

บทที่ 4

แนวทางการป้องกัน แก้ไขปัญหาอาชญากรรมสงคราม และการเยียวยาให้กับผู้เสียหาย



จากการศึกษาเกี่ยวกับเรื่องอาชญากรรมสงครามที่กล่าวไปแล้วในบทที่ 1-3 นั้น จะเห็นได้ว่ามีความพยายามที่จะแก้ไขปรับปรุงหลักเกณฑ์ในการดำเนินคดีและการลงโทษอาชญากรรมสงครามให้มีประสิทธิภาพมากขึ้นและสอดคล้องกับหลักกฎหมายระหว่างประเทศในเรื่องต่าง ๆ มากขึ้น อย่างไรก็ตามแม้จะมีการแก้ไขปรับปรุงหลักเกณฑ์ดังกล่าวแล้ว แต่ก็ยังคงมีการก่ออาชญากรรมสงครามขึ้นในที่ต่าง ๆ เกิดขึ้นอยู่เสมอ ๆ เมื่อมีการพิพาทกันด้วยอาวุธ (armed conflict) เกิดขึ้นในดินแดนต่าง ๆ ดังนั้น ในบทนี้จึงจะศึกษาถึงแนวทางการป้องกัน, แก้ไข และเยียวยา การกระทำของอาชญากรรมสงครามที่จะเกิดขึ้นในอนาคต

แนวทางในการป้องกัน

การแก้ไขปัญหาดังกล่าว ๆ นั้น อาจจะกล่าวได้ว่าไม่มีการแก้ไขปัญหาใดที่สามารถจะแก้ไขปัญหานั้นได้อย่างสมบูรณ์ หากการป้องกันไม่ให้เกิดปัญหานั้นเกิดขึ้นมาต่างหากที่น่าจะเป็นหนทางที่ดีที่สุดในการแก้ไขปัญหาดังกล่าว ๆ ในเรื่องอาชญากรรมสงครามก็เช่นกัน ผู้เขียนเห็นว่าการป้องกันไม่ให้บุคคลต่าง ๆ ก่ออาชญากรรมสงครามขึ้นมาได้นั้น ก็นับว่าเป็นแนวทางที่สามารถแก้ไขปัญหาดังกล่าว ในเรื่องอาชญากรรมสงครามได้อย่างดีที่สุด เนื่องจากเป็นการแก้ไขปัญหาที่ต้นเหตุไม่ใช่ปลายเหตุ ซึ่งแนวทางในการป้องกันไม่ให้เกิดอาชญากรรมสงครามนั้น สามารถทำได้หลายแนวทางดังนี้

1. การส่งเสริมให้มีการระงับข้อพิพาทโดยสันติวิธี

ข้อพิพาทที่เกิดขึ้นระหว่างรัฐ อาจแบ่งได้เป็นสองประเภทคือ ข้อพิพาททาง

กฎหมายและข้อพิพาททางการเมือง¹ ข้อพิพาททางกฎหมายได้แก่ บรรดาข้อพิพาทที่รัฐคู่พิพาทโต้แย้งกันเกี่ยวกับการตีความหรือการบังคับใช้หลักเกณฑ์ของกฎหมายระหว่างประเทศ² ส่วนข้อพิพาททางการเมืองได้แก่ ข้อพิพาทเกี่ยวกับผลประโยชน์ส่วนได้เสียของรัฐที่ขัดแย้งกับกฎเกณฑ์ในกฎหมายระหว่างประเทศ หรือกฎหมายระหว่างประเทศไม่ได้รับรองไว้ กล่าวอีกนัยหนึ่งคือ ข้อพิพาทในทางการเมือง เป็นข้อพิพาทที่ไม่เกี่ยวกับการบังคับใช้กฎเกณฑ์ของกฎหมายระหว่างประเทศ³ อย่างไรก็ตามผู้เขียนมีความเห็นว่าข้อพิพาททางกฎหมายกับข้อพิพาททางการเมืองนั้นมีความเกี่ยวพันกันอย่างใกล้ชิด โดยข้อพิพาททางกฎหมายก็นำไปสู่ข้อพิพาททางการเมืองได้ อาทิ คดีเขาพระวิหารระหว่างไทยกับกัมพูชาถือได้ว่าเป็นข้อพิพาททางกฎหมายเนื่องจากการพิพาทมีการอ้างสนธิสัญญาปักปันเขตแดนระหว่างไทยกับฝรั่งเศสเป็นหลัก แต่หากไม่มีการนำคดีนี้ขึ้นสู่ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ กลับใช้วิธีการสู้รบกันเพื่อให้ได้เขาพระวิหารมาครอบครองแล้วก็เท่ากับว่าข้อพิพาททางกฎหมายนำไปสู่ข้อพิพาททางการเมือง ส่วนข้อพิพาททางการเมืองก็เกี่ยวข้องกับข้อพิพาททางกฎหมายเช่นกัน เนื่องจากเมื่อเกิดข้อพิพาททางการเมืองแต่ละฝ่ายก็จะพยายามหาพื้นฐานทางกฎหมายระหว่างประเทศมาอ้างเพื่อสนับสนุนข้ออ้างของตน อาทิ กรณีที่อิรักเข้ายึดครองคูเวต อิรักมีวัตถุประสงค์ประสงค์ในทางการเมืองที่จะได้ครอบครองคูเวต โดยผนวกคูเวตเข้าเป็นส่วนหนึ่งของดินแดนอิรัก แต่อิรักก็พยายามที่จะหาพื้นฐานทางกฎหมายระหว่างประเทศมาอ้างเพื่อสนับสนุนการกระทำของตนว่าเป็นสิ่งที่ชอบด้วยกฎหมาย ไม่ว่าจะเป็นการอ้างว่าคูเวตเคยเป็นดินแดนส่วนหนึ่งของอิรักในสมัยอาณาจักรออตโตมันหรือกลุ่มกบฏในคูเวตขอร้องให้อิรักเข้าไปในคูเวตก็ตามและบางครั้งข้อพิพาททั้งทางกฎหมายและทางการเมืองก็ปะปนอยู่อย่างแยกไม่ออก อาทิ กรณีความขัดแย้งกันในหมู่เกาะสแปรตลีย์ระหว่างจีน ไต้หวัน เวียดนาม ญี่ปุ่น ฟิลิปปินส์ และมาเลเซีย ซึ่งต่างก็อ้างว่าหมู่เกาะสแปรตลีย์เป็นของตน ซึ่งก็มีประเด็นในทางกฎหมายเกี่ยวกับหลักเกณฑ์ของ

¹ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมมาธิราช, กฎหมายระหว่างประเทศ หน้าที่ 1 - 6, พิมพ์ครั้งที่ 7 (นนทบุรี : ฝ่ายการพิมพ์ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมมาธิราช, 2532), หน้า 287.

² เรื่องเดียวกัน.

³ เรื่องเดียวกัน.

การได้มาซึ่งดินแดน (Acquisition principle) และมีประเด็นในทางการเมืองว่าบริเวณ หมู่เกาะสแปรตลีย์มีทรัพยากรมาก ดังนั้น แต่ละประเทศจึงอยากได้เป็นของตน ซึ่งทำให้ ผลประโยชน์ของแต่ละประเทศขัดกัน อย่างไรก็ตาม ไม่ว่าข้อพิพาทระหว่างรัฐที่เกิดขึ้นจะเป็นข้อพิพาท ในลักษณะใด กฎบัตรสหประชาชาติข้อ 2 วรรค 3⁴ ก็บัญญัติให้รัฐต่าง ๆ ที่เป็นสมาชิก สหประชาชาติระงับข้อพิพาทโดยสันติวิธี แต่รัฐก็มีสิทธิที่จะเลือกวิธีการระงับข้อพิพาทอย่างไร้รัฐ พยายามได้⁵ ซึ่งวิธีการระงับข้อพิพาทโดยสันติวิธีสามารถแบ่งได้เป็น 3 วิธีใหญ่ ๆ คือ

ก) การระงับข้อพิพาทในทางการทูต ประกอบด้วย การเจรจา, การไกล่เกลี่ย, การไต่สวนการประนีประนอม

ข) การระงับข้อพิพาทโดยองค์การสหประชาชาติ มักจะกระทำผ่านคณะมนตรี ความมั่นคงและสมัชชาใหญ่ นอกจากนี้บางกรณีเลขาธิการสหประชาชาติก็มีบทบาทในการระงับ ข้อพิพาทโดยการเรียกร้องให้คณะมนตรีความมั่นคงเข้าไปปฏิบัติการกับสถานการณ์ต่าง ๆ ที่อาจก่อ ให้เกิดอันตรายต่อการรักษาสันติภาพและความมั่นคงปลอดภัยระหว่างประเทศ ตามข้อ 99 แห่ง กฎบัตรสหประชาชาติ

ค) การระงับข้อพิพาทโดยองค์การตุลาการ การระงับข้อพิพาทในกรณีนี้สามารถ กระทำได้โดยศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ (The International Court of Justice) หรือโดยอนุญาโตตุลาการ (Arbitration)

⁴ กฎบัตรสหประชาชาติ ข้อ 2 วรรค 3

"สมาชิกทั้งปวงจะต้องระงับกรณีพิพาทระหว่างประเทศโดยสันติวิธี ในลักษณะ การเช่นที่จะไม่เป็นอันตรายต่อสันติภาพและความมั่นคงระหว่างประเทศและความยุติธรรม"

⁵ กฎบัตรสหประชาชาติ ข้อ 33 วรรค 1

"1. ผู้เป็นฝ่ายในกรณีพิพาทใด ๆ ซึ่งหากดำเนินต่อไปน่าจะเป็นอันตรายแก่ การชวาระไว้ซึ่งสันติภาพและความมั่นคงระหว่างประเทศ ก่อนอื่นจึงต้องแสวงหาการแก้ไขโดยการ เจรจา การไต่สวนการไกล่เกลี่ย การประนีประนอม อนุญาโตตุลาการ การระงับโดยทางศาล การหันเข้าอาศัย ทบวงการตัวแทน หรือการตกลงส่วนภูมิภาคหรือสันติวิธีประการอื่นใดที่คู่กรณีจะ พึงเลือก"

นอกจากกฎบัตรสหประชาชาติแล้ว ยังมีระเบียบวาระเพื่อสันติภาพ (Agenda for Peace) ซึ่งนายบูโทรส บูโทรสกาเลีย ได้เสนอไว้เมื่อเดือนมิถุนายน 2535 เพื่อใช้เป็นแนวทางขององค์การสหประชาชาติในการดำเนินบทบาทด้านความมั่นคง⁶ โดย Agenda for Peace มีหลักการที่สำคัญ ดังนี้⁷

1. การทูตเชิงป้องกัน (Preventive diplomacy) คือ ความพยายามในการระงับข้อพิพาทไม่ให้ขยายเป็นความขัดแย้ง หรือหากเกิดความขัดแย้งขึ้นแล้วก็พยายามลดระดับความรุนแรง และสกัดกั้นไม่ให้ความขัดแย้งขยายตัวออกไป ซึ่งการที่จะทำให้บรรลุวัตถุประสงค์ดังกล่าวนี้สามารถกระทำได้โดยตรวจสอบความสัมพันธ์ระหว่างรัฐต่าง ๆ อย่างสม่ำเสมอ เพื่อค้นหาสาเหตุที่จะนำไปสู่การเกิดข้อพิพาทและความขัดแย้ง รวมทั้งการส่งผู้เชี่ยวชาญเข้าไปสืบหาข้อเท็จจริง วิเคราะห์ และประมวลข้อมูลเพื่อหามาตรการแก้ไขต่อไป

2. การสร้างสันติภาพ (Peace making) คือความพยายามใช้มาตรการต่าง ๆ เพื่อให้คู่กรณีตกลงที่จะหยุดยิงและหันหน้ามาเจรจาเพื่อหาหนทางแก้ไขปัญหาอย่างสันติวิธี เช่นการเจรจาไกล่เกลี่ย การใช้อัณญาโตตุลาการ และการคว่ำบาตรทางเศรษฐกิจ

3. การรักษาสันติภาพ (Peace keeping) คือการส่งกองกำลังรักษาสันติภาพเข้าไปในพื้นที่ที่เกิดความขัดแย้ง หลังจากที่คู่พิพาทตกลงหยุดยิงชั่วคราว เพื่อควบคุมมิให้คู่พิพาทใช้กำลังต่อกัน และตรวจสอบ ดูแล การหยุดยิง จนกว่าทั้งสองฝ่ายจะสามารถบรรลุข้อตกลงที่จะยุติความขัดแย้งที่เกิดขึ้นได้อย่างสมบูรณ์

4. การวางเสริมสร้างสันติภาพ (Peace-building) คือ กระบวนการหลังจากที่คู่พิพาทตกลงกันได้แล้ว ก็จะต้องวางพื้นฐานเพื่อเสริมสร้างสันติภาพให้คงอยู่อย่างถาวร โดยการเข้าไปช่วยบูรณะโครงสร้างทางการเมืองและเศรษฐกิจ เช่น การจัดการเลือกตั้ง การช่วยสร้างสาธารณูปโภคขั้นพื้นฐานต่าง ๆ เป็นต้น

⁶ United Nations, Boutros Boutros-Ghali An Agenda for Peace, (New York : United Nations, 1992). และ อนุสร จันทพันธ์, การทูตเชิงป้องกัน (Preventive Diplomacy), (อัสสาเนา).

⁷ Ibid. และ เรื่องเดียวกัน.

5. ความร่วมมือระหว่างประเทศ (International Cooperation) คือ ในกรณีที่ความขัดแย้งนั้นเป็นความขัดแย้งระหว่างประเทศก็จะต้องมีกระบวนการสนับสนุนให้เกิดความร่วมมือระหว่างประเทศคู่พิพาทขึ้น เพื่อเสริมสร้างมิตรภาพและความเข้าใจระหว่างกัน

การป้องกันไม่ให้เกิดอาชญากรรมสงครามขึ้นโดยการพยายามส่งเสริมให้มีการระงับข้อพิพาทโดยสันติวิธี มีข้อดีและข้อเสียดังนี้

ข้อดี

หากสามารถจะระงับข้อพิพาทโดยสันติวิธีได้ในทุกกรณี ก็จะทำให้ไม่เกิดความขัดแย้งด้วยอาวุธ (armed conflict) ขึ้น ซึ่งจะส่งผลให้ไม่มีอาชญากรรมสงครามเกิดขึ้นด้วย เพราะไม่มีผู้ใดละเมิดกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ ดังนั้น จึงอาจกล่าวได้ว่าแนวทางนี้สามารถป้องกันไม่ให้เกิดอาชญากรรมสงครามได้สมบูรณ์ที่สุด โดยมีข้อแม้ว่าจะต้องสามารถที่จะระงับข้อพิพาทโดยสันติวิธีได้ทุกกรณี

ข้อเสีย

การที่จะทำให้การระงับข้อพิพาทโดยสันติวิธีบรรลุผลได้ในทุก ๆ กรณีนั้นกระทำได้ยาก ดังเป็นที่ปรากฏชัดเจนอยู่แล้วว่า แม้กฎบัตรสหประชาชาติจะบังคับให้รัฐสมาชิกระงับข้อพิพาทโดยสันติวิธีและองค์การสหประชาชาติเองก็พยายามดำเนินการให้มีการระงับข้อพิพาทโดยสันติวิธีขึ้นทุก ๆ ครั้งที่เกิดข้อพิพาทขึ้น แต่ก็ไม่สามารถผลักดันให้การระงับข้อพิพาทโดยสันติวิธีบรรลุผลได้เสมอไป เนื่องจากความสำเร็จของการระงับข้อพิพาทโดยสันติวิธีขึ้นอยู่กับบรรยากาศทางการเมืองระหว่างประเทศในขณะนั้นเป็นสำคัญด้วย โดยเฉพาะอย่างยิ่งในส่วนของประเทศที่เป็นสมาชิกถาวรของคณะมนตรีความมั่นคง คือ สหรัฐอเมริกา, รัสเซีย, จีน, อังกฤษ และฝรั่งเศส อย่างไรก็ตาม ปัจจุบันการระงับข้อพิพาทโดยสันติวิธีมีแนวโน้มว่าจะกระทำได้ง่ายและประสบความสำเร็จมากขึ้นเนื่องจากในขณะนี้สหภาพโซเวียตได้ล่มสลายไปแล้ว ทำให้ลักษณะของการเมืองระหว่างประเทศที่เคยเป็นลักษณะสองขั้วอำนาจ กลายเป็นขั้วอำนาจเดี่ยว คือ มีสหรัฐอเมริกาเป็นแกนนำ จึงทำให้ความขัดแย้งในทางการเมืองลดลงส่งผลให้คณะมนตรีความมั่นคงสามารถปฏิบัติหน้าที่ได้อย่างมีประสิทธิภาพมากขึ้น

2. การเผยแพร่กฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ

การเผยแพร่กฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ (international humanitarian law) นับได้ว่าเป็นแนวทางป้องกันมิให้เกิดอาชญากรรมสงครามขึ้นอีกแนวทางหนึ่ง

โดยการเผยแพร่กฎหมายมนุษยธรรมนั้นมียุทธศาสตร์ที่สำคัญที่สุด คือ กลุ่มของนายทหาร ตั้งแต่ นายทหารระดับบนจนถึงนายทหารระดับล่างซึ่งในการเผยแพร่นี้ก็ควรทำในลักษณะของการเรียน การสอนของนายทหารในทุก ๆ ระดับ ไม่ว่าจะเป็นการเรียนในระดับเสนาธิการทหาร โรงเรียน นายร้อย โรงเรียนเตรียมทหาร และแม้แต่ว่าระดับของพลทหารซึ่งถูกเกณฑ์เข้ามาเป็นทหารในแต่ละปี ทั้งนี้ ในการเรียนการสอนควรจะเน้นถึงกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ ไม่ว่าจะอยู่ใน รูปของความตกลงระหว่างประเทศ เช่น อนุสัญญาเจนีวาทั้ง 4 ฉบับ ค.ศ. 1949 พิธีสารฉบับ ที่ 1 ค.ศ. 1877 ฯลฯ หรือกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ เพื่อที่นายทหารเหล่านั้นจะได้ นำหลักเกณฑ์ของกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศมาปรับใช้ในการต่อสู้ในสนามรบ นอกจากนี้ ยังควรจะเน้นถึงการกระทำที่ละเมิดกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง การกระทำที่จะทำให้บุคคลเหล่านั้นกลายเป็นอาชญากรรมสงคราม เพื่อที่จะให้นายทหารระดับผู้บังคับบัญชาทราบว่า การออกคำสั่งประเภทใด เป็นคำสั่งที่ละเมิดกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ และนายทหารระดับชั้นผู้น้อยจะได้พิจารณาว่าคำสั่งใด เป็นคำสั่งที่ชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ชอบด้วย กฎหมาย (เป็นคำสั่งที่ละเมิดกฎหมายมนุษยธรรมหรือไม่) เพื่อที่จะได้ตัดสินใจได้ว่าควรจะปฏิบัติตามคำสั่งนั้นหรือไม่

นอกจากนายทหารระดับต่าง ๆ แล้ว นักเรียน นักศึกษา ก็ยังเป็นกลุ่มเป้าหมาย อีกกลุ่มหนึ่งที่จะเผยแพร่กฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศให้ได้รับทราบ เพื่อที่จะให้บุคคล เหล่านี้ช่วยสอดส่องว่า มีการละเมิดกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศในดินแดนของตนหรือไม่ โดยในระดับนักเรียนอาจกระทำได้ในวิชาลูกเสือ เนตรนารีหรือกาชาด ซึ่งในประเทศไทยเริ่มมี การศึกษาวิชาเหล่านี้ตั้งแต่ระดับชั้นประถม สำหรับนักศึกษาควรจะสอนกฎหมายมนุษยธรรมระหว่าง ประเทศให้กับนักศึกษาในคณะนิติศาสตร์และรัฐศาสตร์

นอกจากการเผยแพร่กฎหมายมนุษยธรรมในรูปแบบของการเรียนการสอนแล้ว ก็ อาจจะทำได้ในรูปแบบของการสัมมนาและการจัดนิทรรศการ เพื่อให้ประชาชนทั่วไปได้มี ความรู้ความเข้าใจเกี่ยวกับกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศมากขึ้น โดยอาจจะร่วมมือกับ คณะกรรมการกาชาดสากล (The International Committee of Red Cross) หรือสภา-กาชาดในประเทศเหล่านั้น ในการจัดสัมมนาและนิทรรศการเกี่ยวกับกฎหมายมนุษยธรรมระหว่าง ประเทศขึ้น

การป้องกันไม่ให้เกิดอาชญากรรมสงครามขึ้นโดยการเผยแพร่กฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศมีข้อดีและข้อเสีย ดังนี้

ข้อดี

1. การเผยแพร่กฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศสามารถกระทำได้กับกลุ่มบุคคลหลาย ๆ กลุ่มด้วยกัน จึงสามารถทำให้บุคคลต่าง ๆ มีความรู้ความเข้าใจเกี่ยวกับกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศได้กว้างขวางมากขึ้น และสามารถให้บุคคลเหล่านี้ช่วยสอดส่องดูแลไม่ให้เกิดการละเมิดกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศได้

2. สามารถช่วยให้นายทหารชั้นผู้น้อยสามารถตัดสินใจได้ดีขึ้นว่าควรจะทำตามคำสั่งใดหรือไม่ เพื่อไม่ให้ตนต้องตกเป็นอาชญากรรมสงครามโดยไม่ได้ตั้งใจ

ข้อเสีย

1. แม้นายทหารจะมีความรู้ในเรื่องกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศแล้วก็ตามแต่เป้าหมายในการสู้รบก็จะต้องเอาชนะฝ่ายตรงข้ามให้ได้ ดังนั้น ในทางปฏิบัติทหารจึงมักจะใช้ยุทธวิธีต่าง ๆ เพื่อให้บรรลุถึงชัยชนะ ซึ่งหลาย ๆ ครั้งก็อาจไม่คำนึงว่ายุทธวิธีนั้นละเมิดต่อกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศหรือไม่ ทำให้การป้องกันไม่ให้เกิดอาชญากรรมสงครามโดยแนวทางนี้ ยากที่จะบรรลุผลได้ในทางปฏิบัติ

2. หากรัฐบาลไม่ให้ความสนับสนุนในการเผยแพร่กฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศก็จะทำให้การเผยแพร่กระทำได้ในระดับที่แคบลง

3. การจัดทำกฎหมายว่าด้วยอาชญากรรมสงครามให้อยู่ในรูปของกฎหมายลายลักษณ์อักษร

อักษร

ในปัจจุบันกฎหมายว่าด้วยสงครามมีปรากฏอยู่ในรูปของกฎหมายลายลักษณ์อักษรคืออยู่ในความตกลงระหว่างประเทศฉบับต่าง ๆ เช่น อนุสัญญากรุงเฮก ค.ศ. 1907, อนุสัญญาเจนีวา 4 ฉบับ ค.ศ. 1949 และพิธีสารเพิ่มเติมอนุสัญญาเจนีวา 4 ฉบับ ค.ศ. 1977 เป็นต้น และอยู่ในรูปของกฎหมายที่ไม่ใช่ลายลักษณ์อักษร คือ กฎหมายจารีตประเพณี โดยที่กฎหมายว่าด้วยสงครามนี้ได้กล่าวถึงเรื่องอาชญากรรมสงครามไว้ แต่ไม่มีกฎหมายใดที่กล่าวถึงเรื่องอาชญากรรมสงครามไว้โดยตรง แม้แต่ในร่างประมวลอาชญากรรมต่อสันติภาพและความปลอดภัยต่อมนุษยชาติ (Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind) ซึ่งปัจจุบันร่างประมวลนี้ยังไม่ผ่านความเห็นชอบหรือรับเอา (adopt) จากสหประชาชาติแต่อย่างใด

จากการที่ไม่มีกฎหมายลายลักษณ์อักษรฉบับใดกล่าวถึงเรื่องอาชญากรรมสงครามไว้ โดยตรงอย่างชัดเจนนี้เอง ทำให้แนวความคิด (concept) เกี่ยวกับ "อาชญากรรมสงคราม" ขาดความชัดเจนแน่นอน จึงยากแก่การที่จะนำกฎหมายไปบังคับใช้ เพราะเมื่อกฎหมายไม่ชัดเจนแน่นอน จึงทำให้การแยกแยะระหว่างอาชญากรรมสงครามและอาชญากรรมธรรมดาหรืออาชญากรรมประเภทอื่น ๆ กระทำได้ยากขึ้น นอกจากนี้ ยังทำให้กลุ่มบุคคลที่เสี่ยงต่อการที่จะต้องตกเป็นอาชญากรรมสงครามเองก็ไม่ทราบว่าตนกำลังกระทำการที่จะเมิดต่อกฎหมายสงครามในลักษณะที่จะทำให้ตนเองกลายเป็นอาชญากรอยู่หรือไม่ ซึ่งความไม่ชัดเจนแน่นอนของกฎหมายว่าด้วยอาชญากรรมสงครามนี้นับเป็นปัญหาและอุปสรรคที่สำคัญประการหนึ่ง ทั้งต่อการป้องกันไม่ให้เกิดอาชญากรรมสงครามขึ้น และทั้งต่อการดำเนินคดีและการลงโทษอาชญากรรมสงครามด้วย ดังนั้น ผู้เขียนจึงมีความเห็นว่า ควรจะมีการจัดทำกฎหมายว่าด้วยอาชญากรรมสงครามให้อยู่ในรูปของลายลักษณ์อักษร ซึ่งสามารถจะกระทำได้หลายรูปแบบ ดังนี้

(ก) ความตกลงระหว่างประเทศ

โดยทั่วไปแล้วการที่จะจัดทำกฎหมาย ไม่ว่าจะเป็นการประมวลของกฎหมายจารีตประเพณีที่มีอยู่แล้ว หรือเป็นการสร้างกฎหมายขึ้นมาใหม่ให้มาอยู่ในรูปของลายลักษณ์อักษรนั้นก็จัดทำให้เป็นความตกลงระหว่างประเทศ ซึ่งมักจะอยู่ในรูปของสนธิสัญญาหรืออนุสัญญา เป็นส่วนใหญ่ โดยในความตกลงระหว่างประเทศนั้นจะบัญญัติถึงรายละเอียดต่าง ๆ เกี่ยวกับเรื่องนั้น ๆ ลงไปด้วยตั้งแต่ความหมายจนกระทั่งถึงการใช้บังคับและการถอนตัวจากภาคี

สำหรับความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยกฎหมายสงครามนั้น ผู้เขียนเห็นว่านอกจากจะต้องบัญญัติถึงเรื่องของความหมายของอาชญากรรมสงคราม ลักษณะการกระทำของอาชญากรรมสงครามแล้ว ในส่วนของอายุความเหนือคดีอาชญากรรมสงครามก็ควรจะต้องบัญญัติไว้อย่างชัดเจนว่าจะมีอายุความเหนือคดีอาชญากรรมสงครามหรือไม่ ซึ่งตามความเห็นของผู้เขียนแล้วในคดีของอาชญากรรมสงครามไม่ควรจะมีอายุความ เนื่องจากการกระทำของอาชญากรรมสงครามนั้นเป็นการกระทำที่โหดร้ายทารุณและส่วนใหญ่จะเป็นการกระทำต่อผู้บริสุทธิ์จำนวนมาก ดังนั้น หากมีอายุความในการดำเนินคดีแล้ว ผู้กระทำความผิดที่หลบหนีจากการจับกุมและลงโทษไปได้ก็สามารถรอดูให้อายุความสิ้นสุดลงแล้วมาปรากฏตัวในภายหลัง โดยไม่มีผู้ใดสามารถลงโทษในการกระทำที่ทารุณโหดร้ายในอดีตของบุคคลนั้นได้ แต่ถ้าคดีอาชญากรรมสงครามไม่มีอายุความแล้ว ผู้ที่จะกระทำความผิดอาจจะต้องไตร่ตรองให้รอบคอบก่อนที่จะกระทำการลงไปว่าควรจะกระทำหรือไม่ เพราะแม้จะหนีรอดการจับกุมและลงโทษไปได้ แต่หากภายหลังถูกจับกุมตัวได้ไม่ว่าระยะเวลาจะ

ผ่านไปนานสักเพียงใดก็ยังอาจจะถูกดำเนินคดีได้อยู่ หรือแม้ว่าจะเป็นฝ่ายที่ชนะในสงคราม แต่ในภายหลังสถานการณ์กลับเปลี่ยนแปลงไปก็ยังสามารถถูกนำตัวมาดำเนินคดีได้ ดังนั้นการที่ไม่ให้คดีอาชญากรรมสงครามเป็นคดีที่มีอายุความหรือกล่าวอีกนัยหนึ่ง คือ การที่คดีอาชญากรรมสงครามไม่มีอายุความนั้น ก็อาจเป็นอีกวิธีการหนึ่งที่จะป้องกันการเกิดอาชญากรรมสงครามขึ้นได้

นอกจากเรื่องอายุความแล้ว ในความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยอาชญากรรมสงครามยังควรบัญญัติถึงเรื่องเขตอำนาจของศาล (jurisdiction) ไว้ให้แน่นอนลงไปว่า เขตอำนาจของศาลเหนือคดีอาชญากรรมสงครามเป็นเขตอำนาจชนิดใด ผู้เขียนมีความเห็นว่า หากในความตกลงนี้ไม่ใช่ความตกลงจัดตั้งศาลอาชญากรรมสงครามระหว่างประเทศ (International War Criminals Court) ขึ้นมาแล้ว เขตอำนาจศาลควรจะเป็นเขตอำนาจตามหลักสากล (universal jurisdiction) เพื่อให้ทุก ๆ ประเทศ ไม่ว่าจะเป็นประเทศที่อาชญากรรมสงครามนั้นมีสัญชาติ ประเทศที่ผู้เสียหายมีสัญชาติ ประเทศที่การกระทำความผิดได้เกิดขึ้น หรือประเทศที่อาชญากรรมสงครามปรากฏตัวอยู่ก็สามารถจะดำเนินคดีและลงโทษอาชญากรรมสงครามได้ เพราะความผิดฐานเป็นอาชญากรรมสงครามเป็นความผิดที่ร้ายแรงและถือว่าเป็นอาชญากรรมต่อสันติภาพ ซึ่งไม่ใช่มีผลกระทบกระเทือนต่อรัฐใดรัฐหนึ่งที่เกี่ยวข้องเท่านั้น แต่มีผลกระทบกระเทือนต่อทุก ๆ รัฐ รวมทั้งยังก่อความสะเทือนใจให้กับบุคคลต่าง ๆ ในประชาคมโลกที่รับรู้ถึงการกระทำนั้นด้วย ดังนั้น เขตอำนาจศาลเหนือคดีอาชญากรรมสงครามจึงควรจะเป็นเขตอำนาจสากล แต่สำหรับกรณีที่มีความตกลงนี้ เป็นความตกลงที่จัดตั้งศาลอาชญากรรมสงครามระหว่างประเทศขึ้นมา ก็ควรจะบัญญัติให้ชัดเจนลงไปว่าเขตอำนาจของศาลนี้มีเขตอำนาจอย่างไร และควรบัญญัติให้มีเขตอำนาจศาลร่วมกัน (concurrent jurisdiction) ระหว่างศาลอาชญากรรมสงครามระหว่างประเทศกับศาลภายใน โดยอาจบัญญัติในลักษณะเดียวกันที่บัญญัติไว้ในมาตรา 9 ของธรรมนูญศาลยูโกสลาเวีย ⁸

⁸ ข้อ 9 ธรรมนูญศาลยูโกสลาเวีย

"1. ศาลระหว่างประเทศและศาลภายในจะมีเขตอำนาจศาลร่วมกัน (concurrent jurisdiction) ที่จะดำเนินคดีกับบุคคลสำหรับการละเมิดอย่างร้ายแรงต่อกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศที่ได้กระทำขึ้นในดินแดนของอดีตยูโกสลาเวีย ตั้งแต่วันที่ 1 มกราคม ค.ศ. 1991 (ต่อ)

อย่างไรก็ดี การจัดทำกฎหมายว่าด้วยอาชญากรรมสงครามให้อยู่ในรูปของกฎหมายลายลักษณ์อักษรโดยจัดทำเป็นความตกลงระหว่างประเทศนั้น มีทั้งข้อดีและข้อเสียดังนี้

ข้อดี

1. ทำให้กฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยอาชญากรรมสงครามมีความชัดเจนแน่นอนมากขึ้น
2. ทำให้ง่ายต่อการแยกแยะอาชญากรรมสงครามออกจากอาชญากรรมธรรมดา ซึ่งก่ออาชญากรรมที่ร้ายแรงและอาชญากรรมประเภทอื่น ๆ ได้ง่ายขึ้น
3. ทำให้บุคคลต่าง ๆ โดยเฉพาะผู้ที่เกี่ยวข้องทราบได้อย่างชัดเจนมากขึ้นว่าการกระทำอย่างไรจะทำให้ผู้กระทำเป็นอาชญากรรมสงคราม ซึ่งจะเป็นการป้องกันการเกิดอาชญากรรมสงครามได้วิธีหนึ่ง
4. ทำให้การดำเนินคดีและการลงโทษอาชญากรรมสงครามกระทำได้ง่ายมากขึ้น หรือกล่าวอีกนัยหนึ่ง คือ การบังคับใช้กฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยอาชญากรรมสงครามกระทำได้ง่ายมากขึ้น เพราะกฎหมายมีความชัดเจนแน่นอน

ข้อเสีย

1. กระบวนการในการจัดทำความตกลงระหว่างประเทศนั้น ใช้ระยะเวลายาวนาน
2. เมื่อจัดทำความตกลงระหว่างประเทศสำเร็จลงไปแล้ว ความตกลงนั้นอาจไม่มีผลใช้บังคับเลยก็ได้ ซึ่งก็อาจเนื่องมาจากไม่มีประเทศที่ให้สัตยาบันในความตกลงนั้น หรือจำนวนของประเทศที่ต้องให้สัตยาบันมีไม่ครบจำนวนตามที่ความตกลงนั้นระบุไว้ เพื่อให้ความตกลงนั้นมีผลบังคับใช้

(ต่อ) 2. ศาลระหว่างประเทศจะมีสถานะเหนือ (primacy over) ศาลภายในของรัฐ ในระหว่างการพิจารณาคดี ศาลระหว่างประเทศอาจร้องขออย่างเป็นทางการให้ศาลภายในของรัฐยอมปฏิบัติตามอำนาจของศาลระหว่างประเทศ โดยสอดคล้องกับธรรมเนียม และระเบียบวิธีพิจารณาความและพยานหลักฐานของศาลระหว่างประเทศ"

3. ปัญหาเกี่ยวกับการตั้งข้อสงวน กล่าวคือ ไม่สามารถนำบทบัญญัติในข้อที่ตั้งข้อสงวนมาใช้กับประเทศที่ตั้งข้อสงวนนั้นได้ แต่หากไม่เปิดโอกาสให้มีการตั้งข้อสงวนได้ก็อาจทำให้มีประเทศที่เข้ามาเป็นภาคีในความตกลงระหว่างประเทศนี้น้อยเกินไป จนกระทั่งความตกลงนี้ไม่สามารถใช้บังคับได้

4. ความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยอาชญากรรมสงคราม อาจขาดความเป็นสากล (universal) เนื่องจากความตกลงระหว่างประเทศใช้บังคับได้เฉพาะภาคีเท่านั้น

(ข) ข้อมติของสมัชชาใหญ่องค์การสหประชาชาติ

สมัชชาใหญ่องค์การสหประชาชาติ นับเป็นหน่วยงานหลักที่สำคัญหน่วยงานหนึ่งขององค์การสหประชาชาติซึ่งประกอบไปด้วยผู้แทนของรัฐสมาชิกทั้งหมดขององค์การสหประชาชาติ สำหรับข้อมติของสมัชชาใหญ่นั้นเป็นเพียงคำแนะนำ (recommendation) และมีผลผูกพันในทางการเมือง (political binding) เท่านั้น ไม่มีผลผูกพันในทางกฎหมายแต่อย่างใด แต่ข้อมติของสมัชชาใหญ่ก็มีส่วนช่วยในการทำให้กฎหมายว่าด้วยอาชญากรรมสงครามชัดเจนขึ้นได้ โดยถ้อยคำต่าง ๆ นำข้อมตินั้นไปปฏิบัติกันมากขึ้น ๆ ข้อมตินี้ก็ก่อให้เกิดเป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศที่เกี่ยวกับอาชญากรรมสงคราม โดยเป็นไปตามแนวทางของข้อมตินี้ ซึ่งจะ เป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศที่ชัดเจนมากกว่าที่เป็นอยู่ในปัจจุบันเพราะมีข้อมติของสมัชชาใหญ่เป็นแนวทาง แต่วิธีนี้มีข้อเสียคือกฎหมายจารีตประเพณีต้องใช้ระยะเวลายาวนานในการก่อตัว อีกทั้งข้อมติของสมัชชาใหญ่ก็เป็นเพียงคำแนะนำจึงทำให้ข้อมตินั้นมีโอกาสกลายเป็นกฎหมายได้ยาก

(ค) ข้อมติของคณะมนตรีความมั่นคง

คณะมนตรีความมั่นคงเป็นหน่วยงานที่สำคัญขององค์การสหประชาชาติซึ่งทำหน้าที่ในการรักษาสันติภาพและความมั่นคงระหว่างประเทศ ข้อมติของคณะมนตรีความมั่นคงแตกต่างจากข้อมติของสมัชชาใหญ่คือ ข้อมติของคณะมนตรีความมั่นคงมีผลผูกพันทางกฎหมาย (legal binding force) ทำให้รัฐสมาชิกทุกรัฐขององค์การสหประชาชาติต้องปฏิบัติตามข้อมติเหล่านั้น การจัดทำกฎหมายว่าด้วยอาชญากรรมสงครามด้วยวิธีนี้ นับว่าเป็นวิธีที่สะดวกและรวดเร็วเพราะหากสมาชิกของคณะมนตรีความมั่นคง 9 ประเทศ จาก 15 ประเทศ โดยประเทศสมาชิกถาวร 5 ประเทศให้ความเห็นชอบข้อมติก็สามารถจะออกมาได้ และมีผลบังคับใช้กับทุก ๆ รัฐที่เป็นสมาชิกองค์การสหประชาชาติ แต่โดยปกติคณะมนตรีความมั่นคงจะออกข้อมติในทางการเมืองเท่านั้น ไม่ได้ออกข้อมติในทางกฎหมายแต่อย่างใด อย่างไรก็ตาม มีเพียงกรณีเดียวเท่านั้นที่คณะมนตรีความมั่นคงได้ออกข้อมติในทางกฎหมาย คือ การลงมติจัดตั้งศาลระหว่างประเทศเพื่อ

พิจารณาการละเมิดกฎหมายมนุษยธรรมในดินแดนของอดีตยูโกสลาเวีย ตามข้อมติที่ 808/1983 เท่านั้น ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าหากนำเหตุการณ์นี้มาอ้างเพื่อให้คณะมนตรีความมั่นคงออกข้อมติในทางกฎหมายได้นั้น นับว่าเป็นสิ่งที่อันตรายอย่างยิ่งกับประเทศที่ไม่ได้เป็นสมาชิกคณะมนตรีความมั่นคง เพราะไม่มีโอกาสที่จะได้แสดงความคิดเห็นในการออกข้อมตินั้นได้ อีกทั้งยังต้องยอมรับข้อมตินั้นโดยดุษฎีอย่างไม่มีทางที่จะแก้ไขได้อีกด้วย

แนวทางในการแก้ไข

แนวทางในการแก้ไขปัญหาอาชญากรรมสงครามที่ได้มีความพยายามกระทำตลอดมา คือ การนำอาชญากรรมสงครามมาดำเนินคดีและลงโทษโดยศาลซึ่งประเทศที่เป็นฝ่ายชนะในสงครามเป็นฝ่ายตั้งขึ้น ศาลที่ตั้งขึ้นนี้มีลักษณะเป็นศาลเฉพาะกิจ (ad hoc tribunal) ซึ่งการดำเนินคดีและการลงโทษ โดยศาลเฉพาะกิจนี้เกิดปัญหาและอุปสรรคหลายประการดังที่ได้กล่าวไปแล้วในบทที่ 2 และ 3 ดังนั้น ผู้เขียนจึงมีความเห็นว่า ควรจะได้มีการจัดตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศในลักษณะถาวรขึ้นมา เพื่อที่จะได้มีการดำเนินคดีและลงโทษอาชญากรรมสงครามที่เกิดขึ้นในช่วงเวลาต่าง ๆ และในดินแดนต่าง ๆ ได้ทันทีโดยไม่ต้องรอให้มีการตั้งศาลเฉพาะกิจสำหรับแต่ละเหตุการณ์ขึ้นอย่างที่ผ่านมาในอดีต

ภูมิหลังของศาลอาญาระหว่างประเทศ

ในช่วงก่อนสงครามโลกครั้งที่ 1 ได้มีความพยายามที่จะพัฒนาเวทีระหว่างประเทศ (international forum) เพื่อระงับข้อพิพาทระหว่างประเทศ ซึ่งความพยายามนั้นนำไปสู่ศาลหรือเวทีสำหรับตัดสิน (arbitral tribunals or fora) ข้อพิพาทระหว่างรัฐ ดังจะเห็นได้จากอนุสัญญาเพื่อการก่อตั้งสันติภาพ [The Convention for the Pacific Settlement of International Disputes (First Hague, I)*] และอนุสัญญาเกี่ยวกับการก่อตั้งศาลทรัพย์สินเชลย (The Convention Relative to the Establishment of an International Prize Court)** แต่ก็ไม่เคยมีความพยายามในการสร้างศาลอาญาระหว่าง

* อนุสัญญานี้มีผลใช้บังคับเมื่อวันที่ 4 กันยายน ค.ศ. 1900

** อนุสัญญานี้ไม่เคยมีผลใช้บังคับ

ประเทศที่ปกติถาวร (an ordinary permanent international criminal tribunal) เพื่อพิจารณาคดีบุคคลธรรมดาหรือรัฐ หรือทั้งบุคคลธรรมดาและรัฐที่ได้ก่อการละเมิดต่อกฎหมายระหว่างประเทศเลย ในช่วงก่อนสงครามโลก ครั้งที่ 1 ซึ่งอาจจะเป็นเพราะว่ากฎหมายอาญาระหว่างประเทศที่รู้จักกันอยู่ในปัจจุบันนี้แทบจะไม่มีอยู่ในเวลานั้นก็ได้⁹

หลังจากสงครามโลกครั้งที่ 1 แล้ว ก็มีความพยายามที่จะนำตัวผู้ที่ละเมิดกฎหมายระหว่างประเทศมาลงโทษ ซึ่งสนธิสัญญาแวร์ซายส์ ค.ศ. 1919 (Treaty of Versailles 1919) นับได้ว่าเป็นเอกสารระหว่างประเทศชิ้นแรกที่พยายามจัดตั้งศาลระหว่างประเทศขึ้นมา¹⁰ (international tribunal) โดยศาลนี้ถูกจัดตั้งขึ้นมาเพื่อพิจารณาคดีพระเจ้าไกเซอร์ที่ 2 (Kaiser Wilhelm II of Hohenzolern) และเจ้าหน้าที่เยอรมนีที่ถูกกล่าวหาว่าก่ออาชญากรรมสงคราม แต่ศาลนี้ไม่ได้เกิดขึ้นจริงเนื่องจากพระเจ้าไกเซอร์ที่ 2 ลี้ภัยไปอยู่ที่เนเธอร์แลนด์ และเนเธอร์แลนด์ไม่ยอมส่งตัวพระเจ้าไกเซอร์ที่ 2 ให้กับฝ่ายพันธมิตร (ดังที่กล่าวรายละเอียดไปแล้วในบทที่ 2)

ต่อมาในสมัยของสันนิบาตชาติ (the League of Nations) ประเด็นในเรื่องเกี่ยวกับการจัดตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศก็ถูกหยิบยกขึ้นมาพิจารณาในการประชุมของคณะกรรมการนักนิติศาสตร์ (The Committee of Jurists) เมื่อวันที่ 13 กรกฎาคม ค.ศ. 1920 แต่กรรมการส่วนใหญ่ไม่เห็นด้วย ดังนั้นแนวความคิดในการที่จะจัดตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศจึงไม่เป็นผล¹¹ อย่างไรก็ตาม นักกฎหมายหลาย ๆ ท่าน เช่น Professor Vespasien V. Pella, M. Maurice Travers, Professor Quintiliano Saldana

⁹ M. Cherif Bassiouni, "Introduction to the history of establishing an international criminal court", in International criminal law, Vol III : Enforcement, ed. M. Cherif Bassiouni (New York : Transnational Publishers, Inc., 1987), p. 181.

¹⁰ Ibid., p. 182.

¹¹ Benjamin B. Ferencz, An international criminal court - a step toward world peace : half a century of hope, Vol I (London : Oceana Publications, Inc, 1960), p. 36-38.

ก็ยังคงเรียกร้องให้มีการจัดตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศ (International Criminal Jurisdiction) อยู่ต่อไป¹² ดังนั้น ในปี ค.ศ. 1927 สมาคมกฎหมายระหว่างประเทศ (the International Law Association) ก็ได้จัดประชุมขึ้นที่เวียนนา เพื่อแสดงถึงความตั้งใจของสมาคมในการพิจารณาถึงเรื่องศาลอาญาระหว่างประเทศที่ถาวร (The Permanent International Criminal Court) และจากผลของการประชุม สมาคมฯ ได้แนะนำว่า ศาลอาญาระหว่างประเทศ (the International Penal Court) ควรจะจัดตั้งขึ้นจากอนุสัญญา โดยให้เป็นส่วนหนึ่ง (Division) ของศาลถาวร (the Permanent Court) ที่กรุงเฮก¹³ ต่อมาปี ค.ศ. 1935 คณะกรรมาธิการการก่อการร้าย (Terrorism Committee) ของสันนิบาตชาติได้จัดทำร่างอนุสัญญาว่าด้วยการก่อการร้ายและศาลอาญาระหว่างประเทศ (The First Draft of a League Convention on Terrorism and International Criminal Court) แต่ครั้งมาถึง ค.ศ. 1937 คณะกรรมาธิการได้เสนอข้อบทใหม่ของอนุสัญญาสำหรับป้องกันและลงโทษการก่อการร้าย (The Prevention and Punishment of Terrorism) และอนุสัญญาสำหรับการจัดตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศ (The Convention for the Creation of an International Criminal Court) ขึ้น และได้เปิดให้มีการลงนามในอนุสัญญาทั้งสอง โดยเมื่อวันที่ 31 พฤษภาคม ค.ศ. 1938 มีประเทศที่ได้ลงนามในอนุสัญญาสำหรับป้องกันและลงโทษการก่อการร้าย 19 ประเทศ และอีก 13 ประเทศ ลงนามในอนุสัญญาสำหรับการจัดตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศ แต่มีเพียงประเทศเดียวเท่านั้นคือ อินเดีย ที่ได้ให้สัตยาบันอนุสัญญาแรก และไม่มีประเทศใดเลยที่ให้สัตยาบันอนุสัญญาที่สอง ดังนั้น อนุสัญญาดังกล่าวจึงไม่เคยมีผลใช้บังคับแต่อย่างใด¹⁴

ความพยายามในการสร้างศาลอาญาระหว่างประเทศเพื่อดำเนินคดีกับบุคคลธรรมดาที่กระทำผิดกฎหมายระหว่างประเทศ เริ่มเห็นชัดเจนในช่วงสิ้นสุดสงครามโลกครั้งที่ 2 โดยฝ่ายสัมพันธมิตร ซึ่งเป็นฝ่ายชนะในสงครามโลกครั้งที่ 2 ได้จัดทำความตกลงว่าด้วยการดำเนินคดีและ

12 Ibid., pp. 39, 42.

13 Ibid., pp. 43-44.

14 Ibid., pp. 47-54.

การลงโทษอาชญากรรมสงครามสำคัญของฝ่ายอักษะยุโรป (Agreement for the Prosecution and Punishment of Major War Criminals of the European Axis) หรือที่เรียกว่า กฎบัตรลอนดอน (the London Charter of August 8, 1943) ขึ้น และศาลทหารระหว่างประเทศ ณ นูเรมเบิร์ก (The International Military Tribunal at Nuremberg) ก็ได้รับการจัดตั้งขึ้นโดยกฎบัตรนี้เช่นกันหลังจากนั้น ในเดือนมกราคม ค.ศ. 1946 ก็มีการจัดตั้ง ศาลทหารระหว่างประเทศสำหรับตะวันออกไกล (The International Military Tribunal for the Far East) ขึ้น¹⁵ ซึ่งอาจนับได้ว่าเป็นศาลระหว่างประเทศศาลแรกที่พิจารณาคดีต่อ บุคคลธรรมดาในความผิดทางอาญาระหว่างประเทศก็ได้ แต่ศาลทหารระหว่างประเทศทั้งสอง ศาลนี้ก็เป็นเพียงศาลเฉพาะกิจ (ad hoc tribunal) เท่านั้น เมื่อปฏิบัติภารกิจเสร็จสิ้นลงแล้วศาลก็หมดอำนาจหน้าที่ไปโดยปริยาย อย่างไรก็ตาม ศาลทั้งสองนี้ ก็ทำให้กฎหมายอาญาระหว่างประเทศได้รับการพัฒนาขึ้นเป็นอย่างมาก

หลังจากที่องค์การสหประชาชาติ (The United Nations) ได้ถูกจัดตั้งขึ้น องค์การสหประชาชาติก็ได้ทำการรวบรวมกฎหมายอาญาระหว่างประเทศ และพัฒนาร่างธรรมนูญสำหรับศาลอาญาระหว่างประเทศขึ้น ซึ่งคณะกรรมการพิเศษของสมัชชาใหญ่สหประชาชาติ (a special committee of the General Assembly of the United Nations) ก็ได้นำแผนงานทั้งสองนี้มาพัฒนาเป็นร่างธรรมนูญสำหรับศาลอาญาระหว่างประเทศ ค.ศ. 1953 และร่างธรรมนูญสำหรับศาลอาญาระหว่างประเทศ ฉบับปรับปรุงใหม่ ค.ศ. 1953 แต่ร่างธรรมนูญทั้งสองฉบับนี้ก็ไม่เคยมีผลใช้บังคับ¹⁶

ต่อมาในปี ค.ศ. 1978 คณะกรรมาธิการสหประชาชาติว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (the United Nations Commission on Human Rights) และคณะทำงานเฉพาะกิจว่าด้วย ประเทศแอฟริกาใต้ (Ad hoc Working Group on South Africa) ก็ได้พิจารณาบทบัญญัติของอนุสัญญาว่าด้วยการแบ่งแยกผิวพันธ์ุ (the Apartheid Convention) โดยในมาตรา 5 ของอนุสัญญานี้ได้จัดตั้งเขตอำนาจทางอาญาระหว่างประเทศ (international criminal jurisdiction) ขึ้นมา ซึ่งนับว่าเป็นอนุสัญญาว่าด้วยกฎหมายอาญาระหว่างประเทศอันแรกที

14 M. Cherif Bassiouni, op. cit., p. 183.

15 Ibid., p. 184.

ได้ให้ความสนใจเป็นพิเศษเกี่ยวกับการจัดตั้งเขตอำนาจศาลทางอาญาระหว่างประเทศ 17 ซึ่งต่อมากลายเป็นร่างธรรมนูญสำหรับการสร้างเขตอำนาจทางอาญาระหว่างประเทศเพื่อการปรับใช้กับอนุสัญญาว่าด้วยการปราบปรามและลงโทษอาชญากรรมเกี่ยวกับการแบ่งแยกผิวพันธ์ุ (Draft Statute for the Creation of an International Criminal Jurisdiction to Implement the International Convention on the Suppression and Punishment of the Crime of Apartheid) 18 แต่ร่างธรรมนูญนี้ก็ไม่มีผลแต่อย่างใด นอกจากนี้ องค์กรเอกชน (Non-Governmental Organizations-NGO) เช่น สมาคมระหว่างประเทศว่าด้วยกฎหมายอาญา (International Association of Penal Law) และสมาคมกฎหมายระหว่างประเทศ (International Law Association) ก็พยายามที่จะสร้างข้อเสนอ (proposal) สำหรับการจัดตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศขึ้น * แต่ก็ไม่มีข้อเสนอใดที่ประสบผลสำเร็จ 19

ดังนั้น จึงอาจกล่าวได้ว่าหลังจากศาลทหารระหว่างประเทศที่นูเรมเบิร์ก และโตเกียว แล้วก็ไม่มีการจัดตั้งศาลระหว่างประเทศที่พิจารณาคดีต่อบุคคลธรรมดาอีก จนกระทั่งในปี ค.ศ. 1993 องค์กรสหประชาชาติก็ได้จัดตั้งศาลระหว่างประเทศเพื่อดำเนินคดีต่อบุคคลซึ่งรับผิดชอบต่อการละเมิดกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศอย่างร้ายแรงในดินแดนของอดีตยูโกสลาเวียขึ้น โดยมติของคณะมนตรีความมั่นคงที่ 808 (1993) อย่างไรก็ตาม ศาลระหว่างประเทศทั้งหมดที่ได้รับการจัดตั้งขึ้นนี้ก็เป็นเพียงศาลเฉพาะกิจ (ad hoc tribunal) เท่านั้น

ปัจจุบันนี้ก็มี ความพยายามที่จะจัดตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศที่ถาวรขึ้นมา โดยในวาระที่ 3 ของข้อติสัญญาใหญ่ที่ 45/41 ลงวันที่ 20 พฤศจิกายน ค.ศ. 1990 ได้เชิญให้คณะกรรมการกฎหมายระหว่างประเทศ (International Law Commission-ILC) พิจารณาและวิเคราะห์ต่อไปถึงประเด็นที่เกิดขึ้นในรายงานของคณะกรรมการฯ เกี่ยวกับปัญหาของเขตอำนาจทางอาญาระหว่างประเทศ (international criminal jurisdiction)

17 Ibid.

18 The United Nations, U.N. Doc. E/CN.4/1426 (1980).

* ดูรายละเอียดในภาคผนวก

19 M. Cherif Bassiouni, op.cit., p. 3 : 185.

รวมทั้ง ความเป็นไปได้เกี่ยวกับการสร้างศาลอาญาระหว่างประเทศ หรือกลไกอื่น ๆ ในการพิจารณาคดีทางอาญาระหว่างประเทศ (other international criminal trial mechanism) โดยผ่านร่างประมวลอาญากรรมต่อสันติภาพและความปลอดภัยของมนุษยชาติ (Draft Code of Crime against the Peace and Security of Mankind) ของคณะกรรมการฯ *

* สมัชชาใหญ่ได้ออกข้อมติที่ 177 (II) ลงวันที่ 21 พฤศจิกายน ค.ศ. 1947 สั่งให้คณะกรรมการฯ เตรียมร่างประมวลความผิดต่อสันติภาพและความปลอดภัยของมนุษยชาติ (Draft Code of Offences against the Peace and Security of Mankind) และในการประชุมสมัยที่ 6 (ค.ศ. 1954) ของคณะกรรมการฯ คณะกรรมการฯ ก็ได้เสนอร่างประมวลฯ พร้อมด้วยความเห็น (commentaries) ต่อสมัชชาใหญ่ ซึ่งข้อมติสมัชชาใหญ่ที่ 897 (IX) ลงวันที่ 4 ธันวาคม ค.ศ. 1954 สมัชชาได้ตัดสินใจเลื่อนการพิจารณาร่างประมวลฯ ออกไป เนื่องจากมีปัญหาเกี่ยวกับคำจำกัดความของคำว่ากรรุกราน (aggression) สมัชชาใหญ่จึงมอบหมายให้คณะกรรมการพิเศษ (Special Committee) เตรียมรายงานว่าด้วยคำจำกัดความของคำว่า กรรุกราน และสมัชชาใหญ่ก็ได้รับเอาคำจำกัดความมา ที่คณะกรรมการพิเศษ เสนออย่างเป็นเอกฉันท์ โดยข้อมติสมัชชาใหญ่ที่ 3314 (XXIX) ลงวันที่ 14 ธันวาคม ค.ศ. 1974

ต่อมาสมัชชาใหญ่ได้มีข้อมติที่ 36/106 ลงวันที่ 10 ธันวาคม ค.ศ. 1980 เชื้อเชิญให้คณะกรรมการกฎหมายระหว่างประเทศกำหนดรายละเอียดในร่างประมวลฯ ซึ่งในการประชุมสมัยที่ 43 ของคณะกรรมการฯ ในปี ค.ศ. 1991 คณะกรรมการฯ ก็ได้รับเอาร่างข้อทรวางแรก (first reading the draft article) ของร่างประมวลอาญากรรมต่อสันติภาพและความปลอดภัยของมนุษยชาติ (Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind) และในการประชุมสมัยเดียวกันนี้ คณะกรรมการฯ ได้ตัดสินใจส่งร่างข้อทหา ไปยังรัฐบาลของประเทศต่าง ๆ โดยผ่านทางเลขาธิการสหประชาชาติ เพื่อให้ความเห็นและข้อสังเกตเกี่ยวกับร่างข้อทหา และความเห็นและข้อสังเกตดังกล่าวจะถูกเสนอต่อเลขาธิการฯ ในวันที่ 1 มกราคม ค.ศ. 1993 (จาก United Nations, Report of the International Law Commission on the work of its forty session 2 may - 22 July 1994, pp. 23-25.)

ต่อมา หลังจากที่คณะกรรมการฯ ได้พิจารณารายงานฉบับที่ 10 ของ Special Rapporteur แล้ว ก็ได้ตัดสินใจจัดตั้งคณะทำงาน (working group) ขึ้น เพื่อพิจารณาและวิเคราะห์ปัญหาหลัก ๆ ที่เกิดขึ้นในรายงานว่าด้วยการทำงานในสมัยประชุมที่ 42 ในปี ค.ศ. 1990 ของคณะกรรมการฯ ในส่วนที่เกี่ยวกับปัญหาของเขตอำนาจทางอาญาระหว่างประเทศ รวมทั้ง ข้อเสนอเพื่อจัดตั้งศาลระหว่างประเทศหรือกลไกอื่น ๆ เพื่อพิจารณาคดีอาญาระหว่างประเทศขึ้น²⁰ ซึ่งในรายงานของคณะทำงานแสดงให้เห็นว่า ศาลอาญาระหว่างประเทศที่จะจัดตั้งขึ้นควรมีลักษณะที่สำคัญ ๆ ดังนี้²¹

1. ศาลอาญาระหว่างประเทศ ควรจะถูกจัดตั้งขึ้นโดยธรรมนูญ ซึ่งอยู่ในรูปของสนธิสัญญาพหุภาคี
2. อย่างน้อยที่สุดในขั้นแรกของการปฏิบัติงานของศาลฯ ศาลฯ ควรจะใช้อำนาจศาลเหนือบุคคลธรรมดาได้เท่านั้น
3. เขตอำนาจของศาลฯ ควรจะจำกัดอยู่แค่เหนืออาชญากรรมที่มีลักษณะระหว่างประเทศ โดยรวมถึงอาชญากรรมระหว่างประเทศซึ่งได้กำหนดไว้ในสนธิสัญญาบางฉบับที่มีผลใช้บังคับแล้ว และอาชญากรรมที่กำหนดไว้ในร่างประมวลอาชญากรรมต่อสันติภาพและความปลอดภัยของมนุษยชาติ
4. รัฐสามารถเข้ามาเป็นภาคีของธรรมนูญได้โดยไม่จำเป็นต้องเป็นภาคีของประมวลอาชญากรรมต่อสันติภาพและความปลอดภัยของมนุษยชาติ
5. ในระยะเริ่มต้นของการปฏิบัติงานของศาลฯ ศาลฯ ไม่ควรมีเขตอำนาจอย่างบังคับ (compulsory jurisdiction) และไม่ควรมีเป็นหน่วยงานที่ปฏิบัติงานอย่างเต็มเวลา (a standing full-time body)

²⁰ United Nations, "Draft Code of Crimes Against the Peace and Security of Mankind", Report of the International Law Commission on the work of its forth-sixth session 2 May - 22 July 1994, p. 25.

²¹ Ibid., p. 26.

6. นอกจากนี้ โครงสร้างที่แน่นอนของศาลหรือกลไกอื่น ๆ เพื่อพิจารณาคดีอาญา ระหว่างประเทศนั้น จะต้องประกันถึงการพิจารณาตามกระบวนการยุติธรรม (due process), ความเป็นอิสระ (independence) และความไม่ลำเอียง (impartiality) ของกระบวนการพิจารณา (procedure) ของศาลา หรือกลไกดังกล่าว

ในเรื่องเกี่ยวกับความพยายามที่จะสร้างศาลอาญาระหว่างประเทศที่ถาวรขึ้นมาโดย คณะกรรมาธิการกฎหมายระหว่างประเทศ ในช่วง 5-6 ปี ที่ผ่านมานี้ นับได้ว่าเป็นความพยายาม ที่ดีและมีแนวโน้มว่าจะบรรลุผลได้เพราะสถานการณ์ต่าง ๆ ในโลก โดยเฉพาะสถานการณ์ การเมืองระหว่างประเทศได้เปลี่ยนแปลงไป อันเนื่องมาจากการล่มสลายของสหภาพโซเวียต ซึ่งทำให้ยุคสงครามเย็นยุติลง ดังนั้น ปัญหาในเรื่องความขัดแย้งทางอุดมการณ์ทางการเมือง ระหว่างประเทศจึงหมดไป และทำให้ประเทศต่าง ๆ โดยเฉพาะอย่างยิ่งประเทศที่ถือว่าเป็น ประเทศมหาอำนาจ เช่น สหภาพโซเวียต, สหรัฐอเมริกาและสาธารณรัฐประชาชนจีน ได้หัน มาให้ความร่วมมือกันในด้านต่าง ๆ มากขึ้น อย่างไรก็ตาม ผู้เขียนมีข้อสังเกตบางประการเกี่ยวกับการ จัดตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศที่ถาวร โดยใช้ร่างธรรมนูญสำหรับศาลอาญาระหว่างประเทศ (ซึ่งต่อไปนี้จะเรียกว่า "ร่างธรรมนูญ") ของคณะกรรมาธิการกฎหมายระหว่างประเทศดังต่อไปนี้

1. ลักษณะของศาลอาญาระหว่างประเทศ (Nature of the court)

ความเห็นในคณะทำงาน ๆ เกี่ยวกับลักษณะของศาลสามารถแบ่งแยกได้เป็น 2 ฝ่าย 22 ฝ่ายแรกเห็นว่าศาลควรจะเป็นศาลที่มีลักษณะถาวร (permanent court) ฝ่ายที่สอง เห็นว่าศาลควรมีลักษณะที่เป็นหน่วยงานที่ไม่ตั้งอยู่อย่างถาวร (a non-standing permanent body)

อย่างไรก็ดี ในมาตรา 4 วรรค 1 ของร่างธรรมนูญฯ ก็ได้กำหนดไว้ว่า

"1. ศาลธรรมนูญนี้ ศาลเป็นสถาบันถาวร (a permanent institution) ที่เปิดให้ทั้งรัฐ ศาลจะดำเนินการเมื่อมีคดีเสนอขึ้นสู่ศาล"

จากบทบัญญัติที่สะท้อนให้เห็นถึงวัตถุประสงค์ของความยืดหยุ่นและลดค่าใช้จ่าย กล่าวคือ ในขณะที่ศาลเป็นสถาบันที่ถาวร แต่ศาลก็นั่งพิจารณาก็เพียงเมื่อมีคดีขึ้นสู่ศาลเท่านั้น แต่สมาชิกบางท่านของคณะกรรมการฯ ยังคงเห็นว่าลักษณะเช่นนี้ขัดกับความเป็นถาวรอย่างแท้จริง (the necessary permanent), เสถียรภาพ (stability) และความเป็นอิสระของศาลอาญาระหว่างประเทศที่แท้จริง (independence of a true international criminal law) ²³

ในเรื่องนี้ ผู้เขียนมีความเห็นว่า ในส่วนขององค์คณะ (chamber) พิจารณาคดีและผู้พิพากษานั้น ควรจะมีลักษณะดังเช่นที่มาตรา 4 วรรค 1 แห่งร่างธรรมนูญฯ ได้กำหนดไว้ คือ เป็นศาลถาวรแต่จะมีการปฏิบัติการต่าง ๆ ก็ต่อเมื่อมีการนำคดีขึ้นสู่การพิจารณาของศาล แต่หน่วยงานอื่น ๆ ของศาล * เช่น สำนักงานอัยการ (Procuracy) และสำนักทะเบียน (Registry) ควรจะปฏิบัติงานอยู่ตลอดเวลา (full-time) เพราะลักษณะของหน่วยงานเหล่านี้ จำเป็นจะต้องมีการปฏิบัติงานอยู่ตลอดเวลา กล่าวคืออัยการมีหน้าที่ที่โต้สวนคำร้องต่าง ๆ และนำคดีขึ้นสู่ศาล ²⁴ ส่วนสำนักทะเบียนก็มีหน้าที่ที่จะต้องบริหารงานต่าง ๆ ของศาล ²⁴

2. วิธีการจัดตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศและรูปแบบของความสัมพันธ์ระหว่างศาลอาญาระหว่างประเทศกับองค์การสหประชาชาติ

²³ Ibid., p. 49.

* ตามมาตรา 5 ของร่างธรรมนูญฯ ศาลจะประกอบไปด้วย (1) ประธาน (a Presidency) (2) องค์คณะอุทธรณ์ (an Appeal Chamber), องค์คณะพิจารณา (Trial Chamber) และองค์คณะอื่น ๆ (other Chambers) (3) สำนักงานอัยการ (a Procuracy) (4) สำนักทะเบียน (a Registry)

²⁴ ดูมาตรา 12 ของร่างธรรมนูญฯ ในภาคผนวก

²⁵ ดูมาตรา 13 ของร่างธรรมนูญฯ ในภาคผนวก

การจัดตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศ (ซึ่งต่อไปนี้จะเรียกว่า "ศาลา") มีอยู่ด้วยกันหลายวิธี และเมื่อจัดตั้งศาลา ขึ้นมาแล้ว ศาลนี้ก็จำเป็นต้องมีความสัมพันธ์อย่างเป็นทางการกับสหประชาชาติด้วย เพื่อให้การดำเนินการของศาลา บรรลุผลได้ดีมากขึ้น ซึ่งความเห็นของคณะทำงาน ในเรื่องเกี่ยวกับวิธีการจัดตั้งและรูปแบบของความสัมพันธ์ระหว่างศาลา กับสหประชาชาตินั้น ก็ยังคงมีความเห็นที่แตกต่างกัน โดยสามารถแบ่งออกได้เป็น 4 ความเห็นด้วยกันคือ 26

- ก จัดตั้งขึ้นโดยการแก้ไขเพิ่มเติมกฎบัตรสหประชาชาติ
- ข จัดตั้งขึ้นโดยทำเป็นสนธิสัญญา
- ค จัดตั้งขึ้นโดยข้อมติของสมัชชาใหญ่
- ง จัดตั้งขึ้นโดยข้อมติของคณะมนตรีความมั่นคง

ก การจัดตั้งศาลา ขึ้นโดยการแก้ไขเพิ่มเติมกฎบัตรสหประชาชาติ

การจัดตั้งศาลา โดยการแก้ไขเพิ่มเติมกฎบัตรสหประชาชาตินี้ จะมีผลทำให้ศาลา ได้รับการจัดตั้งขึ้นในฐานะที่เป็นองค์กรหลัก (the principal organ) ของสหประชาชาติ ซึ่งจะมีฐานะเท่าเทียมกับองค์กรหลักอื่น ๆ ของสหประชาชาติ เช่น ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ คณะมนตรีความมั่นคง สมัชชาใหญ่ ฯลฯ อย่างไรก็ตาม การจัดตั้งศาลา ในลักษณะนี้จำเป็นต้องกำหนดให้เห็นถึงความสัมพันธ์ระหว่างศาลา กับศาลยุติธรรมระหว่างประเทศอย่างชัดเจนด้วย 27

26 Ibid., p. 32.

27 David Krieger, "A permanent international Criminal Court and the United Nations System", Paper presented at Qatar Conference on International Legal Issues Arising under the United Nations Decade of International Law, Qatar, (22 - 25 March 1994), pp. 5-6.

การแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายสหประชาชาตินี้ สามารถกระทำได้ตาม ข้อ 108 และ 109 ของกฎบัตร [โดยในข้อ 108²⁸ เป็นเรื่องของการแก้ไขเพิ่มเติมกฎบัตรฯ และในข้อ 109²⁹ เป็นการประชุมเพื่อทบทวนกฎบัตรฯ] ซึ่งอาจทำได้โดยเพิ่มเติมบทบัญญัติโดยบัญญัติ

28 ข้อ 108 ของกฎบัตรสหประชาชาติ

"การแก้ไขกฎบัตรฉบับปัจจุบัน จะมีผลใช้บังคับสำหรับสมาชิกทั้งปวงของสหประชาชาติก็ต่อเมื่อการแก้ไขนั้นได้รับคะแนนเสียง 2 ใน 3 ของสมาชิกแห่งสมัชชาลงมติให้ และได้รับสัตยาบันตามกระบวนการทางรัฐธรรมนูญจาก 2 ใน 3 ของสมาชิกสหประชาชาติ รวมทั้งสมาชิกประจำทั้งปวงของคณะมนตรีความมั่นคงด้วย"

29 ข้อ 109 ของกฎบัตรสหประชาชาติ

"1. การประชุมทั่วไปของสมาชิกแห่งสหประชาชาติ เพื่อความมุ่งหมายที่จะพิจารณาแก้ไขกฎบัตรฉบับปัจจุบัน อาจจัดให้มีขึ้น ณ เวลาและสถานที่ซึ่งจะกำหนดโดยคะแนนเสียง 2 ใน 3 ของสมาชิกแห่งสมัชชาและโดยคะแนนเสียงของสมาชิกใด ๆ ของคณะมนตรีความมั่นคง 9 ประเทศ แต่ละสมาชิกของสหประชาชาติจักมีคะแนนเสียง 1 คะแนนในการประชุมนี้"

2. การเปลี่ยนแปลงใด ๆ ในกฎบัตรฉบับปัจจุบันซึ่งได้รับคำแนะนำโดยคะแนนเสียง 2 ใน 3 ของที่ประชุม จะมีผลเมื่อได้รับสัตยาบันตามกระบวนการทางรัฐธรรมนูญ 2 ใน 3 ของสมาชิกแห่งสหประชาชาติ รวมทั้งสมาชิกประจำทั้งปวงของคณะมนตรีความมั่นคงด้วย"

3. ถ้าการประชุมเช่นว่ายังมีได้จัดให้มีขึ้นก่อนสมัยประชุมประจำปีครั้งที่ 10 ของสมัชชา นับแต่กฎบัตรฉบับปัจจุบันได้มีผลใช้บังคับแล้ว ข้อเสนอที่จะให้เรียกประชุมเช่นว่าจักต้องนำเข้าระเบียบวาระของสมัยประชุมนั้นของสมัชชา และการประชุมจักจัดให้มีขึ้น หากได้วินิจฉัยเช่นนั้น โดยคะแนนเสียงข้างมากของสมาชิกแห่งสมัชชา และโดยคะแนนเสียงของสมาชิกใด ๆ ของคณะมนตรีความมั่นคง 7 ประเทศ"

ให้มีลักษณะเดียวกันกับข้อ 92³⁰ ของกฎบัตรดังนี้³¹

"ศาลอาญาระหว่างประเทศ จักเป็นองค์กรทางตุลาการอันสำคัญของสหประชาชาติในการพิจารณาความขัดแย้งระหว่างรัฐในเรื่องเกี่ยวกับกฎหมายอาญาระหว่างประเทศ, ให้คำแนะนำและตัดสินประเด็นทางกฎหมายอาญาระหว่างประเทศรวมทั้งไม่จำกัดถึงการตีความกฎบัตรนี้และเอกสารทางกฎหมายระหว่างประเทศอื่น ๆ ศาลจักหาตามธรรมนูญผนวกท้าย ซึ่งบดถือธรรมนูญของศาลอาญาระหว่างประเทศเป็นมูลฐาน และถือว่าเป็นส่วนหนึ่งส่วนเดียวกับกฎบัตรฉบับปัจจุบัน"

การจัดตั้งศาล ฯ โดยการแก้ไขกฎบัตรมีข้อดีและข้อเสีย ดังนี้

ข้อดี

1. การจัดตั้งศาล ฯ ในฐานะที่เป็นองค์กรหลักของสหประชาชาติ จะทำให้ศาลาถูกรวมเข้าไปอยู่ในระบบของสหประชาชาติ ซึ่งจะผูกมัดประเทศทุกประเทศที่เป็นสมาชิกของสหประชาชาติ
2. ศาลา จะมีความเป็นสากล (universal) เนื่องจากบังคับใช้กับรัฐเป็นจำนวนมาก
3. ศาลา จะปรับใช้กฎหมายอย่างเท่าเทียมกันและเป็นธรรมต่อทุกคน โดยไม่คำนึงถึงสัญชาติ (ไม่ว่าบุคคลนั้นจะเป็นคนของประเทศมหาอำนาจหรือประเทศด้อยพัฒนา) ตำแหน่งหรือยศของบุคคลนั้น

ข้อเสีย

1. การจะแก้ไขกฎบัตร ฯ ตามข้อ 108 หรือ 109 นั้น เป็นไปได้ยาก เนื่องจากการแก้ไขจะต้องได้รับคะแนนเสียงจากรัฐสมาชิกแห่งสมัชชาสันนิบาตถึง 2 ใน 3 และจะต้อง

³⁰ ข้อ 92 ของกฎบัตรสหประชาชาติ

"ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ จักเป็นองค์กรทางตุลาการอันสำคัญของสหประชาชาติ ศาลจักดำเนินหน้าที่ตามธรรมนูญผนวกท้ายซึ่งถือเป็นธรรมนูญของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศที่มีลักษณะถาวร (The Permanent Court of International Justice) และถือเป็นส่วนหนึ่งส่วนเดียวกับกฎบัตรฉบับปัจจุบัน"

³¹ Ibid., p. 6.

ได้รับสัตยาบันตามกระบวนการทางรัฐธรรมนูญจาก 2 ใน 3 ของสมาชิกสหประชาชาติ รวมทั้งสมาชิกถาวรทั้งปวงของคณะมนตรีความมั่นคงด้วย ซึ่งการที่จะให้ได้รับเสียงสนับสนุนจำนวน 2 ใน 3 ของรัฐสมาชิกแห่งสมัชชานั้น ก่อนข้างจะเป็นเรื่องที่ยากลำบาก โดยเฉพาะอย่างยิ่งจะให้ประเทศมหาอำนาจ ซึ่งเป็นสมาชิกถาวรแห่งคณะมนตรีความมั่นคงเห็นชอบกับการสร้างศาลา ในลักษณะที่เป็นองค์กรหลักของสหประชาชาติ ซึ่งจะบังคับใช้กฎหมายอาญาระหว่างประเทศกับบุคคลทุกคนของทุกรัฐแล้ว ย่อมไม่ใช่สิ่งที่ประเทศเหล่านี้ปรารถนาเนื่องจากตามประวัติศาสตร์ที่ผ่านมา ประเทศที่ร่วมกันสร้างศาลาทหารระหว่างประเทศ (International Military Tribunal) ขึ้นมาต้องการที่จะสร้างศาลาขึ้นมาเพื่อดำเนินคดีกับผู้แพ้สงครามเท่านั้น มิได้มีความต้องการให้ศาลานั้นดำเนินคดีกับตนหรือรัฐของตน ซึ่งประเทศที่ร่วมกันสร้างศาลาขึ้นมาก็คือ ประเทศมหาอำนาจที่เป็นประเทศสมาชิกถาวรแห่งคณะมนตรีความมั่นคงนั่นเอง ดังนั้น ย่อมจะเป็นการยากที่จะสร้างศาลา ขึ้นมาโดยวิธีการแก้ไขกฎบัตร เว้นแต่จะสามารถสร้างความกดดันให้แก่ประเทศสมาชิกถาวรได้มากพอที่จะทำให้ประเทศเหล่านี้ยอมรับความต้องการของประชาคมโลก

2. กระบวนการที่ใช้ในการแก้ไขกฎบัตรใช้ระยะเวลายาวนาน เนื่องจาก การแก้ไขกฎบัตรตามข้อ 108 หรือ 109 จะต้องได้รับการให้สัตยาบันตามกระบวนการทางรัฐธรรมนูญสมาชิกของสหประชาชาติจำนวน 2 ใน 3 รวมทั้งจากสมาชิกถาวรทั้งปวงแห่งคณะมนตรีความมั่นคงด้วย ซึ่งขั้นตอนของการให้สัตยาบันนี้อาจใช้ระยะเวลายาวนาน ดังนั้น กว่าการแก้ไขกฎบัตรฯ จะมีผลใช้บังคับก็อาจต้องใช้ระยะเวลานาน หรืออาจไม่มีผลใช้บังคับเลยก็ได้

ข การจัดตั้งศาลา ขึ้นโดยสนธิสัญญา

การจัดตั้งศาลา ขึ้นโดยสนธิสัญญานับเป็นหนึ่งในหลาย ๆ วิธีการที่ที่ประชุมคณะทำงานของคณะกรรมการกฎหมายระหว่างประเทศ สมัยที่ 45 (ค.ศ. 1992) ³² ได้ให้ความเห็นชอบไว้ โดยเห็นว่าวิธีนี้จะตัดปัญหาในเรื่องของจำนวนรัฐที่จะต้องให้สัตยาบัน ดังที่ต้องใช้ในการแก้ไขกฎบัตรฯ ซึ่งต้องใช้จำนวนรัฐถึง 2 ใน 3 ของรัฐสมาชิกของสหประชาชาติ รวมทั้งสมาชิกถาวรแห่งคณะมนตรีมั่นคงทั้งหมดอีกด้วย ดังนั้นการจัดตั้งศาลา โดยวิธีนี้จึงกระทำได้ง่ายกว่าวิธีการแรก เนื่องจากในสนธิสัญญา อาจจะสามารถกำหนดจำนวนรัฐที่จะต้องให้สัตยาบันไว้ น้อยกว่าที่ต้องใช้ในการแก้ไขกฎบัตรฯ

³² Ibid., p. 8.

อย่างไรก็ดี การจัดตั้งศาลา ขึ้นโดยสนธิสัญญาก็มีข้อดีและข้อเสียดังต่อไปนี้

ข้อดี

1. วิธีนี้จะทำให้ศาลา ได้รับการจัดตั้งขึ้นมาโดยมีพื้นฐานทางกฎหมาย ดังนั้นคำพิพากษาของศาลจึงมีพื้นฐานทางกฎหมายรองรับได้เป็นอย่างดี³³
2. ในสนธิสัญญาสามารถกำหนดรายละเอียดเกี่ยวกับบทบาทของรัฐภาคีได้มากกว่าในธรรมนูญ ซึ่งผนวกอยู่ท้ายกฎบัตรฯ ดังวิธีการแรก³⁴
3. ให้อิสระแก่รัฐในการตัดสินใจว่าจะยอมรับสนธิสัญญา ซึ่งเป็นธรรมนูญจัดตั้งศาลาและยอมรับเขตอำนาจของศาลหรือไม่³⁵

ข้อเสีย

1. ศาลา ที่ได้รับการจัดตั้งขึ้น จะขาดความเป็นสากล (universal) ไปเนื่องจากศาลา จะมีอำนาจเฉพาะเหนือรัฐภาคีของสนธิสัญญาที่จัดตั้งศาลา ขึ้นเท่านั้น ดังนั้นศาลา จึงไม่สามารถพิจารณาคดีเหนืออาชญากรรมสงครามที่มีโชคนชาติของรัฐที่เป็นภาคีของสนธิสัญญาดังกล่าวได้
2. กระบวนการในการจัดทำสนธิสัญญานั้นใช้ระยะเวลายาวนาน นับตั้งแต่เริ่มขั้นตอนการจัดทำ ขั้นตอนการเจรจา ไปจนกระทั่งถึงขั้นตอนของการให้สัตยาบันนั้น ซึ่งอาจจะใช้ระยะเวลายาวนานมากกว่าสนธิสัญญานั้นจะมีผลใช้บังคับ อย่างเช่น อนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยกฎหมายทะเล ค.ศ. 1982 ใช้เวลา 10 ปี ในการเจรจา และอีกประมาณ 11 ปีกว่าที่จะมีรัฐภาคีให้สัตยาบันครบจำนวนที่อนุสัญญาระบุไว้ (60 ประเทศ) และหลังจากที่รัฐภาคีให้สัตยาบันครบจำนวนแล้ว อีก 1 ปี จึงจะมีผลบังคับใช้ ดังนั้น จะเห็นได้ว่าอนุสัญญาดังนี้ต้องใช้ระยะเวลายาวนานถึง 22 ปี จึงจะมีผลบังคับใช้

³³ United Nations, "Draft Code of Crimes Against the Peace and Security of Mankind", Report of the Law Commission on the work its forth-sixth session 2 May - 22 July 1994, p. 33.

³⁴ Ibid., p. 33.

³⁵ Ibid.

ค. การจัดตั้งศาลา ขึ้นโดยข้อมติของสมัชชาใหญ่สหประชาชาติ

สมัชชาใหญ่นับว่าเป็นองค์กรเดียวของสหประชาชาติที่มีตัวแทนจากรัฐสมาชิก ทั้งปวงของสหประชาชาติเข้ามามีบทบาทในการทำงานขององค์กรดังกล่าว หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งได้ว่าสมัชชาใหญ่เป็นตัวแทนของประชาคมโลกก็ว่าได้ ดังนั้น หากศาลา ถูกสร้างขึ้นโดยมติของสมัชชาใหญ่ก็แสดงให้เห็นได้ว่าประชาคมโลกต้องการที่จะมีศาลาอาญาระหว่างประเทศอย่างแท้จริง ซึ่งการจัดตั้งศาลา ขึ้นโดยวิธีนี้ไม่จำเป็นต้องได้รับความเห็นชอบจากสมาชิกถาวรแห่งคณะมนตรีความมั่นคงแต่อย่างใด เพียงแค่ได้รับคะแนนเสียง 2 ใน 3 ของรัฐสมาชิกสมัชชาที่มาประชุมและออกเสียง³⁶ ก็เพียงพอต่อการจัดตั้งศาลา แล้ว อีกทั้ง การจัดตั้งศาลา ด้วยวิธีนี้ไม่จำเป็นต้องได้รับการให้สัตยาบันจากรัฐสมาชิกของสมัชชาอีกด้วย ซึ่งศาลา ที่ได้รับการจัดตั้งขึ้นนี้เป็นองค์กรย่อย (subsidiary-organ) ของสมัชชาใหญ่³⁷ อย่างไรก็ดี การจัดตั้งศาลา โดยข้อมติของสมัชชาใหญ่นี้มีประเด็นปัญหาที่สำคัญ 2 ประการคือ

³⁶ ข้อ 18 วรรค 2 แห่งกฎบัตรสหประชาชาติ

1. สมาชิกแต่ละประเทศของสมัชชาจักมีคะแนนเสียง 1 คะแนน
2. คำวินิจฉัยของสมัชชาในปัญหาสำคัญ ๆ จักต้องกระทำโดยถือคะแนนเสียงข้างมาก 2 ใน 3 ของสมาชิกที่มาประชุมและออกเสียง ปัญหาเหล่านี้จักรวม คำแนะนำเกี่ยวกับการชำระไว้ซึ่งสันติภาพและความมั่นคงระหว่างประเทศ การเลือกตั้งสมาชิกไม่ประจำของคณะมนตรีความมั่นคง การเลือกตั้งสมาชิกของคณะมนตรีเศรษฐกิจและการสังคม การเลือกตั้งสมาชิกของคณะมนตรีภาวะทรัสตีตามมาตรา 46 วรรค 1 ข้อ ค. การรับสมาชิกใหม่ของสหประชาชาติ การงดใช้สิทธิและเอกสิทธิแห่งสมาชิกภาพ การขับไล่สมาชิก ปัญหาที่เกี่ยวกับการดำเนินงานของระบบภาวะทรัสตี และปัญหาบางประการ
3. คำวินิจฉัยปัญหาอื่น ๆ รวมทั้งการกำหนดประเภทแห่งปัญหาที่จะต้องวินิจฉัยด้วยคะแนนเสียงข้างมาก 2 ใน 3 เพิ่มเติมนั้นจักกระทำโดยอาศัยคะแนนเสียงข้างมากของสมาชิกที่มาประชุมและออกเสียง"

³⁷ David Krieger, op.cit., p. 10-11.

1) ความชอบด้วยกฎหมายของศาลา ที่ได้รับการจัดตั้งขึ้น เนื่องจากศาลา ที่จัดตั้งขึ้นนี้ถือเป็นองค์กรย่อยของสมัชชา ซึ่งสมัชชามีอำนาจที่จะก่อตั้งองค์กรย่อยขึ้นได้ตามข้อ 22 ของกฎบัตรฯ³⁸ อย่างไรก็ตามก็ต้อองค์กรย่อยที่สมัชชาจะก่อตั้งขึ้นนั้นจะต้องจำเป็นต่อการปฏิบัติหน้าที่ของสมัชชาด้วย ซึ่งเมื่อพิจารณาหน้าที่ของสมัชชาแล้วก็จะเห็นได้ว่า สมัชชาไม่มีหน้าที่ปกป้องและรักษาสันติภาพและความมั่นคงเหมือนกับคณะมนตรีความมั่นคง อีกทั้งไม่มีหน้าที่ในการบังคับใช้กฎหมายระหว่างประเทศด้วย ดังนั้นการสร้างศาลา ขึ้นเป็นองค์กรย่อยของสมัชชา ภายใต้ข้อ 22 ของกฎบัตรฯ จึงเป็นเรื่องที่อยู่นอกเหนือของอำนาจทางกฎหมายของสมัชชา³⁹

2) โดยที่ข้อมติของสมัชชามีฐานะเป็นเพียงคำแนะนำ (recommendation) ดังนั้น ข้อมติจึงมีผลผูกพันในการเมือง (political binding) กับรัฐสมาชิกที่ให้คะแนนเสียงสนับสนุนเท่านั้น ข้อมตินี้ไม่มีผลผูกพันทางกฎหมาย (legal binding) ให้รัฐสมาชิกจำต้องปฏิบัติตามอย่างเคร่งครัดแต่อย่างใด ซึ่งในที่สุดแล้วศาลา อาจไม่ได้รับการจัดตั้งขึ้นอย่างแท้จริงก็ได้ นอกจากนี้ศาลา ที่ถูกจัดตั้งขึ้นนี้ก็จะมีพื้นฐานทางกฎหมาย (legal basis) รองรับ⁴⁰ ดังนั้น การใช้อำนาจของศาลา รวมทั้งการกระทำต่าง ๆ ของศาลาจึงขาดพื้นฐานทางกฎหมายไปด้วย

อย่างไรก็ดี การจัดตั้งศาลา ขึ้นโดยข้อมติของสมัชชาใหญ่ ก็มีข้อดีและข้อเสีย ดังนี้

ข้อดี

1. การจัดตั้งศาลา ใช้ระยะเวลาสั้นกว่าการจัดตั้งโดยการแก้ไขกฎบัตรฯ หรือโดยสนธิสัญญา

38 ข้อ 22 แห่งกฎบัตรสหประชาชาติ "สมัชชาอาจสถาปนาองค์กรย่อยที่สมัชชาเห็นว่าจำเป็นต่อการปฏิบัติหน้าที่ของตนก็ได้"

39 Ibid., p. 11.

40 United Nations, "Draft Code of Crimes Against the Peace and Security of Mankind", op.cit., p. 33.

2. การจัดตั้งศาลา ไม่จำเป็นต้องได้รับคะแนนเสียงสนับสนุนจากสมาชิกถาวรแห่งคณะมนตรีความมั่นคงอย่างเช่นการแก้ไขกฎบัตรฯ

3. ในกรณีที่การดำเนินการของศาลา ขัดกับผลประโยชน์ของสมาชิกถาวรของคณะมนตรีความมั่นคง สมาชิกถาวรของคณะมนตรีความมั่นคงก็ไม่สามารถที่จะเข้าไปมีอิทธิพลหรือขัดขวางการทำงานของศาลา ได้⁴¹ เนื่องจากสมาชิกเป็นผู้จัดตั้งศาลา ขึ้น และการดำเนินการของสมาชิกก็กระทำโดยเสียงข้างมาก

4. ศาลา อาจมีเขตอำนาจตามหลักสากล (universal jurisdiction) ได้ หากสมาชิกมอบอำนาจดังกล่าวให้กับศาลา

ข้อเสีย

1. ศาลา จะถูกจัดตั้งขึ้นโดยไม่มีพื้นฐานทางกฎหมาย

2. การทำงานของศาลา อาจไม่มีประสิทธิภาพ ในกรณีที่ไม่ได้รับการสนับสนุนจากคณะมนตรีความมั่นคงหรือจากสมาชิกถาวรแห่งคณะมนตรีความมั่นคง เนื่องจากคำสั่งของศาลา ที่ออกมาไม่มีพื้นฐานทางกฎหมายรองรับดังที่ได้กล่าวไปแล้วข้างต้น ดังนั้น หากไม่ได้ความร่วมมือจากประเทศต่าง ๆ และคณะมนตรีความมั่นคง หรือสมาชิกถาวรแห่งคณะมนตรีความมั่นคงไม่ได้กดดันให้ประเทศต่าง ๆ ปฏิบัติตามคำสั่งของศาลา คำสั่งนั้นก็อาจไม่บรรลุผลก็ได้⁴²

3. การสร้างศาลา โดยวิธีนี้จะทำให้ศาลา มีฐานะเป็นเพียงองค์กรย่อย (subsidiary organ) ของสมัชชาใหญ่เท่านั้น อย่างไรก็ตาม ประเด็นในเรื่องของการเป็นองค์กรหลักหรือองค์กรย่อยของสหประชาชาตินั้น มีความสำคัญน้อยกว่าเรื่องการเมืองอำนาจหรือไม่มีอำนาจของศาลา ที่จะปฏิบัติหน้าที่ของตนให้สำเร็จ⁴³

4. การสร้างศาลา โดยวิธีนี้ จำเป็นต้องได้รับเสียงสนับสนุนจากรัฐสมาชิกของสหประชาชาติมากพอควร อีกทั้ง ยังจำเป็นต้องได้รับความร่วมมือในการปฏิบัติตามข้อมติของสมัชชาเป็นอย่างดีอีกด้วย

³⁴ David Krieger, *op.cit.*, p. 10.

³⁵ *Ibid.*, pp. 10-11.

³⁶ *Ibid.*, p. 11.

ง. การจัดตั้งศาลา ขึ้นโดยข้อมติของคณะมนตรีความมั่นคง

คณะมนตรีความมั่นคง นับเป็นหน่วยงานหลักของสหประชาชาติในการรักษา สันติภาพและความมั่นคงระหว่างประเทศ และตามข้อ 29 ของกฎบัตรสหประชาชาติ 44 ก็ให้อำนาจแก่คณะมนตรีความมั่นคงในการจัดตั้งองค์กรย่อยของตนขึ้นได้ ซึ่งวิธีการนี้คณะมนตรีความมั่นคงก็เคยนำมาใช้ในการจัดตั้งศาลเฉพาะกิจระหว่างประเทศ (International Tribunal) เพื่อพิจารณาคดีบุคคลที่ละเมิดกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศในดินแดนของอดีตยูโกสลาเวียมาแล้ว ตามข้อมติคณะมนตรีความมั่นคงที่ 808 (1993) โดยถือว่าเป็นการดำเนินการของคณะมนตรีความมั่นคงภายใต้หมวด 7 ของกฎบัตรสหประชาชาติ

อย่างไรก็ดี ศาลยูโกสลาเวียก็ถูกสร้างขึ้นโดยมีเขตอำนาจที่จำกัด คือพิจารณาคดีเฉพาะบุคคลที่ละเมิดกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศในดินแดนของอดีตยูโกสลาเวียตั้งแต่วันที่ 1 มกราคม ค.ศ. 1991 เท่านั้น อีกทั้งศาลยูโกสลาเวียก็เป็นเพียงศาลเฉพาะกิจเท่านั้น และดังที่ได้พิจารณามาแล้วข้างต้นว่าสมาชิกถาวรแห่งคณะมนตรีความมั่นคง คงไม่ต้องการให้ศาลา ที่ตั้งขึ้นมีลักษณะเป็นศาลถาวร (permanent court) และยิ่งไม่ต้องการให้ศาลา นี้มีอำนาจในการพิจารณาคดีกับตนและพลเมืองของตน โดยเฉพาะอย่างยิ่งกับบุคคลที่อยู่ในระดับผู้นำประเทศของตน ดังนั้น โอกาสในการที่จะจัดตั้งศาลา ขึ้นโดยข้อมติของคณะมนตรีความมั่นคง จึงเป็นไปได้น้อย

อย่างไรก็ดี การจัดตั้งศาลา ขึ้นโดยข้อมติของคณะมนตรีความมั่นคง ก็มีข้อดี และข้อเสีย ดังนี้

ข้อดี

1. การจัดตั้งสามารถกระทำได้อย่างรวดเร็ว เนื่องจากกระบวนการจัดตั้งไม่ยุ่งยาก คือหากได้รับคะแนนเสียงสนับสนุนจากประเทศสมาชิกของคณะมนตรีความมั่นคง 9 เสียง โดยไม่ได้รับการยับยั้ง (veto) จากสมาชิกถาวรก็สามารถจัดตั้งศาลา ได้

44 ข้อ 29 แห่งกฎบัตรสหประชาชาติ "คณะมนตรีความมั่นคงฯ อาจสถาปนา องค์กรย่อย เช่นที่ เห็นจำเป็นสำหรับการปฏิบัติหน้าที่ของตน"

2. การดำเนินการต่าง ๆ ของศาลา จะสามารถกระทำได้อย่างมีประสิทธิภาพ เนื่องจากศาลา ได้รับการจัดตั้งขึ้นโดยข้อมติของคณะมนตรีความมั่นคง ดังนั้น รัฐทุกรัฐจึงมีพันธกรณีตามกฎหมาย (legal binding) ที่จะต้องปฏิบัติตามคำสั่งของศาลา ไปด้วย

3. ศาลา จะมีความสัมพันธ์อย่างใกล้ชิดกับสหประชาชาติ โดยเฉพาะอย่างยิ่งกับคณะมนตรีความมั่นคง

4. ศาลา จะมีเขตอำนาจตามหลักสากล (universal jurisdiction) ที่จะพิจารณาคดีกับบุคคลทุกคนอย่างเท่าเทียมกัน

ข้อเสีย

1. สมาชิกถาวรของคณะมนตรีความมั่นคงอาจสงวนสิทธิยับยั้ง (veto) ของตนไว้ทำให้ตนมีสิทธิที่จะยับยั้งการดำเนินงานของศาลา ได้

2. ศาลา อาจขาดความเป็นอิสระ โดยคณะมนตรีความมั่นคง อาจมีอิทธิพลเหนือศาลา หรืออาจมีอำนาจในการหยุดยั้งการกระทำของศาลา ได้ ⁴⁵

3. ศาลา อาจไม่มีเขตอำนาจตามหลักสากล เนื่องจากคณะมนตรีความมั่นคง อาจไม่มอบอาณัติดังกล่าวให้กับศาลา ก็ได้ เพื่อเป็นการปกป้องตนเองหากตนได้ดำเนินการละเมิดกฎหมายระหว่างประเทศขึ้นในอนาคต

4. ศาลา ที่จัดตั้งขึ้นอาจไม่มีพื้นฐานทางกฎหมาย แม้จะเป็นการจัดตั้งขึ้นภายใต้ข้อ 29 ของกฎบัตรสหประชาชาติ แต่คณะมนตรีความมั่นคง ก็ไม่น่าที่จะมีอำนาจทางกฎหมาย (legal authority) ในการสร้างองค์กรทางตุลาการที่มีลักษณะที่ถาวรขึ้นมาได้ ⁴⁶

เมื่อได้ศึกษาและวิเคราะห์ถึง แนวทางในการจัดตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศแล้ว จะเห็นได้ว่าวิธีการจัดตั้งศาลที่ใช้ระยะเวลาที่นานที่สุด คือ การแก้ไขกฎบัตรสหประชาชาติ ตามมาด้วยการจัดตั้งโดยสนธิสัญญา ส่วนวิธีการที่เร็วที่สุดก็คือ การทำให้ศาลา เป็นองค์กรย่อยของสมัชชาหรือคณะมนตรีความมั่นคง โดยจัดตั้งขึ้นโดยข้อมติของสมัชชา หรือคณะมนตรีความมั่นคงตามลำดับ ซึ่งการจัดตั้งศาลา ในแต่ละวิธีก็มีข้อดีและข้อเสียในตัวเอง ดังที่ได้ศึกษาไปแล้ว

⁴⁵ Ibid., p. 14.

⁴⁶ Ibid., p. 14-15.

อย่างไรก็ดี มีการเสนอแนะว่าการจัดตั้งศาลา ควรจะทำได้ในลักษณะดังนี้⁴⁷ คือ ให้สมาชิกรับเอาข้อมติที่เสนอให้รับเอาธรรมนูญศาลา ในฐานะที่เป็นสนธิสัญญา เพื่อหลีกเลี่ยงปัญหาเกี่ยวกับผลทางกฎหมายของข้อมติของสมาชิกใหญ่ และปัญหาใด ๆ เกี่ยวกับเขตอำนาจศาล (jurisdictional questions) ที่มีเหนือรัฐที่ไม่ได้ลงมติให้ความเห็นชอบต่อข้อมตินี้ หลังจากข้อเสนอสนธิสัญญาให้กับรัฐต่าง ๆ เพื่อให้รัฐให้สัตยาบันแล้ว ก็ควรรวให้คณะมนตรีความมั่นคง ลงมติจัดตั้งศาลาเป็นองค์กรย่อยของคณะมนตรีความมั่นคง โดยคณะมนตรีความมั่นคง จะใช้ศาลาเพื่อตอบสนองต่อสถานการณ์ที่เกิดขึ้นภายใต้หมวด 7 ของกฎบัตรสหประชาชาติ ในช่วงก่อนที่สนธิสัญญาจะมีผลบังคับใช้

3. วิธีการยอมรับเขตอำนาจศาลา ของรัฐ

วิธีการยอมรับเขตอำนาจศาลาของรัฐนั้น นับเป็นอีกเรื่องหนึ่งซึ่งควรจะได้มีการคำนึงถึงในการจัดตั้งศาลาอาชญากรรมระหว่างประเทศขึ้น ซึ่งวิธีการยอมรับเขตอำนาจศาลาที่คณะทำงานนำมาพิจารณานั้นมีอยู่ 2 วิธีการ คือ วิธีการ opt in และ opt out วิธีการ opt in นั้น คือ วิธีการที่เขตอำนาจของศาลาที่มีอยู่เหนืออาชญากรรมใดอาชญากรรมหนึ่งนั้นไม่ได้มีขึ้น โดยทันทีจากการที่รัฐนั้นเข้าเป็นภาคีของธรรมนูญศาลา⁴⁸ หากแต่ต้องมีการประกาศยอมรับเขตอำนาจศาลาเหนืออาชญากรรมใดอาชญากรรมหนึ่งหรือมากกว่านั้น โดยรัฐภาคีเสียก่อน⁴⁹ ซึ่งการประกาศนี้สามารถกระทำได้ตั้งแต่ในขณะที่เข้าเป็นภาคีหรืออาจจะทำในภายหลังก็ได้⁵⁰ ส่วนวิธีการ opt out นั้น คือ วิธีการที่สันนิษฐานไว้ก่อนว่ารัฐภาคีได้ยอมรับเขตอำนาจศาลาเหนืออาชญากรรมต่าง ๆ

47 United Nations, "Draft Code of Crime Against the Peace and Security of Mankind", p. 33.

48 Ibid., p. 82.

49 David Krieger, op.cit., p. 23.

50 United Nations, "Draft Code of Crimes Against the Peace and Security of Mankind", pp. 82-83.

ที่ศาลมีเขตอำนาจเหนืออาชญากรรมเหล่านั้นแล้ว เว้นแต่รัฐจะได้อำนาจการประกาศคัดค้านเขตอำนาจของศาลนั้น อย่างไรก็ตาม วิธีการนี้ไม่ได้สันนิษฐานว่ารัฐได้ให้เขตอำนาจแก่ศาลเหนืออาชญากรรมใดตามสนธิสัญญา (a treaty crime) ที่รัฐมิได้เป็นภาคีในสนธิสัญญานั้นด้วย⁵¹

สมาชิกบางท่านของคณะทำงานฯ เลือกวิธีการ opt in ก็เนื่องมาจากคำนึงถึงความสำคัญของความยินยอมของรัฐในการที่จะยอมรับเขตอำนาจศาล (โดยแยกการยอมรับธรรมนูญของศาลฯ ออกจากการยอมรับเขตอำนาจของศาลฯ) การที่ศาลต้องอาศัยความร่วมมือจากรัฐ และศาลจำเป็นต้องจำกัดเขตอำนาจของศาลไว้ในสถานการณ์ที่ศาลภายในไม่สามารถหรือไม่เต็มใจที่จะใช้เขตอำนาจศาลของตน⁵² ส่วนสมาชิกบางท่านของคณะทำงานฯ ก็เลือกวิธีการ opt out โดยเห็นว่าการเป็นภาคี โดยปราศจากการยอมรับเขตอำนาจของศาล จะทำให้เกิดปัญหาเกี่ยวกับคุณค่าของการเข้ามาเป็นภาคีและเห็นว่าการจำกัดอำนาจของศาลที่มากเกินไปนั้นจะทำให้ศาลที่สร้างขึ้นนั้นไม่มีประสิทธิภาพ⁵³

ในที่สุดคณะทำงานฯ ก็ตัดสินใจที่จะใช้วิธีการ opt in เป็นวิธีการยอมรับเขตอำนาจศาลของรัฐโดยกำหนดไว้ในข้อ 29 ของร่างธรรมนูญสำหรับศาลอาญาระหว่างประเทศ⁵⁴

51 David Krieger, *op.cit.*, p. 23.

52 United Nations, "Draft Code of Crimes Against the Peace and Security of Mankind", p. 23.

53 Ibid.

54 ข้อ 29 ของร่างธรรมนูญสำหรับศาลอาญาระหว่างประเทศ

"1. รัฐภาคีใดรัฐภาคีหนึ่งของธรรมนูญนี้ อาจยอมรับเขตอำนาจของศาลในเรื่องของอาชญากรรมตามที่อ้างไว้ใน ข้อ 20 ดังเช่นที่รัฐภาคีระบุไว้ในคำประกาศ (declaration) ซึ่งอาจทำขึ้น

(a) ในเวลาที่รัฐแสดงความยินยอมของตนที่จะผูกพันตามธรรมนูญโดยประกาศอย่างเป็นทางการต่อผู้เก็บรักษาธรรมนูญ (depository) หรือ

(b) ในภายหลัง โดยประกาศอย่างเป็นทางการต่อนายทะเบียน (Registrar)"

ในเรื่องนี้ผู้เขียนก็มีความเห็นสอดคล้องกับคณะทำงาน ที่จะเลือกเอาวิธีการ opt in ในการยอมรับเขตอำนาจศาลของรัฐ เพื่อให้อิสระกับรัฐภาคีในการที่จะยอมรับเขตอำนาจของศาลเหนืออาชญากรรมใดก็ได้ ซึ่งเป็นการเคารพต่อหลักความยินยอมของรัฐภาคี เพราะหากใช้วิธีการ opt out จะทำให้เขตอำนาจของศาลมีลักษณะที่เป็นเขตอำนาจศาลในลักษณะที่บังคับโดยทันที (automatic compulsory jurisdiction) แล้ว อาจทำให้มีรัฐเข้ามาเป็นภาคีในธรรมนูญนี้น้อยจนเกินไปก็ได้

4. เขตอำนาจศาล

ศาลา จะมีเขตอำนาจเหนือบุคคลธรรมดาทุกคนที่ได้ก่ออาชญากรรมตามที่ธรรมนูญ ได้กำหนดไว้ ซึ่งอาชญากรรมที่อยู่ภายในเขตอำนาจของศาลา นั้น ในปี ค.ศ. 1992 คณะทำงาน เห็นว่าเขตอำนาจ ศาลควรมีอยู่เหนืออาชญากรรมที่กำหนดอาชญากรรมที่มีลักษณะระหว่างประเทศเท่านั้น⁵⁵ แต่ต่อมาคณะทำงาน ก็ได้แบ่งอาชญากรรมออกเป็น 2 ประเภท⁵⁶ คือ (ก) อาชญากรรมที่บัญญัติอยู่ในอนุสัญญาที่กำหนดให้อาชญากรรมใดอาชญากรรมหนึ่งเป็นอาชญากรรมระหว่างประเทศ เช่น อนุสัญญาระหว่างประเทศ เพื่อต่อต้านการนำตัวไปเป็นตัวประกัน ลงวันที่ 17 ธันวาคม ค.ศ. 1979 (International Convention against the Taking of Hostage, 17 December 1979) และ (ข) อาชญากรรมที่บัญญัติอยู่ในอนุสัญญาอื่น ๆ ที่บัญญัติไว้เพียงเพื่อปราบปรามการกระทำไม่น่าพึงพอใจ ซึ่งเป็นเพียงอาชญากรรมภายใต้กฎหมายภายในเท่านั้น เช่น อนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการต่อต้านการลักลอบค้ายาเสพติดและวัตถุมีฤทธิ์ต่อจิตและประสาท ลงวันที่ 19 ธันวาคม ค.ศ. 1988 (United Nations

⁵⁵ Dr. Husain M. AL-Baharna, "Some reflections on the Drafting of a Statute for an International Criminal Court," Paper presented at Qatar Conference on International Legal Issues Arising under the United Nations Decade of International Law, Qatar, (22 - 25 March 1994), p. 9.

⁵⁶ Ibid.

Convention against Illicit Traffic in Narcotic Drugs and Psychotropic Substances-Vienna, 19 December 1988) อย่างไรก็ตาม การแบ่งแยกประเภทของอาชญากรรมนี้ก็ไม่ได้รับการยอมรับจากคณะกรรมการกฎหมายระหว่างประเทศ

ในที่สุดคณะกรรมการ ก็ได้กำหนดให้อาชญากรรม 5 ประเภท อยู่ภายใต้เขตอำนาจของศาลา โดยบัญญัติไว้ในข้อ 20 ว่า

"โดยสอดคล้องกับธรรมเนียม ศาลา มีเขตอำนาจเหนืออาชญากรรมดังต่อไปนี้

- (a) อาชญากรรมเกี่ยวกับการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ (the crime of genocide)
- (b) อาชญากรรมเกี่ยวกับการกระทำการรุกราน (the crime of aggression)
- (c) การละเมิดอย่างร้ายแรงต่อกฎหมายและจารีตประเพณีที่ปรับใช้กับความขัดแย้งด้วยอาวุธ (serious violations of the laws and customs applicable in armed conflict)
- (d) อาชญากรรมต่อมนุษยชาติ (crimes against humanity)
- (e) อาชญากรรมซึ่งถูกพิจารณาว่าการดำเนินการตามที่ถูกกล่าวหาถือเป็นอาชญากรรมที่มีลักษณะระหว่างประเทศซึ่งร้ายแรงเป็นอย่างยิ่ง (exceptionally serious crimes of international concern) ดังที่สร้างขึ้นภายใต้บทบัญญัติของสนธิสัญญาที่ปรากฏอยู่ภาคผนวก"

ดังนั้น จะเห็นได้ว่าอาชญากรรมที่กำหนดไว้ในข้อ 20 นี้ แบ่งออกได้เป็น 2 ประเภทคือ

- (1) อาชญากรรมภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศทั่วไป (ข้อ 20 (a) - (d)) และ
- (2) อาชญากรรมภายใต้หรือตามสนธิสัญญาบางฉบับ (ข้อ 20 (c) และภาคผนวก)

อย่างไรก็ตาม เขตอำนาจศาลาเหนืออาชญากรรมเหล่านี้ ก็ยังคงมีปัญหายุ่งยากในเรื่องของคำจำกัดความ โดยเฉพาะอาชญากรรมเกี่ยวกับการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์นั้น มีคำจำกัดความที่ชัดเจนและน่าเชื่อถืออยู่แล้วในอนุสัญญาว่าด้วยการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ ค.ศ. 1948 ซึ่งได้รับการให้สัตยาบันอย่างกว้างขวาง ส่วนอาชญากรรมเกี่ยวกับการกระทำการรุกราน ปัจจุบันนี้ก็ยังคง

ไม่มีสนธิสัญญาดับไฟที่บัญญัติค่าจำกัดความไว้อย่างชัดเจน จะมีก็แต่เพียงข้อมติสมัชชาใหญ่ที่ 3314 (XXIX) ลงวันที่ 14 ธันวาคม ค.ศ. 1974 เท่านั้นที่ได้กล่าวถึงการกระทำการรุกรานไว้ แต่ก็เป็นการกล่าวถึงการกระทำการรุกรานในแง่ของรัฐ ไม่ใช่ในแง่ของอาชญากรรมที่ก่อโดยบุคคลธรรมดาและก็กำหนดไว้เป็นแนวทางสำหรับการปฏิบัติงานของคณะมนตรีความมั่นคง เท่านั้น ไม่ได้บัญญัติขึ้น ในฐานะที่เป็นค่าจำกัดความเพื่อใช้ในทางตุลาการ (judicial use) แต่อย่างใด⁵⁷ สำหรับการละเมิดอย่างร้ายแรงต่อกฎหมายและจารีตประเพณีที่ปรับใช้ในความขัดแย้งด้วยอาวุธนั้น ไม่ได้หมายความว่า การกระทำการละเมิดกฎหมายสงครามทุก ๆ การกระทำจะตกอยู่ภายในเขตอำนาจของศาลา หากแต่จะต้องพิจารณาถึงความรุนแรงของการละเมิดนั้นด้วย อย่างไรก็ดี คณะกรรมาธิการได้แสดงทัศนะคติอย่างกว้างขวางว่ายังคงมีประเภทของอาชญากรรมสงครามที่อยู่ภายใต้กฎหมายจารีตประเพณีอยู่ ซึ่งประเภทของอาชญากรรมสงครามนั้นก็ซ้อนกับประเภทของ grave breaches ของอนุสัญญาเจนีวา ค.ศ. 1949 และพิธีสารเพิ่มเติมฉบับที่ 1 ค.ศ. 1977 อยู่แต่ก็ไม่เหมือนกันทีเดียว⁵⁸ ส่วนอาชญากรรมต่อมนุษยชาตินั้น ก็ยังคงมีปัญหาบางประการที่ยังไม่สามารถแก้ไขได้เกี่ยวกับค่าจำกัดความของอาชญากรรมประเภทนี้ โดยมีผู้ให้ความเห็นว่าแนวความคิดเกี่ยวกับอาชญากรรมต่อมนุษยชาติก่อให้เกิดปัญหาที่ยากต่อการตัดสินใจ เมื่ออาชญากรรมดังกล่าวสามารถถูกพิจารณาคดีได้ ในฐานะที่เป็นอาชญากรรมระหว่างประเทศ⁵⁹ และอาชญากรรมที่ปรากฏอยู่ในสนธิสัญญาที่ถูกรวบรวมไว้ในภาคผนวกนั้น ก็มีเพียงสนธิสัญญาที่มีผลใช้บังคับแล้ว ซึ่งบัญญัติถึงอาชญากรรมที่มีลักษณะระหว่างประเทศ และสร้างพื้นฐานเขตอำนาจศาลที่กว้างขวาง (a broad jurisdictional basis) ที่จะพิจารณาคดีอาชญากรรมเช่นนั้นได้ โดยไม่ได้รวบรวมเอกสารต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องกับอาชญากรรมดังกล่าว ซึ่งอยู่ในช่วงของการ

57 United Nations, "Draft Code of Crimes Against the Peace and Security of Mankind", p. 72.

58 Ibid., p. 74.

59 Ibid., p. 75.

พัฒนาไว้ด้วยแต่อย่างใด 60 ดังนั้น อาจก่อปัญหาขึ้นได้หากมีอาชญากรรมในลักษณะใหม่ ๆ เกิดขึ้นในอนาคตก็จะไม่ตกอยู่ภายใต้เขตอำนาจของศาล ฯ ด้วย

5. การเลือกตั้งผู้พิพากษาและอัยการ

ร่างธรรมนูญสำหรับศาลอาญาระหว่างประเทศ ได้บัญญัติถึงเรื่องคุณสมบัติของผู้พิพากษาและการเลือกตั้งผู้พิพากษาไว้ในข้อ 6 ว่า

"1. ผู้พิพากษาของศาลฯ จะต้องเป็นบุคคลที่มีศีลธรรมสูง, มีความยุติธรรม และมีความซื่อสัตย์ ซึ่งเป็นคุณสมบัติที่แต่ละประเทศกำหนดไว้สำหรับการแต่งตั้งเจ้าหน้าที่ตุลาการระดับสูง นอกจากนี้ยังต้องมี

(a) ประสบการณ์ในการพิจารณาคดีอาญา

(b) ความสามารถในทางกฎหมายระหว่างประเทศในระดับที่เป็นที่

ยอมรับ

2. รัฐภาคีแต่ละรัฐจะเสนอชื่อบุคคลที่มีสัญชาติต่างกัน ซึ่งมีคุณสมบัติตามที่กำหนดไว้ในวรรค 1(a) หรือ 1 (b) และเป็นบุคคลที่ตั้งใจที่จะปฏิบัติงานให้กับศาลมากกว่า 2 คน ในการเลือกตั้งไม่ได้

3. ผู้พิพากษา 17 นายจะถูกเลือกโดยคะแนนเสียงส่วนใหญ่ของรัฐภาคีโดยวิธีลงคะแนนลับ (secret ballot) ผู้พิพากษา 10 นายแรกจะถูกคัดเลือกจากบุคคลที่ถูกเสนอชื่อตามคุณสมบัติที่กำหนดไว้ใน วรรค 1 (a) ผู้พิพากษาอีก 7 นายจะถูกคัดเลือกจากบุคคลที่ถูกเสนอชื่อตามคุณสมบัติที่กำหนดไว้ในวรรค 1 (b)

4. ผู้พิพากษา 2 นาย จะมีสัญชาติของรัฐเดียวกันไม่ได้

5. ในการเลือกตั้งผู้พิพากษา รัฐภาคีจะต้องรำลึกว่า จะต้องมีความเป็นตัวแทนของระบบกฎหมายหลัก ๆ ของโลกด้วย

60 Ibid., p. 79.

6. ผู้พิพากษาจะปฏิบัติงานเป็นระยะเวลา 9 ปี และจะไม่สามารถได้รับเลือกเข้ามาอีกได้ (re-election) ภายใต้วรรค 7 และข้อ 7 (2) ⁶¹ อย่างไรก็ตาม ผู้พิพากษาจะปฏิบัติงานต่อไปได้เพื่อให้คดีซึ่งการสืบพยานได้เริ่มต้นขึ้นแล้วสิ้นสุดลงก่อน

7. ในการเลือกตั้งครั้งแรก ผู้พิพากษา 6 นายแรก จะถูกเลือกโดยการจับสลาก (lot) จะปฏิบัติงานเป็นระยะเวลา 3 ปี และจะสามารถเลือกตั้งเข้ามาใหม่ได้ ผู้พิพากษาอีก 6 นาย ถูกเลือก โดยการจับสลากจะปฏิบัติงานเป็นระยะเวลา 6 ปี และผู้พิพากษาที่เหลือจะปฏิบัติงานเป็นระยะเวลา 9 ปี

8. ในกรณีใด ๆ ที่อาจเกิดขึ้น ผู้พิพากษาที่ถูกเสนอชื่อในฐานะที่มีคุณสมบัติตามวรรค 1 (a) หรือ 1 (b) จะถูกแทนที่โดยบุคคลที่ถูกเสนอชื่อในฐานะที่มีคุณสมบัติเหมือนกัน"

ส่วนการเลือกตั้งอัยการและรองอัยการนั้น บัญญัติไว้ใน ข้อ 12 วรรค 3 ดังนี้ "อัยการและรองอัยการจะต้องเป็นบุคคลที่มีศีลธรรมสูงและความสามารถและประสบการณ์ในการดำเนินคดีอาญา อัยการและรองอัยการจะถูกเลือกจากผู้สมัครที่รัฐภาคีต่าง ๆ เสนอชื่อ โดยการลงคะแนนลับ (secret ballot) โดยเสียงส่วนใหญ่ของรัฐภาคี เว้นแต่จะเห็นเป็นอย่างอื่น หากเวลาที่เลือกตั้งอัยการและรองอัยการนั้นมีระยะเวลาปฏิบัติหน้าที่สั้น อัยการและรองอัยการจะปฏิบัติงานเป็นระยะเวลา 5 ปี และสามารถถูกเลือกเข้ามาใหม่ได้"

ในเรื่องนี้มีข้อสังเกตว่าผู้พิพากษาและอัยการควรจะถูกคัดเลือกโดยหน่วยงานของสหประชาชาติแทนที่จะถูกคัดเลือกโดยเสียงส่วนใหญ่ของรัฐภาคี เช่น ถูกเลือกโดยสมาชิกใหญ่จากการเสนอชื่อของคณะมนตรีความมั่นคง หรือคณะมนตรีความมั่นคงเป็นหน่วยงานที่เลือกจากการเสนอชื่อของสมาชิกใหญ่ เป็นต้น ซึ่งจะทําให้ศาลฯ มีความสัมพันธ์ที่ใกล้ชิดกับสหประชาชาติมากขึ้น ⁶² อย่างไรก็ตามการคัดเลือกโดยหน่วยงานของสมาชิกสหประชาชาตินั้น จะกระทำได้

⁶¹ ข้อ 7 (2) ของร่างธรรมนูญสำหรับศาลอาญาระหว่างประเทศ "ผู้พิพากษาที่ถูกเลือกมานั้น ตำแหน่งว่างลงจะปฏิบัติงานในช่วงคดีที่เหลือไปก่อน แต่หากช่วงระยะเวลาดังกล่าวน้อยกว่า 5 ปี ก็สามารถจะถูกเลือกเข้ามาในช่วงต่อไปได้ (a further term)

⁶² David Krieger, *op.cit.*, pp. 17-18.

ก็คือเมื่อศาลนี้ถูกจัดตั้งขึ้น โดยวิธีการแก้ไขกฎบัตรฯ, โดยข้อมติของสมัชชาใหญ่หรือโดยข้อมติของคณะมนตรีความมั่นคงเท่านั้น หากศาลฯ ถูกจัดตั้งโดยสนธิสัญญา ก็ไม่สามารถให้หน่วยงานของสหประชาชาติมาคัดเลือกผู้พิพากษาและอัยการให้ได้

สำหรับช่วงระยะเวลาปฏิบัติงานของผู้พิพากษา ซึ่งมีระยะเวลาถึง 9 ปี นั้น ผู้เขียนมีความเห็นว่าเป็นระยะเวลาที่ยาวนานเกินไป จึงควรลดช่วงเวลาให้สั้นลง โดยอาจเปลี่ยนเป็นช่วงเวลา (term) ละ 5 ปี ก็น่าจะเป็นการเพียงพอต่อการปฏิบัติงาน

นอกจากนี้ สิ่งที่ต้องคำนึงในการคัดเลือกผู้พิพากษา นอกจากจะเป็นตัวแทนของระบบกฎหมายหลักของโลกตามที่กำหนดไว้ใน ข้อ 6 วรรค 5 แล้ว ยังจะต้องคำนึงถึงสิ่งอื่น ๆ อีก ซึ่งในทางปฏิบัติที่เป็นที่ยอมรับกันอย่างดีในสหประชาชาติก็คือ การจัดสรรไปตามภูมิศาสตร์อย่างเท่าเทียมกัน (equitable geographical distribution) และรูปแบบของอารยธรรมที่แตกต่างกัน (different forms of civilization) ⁶³

6. การลงโทษ

ร่างธรรมนูญสำหรับศาลอาญาระหว่างประเทศได้บัญญัติถึงบทลงโทษไว้ในข้อ 47 ว่า

"1. ศาลจะกำหนดโทษกับบุคคลที่ถูกตัดสินว่ากระทำอาชญากรรมภายใต้ธรรมนูญนี้ ในโทษใดโทษหนึ่งหรือมากกว่าตามบทลงโทษ (penalty) ดังต่อไปนี้

a) โทษจำคุกตลอดชีวิต หรือโทษจำคุกที่ระบุจำนวนปี (imprisonment for a specific number of year)

b) ค่าปรับ (fine)

2. ในการกำหนดช่วงระยะเวลาจำคุกหรือจำนวนค่าปรับ ศาลอาจคำนึงถึงบทลงโทษที่กำหนดโดยกฎหมายของ

a) รัฐที่ผู้ต้องโทษ (the convicted person) มีสัญชาติ

⁶³ Dr. Husain M. AL. Banarna, op.cit., p. 6.

- b) รัฐที่อาชญากรรมนั้นเกิดขึ้น และ
- c) รัฐที่ให้การปกป้อง (custody) ผู้ต้องหา หรือมีเขตอำนาจ

(jurisdiction) เหนือผู้ต้องหา

3. โดยคำสั่งของศาล คำปรับที่จ่ายอาจโอนไปยัง

- a) สำนักทะเบียน (Registrar) เพื่อออกค่าใช้จ่ายในการพิจารณาคดี
- b) รัฐที่ผู้เสียหาย (victims of the crime) มีสัญชาติ
- c) กองทุนพิทักษ์ (a trust fund) ที่ถูกตั้งขึ้นโดยเลขาธิการสหประ-

ชาชาติเพื่อผลประโยชน์ของผู้เสียหาย"

จากบทบัญญัติดังกล่าวจะเห็นได้ว่า ศาลไม่มีอำนาจในการกำหนดโทษประหารชีวิตแต่อย่างใด ศาลมีอำนาจในการกำหนดบทลงโทษได้เพียง 2 ประการเท่านั้น คือ จำคุก และ ปรับ ซึ่งในการจำคุกนั้นผู้ต้องโทษจะถูกจำคุกในเรือนจำของรัฐที่ศาลกำหนด (designated) โดยศาลจะพิจารณาจากรายชื่อของรัฐที่แสดงความตั้งใจของตนต่อศาลในการที่จะรับผู้ต้องโทษไว้ ตามข้อ 59 วรรค 1 ของร่างธรรมนูญฯ และในกรณีที่ไม่มีรัฐที่แสดงเจตจำนง ตามข้อ 59 วรรค 1 ผู้ต้องโทษก็就会被จำคุกในเรือนจำของรัฐที่เป็นสถานที่ตั้งศาล (host state) ตามข้อ 59 วรรค 2 ของร่างธรรมนูญฯ สำหรับการพิจารณาช่วงระยะเวลาในการจำคุก ตามที่กำหนดไว้ในข้อ 47 วรรค 2 นั้น จะต้องพิจารณาบทลงโทษที่กำหนด โดยกฎหมายของรัฐที่ผู้ต้องโทษ มีสัญชาติ, รัฐที่อาชญากรรมนั้นเกิดขึ้น และรัฐที่ให้การปกป้องผู้ต้องหาหรือมีเขตอำนาจเหนือผู้ต้องหานั้น ผู้เขียนมีข้อสังเกตว่า การให้ศาลคำนึงถึงบทลงโทษตามกฎหมายของรัฐต่าง ๆ ดังกล่าวข้างต้นนั้น เป็นสิ่งที่ดี แต่ก็มีปัญหาว่าบทบัญญัติในข้อ 47 วรรค 2 นี้มีลำดับชั้น (priority) หรือไม่ว่าศาลจะพิจารณากฎหมายของรัฐใดก่อน โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีที่กฎหมายของรัฐเหล่านี้มีความขัดแย้งกันหรือมีบทลงโทษที่หนักเบาแตกต่างกัน ศาลจะถือกฎหมายของรัฐใดเป็นหลัก เช่น กฎหมายของรัฐ A ซึ่งเป็นรัฐที่ผู้ต้องโทษมีสัญชาติมีระวางโทษจำคุก 10 ปี ในความผิดฐานนั้น ส่วนกฎหมายของรัฐ B ซึ่งเป็นรัฐที่อาชญากรรมนั้นเกิดขึ้นมีระวางโทษจำคุกตลอดชีวิต และกฎหมายของรัฐ C ซึ่งเป็นรัฐที่ให้การปกป้องผู้ต้องหามีระวางโทษจำคุก 25 ปี ในความผิดฐานเดียวกันตามลำดับ ศาลจะใช้กฎหมายของรัฐใดเป็นเกณฑ์ในการลงโทษ ใช้กฎหมายของรัฐ A ซึ่งมีโทษเบาที่สุดหรือใช้กฎหมายของรัฐ B ซึ่งมีโทษหนักที่สุดหรือใช้กฎหมายของรัฐ C ซึ่งมีโทษขนาดกลาง คือ อยู่ในระหว่างโทษหนักที่สุด (จำคุกตลอดชีวิต) กับโทษที่เบาที่สุด (จำคุก 10 ปี) เป็นต้น

การจำคุกก็จะอยู่ภายใต้การสอดส่องของศาลตามข้อ 59 วรรค 3 ของร่างธรรมนูญ ส่วนสภาวะความเป็นอยู่ของการจำคุก (conditions of imprisonment) ควรจะสอดคล้องกับมาตรฐานระหว่างประเทศขั้นต่ำที่สุดสำหรับการปฏิบัติต่อนักโทษ (The Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners) ซึ่งสภาที่ 1 ของสหประชาชาติว่าด้วยการป้องกันอาชญากรรมและการปฏิบัติต่อผู้กระทำความผิด (The First United Nations Congress on the Prevention of Crimes and the Treatment of Offenders) ได้รับเอา (adopted) ไว้เมื่อค.ศ. 1955 ณ นครเจนีวา ต่อมาคณะมนตรีเศรษฐกิจและสังคม (Economic and Social Council) ได้รับรอง (approve) กฎเกณฑ์นี้ โดยข้อมติที่ 663-C [XXIV] ลงวันที่ 31 กรกฎาคม ค.ศ. 1957 และข้อมติที่ 2076 [LXII] ลงวันที่ 13 พฤษภาคม ค.ศ. 1977⁶⁴ ส่วนค่าใช้จ่ายในการคุมขัง (incarceration) ผู้ต้องโทษนั้น รัฐภาคีควรแบ่งเฉลี่ยภาระค่าใช้จ่ายดังกล่าว⁶⁵

สำหรับในเรื่องค่าปรับนั้น ตอนแรกร่างธรรมนูญ ค.ศ. 1993 กำหนดว่าศาลจะสั่งให้ทำให้อำนาจทรัพย์สินที่ถูกใช้เกี่ยวกับการกระทำอาชญากรรมกลับคืนดั้งเดิม (restitution) หรือสั่งให้ริบ (forfeiture) ทรัพย์สินนั้นเสียก็ได้ แต่สมาชิกหลายท่านของคณะกรรมการกฎหมายระหว่างประเทศ สงสัยเกี่ยวกับความสามารถของศาลในการที่จะตัดสินความเป็นเจ้าของของทรัพย์สินที่ถูกขโมยมา โดยปราศจากการเรียกร้องจากตัวเจ้าของดั้งเดิม (original owner) ดังนั้น จึงควรจะมีการพิจารณาในเรื่องนี้โดยกระบวนการที่แยกต่างหากออกไป⁶⁶ ส่วนสมาชิกท่านอื่น ๆ ก็รู้สึกว่าเป็นสิ่งที่ไม่เหมาะสมที่จะให้อำนาจแก่ศาลในการที่จะคืนทรัพย์สินที่ถูกขโมยมาให้กับเจ้าของ การเยียวยา (remedy) ควรจะได้มีการพิจารณากันในคดีแพ่งจะเป็นการเหมาะสมกว่าที่จะพิจารณาในคดีอาญา⁶⁷ นอกจากนี้ยังมีผู้เห็นว่าการอนุญาตให้ศาลพิจารณาใน

64 United Nations, "Draft Code of Crimes Against the Peace and Security of Mankind", p. 139.

65 Ibid, pp. 139-140.

66 Ibid., p. 124.

67 Ibid.

เรื่องดังกล่าวเป็นการขัดต่อหน้าที่หลัก (primary function) ของศาล เช่น การที่จะต้อง
 ดำเนินคดีและลงโทษผู้กระทำความผิดตามธรรมนูญ โดยไม่ชักช้า เป็นต้น⁶⁸ ดังนั้น จึงได้ตัด
 ประเด็นนี้ออกไปในที่สุด โดยเห็นว่าหนทางที่ดีที่สุด คือ การทิ้งให้เป็นเรื่องของศาลภายในและ
 ความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยความร่วมมือระหว่างประเทศทางศาล (international
 judicial cooperation agreements) จะดีกว่า⁶⁹ อย่างไรก็ตาม มีสมาชิกบางท่านก็ยัง
 เห็นว่า ข้อ 47 (3) (b) และ (c) ควรจะถูกตัดออกไปเช่นกันเพราะบทบัญญัตินี้ให้ความรู้สึกว่
 มุ่งถึงการชดเชย (reparation) ให้กับผู้เสียหาย แต่อีกฝ่ายหนึ่งเห็นว่าแม้บทบัญญัติใน
 ข้อ 47 (3) (b) และ (c) จะสะท้อนเกี่ยวกับผู้เสียหาย แต่ก็ไม่ได้ตั้งใจที่จะให้เป็นสิ่ง
 ที่แทนการชดเชย (substitute for reparation) หรือป้องกันการกระทำใด ๆ ที่ผู้เสียหาย
 ควรจะได้รับการชดเชยโดยผ่านกระบวนการอื่น ๆ ทางศาลหรือได้รับการชดเชยในระดับระหว่าง
 ประเทศ⁷⁰ เช่น จากรัฐที่อาชญากรสงครามมีสัญชาติ

ดังนั้น กล่าวโดยสรุปแล้วการจัดตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศขึ้นมาเป็นแนว
 ทางหนึ่งในการแก้ไขปัญหาการดำเนินคดีและลงโทษอาชญากรสงคราม แต่ศาลนี้จะต้องเป็นศาลที่มี
 ลักษณะถาวร (permanent court) ไม่ใช่เป็นศาลเฉพาะกิจ (ad hoc tribunal) ดังที่
 ผ่านมาในอดีต ซึ่งตอนนี้คณะกรรมการกฎหมายระหว่างประเทศก็ได้พยายามที่จะผลักดันให้
 ศาลอาญาระหว่างประเทศที่มีลักษณะถาวรได้รับการจัดตั้งขึ้นมาเป็นรูปธรรมอย่างจริงจังแล้ว และ
 การที่อาชญากรสงครามอยู่ภายใต้เขตอำนาจศาลนี้ ก็จะทำให้การแก้ไขปัญหาอาชญากรสงครามมี
 ประสิทธิภาพมากขึ้น นอกจากนี้ หากศาลนี้ได้รับการจัดตั้งสำเร็จก็นับได้ว่าเป็นก้าวสำคัญในการ
 พัฒนากฎหมายอาญาระหว่างประเทศ และบังคับใช้กฎหมายอาญาระหว่างประเทศให้ได้ผลอย่าง
 จริงจัง อย่างไรก็ตาม การที่ศาลนี้จะจัดตั้งขึ้นสำเร็จหรือไม่ขึ้น ก็ขึ้นอยู่กับความร่วมมือจากประเทศ
 ต่าง ๆ เป็นสำคัญด้วย ซึ่งปัจจุบันนี้ยังมีประเทศมหาอำนาจบางประเทศที่ยังไม่เห็นชอบกับการจัด
 ตั้งศาลนี้ขึ้น อาทิ สหรัฐอเมริกาและญี่ปุ่น เป็นต้น

68 Ibid.

69 Ibid., pp. 124-125.

70 Ibid., p. 125.

แนวทางในการเยียวยา

หลังจากที่การสู้รบได้สิ้นสุดลงแล้ว บุคคลที่ตกเป็นผู้เสียหาย โดยเฉพาะผู้ที่ได้รับผลจากการกระทำของอาชญากรสงคราม จำเป็นต้องได้รับการเยียวยา ซึ่งแนวทางในการเยียวยาผู้ที่ได้รับผลจากการกระทำของอาชญากรสงครามมีดังต่อไปนี้

1. การชดเชยค่าเสียหายและการคืนทรัพย์สินให้กับผู้เสียหาย

ตามธรรมนูญศาลยูโกสลาเวีย องค์คณะพิจารณา (The Trial Chamber) มีอำนาจที่จะสั่งให้ส่งทรัพย์สินใด ๆ และผลประโยชน์ต่าง ๆ ที่ได้มาโดยการกระทำความผิดอาญาคืนให้กับเจ้าของผู้มีสิทธิ ได้รวมทั้งสั่งให้การเยียวยาได้ ตามข้อ 24 และแม้ว่าทรัพย์สินหรือเงินนั้นจะอยู่ในความครอบครองของบุคคลภายนอกซึ่งไม่มีส่วนเกี่ยวข้องกับการกระทำความผิดศาลก็สามารถจะสั่งได้ โดยบุคคลภายนอกนั้นอาจถูกเรียกมายังศาลเพื่อชี้แจงถึงสิทธิของตนเหนือทรัพย์สินหรือเงินนั้น และศาลจะได้ตัดสินว่าทรัพย์สินดังกล่าวควรจะตกเป็นของผู้ใด หากศาลไม่สามารถจะตัดสินความเป็นเจ้าของในทรัพย์สินนั้นได้ ศาลจะแจ้งไปยังหน่วยงานที่มีอำนาจของรัฐ และขอให้หน่วยงานนั้นช่วยตัดสินความเป็นเจ้าของในทรัพย์สินนั้นให้ตามกฎหมายที่ 105 ของระเบียบวิธีพิจารณาความและพยานหลักฐานของศาลยูโกสลาเวีย นอกจากนี้ผู้เสียหายยังสามารถฟ้องร้องต่อศาลภายในหรือหน่วยงานอื่นที่มีอำนาจของรัฐเพื่อให้ได้มา ซึ่งค่าเสียหายได้ตามกฎหมายที่ 106 ของระเบียบวิธีพิจารณาความ ฯ

จากบทบัญญัติต่าง ๆ ของธรรมนูญศาลยูโกสลาเวีย และระเบียบวิธีพิจารณาความฯ แสดงให้เห็นว่าศาลยูโกสลาเวียก็ได้หาช่องทางในการเยียวยาผู้ที่ได้รับผลจากการกระทำของอาชญากรสงครามไว้แล้ว โดยมีการชดเชยค่าเสียหายให้กับผู้เสียหายรวมทั้ง คืนทรัพย์สินและเงินให้กับเจ้าของ

2. สิทธิในการฟ้องร้องดำเนินคดีต่ออาชญากรสงคราม

การให้ผู้เสียหายมีสิทธิที่จะฟ้องร้องดำเนินคดีกับอาชญากรสงครามได้นับว่า เป็นวิธีการเยียวยาให้กับผู้ที่ได้รับผลจากการกระทำของอาชญากรสงครามได้วิธีหนึ่ง แต่เนื่องจากปัจจุบันยังไม่มียุทธวิธีใด ๆ ให้อำนาจแก่ผู้เสียหายในการนำคดีขึ้นสู่ศาลระหว่างประเทศได้ โดยอาจให้ผู้เสียหายเสนอเรื่องไปยังพนักงานอัยการ เพื่อให้พนักงานอัยการได้สวนเรื่องราวและนำ

เรื่องขึ้นสู่ศาล หรืออาจให้รัฐที่ผู้เสียหายมีอำนาจนำคดีขึ้นสู่ศาลระหว่างประเทศได้เองหรือเสนอเรื่องให้พนักงานอัยการนำเรื่องขึ้นสู่ศาลได้

ส่วนการนำคดีขึ้นสู่ศาลภายในของรัฐนั้น บุคคลธรรมดาที่มีสิทธิที่จะนำคดีฟ้องร้องต่อศาลภายในได้อยู่แล้ว ดังนั้น ผู้เสียหายจึงสามารถฟ้องร้องคดีต่อศาลของรัฐตนได้ หากอาชญากรรมสงครามปรากฏตัวอยู่ในรัฐที่ศาลนั้นมีที่ตั้งและผู้เสียหายพำนักอยู่มีสัญชาติของรัฐนั้น

3. การบำบัดและฟื้นฟูสภาพจิตใจของผู้ที่ได้รับผลกระทบจากกระทำของอาชญากรรมสงคราม

การสู้รบในสงครามนั้นเต็มไปด้วยความรุนแรงและความน่ากลัว โหดร้าย ซึ่งก่อให้เกิดผลกระทบทั้งต่อร่างกายและจิตใจของผู้ที่เกี่ยวข้อง โดยเฉพาะอย่างยิ่งผู้ที่ได้รับผลกระทบจากกระทำของอาชญากรรมสงคราม สำหรับสตรีซึ่งอาจถูกล่วงเกินทางเพศ ย่อมจะต้องได้รับการบำบัดและการฟื้นฟูสภาพจิตใจ ซึ่งหากได้รับการบำบัดและฟื้นฟูสภาพจิตใจได้โดยทันทีแทนที่จะรอให้การสู้รบสิ้นสุดลงก่อน ย่อมจะก่อผลดีให้กับผู้ที่ได้รับผลกระทบจากการกระทำของอาชญากรรมสงครามอย่างยิ่ง นอกจากสตรีแล้วบุคคลอื่น ๆ ไม่ว่าจะเป็นเด็กหรือผู้ใหญ่หรือคนชราซึ่งได้รับผลกระทบจากสงครามก็ควรจะได้รับ การบำบัดและฟื้นฟูสภาพจิตใจเช่นกัน

สำหรับหน่วยงานที่จะเข้ามาช่วยเหลือในการบำบัดและฟื้นฟูสภาพจิตใจของผู้ที่ได้รับผลกระทบจากสงครามนั้น นอกจากจะเป็นหน่วยงานของรัฐที่ผู้เสียหายมีสัญชาติแล้ว องค์กรระหว่างประเทศต่าง ๆ ไม่ว่าจะเป็นองค์กรสหประชาชาติหรือองค์กรระหว่างประเทศที่ไม่ใช่ องค์กรของรัฐบาล (Non-government international organization หรือ NGO) เช่น คณะกรรมการกาชาดสากล (International Committee of Red Cross หรือ ICRC) ก็อาจเข้ามาเป็นหน่วยงานที่เข้ามาทำหน้าที่นี้

4. การช่วยเหลือเด็กที่ได้รับผลกระทบจากการกระทำของอาชญากรรมสงคราม

เด็ก ๆ ที่ได้รับผลกระทบจากการกระทำของอาชญากรรมสงครามนอกจากจะได้รับ การบำบัดและฟื้นฟูสภาพจิตใจแล้ว หากเด็กเหล่านี้พลัดหลงกับครอบครัวของตนก็จะต้องดำเนินการค้นหาครอบครัวของเด็กเหล่านี้และนำเด็กเหล่านี้กลับคืนสู่ครอบครัว แต่หากเด็กเหล่านี้กลายเป็นเด็กกำพร้าก็จะต้องดำเนินการจัดหาที่พักพิงให้กับเด็กรวมทั้งจัดหาครอบครัวใหม่ให้กับเด็กเหล่านี้ด้วย ซึ่งการดำเนินการดังกล่าวนี้ ในปัจจุบันก็มีคณะกรรมการกาชาดสากลช่วยดำเนินการอยู่แล้ว

ตามกรอบของอนุสัญญาเจนีวาทั้ง 4 ฉบับ ค.ศ. 1949 และพิธีสาร ฉบับที่ 1 เพื่อเพิ่มเติม อนุสัญญาเจนีวา 4 ฉบับ ค.ศ. 1977

นอกจากการจัดหาที่พักและครอบครัวให้กับเด็ก ๆ แล้ว ยังจะต้องให้การศึกษา กับเด็กเหล่านั้น โดยแบ่งระดับไปตามอายุ และระดับของการศึกษาที่มีอยู่ก่อนที่จะเกิดการสู้รบของ เด็กอีกด้วย

5. การให้หน่วยงานเอกชนเข้ามาช่วยเหลือในการเยียวยา

ในปัจจุบัน นอกจากหน่วยงานรัฐบาลของประเทศที่ผู้เสียหายมีสัญชาติจะเป็น หน่วยงานที่เข้ามาทำหน้าที่ ในการช่วยเหลือและเยียวยาผู้ที่ได้รับผลกระทบจากสงครามแล้ว องค์กรระหว่างประเทศที่สำคัญซึ่งเข้ามาทำหน้าที่นี้ก็คือ คณะกรรมการกาชาดสากล นอกจาก หน่วยงานเหล่านี้ก็ควรที่จะสนับสนุนให้องค์กรเอกชนต่าง ๆ ทั้งที่เป็นองค์กรระหว่างประเทศและ องค์กรในประเทศ ซึ่งอาจอยู่ในรูปของมูลนิธิต่าง ๆ เข้ามาทำหน้าที่ในการช่วยเหลือเยียวยาผู้ที่ ได้รับผลกระทบ จากสงครามในประเทศที่เกิดความขัดแย้งด้วยอาวุธอันมีลักษณะระหว่างประเทศ (international armed conflict) ด้วย

กล่าวโดยสรุปแล้ว แนวทางในการป้องกัน แก้ไขปัญหาอาชญากรรมสงคราม และ เยียวยาผู้เสียหายที่ได้รับผลกระทบจากการกระทำของอาชญากรสงครามที่จะเกิดขึ้นในอนาคต มี อยู่หลายแนวทางด้วยกัน โดยแต่ละแนวทางมีข้อดีและข้อเสียในตัวเอง ซึ่งการจะนำแนวทางใดมา ปรับใช้ก็จำเป็นต้องพิจารณาจากภาวะแวดล้อมต่าง ๆ ด้วย อย่างไรก็ตาม ไม่ว่าจะใช้แนวทางใด สิ่ง ที่ จำเป็นที่สุดที่จะทำให้แนวทางเหล่านี้บรรลุผลสำเร็จก็คือ ความร่วมมือระหว่างรัฐต่าง ๆ นั่นเอง