึง “ระยะเวลาที่ถูกกักขังเกินสมควร” อันเนื่องมาจากความล่าช้า “โดยไม่มีเหตุอันควร” ของอัยการนี้เป็นประเด็นที่สำคัญ อย่างไรก็ตาม ธรรมนูญฯ ไม่ได้ระบุไว้ว่าระยะเวลายาวนานเพียงใดจึงจะพิจารณาได้ว่าเกินสมควร หรืออย่างไรจะพิจารณาได้ว่าความล่าช้านั้นเกิดขึ้นโดยไม่มีเหตุอันควร ซึ่งเรื่องนี้สามารถตัดสินได้จากข้อเท็จจริงที่เป็นการกระทำของอัยการเอง (*in concreto*) โดย Professor Bekou คิดว่าบทบัญญัติในเรื่องการปล่อยตัวชั่วคราวนี้มีขึ้นเพื่อเป็นการประกันสิทธิของบุคคลในการพิจารณาคดีในศาลฯ และเป็นเครื่องเตือนใจให้แก่อัยการด้วยว่าต้องดำเนินกระบวนการอย่างมีประสิทธิภาพอันเป็นเรื่องที่มีความสำคัญยิ่ง โดยการได้รับสิทธิปล่อยตัวชั่วคราวในชั้นกระบวนการพิจารณาคดีขั้นต้นนี้ เป็นการซึ่งน้ำหนักอย่างระมัดระวังระหว่างสิทธิของผู้ถูกกล่าวหา กับการเคารพเรื่องการดำเนินคดีด้วยความยุติธรรม

นอกจากที่ได้ยกตัวอย่างในข้อ (ก) และ (ข) นี้แล้ว หน้าทีขององค์คณะตุลาการพิจารณาเบื้องต้นในการประกันสิทธิของบุคคลและผู้เสียหายยังมีกำหนดไว้อีกในเรื่องการเปิดเผยพยานหลักฐาน (ข้อ 67), การยืนยันข้อกล่าวหาก่อนการพิจารณาคดีในศาล (ข้อ 61) เป็นต้น

(ค) การยืนยันข้อกล่าวหาก่อนการพิจารณาคดีในศาล (Confirmation Hearing)

ตามข้อ 61 วรรค 1¹¹⁴

องค์คณะตุลาการพิจารณาเบื้องต้นจะต้องนั่งพิจารณาเพื่อยืนยันข้อกล่าวหาที่อัยการประสงค์จะให้มีการพิจารณาคดี (ข้อ 61 วรรค 1) โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อปกป้องสิทธิของจำเลยไม่ให้มีการกล่าวหาจำเลยอย่างลอย ๆ หรือมีการบิดเบือนข้อกล่าวหา¹¹⁵ ในการนั่งพิจารณาในขั้นนี้ อัยการจะต้องสนับสนุนข้อหาแต่ละข้อด้วยพยานหลักฐานที่เพียงพอที่ทำให้เกิดเหตุผลที่มีหลักฐานสนับสนุนอันควรเชื่อได้ว่าบุคคลนั้นได้ประกอบอาชญากรรมตามข้อกล่าวหา อัยการอาจอ้างพยานเอกสารหรือพยานแบบสรุป และยังไม่จำเป็นต้องเรียกพยานที่จะมาเบิกความในชั้นพิจารณาคดีในศาล (ข้อ 61 วรรค 5)

ภายในระยะเวลาอันสมควรก่อนมีการนั่งพิจารณาคดีเพื่อยืนยันข้อกล่าวหาให้ “บุคคล” (person) ดังกล่าวได้รับสำเนา “เอกสารซึ่งระบุข้อกล่าวหาที่อัยการประสงค์จะนำบุคคล

¹¹⁴ William A. Schabas, *supra note* 1, pp. 273-274.

¹¹⁵ Lubanga (ICC-01/04-01/06), Décision sur la confirmation des charges, 29 January 2007, para. 37, cited by William A. Schabas, *supra note* 1, p. 273.

นั้นไปพิจารณาคดีในศาล” ตามข้อ 61 วรรค 3 (a) โดยมีการบัญญัติเรื่องรายละเอียดของเอกสารดังกล่าวอยู่ในกฎที่ 52 แห่งระเบียบว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศ ซึ่งระบุว่า “เอกสารซึ่งระบุข้อกล่าวหาตามข้อ 61 ต้องประกอบไปด้วย (a) ชื่อเต็มของบุคคลและข้อมูลเกี่ยวข้องอื่นที่สามารถระบุตัวบุคคลดังกล่าวได้ (b) คำแถลงข้อเท็จจริง ได้แก่ วัน เวลา สถานที่ซึ่งเกิดการกระทำความผิด อีกทั้งข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายที่เพียงพออันจะทำให้เข้าใจได้ว่าเป็นเหตุผลที่ต้องนำบุคคลมาดำเนินคดีในศาล รวมไปถึงข้อเท็จจริงที่เกี่ยวข้องสำหรับการใช้เขตอำนาจศาล (c) ข้อเท็จจริงทั้งหลายที่อ้างว่าบุคคลได้กระทำความผิดตามประเภทอาชญากรรมในข้อ 6, ข้อ 7 หรือข้อ 8 แห่งธรรมนูญกรุงโรมฯ และตามหลักความรับผิดชอบทางอาญาของบุคคลตามข้อ 25 และ 28 แห่งธรรมนูญกรุงโรมฯ”

อย่างไรก็ดี สังเกตได้ว่าธรรมนูญกรุงโรมฯ จะใช้คำว่า “บุคคล” (person) เนื่องจากต้องการหลีกเลี่ยงที่จะใช้คำว่า “จำเลย” (accused) ไปจนกว่าขั้นตอนการยืนยันข้อกล่าวหาก่อนการพิจารณาคดีในศาลจะเสร็จสิ้น¹¹⁶

โดยหลักทั่วไปแล้วการนั่งพิจารณายืนยันข้อกล่าวหาก่อนการพิจารณาคดีจะพิจารณาโดยเปิดเผย¹¹⁷ แต่ในหลายขั้นตอนของกระบวนการพิจารณาในชั้นยืนยันดังกล่าวอาจ

¹¹⁶ การนั่งพิจารณาเพื่อยืนยันข้อกล่าวหา (ก่อนการพิจารณาคดีในศาล) ครั้งแรกของศาลอาญาระหว่างประเทศ คือการพิจารณาเพื่อยืนยันข้อกล่าวหาในคดีที่ Thomas Lubanga เป็นผู้ถูกกล่าวหา ปรากฏว่าสำนักทะเบียนตีพิมพ์ข้อความในเอกสารว่า Lubanga อยู่ในฐานะ “จำเลย (accused)” ซึ่งองค์คณะตุลาการพิจารณาเบื้องต้น คณะที่ 1 (Pre-Trial Chamber I) ได้ทำการดำเนินสำนักทะเบียน และท่านผู้พิพากษา Jorda ก็มีคำสั่งให้สำนักทะเบียนแก้ไขให้ถูกต้องและทำหนังสือเวียนเพื่อให้สาธารณชนรับทราบด้วย

Lubanga (ICC-01/04-01/06), Transcribed, 10 November 2006, cited by William A. Schabas, *supra note 1*, p. 273.

¹¹⁷ Lubanga (ICC-01/04-01/06), Ordonnance autorisant la prise de photographies à l'audience du 9 novembre 2006, 6 November 2006, cited by William A. Schabas, *supra note 1*, p. 274.

ดำเนินการพิจารณาโดยลับเพื่อที่จะปกป้องพยาน¹¹⁸ ซึ่งตามปกติแล้วการนั่งพิจารณายืนยันข้อกล่าวหานี้ บุคคลที่ถูกกล่าวหาจะต้องปรากฏตัวในศาลพร้อมกับทนายความ อย่างไรก็ตาม มีข้อยกเว้นอนุญาตให้องค์คณะตุลาการพิจารณาเบื้องต้นอาจพิจารณายืนยันข้อกล่าวหาลับหลังบุคคลที่ถูกกล่าวหาได้โดยตัวอัยการเป็นผู้ร้องขอหรือการริเริ่มขององค์คณะตุลาการพิจารณาเบื้องต้นก็ได้ เนื่องจากการพิจารณาฝ่ายเดียวโดยบุคคลที่ถูกกล่าวหาไม่ได้มาปรากฏตัวในศาลฯ เพื่อยืนยันข้อกล่าวหาสามารถอำนวยความสะดวกได้เพียงพอหากผู้ถูกกล่าวหาสละสิทธิการมาปรากฏตัวของตน หรือกรณีบุคคลนั้นหลบหนีหรือไม่พบตัว ซึ่งในกรณีหลบหนีนี้ องค์คณะตุลาการพิจารณาเบื้องต้นต้องพิจารณาแล้วเห็นว่าได้มีการดำเนินการตามขั้นตอนที่สมควรทั้งปวง เพื่อประกันการมาปรากฏตัวของบุคคลนั้นต่อศาล และแจ้งข้อกล่าวหาต่อบุคคลนั้นแล้วว่าจะมีการนั่งพิจารณาคดีเพื่อยืนยันข้อกล่าวหาเหล่านั้น นอกจากนี้ หากมีการพิจารณาโดยบุคคลที่ถูกกล่าวหาไม่ได้มาปรากฏตัว ศาลฯ อาจอนุญาตให้บุคคลดังกล่าวมีทนายความเป็นตัวแทนเมื่อองค์คณะตุลาการพิจารณาเบื้องต้นวินิจฉัยแล้วว่าเพื่อประโยชน์แห่งความยุติธรรม (ข้อ 61 วรรค 2 แห่งธรรมนูญกรุงโรมฯ และกฎที่ 121-126 แห่งระเบียบว่าด้วยวิธีพิจารณาความและพยานหลักฐาน)

3.4.3 องค์คณะตุลาการพิจารณาเบื้องต้นอาจได้ทำหน้าที่ที่เรียกว่า “โอกาสด้านการสืบสวนสอบสวนเพียงครั้งเดียว” ตามข้อ 56

ถ้ามีการพิจารณาว่าเป็นโอกาสเพียงครั้งเดียวซึ่งต่อไปอาจไม่มีอีกในการได้มาซึ่งคำเบิกความของพยาน หรือการที่จะตรวจสอบรวบรวมหรือพิสูจน์พยานหลักฐานเพื่อประโยชน์ของการพิจารณาคดีในศาล ข้อ 56 จึงให้อำนาจขององค์คณะตุลาการพิจารณาเบื้องต้นในการทำหน้าที่ที่เรียกว่า “โอกาสด้านการสืบสวนสอบสวนเพียงครั้งเดียว” (Role of the Pre-Trial Chamber in relation to a unique investigative opportunity) ธรรมนูญศาลฯ อนุญาตให้มีกรณีนี้ได้สำหรับ

¹¹⁸ Lubanga (ICC-01/04-01/06), Decision on the schedule and Conduct of the Confirmation Hearing, 7 November 2006, cited by William A. Schabas, *supra note* 1, p. 274.

พยานหรือหลักฐานที่อาจไม่มีโอกาสที่จะนำพยานหรือหลักฐานมาพิจารณาคดีในศาลได้อีกแล้ว ยกตัวอย่างเช่น ผู้เสียหายซึ่งเป็นพยานกำลังจะตายก่อนที่การพิจารณาคดีจะเริ่มขึ้น โดยอาศัยหลักประโยชน์แห่งความยุติธรรมที่ต้องการบทบัญญัติพิเศษที่จะอำนวยความสะดวกในการรับฟังพยานหลักฐานดังกล่าวหรือเพื่อบันทึกไว้ซึ่งพยานหลักฐานนั้น อีกทั้งยังเป็นการปกป้องสิทธิของจำเลยด้วย ซึ่งข้อ 56 กำหนดว่าในกรณีที่อัยการพิจารณาสืบสวนสอบสวนแล้วเห็นว่าเป็นโอกาสเพียงครั้งเดียวซึ่งต่อไปอาจไม่มีอีกในการที่จะได้มาซึ่งคำเบิกความหรือคำแถลงจากพยานหรือตรวจสอบรวบรวมหรือพิสูจน์พยานหลักฐาน องค์คณะตุลาการพิจารณาเบื้องต้นอาจดำเนินมาตรการเท่าที่จำเป็นเพื่อเป็นการประกันประสิทธิภาพและความเที่ยงธรรมของกระบวนการพิจารณา โดยเฉพาะอย่างยิ่ง เพื่อปกป้องสิทธิของฝ่ายจำเลย องค์คณะตุลาการพิจารณาเบื้องต้นจะต้องแต่งตั้งผู้พิพากษาจากองค์คณะตุลาการพิจารณาเบื้องต้นอย่างน้อยหนึ่งนาย เข้าสังเกตการณ์และจัดทำข้อเสนอนั้นหรือคำสั่งเกี่ยวกับการรวบรวมและการเก็บรักษาพยานหลักฐาน และการซักถามพยานบุคคล โดยอัยการจะต้องเป็นผู้จัดทำมาตรการดังกล่าวด้วย แม้ว่าพยานหลักฐานนั้นจะเป็นประโยชน์แก่จำเลยก็ตามเพื่อความเที่ยงธรรมและความยุติธรรมไม่เข้าข้างฝ่ายใด¹¹⁹ ทั้งนี้ ให้องค์คณะตุลาการพิจารณาเบื้องต้นมีบทบาทในการควบคุมอัยการ และสามารถคัดค้านอัยการได้หากอัยการไม่จัดหาให้มีมาตรการดังกล่าว

นอกจากนี้ หากอัยการไม่ร้องขอให้ดำเนินมาตรการให้เป็นไปตามข้อนี้ ซึ่งองค์คณะตุลาการพิจารณาเบื้องต้นพิจารณาว่าไม่ชอบธรรม เนื่องจากมีความจำเป็นต้องดำเนินการเช่นนั้น เพื่อเก็บรักษาพยานหลักฐาน ซึ่งองค์คณะตุลาการพิจารณาเบื้องต้นเห็นว่าจะสำคัญยิ่งต่อฝ่ายจำเลยในการพิจารณาคดีในศาล องค์คณะตุลาการพิจารณาเบื้องต้นอาจริเริ่มให้ดำเนินมาตรการเช่นนั้นเองได้ สังเกตได้ว่าธรรมนูญศาลฯ ได้ทิ้งหลักระบบกล่าวหาไปสู่รูปแบบการดำเนินคดีที่เป็นลักษณะไต่สวนมากขึ้นอันเป็นลักษณะวิธีพิจารณาของระบบประเทศแถบภาคพื้นยุโรปหรือโรมานอ-เยอรมานิค หรือระบบกฎหมายซีวิลลอว์นั่นเอง

สถานการณ์อาญาร้ายแรงที่ขึ้นสู่ศาลในประเด็นเกี่ยวกับข้อ 56 โดยการร้องขอของอัยการสำหรับกรณีที่มีโอกาสสืบสวนสอบสวนเพียงครั้งเดียวได้มีกรณีเกิดขึ้นจริงหลังจากที่จัดตั้ง

¹¹⁹ Behrens, "Investigation, Trial and Appeal", pp. 122-3, cited by William A.Schabas, *supra* note 1, p. 254.

ศาลได้ไม่นาน กล่าวคือ เมื่อเมษายน พ.ศ.2548 อัยการได้ร้องขอต่อองค์คณะตุลาการพิจารณาเบื้องต้นโดยระบุว่าเอกสารที่ได้รับจำนวนหนึ่งจะต้องคืนแก่เจ้าของภายใน 6 เดือน โดยหลังจากที่มีการร่วมปรึกษากันแล้วตามกฎที่ 114 แห่งระเบียบเรื่องวิธีพิจารณาและหลักฐาน¹²⁰ อัยการจึงเสนอให้องค์คณะตุลาการพิจารณาเบื้องต้นแต่งตั้งสถาบันกฎหมายแห่งเนเธอร์แลนด์ (ซึ่งไม่มีความสัมพันธ์เกี่ยวข้องกับใด ๆ กับอัยการของศาลฯ) ด้วยระบุเหตุผลว่า “โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อการตรวจสอบอันเป็นอิสระและยุติธรรม” หลายสัปดาห์ต่อมา องค์คณะตุลาการพิจารณาเบื้องต้นก็ได้มีคำสั่งอนุญาตให้สถาบันกฎหมายแห่งเนเธอร์แลนด์วางมาตรการในการสอบสวน โดยมอบอำนาจให้ผู้เชี่ยวชาญของสถาบันเป็นผู้ดำเนินการ โดยองค์คณะตุลาการพิจารณาเบื้องต้นได้กล่าวว่า “มีความจำเป็นที่จะต้องปกป้องผลประโยชน์ของจำเลยโดยมีการวางมาตรการชั่วคราวดังกล่าวไว้ เพราะมีความเป็นไปได้ว่าอาจไม่มีโอกาสอีกที่จะได้เอกสารเหล่านั้นมาเป็นพยานหลักฐานในการพิจารณาคดีของศาลในอนาคต”¹²¹

3.5 การเลื่อนเวลาการสืบสวนสอบสวนหรือการฟ้องร้องดำเนินคดี (Deferral of investigation or prosecution)¹²²

นอกจากคณะกรรมการความมั่นคงแห่งสหประชาชาติจะมีบทบาทสำคัญในการมีอำนาจนำเสนอสถานการณ์อันเป็นอาชญากรรมร้ายแรงหรือคดีดังกล่าวขึ้นสู่ศาลแล้ว ยังมีบทบาทในการกันศาลออกจากการดำเนินคดีอีกด้วย กล่าวคือ มีการโอนหน้าที่ของคณะกรรมการความมั่นคงฯ ตามกฎบัตรสหประชาชาติให้มาใช้อำนาจเหนือศาลอาญาระหว่างประเทศภายใต้บทบัญญัติที่ใช้เป็นวิธีพิจารณาในการดำเนินคดีอาญาของศาลฯ ซึ่งปรากฏอย่างชัดเจนอยู่ในข้อ 16¹²³ โดยคณะ

¹²⁰ Situation in the Democratic Republic of Congo {ICC-01/04-19-t}, Decision to Hold a Consultation under Rule 114, 21 April 2005 cited by William A.Schabas, *supra note 1*, p. 254

¹²¹ William A.Schabas, *supra note 1*, pp. 254-255.

¹²² วันวิภา สุขสวัสดิ์, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 15*, น. 237-244.

¹²³ กองแปล กรมสนธิสัญญาและกฎหมาย กระทรวงการต่างประเทศ, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 9*, น. 11.

“ข้อ 16 การเลื่อนเวลาการสืบสวนสอบสวนหรือการฟ้องร้องดำเนินคดี

มนตรีความมั่นคงฯ มีอำนาจร้องขอต่อศาลให้เลื่อนกำหนดเวลาการสืบสวนสอบสวนหรือการฟ้องร้องคดีได้เป็นระยะเวลา 12 เดือน และยังมี การร้องขอต่อศาลได้อีกทุก ๆ 12 เดือน อันทำให้มีทั้งผลดีและร้าย ในแง่ดีนั้น การมีข้อมติตามหมวด 7 ดังกล่าวของคณะมนตรีความมั่นคงฯ แสดงถึงการแบ่งแยกอย่างชัดเจนระหว่างการดำเนินงานของศาลและการปฏิบัติหน้าที่ของคณะมนตรีความมั่นคงฯ ทำให้ไม่มีการขัดขวางหน้าที่ซึ่งกันและกันในกรณีที่คณะมนตรีความมั่นคงฯ มีความจำเป็นที่จะต้องดำเนินงานในการรักษาสันติภาพและความมั่นคงระหว่างประเทศต่อสถานการณ์นั้น ๆ ที่เกิดขึ้น ส่วนในแง่ลบนั้น อำนาจในการร้องขอดังกล่าวอาจกระทบถึงการพิจารณาคดีของศาลฯ ในด้านความเป็นอิสระและความเป็นกลางซึ่งเป็นอุปสรรคในการทำงานเนื่องจากกรณีการร้องขอของคณะมนตรีความมั่นคงฯ ไม่ต่างอะไรกับการมีผลทำให้องค์การทางตุลาการต้องถูกแทรกแซงและตกอยู่ภายใต้การกำกับดูแลขององค์การทางการเมือง ซึ่งขัดกับหลักกฎหมายที่ควรจะเป็น ยิ่งไปกว่านั้น ยังเป็นการกระทบกระเทือนต่อสิทธิของผู้ถูกกล่าวหาหรือจำเลยที่ควรจะได้รับ การพิจารณาคดีโดยรวดเร็ว เป็นธรรม และต่อเนื่อง หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือขัดกับหลักสุภาษิตกฎหมายที่ว่า “ความยุติธรรมที่ล่าช้า คือ ความอยุติธรรม” (Justice delayed is justice denied) นั่นเอง

ยิ่งไปกว่านั้น รัฐสมาชิกแห่งสหประชาชาติได้มอบความไว้วางใจให้แก่คณะมนตรีความมั่นคงฯ ด้วยภาระหน้าที่ทางการเมืองที่มีอยู่ตั้งแต่เริ่มต้น ในการธำรงไว้ซึ่งสันติภาพและความมั่นคง ในขณะที่ศาลอาญาระหว่างประเทศนี้ เป็นกลไกทางตุลาการที่ถูกสร้างมาเพื่อวัตถุประสงค์ที่จะนำผู้ก่ออาชญากรรมไปสู่กระบวนการยุติธรรมและพัฒนาหลักบังคับแห่งกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีอาญาซึ่งบทบาทของคณะมนตรีความมั่นคงฯ อาจเป็นการขัดขวางกระบวนการยุติธรรมได้ทั้งในเรื่องการเสนอสถานการณ์ให้แก่อัยการ และการมีอำนาจเลื่อนเวลาการสืบสวนสอบสวน หรือการฟ้องร้องดำเนินคดี

นอกจากนี้ ความสัมพันธ์ระหว่างรัฐสมาชิกถาวรในคณะมนตรีความมั่นคงซึ่งเป็นองค์การทางการเมืองนี้ จะเป็นกลไกสำคัญที่จะนำไปสู่ผลกระทบต่อเรื่องความสามารถในการดำเนินการของศาลฯ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ท่าทีของประเทศมหาอำนาจอย่างสหรัฐอเมริกา จีน และ

การสืบสวนสอบสวน หรือการฟ้องร้องดำเนินคดีไม่อาจเริ่มหรือดำเนินการได้ตามธรรมนูญศาลฯ นี้ เป็นระยะเวลา 12 เดือน หลังจากคณะมนตรีความมั่นคงฯ โดยข้อมติซึ่งได้รับการตกลงรับตามหมวด 7 ของกฎบัตรสหประชาชาติ ได้ร้องขอต่อศาลฯ เช่นนั้น การร้องขอดังกล่าวอาจได้รับการต่ออายุโดยคณะมนตรีความมั่นคงฯ ตามเงื่อนไขเดียวกัน”

รัสเซีย ที่มีได้ยอมรับศาลฯ อย่างจริงจังเหมือนกับตอนที่กำลังจัดตั้งศาลฯ เพื่อพิจารณาคดีในประเทศอื่น ๆ เนื่องจากกลัวผลกระทบต่าง ๆ เช่น สหรัฐอเมริกาได้ถอนตัวจากความเกี่ยวพันใด ๆ กับศาลอาญาระหว่างประเทศในสมัยประธานาธิบดี Bush (แม้จะได้ลงนามรับรองไปแล้วในสมัยของประธานาธิบดี Clinton) โดยให้เหตุผลที่เกี่ยวกับประเด็นคนชาติของตนว่า การปฏิบัติการทางการทหารของสหรัฐฯ มีอยู่ทั่วโลก ทำให้เสี่ยงต่อการตกอยู่ภายใต้การดำเนินคดีของศาลฯ ซึ่งอาจเกิดจากเหตุจูงใจทางการเมือง และระบบของศาลฯ ก็ยังมีข้อบกพร่องอยู่มาก ดังนั้นสหรัฐฯ ก็ได้ผลักดันให้คณะมนตรีความมั่นคงฯ ออกข้อมติให้มีการยกเว้นการลงโทษกับทหารผู้ปฏิบัติการรักษาสันติภาพ (peacekeeper) อีกทั้งใช้ความกดดันทางการเมืองบีบบังคับให้หลายประเทศทำข้อตกลงทวิภาคีกับสหรัฐฯ ว่าจะไม่ส่งตัวคนชาติสหรัฐฯ ไปยังศาลอาญาระหว่างประเทศ

ส่วนสาธารณรัฐประชาชนจีนนั้นก็ไม่ได้ออกเสียงรับรองธรรมนูญ และยังไม่ได้ออกนามและให้สัตยาบัน ถึงกระนั้นก็ตาม จีนก็ยังคงไม่เห็นด้วยที่สหรัฐฯ จะใช้กำลังทางทหารแก้ปัญหาในทางระหว่างประเทศ และจีนจะเป็นผู้ทำให้เกิดการตรวจสอบและคานอำนาจ (checks and balances) ในคณะมนตรีความมั่นคงฯ ได้ด้วยหากจีนต้องออกเสียงเพื่อดำเนินการอย่างใด ส่วนกรณีของประเทศรัสเซียเอง ก็ยังไม่ได้ให้สัตยาบันหลังจากที่เคยลงนามรับรองไปแล้วเมื่อปี ค.ศ. 2000 ในขณะที่ประเทศอังกฤษและฝรั่งเศสได้ลงนามรับรองและให้สัตยาบันเรียบร้อยแล้ว แม้ทั้งสองประเทศจะเป็นพันธมิตรกับสหรัฐฯ ก็ตาม

ข้อเท็จจริงสำคัญประการหนึ่งที่ทำให้เห็นได้ชัดถึงบทบาทของคณะมนตรีความมั่นคงฯ ที่มีผลกระทบทางการเมือง ได้แก่ ข้อมติที่ 1422 ที่ออกโดยคณะมนตรีความมั่นคงฯ ในช่วงกรกฎาคม ค.ศ. 2002 อันเป็นข้อมติแรกที่เกี่ยวข้องกับการดำเนินการในศาลฯ หลังจากธรรมนูญฯ มีผลบังคับใช้ได้เพียงไม่กี่วัน โดยมีสาระสำคัญคือ ให้มีการยกเว้นการลงโทษกับตัวแทนผู้ปฏิบัติการรักษาสันติภาพ (peacekeeper) ที่มาจากประเทศที่มีใ้ภาคี (non-party state) ของธรรมนูญฯ ซึ่งดำเนินการภายใต้การควบคุมของสหประชาชาติเป็นเวลา 12 เดือน และคณะมนตรีความมั่นคงฯ สามารถพิจารณาบทข้อมติดังกล่าวเพื่อให้ศาลฯ งดเว้นการดำเนินคดีต่อไปได้เรื่อย ๆ ตามวาระ เนื่องจากสหรัฐฯ นำเอาความจำเป็นในการปฏิบัติการรักษาสันติภาพมาเป็นเหตุผลต่อรองอันเป็นเรื่องการเมืองโดยแท้โดยใช้วิธีการกดดันประเทศอื่น ก่อให้เกิดการดำเนินคดีที่มีลักษณะสองมาตรฐาน กล่าวคือ เป็นช่องว่างเพราะเลือกปฏิบัติระหว่างผู้รักษาสันติภาพที่มาจากประเทศที่เป็นภาคี กับประเทศที่ไม่เป็นภาคี นอกจากจะมีผลกระทบทางการเมือง

3.6 วิธีพิจารณาคดี (Trial)¹²⁴

แม้ว่าวิธีพิจารณาคดีในหลาย ๆ เรื่องของศาลอาญาระหว่างประเทศจะมีลักษณะผสมระหว่างหลายระบบกฎหมายด้วยกัน แต่ก็ดูเหมือนว่าจะโน้มเอียงไปทางคอมมอนลอว์อย่างชัดเจน สาเหตุหลักก็เพราะมีการพิจารณาคดีแบบกล่าวหา (an adversarial trial hearing) อย่างไรก็ตาม การพิจารณาคดีจะขึ้นอยู่กับตัวผู้พิพากษาของศาลฯ เป็นหลัก ทำให้ผู้พิพากษามีบทบาทอยู่พอสมควร โดยอันที่จริงแล้ว ในตัวเนื้อหาของธรรมนูญกรุงโรมฯ มีทฤษฎีการพิจารณาคดีหลายทฤษฎีปะปนกันอยู่ ตัวอย่างเช่น ข้อ 64 วรรค 6 (d) ได้ให้อำนาจแก่องค์คณะตุลาการพิจารณาคดี กรณีในการปฏิบัติหน้าที่ก่อนหรือระหว่างพิจารณาคดี โดยระบุว่า “องค์คณะตุลาการพิจารณาคดี (Trial Chamber) อาจดำเนินการตามความจำเป็นที่จะสั่งให้เรียกพยานหลักฐานเพิ่มเติมจากที่ได้มีการรวบรวมไว้แล้วก่อนการพิจารณาคดีหรือที่คู่ความได้แสดงระหว่างการพิจารณาคดีในศาล” จากตัวบทดังกล่าว ผู้พิพากษาในระบบคอมมอนลอว์ดั้งเดิมจะมองตัวบทในลักษณะที่แคบโดยมองว่าเป็นการให้อำนาจแก่ศาลที่ต้องใช้ในยามจำเป็นจริง ๆ เท่านั้น เนื่องจากการใช้วิธีเข้าไปแทรกแซงเช่นนี้อาจส่งผลให้เกิดความไม่เสมอภาคกับคู่กรณีทั้งสองฝ่ายได้ ในขณะที่ผู้พิพากษาจากฝั่งประเทศภาคพื้นยุโรปก็จะตีความบทบัญญัติดังกล่าวว่าเป็นตัวบทหลักทั่วไปที่อนุญาตให้ศาลเข้าไปเป็นผู้มีบทบาทสำคัญในการเรียกพยานหลักฐานเพิ่มเติมได้ ซึ่งผู้พิพากษาเหล่านี้ก็จะรู้สึกคุ้นเคยกับวิธีการเช่นนี้เป็นอย่างดีในการทำงานของระบบกฎหมายของตนอยู่แล้ว กรณีดังกล่าวอาจต้องขอสรุปต่อไปว่าควรตีความเช่นใด

ในกรณีปกติ ผู้พิพากษาฝ่ายประเทศที่ใช้ระบบซีวิลลอว์มักจะคาดหมายว่าพยานหลักฐานเกือบทั้งหมดต้องอยู่ในสำนวนของศาลแล้ว แม้ว่าขณะนั้นจะอยู่ในช่วงก่อนนั่งพิจารณาคดี โดยเจ้าหน้าที่ผู้ทำการสืบสวนสอบสวนในชั้นก่อนนั่งพิจารณาคดีจะเป็นผู้เตรียมพยานหลักฐานไว้ให้ในสำนวนอยู่ก่อนแล้ว ในขณะที่ผู้พิพากษาในระบบคอมมอนลอว์จะไม่มีพยานหลักฐานอยู่ในมือเลยในขณะเริ่มพิจารณา เพราะตัวผู้พิพากษาคอมมอนลอว์เองเชื่อว่า หากตนได้รับรู้ข้อเท็จจริงใดมาก่อนอาจทำให้เกิดความลำเอียงในการตัดสินคดีได้ โดยในระบบคอมมอนลอว์นี้ โจทก์หรืออัยการ รวมทั้งจำเลยจะเป็นผู้ส่งบันทึกพยานหลักฐานขึ้นสู่ศาลเพียงเพื่อให้สอดคล้องกับบทบังคับที่มีลักษณะเป็นทางเทคนิคเสียมากกว่า อย่างไรก็ตาม บทบัญญัติในธรรมนูญกรุงโรมฯ ก็ยังคงมีความคลุมเครืออยู่ในบางเรื่อง ยกตัวอย่างเช่น กรณีดูเหมือนว่าจะไม่มีข้อห้าม

¹²⁴ William A. Schabas, *supra* note 1, pp. 285-286.

ให้ผู้พิพากษาเรียกพยานหลักฐานเพิ่มเติมมาจากสำนวนของอัยการให้เข้ามาในฐานะพยานหลักฐานในช่วงต้นของการพิจารณา ทำให้เข้าใจว่ามีลักษณะคล้ายกับสำนวนคดีของเจ้าหน้าที่สืบสวนสอบสวนที่ต้องรวมอยู่ในสำนวนที่นำขึ้นสู่ศาลอยู่แล้ว ในขณะที่ ศาลระหว่างประเทศที่พิจารณาคดีอาชญากรรมสงครามในประเทศรวันดาก็ใช้วิธีการเรียกสำนวนเช่นเดียวกับที่กล่าวข้างต้น ด้วยความที่ผู้พิพากษาผู้ซึ่งเป็นประธานศาลเคยได้รับการศึกษามาจากระบบโรมานอ-เยอรมานิก จึงได้ดำเนินการตามวิธีการดังกล่าวในคดี *Akayesu* ซึ่งก็คือ มีการเรียกสำนวนของอัยการเข้ามาเป็นส่วนหนึ่งในสำนวนของศาลนั่นเอง

ธรรมนูญ กำหนดว่า การนั่งพิจารณาคดีจะต้องใช้ศาลอาญาระหว่างประเทศที่กรุงเฮก เป็นสถานที่พิจารณา เว้นแต่ศาลจะวินิจฉัยเป็นอย่างอื่นก็ได้¹²⁵ หากศาลฯ ได้พิจารณาถึงความเป็นไปได้ในการดำเนินการพิจารณาในสถานที่อื่น¹²⁶ นอกจากนี้ การพิจารณาคดีจะต้องจัดขึ้นโดยเปิดเผย อันเป็นหน้าที่ขององค์คณะตุลาการพิจารณาคดีอยู่แล้วและเป็นเรื่องการคุ้มครองสิทธิของจำเลย¹²⁷ ด้วย อย่างไรก็ตาม องค์คณะตุลาการพิจารณาคดีอาจไม่ใช่หลักทั่วไปในการนั่งพิจารณาคดีโดยเปิดเผยก็ได้ ซึ่งเคยมีการเสนอให้บัญญัติรายละเอียดข้อยกเว้นต่าง ๆ ไว้ แต่ข้อเสนอนี้ได้ตกไปในชั้นของคณะกรรมการเตรียมการเพื่อจัดตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศ (The Preparatory Committee)

ข้อยกเว้นที่ศาลไม่ต้องพิจารณาคดีโดยเปิดเผย ได้แก่ ข้อ 64 วรรค 7 ที่ได้อนุญาตให้มีการพิจารณาแบบลับเพื่อคุ้มครองผู้เสียหายและพยาน หรือเพื่อคุ้มครองข้อมูลลับหรือข้อมูลที่มีความละเอียดอ่อนซึ่งปรากฏอยู่ในพยานหลักฐานนั้น ยิ่งไปกว่านั้น ข้อ 68 วรรค 2 ยังได้บัญญัติอีกว่า “โดยเป็นข้อยกเว้นของหลักเกณฑ์ในการพิจารณาคดีแบบเปิดเผยตามที่บัญญัติไว้ในข้อ 67”¹²⁸

¹²⁵ ข้อ 62 แห่งธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศ และกฎที่ 100 แห่งระเบียบว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีและพยานหลักฐาน (Rule 100, Rules of Procedure and Evidence), William A. Schabas, *supra note 1*, p. 286.

¹²⁶ Strategic Plan of the International Criminal Court, Doc. ICC-ASP/5/6, para.34. cited by William A. Schabas, *supra note 1*, p. 286.

¹²⁷ กฎที่ 20 และกฎที่ 21 แห่งระเบียบว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีและพยานหลักฐาน, (Rule 20 and Rule 21, Rules of Procedure and Evidence).

¹²⁸ ข้อ 67 แห่งธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศ เป็นบทบัญญัติว่าด้วยเรื่องสิทธิของจำเลยที่จะได้รับการพิจารณาคดีโดยเปิดเผย

องค์คณะตุลาการของศาลฯ อาจดำเนินกระบวนการพิจารณาบางส่วนเป็นการลับ หรือยินยอมให้มีการแสดงหลักฐานโดยเครื่องมืออิเล็กทรอนิกส์หรือวิธีพิเศษอื่น เพื่อคุ้มครองผู้เสียหายและพยานหรือจำเลย โดยเฉพาะอย่างยิ่ง มาตรการเช่นนี้จะต้องปฏิบัติในกรณีที่เป็นผู้เสียหายจากความรุนแรงทางเพศ หรือในกรณีที่เด็กเป็นผู้เสียหายหรือพยาน เว้นแต่ศาลฯ จะสั่งเป็นอย่างอื่น โดยคำนึงถึงพฤติการณ์ทั้งหมด โดยเฉพาะความเห็นของผู้เสียหายหรือพยาน”¹²⁹ ทั้งนี้ กรณีศึกษาที่เคยเกิดขึ้นในศาลเฉพาะกิจหลายศาลในอดีตควรจะนำมาเป็นบทเรียนให้แก่ศาลอาญาระหว่างประเทศเมื่อศาลอาญาระหว่างประเทศประสบปัญหาที่เกี่ยวกับข้อมูลลับหรือข้อมูลที่ละเอียดอ่อน¹³⁰ ซึ่งข้อมูลลักษณะนี้อาจมีหลายประเภท และอาจมีการอ้างถึงความลับอันมีลักษณะอยู่บนพื้นฐานเรื่องเอกสิทธิ์ ที่ทำให้ศาลจะต้องปฏิบัติตามข้อ 69 วรรค 5 ที่ระบุว่าศาลฯ ต้องเคารพและปฏิบัติตามเอกสิทธิ์ว่าด้วยความลับที่บัญญัติไว้ในระเบียบว่าด้วยวิธีพิจารณาความและพยานหลักฐาน แต่ปัญหาของข้อยกเว้นดังกล่าวจะเกิดขึ้นหากแหล่งที่มาของข้อมูลนั้น ๆ ได้มาจากรัฐซึ่งมีอำนาจอธิปไตยเป็นของตนเอง ซึ่งในกรณีนี้ธรรมนูญฯ อนุญาตให้รัฐดำเนิน “มาตรการที่จำเป็น” เพื่อคุ้มครอง “ข้อมูลลับหรือข้อมูลที่มีความละเอียดอ่อน” ได้¹³¹

3.6.1 การพิจารณาคดีต่อหน้าจำเลย (Presence at trial)¹³²

จำเลยจะต้องปรากฏตัวในระหว่างการพิจารณาคดี ถึงแม้ว่าจะมีการพิจารณาคดีส่วนหนึ่งส่วนใดที่ต้องพิจารณาเป็นการลับก็ตาม โดยในระหว่างที่มีการร่างธรรมนูญกรุงโรมฯ ขึ้นนั้นได้มีการถกเถียงกันว่าควรอนุญาตให้มีการพิจารณาคดีลับหลังจำเลย (*in absentia* trials)

¹²⁹ กองแปล กรมสนธิสัญญาและกฎหมาย กระทรวงการต่างประเทศ, อ้างแล้ว *เชิงอรรถที่ 9*, น. 43-44.

¹³⁰ ตัวอย่างเช่น คดี Tadic (IT-94-1-T), Decision on the Prosecutor’s Motion Requesting Protective Measures for Victims and Witnesses, 10 August 1995; คดี Rutaganda (ICTR-96-3-T), Decision on the Preliminary Motion Submitted by the Prosecutor for Protective Measures for Witnesses, 26 September 1996, cited by William A. Schabas, *supra note 1*, p.286.

¹³¹ ข้อ 68 วรรค 6 แห่งธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศ

¹³² William A. Schabas, *supra note 1*, pp. 287-290.

หรือไม่¹³³ (ซึ่งการพิจารณาคดีลักษณะนี้เป็นที่ยอมรับอย่างกว้างขวางในประเทศที่ใช้วิธีพิจารณาความแบบระบบกฎหมายประเทศภาคพื้นยุโรป) โดยฝ่ายสนับสนุนให้มีการพิจารณาคดีดังกล่าวได้ให้เหตุผลว่าการพิจารณาคดีหลังจำเลยมีความสำคัญอย่างยิ่งในการอำนวยความสะดวกระหว่างประเทศ อันเนื่องมาจากว่าในทางปฏิบัตินั้นมีความยากลำบากในการบังคับตัวจำเลยให้มาขึ้นศาล¹³⁴ เพราะแม้จะมีการพิจารณาว่าสิทธิของจำเลยว่าด้วยการปรากฏตัวต่อศาลเป็นข้อบังคับสำคัญที่เกี่ยวกับสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศเป็นลำดับต้น ๆ ก็ตาม¹³⁵ แต่ศาลระหว่างประเทศและหน่วยงานที่เฝ้าตรวจสอบเรื่องนี้ไม่ได้มองว่าการปรากฏตัวดังกล่าวในการพิจารณาคดีเป็นสิ่งที่จำเป็นเคร่งครัดอะไร ในขณะที่ระบบโรมานอ-เยอรมานิคยอมรับการพิจารณาคดีในรูปแบบลับหลังจำเลยนี้อยู่แล้ว ส่งผลให้ศาลภายในประเทศที่ได้รับต้นแบบมาจากระบบกฎหมาย

¹³³ Daniel J. Brown, "The International Criminal Court and Trial in Absentia," (1999) 24 Brooklyn Journal of International Law 763; Hans-Jörg Behrens, "Investigation, Trial and Appeal in the International Criminal Court Statute (Part V, VI, VIII)," (1998) 6 European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice 113 at 123; Hakan Friman, "Rights of Persons Suspected or Accused of a Crime," in Roy Lee, ed., The International Criminal Court: The Making of the Rome Statute: Issues, Negotiations, Results, The Hague: Kluwer Law International, 1999, pp.247-62 at pp. 255-61, cited by William A. Schabas, *supra note* 1, p. 287.

¹³⁴ Report of the Preparatory Committee on the Establishment of an International Criminal Court, UN Doc. A/51/10, vol. I, para. 254, pp. 54-5; also para.259, p. 55. See also Eric David, "Le Tribunal international pénal pour l'ex-Yougoslavie," (1992) 25 Revue belge de droit international 565; Alain Pellet, "Le Tribunal criminal international pour l'ex-Yougoslavie: Poudre aux yeux ou evancée decisive?," (1994) 98 Revue générale de droit international public 7, cited by William A. Schabas, *supra note* 1, p. 287.

¹³⁵ International Covenant on Civil and Political Rights, (1996) 999 UNTS 171, Art.14; American Convention on Human Rights, (1978) 1144 UNTS 123, Art.8; European Convention on Human Rights, (1955) 213 UNTS 221, Art.6, cited by William A. Schabas, *supra note* 1, p. 287.

ดังกล่าวพิจารณาว่าการพิจารณาคดีลับหลังจำเลยสามารถนำมาใช้ได้สอดคล้องกับเรื่องสิทธิของจำเลยที่ต้องปรากฏตัวระหว่างการพิจารณาคดี แต่ก็ต้องมีการแจ้งอย่างเหมาะสมและเพียงพอให้จำเลยได้รับทราบถึงการพิจารณาคดีไว้แล้ว¹³⁶

ระหว่างที่มีการร่างธรรมนูญกรุงโรมฯ อยู่ นั่น ประเด็นการพิจารณาคดีลับหลังจำเลยได้รับการเสนอขึ้นมาอยู่บ่อยครั้ง โดยเข้าใจผิดว่าเป็นหลักการที่ต่างกับระบบคอมมอนลอว์ เพราะคิดว่าคอมมอนลอว์ไม่อนุญาตให้มีการพิจารณาคดีลับหลังจำเลยเป็นการทั่วไป แต่ความเป็นจริงนั้น มีข้อยกเว้นเป็นอันมากปรากฏอยู่ในกฎหมายคอมมอนลอว์ที่ว่าด้วยเขตอำนาจศาลที่อนุญาตให้มีการดำเนินคดีในลักษณะดังกล่าวได้หากพิจารณาแล้วว่าจะมีความเหมาะสม ดังนี้ แสดงให้เห็นว่า ในทางปฏิบัติของระบบซีวิลลอว์และคอมมอนลอว์ก็ไม่แตกต่างกันนัก อย่างไรก็ตาม ถึงแม้ว่า Martin Bormann หนึ่งในอาชญากรสงครามคนสำคัญจะได้รับการพิจารณาคดีแบบลับหลังจำเลยในสมัยที่ถูกพิจารณาคดีในศาลทหารระหว่างประเทศเฉพาะกิจที่นูเรมเบิร์ก ตามข้อ 12 แห่งกฎบัตรศาลทหารระหว่างประเทศเฉพาะกิจนูเรมเบิร์กก็ตาม¹³⁷ อันที่จริงแล้ว มีสาเหตุมาจากตัวผู้ร่างกฎบัตรนำรูปแบบศาลภายในของตนมาเป็นต้นแบบ กรณีจึงไม่อาจสรุปเหมารวมได้อย่างสิ้นสงสัยได้ว่า มีการยอมรับให้ใช้หลักดังกล่าวกันจริง ๆ กล่าวคือ มีผู้เห็นว่ากรณีของ Bormann ยังไม่สามารถนำมาเป็นข้อสนับสนุนได้ว่าควรบัญญัติหลักพิจารณาคดีลับหลังจำเลยในธรรมนูญกรุงโรมฯ และในท้ายที่สุดแล้ว ธรรมนูญกรุงโรมฯ ก็ไม่อนุญาตให้ใช้การพิจารณาคดีลับหลังจำเลยได้ไม่ว่าในกรณีใด ๆ ก็ตาม¹³⁸

อย่างไรก็ดี การปรากฏตัวของจำเลยในระหว่างการพิจารณาคดีไม่ได้มีนัยยะเพียงแค่การปรากฏตัวทางกายภาพเท่านั้น แต่จำเลยควรอยู่ในฐานะที่สามารถเข้าใจการพิจารณาคดีได้

¹³⁶ *Mbenge v. Zaire* (No.16/1977), UN Doc.A/34/40, p.134; General Comment No.13 (21), UN Doc.A/36/40, para.11; *Colozza and Rubinat v. Italy*, Series A, No.89, 12 February 1985, para.29; *Stamoulakatos v. Greece*, Series A, No.271, 26 October 1993, cited by William A. Schabas, *supra note 1*, p. 287.

¹³⁷ France et Goering et al., (1946) 22 IMT 203; (1946) 13 ILR 203; (1946) 41 *American Journal of International Law* 172, cited by William A. Schabas, *supra note 1*, p. 288.

¹³⁸ Friman, "Rights of Persons," pp. 255-61 at p. 262, cited by William A. Schabas, *supra note 1*, p. 288.

อย่างดี ซึ่งหากปรากฏว่ากระบวนการพิจารณาใดในศาลหรือเอกสารใด ๆ ที่แสดงต่อศาลไม่ใช่ภาษาที่จำเลยเข้าใจและพูดได้อย่างเต็มที่ก็ตั้งจัดการให้จำเลยได้รับความช่วยเหลือจากล่ามที่มีความสามารถและมีการแปลให้เป็นภาษาที่จำเลยเข้าใจและพูดได้ ตามที่จำเป็นต่อความเป็นธรรมตามข้อ 67 วรรค 1 (f) แห่งธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศ

ส่วนกรณีวิกฤตการณ์นั้น ธรรมนูญกรุงโรมฯ ไม่ได้กล่าวถึงกรณีที่จำเลยไม่สามารถมาปรากฏตัวต่อศาลโดยมีสาเหตุมาจากความวิกฤตการณ์ไว้เลย แต่ระเบียบว่าด้วยวิธีพิจารณาความและหลักฐานได้อุดช่องว่างดังกล่าวไว้แล้ว โดยระบุให้องค์คณะตุลาการพิจารณาคดีออกคำสั่งให้เลื่อนการนั่งพิจารณาคดีไปก่อนหากศาลฯ ได้เห็นว่าจำเลยไม่เหมาะสมและไม่สามารถที่จะมาขึ้นปรากฏตัวได้จริง ๆ ตามกฎที่ 135 วรรค 4 แห่งระเบียบว่าด้วยวิธีพิจารณาความและพยานหลักฐาน¹³⁹ และหากศึกษาจากกฎหมายภายในของหลายประเทศ จะพบว่ามีการกักตัวจำเลยเพื่อรอการพิจารณาคดีไปก่อน จนกว่าศาลจะเห็นว่าจำเลยมีสภาวะเหมาะสมเพียงพอที่ศาลจะอนุญาตให้พิจารณาคดีต่อไปได้ อย่างไรก็ตาม มีกรณีในชั้นร่างของคณะกรรมการกฎหมายระหว่างประเทศ (International Law Commission) ว่า ศาลฯ สามารถดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีต่อไปได้ในกรณีที่จำเลย “มีความเจ็บป่วย” (ill health) โดยให้ศาลเป็นผู้ชี้ขาดในกรณีดังกล่าว แต่ข้อเสนอนี้ได้ตกไปในชั้นที่ประชุมทางการทูต (the Diplomatic Conference)

อนึ่ง เรื่องความไม่เหมาะสมและไม่สามารถที่จะมาขึ้นปรากฏตัวต่อศาลในการพิจารณาคดีเป็นคนละเรื่องกับข้อแตกต่างว่าจำเลยมีจิตไม่ปกติอันเป็นมูลเหตุสำหรับการยกเว้นความรับผิดชอบทางอาญาของจำเลยตามข้อ 31 วรรค 1 (a) ซึ่งได้บัญญัติถึงกรณีบุคคลนั้นเป็นโรคจิตหรือมีความบกพร่องทางจิตในขณะที่บุคคลนั้นกระทำความผิด ดังนี้ จึงต้องทำความเข้าใจเสียก่อนว่าจำเลยผู้ซึ่งไม่สามารถที่จะมาเข้าร่วมในระหว่างการพิจารณาได้คือ บุคคลที่ไม่มา “ปรากฏตัว” (present) ในความหมายของข้อ 63 อันจะส่งผลให้การพิจารณาคดีมีอาจเริ่มขึ้นได้นั่นเอง

เมื่อจำเลยได้ปรากฏตัวต่อศาลแล้ว กรณีก็มีข้อยกเว้นว่ากระบวนการพิจารณาคดีอาจดำเนินต่อไปได้แม้จำเลยมิได้อยู่ในห้องพิจารณาคดี หากได้ข้อเท็จจริงว่าจำเลยก่อความวุ่นวายต่อการพิจารณาคดี (ข้อ 63 วรรค 2 แห่งธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศ ประกอบกฎที่ 170 แห่งระเบียบว่าด้วยวิธีพิจารณาความและพยานหลักฐาน) ซึ่งในข้อ 63 วรรค 2 แห่ง

¹³⁹ Rule 135, Rules of Procedure and Evidence.

ธรรมนูญฯ ได้ใช้คำว่าจำเลย “ยังคง” (continue) ก่อความวุ่นวาย แสดงให้เห็นถึงการกระทำซ้ำ (repetitive) และติดต่อกัน (persistent) ของจำเลย

3.6.2 การดำเนินการต่อสู้คดี และสิทธิที่จะมีทนายความ (Defence and right to counsel)¹⁴⁰

ตามหลักการดำเนินคดีทั่วไปในการประกันสิทธิเสรีภาพของประชาชน จำเลยมีสิทธิที่จะปกป้องและสู้คดีทั้งโดยตนเองหรือโดยทนายความก็ได้ มีคดีตัวอย่างหลายคดีในศาลเฉพาะกิจต่าง ๆ ซึ่งรวมถึงคดีในศาลระหว่างประเทศพิจารณาคดีอาชญากรรมสงครามในประเทศรวันดาที่ Jean-Paul Akayesu จำเลยได้ปลดทนายความของตนออกหลังจากที่ศาลตัดสินชี้มูลฐานความผิดแล้ว ซึ่ง Akayesu ต่อสู้คดีด้วยตนเองในชั้นขั้นตอนการกำหนดโทษ (sentencing phase) อย่างไรก็ดี ในคดีที่ Vojislav Šešelj เป็นจำเลยในศาลเฉพาะกิจระหว่างประเทศ ศาลกลับไม่อนุญาตให้ Šešelj ต่อสู้คดีด้วยตนเอง Šešelj จึงได้ทำการอดอาหารประท้วง ต่อมาหลังจากที่ไม่ได้ทานอาหารไปหลายวันองค์คณะตุลาการอุทธรณ์ก็ได้กลับคำสั่งขององค์คณะตุลาการพิจารณาคดี¹⁴¹ อนึ่ง บรรทัดฐานแห่งคำวินิจฉัยของศาลแห่งสิทธิมนุษยชนของสหภาพยุโรป (Strasbourg jurisprudence)¹⁴² ระบุว่าในบางสถานการณ์ที่อาจส่งผลกระทบต่อความเป็นธรรมในการดำเนินกระบวนการพิจารณา จำเป็นจะต้องจัดให้มีนักกฎหมายเข้าไปช่วยเหลือจำเลย¹⁴³

สำหรับศาลอาญาระหว่างประเทศแล้ว หากจำเลยไม่ได้รับความช่วยเหลือทางกฎหมายอาจเรียกได้ว่าเป็นการขาดการดำเนินกระบวนการอันควรทางกฎหมายที่จะต้อง

¹⁴⁰ William A. Schabas, *supra* note 1, pp. 290-292.

¹⁴¹ Šešelj (IT-03-67-AR73.3), Decision on Appeal Against the Trial Chamber's Decision on Assignment of Counsel, 20 October 2006, cited by William A. Schabas, *supra* note 1, p. 290.

¹⁴² ศาลแห่งนี้ตั้งอยู่ ณ เมือง Strasbourg ประเทศฝรั่งเศส ก่อตั้งขึ้นภายใต้สนธิสัญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชนแห่งสหภาพยุโรป ค.ศ. 1950 ศาลแห่งนี้มีชื่อเสียงในด้านการให้ความคุ้มครองสิทธิมนุษยชนและสิทธิขั้นพื้นฐาน

¹⁴³ *Croissant v. Germany*, Series A, No.237-B, 25 September 1992; *Philis v. Greece* (App. No.16598/90), (1990) 66 D R 260, cited by William A. Schabas, *supra* note 1, p. 290

ประกันสิทธิเสรีภาพของประชาชน (due diligence) ในการพิจารณาคดี และไม่อาจอ้างได้ว่าเกิดจากความผิดพลาดใด ๆ แม้ว่าจะเป็นไปตามความประสงค์ของตัวจำเลยก็ตาม แต่ก็มีเพียงไม่กี่คดีเท่านั้นที่จำเลยจะหวั่นไหวปฏิเสธความช่วยเหลือทางทนายความทั้งหมด นอกจากนี้ ศาลอาญาระหว่างประเทศอาจเลือกที่จะใช้วิธีการแต่งตั้ง Amicus Curiae (ภาษาอังกฤษแปลว่า Friend of Court หรือ “มิตรของศาล”) ตามกฎที่ 103 แห่งระเบียบวิธีพิจารณาความและหลักฐาน เพื่อให้ศาลมั่นใจได้ว่าศาลได้พิจารณาคดีอยู่บนความยุติธรรมอย่างแท้จริง อย่างไรก็ตาม ดูเหมือนว่ากฎที่ 103 จะจำกัดบทบาทของ Amicus Curiae หรือผู้ช่วยเหลือศาลไว้เป็นเพียงแค่ส่งความคิดเห็นแทนที่จะให้เป็นผู้เข้าร่วมพิจารณาคดีด้วย กรณีตัวอย่างที่ศาลอาญาระหว่างประเทศเคยแต่งตั้ง Amicus Curiae ได้แก่ ในชั้นสถานการณ์ดาร์ฟูร์ที่องค์คณะตุลาการพิจารณาคดีเบื้องต้นได้ทำคำสั่งตามกฎที่ 103 โดยเชิญให้ Louise Arbour ข้าหลวงใหญ่เพื่อสิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติ (United Nations High Commissioner for Human Rights) และศาสตราจารย์ Antonio Cassese ทำความเห็นเกี่ยวกับสถานการณ์ดาร์ฟูร์เป็นเอกสารที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองพยานและการรักษาหลักฐาน¹⁴⁴ ในขณะที่ในชั้นคดี Lubanga องค์คณะตุลาการพิจารณาคดีเบื้องต้น (Pre-Trial Chamber) ไม่อนุญาตคำร้องขององค์กรสตรีเพื่อความยุติธรรมทางเพศ (the Women’s Initiatives for Gender Justice)¹⁴⁵ ที่ร้องขอเข้ามาเป็น Amicus Curiae ในคดี¹⁴⁶

อนึ่ง ศาลเฉพาะกิจมีการให้อำนาจศาลแต่งตั้งทนายความประจำศาลได้ ซึ่งเป็นการประกันสิทธิของจำเลยได้เป็นอย่างดี ในขณะที่ธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศหรือระเบียบวิธีพิจารณาความและพยานไม่ได้ระบุกรณีดังกล่าวไว้แต่อย่างใด

นอกจากนี้ ข้อ 14 (3) (d) แห่งกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางแพ่งและสิทธิทางการเมือง (International Covenant on Civil and Political Rights หรือ ICCPR) ได้บัญญัติถึง

¹⁴⁴ *Situation in Darfur, Sudan* (ICC-02/05), Decision Inviting Observations in Application of Rule 103 of the Rules of Procedure and Evidence, 24 July 2006, cited by William A. Schabas, *supra note 1*, p. 290.

¹⁴⁵ The Women’s Initiatives for Gender Justice เป็นองค์การสิทธิสตรีระหว่างประเทศในการเป็นตัวแทนเพื่อความยุติธรรมทางเพศและทำงานให้กับศาลอาญาระหว่างประเทศ

¹⁴⁶ *Lubanga* (ICC-01/04-01/06-480), Decision on Request Pursuant to Rule 103(1) of the Statute, 26 September 2006, cited by William A. Schabas, *supra note 1*, p. 291.

สิทธิที่จะได้รับการสนับสนุนค่าตอบแทนทนายความหากจำเลยได้ร้องขอในกรณีที่จำเลยยากจน ซึ่งข้อ 67 วรรค 1 (d) แห่งธรรมนูญฯ ก็ได้รับรองสิทธิดังกล่าวไว้แล้ว โดยระบุว่าในกรณีที่จำเลยไม่มีทนายความ จำเลยต้องได้รับแจ้งให้ทราบถึงสิทธิที่จะได้รับความช่วยเหลือทางกฎหมายจากผู้ศาลแต่งตั้งให้ ไม่ว่าในกรณีใด ๆ ที่มีความจำเป็นเพื่อประโยชน์แห่งความยุติธรรม และไม่ต้องจ่ายค่าตอบแทน ถ้าจำเลยไม่สามารถจ่ายค่าตอบแทนได้

3.6.3 คำให้การรับสารภาพ (Guilty plea procedure)¹⁴⁷

เมื่อเริ่มการพิจารณาคดี องค์คณะตุลาการพิจารณาคดีต้องอ่านข้อกล่าวหาที่องค์คณะตุลาการพิจารณาเบื้องต้นยืนยันไว้แล้วให้จำเลยรับทราบ โดยองค์คณะตุลาการพิจารณาคดีต้องพิจารณาแล้วมั่นใจว่าจำเลยเข้าใจลักษณะของข้อกล่าวหา และองค์คณะตุลาการพิจารณาคดีต้องให้โอกาสจำเลยสารภาพผิดหรือปฏิเสธว่าไม่ผิดด้วย (ข้อ 64 วรรค 8 (a))

การพิจารณาคดีในศาลเฉพาะกิจนั้น เป็นเรื่องปกติที่ศาลจะยื่นข้อเสนอให้จำเลยรับสารภาพ¹⁴⁸ โดยอาจมีสาเหตุมาจากหลาย ๆ ปัจจัย เช่น ตัวจำเลยมีความจริงจังในการรู้สึกสำนึกผิดอย่างแท้จริงและเกิดความเสียใจในความผิดที่ได้กระทำให้ไป หรือกรณีที่จำเลยสารภาพเพื่อหวังผลที่จะได้รับการพิจารณาลดโทษหรือได้รับโทษที่เบากว่าเดิม ส่วนในสมัยที่กำลังร่างธรรมนูญกรุงโรมฯ อยู่นั้น เนื่องจากรวมถึงการนำทฤษฎีเชิงปรัชญาจากกฎหมายภายในที่มีความแตกต่างกันมาเป็นต้นแบบในการร่าง จึงทำให้เกิดความลำบากที่จะกำหนดขอบเขตเรื่องหลักการรับสารภาพให้แคบลงมาเพื่อนำมาบัญญัติไว้ในธรรมนูญฯ

ในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ การรับสารภาพส่วนใหญ่จะมีบรรทัดฐานมาจากการแลกเปลี่ยนข้อตกลงกันระหว่างคำมั่นของอัยการกับคำรับสารภาพของจำเลยเพื่อประโยชน์ให้การ

¹⁴⁷ William A. Schabas, *supra note 1*, pp. 292-293.

¹⁴⁸ *Erdemovic* (IT-96-22-S), Sentencing Judgment, 5 March 1998, (1998) 37 ILM 1182; *Kambanda* (ICTR-97-23-S), Judgment and Sentence, 4 September 1998, (1998) 37 ILM 1411; *Nikolic* (IT-94-2-S), Sentencing Judgment, 18 December 2003; *Plavšić* (IT-00-39 and 40/1), Sentencing Judgment, 27 February 2003; *Rutaganira* (ICTR-95-1C-0022), Judgment portant condamnation, 14 March 2005; *Nikolic* (IT-02-60/1-A), Judgment on Sentencing Appeal, 4 February 2005, cited by William A. Schabas, *supra note 1*, p. 292.

ลดระดับความร้ายแรงของข้อกล่าวหาและคำตัดสิน แต่สำหรับระบบกฎหมายภาคพื้นยุโรปแล้ว ศาลมักจะยังไม่สิ้นสงสัย หากมีการรับสารภาพ ซึ่งศาลจะให้ความสำคัญกับหลักฐานในการใช้ พิสูจน์ความผิดและความบริสุทธิ์ของจำเลยมากกว่าที่จะพอใจเพียงแค่มีการรับสารภาพ¹⁴⁹ แต่ใน ความเป็นจริงความแตกต่างดังกล่าวนี้อาจไม่ใช่เรื่องใหญ่อะไรนัก แม้ว่าต่างฝ่ายต่างก็มักจะเข้าใจ ผิดในทฤษฎีการยอมรับสารภาพของอีกฝ่ายก็ตาม กล่าวคือ ในระบบกฎหมายจารีตประเพณีหรือ คอมมอนลอว์มีหลักการสำคัญอยู่เหมือนกันว่าการดำเนินการดังกล่าวของอัยการจะไม่ผูกมัดผู้ พิพากษา เพราะถึงอย่างไรผู้พิพากษาจะต้องพึงพอใจว่ากรณีมีหลักฐานเพียงพอและไม่มีเงื่อนไข ในการต่อรองหรือการหลอกลวงใด ๆ ในศาล อย่างไรก็ตาม ความเข้าใจผิดของนักกฎหมายยุโรปบาง ท่านทำให้เกิดแนวความคิดที่ไม่ถูกต้องเกี่ยวกับวิธีพิจารณาของระบบคอมมอนลอว์ อันส่งผลให้ เกิดการบัญญัติเพิ่มเติมเกินความจำเป็นเข้าไปในรัฐธรรมนูญ เพราะต้องการความแน่นอนใน การใช้เรื่องนี้มากขึ้น ซึ่งก็คือในข้อ 65 วรรค 5 ที่ระบุว่า การหารือใด ๆ ระหว่างอัยการกับฝ่าย จำเลยเกี่ยวกับการแก้ไขข้อกล่าวหา การรับสารภาพผิดหรือโทษที่จะกำหนดนั้นจะไม่มีผลผูกมัด ศาลอาญาระหว่างประเทศไม่ว่าในกรณีใด ๆ

อนึ่ง อันที่จริงแล้วการรับสารภาพของจำเลยเป็นปัจจัยหนึ่งที่บังคับและช่วยทำให้ กระบวนการพิจารณาเกือบทุกขั้นตอนในระบบกฎหมายภาคพื้นยุโรปง่ายขึ้น ดังนั้น อาจไม่ถูกต้องเท่าใด นักหากจะกล่าวว่าผู้พิพากษาในระบบภาคพื้นยุโรป ไม่ให้ความสำคัญกับคำรับสารภาพของจำเลย หรือ กล่าวว่าการรับสารภาพของจำเลยไม่ได้ช่วยให้ศาลในระบบภาคพื้นยุโรปพิจารณาคดีได้เร็วขึ้นเลย¹⁵⁰

ในท้ายที่สุดธรรมนูญ ได้บัญญัติเรื่องดังกล่าวในลักษณะเพื่อให้เกิดความสมดุล ระหว่างสองระบบกฎหมายข้างต้น¹⁵¹ กล่าวคือ เมื่อจำเลยได้ให้การยอมรับสารภาพแล้ว องค์คณะ ตุลาการพิจารณาคดี (Trial Chamber) ต้องวินิจฉัยว่า (a) จำเลยเข้าใจลักษณะและผลที่ตามมา

¹⁴⁹ Henri-D. Bosly, "Admission of Guilt before the ICC and in Continental Legal Systems," (2004) 2 *Journal of International Criminal Justice* 1040, cited by William A. Schabas, *supra note* 1, p. 293.

¹⁵⁰ Behrens, *Investigation, Trial and Appeal*, pp. 123-4, cited by William A. Schabas, *supra note* 1, p. 293.

¹⁵¹ Silvia A. Fernández de Gurmendi, "International Criminal Law Procedures," in Lee, *The International Criminal Court*, pp. 217-27 at p. 223, cited by William A. Schabas, *supra note* 1, p. 293.

ของการรับสารภาพผิดหรือไม่ ประกอบกับการรับสารภาพผิดเป็นไปด้วยความสมัครใจของจำเลย หลังจากมีการปรึกษากับทนายจำเลยอย่างเพียงพอแล้วหรือไม่ และ (b) การรับสารภาพผิดได้รับการสนับสนุนโดยข้อเท็จจริงของคดี (ข้อ 65) ถ้าองค์คณะตุลาการพิจารณาคดี (Trial Chamber) พิจารณาแล้วไม่เป็นที่พอใจว่าเงื่อนไขทั้งหมดที่กล่าวมานั้นครบถ้วนแล้ว ให้องค์คณะตุลาการพิจารณาคดี (Trial Chamber) พิจารณาว่ายังไม่มี การรับสารภาพเกิดขึ้น ซึ่งในกรณีดังกล่าว องค์คณะตุลาการพิจารณาคดี (Trial Chamber) ต้องสั่งให้มีการพิจารณาคดีต่อไปตามกระบวนการพิจารณาคดีตามปกติที่ระบุไว้ในธรรมนูญศาลฯ และอาจส่งมอบคดีให้องค์คณะตุลาการพิจารณาคดี (Trial Chamber) อีกคณะหนึ่งพิจารณาก็ได้ (ข้อ 65 วรรค 3)

อย่างไรก็ดี กรณีอาจเป็นไปได้ว่าหลังจากที่จำเลยรับสารภาพผิดแล้ว องค์คณะตุลาการพิจารณาคดี (Trial Chamber) มีความเห็นว่าจำต้องมีการแสดงข้อเท็จจริงของคดีที่สมบูรณ์มากกว่านี้เพื่อประโยชน์แห่งความยุติธรรม โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ประโยชน์ของผู้เสียหาย ดังนี้ องค์คณะตุลาการพิจารณาคดีอาจร้องขอให้อัยการแสดงพยานหลักฐานเพิ่มเติมได้ (ข้อ 65 วรรค 4)

3.6.4 พยานหลักฐาน (Evidence)¹⁵²

ระเบียบว่าด้วยเรื่องพยานหลักฐานซึ่งมีลักษณะซับซ้อนและเน้นไปในทางเทคนิคของธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศได้ใช้ระเบียบดั้งเดิมของศาลอาญาระหว่างประเทศที่ตั้งขึ้นโดยองค์การสหประชาชาติโดยมีหลักยอมรับพยานหลักฐานทั้งหมดที่เกี่ยวข้องโดยตรงและที่จำเป็นต่อการดำเนินคดี จึงแตกต่างกับระบบกฎหมายจารีตประเพณี (Common law system) เนื่องจากธรรมนูญกรุงโรมฯ ไม่บัญญัติหลักการทั่วไปที่ห้ามรับฟังพยานบอกเล่าหรือพยานหลักฐานทางอ้อมที่ไม่เกี่ยวข้องกับคดีโดยตรง ส่งผลให้นักกฎหมายจากระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ก็ยังคงแปลกใจอยู่พอสมควรว่าทำไมไม่มีการบัญญัติเป็นลายลักษณ์อักษรไว้ในธรรมนูญกรุงโรมฯ แต่ถึงแม้จะไม่มีการบัญญัติไว้ก็ตาม ศาลฯ ต้องรับฟังพยานหลักฐานประเภทดังกล่าวโดยคำนึงถึงข้อยกเว้นที่ห้ามรับฟังพยานบอกเล่าที่ใช้กันอยู่ทั่วไปในระบบกฎหมายภายในของหลายประเทศ และต้องพิจารณาตามหลักความจริง พร้อมด้วยความสมัครใจและความน่าเชื่อถือของพยานหลักฐานด้วย ซึ่งศาลฯ ต้องนำแนวคิดเหล่านี้มาปรับใช้อย่างเหมาะสม โดย Helen Brady ได้เคยกล่าวชื่นชมไว้ว่า “ข้อโต้เถียงที่เกิดขึ้นทั้งในชั้นคณะกรรมการเฉพาะกิจ (Ad hoc Committee) และในชั้นคณะกรรมการเตรียมการเพื่อจัดตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศ (The

¹⁵² William A. Schabas, *supra* note 1, pp. 294-301.

Preparatory Committee) ได้ทำให้เห็นถึงช่องว่างระหว่างหลักการของสองฝ่ายซึ่งก็คือ ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์และซีวิลลอว์ในประเด็นเรื่องขอบเขตและแนวทางของระเบียบว่าด้วยพยานหลักฐานของศาลอาญาระหว่างประเทศอยู่พอสมควร แต่ถึงกระนั้นก็ตาม ท้ายสุดแล้วการประนีประนอมก็ได้บรรลุผล โดยมีการผสมผสานระหว่างแนวความคิดของคอมมอนลอว์และซีวิลลอว์ได้อย่างลงตัวทั้งในเรื่องการพิจารณาคดีที่เป็นธรรม (fair trial) และการดำเนินวิธีพิจารณาที่ประกันสิทธิเสรีภาพของประชาชน (due process)”¹⁵³

นอกจากนี้ ธรรมนูญกรุงโรมฯ ยังบัญญัติประเด็นอื่น ๆ ที่เกี่ยวกับพยานหลักฐานอีกด้วย เช่น ข้อ 72 ซึ่งมีหลักการทั่วไปคือ อนุญาตให้ศาลวินิจฉัยว่าหากรัฐเปิดเผยข้อมูลหรือพยานหลักฐานที่ศาลฯ ร้องขอให้รัฐค้นหาแล้วจะกระทบต่อผลประโยชน์ด้านความมั่นคงแห่งชาติของรัฐนั้น ๆ หรือไม่ ซึ่งดูเหมือนว่าด้วยบทจะส่งผลโดยตรงต่อกรณีที่รัฐขัดขวางไม่ให้ศาลฯ ได้รับข้อมูลดังกล่าว และกรณีรัฐปฏิเสธที่จะไม่ส่งข้อมูลของตนเอง ศาลฯ อาจดำเนินการวินิจฉัยต่อไปว่าพยานหลักฐานนั้นมีความเกี่ยวข้องและจำเป็นสำหรับการพิสูจน์ความผิดหรือความบริสุทธิ์ของจำเลยหรือไม่ ผลก็คือ แม้อาจเรียกได้ว่าเป็น “ข้อวินิจฉัยเกี่ยวกับพยานหลักฐาน” (evidentiary inference) แต่ศาลฯ ก็ทำได้แค่เพียงดำเนินการเสนอเรื่องซึ่งรัฐที่ได้รับการร้องขอมิได้ปฏิบัติตามพันธกรณีภายใต้ธรรมนูญศาลฯ ไปยังสมัชชารัฐภาคี หรือให้แจ้งคณะมนตรีความมั่นคงฯ ทราบ (ในกรณีคณะมนตรีความมั่นคงฯ ได้นำเรื่องนี้ขึ้นสู่ศาลฯ)

อย่างไรก็ตาม ข้อ 72 เป็นบทบัญญัติที่มีลักษณะยาวและน่าสับสนอยู่เหมือนกัน เพราะมีการผสมผสานหลายภาษาระหว่างการประชุมที่กรุงโรม จึงทำให้ภาษาที่เขียนมีความสลับซับซ้อน นอกจากนี้ ร่างของคณะกรรมการเตรียมการเพื่อจัดตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศ (The Preparatory Committee) ที่ทำงานกันมาหลายปีก็เหมือนจะเปล่าประโยชน์ เพราะร่างฉบับสุดท้ายต่างกับร่างของคณะกรรมการเตรียมการเพื่อจัดตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศ (The Preparatory Committee) อย่างสิ้นเชิง ดังนี้ อาจทำให้การตีความตัวบทดังกล่าวมีความไม่แน่นอนได้

¹⁵³ Helen Brady, “The System of Evidence in the Statute of the International Criminal Court,” in Flavia Lattanzi and William A. Schabas, eds., *Essays on the Rome Statute of the International Criminal Court*, Rome: Editrice il Sirente, 2000, pp. 279-302 at p. 286, cited by William A. Schabas, *supra note 1*, p. 294.

3.6.5 คำตัดสิน (Decision)¹⁵⁴

ในธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศฉบับภาษาอังกฤษได้บัญญัติถึงการพิจารณาคดีในชั้นสุดท้ายโดยองค์คณะตุลาการพิจารณาคดีไว้ว่าเป็น “คำตัดสิน” (decision) แทนที่จะเป็นคำว่า “คำพิพากษา” (judgment) ที่เคยนิยมใช้กันในศาลเฉพาะกิจที่จัดตั้งโดยองค์การสหประชาชาติ ทั้งนี้ คำว่า “คำพิพากษา” เป็นคำที่ใช้เฉพาะการพิจารณาคดีขององค์คณะตุลาการอุทธรณ์ (The Appeals Chamber) เท่านั้น อย่างไรก็ตาม ยังมีการใช้คำว่า “คำตัดสิน” ในกรณีที่องค์คณะตุลาการพิจารณาคดี (The Trial Chamber) ได้วินิจฉัยในเรื่องสำคัญ ๆ อย่างเรื่องเขตอำนาจศาลหรือการรับคดีไว้พิจารณา (ข้อ 19) ด้วย และคำว่า “คำตัดสิน” ก็ปรากฏในข้อ 81 ซึ่งบัญญัติเกี่ยวกับเรื่อง “คำตัดสินปล่อยตัวจำเลยหรือคำพิพากษาว่ามีผิด” และ “คำตัดสินตามข้อ 74” ส่วนกฎที่ 144 วรรค 1 แห่งระเบียบว่าด้วยวิธีพิจารณาความและพยานหลักฐานได้พูดถึง “คำตัดสิน” ขององค์คณะตุลาการพิจารณาคดีในเรื่อง “ความรับผิดชอบทางอาญาของจำเลย” (criminal responsibility of the accused) ในช่วงแรกคณะกรรมการเตรียมการเพื่อจัดตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศ (The Preparatory Committee) เคยใช้คำว่า “คำพิพากษา” ต่อมาคณะทำงานที่รับผิดชอบเรื่องวิธีสบัญญัติ (the Working group on Procedural Matters) ได้เสนอให้เปลี่ยนคำดังกล่าวในการประชุมที่กรุงโรม เพราะพยายามหลีกเลี่ยงไม่ใช้คำศัพท์เฉพาะทางที่ใกล้เคียงกับระบบการพิจารณาคดีระบบใดระบบหนึ่งมากเกินไป

3.6.6 กระบวนการพิพากษากำหนดโทษ (Sentencing procedure)¹⁵⁵

ในกรณีที่มีการพิพากษาว่ามีความผิด องค์คณะตุลาการพิจารณาคดี (Trial Chamber) ต้องพิจารณากำหนด “การลงโทษที่เหมาะสม” (appropriate sentence) ในชั้นพิพากษากำหนดโทษ (ข้อ 76 แห่งธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศ ประกอบกฎที่ 143 แห่งระเบียบว่าด้วยวิธีพิจารณาความและพยานหลักฐาน) โดยธรรมนูญฯ ได้กำชับให้องค์คณะตุลาการพิจารณาคดีคำนึงถึงพยานหลักฐานที่ถูกเสนอและประเด็นที่น่าเสนอในระหว่างการพิจารณาคดีซึ่งเกี่ยวข้องกับการกำหนดโทษนั้น ซึ่งการกระทำความผิดจะเป็นปัจจัยหลักที่จะทำให้โทษเพิ่มขึ้นหรือลดลง เช่น หากผู้กระทำความผิดมีบทบาทในการเยียวยาผู้เสียหาย ก็จะทำให้เป็น

¹⁵⁴ See William A. Schabas, *supra* note 1, pp. 301-304.

¹⁵⁵ *Ibid.* pp. 304-306.

พยานหลักฐานชิ้นหนึ่งที่เกี่ยวข้องกับความผิดหรือความบริสุทธิ์ของผู้กระทำผิดได้ และจะปรากฏเป็นส่วนหนึ่งของกระบวนการพิจารณาคดีในสำนวนศาล นอกจากนี้ ยังมีข้อสันนิษฐานที่เป็นประโยชน์กับการนั่งพิจารณาในชั้นพิพากษากำหนดโทษที่เป็นชั้นเฉพาะต่างหาก (หลังจากที่มีการพิพากษาว่ามีความผิดมาแล้ว) ไว้ว่า แม้ว่าจะไม่มีข้อบังคับใด ๆ แต่ก็ต้องมีการยื่นคำร้องขอไม่ว่าจากอัยการหรือจำเลย และถ้าศาลยกคำร้อง ศาลก็อาจมีคำสั่งให้จัดการนั่งพิจารณาดังกล่าวได้

ศาลเฉพาะกิจที่จัดตั้งขึ้นโดยองค์การสหประชาชาติในช่วงแรก ๆ ได้กำหนดให้มีชั้นพิจารณาพิพากษาคดีแยกต่างหากจากชั้นทำคำพิพากษากำหนดโทษ แม้ไม่มีบทบัญญัติโดยของธรรมนูญจัดตั้งศาลเฉพาะกิจดังกล่าวหรือกฎใด ๆ ระบุไว้ก็ตาม ซึ่งต่อมาได้มีการแก้ไขกฎของศาลเฉพาะกิจเพราะไม่ต้องการให้มีการเสนอคำแนะนำใด ๆ เข้ามาในช่วงชั้นที่มีการพิพากษากำหนดโทษซึ่งถูกแยกออกมา เช่น ในการพิพากษาคดี *Celebici* ในเดือนพฤศจิกายน 1998 (พ.ศ.2541) ได้มีคำพิพากษากำหนดโทษในทันทีที่มีการพิพากษาว่าจำเลยมีความผิด โดยก่อนที่มีการทำคำพิพากษาว่ามีความผิดนั้น ศาลได้จัดการนั่งพิจารณาคดีเป็นพิเศษเพื่อทำคำพิพากษาเกี่ยวกับการกระทำผิดในส่วนเนื้อหาข้อเท็จจริงของการกระทำไปแล้ว¹⁵⁶

วัตถุประสงค์ของการมีชั้นพิจารณาพิพากษากำหนดโทษก็คือเพื่อจัดให้มีการยื่นเพิ่มเติมซึ่งพยานหลักฐานหรือเอกสารอันเกี่ยวข้องโดยตรงกับการพิพากษากำหนดโทษจำเลย ในอดีตศาลเฉพาะกิจได้ทำการพิจารณาข้อมูลที่เกี่ยวข้องโดยตรง ซึ่งได้แก่รายงานเกี่ยวกับจิตวิทยาและจิตวิเคราะห์ รวมไปถึงพยานหลักฐานของผู้ที่ถูกพิพากษาว่ามีความผิดแล้วด้วย ยกตัวอย่างเช่น ในคดี *Erdemovic* มีการแต่งตั้งผู้เชี่ยวชาญจำนวน 3 ท่าน ซึ่งมี 2 ท่านที่ศาลฯ เป็นผู้คัดเลือกเอง ส่วนอีกท่านหนึ่งได้รับการเสนอชื่อมาจากจำเลย¹⁵⁷ โดยการพิพากษากำหนดโทษในคดี *Erdemovic* ได้มีการรับฟังถึงประเด็นบุคลิกภาพของพยานทั้งหมด ซึ่งมีพยาน 2 คนได้รับการคุ้มครองที่มีมาตรฐานโดยองค์คณะพิจารณาคดี (Trial Chamber)¹⁵⁸ และตัว *Erdemovic* ก็เป็นพยานในชั้นการพิพากษากำหนดโทษของตนเอง ส่วนในคดี *Tadic* องค์คณะพิจารณาคดีพิจารณา

¹⁵⁶ *Delalic et al.* (IT-96-21-T), Judgment, 16 November 1998, para. 83, cited by William A. Schabas, *supra note 1*, p. 305.

¹⁵⁷ *Erdemovic* (IT-96-22-T), Sentencing Judgment, 29 November 1996, cited by William A. Schabas, *supra note 1*, p. 306.

¹⁵⁸ *Erdemovic* (IT-96-22-T), Order for Protective Measures for Witness X, 18 October 1996, cited by William A. Schabas, *supra note 1*, p. 306.

ทั้งรายงานวาทะและลายลักษณ์อักษร เช่น รายงาน “ผลกระทบที่มีต่อผู้เสียหาย” (victim impact) ซึ่งองค์คณะตุลาการพิจารณาคดียืนยันว่า “จะรับพิจารณาเพียงแค่งาน หรือคำกล่าวที่เป็นลายลักษณ์อักษร รวมทั้งรายงานด้วยวาจาที่ให้ข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับคดีโดยตรงเท่านั้น ซึ่งอาจช่วยองค์คณะตุลาการพิจารณาคดี (Trial Chamber) ในการพิจารณาทำคำพิพากษากำหนดโทษได้อย่างเหมาะสม และปฏิเสธรับพิจารณาเอกสารต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องกับกรณีพิพาทผู้ต้องหาหรือความบริสุทธิ์ของ Dusko Tadic จำเลย”¹⁵⁹

3.7 การบังคับใช้กฎหมายที่เกี่ยวกับการดำเนินคดี และการบังคับตามคำพิพากษาของศาล¹⁶⁰

สิ่งสำคัญที่ทำให้กฎหมายระหว่างประเทศแตกต่างกับกฎหมายภายในคือ การขาดองค์การที่จะมาบังคับใช้กฎหมายอย่างจริงจัง เพราะแม้ว่าการเกิดขึ้นของศาลอาญาระหว่างประเทศที่ถาวรนี้จะเข้ามามีส่วนช่วยเสริมบทบาทในการบังคับใช้กฎหมายอาญาระหว่างประเทศให้ได้รับการปฏิบัติอย่างแพร่หลายมากขึ้น แต่ก็ยังคงไม่เพียงพอ ทั้งนี้ เนื่องจากทางเลือกในการจัดตั้งศาลโดยสนธิสัญญาพหุภาคีนั้นมีค่าบังคับอ่อนกว่าวิธีการที่อาศัยข้อมติขององค์การระหว่างประเทศอย่างคณะมนตรีความมั่นคง แต่ผลดีก็คือ ได้เห็นถึงการมีความเคารพต่อความยินยอมของรัฐ ดังนั้น การเข้ามามีบทบาทของคณะมนตรีความมั่นคงแห่งสหประชาชาติในกระบวนการยุติธรรมนี้ ในแง่ดีนั้นจะเห็นได้ว่าไม่เพียงแต่เป็นการเคารพกฎหมายระหว่างประเทศเท่านั้น แต่ยังคงช่วยให้กฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีอาญามีพัฒนาการเรื่องการยอมรับหลักความรับผิดชอบของปัจเจกบุคคล และรวมถึงการยอมรับบทบาทของคณะมนตรีความมั่นคงฯ ในการปราบปรามอาชญากรรมระหว่างประเทศอีกด้วย

คณะมนตรีความมั่นคงฯ จะมีบทบาทในการบังคับใช้ให้เกิดการดำเนินคดีของศาลทั้งในระหว่างการพิจารณาคดีและบังคับคดี โดยคณะมนตรีความมั่นคงฯ จะช่วยทำให้การติดตามตัวผู้กระทำความผิดมาสู่กระบวนการดำเนินคดีของศาลได้มากขึ้น รวมถึงการช่วยบังคับใช้กับการสืบสวนสอบสวนของอัยการ และการดำเนินคดีของศาล โดยการวางพันธกรณีในทางระหว่างประเทศที่ชัดเจนในการให้ความร่วมมือกับศาล เพราะในการดำเนินการขอความร่วมมือจากรัฐนั้น

¹⁵⁹ *Tadic* (IT-94-1-T), Scheduling Order, 27 May 1997; and *Tadic* (IT-94-1-T), Scheduling Order, 12 June 1997, cited by William A. Schabas, *supra* note 1, p. 306.

¹⁶⁰ วันวิภา สุขสวัสดิ์, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่* 15, น. 238-239.

ถ้าขาดความสอดคล้องในการให้ความร่วมมือ โดยเฉพาะถ้าเป็นในกรณีที่เป็นการเสนอคดีมาสู่ศาลโดยคณะมนตรีความมั่นคงฯ แล้ว ก็ไม่มีวิธีการบังคับให้เกิดความร่วมมือได้ แต่จะมีการแจ้งกลับไปยังคณะมนตรีความมั่นคงฯ เพื่อหาวิธีการในการดำเนินการต่อไป และภายหลังจากที่ศาลได้ตัดสินคดีแล้ว คณะมนตรีความมั่นคงฯ ยังคงมีบทบาทในการทำให้คำพิพากษาได้รับการปฏิบัติ โดยคณะมนตรีความมั่นคงฯ อาจจะทำเนิการอุดหนุนให้แก่ศาลในการนำตัวผู้กระทำความผิดมารับโทษ หรือการชดใช้ค่าเสียหายให้กับเหยื่อของอาชญากรรม ซึ่งนอกจากจะเป็นการเยียวยาให้กับเหยื่อแล้วยังเป็นการนำมาซึ่งการป้องกันและแก้ไขการกระทำที่จะไปกระทบต่อสันติภาพและความมั่นคงระหว่างประเทศ ในฐานะที่เป็นบทบาทความรับผิดชอบหลักของคณะมนตรีความมั่นคงฯ

ทั้งนี้ ในการดำเนินการเพื่อบังคับใช้กฎหมายนี้ คณะมนตรีความมั่นคงฯ อาจจะมีการใช้มาตรการในทางระหว่างประเทศ เพื่อให้เกิดความสอดคล้องในการดำเนินการตามข้อมติของคณะมนตรีความมั่นคงฯ ที่จะนำไปสู่การดำเนินการตามบทบัญญัติของศาล โดยการใช้มาตรการบีบบังคับหรือการลงโทษ (sanction) ที่ใช้ผ่านทางบทบัญญัติในหมวด 7 ของกฎบัตรสหประชาชาติ หรือนำเอาหลักของความรับผิดชอบของรัฐ (state responsibility) มาใช้ควบคู่กับความรับผิดชอบของปัจเจกบุคคล (individual responsibility) เพื่อให้เกิดการบังคับใช้ที่มีประสิทธิภาพสูงสุด และจะนับเป็นพัฒนาการของความสำเร็จในการปราบปรามอาชญากรรมระหว่างประเทศของคณะมนตรีความมั่นคงฯ

สำหรับความผิดที่กำหนดไว้ในธรรมนูญฯ มีบทลงโทษในระดับต่าง ๆ กล่าวคือ¹⁶¹

(ก) จำคุกตลอดชีวิต โดยศาลฯ จะพิจารณาจากความรุนแรงของอาชญากรรมที่ก่อขึ้นและสภาพแวดล้อมเฉพาะกรณีของผู้ต้องโทษ

(ข) จำคุกไม่เกิน 30 ปี

(ค) ปรับ

(ง) ริบทรัพย์

ทั้งนี้ ธรรมนูญศาลฯ ไม่อนุญาตให้มีการลงโทษประหารชีวิต นอกจากนี้ ยังมีการทบทวนคำพิพากษาลงโทษอีกด้วย ตามข้อ 84 แห่งธรรมนูญกรุงโรมฯ

¹⁶¹ ข้อ 77 แห่งธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศ

“ข้อ 84 การทบทวนคำพิพากษาว่ามีความผิดหรือคำพิพากษาลงโทษ

1. ผู้ที่ต้องคำพิพากษาว่ามีความผิด หรือในกรณีไม่ถึงแก่ความตายแล้ว คู่สมรส บุตร บิดา มารดา หรือบุคคลหนึ่งบุคคลใดที่มีชีวิตในเวลาที่จำเลยถึงแก่กรรม ซึ่งได้รับคำสั่งเป็นลายลักษณ์อักษรอย่างชัดแจ้งจากจำเลยให้ทำการใช้สิทธิเรียกร้องเช่นว่า หรืออัยการซึ่งทำการในนามบุคคลนั้น อาจร้องขอต่อองค์คณะตุลาการอุทธรณ์ให้ทบทวนคำพิพากษาถึงที่สุดของคำพิพากษาว่ามีความผิดหรือคำพิพากษาลงโทษด้วยมูลเหตุที่ว่า

(a) มีการค้นพบพยานหลักฐานใหม่ซึ่ง

- (1) ไม่ปรากฏในเวลาที่มีการพิจารณาคดี และการไม่ปรากฏเช่นว่า ทั้งหมดหรือบางส่วน มิได้มีสาเหตุมาจากคู่ความในศาลฯ ที่ยื่นคำร้องขอ และ
- (2) มีความสำคัญเพียงพอว่า หากได้รับการพิสูจน์ในการพิจารณาคดีในศาลฯ น่าจะมีผลเปลี่ยนแปลงคำตัดสิน

(b) ได้มีการค้นพบใหม่ว่าพยานหลักฐานสำคัญซึ่งศาลฯ ได้อาศัยเป็นหลักในการพิจารณาคดีในศาลฯ และพิพากษาว่ามีความผิด เป็นเท็จ ทำปลอมขึ้น หรือพิสูจน์ได้ว่าเป็นเท็จ”

เห็นได้ว่าคำพิพากษาค้นถึงที่สุดแล้วของศาลอาญาระหว่างประเทศนั้นสามารถได้รับการทบทวนคำตัดสินได้ภายใต้เงื่อนไขข้อ 84 ดังกล่าว โดยศาลฯ เป็นผู้ทำการทบทวนเอง

อย่างไรก็ดี เนื่องจากศาลอาญาระหว่างประเทศไม่มีเรือนจำ จึงต้องขอความร่วมมือจากรัฐภาคีเพื่อที่จะดำเนินมาตรการบังคับให้เป็นไปตามคำพิพากษากรณีมีการลงโทษจำคุก¹⁶² รัฐภาคีดังกล่าวจะต้องแสดงความสมัครใจของตนต่อศาลฯ ในการยอมรับผู้ต้องคำพิพากษาลงโทษไปรับโทษจำคุกในรัฐของตน โดยธรรมนูญศาลฯ ได้กล่าวถึง “หลักการที่ว่ารัฐภาคีต้องร่วมรับผิดชอบสำหรับการบังคับให้เป็นไปตามคำพิพากษาลงโทษจำคุกตามหลักการของการแบ่งสรรที่เที่ยงธรรม”¹⁶³ หากไม่มีรัฐใดได้รับการแต่งตั้งข้างต้น ก็ให้การรับโทษจำคุกตามคำพิพากษาระทำในเรือนจำในประเทศเนเธอร์แลนด์ซึ่งเป็นรัฐที่ตั้งของศาลฯ นั่นเอง กลไกนี้ค่อนข้างคล้ายกับศาลเฉพาะกิจที่จัดตั้งโดยคณะมนตรีความมั่นคงขององค์การสหประชาชาติ

อนึ่ง ในขณะนี้ไทยยังไม่ได้เป็นภาคีสมาชิกของธรรมนูญศาลฯ จึงไม่สามารถยอมรับผู้ต้องคำพิพากษาลงโทษจำคุกมาลงโทษที่เรือนจำของประเทศไทยได้

¹⁶² ข้อ 78 วรรค 2 แห่งธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศ

¹⁶³ ข้อ 103 วรรค 3 (a) แห่งธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศ

หลังจากมีคำพิพากษาแล้ว ศาลจะแต่งตั้งรัฐที่จะนำผู้ต้องคำพิพากษาไปลงโทษ และศาลฯ อาจตัดสินเมื่อใดก็ได้ให้โอนตัวผู้ที่ต้องคำพิพากษาลงโทษจำคุกไปยังเรือนจำของอีกรัฐหนึ่ง¹⁶⁴ การเลือกว่ารัฐใดที่ควรจะทำหน้าที่ดูแลการจำคุกนั้น ศาลฯ ควรพิจารณาถึงตัวผู้ที่ถูกลงโทษเป็นสำคัญโดยคำนึงถึงสัญชาติผู้ต้องโทษ ประกอบกับ “มาตรการของรัฐในการควบคุมการปฏิบัติต่อนักโทษตามสนธิสัญญาระหว่างประเทศซึ่งเป็นที่ยอมรับกันอย่างกว้างขวาง” ยิ่งไปกว่านั้นเงื่อนไขของการจำคุกต้องไม่เป็นคุณมากกว่าหรือน้อยกว่าเงื่อนไขที่มีต่อนักโทษที่ต้องคำพิพากษาลงโทษว่าด้วยความผิดที่คล้ายกันในรัฐที่มีการบังคับให้เป็นไปตามคำพิพากษา¹⁶⁵ อย่างไรก็ตามการอ้างถึง “มาตรฐานควบคุมการปฏิบัติต่อนักโทษตามสนธิสัญญาระหว่างประเทศ” นี้ค่อนข้างมีความชัดเจน และอาจจะไม่รวมถึงการใช้ข้อกำหนดขององค์การสหประชาชาติว่าด้วยมาตรฐานขั้นต่ำสำหรับการปฏิบัติต่อผู้ต้องขัง ซึ่งมีลักษณะเข้มงวดและค่อนข้างเด็ดขาด เนื่องจากว่าข้อกำหนดดังกล่าวไม่ใช่สนธิสัญญาแต่เป็นเพียง “soft law” ที่เป็นตราสารระหว่างประเทศที่ไม่มีผลผูกพันทางกฎหมาย ซึ่งอยู่ในรูปของข้อมติ (resolutions) ของคณะมนตรีเศรษฐกิจและสังคมแห่งสหประชาชาติเท่านั้น

คำพิพากษาลงโทษจำคุกของศาลฯ ต้องผูกพันรัฐภาคีซึ่งรัฐภาคีจะแก้ไขเพิ่มเติมไม่ได้ไม่ว่าในกรณีใด¹⁶⁶ และเมื่อผู้ต้องโทษได้รับโทษมาแล้วสองในสามของโทษตามคำพิพากษาหรือถูกจำคุกมาแล้ว 25 ปี (ในกรณีจำคุกตลอดชีวิต) ศาลฯ ต้องพิจารณาทบทวนเพื่อวินิจฉัยว่าควรจะลดโทษหรือไม่¹⁶⁷ ในการทบทวนของศาลฯ นี้ ศาลฯ อาจลดโทษ หากพบว่า (ก) ผู้ต้องโทษมีความสมัครใจแต่แรกและต่อเนืองที่จะร่วมมือกับศาลฯ ในการสืบสวนสอบสวน และการฟ้องร้องดำเนินคดี หรือ (ข) ผู้ต้องโทษนั้นได้ช่วยเหลือโดยสมัครใจในการทำให้การบังคับให้เป็นไปตามคำพิพากษาและคำสั่งในกรณีอื่น ๆ เป็นไปได้ และโดยเฉพาะอย่างยิ่งการให้ความช่วยเหลือในการระบุสินทรัพย์ซึ่งอยู่ภายใต้คำสั่งปรับ ริบ หรือชดใช้ค่าเสียหาย ซึ่งอาจนำมาใช้เพื่อประโยชน์ของผู้เสียหาย หรือ (ค) ปัจจัยอื่น ๆ ที่ “ชี้ให้เห็นถึงพฤติการณ์ที่เปลี่ยนแปลงอย่างชัดเจนและสำคัญเพียงพอที่จะเป็นเหตุผลให้มีการลดโทษ”¹⁶⁸

¹⁶⁴ ข้อ 104 แห่งธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศ

¹⁶⁵ ข้อ 106 วรรค 2 แห่งธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศ

¹⁶⁶ ข้อ 105 แห่งธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศ

¹⁶⁷ ข้อ 110 วรรค 3 แห่งธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศ

¹⁶⁸ ข้อ 110 วรรค 4 แห่งธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศ

หลังจากได้รับโทษครบถ้วนตามคำพิพากษาแล้ว ถ้าผู้ต้องโทษไม่ใช่คนสัญชาติของ รัฐที่มีการบังคับให้เป็นไปตามคำพิพากษา ผู้ต้องโทษอาจถูกโอนตัวตามกฎหมายของรัฐที่มีการ บังคับให้เป็นไปตามคำพิพากษาไปยังรัฐซึ่ง “ได้ขอผูกพันในการรับบุคคลดังกล่าว” หรือไปยังรัฐอื่น ซึ่งตกลงรับบุคคลนั้น¹⁶⁹ กรณีนี้มีโอกาสเกิดขึ้นอย่างแน่นอนหากรัฐอื่นต้องการตัวผู้ต้องโทษผู้นั้น ไปดำเนินคดีอีก อย่างไรก็ตาม ธรรมนูญกรุงโรมฯ มีหลักห้ามการพิจารณาลงโทษบุคคลซ้ำในการ กระทำความผิดอาญาเดียวกัน (*Ne bis in idem*) ซึ่งปรากฏอยู่ในข้อ 20 แห่งธรรมนูญกรุงโรมฯ

¹⁶⁹ ข้อ 107 วรรค 1 แห่งธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศ