

พัฒนาการของการคุ้มครองผู้เสียหายที่เป็นผู้หญิง
ในกระบวนการพิจารณาคดีของศาลอาญาระหว่างประเทศ



นางสาวลักษณาวลัย พงศ์สมัย

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

CHULALONGKORN UNIVERSITY

วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต

สาขาวิชานิติศาสตร์

คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

ปีการศึกษา 2556

ลิขสิทธิ์ของจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

บทคัดย่อและแฟ้มข้อมูลฉบับเต็มของวิทยานิพนธ์ตั้งแต่ปีการศึกษา 2554 ที่ให้บริการในคลังปัญญาจุฬาฯ (CUIR)

เป็นแฟ้มข้อมูลของนิสิตเจ้าของวิทยานิพนธ์ ที่ส่งผ่านทางบัณฑิตวิทยาลัย

The abstract and full text of theses from the academic year 2011 in Chulalongkorn University Intellectual Repository (CUIR) are the thesis authors' files submitted through the University Graduate School.

THE DEVELOPMENT OF THE PROTECTION OF WOMEN VICTIM IN THE PROCEDURE
OF INTERNATIONAL CRIMINAL COURTS.

Miss Luxsanavalai Pongsamai



จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

CHULALONGKORN UNIVERSITY

A Thesis Submitted in Partial Fulfillment of the Requirements

for the Degree of Master of Laws Program in Laws

Faculty of Law

Chulalongkorn University

Academic Year 2013

Copyright of Chulalongkorn University

หัวข้อวิทยานิพนธ์

พัฒนาการของการคุ้มครองผู้เสียหายที่เป็นผู้หญิงใน

กระบวนการพิจารณาคดีของศาลอาญาระหว่างประเทศ

โดย

นางสาวลักษณาวลัย พงศ์สมัย

สาขาวิชา

นิติศาสตร์

อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก

ผู้ช่วยศาสตราจารย์ สุผานิต เกิดสมเกียรติ

คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย อนุมัติให้หัวข้อวิทยานิพนธ์ฉบับนี้เป็นส่วนหนึ่ง
ของการศึกษาตามหลักสูตรปริญญาโทบริหารธุรกิจ

.....คณบดีคณะนิติศาสตร์

(ศาสตราจารย์ ดร. นันทวัฒน์ บรมานันท์)

คณะกรรมการสอบวิทยานิพนธ์

.....ประธานกรรมการ

(ศาสตราจารย์ วิฑิต มันทาภรณ์)

.....อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก

(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ สุผานิต เกิดสมเกียรติ)

.....กรรมการ

(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ศารทูล สันติวาสะ)

.....กรรมการภายนอกมหาวิทยาลัย

(อาจารย์ สมชาย หอมลออ)

ลักษณะวลัย พงศ์สมัย : พัฒนาการของการคุ้มครองผู้เสียหายที่เป็นผู้หญิงในกระบวนการพิจารณาคดีของศาลอาญาระหว่างประเทศ. (THE DEVELOPMENT OF THE PROTECTION OF WOMEN VICTIM IN THE PROCEDURE OF INTERNATIONAL CRIMINAL COURTS.) อ.ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก: ผศ. สุผานิต เกิดสมเกียรติ, หน้า.

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อศึกษาวิวัฒนาการในการคุ้มครองผู้เสียหายที่เป็นผู้หญิงในกระบวนการพิจารณาคดีของศาลอาญาระหว่างประเทศตั้งแต่อดีตจนถึงปัจจุบัน อันได้แก่ ศาลอาญาระหว่างประเทศเฉพาะกิจแห่งอดีตประเทศยูโกสลาเวีย ศาลอาญาระหว่างประเทศเฉพาะกิจแห่งประเทศรวันดา และศาลอาญาระหว่างประเทศปัจจุบัน ว่ามีบทเรียนและข้อบกพร่องใด และนำมาสู่การพัฒนาของศาลอาญาระหว่างประเทศปัจจุบันอย่างไรบ้างสามารถคุ้มครองผู้เสียหายที่เป็นผู้หญิงได้อย่างมีประสิทธิภาพเพียงพอหรือไม่ โดยจะทำการศึกษากระบวนการวิธีพิจารณาคดีของศาลอาญาระหว่างประเทศตั้งแต่อดีต จนถึงปัจจุบันในการคุ้มครองผู้เสียหายที่เป็นผู้หญิงจากอาชญากรรมระหว่างประเทศ อันได้แก่ ศาลอาญาระหว่างประเทศเฉพาะกิจแห่งอดีตประเทศยูโกสลาเวีย ศาลอาญาระหว่างประเทศเฉพาะกิจแห่งประเทศรวันดา และศาลอาญาระหว่างประเทศปัจจุบัน โดยทำการศึกษาจากบทบัญญัติภายใต้ธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศ และระเบียบวิธีพิจารณาคดี โดยเน้นเฉพาะเจาะจงในด้านกฎหมายวิธีสบัญญัติแต่จะไม่รวมถึงการศึกษาในส่วนของกฎหมายว่าด้วยพยานหลักฐาน

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้สามารถให้ข้อมูลทางกฎหมายระหว่างประเทศที่เป็นประโยชน์ในการคุ้มครองผู้หญิงที่เป็นผู้เสียหายเพื่อให้ทราบว่าผู้หญิงมีสิทธิที่จะได้รับความคุ้มครองในกระบวนการพิจารณาคดีอย่างไรและมีปัญหาประการใดที่ยังทำให้ผู้หญิงได้รับความคุ้มครองไม่เพียงพอ ควรมีการปรับปรุงเพิ่มเติมแก้ไขในเรื่องใดบ้าง อันจะมีประโยชน์ต่อการผลักดันเรื่องการคุ้มครองผู้หญิงในกระบวนการยุติธรรมทางอาญาในระดับประเทศและระหว่างประเทศต่อไป

สาขาวิชา นิติศาสตร์

ปีการศึกษา 2556

ลายมือชื่อนิติศ
 CHULALONGKORN UNIVERSITY

ลายมือชื่อ อ.ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก

5386042234 : MAJOR LAWS

KEYWORDS: DEVELOPMENT / PROCEDURES / DEVELOPMENT INTERNATIONAL
CRIMINAL COURTS ICTY ICTR ICC WOMEN PROTECTION / WOMEN VICTIMS

LUXSANAVALAI PONGSAMAI: THE DEVELOPMENT OF THE PROTECTION OF
WOMEN VICTIM IN THE PROCEDURE OF INTERNATIONAL CRIMINAL
COURTS.. ADVISOR: SUPHANIT KERTSOMKIAT, pp.

This subject of this thesis is to study the development of the procedures under the three International Criminal Courts, namely the International Criminal Tribunals for the Yugoslavia (ICTY) and Rwanda (ICTR) until the establishment of the permanent International Criminal Court (ICC) that are particularly relevant to women victim protection.

The background paper begins with the victim under international law theories, women protection by the principles of international law such as human rights laws, humanitarian laws, the International criminal law, the provisions of the Statutes, the Court's Rules of Procedures and the practices by three Courts.

After that it will study of critiquing the experiences of women victims while being in the trial and asks whether women victims of international criminal crimes receive the sufficient protection, good or bad experiences and other challenges during the procedures.

It became apparent from the study that the evolution of women victims protection by ICC was based on the legal instruments and practices of the two international tribunals courts (ICTY&ICTR). Furthermore, ICC has improved their failures and has fulfilled some weaknesses of two tribunal trials. Yet, eventually the study shows that ICC still needs to be kept on developing and strengthening more protection measures to make justice really tangible to women victim of international crimes.

Field of Study: Laws

Student's Signature

Academic Year: 2013

Advisor's Signature

กิตติกรรมประกาศ

ข้าพเจ้าขอกราบอาราธนาคุณพระพุทเจ้า พระธรรม พระสงฆ์ พระเดชพระคุณหลวงปู่สด
คุณยายอาจารย์จันทร์ พระเทพญาณมหามุนี หลวงพ่อธรรมงาม

กราบขอบพระคุณบิดาและคุณแม่พรทิพา แสงพิทักษ์ ผู้มีพระคุณอย่างหาที่สุดมิได้ในชีวิต
ข้าพเจ้า ขอบคุณครอบครัวบ้านสามพรานญาติพี่น้องทุกท่านและขอบคุณคุณครูบาอาจารย์ผู้มี
พระคุณทุกท่าน รวมถึงกัลยาณมิตรทุกท่าน ข้าพเจ้าขอขอบพระคุณทุกท่านที่กล่าวมานี้สำหรับการ
อบรมเลี้ยงดู ให้กำลังใจ ให้ความรู้และคำแนะนำที่ดีมาโดยตลอด

วิทยานิพนธ์เล่มนี้ไม่อาจสำเร็จไปได้ด้วยดีหากไม่ได้รับความเมตตาจากอาจารย์สุมานิต เกิด
สมเกียรติ ข้าพเจ้าขอกราบขอบพระคุณอาจารย์สุมานิต เกิดสมเกียรติ อาจารย์วิฑิต มันทาภรณ์
อาจารย์ศรุต สันติवास และอาจารย์สมชาย หอมล่อ อีกทั้งขอบคุณคณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์
มหาวิทยาลัยเป็นอย่างสูงที่ได้ให้โอกาสในการศึกษาระดับปริญญาโทครั้งนี้ รวมถึงนางสาวปริยาภา
ลาภอนันต์ ที่ได้ให้ความช่วยเหลือในการจัดทำวิทยานิพนธ์เล่มนี้มาตลอด และนายวิษณุ วุฒานุกรักษ์
สำหรับการเอื้อเฟื้อเครื่องคอมพิวเตอร์ให้แก่ข้าพเจ้า

นอกจากนี้ขอขอบพระคุณคุณศิริรัตน์ วิเศษจินดาวัฒน์และคุณเสาวนีย์ ดีทายาท แห่ง
บริษัทเซ็นทรัล เรสตอรองส์ กรุ๊ป จำกัด ที่มอบความเมตตา และความเข้าใจในการจัดทำวิทยานิพนธ์
นี้พร้อมทั้งให้คำแนะนำที่ดีทั้งการทำงานและการเรียน

และท้ายที่สุดขอขอบคุณสรณ์ ชื่นจิตร และ คุณพงศธร เจนปรมกิจที่เป็นกำลังใจให้เสมอ
พร้อมกับความช่วยเหลือทุกประการตลอดการจัดทำวิทยานิพนธ์นี้

หากวิทยานิพนธ์เล่มนี้มีความผิดพลาดประการใด ข้าพเจ้ากราบขออภัยไว้ ณ ที่นี้และขอ
น้อมรับไว้ซึ่งความผิดพลาดแต่เพียงผู้เดียว

สารบัญ

หน้า

บทคัดย่อภาษาไทย.....	จ
บทคัดย่อภาษาอังกฤษ.....	ช
กิตติกรรมประกาศ.....	ซ
สารบัญ.....	ฅ
บทที่ 1	1
บทนำ.....	1
1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา	1
1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษา	2
1.3 ขอบเขตของการศึกษา.....	3
1.4 สมมติฐานของการศึกษา.....	3
1.5 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ	3
1.6 วิธีดำเนินการวิจัย	3
บทที่2 วิวัฒนาการในการคุ้มครองผู้เสียหายและความสัมพันธ์กับผู้เสียหายที่เป็นผู้หญิง ในกฎหมายระหว่างประเทศ	5
2.1 เหตุใดจึงมุ่งคุ้มครองผู้เสียหายที่เป็นผู้หญิงเป็นพิเศษ.....	5
2.1.1 แนวคิดทฤษฎีที่มาของการคุ้มครองผู้เสียหายที่เป็นผู้หญิงในทางกฎหมายระหว่างประเทศ.....	6
2.1.1.1 ผู้หญิงคืออะไรคำถามเกี่ยวกับเพศภาวะ.....	6
2.1.1.2 กฎหมายกับอคติทางเพศต่อสตรี.....	7
2.1.1.3 แนวความคิดพื้นฐานของนิติปรัชญาแนวอภิปรัชญา.....	8
2.1.1.4 นิติศาสตร์แนวสตรีนิยม	10
2.1.2 สถานการณ์อาชญากรรมต่อผู้หญิงในบริบทอาชญากรรมระหว่างประเทศ	10
2.1.2.1 เหตุการณ์ฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ในประเทศรวันดา	10
2.1.2.2 เหตุการณ์อาชญากรรมสงครามในยูโกสลาเวีย	12

2.1.2.3	สถานการณ์ภายในประเทศซีเรียลิเบีย	13
2.1.2.4	สถานการณ์ภายในประเทศสาธารณรัฐประชาธิปไตยคองโก	13
2.1.2.5	สถานการณ์ภายในประเทศไอเวอรีโคสต์	15
2.1.2.6	สถานการณ์ในประเทศยูกันดา	15
2.1.3	การคุ้มครองผู้หญิงภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ	17
2.1.3.1	การคุ้มครองผู้หญิงในกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ	17
2.1.3.2	การคุ้มครองสตรีในกฎหมายสงคราม	19
2.1.3.2	การคุ้มครองผู้หญิงในหลักกฎหมายสิทธิมนุษยชน	19
2.1.3.3	การคุ้มครองผู้หญิงจากอาชญากรรมร้ายแรงระหว่างประเทศ	24
2.1.4	พัฒนาการของการคุ้มครองผู้เสียหายที่เป็นผู้หญิงจากอาชญากรรมระหว่างประเทศใน กระบวนการพิจารณาคดี	27
2.1.4.1	สิทธิในการเข้าถึงกระบวนการยุติธรรม	27
2.1.4.2	สิทธิในการได้รับการเยียวยา	32
2.1.4.3	สิทธิในการได้รับการสนับสนุนช่วยเหลือ	42
2.1.4.4	สิทธิในการได้รับมาตรการคุ้มครองพิเศษ	44
2.1.4.5	สิทธิในการมีส่วนร่วมของผู้เสียหาย	45
บทที่ 3	วิวัฒนาการคุ้มครองผู้เสียหายที่เป็นผู้หญิงภายใต้ศาลอาญาเฉพาะกิจระหว่างประเทศ	50
3.1	พัฒนาการของศาลอาญาเฉพาะกิจก่อนศาลอาญาระหว่างประเทศ	50
3.1.1	ศาลทหารระหว่างประเทศนูเรมเบิร์ก (The International Military Tribunal at Nuremberg)และศาลโตเกียว(Tokyo Tribunal)	50
3.1.2	ศาลอาญาระหว่างประเทศเฉพาะกิจแห่งอดีตประเทศยูโกสลาเวียและศาลอาญา ระหว่างประเทศเฉพาะกิจแห่งประเทศรวันดา (The AdHoc Tribunals for the Former Yugoslavia and Rwanda)	54
3.2	พัฒนาการในกระบวนการวิธีพิจารณาคดีของศาลอาญาเฉพาะกิจICTY และศาลอาญาเฉพาะกิจ ICTRที่สะท้อนการคุ้มครองผู้เสียหายที่เป็นผู้หญิง	61

3.2.1 สิทธิในการเข้าถึงกระบวนการยุติธรรม.....	61
3.2.2 สิทธิในการได้รับการเยียวยา.....	62
3.2.3 สิทธิในการได้รับการสนับสนุนช่วยเหลือ.....	63
3.2.4 สิทธิในการได้รับมาตรการคุ้มครองพิเศษ.....	64
3.2.5 สิทธิในการมีส่วนร่วมของผู้เสียหาย.....	74
3.3 ข้อท้าทายและข้อบกพร่องในการปกป้องคุ้มครองผู้เสียหายที่เป็นผู้หญิงในกระบวนการพิจารณาคดี แห่งศาลอาญาเฉพาะกิจระหว่างประเทศในอดีต.....	76
บทที่ 4 การคุ้มครองผู้เสียหายที่เป็นผู้หญิงในศาลอาญาระหว่างประเทศปัจจุบัน.....	79
4.1 ที่มาของกฎหมายอาญาระหว่างประเทศในการคุ้มครองผู้เสียหาย.....	79
4.1.1 การกำเนิดและพัฒนาการของกฎหมายอาญาระหว่างประเทศ.....	81
4.1.2 บ่อเกิดที่มาของศาลอาญาระหว่างประเทศและรัฐภาคี.....	83
4.1.2.1 กฎหมายที่ใช้ควบคุมการพิจารณาคดีของศาล (Governing texts).....	85
4.1.2.2 องค์กรและโครงสร้างของศาล.....	87
4.1.2.3 เขตอำนาจในการพิจารณาคดีของศาลอาญาระหว่างประเทศ.....	90
4.2 การคุ้มครองผู้เสียหายที่เป็นผู้หญิงกับศาลอาญาระหว่างประเทศ.....	92
4.2.1 อาชญากรรมในเขตอำนาจศาลอาญาระหว่างประเทศ.....	93
4.3 พัฒนาการในกระบวนการวิธีพิจารณาคดีของศาลอาญาระหว่างประเทศที่สะท้อนการคุ้มครอง ผู้เสียหายที่เป็นผู้หญิง.....	96
4.3.1 สิทธิในการเข้าสู่กระบวนการยุติธรรม.....	97
4.3.2 สิทธิในการได้รับการเยียวยา.....	98
4.3.3 สิทธิในการได้รับการสนับสนุนช่วยเหลือ.....	105
4.3.4 สิทธิในการได้รับมาตรการคุ้มครองพิเศษ.....	108
4.3.5 สิทธิในการมีส่วนร่วมของผู้เสียหาย (Victim Participation).....	111
4.4 กรณีศึกษาคดีในศาลอาญาระหว่างประเทศปัจจุบัน.....	115
4.4.1 สิทธิในการเข้าสู่กระบวนการยุติธรรม และสิทธิการมีส่วนร่วมของผู้เสียหายในคดี ...	117

4.4.2 สิทธิในการได้รับการเยียวยา.....	120
4.4.3 สิทธิในการได้รับช่วยเหลือและสนับสนุน.....	123
4.4.4 สิทธิในการได้รับมาตรการคุ้มครองพิเศษ.....	123
4.4.5 สถานการณ์แห่งคดี ณ ปัจจุบัน.....	124
รายการอ้างอิง.....	140
บทที่ 5 บทสรุปและข้อเสนอแนะ.....	147
5.1 บทสรุป.....	147
5.2 ข้อเสนอแนะ.....	150
ประวัติผู้เขียนวิทยานิพนธ์.....	298

สารบัญตาราง

ตาราง 1 สิทธิในการเข้าสู่กระบวนการยุติธรรม.....	127
ตาราง 2 สิทธิในการได้รับการเยียวยา.....	129
ตาราง 3 สิทธิในการได้รับการสนับสนุนช่วยเหลือ.....	131
ตาราง 4 สิทธิในการได้รับมาตรการคุ้มครองพิเศษ.....	133
ตาราง 5 สิทธิในการมีส่วนร่วมของผู้เสียหาย.....	139

บทที่ 1

บทนำ

1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

ผู้หญิงและเด็กมักตกเป็นเหยื่อจำนวนมากจากความขัดแย้งทางอาวุธที่เกิดภายในประเทศหรือระหว่างประเทศ รวมทั้งมักถูกโจมตีด้วยการกระทำรุนแรงมากมาย¹ จากเหตุการณ์ในอดีตที่เกิดอาชญากรรมระหว่างประเทศทั้งในยามสงครามหรือการกระทำก่อกบฏผิดกฎหมาย มักพบว่าผู้หญิงตกเป็นเป้าหมายในการโจมตีอย่างจงใจทั้งสิ้น เนื่องจากผู้โจมตีต้องการเอาชนะโดยหลีกเลี่ยงการใช้กำลังทหารเข้าต่อสู้โดยตรงแต่กลับเลือกใช้ยุทธวิธีในการโจมตีพลเมืองที่อ่อนแอกว่านั่นคือ ผู้หญิงและเด็ก² การมุ่งกระทำอาชญากรรมรุนแรงต่อผู้หญิงสะท้อนให้เห็นถึงความไม่เท่าเทียมกันทางเพศและตอกย้ำถึงโครงสร้างทางสังคมที่ให้ผู้ชายเป็นผู้นำและมีอิทธิพลเหนือผู้หญิง³ ด้วยเหตุนี้ผู้หญิงจึงสมควรได้รับความคุ้มครองด้วยมาตรการที่เหมาะสมและมีประสิทธิภาพของระบบกระบวนการยุติธรรมทางอาญาในทุกๆประเทศ และจะต้องให้ความร่วมมือทั้งในทางระหว่างประเทศและในระดับกฎหมายภายในของแต่ละรัฐ ในการนำตัวผู้กระทำผิดมาลงโทษในฐานะความผิดอาชญากรรมระหว่างประเทศ และมุ่งให้ความช่วยเหลือคุ้มครอง เยียวยาผู้หญิงที่ตกเป็นเหยื่อทั้งก่อนกระทำความผิดและภายหลังที่การกระทำความผิดเกิดขึ้นแล้ว

จุดเริ่มต้นการดำเนินคดีอาชญากรรมระหว่างประเทศในระดับภายในประเทศ เช่น อาชญากรรมสงครามและอาชญากรรมต่อมนุษยชาติ โดยปรากฏหลักฐานการดำเนินคดีอาชญากรรมร้ายแรงดังกล่าวครั้งแรกในรูปแบบของศาลอาญาระหว่างประเทศเฉพาะกิจ คือ ศาลอาญาระหว่างประเทศเฉพาะกิจอดีตกองสลาเวีย(ICTY)⁴ และศาลอาญาระหว่างประเทศรวันดา (ICTR)⁵ จาก

¹"Un Security Resolution 1325," ed. UN Security (2000).

²Avril Mcdonald, "Internationa Crimes against Women and the International Criminal Court," (2004).

³Catherine A. McKinnon, "Reflections on Sex Equality under Law," 100 *Yale Law Journal* (1990 to 1991).

⁴"Un Security Resolution 808 (lcty)," ed. UN Security (1993).ศาลICTY จัดตั้งโดยคณะมนตรีความมั่นคง ตามมติสหประชาชาติที่ 808 (1993) มีผลบังคับใช้เมื่อ 22 ก.พ. 1993

⁵"Un Security Resolution 995 (lctr)," ed. UN Security (1994).ศาลICTR จัดตั้งโดยคณะมนตรีความมั่นคง ตามมติสหประชาชาติที่ 955 (1994) มีผลบังคับใช้เมื่อ 8 พ.ย.1994

จุดเริ่มต้นนี้เป็นแรงผลักดันให้เกิดการจัดตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศ (International Criminal Court, ICC)⁶ โดยการนำธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศมาใช้บังคับ หน้าที่หลักของศาลอาญาระหว่างประเทศคือการเสริมหรือเติมเต็มประสิทธิภาพกระบวนการยุติธรรมทางอาญาของแต่ละรัฐ (complementarity) ในกรณีที่รัฐนั้นไม่มีความสามารถหรือไม่เต็มใจที่จะดำเนินกระบวนการยุติธรรมทางอาญาภายในประเทศของตน⁷ รัฐทุกรัฐที่เข้าเป็นภาคีจะต้องทำการออกกฎหมายภายในของประเทศตนให้สอดคล้องกับธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศและนำไปบังคับใช้ในระดับชาติตนได้อย่างมีประสิทธิภาพ หลักการนี้สะท้อนให้เห็นว่าการจัดตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศมีขึ้นเพื่อผลักดันให้ศาลอาญาภายในประเทศดำเนินกระบวนการยุติธรรมสำหรับความผิดที่เป็นอาชญากรรมร้ายแรงระหว่างประเทศ และเมื่อวันที่ 1 กรกฎาคม 2002 ศาลอาญาระหว่างประเทศได้เข้ามามีผลบังคับใช้ต่อทุกรัฐที่เคยลงนามและกระทำการให้สัตยาบันในภายหลัง อันก่อให้เกิดการคุ้มครองสิทธิของผู้หญิงที่เป็นเหยื่อจากอาชญากรรมสงคราม อาชญากรรมต่อมนุษยชาติ และอาชญากรรมฆ่าล้างเผ่าพันธุ์เป็นครั้งแรกในกระบวนการยุติธรรมทางอาญาในทางระหว่างประเทศ ไม่ว่าจะเป็ในมิติของศาลอาญาระหว่างประเทศเองหรือในมิติของระดับชาติ เนื่องจากศาลอาญาระหว่างประเทศเปรียบเสมือนเครื่องมือในการเสริมสร้างกระบวนการยุติธรรมให้มีประสิทธิภาพ จึงทำให้หลายๆรัฐให้สัตยาบันเข้าร่วมผูกพันและมีพันธกรณีในการนำธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศไปอนุวัติการเป็นกฎหมายภายในรัฐของตน ดังนั้นจึงควรทำการศึกษาพัฒนาการก่อนมีการจัดตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศและภายหลังที่มีการจัดตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศขึ้นมาแล้วว่าจะช่วยคุ้มครองผู้หญิงที่ตกเป็นผู้เสียหายมากขึ้นกว่าเดิมหรือไม่ เหมาะสมและเพียงพอหรือยังในการปกป้องคุ้มครองสิทธิของผู้เสียหายที่เป็นผู้หญิงในกระบวนการพิจารณาคดีของศาลอาญาระหว่างประเทศ

1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษา

เพื่อศึกษาวิวัฒนาการในการคุ้มครองผู้เสียหายที่เป็นผู้หญิงในกระบวนการพิจารณาคดีของศาลอาญาระหว่างประเทศตั้งแต่อดีตจนถึงปัจจุบัน อันได้แก่ ศาลอาญาระหว่างประเทศเฉพาะกิจแห่งอดีตประเทศยูโกสลาเวีย ศาลอาญาระหว่างประเทศเฉพาะกิจแห่งประเทศรวันดา และศาลอาญาระหว่างประเทศปัจจุบัน ว่ามีบทเรียนและข้อบกพร่องใด และนำมาสู่การพัฒนาของศาลอาญาระหว่างประเทศปัจจุบันอย่างไรบ้าง สามารถคุ้มครองผู้เสียหายที่เป็นผู้หญิงได้อย่างมีประสิทธิภาพเพียงพอหรือไม่

⁶"The Rome Statute of the International Criminal Court (Entered into Force July 1, 2002, "the Rome Statute") ", in *UN Doc A/Conf 183/9* ed. UN (1998).

⁷"The Preamble of the Rome Statute of the International Criminal Court," ed. UN (1998).

1.3 ขอบเขตของการศึกษา

ศึกษากระบวนการวิธีพิจารณาคดีของศาลอาญาระหว่างประเทศตั้งแต่อดีตจนถึงปัจจุบันในการคุ้มครองผู้เสียหายที่เป็นผู้หญิงจากอาชญากรรมระหว่างประเทศ อันได้แก่ ศาลอาญาระหว่างประเทศเฉพาะกิจแห่งอดีตประเทศยูโกสลาเวีย ศาลอาญาระหว่างประเทศเฉพาะกิจแห่งประเทศรวันดา และศาลอาญาระหว่างประเทศปัจจุบัน โดยทำการศึกษาจากบทบัญญัติภายใต้ธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศ และระเบียบวิธีพิจารณาความ โดยเน้นเฉพาะเจาะจงในด้านกฎหมายวิธีสบัญญัติแต่จะไม่นวมถึงการศึกษาในส่วนของกฎหมายว่าด้วยพยานหลักฐาน

1.4 สมมติฐานของการศึกษา

วิวัฒนาการของการคุ้มครองผู้เสียหายที่เป็นผู้หญิงในกระบวนการพิจารณาคดีศาลอาญาระหว่างประเทศเฉพาะกิจก่อนศาลอาญาระหว่างประเทศปัจจุบัน(ICC)แสดงให้เห็นถึงบทเรียนและข้อบกพร่องในเรื่องการปกป้องสิทธิของผู้หญิงที่เป็นผู้เสียหาย จึงต้องมีบทบัญญัติและมาตรการคุ้มครองเฉพาะในธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศปัจจุบันควบคู่กับ ระเบียบว่าด้วยวิธีพิจารณาความ (Rules of Procedure)และการปฏิบัติที่เกี่ยวข้องของศาลอาญาระหว่างประเทศปัจจุบันเพื่อวางหลักเกณฑ์ที่ชัดเจนยิ่งขึ้นในการปกป้องคุ้มครองผู้เสียหายที่เป็นผู้หญิงดังกล่าว

1.5 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้สามารถให้ข้อมูลทางกฎหมายระหว่างประเทศที่เป็นประโยชน์ในการคุ้มครองผู้หญิงที่เป็นผู้เสียหายเพื่อให้ทราบว่าผู้หญิงมีสิทธิที่จะได้รับความคุ้มครองในกระบวนการพิจารณาคดีอย่างไร และมีปัญหาประการใดที่ยังทำให้ผู้หญิงได้รับความคุ้มครองไม่เพียงพอ ควรมีการปรับปรุงเพิ่มเติมแก้ไขในเรื่องใดบ้าง อันจะมีประโยชน์ต่อการผลักดันเรื่องการคุ้มครองผู้หญิงในกระบวนการยุติธรรมทางอาญาในระดับประเทศและระหว่างประเทศต่อไป

1.6 วิธีดำเนินการวิจัย

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้ใช้วิธีวิจัยเอกสาร (Documentary Research) โดยได้ทำการศึกษากฎหมายระหว่างประเทศที่เกี่ยวกับความผิดอาญาระหว่างประเทศหรืออาชญากรรมระหว่างประเทศที่มีผู้หญิงตกเป็นผู้เสียหายหรือเหยื่อจากการกระทำความผิด โดยศึกษาทั้งจากบทกฎหมายและคำพิพากษาของศาลอาญาระหว่างประเทศอันได้แก่อันได้แก่ ศาลอาญาระหว่างประเทศเฉพาะกิจแห่ง

อดีตประเทศยูโกสลาเวีย ศาลอาญาระหว่างประเทศเฉพาะกิจแห่งประเทศรวันดา และศาลอาญาระหว่างประเทศปัจจุบัน ที่เกี่ยวข้องกับกรณีผู้หญิงที่ตกเป็นผู้เสียหาย นอกจากนี้ยังศึกษาจากบทความวิเคราะห์เรื่องการคุ้มครองผู้หญิง แนวคิดและทฤษฎีกฎหมายที่เกี่ยวข้องอันมีที่มาจากต่างประเทศเป็นจำนวนมาก เขียนในเชิงอธิบายความเป็นมา และวิเคราะห์เพื่อให้เห็นถึงวิวัฒนาการของการคุ้มครองผู้หญิงในศาลอาญาระหว่างประเทศ



จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
CHULALONGKORN UNIVERSITY

บทที่ 2

วิวัฒนาการในการคุ้มครองผู้เสียหายและความสัมพันธ์กับผู้เสียหายที่เป็นผู้หญิง ในกฎหมายระหว่างประเทศ

การศึกษาพัฒนาการในการคุ้มครองผู้เสียหายที่เป็นผู้หญิงของศาลอาญาระหว่างประเทศนั้น จำเป็นต้องทราบถึงวิวัฒนาการของการคุ้มครองผู้เสียหายต่างๆไปจากอาชญากรรมระหว่างประเทศ เสียก่อน โดยจะทำการศึกษาควบคู่ไปกับเรื่องการให้ความคุ้มครองสิทธิผู้หญิงขั้นพื้นฐานตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศ หรืออาจเรียกว่าเป็นมาตรฐานขั้นต่ำในทางระหว่างประเทศ (International Minimum Standard) เพื่อให้เข้าใจถึงความสัมพันธ์ระหว่างการคุ้มครองผู้เสียหาย กับผู้หญิงว่ามีความเกี่ยวข้องกันอย่างไร และเพราะเหตุใดผู้หญิงจึงต้องได้รับความคุ้มครองเป็นพิเศษ ในฐานะผู้ตกเป็นเหยื่อ เนื่องจากกฎเกณฑ์ที่กำหนดขึ้นในทางระหว่างประเทศล้วนมีที่มาจาก ประวัติศาสตร์และเหตุการณ์ในอดีตทั้งสิ้น ทั้งนี้เพื่อให้เห็นรากเหง้าของการคุ้มครองผู้หญิงว่ามีที่มาจากอะไร และนำไปสู่การคุ้มครองผู้เสียหายที่เป็นผู้หญิงจากอาชญากรรมในศาลอาญาระหว่างประเทศได้อย่างไร และท้ายที่สุดก็จะสามารถให้คำตอบได้ว่าศาลอาญาระหว่างประเทศจากอดีต จนถึงปัจจุบันมีพัฒนาการต่อการคุ้มครองผู้เสียหายที่เป็นผู้หญิงได้ดีกว่าหรือเทียบเท่ากับมาตรฐานขั้นต่ำในทางกฎหมายระหว่างประเทศต่อการคุ้มครองผู้หญิง

2.1 เหตุใดจึงมุ่งคุ้มครองผู้เสียหายที่เป็นผู้หญิงเป็นพิเศษ

เหตุผลที่ผู้หญิงจำเป็นต้องได้รับความคุ้มครองจากการละเมิดอาชญากรรมร้ายแรงระหว่างประเทศเป็นพิเศษไม่ใช่เพียงเพราะมีสภาพร่างกายและจิตใจที่เปราะบางกว่าชายเพียงอย่างเดียว แต่เป็นเพราะปัจจุบันมีการนำผู้หญิงมาเป็นเครื่องมือในการจู่โจมก่อความขัดแย้ง หรือก่อสงคราม ทั้งในสถานการณ์การขัดกันทางอาวุธในระหว่างประเทศ หรือ การขัดกันทางอาวุธภายในประเทศหากเกิดความขัดแย้งในสถานการณ์หนึ่งจะพบว่าผู้หญิงที่ถูกโจมตีเป็นเป้าหมายหลักมาก เนื่องจากอาจเป็นเพราะการมุ่งโจมตีผู้หญิงมักได้รับผลพวงในการชนะสงครามที่ง่าย เร็ว ประหยัด และไม่

จำเป็นต้องใช้อาวุธสงครามที่อาจทำให้ถูกเพ่งเล็ง หรือโดนมาตรการลงโทษทางระหว่างประเทศ (International Sanction) จากรัฐอื่นได้¹ ดังนั้น ยุทธวิธีในทางทหารอย่างหนึ่งในปัจจุบันนี้ จึงมักเลือกผู้หญิงเป็นอาวุธสงครามในการต่อสู้ในสถานการณ์ความขัดแย้ง (tools of war)²

2.1.1 แนวคิดทฤษฎีที่มาของการคุ้มครองผู้เสียหายที่เป็นผู้หญิงในทางกฎหมายระหว่างประเทศ

ที่มาของการคุ้มครองผู้หญิงในทางกฎหมายระหว่างประเทศมาจากแนวคิด ทฤษฎีเชิงปรัชญาจากสำนักคิดต่างๆในแต่ละยุคสมัยที่สะท้อนและพยายามบอกเล่าถึงความยุติธรรมของผู้หญิงที่ไม่ได้รับความเท่าเทียมกันระหว่างสตรีกับบุรุษ รวมทั้งการถูกกดขี่ข่มเหงโดยบุรุษเพศจะเห็นได้ว่าแนวคิดเรื่องความไม่เท่าเทียมกันของชายหญิงนี้พบมาตั้งแต่สมัยกรีก โดยปรัชญาทางกฎหมายและการเมืองของกรีกโบราณจะสนับสนุนระบอบชายเป็นใหญ่ดังจะเห็นได้อย่างชัดเจนในความคิดของอริสโตเติลที่กล่าวว่า “ผู้ชายเป็นหัวหน้าครัวเรือนผู้ชายมีอำนาจเหนือกว่าภริยาและบุตรของตนทั้งนี้เนื่องจากผู้ชายมีความสามารถเหมาะสมในการปกครองมากกว่าผู้หญิงนอกจากในบางสถานการณ์ที่ผู้หญิงจะทำหน้าที่ปกครองซึ่งสถานการณ์เช่นนั้นขัดแย้งกับภาวะธรรมชาติ”³

2.1.1.1 ผู้หญิงคืออะไรคำถามเกี่ยวกับเพศภาวะ

ผู้หญิงคืออะไรซีโมนเดอโบวัวร์เป็นผู้ตั้งคำถามนี้ในงานของเธอชื่อเพศที่สอง (The Second Sex) ซีโมน เดอ โบวัวร์ คือ นักสตรีนิยมชาวฝรั่งเศสที่มีชื่อเสียงได้วิเคราะห์ว่าระบบคิดของสังคมตะวันตกเริ่มต้นจากการมองว่าผู้หญิงเป็นเพศที่แตกต่างจากผู้ชายและเป็นเพียงเพศที่ช่วยเสริมบทบาทของผู้ชาย และถึงที่สุดแล้วผู้หญิงจะไม่ใช่มนุษย์ ดังนั้นกลุ่มนักคิดที่เรียกตัวเองว่า “สตรี

¹S. Chesterman, &Pouliny,B, "Are Sanction Meant to Work? The Politics of Creating and Implementing Sanctions through the United Nations," *Global Governance* (2003).รูปแบบการลงโทษทางระหว่างประเทศ เช่น การถูกประณาม การคว่ำบาตรทางเศรษฐกิจ การตอบโต้ทางการค้า หรือกรณีเกี่ยวกับการขัดกันทางอาวุธ ก็อาจมีกระบวนการใช้กำลังทางทหาร เช่น คณะมนตรีความมั่นคงแห่งสหประชาชาติอนุญาตให้ประเทศสมาชิกสามารถใช้กำลังทหารปกป้องคุ้มครองประชาชนที่ตกเป็นเป้าโจมตีของรัฐบาลบางประเทศ เป็นต้น,

²Kelly D.Askin, "The Quest for Post-Conflict Gender Justice," *41 Column.J.Transnat'l L* (2002-2003).

³Sue Blundell, *Women in Ancient Greece* (Harvard University Press, 1995).

นิยม” จึงมีหน้าที่แสดงให้เห็นถึงวิธีคิดแบบใหม่คือแนวคิดที่ว่าด้วยสตรีนิยมและโบวัวร์เป็นผู้ตอบคำถามนี้ในงานเขียนของเธอว่า⁴

“มนุษยชาติคือผู้ชายและผู้ชายเป็นผู้อธิบายความหมายของคำว่าผู้หญิงมิใช่โดยตัวของผู้หญิงเองผู้หญิงเพียงแค่อสัมพันธ์กับเขาผู้ชายผู้หญิงไม่ได้รับการยอมรับว่าเป็นผู้มีตัวตนที่เป็นอิสระผู้หญิงเป็นเพียงบางสิ่งบางอย่างที่ผู้ชายบงการให้เป็นดังนั้นเธอจึงถูกเรียกว่า “แค่เพศนั้น” (the sex) ซึ่งหมายความว่าในสายตาของผู้ชายเธอเป็นเพียงมนุษย์เพศหนึ่ง (a sexual being) สำหรับผู้ชายเธอเป็นแค่เพศเพศหนึ่ง (absolute sex) ไม่มีอะไรมากไปกว่านั้นคำอธิบายเกี่ยวกับผู้หญิงและเปรียบเทียบให้เห็นความแตกต่างระหว่างเธอกับผู้ชายโดยใช้ผู้ชายเป็นหลักในการอ้างอิงมิใช่ให้เธอเป็นหลักการอ้างอิงของผู้ชายผู้หญิงเป็นส่วนประกอบไม่ใช่แก่นแท้ซึ่งตรงกันข้ามกับผู้ที่เป็นแก่นแท้โดยผู้ชายเป็นประธานและเป็นผู้มีความสมบูรณ์ (Absolute) ในขณะที่ผู้หญิงเป็นเพียงคนอื่นหรือแค่คนนอก⁵

2.1.1.2 กฎหมายกับอคติทางเพศต่อสตรี

แนวคิดนี้เริ่มมาจากการตั้งคำถามกันว่า กฎหมายมีความเป็นกลางในตัวเองจริงหรือไม่ เพราะเดิมทีในแวดวงของนักนิติศาสตร์หรือผู้ใช้กฎหมายมักให้ความสำคัญแต่เพียงว่าตนเป็นผู้ใช้กฎหมาย จึงศึกษาเพียงแค่การเรียนรู้กฎหมายเพื่อนำมาใช้ในการปฏิบัติงาน แต่ไม่มีการตั้งคำถามเพื่อหาคำตอบกันต่อไปว่ากฎหมายที่ใช้กันอยู่นั้นมีความเป็นธรรมหรืออคติบางอย่างแอบแฝงหรือไม่⁶

ปัญหาที่เกิดขึ้นกับเหยื่อที่เป็นผู้หญิงในกระบวนการยุติธรรมคือ ประเด็นในเรื่องเพศภาวะ (Gender)⁷ เนื่องจากกฎหมายที่บังคับใช้กันแต่แรกในอดีตถูกบัญญัติขึ้นมาโดยบุรุษ และได้ใส่แนวคิด

⁴Simone de Beauvoir, *Le Deuxieme Sexe (the Second Sex 1949)* [H M Parshley] (Penguin 1972).

⁵Ibid. Introduction, para.6

⁶วิระดา สมสวัสดิ์, คู่มือกฎหมายสำหรับผู้หญิง (กรุงเทพมหานคร: โครงการจัดพิมพ์คบไฟ, 2537).

⁷UNITED NATIONS OFFICE ON DRUGS AND CRIME, "Gender in the Criminal Justice System Assessment Too," *CRIMINAL JUSTICE ASSESSMENT TOOLKIT: UNITED NATIONS* (2010). “ เพศภาวะ (Gender) หมายถึง ภาวะความเป็นหญิง เป็นชาย ที่ไม่ได้ถูกกำหนดโดยระบบชีววิทยา แต่ถูกกำหนดโดยปัจจัยทางวัฒนธรรม สังคม และอื่นๆ ทำให้สังคมเกิดความคาดหวังต่อความเป็นหญิงและชายในแง่มุมเฉพาะต่างๆ และมีส่วนกำหนดความเชื่อ ทศนคติ มายาคติ (myth) รวมทั้งประเพณีปฏิบัติต่างๆ ที่ถูกทำให้กลายเป็นบรรทัดฐานของสังคมในเรื่องของความเป็นหญิงเป็นชาย เพศภาวะเป็นสิ่งที่แตกต่างกันไปในแต่ละวัฒนธรรม เปลี่ยนแปลงไปตาม

ความเป็นใหญ่ของบุรุษรวมทั้งการรักษาผลประโยชน์ของบุรุษไว้ อันส่งผลให้เหยื่อของความรุนแรง ต้องตกเป็นเหยื่อถึง 2 ชั้น คือการที่ผู้หญิงตกเป็นผู้ถูกระทำจากอาชญากรรมและการที่ผู้หญิงถูกละเมิดสิทธิมนุษยชนซ้ำจากกระบวนการไต่สวนการพิจารณาพิพากษาที่เป็นอคติทางเพศหรือไม่มี ความละเอียดอ่อนทางเพศ เช่น การขอความช่วยเหลือจากเจ้าหน้าที่ทำให้ผู้หญิงรู้สึกเหมือนตนต้อง ประสบกับการถูกระทำซ้ำจากทัศนคติที่มีต่อตัวผู้เป็นเหยื่อ หรือการถูกตั้งคำถามจากเจ้าหน้าที่ เป็นเพศชายที่ไม่คำนึงถึงสภาพจิตใจของเหยื่อที่ถูกทำร้ายมา เสมือนกับถูกระทำซ้ำสอง เพราะพวกเขาไม่ตระหนักถึงความจริงว่าผู้หญิงที่ถูกทำร้ายมาเป็นเหยื่อ และยังถูกบังคับให้เล่าเรื่องราวความเจ็บปวดของตัวเองซ้ำแล้วซ้ำเล่าไม่ว่าจะกับพนักงานสอบสวน อัยการผู้พิพากษา รวากับนักที่บาดเจ็บ มาจนขยับปีกบินไม่ได้แต่ยังถูกบังคับให้บินต่อไปอย่างทรมาน จนในที่สุดก็ไม่สามารถเยียวยารักษาอาการบาดเจ็บนั้นต่อไปได้อีกเลย⁸

2.1.1.3 แนวความคิดพื้นฐานของนิติปรัชญาแนวอิตีศาสตร์

การเคลื่อนไหวของแนวความคิดนี้ปรากฏขึ้นนับแต่ช่วงทศวรรษปีค.ศ.1970 ในสหรัฐอเมริกา โดยเป็นแนวความคิดที่ได้ต่อกับกระแสความคิดทางกฎหมายที่เป็นผลผลิตจากอุดมการณ์ของเพศชาย ซึ่งมีผลในการกีดกันทางเพศหญิงออกจากการมีส่วนร่วมในงานด้านกฎหมาย (legal affair) และสถาปนาความเหนือกว่าของเพศชายขึ้นทั้งรูปแบบที่เป็นทางการและไม่เป็นทางการ

นิติปรัชญาแนวอิตีศาสตร์เป็นความคิดของทฤษฎีกฎหมายสำนักหนึ่งที่ได้รับอิทธิพลมาจากแนวความคิดเรื่องสตรีนิยม (feminism) แม้ว่าคำจำกัดความของสตรีนิยมจะมีอยู่หลากหลายแต่สามารถพบความหมายที่ร่วมกันได้ คือเป็นแนวคิดหรือกรอบการมองที่พิจารณาความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลในสังคมผ่านมุมมองทางเพศ โดยเห็นว่าท่ามกลางความสัมพันธ์ระหว่างชายกับหญิงนั้น หญิงจะตกอยู่ในฐานะถูกเอารัดเอาเปรียบ ถูกปฏิบัติอย่างเลวร้ายและไม่เป็นธรรมทั้งในทางสังคมและชีวิตส่วนตัว และไม่เพียงวิเคราะห์ถึงความเป็นรองของหญิงเท่านั้น สตรีนิยมยังเป็นการเสนอระบบคุณค่าวิถีชีวิตและคำอธิบายที่มีพื้นฐานทางปรัชญาแตกต่างไปจากความคิดที่ดำรงอยู่ในสังคมสำหรับนิติปรัชญาแนวอิตีศาสตร์จึงมองว่าความก้าวหน้าของสังคมโดยรวมจะเกิดขึ้นได้ก็ต่อเมื่อมีการต่อสู้เพื่อ

กาลเวลา ปัญหาของการทำความเข้าใจเพศภาวะ คือ ความเข้าใจผิดที่ว่า เพศสรีระเป็นตัวกำหนดเพศภาวะของบุคคล”

⁸ สมสวัสดิ์, คู่มือกฎหมายสำหรับผู้หญิง.

เปลี่ยนแปลงอุดมการณ์ทางกฎหมาย และการปฏิบัติที่อยู่ภายใต้การครอบงำของสังคมแบบชายเป็นใหญ่หรือปิตาธิปไตย(patriarchal form of society) ภายในสังคมแบบปิตาธิปไตย โครงสร้างและสถาบันทางสังคมจะถูกสร้างขึ้นในรูปแบบที่หลากหลาย แต่ผลลัพธ์ที่เหมือนกันก็คือการกดขี่เอา رأดเอาเปรียบเพศหญิง แนวความคิดของกลุ่มนิติปรัชญาแนวอิตีศาสตร์จะทำการวิเคราะห์และต่อต้านกับปรัชญาทางกฎหมายซึ่งตอบสนองเฉพาะผลประโยชน์ของเพศชายซึ่งมักเป็นที่เข้าใจและถูกตอกย้ำอย่างสม่ำเสมอทั้งโดยนักกฎหมายและบุคคลทั่วไปว่า ลักษณะความเป็นใหญ่ของเพศชายที่ปรากฏขึ้นเป็นปรากฏการณ์ธรรมชาติ แต่สำหรับนิติปรัชญาแนวอิตีศาสตร์แล้วการครอบงำทางกฎหมายเป็นผลมาจากเพศที่มีอำนาจมากกว่าในทางสังคม เพราะฉะนั้น โดยพื้นฐานสำหรับนิติปรัชญาแนวอิตีศาสตร์แล้ว กฎหมายหรือระเบียบกฎเกณฑ์ต่างๆ จึงไม่มีความเป็นกลางดังที่มักจะเป็นที่เข้าใจกัน หากทำการวิเคราะห์เข้าไปก็จะพบถึงอคติทางเพศที่ดำรงอยู่ในระบบ ในทรรศนะของนิติปรัชญาแนวอิตีศาสตร์ สังคมปิตาธิปไตยเป็นเงื่อนไขของการสร้างหลักการและแนวทางปฏิบัติที่เพศชายมีสถานะสูงกว่า และรวมถึงการสร้างระบบกฎหมายขึ้นมาเพื่อสร้างความชอบธรรมและความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำนี้ กฎหมายในสังคมปิตาธิปไตยเป็นสัญลักษณ์ที่มีอำนาจและเป็นเครื่องมือในการดำรงความชอบธรรมไว้ภายใต้คำว่า "ความเป็นธรรมชาติ"(nature) จารีตประเพณี (tradition) หรือความเป็นจริงแบบภาวะวิสัย (objective reality) กฎหมายและสถาบันทางกฎหมายในสังคมปิตาธิปไตยจะชักจูงให้ประชาชนยอมรับสถานะที่เป็นอยู่ของเพศว่าเป็นสิ่งที่ เป็นธรรมชาติ หรือในภาษาของ Catherine Mackinnon ว่า "the dominance of the male group is made to sum a feature of life, not a one-sided construct imposed by force for the advantage of a dominant group." แนวความคิดของนิติสตรีศาสตร์จึงเป็นการตั้งคำถามต่อรากฐานความคิดและมายาคติที่ถูกครอบงำไว้ด้วยความคิดแบบเพศชายไม่ว่าจะโดยตระหนักรู้หรือไม่ก็ตาม การเคลื่อนไหวทางความคิดของนิติปรัชญาแนวอิตีศาสตร์จึงต้องการสร้างทฤษฎีทางกฎหมายที่ไม่ได้กีดกัน หรือ ทำให้ประสบการณ์ ความคิดและสถานการณ์กลายเป็นประเด็นที่ไม่ได้รับความสนใจ การปฏิเสธรูปแบบของสังคมปิตาธิปไตยจึงเป็นลักษณะร่วมกันของแนวความคิดแบบนิติปรัชญาแนวอิตีศาสตร์หรืออาจกล่าวได้ว่าภาระหน้าที่ของแนวคิดนี้คือการวิเคราะห์และวิพากษ์กฎหมายในฐานะที่เป็นสถาบันแบบปิตาธิปไตย(the analysis and critique of law as a patriarchal institution)⁹

⁹ สมชาย ปรีชาศิลป์กุล, "นิติปรัชญาแนวอิตีศาสตร์,"

2.1.1.4 นิติศาสตร์แนวสตรีนิยม

นิติศาสตร์สตรีนิยมเป็นปรัชญากฎหมายที่มีฐานมาจากความเสมอภาคทางการเมือง เศรษฐกิจและสังคมระหว่างประเทศ โดยทั่วไปจะแบ่งแนวคิดและทฤษฎีสตรีนิยมออกเป็นสำนักต่างๆ ได้แก่

- ก. แนวคิด / ทฤษฎีสตรีนิยมแบบเสรีนิยม (Liberal Feminism)
- ข. แนวคิด / ทฤษฎีสตรีนิยมแบบมาร์กซิสต์ – สังคมนิยม (Marxist – Socialist Feminism)
- ค. แนวคิด / ทฤษฎีสตรีนิยมสายวัฒนธรรม (Cultural Feminism) หรือสตรีนิยมว่าด้วยความแตกต่าง (Differences Feminism)
- ง. แนวคิด / ทฤษฎีสตรีนิยมสายรากเหง้า (Radical Feminism)
- จ. แนวคิด / ทฤษฎีสตรีนิยมสายหลังสมัยใหม่ (Post Modern Feminism)

ทฤษฎีกฎหมายสตรีนิยมมีลักษณะข้ามสาขา (Interdisciplinary) และมีลักษณะหลากหลาย มีการถกเถียงประเด็นศีลธรรมทางการเมืองตั้งอยู่บนพื้นฐานมุมมองของผู้หญิง เพราะผู้หญิงปรารถนาที่จะเห็นบทบัญญัติกฎหมายตามความเป็นจริงและมีบรรจระบบศีลธรรมจากแนวคิดของผู้หญิงด้วย¹⁰

2.1.2 สถานการณ์อาชญากรรมต่อผู้หญิงในบริบทอาชญากรรมระหว่างประเทศ

เมื่อพิจารณาสถานการณ์อาชญากรรมที่มีต่อผู้หญิงในสังคมโลก พบว่าบริบทที่ผู้หญิงไปเกี่ยวข้องกับอาชญากรรมร้ายแรงมีอยู่เป็นจำนวนมาก เนื่องจากผู้หญิงมักตกเป็นเหยื่อจากอาชญากรรมร้ายแรงระหว่างประเทศในจำนวนที่สูง โดยมีหลักฐานปรากฏจากสถานการณ์ความรุนแรงในบริบทสังคมโลก โดยสังเขปดังนี้

2.1.2.1 เหตุการณ์ฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ในประเทศรวันดา

รวันดา (Rwanda) เป็นประเทศในทวีปแอฟริกา มีชนพื้นเมืองที่อยู่ร่วมกัน 2 เผ่าใหญ่ คือ ทูตซี (Tutsi) ซึ่งเป็นประชากรส่วนน้อยประมาณร้อยละ 15 ของประชากรทั้งหมดโดยเป็นกลุ่มที่ค่อนข้างมีฐานะและการศึกษาดี และอีกเผ่าคือ ฮูตู (Hutu) เป็นประชากรส่วนใหญ่ของ

<http://www.cities.com/midfrontpage/newpage59.html>.

¹⁰ Ibid.

ประเทศแต่ยากจน ทั้งสองเผ่ามีรูปร่างหน้าตา คล้ายคลึงกัน รวันดาเคยเป็นอาณานิคมของเบลเยียม มาก่อน หลังจากได้รับอิสรภาพวันดามีการปกครองแบบสาธารณรัฐ มีประธานาธิบดีเป็นประมุขและ นายกรัฐมนตรีบริหารประเทศเผ่าฮูตูและทุตซีต่างผลัดเปลี่ยนหมุนเวียนขึ้นบริหารประเทศแล้วแต่ว่า ใครจะชนะการเลือกตั้ง¹¹

ในช่วงความเลวร้ายที่เกิดขึ้นมีจุดเริ่มต้นมาจากการที่เผ่าฮูตูขึ้นเป็นรัฐบาลมีการ ละเลยให้ทหารบ้านหัวรุนแรงชาวฮูตูก่อมอินเตราฮัมเว และกลุ่มอิมพูชุกัมปิสะสมอาวุธและใช้ วิทยุกระจายเสียง โหมกระพือความขัดแย้งให้เกิดการใช้ความรุนแรง ชาวทุตซีนำโดย นาย พอล คา กาม่า ได้ตั้งกลุ่มกบฏทุตซีขึ้นมาต่อต้านรัฐบาล ชื่อว่าแนวร่วมผู้รักชาติชาววันดา(Rwanda Patriotic Front : RPF) รัฐบาลชาวฮูตู จึงใช้มาตรการรุนแรง มีการประกาศว่าชาวทุตซีทุกคนเป็นกบฏ และ เริ่มมีการฆ่าชาวทุตซี หากเป็นผู้หญิงจะมุ่งกระทำรุนแรงทางเพศก่อนลงมือฆ่า เช่น ข่มขืนแล้วฆ่า หรือ ไม่ฆ่าแต่กระทำการข่มขืนให้เกิดความอับอาย และแพร่เชื้อเอดส์ มุ่งประณามและโฆษณาอยู่ ตลอดเวลาว่าผู้หญิงทุตซีชั่วร้าย ต้องกำจัดให้สิ้นซากชาวทุตซีได้จัดตั้งกองกำลังขึ้นต่อสู้ของตนเอง จนถึงขั้นฆ่าประธานาธิบดีชาวฮูตู ชื่อนายฮาเบียร์imana ด้วยการยิงเครื่องบินตกเมื่อ 6 เม.ย. 2537 และนับเป็นชนวนที่สำคัญของการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ต่อมาสถานการณ์ยิ่งทวีความรุนแรงขึ้นเมื่อ นายกรัฐมนตรีรวันดาสมัยรัฐบาลนายฮาเบียร์imana ถูกลอบสังหารพร้อมกับเจ้าหน้าที่ทหารจาก สหประชาชาติประจำภารกิจ (UNAMIR)ชาวเบลเยียมจำนวน 10 นาย ท่ามกลางความขัดแย้งสิ่งหนึ่ง ที่ถูกนำมาใช้เป็นเครื่องมือทำลายล้างได้แก่ สื่อมวลชน(เลือกข้าง) ทั้งสื่อสิ่งพิมพ์และวิทยุกระจายเสียง เป็นตัวการทำให้เกิดเหตุการณ์ลูกกลามบานปลายมากขึ้น โดยดีเจสถานีวิทยุเอกชนชื่อสถานีว่าRadio- TvisionLibre des Mille Collines (RTL) ทำหน้าที่เป็นกระบอกเสียงของผู้นำฮูตู จนได้ฉายาว่า “ วิทยุแห่งความตาย ” เรียกชาวทุตซีว่าเป็นแมลงสาบ และสร้างภาพให้เกลียดชังจนต้องกำจัดและ สังหารหมู่ชาวทุตซีให้สิ้นซากไปจากประเทศ มีการโฆษณาชวนเชื่อให้ข่มขืนกระทำชำเราหญิงทุตซี หลายหมื่นคน มีการกระทำรุนแรงทางเพศเกิดขึ้นต่อกลุ่มผู้หญิง ในลักษณะของการทำลายล้าง ทำลายศักดิ์ศรีด้วยความแค้น¹²

¹¹ ภณิศร ตันสุขวัฒน์, "อาการสูญเสียความทรงจำโดยรวมของผู้คนชาววันดา " วารสารยูเนสโก17 (2542).

¹² Ibid.

2.1.2.2 เหตุการณ์อาชญากรรมสงครามในยูโกสลาเวีย

อดีตประเทศยูโกสลาเวียหรือประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐสังคมนิยมยูโกสลาเวีย ประกอบด้วย 6 รัฐ ได้แก่ สโลวีเนีย โครเอเชีย เซอร์เบีย บอสเนีย และเฮอร์เซโกวีนา มอนเตเนโก และมาซิโดเนีย รวมเขตปกครองตนเอง 2 เขต ได้แก่ โคโซโว และ วอยโวดินา โดยความแตกแยกของยูโกสลาเวียในปัจจุบันมีที่มาจากปัจจัยพื้นฐานหลายประการ ซึ่งปัจจัยที่สำคัญประการหนึ่งคือปัจจัยทางประวัติศาสตร์ที่สั่งสมมานานกว่าพันปี จากการที่สาธารณรัฐต่างๆ ซึ่งมารวมกันเป็นสหพันธ์สาธารณรัฐยูโกสลาเวียมีเชื้อชาติ ศาสนา ความเป็นมาทางวัฒนธรรมและประวัติศาสตร์ แตกต่างกันอย่างสิ้นเชิง ทำให้ความขัดแย้งระหว่างเชื้อชาติกลายเป็นปัญหาที่คุกรุ่นตลอดมาโดยเฉพาะอย่างยิ่งระหว่างชาวโครแอต ชาวเซอร์บ และชาวมุสลิมเมื่อแต่ละสาธารณรัฐประกาศแยกตัวจากยูโกสลาเวีย ปัญหาที่เกิดขึ้นตามมาคือปัญหาทางด้านเชื้อชาติ เช่น ชาวเซอร์บในเขตสาธารณรัฐโครเอเชีย บอสเนีย และเฮอร์เซโกวีนา ได้ต่อต้านรัฐบาลโครเอเชียและรัฐบาลบอสเนีย ภายใต้การสนับสนุนจากรัฐบาลของสาธารณรัฐเซอร์เบีย ทำให้เกิดการสู้รบในโครเอเชียขึ้น ระหว่างกองกำลังชาวเซอร์บกับกองทัพรัฐบาลโครเอเซียนับตั้งแต่เดือนมิถุนายน พ.ศ. 2534 จนถึงปี พ.ศ. 2538

ส่วนสงครามในบอสเนียและเฮอร์เซโกวีนา มีความซับซ้อนมากกว่าสงครามที่เกิดขึ้นในโครเอเชีย เนื่องจากเป็นการสู้รบระหว่าง 3 เชื้อชาติ ได้แก่ ชาวบอสเนียมุสลิม ชาวเซอร์บ และชาวโครแอต โดยกองกำลังชาวเซอร์บได้ฆ่าชาวบอสเนียมุสลิมหลายพันคน ต่อมาชาวบอสเนียได้ร่วมมือกับชาวโครแอตก่อตั้ง สมาพันธ์รัฐมุสลิมโครแอตขึ้นในเดือน มีนาคม พ.ศ. 2537 อย่างไรก็ตาม สงครามกลางเมืองยังคงดำเนินต่อไปและทำให้มีผู้เสียชีวิตและไร้ที่อยู่อาศัยเป็นจำนวนถึงหลายแสน กล่าวได้ว่าวิกฤตการณ์ในบอสเนียมีสาเหตุใหญ่มาจากความขัดแย้งด้านเชื้อชาติที่ยืดเยื้อมาเป็นเวลายาวนาน แต่สถานการณ์ได้รุนแรงในช่วงหลังสงครามเย็นได้สิ้นสุดลง การนองเลือดในบอสเนียเป็นการต่อสู้กันระหว่างกลุ่มชน 3 กลุ่ม ได้แก่ ชาวโครแอต ชาวเซอร์บ และชาวมุสลิม โดยกลุ่มมุสลิมซึ่งเป็นฝ่ายรัฐบาลของบอสเนีย ฝ่ายเซอร์บไม่พอใจรัฐบาลมานาน จึงมีการกระทำเพื่อต่อต้านในรูปแบบต่างๆ อาทิ การทำทารุณและกักขังพลเรือนในค่ายกักกันของชาวเซอร์บ

ในด้านการกระทำรุนแรงต่อผู้หญิงนั้น ปรากฏว่ามีการข่มขืนหญิงสาวชาวมุสลิม โดยมีเป้าหมายเพื่อล้างชาติหรือกลืนเผ่าพันธุ์ และในที่สุดก็กลายมาเป็นความขัดแย้งด้านเชื้อชาติซึ่งทวีความรุนแรงขึ้นเกิดการต่อสู้กันขึ้นจนกลายเป็นสงครามกลางเมือง มีการทำผิดกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศคือ ความผิดฐานละเมิดอย่างร้ายแรงตามอนุสัญญาเจนีวา ค.ศ.1949 มีการใช้วิธีข่มขืนกระทำชำเราผู้หญิงและการทำร้ายรุนแรงทางเพศรูปแบบอื่นเป็นเพื่อให้เป็นไปตามนโยบาย Ethnic Cleansing โดยต้องการบังคับให้ประชาชนหนีไปและไม่กลับมาอีก มีการจัดตั้งค่าย

ข่มขืนกระทำชำเรา (Rape Camp) อีกด้วย ทำให้เด็กหญิงและผู้หญิงมุสลิมจำนวนมากประมาณ 60,000 คน ถูกทหารชาวเชิร์บข่มขืนกระทำชำเราจนกว่าจะเสียชีวิตหรือเห็นได้ชัดว่าตั้งครรถ์แล้วผู้หญิงบางรายถูกข่มขืนกระทำชำเราถึง 30 คน ต่อวันในช่วงตลอดระยะเวลา 3 เดือน และบางรายถูกช็อตด้วยกระแสไฟฟ้า ยิ่งไปกว่านั้นในระหว่างที่มีการข่มขืนกระทำชำเรา มีการถ่ายทำเป็นภาพยนตร์และบังคับให้ผู้หญิงรับสารภาพว่าถูกทหารโครเอเชียข่มขืนกระทำชำเรา กระบวนการข่มขืนดังกล่าวต่อหญิงมุสลิม เรียกกันว่า “Systematic rape” ส่งผลให้มีผู้หญิงจำนวนมากตั้งครรถ์และทารกที่เกิดกลายเป็นที่ไม่ยอมรับของสังคมมุสลิม¹³

2.1.2.3 สถานการณ์ภายในประเทศเซียร์ราลีโอน

ในปีค.ศ.1991-2002 กองกำลังปฏิวัติเรียกว่า “the Revolutionary United Front (RUF)” ได้ต่อสู้กับฝ่ายรัฐบาลเพื่อให้ได้มาซึ่งสิทธิในการปกครองประเทศและสิทธิในการเข้าครอบครองแหล่งแร่เพชรซึ่งมีมากในประเทศเซียร์ราลีโอน ในการทำสงคราม กองกำลังปฏิวัติ หรือ the Revolutionary United Front (RUF) ได้ใช้เงินที่ได้จากการขายเพชรมาซื้ออาวุธและได้รับการสนับสนุนจากนาย Charles Taylor ซึ่งต่อมาได้เป็นประธานาธิบดีของไลบีเรีย สงครามกลางเมืองของ เซียร์ราลีโอนนี้ได้รับการกล่าวถึงมากในเรื่องของการฝึกเด็กทั้งเด็กชายและเด็กหญิงเป็นทหารและมีการการตัดทิ้งอวัยวะของประชาชนที่เป็นผู้หญิง (amputation of civilians) แม้จะไม่มีส่วนเกี่ยวข้องและในส่วนของที่กระทำต่อผู้หญิงนั้นมีความโหดเหี้ยมและทารุณมากเช่นเดียวกันคือ กระทำการข่มขืนผู้หญิงให้หมดสิ้นทั้งหมู่บ้านจากนั้นจึงทำร้ายร่างกายและทรมานพวกผู้หญิงให้ร่างกายพิการโดยการตัดแขน ขา หรือตัดข้อต่อของอวัยวะร่างกาย¹⁴

2.1.2.4 สถานการณ์ภายในประเทศสาธารณรัฐประชาธิปไตยคองโก

คองโก เป็นชื่อดินแดนของประเทศสองประเทศในแอฟริกากลาง โดยมีแม่น้ำคองโกไหลผ่าน โดยสองประเทศนั้นคือ สาธารณรัฐคองโก (Republic of the Congo, ROC) ตั้งอยู่ทางส่วน

¹³M. Cherif Bassiouni, "The Journey to a Permanent International Criminal Cour, International Criminal Court Compilation of United Nations Documents and Draft Icc Statute," in *the Diplomatic Conference* (UN, 1998).

¹⁴Gay J. McDougall, "Contemporary Forms of Slavery: Systematic Rape, Sexual Slavery, and Slavery-Like Practices During Armed Conflict," (Final Report of UN, 1998).

ด้านตะวันตกของดินแดน โดยในอดีตได้เป็นอาณานิคมของประเทศฝรั่งเศส เดิมชื่อว่า “คองโก” สาธารณรัฐประชาธิปไตยคองโก (Democratic Republic of the Congo, DRC) เดิมชื่อ “ซาอีร์” การปฏิวัติซึ่งทำให้โลรองด์ กาบีลาได้อำนาจปกครองประเทศแห่งนี้ ซึ่งเขาได้ตั้งชื่อเสียใหม่ว่า สาธารณรัฐประชาธิปไตยคองโก ได้จบสิ้นลง เมื่อไซเรียน ทูตซีได้จับอาวุธขึ้นต้านแผนการของรัฐบาลที่จะขับไล่พวกตนออกไปจากพื้นที่และออกไปจากประเทศ ใน ค.ศ.1997 กองทัพวันดาได้ช่วยเหลือ โลรองด์ กาบีลาในการโค่นรัฐบาลคอร์ปชันของโมบูตู เซเซ เซโค กาบีลา ได้สั่งการให้กองทัพวันดา ออกจากคองโก ความเคลื่อนไหวดังกล่าวเป็นชนวนให้เกิดการกบฏโดยกลุ่มการเมืองติดอาวุธในภาค ตะวันออกของประเทศซึ่งประชาชนแถบนั้นมีเชื้อชาติเดียวกับชาວวันดา วันดาได้ออกมาตอบโต้โดย อ้างว่ากาบีลาไม่สามารถควบคุมกองทหารฮูตูทางพรมแดนทางภาคตะวันออกของคองโก ซึ่งเป็นกลุ่ม ที่สังหารชาວวันดาไปมากกว่า 500,000 คนในปี 1994 และยังคงข่มขู่โจมตีวันดาจากฐานที่มั่นใน คองโกมาตลอด เมื่อกลุ่มแนวร่วมผู้รักชาติวันดาซึ่งนำโดยพวกทูตซีได้เข้ายึดครองวันดา ผู้อพยพ ชาວฮูตูราวหนึ่งล้านคน ซึ่งในจำนวนนั้นมีกลุ่มทหารหัวรุนแรงซึ่งมีส่วนในการสังหารหมู่รวมอยู่ด้วย ก็ พากันหลั่งไหลเข้าไปในซาอีร์ตะวันออก ต่อมาได้เกิดความแตกร้างขึ้นระหว่างกลุ่มนี้และกลุ่มบันยา มูลองเซในท้องถิ่น ซึ่งเป็นพวกทูตซีเชื้อสายคองโก เพียงไม่กี่วันต่อมา กองกำลังกลุ่มกบฏได้เข้ายึด เมืองสำคัญๆ ในภาคตะวันออกไว้ได้ รวมทั้งมูอานดาซึ่งเป็นแหล่งน้ำมันทางชายฝั่งตะวันตกด้วย กอง กำลังนี้บุกยึดพื้นที่ 300 กิโลเมตรจากเมืองหลวงคินชาซาออกไป ควบคุมพื้นที่ในซาอีร์ได้มากกว่าครึ่ง ประเทศ รวมถึงเมืองที่ใหญ่เป็นอันดับสองและสามของประเทศด้วย

ผู้หญิงในประเทศถูกจัดเป็นพลเมืองชั้นสองและมีการข่มขืนกระทำชำเราอย่าง กว้างขวาง มีกรณีข่มขืนเกิดขึ้น 5,400 รายในช่วง 6 เดือนแรกของปี จากการลอบเข้าโจมตีในตอนค่ำ คืบโดยกลุ่มชายอาวุธครบมือ ร้อยละ 90 ของการข่มขืน กระทำโดยกลุ่มติดอาวุธ หรือไม่ก็เป็นกอง กำลังทหารที่ทำเสียเอง ผู้หญิงบางคนถูกลักพาตัวจากหมู่บ้าน และถูกนำไปข่มขืนในป่าถึง 2 เดือน ในช่วงนั้นเธอถูกรุมข่มขืนไม่เว้นแต่ละวัน จนกระทั่งหาทางหนีออกมาได้ และเมื่อครอบครัวซึ่งคิดว่า เธอตายแล้วพาเธอไปส่งโรงพยาบาล แพทย์ตรวจพบว่าเธอป่วยหนัก และติดเชื้อเอชไอวีด้วย มีการเกรง กันว่า การข่มขืนจะถูกใช้เป็นอาวุธในการสู้รบระหว่างกลุ่มขัดแย้งในสาธารณรัฐประชาธิปไตยคองโก (DRC) เพราะไม่ว่ากลุ่มไหนเมื่อเข้าโจมตีฝ่ายตรงข้าม ก็ต้องจับผู้หญิงข่มขืน จนเสมือนเป็นแบบอย่าง ที่ใช้แพร่หลายทั่วไป แทนที่จะใช้ลูกปืนหรือระเบิด ในกรณีนี้ความเจ็บช้ำทั้งทางร่างกาย และจิตใจที่ ทวีขึ้นเป็นหลายเท่า ตกแก่ผู้หญิงที่เป็นเหยื่อ เพราะนอกจากจะถูกข่มขืนแล้ว หากรอดชีวิตมาได้ก็

กลับเหมือนตายทั้งเป็น เพราะพวกเธอจะถูกรังเกียจเหยียดฉันทันทีจากสามี พ่อ-แม่ รวมทั้งสังคมในหมู่บ้าน¹⁵

2.1.2.5 สถานการณ์ภายในประเทศไอวอรีโคสต์

ประเทศที่ตั้งอยู่ทางตะวันตกของทวีปแอฟริกา มีพรมแดนทิศตะวันตกติดกับประเทศกินี และประเทศไลบีเรีย ทิศเหนือติดกับประเทศมาลี และประเทศบูร์กินาฟาโซ ทิศตะวันออกติดกับประเทศกานา ทิศใต้ติดกับอ่าวกินี และเคยตกเป็นอาณานิคมของฝรั่งเศสในระหว่างปี ค.ศ. 1889-1944

ความรุนแรงทางการเมืองของไอวอรี โคสต์ซึ่งดำเนินมาเกือบปีเกิดขึ้นเนื่องจาก นายโรลองด์ บากโบอดีตประธานาธิบดีไม่ยอมรับผลการเลือกตั้งซึ่งเขาเป็นฝ่ายพ่ายแพ้ให้กับคู่แข่ง นายอลัสซาน อูัตทารา และใช้กำลังกวาดล้างฝ่ายตรงข้ามทางการเมืองเป็นเหตุให้ประชาชนเสียชีวิตไปหลายร้อยคน องค์การสหประชาชาติระบุว่า มีผู้เสียชีวิตจากการปราบปรามโดยใช้กองกำลังทหารไปจำนวนมากกว่า 500 คน และประชาชนอีกราว 1 ล้านคนต้องละทิ้งบ้านเรือน โดยมีการกวาดล้างประชากรหญิงเป็นจำนวนมากรวมอยู่ในนั้นด้วย เหตุการณ์โหดร้ายที่ทำให้นายบากโบถูกนำตัวขึ้นสู่การพิจารณาคดีในศาลอาญาระหว่างประเทศ หนึ่งในนั้นคือการกระทำความรุนแรงประหัตประหารต่อกลุ่มประท้วงหญิงที่ได้แสดงออกซึ่งความคิดเห็นอันเป็นเสรีภาพทางการเมือง โดยนายบากโบได้สั่งการให้กองกำลังทหารเข้าโจมตีกลุ่มผู้ชุมนุมที่เป็นหญิงจำนวน 6 คน เสียชีวิตในขณะที่ทำการประท้วง¹⁶

2.1.2.6 สถานการณ์ในประเทศยูกันดา

ปัจจุบัน ยูกันดากำลังประสบกับปัญหาความขัดแย้งทางตอนเหนือของประเทศ โดยปัญหาดังกล่าวเริ่มต้นในปี 2530 (ค.ศ. 1987) เนื่องจากมีการจัดตั้งกลุ่มกบฏ Lord Resistance Army (LRA) นำโดยนาย Joseph Kony ซึ่งมีเป้าหมายที่จะโค่นล้มรัฐบาลยูกันดาเพื่อก่อตั้งรัฐบาล Theocratic ซึ่งเป็นระบบการปกครองที่ยึดถือพระเจ้าหรือเทพเจ้าเป็นหลัก นายโจเซฟ โคนี่นับถือศาสนาคริสต์ เขาต้องการให้ประเทศยูกันดาเป็นประเทศที่นับถือศาสนาคริสต์ และเปลี่ยน

¹⁵ Amber; Tia Palermo and Caryn Bredenkamp Peterman, "Estimates and Determinants of Sexual Violence against Women in the Democratic Republic of Congo," *American Journal of Public Health* (2011).

¹⁶ International Criminal Courts Official Website, "Côte D'ivoire", <http://www.cpi.int/Menus/ICC/Structure+of+the+Court/Office+of+the+Prosecutor/Comm+and+Ref/C%3%B4te+dIvoire/,May 2011>.

ระบบการปกครองตามหลักของพระคัมภีร์ไบเบิลโดยอ้างว่าเขาได้รับมอบหมายจากทูตสวรรค์ ตั้งแต่ปี 1987 เขาร่วมตัวเข้ากับกลุ่มกบฏ LRA ก่อกบฏทำสงครามกลางเมืองกับรัฐบาลยูกันดา ถึงแม้ว่า LRA ไม่ได้เป็นภัยคุกคามสำหรับรัฐบาลยูกันดาก็ตาม แต่ก็ได้ก่อความไม่สงบทางตอนเหนือของยูกันดาอย่างต่อเนื่องยาวนาน ส่งผลให้ปัจจุบันมีชาวยูกันดาซึ่งอาศัยอยู่ทางตอนเหนือจำนวนมากต้องประสบ ปัญหาความยากจน ขาดแคลนอาหาร มีอัตราการตายของเด็กสูง มีจำนวนผู้พลัดถิ่นสูง

ในปีค.ศ. 2004 ได้มีรายงานว่า LRA ได้ใช้กำลังกดขี่ทางเพศต่อเด็กทั้งผู้หญิงและผู้ชาย รวมทั้งยังมีเด็กอีกจำนวน 16,000 - 26,000 คน ถูกใช้งานเป็นทหาร (Child Soldiers) ในเดือนธันวาคม ค.ศ. 2003 รัฐบาลยูกันดาได้ยื่นคำร้องต่ออัยการให้ทำการสอบสวนสถานการณ์ความรุนแรงภายในประเทศยูกันดา และมีการออกหมายจับหัวหน้ากลุ่มกบฏ คือ นายโจเซฟ โคนี โคนีพยายามที่จะเอาชนะรัฐบาลยูกันดาด้วยวิธีที่โหดร้ายและละเมิดกฎหมายระหว่างประเทศอย่างร้ายแรง โดยวิธีการลักพาตัวเด็ก 20,000 คนจากพ่อแม่ และบังคับให้เด็กหญิงและเด็กชายเหล่านั้นฆ่าพ่อแม่ตัวเองเพื่อจะได้ไม่มีบ้านที่จะกลับไป เด็กที่ถูกลักพาตัวเหล่านี้จะถูกใช้ในการแบกเสบียงของกองกำลัง LRA หากเด็กอ่อนแอเกิดจะเดินทางต่อไปได้ก็就会被ฆ่าทันที หรือถ้าเด็กคิดคิดหลบหนีหรือไม่เชื่อฟัง พวกเขาจะถูกลงโทษอย่างหนัก เช่นถูกเฉือนจมูก ปากหรือ หู และบังคับให้กินเนื้อของตัวเอง เป้าหมายในการลักพาตัวของเด็กพวกนี้หากเป็นเด็กผู้ชาย นั่นก็คือ จับไปเพื่อฝึกเป็นกองกำลังในการรบ LRA แต่หากเป็นเด็กผู้หญิงที่มีหน้าตาดีจะถูกกระทำรุนแรงทางเพศโดยการข่มขืนกระทำชำเราโดยวิธีการทารุณโหดร้าย โคนีได้ลักพาตัวเด็ก ๆ ไร่เดียวสามารถเข้ากลุ่มกบฏ LRA เป็นจำนวนมากกว่า 3 หมื่นคนและทารุณกรรมต่อเด็กผู้หญิงโดยบังคับให้เป็นทาสทางเพศ ส่วนเด็กหนุ่มนั้นถูกจับมาใช้ในการต่อสู้กับภู เรื่องราวของโคนีได้ถูกเปิดเผยต่อสายตาชาวโลกหลังจากมีการเผยแพร่คลิปในเว็บไซต์ยูทูบออกไป โคนีกลายเป็นอาชญากรที่โลกต้องการเป็นอันดับ 1 เมื่อความโหดร้ายของกองกำลัง LRA ถูกเผยแพร่ในคลิปและได้รับความสนใจอย่างรวดเร็วในโซเชียลเน็ตเวิร์ค เพียงแค่ 3 วันก็มีคนเข้าชมถึง 26 ล้านวิว โดยมี เจสัน รัชเชล ผู้ถ่ายทอดเรื่องราว¹⁷

¹⁷ Human Rights Watch, "The Scars of Death: Children Abducted by the Lord's Resistance Army in Uganda," (1997).

2.1.3 การคุ้มครองผู้หญิงภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ

จากแนวคิดทฤษฎีที่เกี่ยวข้อง และสถานการณ์ความรุนแรงต่อผู้หญิงที่ได้กล่าวข้างต้น จึงทำให้สังคมระหว่างประเทศเริ่มตระหนักและกังวล เนื่องจากผู้หญิงจำนวนมากตกเป็นเหยื่ออาชญากรรม และควรได้รับการเยียวยา อันจะเห็นได้จากการจัดทำตราสารระหว่างประเทศและหลักการทางระหว่างประเทศหลายฉบับที่เกิดขึ้นมาในแต่ละช่วงเวลา ซึ่งตราสารระหว่างประเทศส่วนใหญ่สะท้อนให้เห็นถึงการพัฒนาการในการคุ้มครองผู้เสียหายที่เป็นผู้หญิงจากอาชญากรรมระหว่างประเทศ ไม่ว่าจะเป็นในเหตุการณ์ความขัดแย้งทั้งภายในประเทศหรือในระดับระหว่างประเทศโดยประเด็นสำคัญที่ให้ความคุ้มครองผู้หญิงคือข้อตกลงร่วมกันของนานารัฐในการคุ้มครองและเยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้นแก่ผู้หญิงที่ตกเป็นเหยื่ออาชญากรรมทั้งขณะเกิดสถานการณ์ความขัดแย้งและภายหลังที่สถานการณ์ความขัดแย้งสิ้นสุด

2.1.3.1 การคุ้มครองผู้หญิงในกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ

กฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศเป็นกฎหมายสาขาหนึ่งของกฎหมายระหว่างประเทศ โดยเป็นส่วนหนึ่งของกฎเกณฑ์ของกฎหมายระหว่างประเทศเกี่ยวกับการใช้กำลังทางทหารในความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ แต่กฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ (jus in bello) แตกต่างจากเรื่องสิทธิของรัฐในการใช้กำลังโดยชอบด้วยกฎหมายในการทำสงคราม เนื่องจากกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศเน้นที่กฎเกณฑ์สำหรับปฏิบัติทางการทหารโดยเฉพาะเพื่อกำหนดหน้าที่สำหรับพลเรือนและสิทธิตลอดจนความคุ้มครองสำหรับผู้ที่ไม่ได้เข้าร่วมในสงครามโดยเฉพาะพลเรือน และผู้ที่ไม่อยู่ในสภาพที่จะทำการสู้รบได้อีกเช่น ผู้บาดเจ็บ และยังให้ความคุ้มครองไปถึงผู้หญิงและเด็กด้วยกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศเป็นการสร้างความสมดุลระหว่างแนวความคิดขัดแย้งสองประการ คือ ความจำเป็นทางทหารกับข้อพิจารณาทางมนุษยธรรม มีวัตถุประสงค์เพื่อลดความทุกข์ทรมานของมนุษย์ให้น้อยที่สุดที่จะทำได้โดยไม่ตัดความมีประสิทธิภาพของปฏิบัติการทางทหารให้ลดน้อยลง

กฎหมายมนุษยธรรมมีสิ่งที่ไม่โดดเด่นอีกประการคือ การคุ้มครองปัจเจกชน กฎเกณฑ์ของกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศมุ่งให้ความคุ้มครองกับพลเรือนและเหยื่อของสงครามทั้งหลายซึ่งรวมถึงผู้ที่ไม่อยู่ในฐานะที่ทำการสู้รบได้ สำหรับการคุ้มครองเหยื่อที่เป็นผู้หญิงนั้น ใน

กฎหมายนี้จัดว่าเป็นพลเรือนที่ได้รับความคุ้มครองพิเศษประเภทเดียวกับเด็ก เนื่องจากผู้หญิงและเด็กมักตกเป็นเหยื่อของสงครามในทางปฏิบัตินั่นเอง

อนุสัญญากรุงเจนีวา ค.ศ. 1949 ฉบับที่ 4 มาตรา 27 วรรค 2 ให้ความคุ้มครองพิเศษต่อผู้หญิงจากการถูกโจมตีต่อเกียรติยศโดยเฉพาะการข่มขืน การบังคับให้เป็นโสเภณีหรือการโจมตีรูปแบบอื่นใด¹⁸ และพิธีสารเพิ่มเติมฉบับที่ 1 ค.ศ. 1977 มาตรา 76 (1) ได้ยืนยันกฎเกณฑ์นี้ไว้แต่ได้ขยายความคุ้มครองให้ครอบคลุมไม่เพียงพลเรือนที่เป็นผู้หญิง แต่ให้รวมผู้หญิงทั้งปวงโดยปราศจากข้อยกเว้นซึ่งรวมถึงผู้หญิงที่ถือสัญชาติของรัฐผู้ต้องให้ความคุ้มครองเองด้วย¹⁹ นอกจากนี้ยังคุ้มครองพิเศษสำหรับผู้หญิงมีครรภ์หรือที่เป็นแม่ลูกอ่อนต้องได้รับความคุ้มครองให้ปลอดภัยและถูกอพยพไปในที่ที่เหมาะสม

นอกจากนี้ในพิธีสารเพิ่มเติมอนุสัญญาฉบับที่ 1 มาตรา 76 มีการกล่าวถึงการคุ้มครองผู้หญิงว่าเป็นบุคคลที่ควรได้รับความคุ้มครองโดยพิเศษจากการกระทำอาชญากรรมข่มขืน การบังคับให้เป็นโสเภณี²⁰ และ ในพิธีสารเพิ่มเติมอนุสัญญาฯ ฉบับที่ 2 ก็ได้ระบุไว้ว่าห้ามกระทำการที่เป็นการทำลายศักดิ์ศรี ลดคุณค่าความเป็นมนุษย์ด้วยวิธีการข่มขืน และบังคับให้เป็นโสเภณีหรือการกระทำอื่นๆทางเพศอันกระทบต่อผู้หญิง²¹ ความผิดเหล่านี้เป็นพื้นฐานของความผิดอาญาในกฎหมายภายในซึ่งรัฐมีหน้าที่ต้องดำเนินการตราขึ้นเพื่อจัดการลงโทษบุคคลที่กระทำความผิดที่กำหนดขึ้นในอนุสัญญาฉบับนี้

¹⁸"Forth Geneva Convention Relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War," (1949).

¹⁹"Protocol I Additional to the Geneva Conventions Relating to the Protections of Victims of International Armed Conflicted," (1977).

²⁰Ibid.

²¹"Protocol li Additional to the Geneva Conventions Relating to the Protections of Victims of Non-International Conflicts,1125 Unts 609,P612 to the Geneva Conventions Relating to the Protections of Victims of International Armed Conflicted," (1977).

2.1.3.2 การคุ้มครองสตรีในกฎหมายสงคราม

ประกอบไปด้วยอนุสัญญากรุงเฮก (Hague Convention 1907) และอนุสัญญากรุงเจนีวา 4 ฉบับและพิธีสารเพิ่มเติมทั้ง 2 ฉบับ²² ที่มาคือ ในระหว่างและหลังสงครามโลกครั้งที่ 1 ทหารเยอรมันได้ถูกควบคุมในฐานะเป็นอาชญากรสงครามเพื่อดำเนินคดีในประเทศสัมพันธมิตร พัฒนาการทางกฎหมายในเรื่องนี้ได้ก้าวหน้าขึ้นอย่างมากภายหลังสงครามโลกครั้งที่ 2 โดยกฎบัตรของศาลทหารระหว่างประเทศได้บรรจุนิยามของอาชญากรรมสงครามและนิยามของแนวคิดใหม่เรื่องอาชญากรรมต่อมนุษยชาติอันมีผลต่อการคุ้มครองผู้หญิงที่เป็นเหยื่อจากการกระทำผิดดังกล่าวมากขึ้น ซึ่งมักเป็นความผิดอาชญากรรมเกี่ยวกับเพศ²³

อนุสัญญากรุงเจนีวาทั้ง 4 ฉบับ ได้กำหนดระบบของฐานความผิดร้ายแรงไว้ซึ่งประกอบเป็นอาชญากรรมสงครามโดยครอบคลุมถึงเรื่องการเจตนาฆาตกรรม การทรมาน การปฏิบัติอย่างผิดมนุษยธรรม การเคลื่อนย้ายประชากรอย่างผิดกฎหมาย การกระทำที่กระทบต่อสิทธิในการต่อสู้คดี การจับเป็นตัวประกัน การโจมตีประชากรพลเรือน การฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ ซึ่งในมาตรา 27 มีการกำหนดการคุ้มครองผู้หญิงจากอาชญากรรมการข่มขืน การบังคับให้เป็นโสเภณี หรือการกระทำโจมตีทางเพศแก่ผู้หญิง²⁴

การคุ้มครองผู้หญิงในกฎหมายมนุษยธรรมและกฎหมายสงครามเป็นการคุ้มครองในแง่สารบัญญัติเท่านั้น แต่ไม่มีการกล่าวถึงกฎหมายวิธีสบัญญัติและขั้นตอนในกระบวนการพิจารณาคดี เพราะโดยส่วนใหญ่กฎระเบียบวิธีพิจารณาความในศาลจะถูกกำหนดโดยธรรมนูญศาลนั้นๆ และอธิบายเพิ่มเติมในระเบียบวิธีพิจารณาความของศาลนั่นเอง (ซึ่งจะได้ศึกษาต่อไปในบทที่ 3)

2.1.3.2 การคุ้มครองผู้หญิงในหลักกฎหมายสิทธิมนุษยชน

จากการที่เราได้ศึกษาประวัติศาสตร์ วัฒนธรรม ประเพณีของสายสำนักคิดต่างๆ ในแต่ละยุค สะท้อนให้เห็นถึงสถานะผู้หญิงที่ด้อยกว่าผู้ชายในทุกยุคสมัย แรงผลักดันของกลุ่มสตรีนิยม

²² อ้างแล้วที่ 19,20,21

²³ *The Control Council Law N.10, Punishment of Persons Guilty of War Crimes, Crimes against Peace and against Humanity, (20 December 1945). Article II(1)(c)*

²⁴ "Forth Geneva Convention Relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War."

ทำให้นานาชาติ องค์กร สถาบันต่างๆทั้งในระดับประเทศและระหว่างประเทศหันมาตระหนักถึง ปัญหาความรุนแรง การกดขี่ต่อผู้หญิง และมีแนวคิดในการให้ความยุติธรรมแก่ผู้หญิง เพิ่มพูนสิทธิ ของผู้หญิงให้มีความเท่าเทียมกันกับผู้ชาย และเริ่มส่งเสริมสิทธิมนุษยชนขั้นพื้นฐานให้แก่ผู้หญิงไม่ว่า จะเป็นการกำหนดนโยบายภายในของแต่ละรัฐ หรือการที่ทุกรัฐร่วมกันกำหนดแนวทางปฏิบัติระหว่าง ประเทศโดยยอมรับหลักพื้นฐานกฎหมายระหว่างประเทศ (Norms) ที่มุ่งขจัดต่อต้านการเลือกปฏิบัติ และละเมิดสิทธิมนุษยชนต่อผู้หญิง

คำว่า “สิทธิมนุษยชน” (Human Rights) ได้เริ่มปรากฏตัวอย่างชัดเจนเมื่อวันที่ 15 ธันวาคม พ.ศ.2491 หลังจากสมัชชาสหประชาชาติได้ผ่านมติให้มีปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (The Universal Declaration of Human Rights: UDHR)²⁵ อย่างไรก็ตาม ในปฏิญญาสากลว่าด้วย สิทธิมนุษยชนไม่ได้ให้ความหมายของคำว่า สิทธิมนุษยชนไว้อย่างชัดเจนว่าหมายความว่าอย่างไร แต่ เมื่อพิจารณาจากเนื้อหาของปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนแล้ว อาจพออนุมานได้ว่าสิทธิ มนุษยชน หมายถึง สิทธิในชีวิต การดำรงชีวิต สิทธิในร่างกาย เสรีภาพ ทรัพย์สิน ความเท่าเทียม ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของบุคคลทุกคนสิทธิมนุษยชนยึดถือว่าคุณคนทุกคนเกิดมาเป็นมนุษย์ จะต้อง มีสิทธิและโอกาสในการใช้สิทธิเท่าเทียมกันไม่ว่าบุคคลนั้นจะเป็นใครก็ตาม ไม่ว่าจะเป็นผู้ชายหรือ ผู้หญิงต่างก็เป็นมนุษย์ที่เกิดมาอยู่ร่วมกันในสังคมจึงต้องมีสิทธิและโอกาสเท่าเทียมกัน การให้สิทธิ ฝ้ายใดฝ้ายหนึ่งมากกว่าจึงเป็นสิ่งที่ไม่ถูกต้อง²⁶ ต่อมามีการจัดทำ **กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิ พลเมืองและสิทธิทางการเมือง(International Covenant on Civil and Political Rights : ICCPR)**²⁷ โดยสาระสำคัญได้กำหนดหลักการพื้นฐานของสิทธิมนุษยชนที่สำคัญ คือหลักการจำกัดสิทธิ และเสรีภาพโดยกล่าวว่าสิทธิมนุษยชนเป็นสิทธิที่มีเงื่อนไขและถูกจำกัดได้โดยสิทธิของบุคคลอื่นหรือ สังคมโดยรวม อย่างไรก็ตาม สิทธิบางประการก็ไม่อาจจำกัดได้ ได้แก่ สิทธิและเสรีภาพในชีวิต ร่างกาย โดยสิทธิดังกล่าวเป็นพื้นฐานของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ จึงไม่อาจจำกัดได้²⁸ และ หลักการไม่ เลือกปฏิบัติหรือหลักความเสมอภาค โดยกล่าวคือต้องไม่มีการเลือกปฏิบัติโดยเหตุทางด้านเชื้อชาติ

²⁵"Ga Resolution 217a(lii)," (10 December 1948).

²⁶"Preamble of Universal Declaration of Human Rights, Adopted by General Assembly Resolution 217 a (lii)," (1948).

²⁷"International Covenant on Civil and Political Rights (Iccpr)," (1976).

²⁸Ibid. Article 6-27.

สัญชาติ ภาษา เพศ ศาสนา โดยในข้อเท็จจริงที่มีลักษณะเดียวกันย่อมได้รับการปฏิบัติเหมือนกัน ส่วนข้อเท็จจริงที่มีลักษณะแตกต่างกันย่อมได้รับการปฏิบัติที่แตกต่างกัน²⁹

ดังนั้น สิทธิมนุษยชนผู้หญิงจึงหมายถึงสิทธิในร่างกายสิทธิในความเป็นบุคคลและสิทธิที่จะตัดสินใจอย่างเป็นอิสระด้วยตนเองโดยความเท่าเทียมกันและไม่คำนึงถึงความแตกต่างในหลายๆด้านผู้หญิงจำนวนมากยังต้องเผชิญกับอุปสรรคในการจะได้รับสิทธิมนุษยชนเพิ่มขึ้นสาเหตุเพราะปัจจัยต่างๆเช่นเชื้อชาติภาษาเผ่าพันธุ์วัฒนธรรมศาสนาความพิการหรือชนชั้นทางเศรษฐกิจและสังคมหรือเพราะความเป็นชนพื้นเมืองผู้อพยพซึ่งรวมถึงคนงานผู้หญิงอพยพผู้หญิงที่พลัดถิ่นหรือผู้ลี้ภัยกลุ่มผู้หญิงเหล่านี้ยังอาจเสียเปรียบและถูกเบียดถูกกีดกันออกไปเนื่องจากการขาดความรู้และการรับรู้ถึงสิทธิมนุษยชนของตนหรือจากอุปสรรคในการเข้าถึงข้อมูลและกลไกการช่วยเหลือในกรณีที่มีการละเมิดสิทธิเกิดขึ้น³⁰ และอาจเห็นได้ว่าความหมายของคำว่าสิทธิมนุษยชนต้องขึ้นอยู่กับบริบท (context) ในการใช้คำว่าสิทธิมนุษยชนในแต่ละกรณีไป รวมถึงความหมายของสิทธิมนุษยชนของผู้หญิงเช่นกัน อย่างไรก็ตาม เนื่องจากแนวความคิดเกี่ยวกับสิทธิมนุษยชนมีความเป็นพลวัต (dynamic) อยู่ในตัวเอง โดยขึ้นอยู่กับบริบทต่าง ๆ ในสังคม ดังนั้น ในสภาพที่มีการเปลี่ยนแปลงของสังคมอย่างต่อเนื่อง แกนกลางที่เป็นแนวความคิดหลักในเรื่องสิทธิมนุษยชนก็คือ “การคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์” นั่นเองและการคำนึงถึงศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของผู้หญิงก็ถือเป็นการเคารพหลักการเคารพศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์เช่นเดียวกัน ดังนั้น “ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์” จึงเป็นเสมือนความคิดที่เป็นแนวบรรทัดฐาน แสดงความรู้สึกของคุณค่าพื้นฐานที่เป็นที่ยอมรับกันในการคิดเห็น ในความรู้สึกโดยประชาชนทั้งหมด³¹ การหยามศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์อาจเป็นการกระทำต่อร่างกายหรือจิตใจ ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์แม้มิใช่สิ่งเดียวกับสิทธิมนุษยชนโดยธรรมชาติแต่หลักการพื้นฐานของสิทธิมนุษยชนจะต้องตั้งอยู่บนคุณค่าของหลักศักดิ์ศรีความเป็น

²⁹ Ibid. Article 2-5.

³⁰ สมสวัสดิ์, คู่มือกฎหมายสำหรับผู้หญิง.

³¹ Philip Alston, *The International Library of Essays in Law&Legal Theory Areas 27* “*Human Rights Law* (Dartmouth Publishing Company Limited, 1996).

มนุษย์และท่านรองศาสตราจารย์ นพนิธิ สุริยะ ได้ให้ความเห็นว่า “ ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์น่าจะเป็นรากแก้ว หรือ เป็นพื้นฐานแนวคิดเรื่องสิทธิมนุษยชน”³²

นอกจากนี้ยังมีการจัดทำข้อตกลงทางระหว่างประเทศต่างๆที่มุ่งคุ้มครองผู้หญิงโดยตรง ไม่ว่าจะเป็นปฏิญญาระหว่างประเทศ และข้อตกลงระหว่างประเทศต่างๆที่เกี่ยวกับสิทธิมนุษยชนผู้หญิง อาทิ ปฏิญญาว่าด้วยการขจัดความรุนแรงต่อสตรี ค.ศ.1993(Declaration on the Elimination of Violence against Women 1993: : DEVAW) โดยองค์การสหประชาชาติได้ประกาศปฏิญญาว่าด้วยความรุนแรงต่อผู้หญิงโดยให้ความหมายของการกระทำรุนแรงต่อผู้หญิงว่าหมายถึง การกระทำรุนแรงทางเพศซึ่งทำให้เกิดผลหรืออาจเกิดผลร้ายต่อร่างกายทางเพศ หรือทางจิตใจ เป็นผลให้เกิดความทุกข์ทรมานต่อผู้หญิงรวมทั้งการขู่คุกคาม กีดกันเสรีภาพทั้งในที่สาธารณะและชีวิตส่วนตัว ความรุนแรงต่อผู้หญิงเป็นอุปสรรคอย่างหนึ่งในการกีดขวางเสรีภาพ การพัฒนาสันติภาพ ความเท่าเทียมกัน และเป็นการละเมิด เพิกถอนและทำลายสิทธิมนุษยชนขั้นพื้นฐานของสตรีโดยหลักการในปฏิญญานี้เป็นการเรียกร้องให้รัฐภาคีร่วมกันหามาตรการที่เหมาะสมและมีประสิทธิภาพในการแก้ไขปัญหาความรุนแรงบนพื้นฐานเพศสภาพทุกรูปแบบต่อผู้หญิง โดยคำนึงถึงการเคารพเกียรติและศักดิ์ศรีของผู้หญิง และควรมีการให้บริการคุ้มครองและการสนับสนุนที่เหมาะสมต่อผู้หญิงที่ตกเป็นเหยื่อ³³

ต่อมาในปีค.ศ.1993 ได้มีการประชุมสิทธิมนุษยชนระดับระหว่างประเทศ ณ กรุงเวียนนา และมีการประกาศ ปฏิญญาและแผนการดำเนินงานกรุงเวียนนา ค.ศ. 1993 (the Vienna Declaration and Programme of Action of 25 June 1993) ซึ่งมีการมุ่งคุ้มครองสิทธิมนุษยชนของผู้หญิง โดยเฉพาะอย่างยิ่งปัญหาความรุนแรงต่อผู้หญิง เช่น ความรุนแรงภายในครอบครัว การตัดต่อวัยวะเพศ การเฆมาและข่มขืน ซึ่งเป็นประเด็นหลักในแง่สิทธิมนุษยชน โดยก่อนหน้านี้ความรุนแรงดังกล่าวต่อผู้หญิงยังไม่ถือเป็นวาระนโยบายภายในรัฐหรือระดับระหว่างประเทศในการให้มาตรการความช่วยเหลือแก่พวกเธอ³⁴ สาระสำคัญแห่งปฏิญญาฯ ได้กล่าวว่า “ความรุนแรงต่อ

³² นพนิธิ สุริยะ, "ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์: มองจากบริบทของไทย," วารสาร นิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 30, no. 3 (2543).

³³ "Un General Assembly Resolution 48/104," ed. UN General Assembly (1993)..

³⁴ "The World Conference on Human Rights ", (1993).

สิทธิมนุษยชนของผู้หญิงในสถานการณ์ความขัดแย้งทางอาวุธถือเป็นการละเมิดสิทธิมนุษยชนขั้นพื้นฐานของกฎหมายสิทธิมนุษยชนและกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ ควรที่จะมีวิธีการตอบโต้ อย่างมีประสิทธิภาพต่อการกระทำโหดร้ายอันเกิดแก่ผู้หญิงซึ่งได้แก่ การฆาตกรรม การข่มขืนอย่าง เป็นระบบ การบังคับให้เป็นทาส การบังคับให้ตั้งครรภ์”³⁵

และต่อเนืองมาในปี ค.ศ. 1995 สหประชาชาติได้มีการประชุมอีกครั้งเมื่อเดือน กันยายนในหัวข้อเกี่ยวกับผู้หญิงเป็นครั้งที่4 ((ก่อนการประชุมที่ปักกิ่งได้มีการประชุมระดับโลกเรื่อง ผู้หญิงมาแล้วสามครั้ง คือ ที่กรุงเม็กซิโก ในปี 2518 กรุงโคเปนเฮเกน ในปี 2523 และกรุงไนโรบี ใน ปี 2528) และมีการประกาศ**ปฏิญญาและแผนปฏิบัติการกรุงปักกิ่งเพื่อความก้าวหน้าของผู้หญิง ค.ศ. 1995 (Beijing Declaration and Platform Action 1995)**³⁶ โดยผู้แทนจาก 189 ประเทศพร้อมใจกันยอมรับปฏิญญาและแผนปฏิบัติการปักกิ่งอย่างเป็นทางการนี้เป็น เอกฉันทน์แผนปฏิบัติการนี้เป็น วาระที่มุ่งสร้างการเปลี่ยนแปลงและลงมือปฏิบัติอย่างจริงจัง โดยมีการกำหนดเป้าหมาย ยุทธศาสตร์ ต่างๆ และบ่งชี้ถึงการปฏิบัติงานและการรับผิดชอบของภาครัฐ องค์กรเอกชน ประชาคมนานาชาติ รวมทั้งภาคเอกชนเพื่อจัดการเลือกปฏิบัติต่อผู้หญิงและส่งเสริมความเสมอภาคระหว่างหญิงชาย แผนปฏิบัติการปักกิ่งระบุประเด็นที่น่าห่วงใยเป็นพิเศษ 12 ประเด็นอันเป็นอุปสรรคสำคัญต่อความ เสมอภาคระหว่าง หญิงชาย และการเสริมพลังให้สตรี ได้แก่ *ความยากจน การศึกษาและฝึกรวม สุขภาพ ความรุนแรง ความขัดแย้งที่มีการใช้อาวุธ เศรษฐกิจ อำนาจและการตัดสินใจ กลไกทาง สถาบันสิทธิมนุษยชน สื่อมวลชน สิ่งแวดล้อม และเด็กผู้หญิง* ประเด็นที่มีความเกี่ยวข้องกับการ ค้ำครองผู้หญิงที่เป็นเหยื่อจากอาชญากรรมได้แก่ ประเด็นความรุนแรงต่อผู้หญิงโดยร่วมกันเสนอ แผนปฏิบัติการในการต่อต้านความรุนแรงในการให้ทุกรัฐจัดทำกฎหมายและปรับปรุงกฎหมายเพื่อยุติ ความรุนแรงต่อผู้หญิง และ ประเด็นผู้หญิงกับความขัดแย้งที่มีการใช้อาวุธโดยตระหนักถึงการข่มขืน ซึ่งเกิดขึ้นเป็นประจำในระหว่างความขัดแย้งนั้นจัดเป็นอาชญากรรมและภายใต้บางสถานการณ์เป็น เครื่องมือการสังหารชนชาติให้สูญพันธุ์ จึงขอประณามการใช้ "การทำลายล้างชาติพันธุ์" เป็นยุทธวิธีใน

³⁵ Article 38 of the Vienna Declaration and Programme of Action.

³⁶ "Beijing Declaration and Platform for Action," in *The Fourth World Conference on Women* (1995).

การ ทำสงคราม รวมถึงการข่มขืน อันเป็นผลที่เกิดขึ้นตามมา การกระทำดังกล่าวต้องยุติลงโดยทันที และนำตัวผู้กระทำผิดมารับโทษ

2.1.3.3 การคุ้มครองผู้หญิงจากอาชญากรรมร้ายแรงระหว่างประเทศ

หลักกฎหมายระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับผู้เสียหายจากอาชญากรรมมีการแบ่งแยกได้หลายประเภท การแบ่งแยกประเภทของผู้เสียหายนั้นจะดูจากองค์ประกอบของการกระทำผิดเป็นพื้นฐาน ประเภทของผู้เสียหายอาจจำแนกได้ดังต่อไปนี้

- ก. ผู้เสียหายจากอาชญากรรม
- ข. ผู้เสียหายจากการใช้อำนาจโดยมิชอบ
- ค. ผู้เสียหายจากการถูกละเมิดร้ายแรงต่อกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศและกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ
- ง. ผู้เสียหายจากการถูกละเมิดกฎหมายอาญาระหว่างประเทศ
- จ. ผู้เสียหายจากการถูกบังคับให้สาบสูญผู้เสียหายจากการค้ามนุษย์ โดยเฉพาะอย่างยิ่งต่อเด็กและผู้หญิง³⁷

ในช่วงรอบทศวรรษที่ผ่านมา ได้เกิดกระแสการพัฒนาของกฎหมายระหว่างประเทศในเรื่องการคุ้มครองเหยื่อจากอาชญากรรมและการละเมิดสิทธิมนุษยชนร้ายแรงอย่างต่อเนื่องและมีความก้าวหน้าขึ้นเรื่อยๆ ในช่วงทศวรรษปี ค. ศ.1980 มีกระแสเรียกร้องให้มีการตระหนักถึงสิทธิของผู้เสียหายในคดีอาญา และการเข้าสู่กระบวนการยุติธรรมทางอาญาของผู้เสียหาย ไม่ว่าจะเป็น กระแสเรียกร้องให้ผู้เสียหายในคดีอาญาได้มีส่วนร่วมในการดำเนินกระบวนการยุติธรรมทางอาญามากขึ้น และการเรียกร้องให้มีการชดเชยความเสียหายให้แก่ผู้เสียหายในคดีอาญา รวมทั้งในประเด็นด้านสิทธิมนุษยชนก็มีความตระหนักถึงบทบาทของผู้เสียหายในกระบวนการยุติธรรมทางอาญาอย่างมาก อันเห็นได้จากการจัดทำตราสารและข้อตกลงระหว่างประเทศหลายๆฉบับในแต่ละช่วงเวลา ไม่ว่าจะเป็น The Declaration of the Basic Principles of Justice for Victims of Crime and Abuse of Power 1985(ปฏิญญาว่าด้วยหลักความยุติธรรมขั้นพื้นฐานสำหรับผู้เสียหายในคดีอาญาและ

³⁷A. von Bogdandy and R. Wolfrum, *Max Planck Yearbook of United Nations Law* 14 (2010).

การใช้อำนาจโดยมิชอบ ค.ศ. 1985)³⁸ และ The United Nations Basic Principles and Guidelines on the Right to a Remedy and Reparation for Victims of Gross Violation of International Human Rights law and Serious Violations of Humanitarian Law 2005 (หลักการและแนวปฏิบัติพื้นฐานว่าด้วยสิทธิที่จะได้รับความช่วยเหลือและการเยียวยาเมื่อเกิดการละเมิดร้ายแรงต่อกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ และกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศองค์การสหประชาชาติ ค.ศ. 2005)³⁹ นอกเหนือจากปฏิญญาฯ และหลักการสหประชาชาติดังกล่าว ยังมีตกลงในระดับระหว่างประเทศในรูปแบบอนุสัญญาที่เกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนจากอาชญากรรมชื่อว่า The International Convention on the Protection of All Persons from Enforced Disappearance (อนุสัญญาระหว่างประเทศว่าด้วยการป้องกันบุคคล ทุกคนจากการหายสาบสูญโดยถูกบังคับ) อนุสัญญานี้ชี้ให้เห็นว่าการบังคับบุคคลให้สูญหายเป็นการละเมิดสิทธิมนุษยชนตามกฎหมายระหว่างประเทศ อนุสัญญาได้รับการรับรองจากที่ประชุมสมัชชาใหญ่สหประชาชาติเมื่อวันที่ 20 ธันวาคม 2549 และเริ่มมีผลบังคับใช้เมื่อวันที่ 23 ธันวาคม 2553 จนถึงเดือนมกราคม 2555 มีเนื้อหาในการประกันสิทธิของผู้เสียหายโดยระบุว่า “ผู้เสียหายหมายถึง ผู้ที่ได้รับผลกระทบโดยตรงจากการบังคับบุคคลให้สูญหายโดยรวมถึงสิทธิที่จะได้ทราบความจริง สิทธิที่จะได้รับการชดเชยอย่างเช่น การได้รับค่าสินไหมทดแทน การบูรณะ การฟื้นฟูความพึงใจและการประกันว่าจะไม่เกิดซ้ำ”⁴⁰

ในส่วนตราสารที่เกี่ยวกับการคุ้มครองผู้หญิงโดยเฉพาะจากอาชญากรรมนั้น จะพบว่าช่วงระยะเวลาต่อมาภายหลังการประกาศปฏิญญาฯ และหลักการแนวปฏิบัติฯ ทั้งสองฉบับ ได้มีการจัดทำตราสารระหว่างประเทศอื่น ๆ ตามมาอีกมากมายที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองผู้หญิงจากอาชญากรรม เช่น ใน ค.ศ. 2000 คณะมนตรีความมั่นคงแห่งสหประชาชาติได้ออกมติคณะมนตรีฯ เรียกว่า Resolution 1325 on Women, Peace and Security ซึ่งเรียกร้องให้มีการตระหนักถึงการให้ความช่วยเหลือผู้หญิงและเด็กผู้หญิงในการได้รับการฟื้นฟู เยียวยาความเสียหายภายหลังสิ้นสุด

³⁸ "Un Declaration of Basic Principles of Justice for Victims of Crime and Abuse of Power," in G.A. Res. 40/34, ed. UN (1985).

³⁹ "Un Resolution 60/147.," ed. UN General Assembly (December 2005).

⁴⁰ "Un G. A. Res/61/177," ed. UN (2006.).

เหตุการณ์จากสภาวะขัดกันทางอาวุธลง⁴¹ ต่อมาในปีค.ศ.2007 ในการประชุมระดับระหว่างประเทศระหว่างหน่วยงานด้านสังคมสงเคราะห์และผู้เชี่ยวชาญด้านเพศภาวะในประเทศเคนยา ได้มีการนำปฏิญญากรุงไนโรบีว่าด้วยสิทธิของผู้หญิงและเด็กผู้หญิงในการได้รับการชดใช้เยียวยาความเสียหาย (The Nairobi Declaration on the Rights of Women and Girls to a Remedy and Reparation) โดยมีวัตถุประสงค์ของปฏิญญาเพื่อสนับสนุน หลักการแห่งสหประชาชาติว่าด้วยสิทธิในการได้รับการเยียวยาของผู้เสียหาย หรือ UN Basic Principles on the Right to Reparation for Victims ซึ่งเพิ่งมีการบังคับใช้ในระยะเวลาก่อนหน้านี้ และมีการสนับสนุนจากนานารัฐให้มีการพิจารณาประเด็นเกี่ยวกับเพศภาวะในการนำหลักการมาบังคับใช้ด้วย⁴² ต่อเนื่องมาในปีค.ศ. 2009 คณะมนตรีฯ ได้ออกมติเพิ่มเติมเกี่ยวกับการคุ้มครองผู้หญิงอีกฉบับ คือ Resolution 1888 ที่เรียกร้องให้มีการคำนึงถึงประเด็นความรุนแรงทางเพศต่อผู้หญิงและความรุนแรงในสถานการณ์ขัดกันทางอาวุธที่เกิดขึ้นกับผู้หญิง โดยมุ่งให้ผู้หญิงได้รับการบริการช่วยเหลือทางสาธารณสุขที่เพียงพอ การบรรเทาสภาวะทางจิตใจ การให้ความช่วยเหลือทางกฎหมาย และการให้ความช่วยเหลือทางเศรษฐกิจเพื่อให้ผู้หญิงที่เป็นผู้เสียหายกลับคืนสู่สังคมโดยปกติได้⁴³ และมีการออกมติเพิ่มเติมตามมาอีกสองฉบับในปีเดียวกันและปีถัดมาคือ Resolution 1889 และ Resolution 1960 โดยเป็นการรับรองถึงสิทธิของผู้หญิงที่จะต้องได้รับความคุ้มครองเป็นพิเศษในสถานการณ์ความขัดแย้งทางอาวุธและเรียกร้องให้รัฐภาคีร่วมกันช่วยคุ้มครองผู้หญิงจากสถานการณ์ความรุนแรง⁴⁴ และเมื่อปีค.ศ.2010 UN Special Rapporteur on Violence against Women ได้ทำการศึกษาแนวทางการเยียวยาแก่ผู้หญิงจากความรุนแรงต่างๆ โดยตระหนักถึงประเด็นทางเพศภาวะในแนวทางการเยียวยาด้วย⁴⁵

⁴¹"Unsc Resolution 1325, S/Res/1325," ed. UNSC (2000).

⁴²"The Nairobi Declaration on the Rights of Women and Girls to a Remedy and Reparation," (1982;1997).

⁴³"Unsc Resolution 1888 ", in *S/RES/1888 (2009)* (30 September 2009).

⁴⁴"Unsc Resolution 1889," in *S/RES/1889 (2009)*, ed. UNSC (2009).U

⁴⁵Rashida Manjoo, "Special Rapporteur on Violence against Women " (Human Rights Council 2010).

จากข้อตกลงทั้งหมดดังกล่าวข้างต้นพบว่ามิทั้งในระดับนานาชาติและระดับภูมิภาค โดยมีการจัดทำตราสารต่างๆที่เกี่ยวข้องกับประเด็นด้านสิทธิของเหยื่อในกระบวนการยุติธรรมทางอาญา และยังคงคุ้มครองเป็นพิเศษไปถึงเหยื่อจากอาชญากรรมที่เป็นผู้หญิงซึ่งถูกละเมิดร้ายแรงต่อหลักกฎหมายสิทธิมนุษยชนและกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศด้วย⁴⁶ เห็นได้ว่ากฎหมายระหว่างประเทศมีพัฒนาการในการคุ้มครองเหยื่ออย่างต่อเนื่องและเป็นไปในทางที่ดีขึ้น เนื่องจากสังคมโลกตระหนักถึงหลักการของสิทธิมนุษยชนอย่างมาก โดยต่างยอมรับกันว่าสิทธิมนุษยชนเป็นกฎหมายบังคับเด็ดขาด (Jus Cogen) เพราะเป็นหลักการประกันสิทธิที่ไม่สามารถมีข้อยกเว้นใดๆได้ ไม่ว่าจะใช้กับสถานการณ์ใด ซึ่งถือได้ว่าเป็นแกนหลักของสิทธิมนุษยชน (Hard Core of Human Right)⁴⁷

2.1.4 พัฒนาการของการคุ้มครองผู้เสียหายที่เป็นผู้หญิงจากอาชญากรรมระหว่างประเทศ ในกระบวนการพิจารณาคดี

ประเด็นในการศึกษาพัฒนาการในการให้ความคุ้มครองผู้เสียหายที่เป็นผู้หญิงในขั้นตอนกระบวนการพิจารณาคดีนั้น ผู้จัดทำขอมุ่งศึกษาประเด็นในการคุ้มครองภายในกรอบการศึกษาแบ่งเป็น 5 ประเด็น ดังนี้

- 2.1.4.1 สิทธิในการเข้าถึงกระบวนการยุติธรรม
- 2.1.4.2 สิทธิในการได้รับการเยียวยา
- 2.1.4.3 สิทธิในการได้รับการสนับสนุนช่วยเหลือ
- 2.1.4.4 สิทธิในการได้รับมาตรการคุ้มครองพิเศษ
- 2.1.4.5 สิทธิในการมีส่วนร่วมของผู้เสียหาย

2.1.4.1 สิทธิในการเข้าถึงกระบวนการยุติธรรม

แนวคิดเกี่ยวข้องกับความยุติธรรมต่อผู้เสียหาย ผู้เสียหายจะต้องเข้าถึงความยุติธรรมเพื่อให้ได้รับการเยียวยาและการพิจารณาคดีอย่างเหมาะสม แนวคิดเรื่องการเข้าถึงความ

⁴⁶ International Commission of Jurist, *Trial Observation Manual for Criminal Proceedings: Practitioners Guide No.5* (Geneva 2009).

⁴⁷ ศรทูล สันติวาสะ, กฎหมายสิทธิมนุษยชน, ed. พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพมหานคร: มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช, 2548).

ยุติธรรมเกิดขึ้นมาพร้อมกับบทบาทพัฒนาการของกฎหมายอาญาระหว่างประเทศ เพราะแนวคิดเรื่องผู้เสียหายเกิดขึ้นพร้อมกับพัฒนาการของกฎหมายอาญาระหว่างประเทศ โดยมุ่งคุ้มครองปัจเจกบุคคลที่ได้รับอันตรายหรือความเสียหายจากการกระทำอันเป็นการละเมิดต่อกฎหมายระหว่างประเทศ อย่างไรก็ตาม จะเห็นได้ว่าแนวคิดเรื่องผู้เสียหายภายใต้หลักกฎหมายระหว่างประเทศก่อนหน้านี้ไม่ได้มุ่งคุ้มครองปัจเจกบุคคลผู้เสียหายแต่จะคุ้มครองเฉพาะรัฐที่ถูกละเมิดและเรียกร้องรัฐที่กระทำละเมิดให้มีการเยียวยาตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศ⁴⁸ สิทธิในการเข้าถึงความยุติธรรมของผู้เสียหายสะท้อนได้จากเรื่องดังต่อไปนี้

ก.สถานะของผู้เสียหายภายใต้กรอบของหลักกฎหมายระหว่างประเทศยุคดั้งเดิม

ประการแรกคือการพิจารณาถึงสถานะของการเป็นผู้เสียหาย ความมีตัวตนของผู้เสียหายในกระบวนยุติธรรม กรอบแนวคิดหลักกฎหมายระหว่างประเทศในยุคดั้งเดิม จะมีความเกี่ยวข้องกับพัฒนาการของกฎหมายอาญาระหว่างประเทศในช่วงเหตุการณ์ภายหลังสงครามโลกครั้งที่สอง แนวคิดเกี่ยวกับผู้เสียหาย หรือเหยื่อ ยังไม่ได้รับการยอมรับในระบบที่เกี่ยวกับกฎหมายระหว่างประเทศเท่าใดนัก แต่จะเริ่มปรากฏแนวคิดเรื่องผู้เสียหายภายใต้กรอบของกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ ตัวอย่างที่เด่นชัดเกี่ยวกับการกล่าวถึงสถานะของปัจเจกบุคคลที่ได้รับความเสียหายจากการถูกละเมิดกฎหมายระหว่างประเทศ ปรากฏในส่วนหนึ่งของคำพิพากษาศาลยุติธรรมระหว่างประเทศในคดี *Factory at Chorzow* (นาย Dionisio Anzilotti ผู้เข้าร่วมการพิจารณาคดี ได้เขียนสรุปถึงคดีนี้ไว้ว่า ‘สิทธิของปัจเจกบุคคลในการได้รับการเยียวยาความเสียหายที่ได้รับจะต้องกระทำโดยรัฐ เท่านั้น’)⁴⁹ และภายใต้กรอบของหลักกฎหมายระหว่างประเทศดั้งเดิมมีแนวคิดที่ว่ารัฐมีหน้าที่ต้องปกป้องคุ้มครองผลประโยชน์ของคนในชาติตนรวมถึงอากาศยานระหว่างประเทศที่ได้รับความเสียหายจากการกระทำละเมิด⁵⁰

⁴⁸ Conor McCarthy, *Reparations and Victim Support in the International Criminal Court* (Cambridge University Press, 2012).

⁴⁹ *Factory at Chorzow (Germany V. Poland)*, (1928). “ข้อเท็จจริงในคดีคือ ประเทศเยอรมันได้ทำสัญญาลงนามกับบริษัทเอกชนเพื่อก่อสร้างโรงงานในนครที่เมือง Chorzow ประเทศโปแลนด์ และเยอรมันได้ร่วมลงนามสนธิสัญญาเงินร่วมร่วมกับโปแลนด์ ต่อมารัฐบาลโปแลนด์เข้ามีอำนาจในการควบคุมดูแลโรงงานดังกล่าว ดังนั้นจึงเป็นสาเหตุให้สัญญาระหว่างเยอรมันกับบริษัทเอกชนสิ้นสุดลง และเยอรมันได้ฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากโปแลนด์ฐานกระทำฝ่าฝืนสนธิสัญญาเงินร่วม”.

⁵⁰ Ibid.

ข. พัฒนาการของตราสารระหว่างประเทศที่สำคัญ

การรับรองสิทธิของผู้เสียหายภายใต้กรอบของหลักกฎหมายระหว่างประเทศนับแต่อดีตมีพัฒนาการจากบ่อเกิดกฎหมายระหว่างประเทศอันเห็นได้จากตราสารระหว่างประเทศที่เป็นแกนสำคัญสองฉบับในการรับรองสิทธิการเข้าถึงความยุติธรรมของผู้เสียหาย ตราสารระหว่างประเทศฉบับแรกที่ได้มีการจัดทำขึ้นคือ The United Nations Declaration on Basic Principles of Justice for Victims of Crimes and Abuse of Power 1985⁵¹ โดยได้กล่าวถึงสิทธิของเหยื่อในการเข้าสู่กระบวนการยุติธรรมไว้ดังนี้

“ผู้เสียหายควรได้รับการปฏิบัติด้วยความรู้สึกเมตตา (compassion) และเคารพถึงศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ (Dignity) มีสิทธิในการเข้าถึงกลไกของกระบวนการยุติธรรมและได้รับการเยียวยาความเสียหาย (Harm) ที่ได้รับโดยบทบัญญัติแห่งกฎหมาย”⁵²

จากบทบัญญัติที่กล่าวข้างต้น จะเห็นได้ว่าวัตถุประสงค์ของปฏิญญาวาดด้วยหลักความยุติธรรมขั้นพื้นฐานสำหรับผู้เสียหายดังกล่าวนี้ เป็นไปเพื่อรับประกันสิทธิในการเข้าสู่

⁵¹"Un Declaration of Basic Principles of Justice for Victims of Crime and Abuse of Power." ในปค.ศ. 1985องค์การสหประชาชาติ (General Assembly of the United Nations) ได้ประกาศรับรองสิทธิของผู้เสียหายในคดีอาญาหรือผู้เสียหายในคดีอาญาโดยได้ประกาศ “ปฏิญญาวาดด้วยหลักความยุติธรรมขั้นพื้นฐานสำหรับผู้เสียหายในคดีอาญาและการใช้อำนาจโดยมิชอบ” (Declaration of Basic Principle of Justice for Victims of Crime and Abuse of Power, 1985) เพื่อกำหนดหลักการที่เจ้าหน้าที่พึงปฏิบัติ ต่อผู้เสียหายในคดีอาญานับตั้งแต่เริ่มดำเนินคดีจนถึงขั้นตอนการปฏิบัติต่อผู้ต้องขังในเรือนจำ ปฏิญญานี้กำหนดการคุ้มครองผู้เสียหายสองประเภทคือ ผู้เสียหายจากอาชญากรรมต่างๆไป และผู้เสียหายจากการถูกใช้อำนาจโดยมิชอบจากเจ้าหน้าที่รัฐ ในส่วนที่เกี่ยวกับผู้เสียหายต่างๆไปมีบทคุ้มครองทั้งในเรื่อง การเข้าถึงความยุติธรรม การชดเชย การจ่ายค่าเสียหาย และการให้ความช่วยเหลือทางสังคมผลจากปฏิญญาดังกล่าวนี มีประเทศต่างๆได้ให้การตอบสนองด้วยดีเช่น สหรัฐอเมริกา ญี่ปุ่น ออสเตรเลียและประเทศในทวีปยุโรป ซึ่งประเทศแรกที่มีการริเริ่มคืออังกฤษ เยอรมันเนเธอร์แลนด์ ฝรั่งเศสและกลุ่มประเทศสแกนดิเนเวีย เป็นต้น ทั้งนี้โดยการปฏิรูปกระบวนการยุติธรรมทั้งในส่วนของตำรวจ อัยการ ทนาย ศาล และราชทัณฑ์ในการให้การคุ้มครองสิทธิของผู้เสียหายเพื่อให้เกิดความถ่วงดุลระหวางการคุ้มครองสิทธิของผู้กระทำผิดกับสิทธิของผู้เสียหายอย่างแท้จริง.

⁵²Ibid. Article 4.

กระบวนการยุติธรรมของผู้เสียหายว่าจะต้องได้รับการสนับสนุนตลอดทุกขั้นตอนกระบวนการพิจารณาคดี เพื่อลดอุปสรรคและขั้นตอนยุ่งยากต่างๆที่ผู้เสียหายต้องประสบอันอาจทำให้ไม่สามารถเข้าถึงความยุติธรรมได้เพียงพอ

ตราสารระหว่างประเทศฉบับที่สองที่มีการจัดทำในเวลาต่อมาคือ The United Nations Basic Principles and Guidelines on the Right to a Remedy and Reparation for Victims of Gross Violation of International Human Rights law and Serious Violations of Humanitarian Law 2005⁵³ ซึ่งรับรองสิทธิในการเข้าถึงกระบวนการยุติธรรมของผู้เสียหายไว้ดังนี้

ผู้เสียหายจากการละเมิดร้ายแรงต่อกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ หรือกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศพึงสามารถเข้าถึงการเยียวยาด้านตุลาการที่เป็นผลและอย่างเท่าเทียม ซึ่งเป็นไปตามข้อกำหนดของกฎหมายระหว่างประเทศ การเยียวยาสำหรับผู้เสียหายอย่างอื่น ยังรวมถึงการเข้าถึงหน่วยงานฝ่ายบริหารและอื่น ๆ รวมทั้งกลไก แนวทาง และขั้นตอนปฏิบัติที่เป็นไปตามกฎหมายในประเทศ พันธกรณีที่เกิดขึ้นจากกฎหมายระหว่างประเทศที่มุ่งคุ้มครองสิทธิในการเข้าถึงความยุติธรรมและขั้นตอนปฏิบัติที่เป็นธรรมและไม่ลำเอียง ควรเป็นเนื้อหาที่ปรากฏอยู่ในกฎหมายในประเทศ โดยกำหนดพันธกรณีแก่รัฐในการ

(ก) เผยแพร่ข้อมูลเกี่ยวกับการเยียวยาเมื่อเกิดการละเมิดร้ายแรงต่อกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศและกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ โดยผ่านช่องทางสื่อสารทั้งของรัฐและเอกชน

⁵³"Un Basic Principles and Guidelines on the Right to a Remedy and Reparation for Victims of Gross Violations of International Human Rights Law and Serious Violations of International Humanitarian Law," in *G.A Resolution 60/147* ed. UN General Assembly (2005). หลักการและแนวปฏิบัติพื้นฐานว่าด้วยสิทธิของผู้เสียหายในการได้รับการชดใช้และการเยียวยาจากการละเมิดร้ายแรงต่อกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศและกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ จัดทำโดยมติแห่งสมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติโดยมีวัตถุประสงค์วัตถุประสงค์ของหลักการและแนวปฏิบัติพื้นฐานนี้มีเพื่อกำหนดสิทธิและหน้าที่ ผลในทางกฎหมายภายหลังจากมีการกระทำอันเป็นการละเมิดร้ายแรงต่อกฎหมายสิทธิมนุษยชนและกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศขึ้น และวางหลักการแนวทางมาตรการที่เหมาะสมเพื่อเป็นกลไกในการเสริมสิทธิและหน้าที่ของผู้ที่เกี่ยวข้องในการชดใช้เยียวยา.

(ข) ดำเนินมาตรการเพื่อลดอุปสรรคสำหรับผู้เสียหายและตัวแทน คู่ครองไม่ให้มีการแทรกแซงความเป็นส่วนตัวอย่างไม่ชอบด้วยกฎหมาย ประกันให้มีความปลอดภัยไม่ต้องถูกคุกคามและตอบโต้ รวมทั้งการคุ้มครองครอบครัวและพยานทั้งในช่วงก่อน ระหว่าง และภายหลังการดำเนินงานทางตุลาการ บริหารและอื่นๆ ที่อาจกระทบต่อประโยชน์ของผู้เสียหาย

(ค) ให้ความสนับสนุนต่อผู้เสียหายอย่างเหมาะสมเพื่อให้สามารถเข้าถึงความยุติธรรม

(ง) กำหนดช่องทางเหมาะสมทั้งด้านกฎหมาย การพูด และการกงสุลเพื่อประกันว่าผู้เสียหายสามารถใช้สิทธิที่จะได้รับการเยียวยาของตนเมื่อเกิดการละเมิดร้ายแรงต่อกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ หรือ กฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ⁵⁴

นอกจากนี้การสะท้อนถึงสิทธิในการเข้าถึงกระบวนการยุติธรรมของผู้เสียหายที่สำคัญอีกประการคือการกำหนดตัวตนและความหมายที่ชัดเจนของคำว่าผู้เสียหายในคดีอาชญากรรม หากมิใช่ผู้เสียหายในคดีแล้วบุคคลนั้นก็จะได้เข้าสู่กระบวนการยุติธรรมเลย ดังนั้นตราสารกฎหมายระหว่างประเทศในอดีตจึงได้ให้คำรับนิยามความหมายของคำว่า “ผู้เสียหาย ไว้กล่าวคือในปฏิญญาว่าด้วยหลักความยุติธรรมขั้นพื้นฐานสำหรับผู้เสียหายในคดีอาญาและการใช้อำนาจโดยมิชอบ ค.ศ. 1985 ได้จำกัดความไว้ว่าหมายถึง

“บุคคล ไม่ว่าจะ เป็นบุคคลคนเดียวหรือเป็นหมู่คณะ ที่ได้รับความเสียหายไม่ว่าจะเป็นความเสียหายทางกายหรือทางจิตใจ ทางความรู้สึก ความสูญเสียทางเศรษฐกิจ หรือการก่อให้เกิดความเสียหายต่อสิทธิขั้นพื้นฐาน โดยการกระทำหรือละเว้นการกระทำที่เป็นการละเมิดต่อกฎหมายอาญา หรือกฎหมายอื่นที่เกี่ยวข้องกับการห้ามใช้อำนาจในทางที่ไม่ชอบในการก่อให้เกิดความผิดอาญาของรัฐภาคี”⁵⁵

⁵⁴ibid., Chapter 8.

⁵⁵"Un Declaration of Basic Principles of Justice for Victims of Crime and Abuse of Power."Article 1 “persons who, individually or collectively,have suffered harm, including physical or mental injury, emotion suffering ,economic loss or substantial

และใน The United Nations Basic Principles and Guidelines on the Right to a Remedy and Reparation for Victims of Gross Violation of International Human Rights law and Serious Violations of Humanitarian Law 2005 ได้ให้คำจำกัดความคำว่า ผู้เสียหาย ไว้คือ

“ ผู้เสียหายได้แก่บุคคลซึ่งได้รับความทุกข์ทรมานทั้งแบบรายบุคคลหรือแบบกลุ่ม รวมทั้งความเสียหายด้านร่างกายหรือจิตใจ ความเจ็บปวดด้านอารมณ์ ความสูญเสียด้านเศรษฐกิจ หรือการกระทบกระเทือนอย่างร้ายแรงต่อสิทธิขั้นพื้นฐานของตน ทั้งนี้อันเป็นผลมาจากการกระทำหรือละเว้นการกระทำที่ถือว่าเป็นการละเมิดร้ายแรงต่อกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ หรือกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ กรณีที่เหมาะสมและหากเป็นไปได้ ตามกฎหมายในประเทศคำว่า “ผู้เสียหาย” ควรรวมถึงสมาชิกในครอบครัวหรือผู้ติดตามของผู้เสียหายโดยตรงและบุคคลที่ได้รับความทุกข์ทรมาน ทั้งนี้ในการพยายามให้ความช่วยเหลือกับผู้เสียหายที่ทุกข์ยากและป้องกันไม่ให้เกิดการละเมิดเช่น นั้นขึ้นมาอีก”⁵⁶

2.1.4.2 สิทธิในการได้รับการเยียวยา

ก. บ่อเกิดหลักความรับผิดชอบทางระหว่างประเทศในการเยียวยา

จุดเริ่มต้นหลักกฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยหลักความรับผิดชอบทางระหว่างประเทศนั้นมีบ่อเกิดมาจากหลักความรับผิดชอบของรัฐในทางระหว่างประเทศ เพราะกฎหมายระหว่างประเทศในยุคดั้งเดิมนั้นยังไม่มีกรอบรับสิทธิของปัจเจกบุคคลอย่างชัดเจน แต่มักจะเป็นเรื่องความสัมพันธ์การกระทำกันระหว่างรัฐกับรัฐ โดยกฎเกณฑ์แห่งกฎหมายระหว่างประเทศกำหนดให้รัฐเป็นผู้ให้ความคุ้มครองปัจเจกบุคคลซึ่งเป็นคนภายในรัฐของตนเองในกรณีที่คนในรัฐตน

impairment of their fundamental rights, though acts or omission of criminal laws operative within Member state, including those laws proscribing criminal abuse of power”

⁵⁶“Un Basic Principles and Guidelines on the Right to a Remedy and Reparation for Victims of Gross Violations of International Human Rights Law and Serious Violations of International Humanitarian Law.” Chapter 5.

ถูกละเมิดทางระหว่างประเทศจากรัฐหนึ่ง⁵⁷ แต่รัฐไม่มีหน้าที่ทางกฎหมายในการเรียกร้องให้รัฐผู้กระทำละเมิดรับผิดชอบต่อคนในรัฐของตนด้วย และรัฐยังไม่มีพันธกรณีทางระหว่างประเทศใดๆ ในการจ่ายค่าเสียหายที่ได้รับมาจากรัฐที่กระทำละเมิดต่อคนในรัฐของตนเช่นกัน⁵⁸ นอกจากนี้ยังมีคำวินิจฉัยของศาลสถิตยุติธรรมระหว่างประเทศ (PCIJ) กล่าวถึงหลักการเยียวยาทางระหว่างประเทศไว้ว่าเมื่อรัฐยอมผูกพันที่จะดำเนินการเรียกร้องให้มีการเยียวยาต่อคนภายในรัฐตนนั้น รัฐสามารถกล่าวอ้างได้เฉพาะสิทธิเฉพาะของรัฐนั้นเหนืออากาศยานระหว่างประเทศของรัฐ แต่จะไม่รวมถึงการกล่าวอ้างสิทธิเหนือบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคล⁵⁹

หลักการพื้นฐานแห่งกฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยเรื่อง ความรับผิดชอบแห่งรัฐ จากการกระทำละเมิดในทางระหว่างประเทศ และนำไปสู่หน้าที่ของรัฐในการชดเชยเยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการกระทำนั้น มีพัฒนาการมายาวนานมีการกล่าวยอมรับถึงหลักการนี้โดย Grotius ในปี ค.ศ.1646 ที่กล่าวว่า ทุกๆการกระทำความผิดจะก่อให้เกิดหน้าที่ในการชดเชยความเสียหายที่เกิดขึ้น รวมทั้งคำวินิจฉัยในคดี The Factory at Chorzow⁶⁰ ในเวทีระหว่างประเทศมีความพยายามในการจัดทำร่างข้อบัญญัติว่าด้วยเรื่องความรับผิดชอบของรัฐจากการกระทำละเมิดทางระหว่างประเทศ ซึ่งจัดทำโดยคณะกรรมการวิชาการกฎหมายระหว่างประเทศ (ILC)⁶¹

และในขณะเดียวกัน ศาลสถิตยุติธรรมระหว่างประเทศถาวร หรือ(Permanent Court of International Justice:PICJ) ได้มีการกล่าวถึงแนวทางที่สำคัญเกี่ยวกับการเยียวยาและเป็นพัฒนาการสำคัญของกฎหมายระหว่างประเทศไว้ในส่วนหนึ่งของคำวินิจฉัย คดี Factory at

⁵⁷ International Law Commission (ILC), " Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts " in *A/Res/56/83.*, ed. General Assembly Resolution 56/83 (22 January 2002).

⁵⁸ " Articles 19 (C) on Diplomatic Protection," in *Resolution 62/67*, ed. General Assembly (2007).

⁵⁹ *Mavrommatis Palestine Concessions (Greece V. United Kingdom)*,(1924).

⁶⁰ I Brownlie, *Principles of Public International Law* ed. 5th ed (1998); *Factory at Chorzow (Germany V. Poland)*. "it is a principle of international law that the breach of an engagement involves an obligation to make reparation in an adequate form.", para 28.

⁶¹ "U.N.G.A.O.R. 35 Th Session Supplement No.10 (a/35/10)."

Chorzow⁶² โดยได้ย้ำถึงหลักการเยียวยาว่าจะต้องกระทำโดยวิธีการที่เหมาะสม และต้องจ่ายค่าเสียหายชดใช้แก่ผู้ถูกละเมิดอย่างเป็นธรรม และต้องพยายามฟื้นฟูสถานการณ์เดิมก่อนเกิดเหตุ ละเมิดให้กลับคืนสู่สภาพเดิมให้มากที่สุดเท่าที่จะกระทำได้ด้วยวัตถุประสงค์ทางกฎหมายของการเยียวยานั้น คือการแก้ไขผลแห่งการกระทำละเมิดให้กลับคืนสู่สถานการณ์เดิมเท่าที่จะทำได้และให้กลับคืนสู่สภาพเดิมเสมือนว่าไม่เคยมีการกระทำนั้นเกิดขึ้นมาก่อนเลย⁶³ และต่อมาภายหลังจากการจัดตั้งศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ(International Court of Justice:ICJ)สำเร็จ ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศได้ยืนยันหลักการว่าด้วยการเยียวยาอีกครั้งโดยกล่าวว่าในกรณีเกิดความเสียหายต่อวัตถุหรือทรัพย์สิน หากรัฐที่ต้องรับผิดชอบกระทำการเยียวยาจะต้องกระทำโดยการคืนทรัพย์สินที่ละเมิด หรือ กระทำให้ทรัพย์สินนั้นกลับคืนสู่สภาพเดิม แต่หากการเยียวยาโดยวิธีดังกล่าวไม่อาจกระทำได้ รัฐผู้รับผิดชอบจะต้องเยียวยาด้วยการชดใช้เป็นตัวเงิน⁶⁴ และในบทบัญญัติมาตรา 36 (2) แห่งร่างข้อบัพัญญูติว่าด้วยความรับผิดชอบของรัฐ คณะกรรมาธิการฯได้กล่าวถึงแนวทางการเยียวยาโดยวิธีชดใช้เป็นตัวเงินไว้ว่า *การชดใช้เป็นตัวเงินให้รวมถึงการคำนวณความเสียหายที่ประเมินได้ทั้ง การสูญเสียกำไรใดๆ เท่าที่จะสามารถกะเกณฑ์ได้*⁶⁵ นอกจากนี้คำว่า การเยียวยา ให้หมายถึงขั้นตอนมาตรการต่างๆที่อาจกระทำเพื่อตอบสนองผลจากการละเมิดกฎหมายระหว่างประเทศ และต้องก่อภาระผูกพันในการเยียวยาความเสียหายที่คำนวณเป็นตัวเงินได้ให้แก่รัฐที่ถูกละเมิดหรือปัจเจกบุคคล คำว่า “ ความเสียหายที่คำนวณได้ ” นั้นมีการให้คำอธิบายไว้ในมาตรา36 แห่งร่างข้อบัพัญญูติว่าด้วยความรับผิดชอบของรัฐ ซึ่งกล่าวว่า “ การเยียวยาด้วยวิธีการชดใช้ด้วยตัวเงินนั้นครอบคลุมทั้งความเสียหายต่อทรัพย์สิน และ มิใช่ความเสียหายต่อทรัพย์สินด้วย หากเป็นความเสียหายที่มีได้เกิดต่อทรัพย์สินนั้นจะมีการกำหนดและคำนวณบนพื้นฐานแห่งหลักความเป็นธรรมที่

⁶² *Factory at Chorzow (Germany V. Poland)*,p.47.

⁶³ *Ibid.* “...to wipe out the consequences of an illegal act and reestablish the situation that would, in all probability, have existed if that act had not been committed” para 29.

⁶⁴ A Cassese, *A International Law* (2001).

⁶⁵ (ILC), " Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts ".Article 36.

เหมาะสม”⁶⁶ อย่างไรก็ตามก็ตี ร่างว่าด้วยมาตรานี้ กลับเป็นที่ถกเถียงวิจารณ์เนื่องจากการเยียวยาด้วยการชดใช้เป็นตัวเงินนั้นในทางกฎหมายระหว่างประเทศนั้นไม่ควรเกี่ยวข้องกับค่าเสียหายเชิงลงโทษ⁶⁷

ข. สิทธิของปัจเจกบุคคลในกฎหมายระหว่างประเทศ

การเรียกร้องสิทธิของปัจเจกบุคคลในการได้รับการเยียวยานั้น สิ่งสำคัญประการแรกคือจะต้องพิจารณาว่าปัจเจกบุคคลมีสิทธิอย่างไรบ้างภายใต้หลักกฎหมายระหว่างประเทศซึ่งจะต้องย้อนกลับไปดูข้อถกเถียงที่ผ่านมาในเวทีระหว่างประเทศอาทิ ปัจเจกบุคคลถือเป็นบุคคลตามกฎหมายระหว่างประเทศหรือไม่ และความสามารถในการมีสิทธิของปัจเจกบุคคลในการได้รับการเยียวยารวมทั้งสภาพบังคับของกระบวนการในการเยียวยาเป็นอย่างไร ทฤษฎีและสนธิสัญญาของกฎหมายระหว่างประเทศในอดีต มีแนวคิดที่ว่ารัฐเท่านั้นที่จะเป็นบุคคลตามกฎหมายระหว่างประเทศ ดังนั้นการยอมรับซึ่งสิทธิและหน้าที่ในทางระหว่างประเทศจึงมีเพียงแค่อรัฐไม่รวมถึงปัจเจกบุคคล ดังนั้นด้วยแนวคิดดั้งเดิมนี้จึงทำให้การมองเรื่องสิทธิของบุคคลตามกฎหมายระหว่างประเทศที่จะได้รับการเยียวยา มีเพียงแค่อรัฐเท่านั้นหากรัฐถูกระงับละเมิดให้เกิดความเสียหายแต่ไม่รวมถึงปัจเจกบุคคล จึงทำให้ในอดีตปัจเจกบุคคลไม่ได้รับการเยียวยาภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศและไม่เป็นผู้ทรงสิทธิใดๆตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศเลย⁶⁸ อย่างไรก็ตาม มีข้อยกเว้นกรณีหากพบว่าปัจเจกบุคคลนั้นเป็นคนของรัฐนั้นก็อาจได้รับความช่วยเหลือจากรัฐของบุคคลนั้นในการเรียกร้องให้มีการเยียวยาได้⁶⁹ แนวคิดทฤษฎีเหล่านี้ปรากฏในหลักกฎหมายระหว่างประเทศอยู่เป็นเวลานาน แม้ว่าจะมีการเรียกร้องให้รัฐให้เจรจาเพื่อให้มีการเยียวยาภายใต้แนวคิดเรื่องความคุ้มครอง

⁶⁶ Ibid. Art. 36 “ [a]wards of compensation encompass material losses (loss of earnings, pensions, medical expenses etc.) and non-material damage (pain and suffering, mental anguish, humiliation, loss of enjoyment of life and loss of companionship or consortium), the latter usually quantified on the basis of an equitable assessment”.

⁶⁷ C Gray, "Judicial Remedies in International Law " (1990).p. 75.

⁶⁸ Brownlie, *Principle of Public International Law*, ed. 3rd ed (1979).,p.431

⁶⁹ L Oppenheim, "International Law: A Treatise, I " (1905).L Oppenheim, *International Law: A Treatise, I* ,1905,p.200

ทางการทูต หรือ การเจรจาทั่วไปที่เกี่ยวข้องกับการเยียวยา ก็ตาม อย่างไรก็ตาม ปรากฏว่าในทางปฏิบัติการเจรจาให้มีการเยียวยานั้นมักเป็นเรื่องระหว่างรัฐด้วยกันและแทบไม่ให้ความสำคัญแก่เหล่าผู้เสียหายเลย ดังนั้นจึงเป็นที่มาแห่งหลักกฎหมายระหว่างประเทศดั้งเดิมที่มีระยะเวลายาวนานบนพื้นฐานหลักความคิดที่ว่ารัฐเท่านั้นที่สามารถเรียกร้องให้มีการเยียวยาในกรณีถูกละเมิดทางกฎหมายระหว่างประเทศได้และไม่ปรากฏว่ามีหลักกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศใดๆ ที่ยอมรับให้ปัจเจกบุคคลมีสิทธิในการเรียกร้องให้มีการเยียวยากรณีถูกละเมิดทางกฎหมายระหว่างประเทศ อย่างไรก็ตาม ก็ไม่ปรากฏเช่นกันว่ามีกฎเกณฑ์ใดๆ แห่งกฎหมายระหว่างประเทศที่ห้ามมิให้ปัจเจกบุคคลได้มาซึ่งสิทธิดังกล่าวภายใต้หลักจารีตประเพณีระหว่างประเทศหรือสนธิสัญญาระหว่างประเทศใดๆ อีกเช่นกัน⁷⁰

ด้วยการตระหนักของประชาคมโลกถึงหลักกฎหมายสิทธิมนุษยชน โดยเฉพาะอย่างยิ่งการละเมิดอย่างร้ายแรงต่อกฎหมายสิทธิมนุษยชนและกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ เหตุนี้จึงมีการตระหนักถึงบทบาทของปัจเจกบุคคลที่เป็นผู้เสียหายมากยิ่งขึ้นและเป็นจุดเริ่มต้นแห่งการเปลี่ยนแปลงครั้งสำคัญ⁷¹ กฎหมายระหว่างประเทศในยุคร่วมสมัยได้กำลังพัฒนา เรื่องการบังคับใช้ซึ่งสิทธิของปัจเจกบุคคล ปัจจุบันนี้หลายรัฐสามารถทำให้ปัจเจกบุคคลเข้าถึงซึ่งสิทธิบางประการของตนโดยเห็นได้จากการจัดทำตราสารระหว่างประเทศหลายฉบับ อาทิเช่น อนุสัญญาว่าด้วยการต่อต้านการทรมานที่เปิดโอกาสให้ปัจเจกบุคคลสามารถยื่นคำร้องขอต่อคณะกรรมการว่าด้วยการต่อต้านการทรมาน⁷²

⁷⁰ A Randelzhofer and C Tomuschat(eds.), "State Responsibility and the Individual: Reparation in Instances of Grave Violations of Human Rights " (1999),pp.1-25.

⁷¹ P K Menon, "The International Personality of Individuals in International Law: A Broadening of the Traditional Doctrine 1," *Journal for Transnational Law. & Politics*.p.151.

⁷²"United Nations Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment," in *G.A. Res. 39/46* (Dec. 10, 1984).

ในส่วนของการเยียวยาผู้เสียหายจากอาชญากรรมระหว่างประเทศจะเห็นได้ว่ามีพัฒนาการที่ก้าวหน้าในการให้ความสำคัญแก่สิทธิของผู้เสียหายมากยิ่งขึ้น คือการจัดทำDeclaration of Basic Principle of Justice for Victims of Crimes and abuse of Power 1985⁷³

นอกเหนือจากปฏิญญาฯยังมีการจัดตั้งคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนประชาชาติว่าด้วยสิทธิมนุษยชนและสิทธิของผู้เสียหายจากการถูกละเมิดสิทธิมนุษยชนร้ายแรง (UN Commission on Human Rights on the rights of victims of gross violations of human rights) รวมถึงในวาระการประชุมครั้งที่61คณะกรรมการได้ร่วมกันจัดทำตราสารที่เกี่ยวกับการเยียวยาผู้เสียหายจากอาชญากรรมร้ายแรงโดยเฉพาะ เพื่อให้มีผลบังคับใช้ ต่อรัฐภาคี คือ ” the Basic Principles and Guidelines on the Right to a Remedy and Reparation for Victims of Gross Violations of International Human Rights Law and Serious Violations of International Humanitarian Law”⁷⁴ ที่มีการสนับสนุนเรื่องสิทธิของปัจเจกบุคคลในการได้รับการเยียวยาอย่างชัดเจน จะเห็นได้ว่าเริ่มการเรียกร้องให้ปัจเจกบุคคลรับผิดชอบทางอาญาจากอาชญากรรมระหว่างประเทศมากขึ้น เพราะประชาคมระหว่างประเทศเริ่มยอมรับว่ากฎหมายระหว่างประเทศสามารถรองรับสิทธิของปัจเจกบุคคลทั้งทางกฎหมายสารบัญญัติและกฎหมายวิธีสบัญญัติพร้อมกัน

ค. พัฒนาการของตราสารระหว่างประเทศที่สำคัญ

ตราสารระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับการสิทธิในการได้รับการเยียวยาส่วนใหญ่มีที่มาจากกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ โดยเริ่มขยายความคุ้มครองไปยังปัจเจกบุคคลที่ได้ถูกละเมิดจากการกระทำของรัฐ ตราสารด้านสิทธิมนุษยชนระดับสากลฉบับแรกที่โดดเด่น

⁷³"Un Declaration of Basic Principles of Justice for Victims of Crime and Abuse of Power."

⁷⁴"Un Basic Principles and Guidelines on the Right to a Remedy and Reparation for Victims of Gross Violations of International Human Rights Law and Serious Violations of International Humanitarian Law."

และมีการวางหลักกฎหมายระหว่างประเทศในเรื่องการเยียวยาปัจเจกบุคคล คือ The Universal Declaration of Human Rights (UDHR)⁷⁵ ต่อมาภายหลังจึงมีการจัดทำตราสารเกี่ยวกับสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศสากลต่อมาอีกฉบับโดยความร่วมมือของสหประชาชาติ คือ The International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR)⁷⁶ ซึ่งมีความโดดเด่นอย่างมากสำหรับในระดับภูมิภาคระหว่างประเทศมีการจัดทำ The European Convention on Human Rights (ECHR) ,The American Convention on Human Rights (ACHR), The African Charter on Human and Peoples' Rights (ACHPR) ซึ่งตราสารต่างๆที่กล่าวเหล่านี้ต่างกำหนดพันธกรณีแก่รัฐภาคีในการจัดหาวิธีการเยียวยาที่เหมาะสมและกำหนดสิทธิของปัจเจกบุคคลในการได้รับการเยียวยาที่มีประสิทธิภาพด้วย อย่างไรก็ตามก็มีการกำหนดเรื่อง สิทธิในการเยียวยาหรือ Right to reparation กลับไม่ได้กำหนดไว้ในตราสารต่างๆเหล่านี้อย่างชัดเจน แต่จะกำหนดเป็นหน้าที่ของรัฐภาคีในการจัดหาการเยียวยาให้ผู้เสียหายแทนโดยกำหนดความคุ้มครองไปถึงสิทธิปัจเจกบุคคลว่าต้องได้รับการเยียวยาที่เหมาะสมจากรัฐ

นอกจากนี้ยังมีปฏิญญาที่สำคัญวางหลักในเรื่องการเยียวยาผู้เสียหาย คือ Declaration of Basic Principle of Justice for Victims of Crimes and Abuse of Power 1985ที่กำหนดแนวทางการเยียวยา ไว้สองประการดังนี้

ประการที่หนึ่ง ได้แก่ การชดใช้ความเสียหายโดยผู้กระทำผิด (Restitution)⁷⁷

กล่าวคือ การชดใช้ความเสียหายให้แก่ผู้เสียหายในคดีอาญาโดยผู้กระทำผิดเป็นหนทางที่ผู้เสียหายจะได้รับการเยียวยาความเสียหายที่เกิดจากการกระทำผิดและเป็นหนทางที่สร้างสรรค์ในการควบคุมผู้กระทำผิดให้ต้องรับผิดชอบต่อการกระทำของตนในขณะเดียวกันนั้นก็เป็นการโอกาสที่ผู้กระทำผิดและผู้เสียหายจะได้รับการฟื้นฟูการชดใช้ความเสียหายโดยผู้กระทำผิดได้กลายมาเป็นเครื่องมือในทาง

⁷⁵"Ga Resolution 217a(iii)," (1948)..

⁷⁶"International Covenant on Civil and Political Rights (iccpr)."

⁷⁷"Handbook on Justice for Victims on the Use and Application of the Declaration of Basic Principles of Justice for Victims of Crime and Abuse of Power.," ed. United Nations Office for Drug Control and Crime Prevention Center For International Crime Prevention (UNODCCP) (New York 1999).

กฎหมายอาญาในการอำนวยความสะดวก และได้กลายมาเป็นเครื่องมือที่จะทำให้ความสัมพันธ์ระหว่างผู้เสียหายและผู้กระทำผิดใหญ่กลับคืนมาอีกครั้งหนึ่งและยังเป็นการพยายามที่จะทำให้ผู้กระทำผิดต้องรับผิดชอบต่อการกระทำของตนต่อผู้เสียหายในคดีอาญาและต่อสังคมตั้งนั้นในหลายๆ ประเทศได้นำเอาการชดเชยความเสียหายไปใช้ในรูปแบบต่างๆ และในกระบวนการดำเนินคดีอาญาในขั้นตอนต่างๆ เช่น การพักการลงโทษ การรอกการลงโทษ และการระงับข้อพิพาทในทางอาญาอย่างไม่เป็นทางการ เป็นต้น การชดเชยความเสียหายดังกล่าวอาจกระทำโดยผู้กระทำผิด หรือรัฐในฐานะผู้มีหน้าที่รับผิดชอบต่อสังคม⁷⁸ ซึ่งอาจกระทำโดยบัญญัติให้การชดเชยความเสียหายโดยผู้กระทำผิดเป็นปัจจัยในการพิจารณาตัดสินคดีการกำหนดโทษปรับให้มีมูลค่าสูงกว่าค่าความเสียหายที่จะต้องชำระแก่ผู้เสียหายโดยผู้กระทำผิดอาจได้รับการยกเว้นโทษปรับหากยอมชดเชยค่าเสียหายให้แก่ผู้เสียหายการกำหนดเงื่อนไขในการทำคำพิพากษาโดยการชะลอการทำคำพิพากษาหากผู้กระทำผิดชดเชยค่าความเสียหายให้แก่ผู้เสียหายในคดีอาญาการยึดทรัพย์สินของผู้กระทำผิดเพื่อชำระค่าความเสียหายให้แก่ผู้เสียหายในคดีอาญาและเป็น “การชดเชยความเสียหายเชิงสร้างสรรค์” (creative restitution) กล่าวคือผู้กระทำผิดให้ความช่วยเหลือโดยตรงแก่ผู้เสียหายโดยที่ผู้เสียหายยินยอม เช่น การชดเชยหรือซ่อมแซมความเสียหายหรือการทำงานชดเชยให้กับผู้เสียหายในคดีอาญา เป็นต้น การชดเชยความเสียหายแก่ผู้เสียหายนั้นควรเป็นมาตรการหลักสำคัญในคดีอาญา⁷⁹ หนึ่งในคดีอาญาที่ส่งผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อม การชดเชยความเสียหายโดยผู้กระทำผิดต้องรวมถึงการทำให้สภาพแวดล้อมนั้นกลับคืนสู่สภาพเดิม การซ่อมแซมและทดแทนสภาพแวดล้อมที่สูญเสียไปให้กลับคืนสู่สภาพเดิมให้มากที่สุดตลอดจนชดเชยผลประโยชน์ที่ผู้เสียหาย (ชุมชน) ต้องสูญเสียไปนั้นด้วย⁸⁰ นอกจากนี้แล้วหากว่าการปฏิบัติหน้าที่ขององค์กรและเจ้าพนักงานของรัฐตามกฎหมายนั้นได้ฝ่าฝืนกฎหมายอาญา และได้สร้างความเสียหายให้เกิดขึ้นกับบุคคลผู้เสียหายในกรณีนี้ต้องได้รับการชดเชยจากรัฐ⁸¹

ประการที่สอง ได้แก่ กรณีผู้เสียหายจากอาชญากรรมจะต้องได้รับการจ่ายค่าเสียหายโดยรัฐ (Compensation) กล่าวคือ โดยในคดีอาญาโดยทั่วๆ ไปแล้วการได้รับการชดเชย

⁷⁸"Un Declaration of Basic Principles of Justice for Victims of Crime and Abuse of Power." Article 8.

⁷⁹Ibid. Article 9.

⁸⁰Ibid. Article 10.

⁸¹Ibid. Article 11.

ความเสียหายเป็นตัวเงินเป็นมาตรการที่มีความสำคัญอันดับต้นๆของความช่วยเหลือภายหลังจากที่ตกเป็นเหยื่อเสียหายในคดีอาญาขอแตกต่างประการสำคัญระหว่างการชดเชยและการชดใช้ความเสียหายแก่ผู้เสียหายในคดีอาญาก็คือการชดเชยความเสียหายไม่จำเป็นว่าจะต้องมีการจับกุมตัวผู้กระทำผิดได้ หรือต้องมีการลงโทษผู้กระทำผิดให้ชดใช้ความเสียหายแก่ผู้เสียหายในคดีอาญาแต่อย่างใด⁸² และในสวณนี้หลักเกณฑ์มาตรฐานที่องค์การสหประชาชาติกำหนดไว้คือ หากผู้เสียหายไม่สามารถได้รับค่าชดเชยจากผู้กระทำผิดหรือโดยวิธีทางอื่นเต็มจำนวนรัฐต้องพยายามจัดให้มีการจ่ายค่าชดเชยแก่ผู้เสียหาย ในกรณีที่น่าปรากฏว่า

(ก) เป็นผู้เสียหายที่ได้รับอันตรายแก่กาย หรือได้รับความเสียหายแก่ร่างกาย หรือจิตใจอันเป็นผลมาจากการกระทำผิดอาญารายแรง

(ข) ครอบครัวของผู้เสียหายโดยเฉพาะอย่างยิ่งผู้ที่ต้องพึ่งพาผู้เสียหายที่ได้เสียชีวิต หรือต้องตกเป็นผูไร้ความสามารถอันเนื่องมาจากการตกเป็นเหยื่อเสียหายในคดีอาญาและเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์หลักในการให้การชดเชยแก่ผู้เสียหายดังที่กล่าวมานั้น รัฐต้องสนับสนุนส่งเสริมให้มีการกองทุนสำหรับการชดเชยความเสียหายแก่ผู้เสียหายในคดีอาญาระดับชาติ⁸³

ภายหลังจากการประกาศปฏิญญาฯ มีการร่วมกันกำหนดหลักการเยียวยาอาชญากรรมร้ายแรงทางระหว่างประเทศที่มีความสำคัญอย่างมาก เพราะมีการเปิดโอกาสยอมรับให้ผู้เสียหายจากอาชญากรรมร้ายแรงระหว่างประเทศสามารถเรียกร้องให้มีการเยียวยาได้เอง คือ The United Nations Basic Principles and Guidelines on the Right to a Remedy and Reparation for Victims of Gross Violation of International Human Rights law and Serious Violations of Humanitarian Law 2005⁸⁴ โดยกำหนดรับรองให้สิทธิแก่ผู้เสียหายเข้าถึงการเยียวยาในรูปแบบต่างๆ คือ การทำให้กลับคืนสู่สถานะเดิม การจ่ายค่าเสียหายเป็นตัวเงิน การฟื้นฟูสภาพ การทำให้พอใจ และการรับรองว่าจะไม่เกิดความเสียหายจากอาชญากรรมนั้นอีกครั่ง (The Van Boven/Bassiouni Principles) โดยผู้เสียหายจะต้องได้รับการเยียวยาที่เพียงพอและทันที

⁸² Ibid. Article 12

⁸³ Ibid. Article 13.

⁸⁴ "Un Resolution 60/147.."UN General Assembly adopted in December 2005, Resolution 60/147.

รวมทั้งต้องเข้าสู่กลไกกระบวนการเยียวยาได้อย่างสะดวก มุ่งส่งเสริมความยุติธรรมด้วยการแก้ปัญหาการละเมิดร้ายแรงต่อกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศหรือกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศโดยการชดเชยต้องมีสัดส่วนเหมาะสมกับความรุนแรงของการละเมิดและความเสียหายที่เกิดขึ้นโดยเป็นไปตามพันธกรณีของกฎหมายในประเทศและระหว่างประเทศ โดยมีการกำหนดแนวทางการเยียวยาดังนี้

ประการที่หนึ่ง คือ การชดเชย (Restitution) เท่าที่กระทำได้ ควรมุ่งฟื้นฟูสถานภาพเดิมของผู้เสียหายก่อนที่จะเกิดการละเมิดร้ายแรงต่อกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศหรือกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศขึ้นหากเหมาะสมการชดเชยควรประกอบด้วยทำให้เป็นอิสระทำให้ได้รับสิทธิมนุษยชนมีศักดิ์ศรีมีชีวิตครอบครัวและมีสัญชาติให้ได้กลับไปยังภูมิลำเนาของตนให้มีความทำงานและได้รับทรัพย์สินสมบัติคืนมา

ประการที่สอง คือการจ่ายค่าเสียหาย (Compensation) สำหรับความเสียหายด้านเศรษฐกิจที่ประเมินได้โดยให้เหมาะสมและมีสัดส่วนสอดคล้องกับระดับความรุนแรงของการละเมิดและพฤติการณ์ของคดีอันเป็นผลมาจากการละเมิดร้ายแรงต่อกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศและกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศอย่างเช่น

- (i) ความเสียหายทางกายหรือใจ
- (ii) การสูญเสียโอกาสรวมทั้งการมีงานทำการศึกษาและสวัสดิการด้านสังคม
- (iii) ความเสียหายด้านวัตถุและการสูญเสียรายได้รวมทั้งโอกาสที่จะมีรายได้
- (iiii) ความเสียหายด้านศีลธรรม
- (iiiii) ค่าใช้จ่ายสำหรับความช่วยเหลือด้านกฎหมายหรือความช่วยเหลือจาก
ผู้ชำนาญการค่าใช้จ่ายด้านการรักษาพยาบาลและยาค่าใช้จ่ายสำหรับบริการ
ด้านจิตวิทยาและสังคม

ประการที่สาม คือการฟื้นฟู (Rehabilitation) ควรครอบคลุมถึงการดูแลด้านแพทย์และจิตวิทยารวมทั้งบริการด้าน กฎหมายและสังคม

ประการที่สี่ คือการทำให้พึงพอใจ (Satisfaction)ไม่ว่าจะเป็น มาตรการที่เป็นผลที่มุ่งให้การละเมิดยุติลงการไต่สวนหาความจริงและการเปิดเผยข้อมูลที่เป็นจริงอย่างเต็มที่ต่อสาธารณะ ในกรณีที่การเปิดเผยข้อมูลจะไม่ทำให้เกิดความเสียหายเพิ่มเติมหรือไม่เป็นการคุกคามต่อความปลอดภัยและประโยชน์ของผู้เสียหายญาติของผู้เสียหายพยานหรือบุคคลซึ่งได้เข้ามาให้ความช่วยเหลือผู้เสียหายหรือป้องกันไม่ให้เกิดการละเมิดเพิ่มเติมการค้นหาผู้สูญหายการค้นหาซากศพการให้มีประกาศอย่างเป็นทางการหรือมีคำสั่งของศาลเพื่อฟื้นฟูศักดิ์ศรีเกียรติยศและสิทธิของผู้เสียหายและบุคคลที่ใกล้ชิดกับผู้เสียหายการขอโทษอย่างเป็นทางการรวมทั้งการยอมรับความจริงที่เกิดขึ้นและยอมรับความรับผิดชอบมาตรการลงโทษทั้งทางตุลาการและบริหารต่อผู้ที่มีส่วนรับผิดชอบต่อการละเมิด การจัดพิธีรำลึกและอุทิศส่วนกุศลให้กับผู้เสียหาย และ ให้นำข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับการละเมิดกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศและ กฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศมาใช้เป็นส่วนหนึ่งของคู่มือการอบรมและตำราเรียนในทุกระดับ

ประการสุดท้าย คือการประกันไม่ให้เกิดซ้ำ(Non- Repetition) เช่น รับประกันให้พลเรือนเป็นฝ่ายควบคุมดูแลกองทัพและทหารอย่างจริงจังและรับประกันว่าขั้นตอนปฏิบัติเกี่ยวกับพลเรือนและทหารสอดคล้องกับมาตรฐานระหว่างประเทศในแง่ของกระบวนการอันควรมีความเป็นธรรมและความไม่ลำเอียงสนับสนุนความเป็นอิสระของหน่วยงานตุลาการ คุ้มครองบุคคลที่มีอาชีพด้านกฎหมาย การแพทย์ และการดูแลสุขภาพ สื่อมวลชน และอาชีพที่เกี่ยวข้องอื่นๆ และผู้พิทักษ์สิทธิมนุษยชน ทบสวนและปฏิรูปกฎหมายที่มีส่วนสนับสนุนหรือเปิดโอกาสให้มีการละเมิดร้ายแรงต่อกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศและกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ⁸⁵

2.1.4.3 สิทธิในการได้รับการสนับสนุนช่วยเหลือ

การให้ความช่วยเหลือสนับสนุนผู้เสียหายในคดีอาญามีเป้าหมายสำคัญคือ การช่วยเหลือทาง ด้านจิตใจอารมณ์ความรู้สึกของผู้เสียหาย การให้ผู้เสียหายมีส่วนร่วมในกระบวนการ

⁸⁵"Un Basic Principles and Guidelines on the Right to a Remedy and Reparation for Victims of Gross Violations of International Human Rights Law and Serious Violations of International Humanitarian Law." Chapter 9.

ยุติธรรมทางอาญา การได้รับการชดเชยความเสียหาย และการช่วยเหลือปัญหาอื่นที่เกี่ยวข้องจากการตกเป็นเหยื่อเสียหายในคดีอาญา

ก.พัฒนาการของตราสารระหว่างประเทศที่สำคัญในอดีต

ปฏิญญาว่าด้วยหลักความยุติธรรมขั้นพื้นฐานสำหรับผู้เสียหายในคดีอาญาและการใช้อำนาจโดยมิชอบ ได้กำหนดเนื้อหาที่เกี่ยวกับการให้การสนับสนุนช่วยเหลือแก่ผู้เสียหายไว้ตลอดกระบวนการพิจารณาคดีทั้งก่อนเข้าสู่กระบวนการพิจารณาคดี ระหว่างการพิจารณาคดีและภายหลังที่การพิจารณาคดีสิ้นสุดลงแล้ว โดยกำหนดหลักเกณฑ์มาตรฐานในการให้ความช่วยเหลือแก่ผู้เสียหายในคดีอาญาไว้คือผู้เสียหายในคดีอาญา ต้องได้รับการช่วยเหลือด้านการรักษาพยาบาล การช่วยเหลือทางด้านสุขภาพจิต หรือสิ่งของจำเป็นประการอื่นจากรัฐ ท้องถิ่น หรือชุมชน⁸⁶ และที่สำคัญที่สุดคือผู้เสียหายต้องรับรู้วาทนเองมีสิทธิได้รับการช่วยเหลือต่าง ๆ ดังที่กล่าวมานั้น⁸⁷ นอกจากนี้เจ้าหน้าที่และบุคลากรในกระบวนการยุติธรรม การสาธารณสุขและสวัสดิการสังคมจะต้องเป็นผู้ที่มีความรู้ความเข้าใจระบบการให้ความช่วยเหลือแก่ผู้เสียหายและพร้อมจะให้ความช่วยเหลือต่าง ๆ แก่ผู้เสียหาย⁸⁸ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีของผู้เสียหายที่จำเป็นต้องได้รับการช่วยเหลือเป็นพิเศษ⁸⁹

สำหรับ The United Nations Basic Principles and Guidelines on the Right to a Remedy and Reparation for Victims of Gross Violation of International Human Rights Law and Serious Violations of Humanitarian Law 2005⁹⁰ ก็ได้กำหนดหลักเกณฑ์มาตรฐานเกี่ยวกับการสนับสนุนช่วยเหลือผู้เสียหายในการได้รับการชดเชยเยียวยาไว้เช่นกัน คือ การช่วยเหลือให้ผู้เสียหายเข้าถึงข้อมูลเกี่ยวกับการเยียวยาให้มากที่สุดคือการกำหนดให้ รัฐควรจัดทำ

⁸⁶"Un Declaration of Basic Principles of Justice for Victims of Crime and Abuse of Power." Article 14.

⁸⁷ibid. Article 15.

⁸⁸ibid. Article 16.

⁸⁹ibid. Article 17.

⁹⁰"Un Basic Principles and Guidelines on the Right to a Remedy and Reparation for Victims of Gross Violations of International Human Rights Law and Serious Violations of International Humanitarian Law."

กลไกเพื่อให้ความรู้ต่อสาธารณะ และโดยเฉพาะผู้เสียหายจากการละเมิดร้ายแรงต่อกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศและกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ เพื่อให้ทราบถึงสิทธิและการเยียวยาซึ่งเป็นไปตามหลักการและแนวปฏิบัติพื้นฐานฉบับนี้และเพื่อให้ทราบถึงบริการด้านกฎหมาย การแพทย์ จิตวิทยา สังคม บริหารและบริการด้านอื่นๆที่ผู้เสียหายมีสิทธิเข้าถึง นอกจากนี้ผู้เสียหายและตัวแทนควรสามารถร้องขอและได้รับข้อมูลเกี่ยวกับสาเหตุที่ทำให้ตนเองต้องตกเป็นเหยื่อ และ สาเหตุและเงื่อนไขที่เกี่ยวข้องกับการละเมิดร้ายแรงต่อกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศและกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ และได้ทราบความจริงเกี่ยวกับการละเมิดเหล่านี้ได้⁹¹

2.1.4.4 สิทธิในการได้รับมาตรการคุ้มครองพิเศษ

มาตรการคุ้มครองพิเศษมีความจำเป็นที่ต้องนำมาใช้ใน เพราะในบางกรณีผู้เสียหายในคดีอาจเกิดความรู้สึกไม่มั่นคงทางจิตใจและชีวิตร่างกาย จนหวาดกลัวและไม่อยากเข้าสู่กระบวนการยุติธรรม และอาจส่งผลกระทบต่อการศึกษาหาความจริงในศาลเนื่องจากขาดพยานหลักฐานจากผู้เสียหายในการพิสูจน์ข้อเท็จจริงแม้ว่าจะปรากฏความเสียหายเกิดขึ้นก็ตาม ซึ่งอาจเป็นอุปสรรคสำคัญในการอำนวยความยุติธรรมให้แก่ผู้เสียหาย ดังนั้น รัฐจึงควรกำหนดมาตรการพิเศษแก่ผู้เสียหายบางประเภทหรือในคดีบางประเภทที่มีความอ่อนไหวจากปัจจัยต่างๆไม่ว่าจะเป็นเรื่อง เพศ ความรุนแรงลักษณะแห่งคดี เชื้อชาติ ชาติพันธุ์ สีผิว ภาษา ศาสนา การเมือง ความคิดเห็นต่างๆ ความเชื่อทางวัฒนธรรมจารีตประเพณี ทรัพย์สิน สถานะทางครอบครัวหรือชาติกำเนิด เผ่าพันธุ์ ความไม่สมบูรณ์ทางร่างกาย⁹² พัฒนาการของตราสารระหว่างประเทศที่สำคัญ ได้แก่ **“ปฏิญญาว่าด้วยหลักความยุติธรรมขั้นพื้นฐานสำหรับผู้เสียหายในคดีอาญาและการใช้อำนาจโดยมิชอบ”** โดยได้กำหนดมาตรการที่จำเป็นเพื่อลดความไม่สะดวกแก่เหยื่อเพื่อปกป้องสิทธิส่วนบุคคล(Privacy) และให้หลักประกันในความปลอดภัยจากการข่มขู่และการล่าแค้นแก่ผู้เสียหายในคดีอาญา ครอบครัวของเหยื่อและพยานที่เกี่ยวข้องของชน การให้คืนหรือไชราคาทรัพย์สินของผู้เสียหายในคดีอาญาการให้ค่าตอบแทนแก่ผู้เสียหายที่มาเป็นพยานในศาลการใช้วิธีการพิเศษในการพิจารณาคดีในกรณีผู้เสียหายเป็นเด็ก หรือผู้หญิงในคดีความผิดทางเพศเพื่อหลีกเลี่ยงการเผชิญหน้ากับผู้

⁹¹ibid. Chapter 10.

⁹²"Un Declaration of Basic Principles of Justice for Victims of Crime and Abuse of Power." Article 3.

กระทำความผิดแผ่นดินประเทศใดมีการทบทวนกฎหมายและวิธีปฏิบัติเพื่อให้เกิดความแน่ใจว่าผู้เสียหายในคดีอาญาและพยานได้รับการคุ้มครองจากการคุกคาม⁹³

สำหรับ The United Nations Basic Principles and Guidelines on the Right to a Remedy and Reparation for Victims of Gross Violation of International Human Rights Law and Serious Violations of Humanitarian Law 2005 ได้กำหนดมาตรการพิเศษในการคุ้มครองผู้เสียหายไว้เช่นกัน กล่าวคือให้รัฐมีพันธกรณีในการปฏิบัติต่อผู้เสียหายอย่างมีมนุษยธรรม มีความเคารพต่อศักดิ์ศรีและสิทธิมนุษยชนของตนเอง และควรใช้มาตรการที่เหมาะสมเพื่อประกันความปลอดภัย สวัสดิภาพทางกายและใจ และความเป็นส่วนตัว รวมทั้งของครอบครัวตนเองด้วย หากเป็นไปได้ รัฐควรประกันว่ากฎหมายในประเทศคุ้มครองให้ผู้เสียหายจากความรุนแรงหรือความเจ็บปวด ได้รับประโยชน์จากข้อบัญญัติเพื่อการคุ้มครองเหล่านี้ และได้รับการดูแลเพื่อไม่ให้ต้องได้รับความทุกข์ทรมานเพิ่มเติมในระหว่างขั้นตอนการดำเนินงานทางกฎหมายและฝ่ายบริหาร ซึ่งเป็นกลไกที่มุ่งให้เกิดความยุติธรรมและการเยียวยา⁹⁴ และในขั้นตอนการเยียวยาแก่ผู้เสียหายนั้นรัฐจะต้องคุ้มครองไม่ให้มีการแทรกแซงความเป็นส่วนตัวอย่างไม่ชอบด้วยกฎหมาย ประกันให้มีความปลอดภัยไม่ต้องถูกคุกคามและตอบโต้ รวมทั้งการคุ้มครองครอบครัวและพยานของผู้เสียหายทั้งในช่วงก่อน ระหว่าง และภายหลังการดำเนินงานทางตุลาการ บริหารและอื่นๆ ที่อาจกระทบต่อประโยชน์ของผู้เสียหาย⁹⁵

2.1.4.5 สิทธิในการมีส่วนร่วมของผู้เสียหาย

การมีส่วนร่วมของผู้เสียหายในคดีนั้นเป็นเรื่องสำคัญประการหนึ่งในการอำนวยความยุติธรรมแก่ผู้เสียหาย เพราะผู้เสียหายเป็นผู้ได้รับผลกระทบมากที่สุดในคดีจึงควรได้รับโอกาสในการเข้ามามีบทบาทในกระบวนการพิจารณาคดี ซึ่งบทบาทการมีส่วนร่วมของผู้เสียหายมีหลายรูปแบบไม่ว่าจะเป็นการแสดงความคิดเห็น ข้อกังวลใจ หรือการขอทราบข้อมูลต่างๆในขั้นตอนกระบวนการพิจารณาคดีแนวคิดเรื่องการมีส่วนร่วมของผู้เสียหายในกระบวนการพิจารณาคดีเพื่อร่วมค้นหาความจริงนั้นนับว่ามี

⁹³ibid. Article 6.

⁹⁴"Un Basic Principles and Guidelines on the Right to a Remedy and Reparation for Victims of Gross Violations of International Human Rights Law and Serious Violations of International Humanitarian Law.", Chapter 6.

⁹⁵ibid. Chapter 8.

การปรากฏแนวคิดนี้มาตลอดหลายทศวรรษ⁹⁶ เพียงแต่ยังไม่มีข้อกำหนดบทบัญญัติที่ชัดเจนถึงสิทธิในการมีส่วนร่วมของผู้เสียหายว่ามีบทบาท ขั้นตอน เป็นอย่างไร มีเพียงหลักการกว้างๆที่กล่าวถึงหลักการกระบวนการยุติธรรมทางอาญาว่าต้องอำนวยความสะดวกแก่ผู้เสียหายเพื่อให้ทราบถึงบทบาทหน้าที่ของตนเท่านั้น รวมถึงทราบถึงสิทธิของตนในการได้รับการเยียวยา แต่ยังไม่มียกเว้นบทบัญญัติใดรองรับการเข้ามาในกระบวนการพิจารณาคดีของผู้เสียหายอย่างชัดเจน โดยที่พัฒนาการของตราสารระหว่างประเทศที่สำคัญได้แก่ “**ปฏิญญาว่าด้วยหลักความยุติธรรมขั้นพื้นฐานสำหรับผู้เสียหายในคดีอาญาและการใช้อำนาจโดยมิชอบ**”⁹⁷ ซึ่งได้กำหนดหลักการไว้ว่ากระบวนการยุติธรรมทางอาญาต้องตอบสนองต่อความต้องการของผู้เสียหายและควรอำนวยความสะดวกแก่ผู้เสียหายโดยต้องมีการแจ้งให้ผู้เสียหายทราบถึง บทบาท และสิทธิของตน กำหนดเวลาและความคืบหน้าของการดำเนินการพิจารณาและการพิพากษาคดีโดยเฉพาะอย่างยิ่งคดีร้ายแรง (Serious-Crimes) และเหยื่อได้ขอทราบข้อมูลข่าวสารนั้น และในการดำเนินการกระบวนการพิจารณาคดีต้องยอมรับฟังและพิจารณาเกี่ยวกับทัศนคติและความกังวลใจของผู้เสียหายโดยเฉพาะกรณีที่กระทบต่อผลประโยชน์ส่วนบุคคล (Personal Interest) ของผู้เสียหายโดยปราศจากอคติต่อสิทธิของผู้ต้องหาหรือจำเลยโดยสอดคล้องกับกระบวนการยุติธรรมทางอาญาที่มีอยู่ทั้งนี้เพื่อให้กระบวนการพิจารณาคดีซึ่งนำไปสู่การทำคำพิพากษาอันถึงที่สุดและยุติธรรม⁹⁸

สำหรับ The United Nations Basic Principles and Guidelines on the Right to a Remedy and Reparation for Victims of Gross Violation of International Human Rights Law and Serious Violations of Humanitarian Law 2005 ได้กำหนดให้รัฐมีพันธกรณีในการให้ผู้เสียหายและตัวแทนสามารถร้องขอและได้รับข้อมูลเกี่ยวกับสาเหตุที่ทำให้ตนเองต้องตกเป็นเหยื่อ และ สาเหตุและเงื่อนไขที่เกี่ยวข้องกับการละเมิดร้ายแรงต่อกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศและกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ และได้ทราบความจริงเกี่ยวกับการละเมิดเหล่านี้ และรัฐมีพันธกรณีในการจัดทำกลไกเพื่อให้ความรู้ต่อสาธารณะ และโดยเฉพาะผู้เสียหายจากการละเมิดร้ายแรงต่อกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศและกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ เพื่อให้ทราบถึงสิทธิและการเยียวยาซึ่งเป็นไปตามหลักการและแนวปฏิบัติพื้นฐานฉบับนี้และเพื่อให้

⁹⁶War Crimes Research Office, *Victim Participation before the International Criminal Court* (, 8 November 2007,).p.315.

⁹⁷"Un Declaration of Basic Principles of Justice for Victims of Crime and Abuse of Power."

⁹⁸ibid.Article 6.

ทราบถึงบริการด้านกฎหมาย การแพทย์ จิตวิทยา สังคม บริหารและบริการด้านอื่นๆที่ผู้เสียหายมีสิทธิเข้าถึงด้วย⁹⁹

จากการศึกษาบทที่2 อาจสรุปได้ว่า หลักกฎหมายและทฤษฎีต่างๆที่ได้กล่าวมาในบทนี้สะท้อนให้เห็นถึงความตระหนักและร่วมรับรู้ของรัฐต่างๆในความพยายามและร่วมมือกันที่จะปกป้องคุ้มครองผู้เสียหายจากอาชญากรรมร้ายแรง ซึ่งผู้หญิงที่ตกเป็นผู้เสียหายก็จะได้รับผลดีจากข้อตกลงความร่วมมือต่างๆนี้ด้วย ส่วนการคุ้มครองผู้เสียหายที่เป็นผู้หญิงจากอาชญากรรม โดยเฉพาะนั้นยังไม่ปรากฏว่ามีข้อตกลงระหว่างประเทศมากนัก ส่วนใหญ่จะเป็นการเรียกร้องจากมติสหประชาชาติให้ทุกๆรัฐร่วมมือกันในการขจัดการเลือกปฏิบัติทางเพศ ขจัดการกระทำรุนแรงทางเพศ คุ้มครองผู้หญิงจากสถานการณ์ความขัดแย้ง และประกันรับรองสิทธิของผู้หญิงให้มีความเท่าเทียมกับผู้ชายหรือจัดทำในรูปแบบอนุสัญญาป้องกันอาชญากรรมเฉพาะเรื่องเปิดให้ลงนามเช่น อนุสัญญาต่อต้านการทรมานหรืออนุสัญญาต่อต้านการค้ามนุษย์ เป็นต้น ดังนั้น The Declaration of the Basic Principles of Justice for Victims of Crime and Abuse of Power 1985 และ UN Basic Principles and Guidelines 2006 น่าจะเป็นพัฒนาการทางกฎหมายระหว่างประเทศในการคุ้มครองผู้เสียหายที่เป็นผู้หญิงจากอาชญากรรมร้ายแรงระหว่างประเทศหรือการกระทำรุนแรงทางเพศ ที่โดดเด่นและมีวิวัฒนาการที่สำคัญจนนำไปสู่การพัฒนาหลักกฎหมายระหว่างประเทศอื่นว่าด้วยการคุ้มครองผู้เสียหายที่เป็นผู้เสียหายในได้มากที่สุด และน่าจะเป็นต้นแบบการจัดทำบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองผู้เสียหายในกระบวนการพิจารณาคดีทางอาญาระหว่างประเทศในเวลาต่อมา

⁹⁹"Un Basic Principles and Guidelines on the Right to a Remedy and Reparation for Victims of Gross Violations of International Human Rights Law and Serious Violations of International Humanitarian Law.", Chapter 10.

บทที่ 3

วิวัฒนาการคุ้มครองผู้เสียหายที่เป็นผู้หญิงภายใต้ศาลอาญาเฉพาะกิจระหว่างประเทศ

เมื่อผู้หญิงถูกละเมิดจากอาชญากรรมร้ายแรง จึงเป็นเหตุผลจำเป็นที่ทุกรัฐจะต้องให้ความคุ้มครองและหลักประกันสิทธิมนุษยชนแก่ผู้หญิงที่ตกเป็นเหยื่อ เครื่องมือสำคัญประการหนึ่งคือ กระบวนการยุติธรรมทางอาญาซึ่งจะไปสิ้นสุดที่ศาลยุติธรรมในชั้นตอนสุดท้ายและถือเป็นขั้นตอนที่สำคัญอย่างยิ่ง ดังนั้นมูลเหตุในการก่อตั้งศาลอาญาเฉพาะกิจก่อนการจัดตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศในปัจจุบันจึงมีที่มาจาก การต่อสู้กับอาชญากรรมร้ายแรงต่อมนุษยชาติที่มีผู้เสียหายรวมทั้งผู้หญิงด้วยนั่นเอง

ในอดีตได้มีแนวความคิดในการดำเนินคดีอาญาต่อผู้ก่ออาชญากรรมร้ายแรงต่อมนุษยชาติมานานนับร้อยปีเนื่องจากได้มีการก่ออาชญากรรมร้ายแรงต่อมนุษยชาติหลายต่อหลายครั้ง ก่อให้เกิดการบาดเจ็บล้มตายของผู้คนเป็นจำนวนมาก แต่ผู้ก่ออาชญากรรมร้ายแรงดังกล่าวกลับดำรงชีวิตอยู่ได้โดยไม่ต้องรับผิดชอบใดๆต่อการกระทำของตน เนื่องจากแต่เดิมกฎหมายในทางกฎหมายระหว่างประเทศถือว่ารัฐเป็นบุคคลเพียงประเภทเดียวที่มีสิทธิและหน้าที่สมบูรณ์ตามกฎหมายระหว่างประเทศ จึงได้กำหนดความรับผิดชอบไว้เฉพาะความรับผิดชอบของรัฐ (State responsibility) เท่านั้น ต่อมาเมื่อมีแนวคิดที่ว่าหากถือว่าการก่ออาชญากรรมร้ายแรงต่อมนุษยชาติเป็นการกระทำของปัจเจกชนที่ไม่ต้องรับผิดชอบต่อกระทำของตนแล้ว ย่อมเป็นข้ออ้างของผู้ก่อความเดือดร้อนแก่มนุษยชาติที่จะใช้หลีกเลี่ยงความรับผิดชอบของตนได้จึงต้องจัดตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศและกำหนดกฎหมายวิธีปฏิบัติเพื่อเอาตัวผู้กระทำความผิดอันเป็นปัจเจกชนมาลงโทษประชาคมโลกจึงได้กำหนดหลักเกณฑ์ในความรับผิดชอบของปัจเจกบุคคล

การจัดตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศขึ้น ในเบื้องต้นเป็นการจัดตั้งศาลอาญาเฉพาะกิจ (ad hoc Tribunal) ไม่ว่าจะเป็นศาลทหารระหว่างประเทศ ณ กรุงนูร์มเบิร์ก (International Military Tribunal at Nuremberg) ศาลทหารระหว่างประเทศ ณ กรุงโตเกียว (International

Military Tribunal at Tokyo) และต่อมาได้มีการจัดตั้งศาลอาญาเฉพาะกิจขึ้นในภายหลังอีก เช่น ศาลอาญาระหว่างประเทศสำหรับอดีตยูโกสลาเวีย (International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia (ICTY)) และศาลอาญาระหว่างประเทศสำหรับรวันดา (International Criminal Tribunal for Rwanda (ICTR)) ซึ่งเป็นที่มาสำคัญต่อการจัดตั้งศาลอาญาเฉพาะกิจระหว่างประเทศ อื่นๆ เช่น ศาลพิเศษแห่งเซียร์ราลีโอน (Special Court for Sierra Leone) และองค์คณะพิเศษในศาลกัมพูชา (Extraordinary Chambers in The Courts of Cambodia) เป็นต้น

3.1 พัฒนาการของศาลอาญาเฉพาะกิจก่อนศาลอาญาระหว่างประเทศ

3.1.1 ศาลทหารระหว่างประเทศนูเรมเบิร์ก (The International Military Tribunal at Nuremberg) และศาลโตเกียว (Tokyo Tribunal)

ต้นกำเนิดของกระบวนการยุติธรรมทางอาญาระหว่างประเทศในปัจจุบันนี้ มีจุดเริ่มต้นนับแต่สิ้นสงครามโลกครั้งที่ 2 โดยมีการก่อตั้งศาลทหารระหว่างประเทศนูเรมเบิร์ก (The International Military Tribunal at Nuremberg : IMT)¹ เพื่อปฏิบัติตามข้อตกลงลอนดอน (the London Agreement of 8 August 1945)² วัตถุประสงค์เพื่อนำผู้บัญชาการทหารและทหารในกองทัพฝ่ายอักษะซึ่งเป็นผู้แพ้สงครามมาพิจารณาคดีและลงโทษในข้อหาเป็นอาชญากรรมร้ายแรงในภูมิภาคยุโรป³ อย่างรวดเร็วและยุติธรรม มีการพิจารณาคดีโดยคณะตุลาการที่กลุ่มประเทศพันธมิตรเลือกมาโดยใช้บทบัญญัติแห่ง London charter of the international military tribunal ซึ่งกฎบัตรดังกล่าวมีอาชญากรรมกำหนดไว้ 2 ประเภท คืออาชญากรรมสงคราม หรือ War

¹Gregory S.Gordon, *Toward an International Criminal Procedure : Due Process Aspirations and Limitations* (, University of North Dakota School of Law 2006).

²T. Taylor, *Agreement for the Prosecution and Punishment of the Major War Criminals of the European Axis, and Charter of the International Military Tribunal, London;*, (Back Bay Books, Little, Brown and Company 8 August 1945;1992), www.icrc.org/ihl.nsf/FULL/350?OpenDocument; for an account of the negotiations.

³"Nuremberg Charter," (1945).Article 1.

crimes , อาชญากรรมต่อมนุษยชาติ หรือCrimes against humanity และ อาชญากรรมการรุกราน หรือThe crime of aggression

สำหรับในด้านการคุ้มครองผู้เสียหายที่เป็นผู้หญิงในกฎหมายสารบัญญัติและวิธีสบัญญัตินั้นอาจกล่าวได้ว่าในด้านสารบัญญัติไม่มีบทบัญญัติเกี่ยวกับความผิดเกี่ยวกับเพศโดยตรง แต่ในการเสนอคำฟ้องโดยอัยการก็มีข้อหาที่เกี่ยวกับการกระทำทารุณและการอนาจารต่อสตรีและเด็กอยู่ด้วย(ไม่มีข้อหาข่มขืนกระทำชำเรา)⁴โดยฟ้องในอาชญากรรมประเภท Crimes against humanity

ในด้านวิธีสบัญญัติ ได้มีการจัดทำ กฎบัตรนูเรมเบิร์ก (Nuremberg Charter) และมีการร่าง ระเบียบวิธีพิจารณาความในศาล (Rule of Procedure of the International Military Tribunal)⁵ รวมไปถึงด้วยกฎบัตรและระเบียบวิธีพิจารณาความในศาล มีการรับรองสิทธิต่างๆของจำเลยไว้หลายเรื่อง เช่น สิทธิในการได้รับการชี้แจงข้อกล่าวหา สิทธิในการมีที่ปรึกษา⁶ แต่ไม่มุ่งคุ้มครองผู้เสียหายมากเท่ากับจำเลย

ในด้านของการคุ้มครองผู้เสียหายที่เป็นผู้หญิงจากอาชญากรรม ไม่มีบทบัญญัติกำหนดในการอนุญาตให้ผู้เสียหายเข้าเป็นคู่ความในการพิจารณาคดีต่อศาล ผู้เสียหายที่เป็นผู้หญิงแทบไม่มีโอกาสในการริเริ่มแสวงหาข้อเท็จจริงสืบสวนสอบสวนหรือแม้แต่มิมีบทบาทในการริเริ่มฟ้องคดีสู่ศาล นอกจากนี้ยังไม่มีหน่วยงานใดๆที่ตั้งขึ้นมาเพื่อให้ความช่วยเหลือสนับสนุนผู้เสียหายในคดี และไม่มีมาตรการกำหนดเรื่องการชดใช้แก่ผู้เสียหาย(Reparations) ไว้ในบทบัญญัติ รวมทั้งไม่มีการให้คำนิยามคำว่า “ผู้เสียหาย” ไว้ในกฎบัตรของศาล

เนื่องจากการจัดตั้งศาลทหารระหว่างประเทศ มีจุดประสงค์สำคัญเพื่อนำตัวบุคคลที่ได้กระทำการอันขัดต่อกฎหมายและจารีตประเพณีในการทำสงครามมาลงโทษ จึงได้ถูก

⁴Richard J. Goldstone, " , Prosecuting Rape as a War Crime, ," 34 CASE W. RES. J. INT'L L. ((2002)).

⁵"Nuremberg Charter." Article 13.

⁶Ibid. Ariclet.16.

วิพากษ์วิจารณ์ถึงเรื่องความยุติธรรมในการตัดสินคดีของศาลดังกล่าว โดยนักวิชาการกฎหมายระหว่างประเทศมองว่าเป็นศาลที่ตัดสินโดยผู้ชนะสงครามและมุ่งเอาผิดต่อผู้แพ้สงครามเท่านั้น⁷

นอกจากนี้ในประเทศญี่ปุ่น มีการจัดตั้งศาลทหารกรุงโตเกียว(the International Military Tribunal for the Far East :Tokyo Tribunal)เพื่อพิจารณาคดีสงครามที่เกิดขึ้นภายในภูมิภาค ก่อตั้งโดยผู้บัญชาการทหารสูงสุดของฝ่ายประเทศสัมพันธมิตร โดยในปฏิญญาแห่งPotsdam ได้มีคำสั่งการเมื่อวันที่ 26 กรกฎาคม 1945 และวันที่ 19 มกราคม 1946 อันมีใจความประกาศว่าจะนำความยุติธรรมกลับคืนอย่างเด็ดขาด และจะนำเหล่าอาชญากรสงครามมารับโทษในดินแดนนี้ให้ได้ มีการพิจารณาคดีโดยคณะตุลาการของกลุ่มพันธมิตรและบางประเทศในเอเชียตะวันออกเฉียงใต้ เช่น ฟิลิปปินส์ โดยใช้บทบัญญัติแห่งThe Charter of the International Military Tribunal for the Far East ซึ่งกฎบัตรดังกล่าวมีอาชญากรรมกำหนดไว้ 3 ประเภท คือ อาชญากรรมสงคราม (War crimes) , อาชญากรรมต่อมนุษยชาติ (Crimes against humanity) และ อาชญากรรมต่อสันติภาพ (Crimes against peace)⁸ในด้านกฎหมายสารบัญญัติของศาลทหารกรุงโตเกียวมีการคุ้มครองในความผิดทางเพศ คือการข่มขืนอยู่บ้าง โดยให้ถือว่าการข่มขืนเป็นอาชญากรรมสงครามอย่างหนึ่ง และเนื่องจากระหว่างสงครามดังกล่าวทหารญี่ปุ่นได้กระทำละเมิดทางเพศต่อหญิงในประเทศที่เข้ายึดครองอย่างมากจึงมีการฟ้องคดีในข้อหาข่มขืนโดยตรงต่อจำเลยหลายคนและคณะตุลาการก็ได้พิพากษาลงโทษจำเลยหลายคนในข้อหานี้โดยถือว่าเป็น inhumanity act ซึ่งเป็นฐานความผิดในอาชญากรรมประเภท Crimes against humanity⁹ แต่ก็มีข้อสังเกตว่าไม่มีการลงโทษต่อการกระทำที่เป็นการบังคับให้เป็นทาสทางเพศ (comfort women) เช่น การบังคับหญิงชาวจีนไปเป็นโสเภณีในช่องเพื่อขายบริการให้ทหาร แต่ทหารญี่ปุ่นเหล่านั้นไม่ถูกดำเนินคดี ยิ่งไปกว่านั้นแม้จะมีการยอมรับเรื่องการข่มขืนในคำพิพากษาแต่กลับไม่มีผู้หญิงแม้แต่รายเดียวถูกเรียกไปยื่น

⁷Kas Wachala, "The Tools to Combat the War on Women's Bodies: Rape and Sexual Violence against Women in Armed Conflict," *The International Journal of Human Rights* (2012).

⁸The International Federation for Human Rights (FIDH), "Worldwide Human Rights Movement, Victims' Rights before the International Criminal Court : A Guide for Victims, Their Legal Representatives and Ngos, ," (April 2007)..

⁹Theodor Meron, "Rape as a Crime under International Humanitarian Law," *87 AM. J. INT'L L* (1993)..

คำให้การในชั้นพิจารณาคดีเลย นักสิทธิมนุษยชนมองว่าในการพิจารณาคดีดังกล่าวผู้เกี่ยวข้องยอมรับว่ากรณีเช่นนั้นเป็นผลพวงปกติจากสงคราม (by product of war) และการข่มขืน (rape) เป็นรางวัลหรือกำลังใจสำหรับทหารกล้า¹⁰

ในด้านกฎหมายวิธีสบัญญัติ ในด้านการคุ้มครองผู้เสียหายที่เป็นผู้หญิงจากอาชญากรรมนั้นไม่มีบทบัญญัติกำหนดในการอนุญาตให้ผู้เสียหายเข้าเป็นคู่ความในการพิจารณาคดีต่อศาล ผู้เสียหายที่เป็นผู้หญิงแทบไม่มีโอกาสในการริเริ่มแสวงหาข้อเท็จจริงสืบสวนสอบสวนหรือแม้แต่ไม่มีบทบาทในการริเริ่มฟ้องคดีสู่ศาล นอกจากนี้ยังไม่มีหน่วยงานใดๆที่ตั้งขึ้นมาเพื่อให้ความช่วยเหลือสนับสนุนผู้เสียหายในคดี และไม่มีมาตรการกำหนดเรื่องการชดใช้แก่ผู้เสียหาย (Reparations) ไว้ในบทบัญญัติ รวมทั้งไม่มีการให้คำนิยามคำว่า “ผู้เสียหาย” ไว้ในกฎบัตรของศาล

นอกจากนี้ ยังมีการเรียกชื่อผู้หญิงที่ตกเป็นเหยื่อจากการกระทำรุนแรงทางเพศระหว่างสงครามโลกครั้งที่สองว่า *ผู้หญิงที่ตกเป็นนางบำเรอ (Comfort Women)* กล่าวคือ ในการพิจารณาคดีของทหารศาลทหารโตเกียวมีหลักฐานค้นพบว่าการข่มขืนกระทำชำเราผู้หญิงมากมายและถือเป็นอาชญากรรมต่อมนุษยชาติ อย่างไรก็ตามศาลทหารโตเกียวพิพากษาถึงกรณีที่มีการลักพาตัว ล่อลวงผู้หญิงญี่ปุ่นจำนวนกว่า 200,000 คน ไปกระทำชำเราทางเพศ นอกจากนี้ไม่ใช่แต่เพียงหญิงสาวชาวญี่ปุ่นเท่านั้นที่ถูกกระทำ แต่กลับพบว่าหญิงสาวที่มาจากประเทศที่ถูกญี่ปุ่นเข้าไปรุกรานดินแดน ก็ถูกกระทำรุนแรงทางเพศเช่นกันและมีการขนส่งตัวหญิงสาวจากแต่ละประเทศข้ามดินแดนมาเพื่อกระทำรุนแรงทางเพศเช่นกัน (Comfort Station) หญิงสาวจำนวนมากมายถูกข่มขืนกระทำชำเราซ้ำแล้วซ้ำเล่า บางครั้งถึงกับถูกกระทำชำเราจำนวน 40 ครั้งต่อวันจากทหารญี่ปุ่น พวกเขาถูกบังคับให้เป็นทาสทางเพศอย่างทุกข์ทรมาน แต่เรื่องราวของพวกเขากลับถูกปิดเงียบและเลือนหายไปจนกระทั่งมีผู้รอดชีวิตออกมาเปิดเผยถึงความเจ็บปวด ยุติธรรมให้ชาวโลกได้รับรู้สาเหตุหนึ่งที่ไม่มีการดำเนินคดีข่มขืน เพราะประเทศพันธมิตรที่ชนะสงครามก็ก่ออาชญากรรมข่มขืนหญิงสาวซึ่งเป็นประชาชนของฝ่ายตรงข้ามเช่นกัน¹¹

¹⁰Richard J.Goldstone, "Prosecuting Rape as a War Crime," 34 CASE W.RES.J.INT'L (2002). pp. 277-279.

¹¹Rhonda Copelon, " Gender Crimes as War Crimes: Integrating Crimes against Women into International Criminal Law,," McGill Law Journal November (2000). ,pp.3-4.

จากที่กล่าวมาข้างต้น จะเห็นได้ว่าศาลทหารระหว่างประเทศทั้งสองเป็นจุดเริ่มต้นในการพัฒนากระบวนการยุติธรรมทางอาญาระหว่างประเทศในเวลาต่อมา คือ การเกิดขึ้นของศาลอาญาระหว่างประเทศเฉพาะกิจแห่งประเทศรวันดาและประเทศยูโกสลาเวียในเวลาต่อมา

3.1.2 ศาลอาญาระหว่างประเทศเฉพาะกิจแห่งอดีตประเทศยูโกสลาเวียและศาลอาญาระหว่างประเทศเฉพาะกิจแห่งประเทศรวันดา (The AdHoc Tribunals for the Former Yugoslavia and Rwanda)

ทั้งสองศาลนี้มีสถานะเป็นองค์กรระหว่างประเทศ ตั้งขึ้นโดยธรรมนูญศาลระหว่างประเทศยูโกสลาเวีย¹² และรวันดา¹³ มีอำนาจพิจารณาคดีเฉพาะเหตุการณ์ละเมิดกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศในดินแดนรวันดากับยูโกสลาเวีย ในช่วงหลังสงครามเย็นซึ่งมีการแตกสลายของประเทศที่มีหลายเชื้อชาติอยู่ร่วมกันอย่างเกลียดชังได้เกิดกรณีการละเมิดสิทธิมนุษยชนอย่างกว้างขวางและร้ายแรง 2 เหตุการณ์ คือ กรณีความขัดแย้งภายในอดีตยูโกสลาเวีย(ค.ศ.1991-2002) ซึ่งในเหตุการณ์ดังกล่าวมีการใช้วิธีการข่มขืนทารุณกรรมทางเพศเป็นอาวุธในการทำลายและข่มขู่อีกฝ่ายด้วย (weapon of war) ตามรายงานของนักสิทธิมนุษยชนเฉพาะการสู้รบในเขตบอสเนียและเฮอร์เซโกวีนา มีสตรีและเด็กหญิงประมาณ 20,000 – 50,000 คน ถูกข่มขืนและกระทำละเมิดทางเพศสำหรับกรณีความขัดแย้งในรวันดานอกจากการฆ่ายังมีการใช้การข่มขืนและการบังคับหญิงเฝ้าตรงข้ามให้ตั้งครรภ์กับชายในเฝ้าเพื่อล้างเผ่าพันธุ์ของฝ่ายตรงข้าม ตามรายงานของนักสิทธิมนุษยชนปรากฏว่าเหตุการณ์เพียง 100 วัน (เมษายนถึงมิถุนายนปี 1994) มีคนตายไปมากกว่า 800,000 คน โดยมีผู้หญิงและเด็กหญิง ประมาณ100,000-250,000คน ถูกข่มขืนและละเมิดทางเพศ¹⁴

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
CHULALONGKORN UNIVERSITY

12"Un Security Resolution 808 (Icty)."ศาลICTY จัดตั้งโดยคณะมนตรีความมั่นคง ตามมติสหประชาชาติที่ 808 (1993) มีผลบังคับใช้เมื่อ 22 ก.พ. 1993

13"Un Security Resolution 995 (Ictr)."ศาลICTR จัดตั้งโดยคณะมนตรีความมั่นคง ตามมติสหประชาชาติที่ 955 (1994) มีผลบังคับใช้เมื่อ 8 พ.ย 1994

¹⁴ African Rights, *Rwanda: Death, Despair and Defiance* (London1995). pp. 74-75.

ก. เขตอำนาจศาลอาญาระหว่างประเทศเฉพาะกิจแห่งอดีตประเทศยูโกสลาเวีย (ICTY)

ในมาตรา 1 แห่งธรรมนูญศาลICTY กำหนดให้ศาลมีอำนาจ “ในการดำเนินคดีแก่บุคคลที่ต้องรับผิดชอบต่อการละเมิดร้ายแรงต่อกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศที่กระทำลงในวันแดนอดีตประเทศยูโกสลาเวียนับแต่ปี 1991.....”¹⁵เขตอำนาจในการพิจารณาคดีครอบคลุมพื้นที่เหนือดินแดนแห่งอดีตประเทศยูโกสลาเวียและ ในมาตรา8 กำหนดเขตอำนาจเหนือเวลา (Temporal Jurisdiction) ให้มีผลตั้งแต่วันที่ 1 มกราคม 1991¹⁶

สำหรับประเภทของคดีที่อยู่ภายใต้เขตอำนาจศาลนั้น ประกอบไปด้วย

1. การกระทำอันเป็นการละเมิดร้ายแรงต่อบทบัญญัติในอนุสัญญากรุงเจนีวา ปี 1949¹⁷
2. การละเมิดกฎหมายสงคราม¹⁸
3. การฆ่าล้างเผ่าพันธุ์¹⁹
4. อาชญากรรมต่อมนุษยชาติ²⁰

มาตรา 6 แห่งธรรมนูญศาลICTYกำหนดให้ศาลICTYมีเขตอำนาจการพิจารณาคดีเหนือบุคคลธรรมดาและสามารถดำเนินคดีต่อความรับผิดชอบปัจเจกบุคคลในการกระทำละเมิดร้ายแรงต่อกฎหมายมนุษยธรรมที่กล่าวแล้วข้างต้นได้ บุคคลที่ก่ออาชญากรรมตามที่ระบุไว้จะต้องเข้า

¹⁵ *Statute of the International Tribunal for the Former Yugoslavia (Icty Statute)*, (25 May).

Article 1.

¹⁶ *Ibid.* Article 8

¹⁷ *Ibid.* Article 2

¹⁸ *Ibid.* Article 3

¹⁹ *Ibid.* Article 4

²⁰ *Ibid.* Article 5

มารับผิดชอบในฐานะปัจเจกบุคคล²¹ อย่างไรก็ตาม ศาลICTY จะไม่มีเขตอำนาจพิจารณาคดีเหนือนิติบุคคลอื่นๆหรือบุคคลที่ถูกตั้งขึ้นโดยกฎหมาย อาทิ องค์กร บริษัท องค์กรทางการเมืองและรัฐต่างๆ²²

ข.เขตอำนาจศาลอาญาระหว่างประเทศเฉพาะกิจแห่งประเทศรวันดา(ICTR)

ธรรมนูญศาลICTR ได้กำหนดกรอบเขตอำนาจศาลในการพิจารณาคดีไว้ โดยกำหนดว่าเขตอำนาจของศาลICTR จะถูกจำกัดเฉพาะการดำเนินคดีในความรับผิดชอบของบุคคลต่อการกระทำละเมิดร้ายแรงในกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศซึ่งได้กระทำภายในประเทศรวันดาเท่านั้น²³ หรือกระทำต่อพลเมืองของประเทศรวันดาเท่านั้นแม้จะอาศัยในดินแดนประเทศเพื่อนบ้าน กล่าวโดยสรุป ศาลICTRจึงไม่มีเขตอำนาจเหนือการพิจารณาคดีต่อบุคคลซึ่งมิใช่พลเมืองของประเทศรวันดาหรือการกระทำละเมิดที่อยู่นอกประเทศรวันดา นอกจากนี้ยังกำหนดกรอบระยะเวลาในการกระทำละเมิดร้ายแรงของผู้กระทำผิดเอาไว้ ว่าจะต้องมีการกระทำผิดเกิดขึ้นในช่วงเวลา ระหว่างวันที่ 1 มกราคม ค.ศ.1994 จนถึง 31 ธันวาคม ค.ศ.1994 เท่านั้นที่จะสามารถดำเนินคดีขึ้นสู่ศาลICTRได้²⁴

สำหรับประเภทของคดีที่อยู่ภายใต้เขตอำนาจศาลนั้น ประกอบไปด้วย

- i. การฆ่าล้างเผ่าพันธุ์²⁵
- ii. อาชญากรรมต่อมนุษยชาติ²⁶
- iii. การละเมิดบทบัญญัติในมาตรา3 แห่งอนุสัญญากรุงเจนีวาทุกฉบับและพิธีสารเพิ่มเติมฉบับที่ 2 แห่งอนุสัญญากรุงเจนีวา²⁷

²¹Ibid.Article 7.

²²"Mandate and Jurisdiction," <http://www.icty.org/sid/320>.

²³*Statute of the International Criminal Tribunal for Rwanda (Ictr Statute)*, (11 May).Article

²⁴Ibid.

²⁵Ibid.Article 2

²⁶Ibid. Article 3

²⁷Ibid.Article 4

กล่าวโดยสรุป ศาลICTRมีเขตอำนาจเหนืออาชญากรรมที่กระทำภายในประเทศ
รวันดาหรือกระทำต่อบุคคลสัญชาติรวันดา โดยมีเขตอำนาจเหนือเวลานับแต่วันที่ 1 มกราคม ถึง
31 ธันวาคม ค.ศ.1994 โดยอาชญากรรมที่ศาลสามารถพิจารณาคดีได้ ได้แก่ อาชญากรรมฆ่าล้าง
เผ่าพันธุ์ อาชญากรรมต่อมนุษยชาติและการละเมิดบางบทบัญญัติในอนุสัญญากรุงเจนีวา

ระเบียบว่าด้วยวิธีพิจารณาความของศาลและพยานหลักฐาน (Rules of Procedure and Evidences)²⁸

นอกเหนือจากบทบัญญัติในธรรมนูญฯของทั้งสองศาลแล้ว ยังมีการบัญญัติกฎหมาย
วิธีพิจารณาความ เพื่อขยายความเพิ่มเติมจากบทบัญญัติในธรรมนูญฯทั้งสองศาล โดยวัตถุประสงค์
ของการมีระเบียบวิธีพิจารณาความฯเพื่อกำกับดูแลขั้นตอนการพิจารณาคดีในศาลนับแต่ชั้นก่อน
พิจารณาคดี หรือไต่สวนมูลฟ้อง (Pre-Trial) ชั้นพิจารณาคดี (Trial Chamber) และอุทธรณ์(Appeal
Chamber) การนำสืบพยานหลักฐาน และการคุ้มครองผู้เสียหายและพยาน รวมทั้งเรื่องอื่นๆที่จำเป็น
โดยจะกำหนดระเบียบต่างๆไว้ในระเบียบว่าด้วยวิธีพิจารณาความและพยานหลักฐานของทั้งสองศาล(
Rules of Procedure and Evidence :RPE)

ในด้านกฎหมายวิธีสบัญญัติของศาลICTY มีการบัญญัติ ระเบียบว่าด้วยวิธีพิจารณา
ความและพยานหลักฐาน (Rules of Procedure and Evidence : RPE) เมื่อวันที่ 11 ก.พ.1994
และมีผลบังคับใช้เมื่อ 14 มีนาคม 1994²⁹ และธรรมนูญศาลICTY³⁰ได้ระบุให้ผู้พิพากษาของศาลเป็น
ผู้สร้างกฎที่นำมาใช้ในระหว่างกระบวนการพิจารณาคดี ซึ่งมีสาระสำคัญ ดังนี้

“ให้ผู้พิพากษาแห่งศาลเฉพาะกิจฯ นำระเบียบว่าด้วยวิธีพิจารณาความและ
พยานหลักฐานแห่งศาลมาปรับใช้แก่คดีเพื่อควบคุมขั้นตอนแห่งกระบวนการพิจารณาคดี นับแต่ขั้นตอน
ไต่สวนมูลฟ้องขององค์คณะพิจารณาคดี ขั้นตอนการพิจารณาคดี ขั้นตอนการอุทธรณ์ ขั้นตอนการสืบ
พยานหลักฐาน และการคุ้มครองผู้เสียหายกับพยานที่เหมาะสมแก่คดี”

²⁸ ผู้จัดทำประสงค์ที่จะศึกษาเฉพาะเรื่องวิธีพิจารณาความเป็นสิ่งสำคัญ ดังนั้นจึงขอไม่ลงรายละเอียดในเรื่อง
กฎหมายว่าด้วยพยานหลักฐาน

²⁹ "Icty Rules of Procedure and Evidence, ," in *U.N. Doc. IT/32 (1994)*, ed. UN (1994).

³⁰ *Statute of the International Tribunal for the Former Yugoslavia (Icty Statute).Article 15*

สำหรับศาล ICTR ก็ได้จัดทำระเบียบว่าด้วยวิธีพิจารณาความและพยานหลักฐาน (Rules of Procedure and Evidence : RPE) เช่นเดียวกัน โดยมีผลบังคับใช้เมื่อวันที่ 29 มิ.ย. 1995 และมีเนื้อหาสาระที่ไม่ต่างกับระเบียบวิธีพิจารณาความฯของICTYเลย เนื่องจากมีการยกร่างโดยอาศัยICTYเป็นต้นแบบ³¹ แต่ในระยะเวลาต่อมา กฎต่างๆที่อยู่ในRPEของศาลICTRได้เริ่มมีการแก้ไขและมีความแตกต่างจากกฎของศาลICTYอยู่บ้าง เนื่องจากผู้พิพากษาแห่งศาลICTRมีอำนาจในการแก้ไขกฎต่างๆเองโดยลำพังได้³²

ง. การคุ้มครองผู้เสียหายที่เป็นผู้หญิงในกฎหมายสารบัญญัติและกฎหมายวิธีสบัญญัติ

ในด้านกฎหมายสารบัญญัติ ศาล ICTY และ ศาลICTR ได้ก่อให้เกิดจุดเริ่มต้นในการพัฒนากฎหมายสารบัญญัติในการคุ้มครองผู้หญิงที่เป็นผู้เสียหายอย่างมาก ซึ่งแสดงให้เห็นความก้าวหน้าในการคุ้มครองสตรียิ่งกว่าศาลอนุกรมเบอร์กและศาลโตเกียว ศาลอาญาเฉพาะกิจทั้งสองนี้ได้นำอนุสัญญาเจนีวา ค.ศ.1949 และพิธีสารเพิ่มเติม ค.ศ.1977มาใช้ในการพิจารณาคดีในความผิดฐานข่มขืนและการกระทำรุนแรงทางเพศต่างๆให้เป็นความผิดฐานก่ออาชญากรรมสงครามบทบาทสำคัญของศาลอาญาเฉพาะกิจวันดาที่เป็นจุดเปลี่ยนสำคัญในการพัฒนากฎหมายสารบัญญัติเพื่อคุ้มครองสตรีจากการกระทำความผิดทางเพศ คือ การนิยามคำว่า ข่มขืนให้กว้างขวางมากขึ้นเช่น ศาล ICTR องค์กรพิจารณาคดีตัดสินให้การกระทำข่มขืนกระทำชำเราและการกระทำรุนแรงทางเพศต่อผู้หญิงเป็นการทำลายล้างเผ่าพันธุ์เช่นเดียวกันโดยมุ่งทำลายกลุ่มผู้หญิงเพื่อก่อให้เกิดอันตรายต่อร่างกายหรือจิตใจ³³

ในด้านกฎหมายวิธีสบัญญัติมีพัฒนาการในมาตรการคุ้มครองผู้เสียหายเกิดขึ้นซึ่งนับเป็นผลดีแก่ผู้หญิงโดยตรง แม้ว่าจะมีได้กล่าวโดยเฉพาะเจาะจงว่าเป็นการคุ้มครองในกระบวน

³¹ *Statute of the International Criminal Tribunal for Rwanda (Icrt Statute)*. Article 14

³² "Icrt Rules of Procedure and Evidence,," in *U.N. Doc. IT/32 ((1995))*.

³³ *The Prosecutor Vs Jean-Paul Akayesu*, (1996).Case No. ICTR-96-4-T.คดีนี้มีความสำคัญเพราะเป็นคดีระหว่างประเทศคดีแรกที่มีการตัดสินให้จำเลยมีความผิดฐานฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ และนิยามให้คำว่าข่มขืนและการกระทำรุนแรงทางเพศเป็นส่วนหนึ่งของการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ด้วย

พิจารณาคดีก็ตาม อาทิ ในธรรมนูญศาลฯบัญญัติว่าด้วยเรื่อง การเริ่มต้นการพิจารณาคดีและขั้นตอน ระหว่างการพิจารณาคดีบทบัญญัตินี้ได้วางหลักทั่วไปไว้ว่า “องค์คณะพิจารณาคดีจะต้องรับประกันว่า การพิจารณาคดีจะกระทำโดยความยุติธรรม รวดเร็ว และสอดคล้องกับ ระเบียบว่าด้วยวิธีพิจารณา ความและพยานหลักฐาน(Rules of Procedure and Evidence , RPE) โดยคำนึงถึงการเคารพ สิทธิของผู้ต้องหาและการคุ้มครองผู้เสียหายและพยานไปพร้อมๆกัน”³⁴ และกำหนดว่าในขั้นตอนวิธี พิจารณาความของศาลนั้นจะต้องนำมาตรการคุ้มครองผู้เสียหายและพยานมาใช้ในระหว่างพิจารณา คดีด้วย³⁵ หรือในกฎแห่ง RPE³⁶ ของศาลICTY มีการป้องกันการเลือกปฏิบัติต่อผู้เสียหายและพยาน ตลอดจนห้ามรับฟังพยานหลักฐานอันเกี่ยวกับพฤติกรรมหรือประสบการณ์ทางเพศที่ผ่านมาของ ผู้เสียหาย หรือ การไม่อนุญาตให้นำพยานหลักฐานที่ปราศจากการตรวจสอบและยินยอมจาก ผู้เสียหายเสียก่อนในคดีเกี่ยวกับความผิดต่อเพศนอกจากนี้ RPE ของทั้งสองศาลยังให้อำนาจในการ คุ้มครองผู้เสียหายและพยานและมีมาตรการคุ้มครองผู้เสียหายและพยานในระหว่างการพิจารณาคดีที่ เป็นรูปธรรมขึ้นอันถือเป็นจุดเริ่มต้นในการก่อตั้งศูนย์ผู้เสียหายและพยานขึ้นมา (victims and witnesses unit)³⁷ โดยมีหน้าที่ให้คำปรึกษา และให้ความช่วยเหลือสนับสนุนทั้งด้านสภาพจิตใจ สภาพกายแก่ผู้เสียหาย โดยเฉพาะอย่างยิ่งแก่ผู้เสียหายที่ถูกกระทำรุนแรงทางเพศ และมีการออกกฎ ที่สามารถเปิดช่องให้องค์กรอิสระ(NGOs) และรัฐเข้ามาให้คำแนะนำและแนวทาง รวมทั้งกลุ่มสตรี นิยมเข้ามาร่วมแก้ไขปัญหา³⁸ นอกจากนี้ทั้งสองศาลยังมีพัฒนาการเรื่องการริเริ่มนำคดีความผิด เกี่ยวกับทางเพศที่มีผู้หญิงเป็นผู้เสียหายมาสู่ศาล โดยริเริ่มจากหน่วยงานที่เรียกว่า สำนักงานอัยการ

³⁴ *Statute of the International Tribunal for the Former Yugoslavia (Icty Statute)*. Article 20 (1).

³⁵ *Ibid.* Article 22; *Statute of the International Criminal Tribunal for Rwanda (Ictr Statute)*. Article 21.

³⁶ "Icty Rules of Procedure and Evidence, .", Rule 69.

³⁷ *Ibid.* Rule 34 ; "Ictr Rules of Procedure and Evidence, "Rule 34.

³⁸ J. Green et al., "Affecting the Rules for the Prosecution of Rape and Other Gender-Based Violence before the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia: A Feminist Proposal and Critique", *Hastings Women's L.J.*, (1994), .p.171.

(the Office of the Prosecutor) หรือ ("OP") ซึ่งการริเริ่มดำเนินคดีดังกล่าวได้แรงขับเคลื่อนมาจากการรับฟังความคิดเห็นจากนักกฎหมาย ผู้เชี่ยวชาญกฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิมนุษยชนของผู้หญิง³⁹ ภายหลังจากความสำเร็จในการก่อตั้งศาลอาญาเฉพาะกิจภายในดินแดนที่มีเขตอำนาจพิจารณาตีอาชญากรรมความผิดร้ายแรงระหว่างประเทศ ต่อมาจึงถือกำเนิดศาลอาญาพิเศษอื่นๆ ที่ดำเนินรูปแบบตามแต่มีการพัฒนารูปแบบและองค์ประกอบทางระหว่างประเทศแตกต่างกันไปจากเดิมมากขึ้น เนื่องจากรูปแบบของศาลอาญาพิเศษที่เกิดขึ้นภายหลังศาลICTY และศาลICTR มักมีแนวคิดทางการเมืองอยู่เบื้องหลังรวมทั้งแนวทางกฎหมายเดิมที่ใช้ในการจัดตั้งศาลประกอบด้วย⁴⁰ เช่น ในประเทศเซียร์ราลีโอนและประเทศกัมพูชามีความขัดแย้งภายในประเทศนำไปสู่สงครามกลางเมืองและดำเนินคดีที่เกี่ยวข้องกับการสังหาร ที่มาของการจัดตั้งศาลทั้งสองเป็นผลพวงมาจากการทำข้อตกลงระหว่างสหประชาชาติและรัฐบาลภายในประเทศที่จัดตั้งขึ้นภายหลังสิ้นสุดความขัดแย้งภายในประเทศ (Post-Conflict Government) โดยมีการจัดตั้งศาลพิเศษแห่งเซียร์ราลีโอน (Special Court for Sierra Leone)⁴¹ และ องค์คณะพิเศษแห่งศาลกัมพูชา (The Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia : ECCC)⁴² โดยองค์คณะพิเศษดังกล่าวไม่มีลักษณะเป็นศาลอาญาระหว่างประเทศเฉพาะกิจ เพราะจัดตั้งโดยรัฐบาลกัมพูชาและไม่ได้เกิดจากมติของคณะมนตรีความมั่นคงแห่งสหประชาชาติที่อาศัยอำนาจแห่งกฎบัตรฯ

³⁹ Copelon, " Gender Crimes as War Crimes: Integrating Crimes against Women into International Criminal Law, "by McGill Law Journal 2000.para.229.

⁴⁰ Haken Friman Robert Cryer, Darryl Robinson and Elizabeth Wilmschurst, *An Introduction to International Criminal Law and Procedure* (Cambridge University Press, 2010). pp.181-194.

⁴¹ "Security Council Resolution.1315,," ed. UN Security Council (14 August (2000).).

⁴² "Eccc Official Website," <http://www.eccc.gov.kh/>. มีสถานะเป็นศาลพิเศษแห่งประเทศเขมรแต่ได้รับความช่วยเหลือทางระหว่างประเทศจากสหประชาชาติในการพิจารณาคดีเกี่ยวกับเขมรแดง

3.2 พัฒนาการในกระบวนการพิจารณาคดีของศาลอาญาเฉพาะกิจICTY และศาลอาญาเฉพาะกิจICTRที่สะท้อนการคุ้มครองผู้เสียหายที่เป็นผู้หญิง

ประเด็นในการศึกษาพัฒนาการในการให้ความคุ้มครองผู้เสียหายที่เป็นผู้หญิงในขั้นตอนกระบวนการพิจารณาคดีของทั้งสองศาลอาญาเฉพาะกิจนั้น ผู้จัดทำขอมุ่งศึกษาประเด็นในการคุ้มครองภายในกรอบการศึกษาแบ่งเป็น 5 ประเด็น ดังนี้

- 3.2.1 สิทธิในการเข้าถึงกระบวนการยุติธรรม
- 3.2.2 สิทธิในการได้รับการเยียวยา
- 3.2.3 สิทธิในการได้รับการสนับสนุนช่วยเหลือ
- 3.2.4 สิทธิในการได้รับมาตรการคุ้มครองพิเศษ
- 3.2.5 สิทธิในการมีส่วนร่วมของผู้เสียหาย

3.2.1 สิทธิในการเข้าถึงกระบวนการยุติธรรม

เนื่องจากเขตอำนาจในการพิจารณาคดีของศาลอาญาเฉพาะกิจทั้งสองครอบคลุมไปถึงอาชญากรรมร้ายแรงระหว่างประเทศต่างๆที่อยู่ในเขตอำนาจศาล โดยทั้งสองศาลมีอำนาจในการดำเนินคดีแก่ปัจเจกบุคคลซึ่งเป็นบุคคลธรรมดาที่กระทำละเมิดอาชญากรรมร้ายแรงระหว่างประเทศได้ ดังนั้นผู้เสียหายจากอาชญากรรมดังกล่าวจึงมีโอกาสเข้าสู่กลไกการชดเชยเยียวยาทางระหว่างประเทศมากขึ้น อย่างไรก็ตามการเข้าสู่กระบวนการยุติธรรมของผู้เสียหายในศาลอาญาเฉพาะกิจนั้นกลับถูกจำกัดสิทธิอยู่เพียงแค่นฐานะพยานแต่มิใช่ผู้เสียหายที่เป็นคู่ความในคดี⁴³ นอกจากนี้การคุ้มครองสิทธิของผู้เสียหายในกระบวนการพิจารณาคดียังต้องระมัดระวังมิให้กระทบต่อสิทธิของจำเลยในการได้รับการพิจารณาคดีอย่างเป็นธรรมและต้องพึงเคารพสิทธิของจำเลยตลอดกระบวนการพิจารณาคดีจึงทำให้การบังคับใช้สิทธิของผู้เสียหายต้องเป็นไปด้วยความระมัดระวังและถ่วงดุลน้ำหนักระหว่างสิทธิของจำเลยด้วย⁴⁴

⁴³"Icty Rules of Procedure and Evidence, ."; "Ictr Rules of Procedure and Evidence."Rule 105.

⁴⁴*Statute of the International Tribunal for the Former Yugoslavia (Icty Statute); Statute of the International Criminal Tribunal for Rwanda (Ictr Statute).*Article 20(1)

สำหรับบทบัญญัติที่สะท้อนการรองรับสิทธิของผู้เสียหายในการเข้าสู่กระบวนการยุติธรรมที่ปรากฏ คือ การกำหนดบทบัญญัติกฎหมายที่เกี่ยวกับผู้เสียหายและพยานโดยเฉพาะโดยมีมาตราที่เกี่ยวกับผู้เสียหายโดยเฉพาะไว้ในหมวดว่าด้วยผู้เสียหายและพยาน⁴⁵ รวมทั้งการจัดตั้งศูนย์ผู้เสียหายและพยานขึ้นมาประจำศาลเพื่อให้ความช่วยเหลือผู้เสียหายนับแต่เข้าสู่กระบวนการยุติธรรมไปจนถึงสิ้นสุดการพิจารณาคดี และ การกำหนดให้ศาลใช้มาตรการปกป้องคุ้มครองผู้เสียหายในระหว่างพิจารณาคดี โดยคำนึงถึงสภาพทางจิตใจ ร่างกาย การฟื้นฟูสภาพ การให้ความช่วยเหลือต่างๆแก่ผู้เสียหาย การจัดทำแผนคุ้มครองพยานในระยะยาวเพื่อป้องกันภัยอันตราย⁴⁶

3.2.2 สิทธิในการได้รับการเยียวยา

ในด้านการเยียวยานั้น เมื่อศึกษาที่ทำการจัดตั้งศาลอนุกรมเบิกร์และศาลโตเกียวในข้างต้น จะเห็นได้ว่าไม่มีบทบัญญัติเกี่ยวกับการคุ้มครองผู้เสียหายโดยการชดใช้เยียวยาตามกฎหมายอาญาระหว่างประเทศ แต่ต่อมาเมื่อมีการจัดตั้งศาลอาญาเฉพาะกิจขึ้น คือ ศาลICTY และ ศาลICTR จึงเกิดบทบัญญัติเกี่ยวกับการเยียวยาขึ้น ในศาลICTY และ ศาลICTR มีบทบัญญัติในเรื่องการคืนทรัพย์สินและการชดใช้ค่าเสียหายให้แก่ผู้เสียหายปรากฏในระเบียบแห่งวิธีพิจารณาความฯของทั้งสองศาล โดยศาลICTR ได้อาศัยต้นแบบจากศาลICTYในการร่างกฎดังกล่าว โดยกฎเกณฑ์ของทั้งสองศาลกำหนดให้คณะพิจารณาคดี(Trial Chamber) เป็นผู้กำหนดเรื่องการชดใช้และคืนทรัพย์สินจากจำเลย โดยกระบวนการเริ่มภายหลังจากที่ศาลอาญาเฉพาะกิจมีคำพิพากษา ศาลอาญาเฉพาะกิจอาจจะส่งคำพิพากษาดังกล่าวไปยังองค์การภายในแห่งรัฐที่มีอำนาจบริหารจัดการ เพื่อขอความช่วยเหลือจากรัฐในด้านการคืนทรัพย์สินหรือทำให้ทรัพย์สินกลับสู่สถานะเดิมให้แก่ผู้เสียหาย และอนุญาตให้องค์การภายในรัฐช่วยเหลือผู้เสียหายในการได้มาซึ่งทรัพย์สินหรือการกลับสู่สถานะเดิมโดยอาศัยระบบกฎหมายภายในของรัฐนั้น⁴⁷ อย่างไรก็ตาม มีการวิจารณ์ว่ากฎข้อนี้แทบไม่มีการนำไปใช้กับระบบศาลอาญาเฉพาะกิจและระบบศาลภายในรัฐเลยและถูกบัญญัติเป็นเพียงสัญลักษณ์ของ

⁴⁵"Icty Rules of Procedure and Evidence, ."; "Ictr Rules of Procedure and Evidence,."Rules 34.

⁴⁶"Ictr Rules of Procedure and Evidence,."Ibid. Rule 34A (i),(ii),(iii).

⁴⁷"Icty Rules of Procedure and Evidence, ."; "Ictr Rules of Procedure and Evidence,."Rule 105 ;Rule 106.

ระเบียบวิธีพิจารณาความชำนี้นั้นเนื่องจากไม่ได้นำไปปฏิบัติอย่างแท้จริงและไม่มีผลลัพธ์ที่เป็นรูปธรรม⁴⁸

3.2.3 สิทธิในการได้รับการสนับสนุนช่วยเหลือ

บทบาทที่สำคัญภายในศาลอีกประการคือหน้าที่ในการสนับสนุน ให้ความช่วยเหลือ และคอยอำนวยความสะดวกแก่ผู้เสียหายในทุกๆ ขั้นตอนของกระบวนการพิจารณาคดี ไปจนถึงขั้นตอนการชดเชยเยียวยาแก่ผู้เสียหายที่ถูกละเมิดจากอาชญากรรมร้ายแรงระหว่างประเทศ ทั้งนี้เพื่อส่งเสริมให้ผู้เสียหายโดยเฉพาะอย่างยิ่งผู้เสียหายที่เป็นผู้หญิงเข้าถึงความยุติธรรมได้โดยง่าย รวดเร็ว และเป็นธรรม มากที่สุด รูปแบบวิธีการสนับสนุนที่ปรากฏในศาลอาญาเฉพาะกิจICTY และ ศาลICTR ได้แก่

ก. การจัดตั้งศูนย์ (UNIT)

ในศาลICTY และศาลICTR ได้มีการจัดตั้งศูนย์ผู้เสียหายและพยาน (Victims and Witness Section: VWS) เพื่อที่จะให้ความช่วยเหลือแก่พยานทั้งก่อนพิจารณาคดี ขณะพิจารณาคดี และภายหลังจากการพิจารณาคดีเสร็จสิ้น แนวปฏิบัติส่วนใหญ่ของศาลICTY และศาลICTR มีการแสดงถึงความเข้าใจและเห็นอกเห็นใจสิทธิของผู้เสียหาย⁴⁹

ข. ตัวแทนทางกฎหมายของผู้เสียหาย (Legal representatives)

ผู้หญิงที่ตกเป็นเหยื่อจากความผิดอาชญากรรมร้ายแรงระหว่างประเทศนั้นมักเป็นผู้เสียหายในคดีที่เกี่ยวกับการกระทำความรุนแรงต่อผู้หญิงเพียงเพราะมีความอ่อนแอและเปราะบางกว่าผู้ชายทั้งทางกายภาพและจิตใจ จากที่ได้ศึกษาสถานการณ์ความรุนแรงต่อผู้หญิงในสังคมระหว่างประเทศนั้น พบว่าเหล่าผู้หญิงที่รอดชีวิตล้วนได้รับความทุกข์ทรมานทั้งทางร่างกายและจิตใจ โดยเฉพาะอย่างยิ่งผลกระทบต่อจิตใจที่เป็นประสบการณ์เลวร้ายของชีวิต เสมือนแผลที่แม่หายแล้วแต่ยังคงเหลือรอยแผลเป็นที่ฝังลึกในจิตใจและความทรงจำอันโหดร้ายต่อพวกเธอ เมื่อมีการนำคดีต่างๆ ขึ้นมาสู่ศาลอาญาเฉพาะกิจ การสอบถามข้อเท็จจริง พยานหลักฐานหรือเรื่องราวต่างๆ จาก

⁴⁸ Sam Garkawe, "Victims and the International Criminal Court: Three Majors Issues,," 3 *Int'l Crim.L.R* (2003). pp.345,362-363.

⁴⁹ Geert-Jan Alexander Knoop, *Theory and Practice of International and Internationalized Criminal Proceedings* (KLUWER, 2005)., p.198.

พวกเธอในฐานะพยานและผู้เสียหาย ก็เสมือนเป็นการต่อย้ำความโหดร้ายแก่พวกเธออีกครั้ง ดังนั้น การมีตัวแทนของทางกฎหมายโดยคัดสรรมาจากบุคคลที่พวกเธอไว้ใจ ก็จะเป็นมาตรการหนึ่งที่จะช่วย หลีกเลี่ยงมิให้ผู้เสียหายต้องตอบคำถามหรือเผชิญหน้าในศาลด้วยตนเอง ผู้เสียหายหญิงย่อมจะรู้สึก สบายใจและไร้ความกังวลใดๆในการให้ข้อเท็จจริงแก่ศาล ดังนั้นมาตรการตั้งตัวแทนทางกฎหมายของ ผู้เสียหายจึงมีความสำคัญยิ่งต่อผู้เสียหายที่เป็นผู้หญิงหรือเป็นพยานในคดี

เมื่อศึกษาพัฒนาการศาลอาญาเฉพาะกิจทั้งสองศาลจะพบว่าไม่มีปรากฏเรื่องการ ตั้งตัวแทนของผู้เสียหายในศาลใดๆเลย ยกเว้นศาลพิเศษแห่งกัมพูชา(ECCC) ที่ได้กล่าวถึงการตั้ง ตัวแทนผู้เสียหายไว้ว่า ข้อคิดเห็นและข้อกังวลต่างๆของผู้เสียหายนั้นจะต้องถูกนำเสนอต่อศาลโดย ตัวแทนทางกฎหมายของผู้เสียหาย และในการแต่งตั้งตัวแทนของผู้เสียหายนั้นจะต้องกระทำโดยการ คัดเลือกอย่างเหมาะสมโดยพิจารณาถึงความแตกต่างระหว่างผู้เสียหายในคดีทั่วไปกับคดีอันเกี่ยวกับ ความรุนแรงทางเพศหรือผู้เสียหายที่เป็นเด็ก ซึ่งตัวแทนนั้นจะต้องไม่มีผลประโยชน์ขัดแย้งกันกับ ผู้เสียหาย⁵⁰

3.2.4 สิทธิในการได้รับมาตรการคุ้มครองพิเศษ

ในระหว่างการพิจารณาคดีเกี่ยวกับอาชญากรรมระหว่างประเทศจำเป็นต้องมี มาตรการคุ้มครองผู้เสียหายและพยานในระหว่างการพิจารณาคดี มาตรการคุ้มครองดังกล่าวมีความ สำคัญและจำเป็นอย่างยิ่งที่จะนำมาใช้เมื่อผู้เสียหายประสงค์ที่จะได้รับความคุ้มครองในเรื่อง ความปลอดภัย ความเป็นส่วนตัว การคำนึงถึงศักดิ์ศรีของผู้เสียหายในกระบวนการพิจารณาคดี ดังนั้น ผู้หญิงที่เป็นผู้เสียหายในคดีก็ย่อมพึงได้รับมาตรการคุ้มครองที่เพียงพอและเหมาะสมเช่นกัน อย่างไรก็ตาม ผู้เขียนเห็นว่ามาตรการดังกล่าวจะต้องมีความสอดคล้องกับกับสิทธิของผู้ต้องหาและแตกต่างกัน ไปตามพฤติการณ์แห่งคดี โดยปรากฏมาตรการดังต่อไปนี้

ก. การคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลและการรักษาข้อมูลความลับ (Non - Disclosure and Confidentiality)

การให้ความสำคัญกับการคุ้มครองผู้เสียหายและพยานในการปกปิดและรักษาข้อมูล ส่วนบุคคลนั้น นับเป็นเรื่องที่สำคัญโดยตรงในการคุ้มครองสตรี ประโยชน์ที่สำคัญยิ่งคือการคุ้มครอง ผู้เสียหายและพยานมิให้ต้องเผชิญหน้ากับผู้ต้องหาในระยะเวลา นับแต่เริ่มต้นกระบวนการพิจารณาคดี ซึ่ง

⁵⁰ Rule 12 ter, Rule 23 ter of ECCC Rules.

อาจต้องใช้เวลาที่ยาวนานออกไปก็เป็นได้ ผู้หญิงที่เป็นผู้เสียหายและพยานจะรู้สึกปลอดภัยเมื่อแน่ใจได้ว่าตนเองจะปลอดภัยและข้อมูลลับต่างๆจะไม่ถูกเปิดเผยแก่สื่อและสาธารณะชนตลอดการพิจารณาคดี และยังเป็นการขยายความคุ้มครองไปถึงครอบครัวและบุคคลใกล้ชิดของผู้หญิงเหล่านี้ด้วย หากผู้หญิงที่เป็นผู้เสียหายและพยานมีความมั่นใจในเรื่องความปลอดภัย การให้การต่างๆต่อศาลก็จะเป็นประโยชน์แก่คดีและผู้หญิงที่เป็นผู้เสียหายก็ย่อมจะได้รับความยุติธรรมในที่สุด

ในธรรมนูญศาล ICTY ได้กำหนดการคุ้มครองผู้เสียหายและพยานในด้านการคุ้มครองความเป็นส่วนบุคคลไว้ว่า ศาลจะต้องนำระเบียบว่าด้วยวิธีพิจารณาความและพยานหลักฐานมาใช้เพื่อคุ้มครองผู้เสียหายและพยาน ซึ่งมาตรการในการคุ้มครองดังกล่าวจะต้องไม่จำกัดเพียงการพิจารณาคดีโดยลับ(in camera) หรือ การใช้มาตรการในการไม่เปิดเผยชื่อหรือตัวตนของผู้เสียหายและพยานเท่านั้น⁵¹ นอกจากนี้ยังได้ได้ระบุเพิ่มเติมในRPE ถึงกรณีมีพฤติการณ์พิเศษ อัยการอาจยื่นคำร้องขอต่อผู้พิพากษาคนใดหรือองค์คณะพิจารณาคดีเพื่อขอให้มีการคุ้มครองผู้เสียหายและพยานโดยใช้มาตรการปกปิดข้อมูลของผู้เสียหายและพยานซึ่งอาจได้รับอันตรายหรือความเสียหายจนกว่าบุคคลดังกล่าวจะเข้ามาอยู่ภายใต้ความคุ้มครองจากศาลในลำดับต่อไปในการเลือกใช้มาตรการในการคุ้มครองผู้เสียหายและพยานนั้น ผู้พิพากษาหรือองค์คณะพิจารณาคดีจะต้องทำการปรึกษาศูนย์ผู้เสียหายและพยานประจำศาลเสมอ และการเปิดเผยข้อมูลของผู้เสียหายและพยานจะต้องกระทำเท่าที่จำเป็นและอยู่ในระยะเวลาที่เหมาะสมแก่การเตรียมตัวของนายฝ่ายจำเลย⁵²

⁵¹ *Statute of the International Tribunal for the Former Yugoslavia (Icty Statute).Article 22*

⁵² "Icty Rules of Procedure and Evidence, ." Rule 69: Protection of Victims and Witnesses.

จุดเริ่มต้นการคุ้มครองผู้เสียหายและพยานโดยใช้มาตรการดังกล่าวนี้ เริ่มมีขึ้นในปี 1995 ในคดี *Tadic*⁵³ มีการยื่นคำร้องของอัยการเพื่อขอมาตรการคุ้มครองให้แก่พยานที่ส่วนใหญ่เป็นสตรีในขณะที่ให้การต่อศาล โดยป้องกันมิให้พยานทุกคนเกิดความหวาดกลัวในความปลอดภัยในชีวิตของตนว่าจะมีการแก้แค้นจากฝ่ายตรงข้ามภายหลังจากเสร็จสิ้นการให้การ และยังคำนึงถึงการป้องกันมิให้ผู้เสียหายและพยานซึ่งส่วนใหญ่เป็นสตรีที่มาให้การได้รับความกระทบกระเทือนทางจิตใจ ในระหว่างพิจารณาคดี ในคำร้องขอของอัยการมีการขอให้ศาลไม่เปิดเผยชื่อและตัวตนของพยานรวมทั้งใช้ภาพและเสียงที่ผ่านการตัดต่อตัดแปลงมิให้เหมือนจริงด้วยในคดีดังกล่าวปรากฏว่าศาลอนุญาตตามคำร้องขอและใช้มาตรการคุ้มครองพยานโดยการไม่เปิดเผยชื่อพยาน

ต่อมา ในคดี *Prosecutor v. Delalic*⁵⁴ มีผู้หญิงมากมายตกเป็นผู้เสียหายจากการถูกข่มขืนและความรุนแรงทางเพศ เมื่อมีการนำผู้เสียหายที่เป็นผู้หญิงมาเป็นพยานในคดีศาลได้กล่าวถึงมาตรการไม่เปิดเผยชื่อพยานเพิ่มเติมว่าควรมีไว้เพื่อคุ้มครองฝ่ายพยานและผู้เสียหายเป็นสำคัญ และศาลยังกำหนดให้ทนายจำเลยต้องเปิดเผยข้อมูลของพยานจำเลยที่นำเข้ามาสืบพยานใน

⁵³ *Prosecutor V. Dusko Tadic, Decision of the Prosecutor's Motion Requesting Protective Measures for Victims and Witnesses*, (1995). ICTY Trial Chamber (10 August 1995), Case No. IT-94-1 (International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia, Trial Chamber), online: United Nations <<http://www.un.org.icty/tadic/trialcz/decision-e/100895pm.htm>> (date accessed: 27 September 2000). นาย Dusko Tadic เป็นบุคคลแรกที่เข้าสู่การพิจารณาคดีต่อศาล ICTY ซึ่งถูกฟ้องดำเนินคดีถึง 34 ข้อหาทั้งในการฝ่าฝืนต่อบทบัญญัติแห่งอนุสัญญาเจนีวา การละเมิดต่อกฎหมายสงคราม ความผิดฐานกระทำอาชญากรรมต่อมนุษยชาติ รวมทั้งการฆาตกรรม ข่มขืนกระทำชำเรา และการทรมานประชาชนชาวมุสลิมทั้งผู้ชายและผู้หญิงเป็นจำนวนมาก,

⁵⁴ *Prosecutor V. Zejnil Delalic, Decision on the Motion to Compel the Disclosure of the Addresses of the Witnesses*, (1997). Case No. IT-96-21-T, 13 June 1997 (RP D3857-D3864), D3856. นาย Zejnil Delalic ได้เข้าร่วมกับกลุ่มกองกำลังบอสเนียมุสลิมในปี ค.ศ. 1992 และเป็นผู้บังคับบัญชาทหารประจำกลุ่ม มีอำนาจสั่งการเหนือค่ายกักกันนักโทษ Celebici และรับทราบถึงการทารุณโหดร้ายต่อผู้ถูกกักกันในค่ายตลอดเวลา แต่เพิกเฉยและไม่ใช้มาตรการใดๆในการให้ความคุ้มครองการกระทำโหดร้ายต่างๆภายในค่าย รวมทั้งไม่มีการลงโทษผู้กระทำผิด นาย Delalic กระทำผิดอาชญากรรมร้ายแรงแห่งกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ ได้แก่ การฆ่าโดยเจตนา การทรมานหรือปฏิบัติอย่างไร้มนุษยธรรม การกระทำให้เกิดความทุกข์ทรมานอย่างสาหัสหรือทำอันตรายแก่ร่างกาย การปฏิบัติอย่างไร้มนุษยธรรม การจับเป็นตัวประกัน

ระหว่างพิจารณาคดีด้วย โดยองค์คณะพิจารณาคดีให้เหตุผลว่าหน้าที่ของนายจำเลยมีความแตกต่างอย่างมากจากหน้าที่ของอัยการและศาลร่างกฎในข้อนี้เพื่อมุ่งคุ้มครองประโยชน์ของผู้เสียหายและพยานมากกว่า

ภายหลังต่อมาในปี ค.ศ. 1998 ได้มีคำพิพากษาของ **คดี Prosecutor v. Blaskic**⁵⁵ วินิจฉัยแตกต่างจากเดิมโดยอนุญาตให้นายจำเลยใช้วิธีการไม่เปิดเผยชื่อพยานของตนเพื่อคุ้มครองพยานของนายจำเลยได้เช่นเดียวกันกับกรณีที่ย้ายการยื่นคำร้องขอให้คุ้มครองผู้เสียหายและพยานตนในขณะเดียวกันศาลในคดีนี้ก็ได้อนุญาตคำร้องขอของอัยการที่ขอให้ใช้มาตรการไม่เปิดเผยชื่อผู้เสียหายและพยานของตน เนื่องจากอัยการไม่สามารถแสดงเหตุผลต่อศาลถึงพฤติการณ์พิเศษแห่งคดีในการขอให้คุ้มครองดังกล่าว

ใน **คดี Prosecutor vs. Perisic**⁵⁶ ศาลได้นำกฎข้อที่ 69 มาปรับใช้อีกครั้งโดยเน้นย้ำเรื่องระยะเวลาอันเหมาะสมในการที่จะเปิดเผยชื่อผู้เสียหายและพยานเพื่อให้ทนายฝ่ายจำเลยเตรียมข้อมูลก่อนเริ่มคดี และให้ใช้สำหรับกรณีที่มีพฤติการณ์พิเศษและจำเป็นที่จะเปิดเผยชื่อ

⁵⁵ นาย Blaškić ดำรงตำแหน่ง ผู้บังคับบัญชา แห่ง Commander of the Croatian Defence Council (HVO) กองกำลังทหารที่นำโดยนาย Blaškić ได้กระทำละเมิดอาชญากรรมร้ายแรงต่อกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ โดยมุ่งโจมตีกลุ่มชาวมุสลิมในบอสเนียและเฮอร์เซโกวีนา ตั้งแต่ปี ค.ศ.1992 ถึง ค.ศ.1994 อัยการตั้งข้อหาให้รับผิดชอบในฐานะปัจเจกบุคคลและความรับผิดชอบของผู้นำสูงสุด อาชญากรรมต่อมนุษยชาติ อาชญากรรมละเมิดร้ายแรงต่ออนุสัญญาเจนีวาและ ละเมิดอย่างร้ายแรงอื่นๆต่อกฎหมายและจารีตประเพณีที่ใช้บังคับในการขัดกันด้วยอาวุธ, *Prosecutor v. Blaskic*, Case No.: IT-95-14, Decision of Trial Chamber I on the Applications of the Prosecutor Dated 24 June and 30 August 1996 in Respect of the Protection of Witnesses (ICTY Trial Chamber Oct. 2, 1996).

⁵⁶ นาย Momčilo Perišić เป็นนายทหารระดับนายพลแห่งยูโกสลาเวียที่เกษียณอายุราชการแล้ว เมื่อเดือนสิงหาคม ค.ศ.1993 เขาได้รับการแต่งตั้งให้เป็นผู้บังคับบัญชาสูงสุดของกองกำลังทหารยูโกสลาเวีย และดำรงตำแหน่งถึง ค.ศ.1998 นาย Perišić ถูกอัยการตั้งข้อหาว่ากระทำผิดฐานให้ความช่วยเหลือและสนับสนุนให้มีการก่ออาชญากรรมสงคราม อาชญากรรมต่อมนุษยชาติในดินแดน Sarajevo และ Srebrenica แห่งบอสเนียนับแต่ ค.ศ. 1993 ถึง ค.ศ.1995 แก่กองกำลังทหาร Republika Srpska หรือเรียกว่า VRS นอกจากนี้ นาย Perišić ยังถูกตั้งข้อกล่าวหาว่ามีร่วมรับรู้การกระทำต่างๆ ไม่ว่าจะเป็นการฆ่า การกระทำอย่างไร้มมนุษยธรรม การโจมตีพลเรือน, *Prosecutor v. Perisic*, Case No.: IT-04-81, Decision on Prosecution Motion for Protective Measures for Witnesses (ICTY Trial Chamber May 27, 2005).

เท่านั้น ในคดีนี้องค์คณะพิจารณาคดีได้กำหนดระยะเวลาในการเปิดเผยแก่จำเลยเป็นเวลาไม่น้อยกว่า 30 วันก่อนเริ่มพิจารณาคดี

จากการศึกษาคำพิพากษาของคดีทั้งหมดที่กล่าวข้างต้นจึงขอสรุปแนวทางคำพิพากษาของศาลICTY ที่มีต่อมาตรการไม่เปิดเผยชื่อและตัวตนของผู้เสียหายและพยาน ดังนี้

- 1) ศาลจะต้องใช้ดุลยพินิจก่อนนำมาตราการนี้มาใช้ โดนให้พิจารณาว่าหากมีการเปิดเผยชื่อและตัวตนของผู้เสียหายและพยานต่อหน้าจำเลยแล้วจะก่อให้เกิดอันตรายและมีผลร้ายหรือไม่
- 2) การเลือกใช้มาตรการดังกล่าวแก่ผู้เสียหายและพยานย่อมแตกต่างกันไปในแต่ละคดี และการเลือกใช้มาตรการคุ้มครองนี้อาจเหมาะสมกับพฤติการณ์แห่งคดีหนึ่งแต่ก็อาจไม่เหมาะสมที่จะนำไปปรับใช้กับคดีอื่นก็เป็นได้ และในขณะเดียวกันสิทธิของผู้ต้องหาที่ยังคงเป็นสิ่งที่ศาลต้องคำนึงถึงทุกครั้งก่อนนำมาตราการนี้มาบังคับใช้เพื่อคุ้มครองผู้เสียหายและพยาน
- 3) ควรมีการกำหนดระยะเวลาที่เหมาะสมที่จะเปิดเผยชื่อและตัวตนของผู้เสียหายและพยานให้จำเลยรับทราบก่อนเริ่มพิจารณาคดี

ในส่วนของศาลอาญาเฉพาะกิจแห่งประเทศรวันดา(ICTR) นั้น จะพบว่ากฎหมายที่ เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองโดยนำมาตราการไม่เปิดเผยชื่อและตัวตนของผู้เสียหายและพยานในศาลICTR มีส่วนคล้ายคลึงกับกฎหมายของศาลICTY โดยระบุไว้ในมาตรา21แห่ง ธรรมนูญศาลICTR และ กฎข้อที่69 แห่งระเบียบว่าด้วยวิธีพิจารณาความและพยานหลักฐานแห่งศาลICTR (“RPE”)โดยมีสาระสำคัญดังนี้

มาตรา 21แห่ง ธรรมนูญศาลICTRว่าด้วยการคุ้มครองผู้เสียหายและพยาน⁵⁷ กำหนดว่าศาลอาญาเฉพาะกิจแห่งรวันดาจะต้องนำระเบียบว่าด้วยวิธีพิจารณาและพยานหลักฐานแห่งศาลมา

⁵⁷ *Statute of the International Criminal Tribunal for Rwanda (Icrt Statute)*. Article 21: Protection of victims and witnesses

“ The International Tribunal for Rwanda shall provide in its rules of procedure and evidence for the protection of victims and witnesses. Such protection measures shall include, but

บังคับใช้ในการคุ้มครองผู้เสียหายและพยาน มาตรการคุ้มครองดังกล่าวจะต้องไม่จำกัดเพียงการพิจารณาคดีโดยลับ (In camera) และการคุ้มครองชื่อและตัวตนของผู้เสียหายและกฎข้อที่ 69 แห่งระเบียบว่าด้วยวิธีพิจารณาความและพยานหลักฐาน (RPE) ว่าด้วยการคุ้มครองผู้เสียหายและพยานระบุว่า

1) ในกรณีมีพฤติการณ์พิเศษ คู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งหนึ่งอาจยื่นคำร้องขอต่อศาลให้นำมาตรการไม่เปิดเผยชื่อมาใช้แก่ผู้เสียหายและพยานหากพบว่าผู้เสียหายหรือพยานอาจได้รับอันตรายหรือความเสียหาย

2) องค์คณะพิจารณาคดีจะต้องปรึกษาหารือกับ ศูนย์ผู้เสียหายและพยานประจำศาลทุกครั้งในการพิจารณาถึงมาตรการคุ้มครองดังกล่าว

3) การเปิดเผยชื่อและตัวตนของผู้เสียหายและพยานจะต้องกระทำภายในระยะเวลาที่เหมาะสม ต่อการเตรียมคดีของอัยการและทนายจำเลยก่อนการเริ่มพิจารณาคดี

ข. มาตรการป้องกันการเปิดเผยข้อมูลตัวตนของผู้เสียหายต่อสาธารณะและสื่อต่างๆ

มาตรการป้องกันการเปิดเผยตัวตนของพยานผู้เสียหายและถ่ายทอดเรื่องราวในขณะพิจารณาคดีไปสู่สาธารณะเป็นมาตรการหนึ่งที่ใช้ในการปกป้องผู้หญิงที่ตกเป็นพยานและผู้เสียหายในคดี โดยในข้อกฎหมายวิธีสบัญญัติแห่งศาลICTRและICTY ปรากฏในกฎข้อที่ 75⁵⁸ แห่งระเบียบว่าด้วยวิธีพิจารณาความ (RPE) ของทั้งสองศาลเฉพาะกิจ โดยมีสาระสำคัญในการมุ่งให้ความคุ้มครองผู้เสียหายและพยานจากการปรากฏตัวต่อสาธารณะและสื่อต่างๆ

shall not be limited to, the conduct of in camera proceedings and the protection of the victim=s identity.”

⁵⁸“Icty Rules of Procedure and Evidence, .; “Ictr Rules of Procedure and Evidence,.”Rule 75.

ค. การป้องกันการเผชิญหน้าระหว่างผู้เสียหายและจำเลยในระหว่างพิจารณาคดี

มาตรการการป้องกันการเผชิญหน้าต่อจำเลยเป็นมาตรการคุ้มครองผู้เสียหายที่เป็นผู้หญิงมิให้เกิดความหวาดกลัว กังวลในชีวิตความปลอดภัย หรือ เพื่อมิให้ตอกย้ำประสบการณ์เลวร้ายที่พวกเขาเคยถูกกระทำจากจำเลย เพราะสภาพอารมณ์จิตใจที่เปราะบางและไม่มั่นคงจะมีผลกระทบต่อการให้คำเบิกความและบอกเล่าเหตุการณ์ การค้นหาความจริงก็จะเป็นผลสำเร็จและการอำนวยความสะดวกยุติธรรมแก่ผู้หญิงอาจไม่บรรลุผล

มาตรการดังกล่าวได้มีการบัญญัติรับรองภายใต้กฎระเบียบว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีความฯ แห่งศาลICTY&ICTR ดังปรากฏในกฎข้อที่ 75 (B)(iii) แห่งระเบียบว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีความฯ ของทั้งสองศาลโดยมีสาระสำคัญคือ คณะพิจารณาคดีอาจออกคำสั่งมาตรการที่เหมาะสมต่อการคุ้มครองผู้เสียหายและพยาน เช่น การพิจารณาคดีผ่านโทรทัศน์วงจรปิด และพยานสามารถให้คำเบิกความนอกห้องพิจารณาคดีได้โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อป้องกันมิให้เผชิญหน้าจำเลย โดยที่จำเลยและคณะตุลาการสามารถตรวจสอบควบคุมการทำคำเบิกความของพยานนอกห้องพิจารณาคดีได้ อย่างไรก็ตามในทางปฏิบัติเช่นศาลICTY ดังเช่นคดีTadic⁵⁹ กลับไม่มีการนำมาตรการนี้มาใช้แต่อย่างใดโดยในคดีTadicคณะพิจารณาคดีให้เหตุผลว่าการติดตั้ง ฉากกั้นชั่วคราว (temporary screen) ก็เพียงพอเหมาะสมแล้วสำหรับมาตรการในการคุ้มครองพยานผู้เสียหาย เนื่องจากฉากกั้น (temporary screen) ดังกล่าวได้รับการออกแบบมาเพื่อป้องกันมิให้พยานมองเห็นจำเลยได้(แต่จำเลยสามารถมองเห็นพยานได้ผ่านจอมอนิเตอร์) และวิธีการนี้เหมาะสมกว่าการพิจารณาคดีผ่านโทรทัศน์วงจรปิด การปรากฏตัวของพยานในห้องพิจารณาคดีมีความสำคัญเพราะเป็นหลักประกันของการพิจารณาคดีที่มีความเหมาะสม ในขณะที่ผู้พิพากษาทุกท่านสามารถตรวจสอบและสังเกตพยานที่มาปรากฏต่อหน้าตนได้สะดวกกว่าการใช้มาตรการผ่านกล้องวงจรปิด ในคดีนี้ศาลได้วางหลักเกณฑ์สำคัญในการนำมาตรการป้องกันการเผชิญหน้าระหว่างจำเลยและผู้เสียหายวิธีการผ่านVideo- Conference ดังนี้

⁵⁹ *Prosecutor V. Dusko Tadic, Decision of the Prosecutor's Motion Requesting Protective Measures for Victims and Witnesses.* Case No.IT-94-1. (ICTY Trial Chamber Aug.10,1995).

1. การพิจารณาคดีดังกล่าวจะดำเนินไปอย่างยุติธรรมหากไม่นำมาตรการปกป้องดังกล่าวมาใช้ระหว่างการเบิกความของพยาน
2. พยานไม่เต็มใจหรือไม่สามารถที่จะมาเบิกความได้โดยปกติ⁶⁰

ต่อมาในคดีDelalic⁶¹ แห่งศาลICTY อัยการได้ยื่นคำร้องต่อศาลขอให้พยานของตนสามารถเบิกความภายในห้องของพยานเองและให้ถ่ายทอดภาพดังกล่าวมาในห้องพิจารณาคดีจริง แต่คณะพิจารณาคดีในศาลยกคำร้องและยืนตามคดีTadicโดยใช้มาตรการคุ้มครองพยานผ่านจอภาพภายในห้องพิจารณาคดี ศาลให้เหตุผลว่าคำร้องขอให้พยานเบิกความจากห้องของพยานแทนห้องพิจารณาคดีจะเป็นการขัดต่อสิทธิของจำเลยและอาจเกิดความไม่เป็นธรรม ดังนั้นเห็นควรให้พยานเบิกความภายในห้องพิจารณาคดีจริงเท่านั้นแต่ใช้มาตรการคุ้มครองพยานโดยการเบิกความผ่านจอภาพเพื่อป้องกันมิให้พยานต้องเผชิญหน้ากับจำเลย จากคดีนี้ทำให้เราทราบว่าศาลได้สร้างหลักเกณฑ์เพิ่มเติมอีกหนึ่งประการจากเดิมของคดีTadicคือ สิทธิของจำเลยในการให้การต่อหน้าพยานจะต้องไม่ถูกรบกวนหรือทำให้เสียไปกล่าวโดยสรุปคือศาลมองว่าการใช้มาตรการคุ้มครองดังกล่าวจะต้องยืดหยุ่นและสมดุลกันระหว่างความปลอดภัยของพยานผู้เสียหายกับสิทธิต่างๆของจำเลย

ง. บทบัญญัติที่เกี่ยวกับการกระทำรุนแรงทางเพศ

ศาลICTYและศาลICTR ได้จัดทำบทบัญญัติบางประการที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองผู้เสียหายจากการกระทำรุนแรงทางเพศไว้ ซึ่งแรงผลักดันสำคัญในการร่างบทบัญญัตินี้ดังกล่าวมาจากความพยายามขององค์กรอิสระที่ไม่แสวงหากำไรโดยมุ่งคุ้มครองผู้หญิงที่ตกเป็นผู้เสียหายจากอาชญากรรมสงครามและความขัดแย้งต่างๆ⁶² อันได้แก่ กฎข้อที่ 96 แห่งระเบียบว่าด้วยวิธีพิจารณา

⁶⁰Asa Rydberg, "The Protection of the Interests of Witnesses –the Icty in Comparison to the Future Icc,," *12 Leiden J. Int'l L* (1999). pp.455,471.

⁶¹*Prosecutor V.Zejnil Delalic, Decision on the Motion to Compel the Disclosure of the Addresses of the Witnesses.* Case No.: IT-96-21, Witness Pseudonymed "B" through "M" (ICTY Trial Chamber Apr.29,1997).

⁶²Patricia M. Wald, "Dealing with Witnesses in War Crime Trials: Lessons from the Yugoslav Tribunal," *5 Yale H.R.&Dev. L.J* (2002). p.217.

ความฯ แห่งศาล ICTY⁶³ ซึ่งว่าด้วยเรื่องการรับฟังพยานหลักฐานในคดีข่มขืนกระทำชำเราผู้เสียหาย มีสาระสำคัญคือ ห้ามมิให้รับฟังพยานหลักฐานสนับสนุนคำเบิกความของผู้เสียหายในคดีข่มขืนกระทำชำเรา รวมทั้งห้ามรับฟังพยานหลักฐานสนับสนุนที่เกี่ยวกับพฤติกรรมของผู้เสียหายในครั้งก่อนๆ⁶⁴

สำหรับศาล ICTR ก็มีกรนำกฎข้อที่ 96 ของศาล ICTY มาบัญญัติไว้ในระเบียบว่าด้วยวิธีพิจารณาความฯ แห่งกฎข้อที่ 96 แห่งศาล ICTR เช่นกัน จึงกล่าวได้ว่ากฎข้อที่ 96 ของศาลทั้งสองดังกล่าวมีความสำคัญอย่างยิ่งในการช่วยป้องกันมิให้ผู้เสียหายจากคดีความรุนแรงทางเพศได้รับความไม่เป็นธรรมหากมีการรับฟังพยานหลักฐานที่ไม่เกี่ยวข้องกับคดีโดยตรงและโดยเฉพาะอย่างยิ่งในผู้เสียหายที่เป็นผู้หญิงในคดีข่มขืนอันต้องได้รับความอับอาย เสื่อมเสียชื่อเสียงในระหว่างการพิจารณาคดีและยังช่วยป้องกันมิให้มีการคุกคามเหยื่อในระหว่างการถามค้านตรวจพยานหลักฐาน (cross-examination) ของฝ่ายจำเลยอีกด้วย

จ. การใช้นามสมมติแทนตัวตนผู้เสียหายและพยาน

ในศาล ICTY คดี Tadic ในระหว่างการพิจารณาชั้นไต่สวนมูลฟ้อง (Pre-Trial) องค์คณะพิจารณาคดีได้ออกคำสั่งให้ผู้เสียหายที่เป็นพยานในศาลจำนวน 2 คน ซึ่งเป็นผู้เสียหายจากการถูกรุนแรงทางเพศสามารถให้การต่อศาลได้โดยไม่ต้องเปิดเผยชื่อและตัวตนที่แท้จริง โดยศาลอนุญาตให้ใช้นามสมมติในการให้การต่อศาลในระหว่างการพิจารณาคดี คำเบิกความที่พยานให้การต่อศาลนั้นเกี่ยวข้องกับกรณีที่ศาลได้รับรายงานข้อเท็จจริงเบื้องต้นว่าพยานทั้งสองถูกใช้กำลังบังคับให้ตัดทอนอวัยวะเพศหรือถูกบังคับให้เป็นหมัน (sexual mutilation) โดยหลักการของกฎหมายมาตรา 20(1) แห่งธรรมนูญศาล ICTY องค์คณะพิจารณาคดีต่างยอมรับว่าศาลจะต้องเคารพสิทธิของจำเลยในคดีทุกประการและในขณะเดียวกันศาลก็ต้องคำนึงถึงความคุ้มครองผู้เสียหายและพยานในคดีเช่นเดียวกัน ศาลยอมรับว่าโดยหลักการแห่งกฎหมายพยานหลักฐานทุกประการในคดีจะต้องแสดงให้เห็นปรากฏต่อหน้าศาลและต่อหน้าจำเลยในคดี⁶⁵ อย่างไรก็ตามในคดี Tadic ศาลได้

⁶³ "Icty Rules of Procedure and Evidence, ." Rule 96: Evidence in Cases of Sexual Assault.

⁶⁴ หมายเหตุ: ผู้จัดทำไม่ได้มีวัตถุประสงค์ศึกษาเรื่องกฎหมายพยานหลักฐานเป็นสำคัญจึงไม่ขอลงรายละเอียดเรื่องกฎหมายพยานหลักฐานเชิงลึก แต่จะวิเคราะห์ในแง่การคุ้มครองผู้เสียหายจากมาตรการทางระเบียบฯ พยานหลักฐานดังกล่าวเท่านั้น หากท่านใดสนใจรณศึกษาค้นคว้าเพิ่มเติม

⁶⁵ Article 20(1) of ICTY.

กำหนดปัจจัยที่เกี่ยวข้องแห่งคดีไว้ 5 ประการเพื่อใช้เป็นแนวทางในการพิจารณาการนำมาตรการคุ้มครองผู้เสียหายและพยานด้วยวิธีการปกปิดชื่อที่แท้จริงและอาศัยนามสมมติแทนการแสดงตัวตนของผู้เสียหายและพยานในระหว่างการพิจารณาคดีแทนการเปิดเผยชื่อที่แท้จริง โดยปัจจัยห้าประการนี้จะต้องมีความสอดคล้องกับการคุ้มครองสิทธิของจำเลยที่จะได้รับการพิจารณาคดีด้วยความยุติธรรมด้วย ศาลได้กล่าวถึงปัจจัยห้าประการ ดังนี้

“ ประการที่หนึ่ง จะต้องได้ความว่าอาจมีอันตรายแก่ความปลอดภัยในชีวิตและร่างกายของพยาน รวมทั้งครอบครัวของพยาน ประการที่สอง คำเบิกความของพยานดังกล่าวจะต้องเป็นเรื่องที่มีความสำคัญต่อการฟ้องร้องคดีของอัยการ ประการที่สาม จะต้องประจักษ์จนเป็นที่พอใจแก่องค์คณะพิจารณาคดีว่าไม่มีมูลเหตุอันเชื่อได้ว่าพยานดังกล่าวขาดความน่าเชื่อถือ ประการที่สี่ ภายในประเทศนั้นไม่มีขั้นตอนวิธีการคุ้มครองพยานหรือขาดประสิทธิภาพในการให้ความคุ้มครองพยาน ประการสุดท้าย มาตรการใดๆที่นำมาใช้ในการคุ้มครองพยานต้องกระทำด้วยความจำเป็นอย่างเคร่งครัด หากสามารถเลือกใช้มาตรการขั้นต่ำที่สุดแต่ให้การคุ้มครองที่ดีก็ให้นำมาใช้ก่อน”⁶⁶

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
CHULALONGKORN UNIVERSITY

⁶⁶Tadiccase.supra note 45.

3.2.5 สิทธิในการมีส่วนร่วมของผู้เสียหาย

ระบบพิจารณาคดีของศาลอาญาเฉพาะกิจICTYและศาลICTR นั้นมีรากฐานมาจากระบบพิจารณาคดีแบบกล่าวหา (Adversarial system) จึงทำให้บทบาทของผู้เสียหายในคดีถูกจำกัดอยู่มาก และมีหน้าที่หลักในคดีในฐานะพยานแห่งคดีเท่านั้น แต่ผู้เสียหายไม่อาจเข้าเป็นคู่ความในคดีได้หรือแม้แต่การเรียกร้องให้มีการชดใช้ความเสียหายที่เกิดขึ้นกับตนในกระบวนการพิจารณาคดีก็ไม่อาจกระทำได้เช่นกัน⁶⁷ บทบาทเดียวที่ผู้เสียหายกระทำได้ในกระบวนการพิจารณาคดีของศาลอาญาเฉพาะกิจทั้งสองคือผู้เสียหายในฐานะพยาน

ก. นิยามคำว่าผู้เสียหาย และ บทบัญญัติอื่นๆที่เกี่ยวข้องกับผู้หญิงภายในศาล ICTY และ ศาลICTR

ระเบียบว่าด้วยวิธีพิจารณาความและพยานหลักฐาน (RPE)แห่งศาลICTY และศาลICTR ได้ระบุนิยามคำว่าผู้เสียหายไว้เพียงน้อยนิดและค่อนข้างจำกัดดังนี้

“ผู้เสียหาย หมายถึง ผู้ที่ได้รับผลกระทบจากอาชญากรรมภายใต้เขตอำนาจศาลอาญาเฉพาะกิจ ซึ่งอาชญากรรมดังกล่าวจะต้องเข้าองค์ประกอบว่ามุ่งกระทำต่อผู้เสียหาย และเป็นผลให้ผู้เสียหายได้รับความเสียหายทุกขั้วทรมาณจากผลร้าย บุคคลอื่นที่ไม่ได้รับผลโดยตรงจากการกระทำไม่ถือว่าเป็นผู้เสียหายสาระสำคัญคือ จะต้องเป็นผู้เสียหายโดยตรง(ผู้เสียหายโดยนิตินัย)”⁶⁸

ข. การบัญญัติกฎหมายเกณฑ์การมีส่วนร่วมของผู้เสียหาย

เมื่อพิจารณาถึงกฎหมายสารบัญญัติและระเบียบว่าด้วยวิธีพิจารณาความอีกทั้งแนวทางปฏิบัติของแต่ละศาลจะเห็นว่าศาลอาญาเฉพาะกิจในอดีตนับแต่ศาลนูเรมเบิร์ก ศาลโตเกียว ศาลICTY&ICTR มิได้มีการบัญญัติกฎหมายหรือพบหลักปฏิบัติของศาลที่สะท้อนถึงความสำคัญและพึงเล็งถึงการมีส่วนร่วมของผู้เสียหาย สำหรับศาลพิเศษอื่น ๆ นั้น พบว่ามีเพียงศาลพิเศษแห่งกัมพูชา(ECCC) เท่านั้นที่มีการบัญญัติหลักการนี้ไว้ในกฎระเบียบว่าด้วยวิธีพิจารณาความ

⁶⁷ Rule 105 of the ICTY RPE and ICTR RPE.

⁶⁸ "Icty Rules of Procedure and Evidence, ."and ICTR. Rule 2(a).

ภายในศาล (ECCC Internal Rules) ในกฎระเบียบข้อที่ 23⁶⁹ กฎระเบียบข้อที่ 74⁷⁰ และกฎระเบียบข้อที่ 105⁷¹ อันมีสาระสำคัญคือ

ประการแรก ผู้เสียหายจะต้องมีส่วนร่วมในการพิจารณาคดีและมีใช้แค่ในฐานะพยาน แต่ให้อำนาจผู้เสียหายที่สามารถใช้สิทธิในการมีส่วนร่วมในฐานะผู้เสียหายได้ อย่างไรก็ตาม การมีส่วนร่วมของผู้เสียหายต้องไม่เป็นการกระทบหรือขัดแย้งกับสิทธิของจำเลยที่จะได้รับการพิจารณาคดีอย่างยุติธรรมและเป็นกลาง

ประการที่สอง สิทธิของผู้เสียหายในการมีส่วนร่วมนั้นอาจถูกจำกัดในบางขั้นตอนของกระบวนการพิจารณาคดี หรือเฉพาะในกรณีพิเศษ แต่การจำกัดสิทธิผู้เสียหายดังกล่าว ศาลจะต้องคำนึงถึงผลประโยชน์ของผู้เสียหายและความเหมาะสมด้วย

ประการที่สาม การเยียวยาและการใช้มาตรการคุ้มครองใดๆ ในกระบวนการพิจารณาคดี ศาลจะต้องกระทำโดยคำนึงถึงผลกระทบต่อผลประโยชน์ของผู้เสียหายด้วย

และประการสุดท้าย มีการระบุเพิ่มเติมรับรองถึงสิทธิการมีส่วนร่วมของผู้เสียหายในการที่ผู้เสียหายหรือตัวแทนของผู้เสียหาย สามารถแสดงพยานหลักฐานของตนให้คณะพิจารณาคดีทราบ มีสิทธิในการซักถามพยานจำเลยและสามารถยื่นคำคัดค้านโต้แย้งคำให้การของจำเลยได้ (closing arguments/statements)

ค. การกำหนดสถานะของผู้เสียหายในคดี

สถานะของผู้เสียหายนับแต่อดีตจนถึงศาลอาญาเฉพาะกิจICTY และศาล ICTR นั้น ผู้เสียหายไม่ได้รับการรับรองให้มีส่วนร่วมในคดีในฐานะผู้เสียหายระหว่างการพิจารณาคดี หรือได้รับการรับรองจากศาลให้เป็นคู่ความในคดี(civil parties)และไม่มีสิทธิในการดำเนินคดีดังเช่นคู่ความผู้เสียหายอยู่ในฐานะพยานทั่วไปในคดี ซึ่งทำให้ผู้เสียหายมีบทบาทในคดีน้อยและแทบไม่มีส่วนได้เสีย

⁶⁹ "Extraordinary Chambers

in the Courts of Cambodia (Eccc Rules)," ed. in its resolution 57/228 the General Assembly of the United Nations, ECCC Plenary Session. Rule 23.

⁷⁰ Ibid. Rule 74.

⁷¹ Ibid. Rule 105.

ในคดีหากผลการพิจารณาคดีเสร็จลง ไม่ว่าจะเป็นการมีส่วนร่วมในการตั้งข้อหา การลงโทษ การชดใช้ เยียวยา ซึ่งจากการศึกษาพบว่าไม่มีเพียงศาลพิเศษแห่งกัมพูชาเท่านั้นที่บัญญัติรับรองให้ผู้เสียหายมีสถานะเป็นคู่ความในคดี⁷²

ง. การแจ้งเรื่อง (Notifications)

การแจ้งขั้นตอนกระบวนการพิจารณาคดีในแต่ละขั้นตอน อาทิ วันนัดพิจารณา วันที่ ศาลมีคำพิพากษา คำวินิจฉัยอุทธรณ์ต่าง ให้ผู้เสียหายทราบนั้น ไม่ปรากฏว่ามีการรับรองหลักเกณฑ์นี้ ในศาลอาญาเฉพาะกิจทั้งสองเลย แต่จากการศึกษาพบว่าศาลพิเศษแห่งกัมพูชาได้รับรองบทบัญญัตินี้ ไว้แก่ผู้เสียหาย สรุปสาระสำคัญ ดังนี้

“เพื่อรับรองถึงสิทธิการมีส่วนร่วมในคดีของผู้เสียหาย กำหนดให้ทั้งผู้เสียหาย หรือ ตัวแทนของผู้เสียหายมีสิทธิที่จะได้รับทราบถึงความคืบหน้าของกระบวนการพิจารณาคดีและผลแห่งคำ วินิจฉัยของศาลซึ่งอาจมีผลกระทบต่อส่วนได้เสียของผู้เสียหาย”⁷³

3.3 ข้อท้าทายและข้อบกพร่องในการปกป้องคุ้มครองผู้เสียหายที่เป็นผู้หญิงในกระบวนการพิจารณา คดีแห่งศาลอาญาเฉพาะกิจระหว่างประเทศในอดีต

หากย้อนกลับไปดูนับแต่การก่อตั้งศาลทหารนูเรมเบิร์กและศาลโตเกียว ที่มีการ จัดตั้งขึ้นมาเพื่อชำระคดีต่อผู้แพ้สงครามนั้น จะพบว่าแทบไม่มีการนำผู้หญิงที่เป็นเหยื่อจาก อาชญากรรมร้ายแรงจำพวก ช่มชืด กระทำชำเรา หรือกระทำรุนแรงทางเพศใดๆมาเข้าสู่การพิจารณา คดีในชั้นศาลเลยทั้งในฐานะผู้เสียหายหรือพยานเลย ในศาลนูเรมเบิร์ก⁷⁴ มีการนำพยานหลักฐาน เกี่ยวกับการช่มชืดผู้หญิงเสนอในระหว่างการพิจารณาคดี แต่ไม่ปรากฏว่ามีการกล่าวถึงการลงโทษ

⁷² Ibid.

⁷³ "Extraordinary Chambers

in the Courts of Cambodia (Eccc Rules)."Rule 12 bis., Rule 46.

⁷⁴ RichJ.Goldstone, "Prosecuting Rape as a War Crime."34 CASE W. RES. J. INT'L L.

(2002),pp. 277, 279 .

ความผิดฐานข่มขืนผู้หญิงไว้ในคำพิพากษาแต่อย่างไรเช่นเดียวกันกับการพิจารณาคดีในศาลโตเกียว⁷⁵ อัยการได้มีความพยายามที่จะตั้งข้อหาการข่มขืนกระทำชำเราผู้หญิงแก่จำเลยในระหว่างเกิดสงคราม และเรียกร้องให้จำเลยร่วมรับผิดชอบในฐานะผู้บังคับบัญชาออกคำสั่งแก่ทหารชั้นผู้น้อยเนื่องจาก ปรากฏหลักฐานพบว่ามี การละเมิดสิทธิมนุษยชนร้ายแรงต่อผู้หญิงมากมาย อาทิ การบังคับให้ผู้หญิง จำนวนนับพันคนตกเป็น นางบำเรอ (Comfort Women) ให้แก่ทหารญี่ปุ่นที่ร่วมรบในสงคราม อย่างไรก็ตามกลับไม่มีการดำเนินคดีแก่จำเลยในข้อหาความผิดนี้แต่อย่างไร และไม่ปรากฏว่ามีผู้หญิง คนใดได้มีโอกาสเข้าไปให้การแก่ศาลถึงความโหดร้ายที่ตนได้รับในระหว่างการพิจารณาคดีของศาล โตเกียวเลย ผู้เสียหายที่เป็นผู้หญิงแทบจะไม่มีบทบาทและไม่มีเสียงเรียกร้องๆใดมาจากพวกเขา เพื่อให้ดำเนินคดีกับกลุ่มทหารที่ก่ออาชญากรรม

นับจากสงครามโลกครั้งที่ 2 สิ้นสุดลงเป็นเวลาหลายสิบปี เหตุการณ์ความรุนแรงต่อ ผู้หญิงมักเกิดขึ้นภายในประเทศใดประเทศหนึ่งที่เกิดความขัดแย้งกันเองในประเทศ ไม่ว่าจะเป็ความ ขัดแย้งทางเชื้อชาติ เผ่าพันธุ์ ศาสนา การเมือง ซึ่งมีได้มีลักษณะเป็นความขัดแย้งระหว่างประเทศ เนื่องจากเป็นสงครามภายในประเทศกันเอง ดังเช่นกรณีเหตุการณ์ความรุนแรงที่เกิดขึ้นในประเทศ รวันดา หรืออดีตประเทศยูโกสลาเวีย มีข้อสังเกตว่าเหยื่อที่เป็นผู้หญิงจะได้รับความทุกข์ทรมานจาก อาชญากรรมที่โหดร้ายและรุนแรงกว่าเดิม และไม่จำกัดเพียงอาชญากรรมทางเพศเท่านั้น ผู้หญิงถูก ทำให้เป็นเครื่องมือทางทหารและตกเป็นเป้าหมายสำคัญในการโจมตี ภายหลังเมื่อมีการจัดตั้งศาล อาญาเฉพาะกิจเพื่อดำเนินคดีแก่ผู้กระทำผิด พบว่าผู้หญิงเริ่มมีโอกาสเข้าสู่กระบวนการของศาลมาก ขึ้นกว่าเดิม มีการนั่งพิจารณาคดีของศาลต่อหน้าผู้เสียหายหญิงและจำเลย และมีจำนวนผู้เสียหายที่ เป็นผู้หญิงในคดีเป็นจำนวนมาก เช่น คดีที่อยู่ในศาลอาญาระหว่างประเทศแห่งรวันดาและ ยูโกสลาเวียเกือบทุกคดีจะมีผู้หญิงตกเป็นผู้เสียหายในฐานะพยานร่วมพิจารณาคดีจากการกระทำผิด เกือบทุกคดี

แนวทางปฏิบัติในกระบวนการพิจารณาคดีของศาลอาญาเฉพาะกิจในแต่ละช่วงเวลาต่าง ก็มีพัฒนาการในตัวเอง ซึ่งพบทั้งข้อบกพร่องและการเติมเต็มปรับปรุงข้อบกพร่องที่เคยเกิดขึ้น หาก ศึกษาในกฎหมายวิธีสบัญญัติและแนวคำพิพากษาจะพบว่า มีทั้งสิ่งที่น่าสนใจและมีความสำคัญต่อ พัฒนาการในการคุ้มครองผู้หญิงในขณะเดียวกันก็สะท้อนถึงความบกพร่อง และการละเลยวิธีปฏิบัติที่ จะต้องคำนึงถึงผู้หญิง การไม่คำนึงถึงการจัดการเลือกปฏิบัติต่อผู้หญิง และการไม่มีมาตรการที่ เพียงพอเพื่อจะรับรอง คุ้มครองผู้หญิงในประเด็นคดีที่มีความอ่อนไหวทางเพศ (Gender –

⁷⁵ Ibid.

Sensitive) เพื่อมิให้ผู้เสียหายหรือพยานที่เป็นผู้หญิงต้องเผชิญกับความรุนแรงกระทบกระเทือนทางจิตใจในขณะพิจารณาคดี เมื่อเราได้ทำการศึกษาวิวัฒนาการของศาลอาญาเฉพาะกิจระหว่างประเทศที่มีมาในประวัติศาสตร์ พบว่าการพิจารณาคดีในชั้นศาลที่มีผู้หญิงเข้าไปเกี่ยวข้องก็อาจมิได้มีมาตรฐานในการพิจารณาคดีเหมือนกัน และการเข้าถึงความยุติธรรมของผู้เสียหายแต่ละรายก็แตกต่างกันไป และยังมีศาลใดที่รับประกันได้ว่าการคุ้มครองผู้เสียหายที่เป็นผู้หญิงได้ดีและมีประสิทธิภาพมากที่สุดแนวทางปฏิบัติในกระบวนการพิจารณาคดีของศาลอาญาเฉพาะกิจในแต่ละช่วงเวลาในอดีตต่างก็มีพัฒนาการในตัวเอง ซึ่งพบทั้งข้อบกพร่องและการเติมเต็มปรับปรุงข้อบกพร่องที่เคยเกิดขึ้น หากศึกษาในกฎหมายวิธีสบัญญัติและแนวคำพิพากษาจะพบว่ามีทั้งสิ่งที่น่าสนใจและมีความสำคัญต่อพัฒนาการในการคุ้มครองผู้หญิงในขณะเดียวกันก็สะท้อนถึงความบกพร่อง และการละเลยวิธีปฏิบัติที่จะต้องคำนึงถึงผู้หญิงการไม่คำนึงถึงการจัดการเลือกปฏิบัติต่อผู้หญิง และการไม่มีมาตรการที่เพียงพอเพื่อจะรับรอง คุ้มครองผู้หญิงในประเด็นคดีที่มีความอ่อนไหวทางเพศ (Gender – Sensitive) เพื่อมิให้ผู้เสียหายหรือพยานที่เป็นผู้หญิงต้องเผชิญกับความรุนแรงกระทบกระเทือนทางจิตใจในขณะพิจารณาคดี

ภายหลังจากได้ทำการศึกษาวิวัฒนาการของศาลอาญาเฉพาะกิจระหว่างประเทศที่มีมาในประวัติศาสตร์พบว่าการพิจารณาคดีในชั้นศาลที่มีผู้หญิงเข้าไปเกี่ยวข้องก็อาจมิได้มีมาตรฐานในการพิจารณาคดีเหมือนกัน และการเข้าถึงความยุติธรรมของผู้เสียหายแต่ละรายก็แตกต่างกันไปด้วย ปัจจัยหลายๆประการ และยังไม่อาจกล่าวได้เต็มที่มีศาลอาญาเฉพาะกิจใดในอดีตที่รับประกันได้ว่าการคุ้มครองผู้เสียหายที่เป็นผู้หญิงได้ดีและมีประสิทธิภาพมากที่สุดอย่างไรก็ตามผลการศึกษาวิวัฒนาการแต่ละช่วงเวลานั้นทำให้พบสิ่งที่เป็นข้อท้าทายและข้อบกพร่องต่างๆที่เกี่ยวกับการคุ้มครองผู้เสียหายที่เป็นผู้หญิงในกระบวนการพิจารณาคดีของศาลได้หลายประการ เพื่อนำไปสู่การแก้ไขข้อบกพร่องให้หมดไปและพัฒนาสิ่งที่ดีอยู่แล้วในการปกป้องคุ้มครองสิทธิผู้หญิงให้ดียิ่งขึ้นและก้าวไปไกลกว่าเดิม ซึ่งจะนำไปสู่การพัฒนาการคุ้มครองผู้เสียหายที่เป็นผู้หญิงของศาลอาญาระหว่างประเทศปัจจุบัน(ICC) ในการปกป้องคุ้มครองผู้เสียหายที่เป็นผู้หญิงได้ดียิ่งขึ้น ดังจะได้กล่าวในบทต่อไป

บทที่ 4

การคุ้มครองผู้เสียหายที่เป็นผู้หญิงในศาลอาญาระหว่างประเทศปัจจุบัน

ประวัติศาสตร์ในอดีตที่ผ่านมา นับแต่การก่อตั้งศาลอาญาเฉพาะกิจในช่วงก่อนสงครามโลกครั้งที่ 1 จนถึงภายหลังสงครามโลกครั้งที่ 2 รวมทั้งสถานการณ์ความรุนแรงต่อสตรีในหลายๆ ประเทศ ก่อให้เกิดบทเรียนต่างๆ ที่ทำให้มนุษยชาติเรียนรู้ที่จะแก้ไข เยียวยาและหาทางป้องกัน คุ้มครองผู้หญิงที่ตกเป็นเหยื่อจำนวนมาก จึงก่อให้เกิดการยกย่องธรรมนูญกรุงโรมแห่งศาลอาญาระหว่างประเทศเพื่อนำมาใช้กำกับศาลอาญาระหว่างประเทศได้อย่างมีประสิทธิภาพ และได้มีพัฒนาการในการคุ้มครองผู้หญิงในกระบวนการพิจารณาคดีในทางที่ดีขึ้น เพราะมีการนำบทเรียนและข้อผิดพลาดต่างๆ ในอดีตนำมาเป็นกรณีศึกษาและปรับปรุงแก้ไข สิ่งที่น่าสนใจคือ มีการหยิบยกประเด็นในเรื่องเพศสภาพหรือเพศภาวะเข้ามาในบทบัญญัติแห่งธรรมนูญด้วย จึงเป็นมิติใหม่ที่นำยินดีว่าผู้หญิงได้รับการคุ้มครองในทางที่ดีขึ้นในหลายๆ เรื่อง ดังจะได้ศึกษากันต่อไปในบทนี้

4.1 ที่มาของกฎหมายอาญาระหว่างประเทศในการคุ้มครองผู้เสียหาย

เมื่อศึกษาและทำความเข้าใจว่ากฎหมายอาญาระหว่างประเทศคืออะไร เราจะทราบข้อเท็จจริงว่ากฎหมายอาญาระหว่างประเทศนั้นเปรียบเสมือนอวัยวะที่สำคัญและเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายระหว่างประเทศโดยมีระบบทางกฎหมายที่อยู่ในบริบททางระหว่างประเทศเช่นเดียวกัน หน้าที่ของกฎหมายอาญาระหว่างประเทศซึ่งถือเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายระหว่างประเทศนั้นมีไว้เพื่อต่อสู้เรียกร้องให้ปัจเจกบุคคลรับผิดชอบในการกระทำผิดอาชญากรรมร้ายแรงระหว่างประเทศและในขณะเดียวกันหลักกฎหมายอาญาระหว่างประเทศมีลักษณะพิเศษได้แก่การกำหนดความรับผิดชอบทางอาญาของปัจเจกบุคคลซึ่งเป็นจุดต่างที่สำคัญจากหลักกฎหมายระหว่างประเทศพื้นฐานทั่วไป

ในยุคแรกเริ่มของแนวคิดนิยมสังคมนิยมระบบตะวันตก หลักการแห่งความเสมอภาค และหลักอำนาจอธิปไตยของแต่ละรัฐ อีกทั้งหลักแห่งการไม่แทรกแซงอำนาจอธิปไตยภายในถือเป็น

หัวใจหลักสำคัญที่ทุกรัฐพึงปฏิบัติต่อกันในระบบความสัมพันธ์เชิงแนวนอนจะถือว่าอำนาจอธิปไตยของทุกรัฐอยู่ในระนาบเดียวกันและไม่มีรัฐใดมีอำนาจเหนือกว่ารัฐอื่นๆ หลักกฎหมายพื้นฐานของระบบความสัมพันธ์เชิงแนวนอนประกอบด้วยความสัมพันธ์ในลักษณะต่างตอบแทนซึ่งมีพันธกรณีที่ต้องปฏิบัติต่อกันและแสดงถึงความสัมพันธ์ระหว่างประเทศเป็นสำคัญ ดังนั้นผลแห่งความสัมพันธ์ในระบบนี้จึงมองว่ารัฐเท่านั้นเป็นวัตถุแห่งการกระทำ การละเมิดพันธกรณีทางระหว่างประเทศใดๆ รัฐเท่านั้นที่มีหน้าที่ต้องรับผิดชอบ แต่สำหรับปัจเจกบุคคลจะมีส่วนเกี่ยวข้องกับกฎหมายระหว่างประเทศโดยทางอ้อมเท่านั้น เช่น การออกกฎหมายภายในรัฐโดยอาศัยต้นแบบจากหลักกฎหมายระหว่างประเทศ บุคคลธรรมดาจึงจะเข้ามามีส่วนเกี่ยวข้องเฉพาะเมื่อมีการออกกฎหมายภายในที่ตนต้องอยู่ภายใต้สภาพบังคับ ดังนั้นจึงกล่าวได้ว่าโครงสร้างของระบบความสัมพันธ์ระหว่างประเทศแบบแนวนอนไม่มีผลกระทบโดยตรงต่อปัจเจกบุคคล นอกจากนี้โครงสร้างของระบบดังกล่าวยังต้องอยู่บนพื้นฐานแห่งการให้ความยินยอมของแต่ละรัฐด้วยเพราะบ่อเกิดแห่งกฎหมายระหว่างประเทศเป็นผลมาจากการให้ความยินยอมของแต่ละรัฐ สนธิสัญญา จารีตประเพณีและหลักกฎหมายทั่วไป¹⁸²

สรุปลักษณะพิเศษของกฎหมายระหว่างประเทศจะประกอบไปด้วย

- ก. กฎหมายระหว่างประเทศมีบ่อเกิดแห่งกฎหมาย(Source of law)
- ข. การจำกัดเขตอำนาจศาลในการพิจารณาคดี (Limited Jurisdiction)
- ค. และไม่สามารถบังคับทุกรัฐให้ปฏิบัติตามเพราะไม่มีสภาพบังคับที่แท้จริงเหนือทุกรัฐด้วยเหตุนี้จึงทำให้มีการกำหนดกฎเกณฑ์ความสัมพันธ์ของแต่ละรัฐมาบังคับใช้เป็นพันธกรณีทางระหว่างประเทศ

ด้วยหลักอำนาจอธิปไตยที่ทุกรัฐต่างมี จึงทำให้แต่ละรัฐห้ามเข้ามาแทรกแซงกิจการภายในรัฐซึ่งกันและกัน ด้วยเหตุนี้จึงมีผลกระทบต่อการคุ้มครองสิทธิของผู้หญิงที่เพียงพอ ทำให้กฎหมายภายในรัฐขาดการคำนึงถึงผู้หญิงในการบัญญัติกฎหมายภายใน และเมื่อหลักกฎหมายภายในรัฐหลักใดๆต่างเป็นที่ยอมรับและใช้บังคับกันหลายๆรัฐมากขึ้น จึงทำให้กลายมาเป็นหลักพื้นฐานแห่งกฎหมายระหว่างประเทศในที่สุด ยกตัวอย่างเช่น การแบ่งประเภทคดีกฎหมายระหว่างประเทศเป็น

¹⁸² John Cerone and Susana SáCouto, *International Criminal Law: A Discussion Guide* (War Crimes Research Office at American University's Washington College of Law., 2004).,p.4.

กฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีเมือง และ กฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล แม้แต่ในเรื่อง การปกป้องคุ้มครองคนชาติก็เป็นเรื่องภายในของแต่ละรัฐที่รัฐใดจะเข้าไปให้ความคุ้มครองแทนไม่ได้ ในความเป็นจริง มีการโต้แย้งกันมากมายว่ากฎหมายระหว่างประเทศโดยเนื้อแท้คือการกำหนดเรื่อง เพศภาวะไว้ในตัวเอง เพราะผู้ร่างและพัฒนากฎหมายจะมาจากการอาศัยประสบการณ์และความ เข้าใจของบุรุษที่ถูกละเลยอยู่ในชนชั้นสูงกว่าผู้หญิง

4.1.1 การกำเนิดและการพัฒนาการของกฎหมายอาญาระหว่างประเทศ

ต้นกำเนิดแห่งกฎหมายอาญาระหว่างประเทศมาจากบ่อเกิดแห่งกฎหมายเดียวกัน กับกฎหมายระหว่างประเทศและกฎหมายอาญา อันนับว่ามีความสัมพันธ์ใกล้ชิดกันกับกฎหมาย ระหว่างประเทศสาขาอื่นๆด้วยโดยเฉพาะอย่างยิ่งเกี่ยวพันอย่างใกล้ชิดกับกฎหมายสิทธิมนุษยชนและ กฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศและหลักกฎหมายว่าด้วยความรับผิดชอบของแต่ละรัฐบ่อกำเนิด แห่งกฎหมายอาญาระหว่างประเทศถูกจัดอยู่ในประเภทเดียวกันกับกฎหมายระหว่างประเทศทั่วไป ดังที่ระบุไว้ในมาตรา 38(1) แห่งธรรมนูญศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ อันได้แก่ สนธิสัญญา กฎหมาย จารีตประเพณีระหว่างประเทศ หลักกฎหมายทั่วไป คำพิพากษาของศาล รวมทั้งความเห็นทาง วิชาการของนักกฎหมายระหว่างประเทศ

นักวิชาการส่วนใหญ่ต่างเห็นพ้องและยอมรับกันว่ากฎหมายอาญาระหว่างประเทศมี ปรากฏจริง เพียงแต่เนื้อหาสาระบางประการของกฎหมายยังมีความไม่ชัดเจน เนื่องจากกฎหมายสาร บัญญัติมีพัฒนาการมาจากความเปลี่ยนแปลงของสังคมโลก หากกล่าวในมุมกว้าง บ่อเกิดของ กฎหมายอาญาระหว่างประเทศอาจกล่าวได้ว่ามาจากหลักกฎหมายทั่วไปของกฎหมายระหว่าง ประเทศที่ถูกละเลยจากนานาอารยะประเทศ หรืออาจถูกละเลยให้กลายเป็นจารีตประเพณีระหว่าง ประเทศก็เป็นได้ อันจะเห็นได้จากกฎหมายอาญาภายในของแต่ละประเทศมักมีเนื้อหาคล้ายคลึงกัน เนื่องจากการนำมาจากสนธิสัญญาเดียวกันนั่นเองนอกจากนี้กฎหมายอาญาระหว่างประเทศยังถูกจัดให้ เป็นกฎหมายที่ควบคุมการกระทำอันเป็นการคุกคามความมั่นคงและสันติภาพของโลก โดยมีลักษณะ เป็นอาชญากรรมข้ามชาติ หรือ มีผลกระทบต่อผลประโยชน์ของนานาประเทศโดยรวม ยกตัวอย่าง เช่น อาชญากรรมระหว่างประเทศที่คุกคามความสงบของโลก คุกคามความมั่นคง อาชญากรรมต่อ

มนุษยชาติ กระทบต่อสิทธิมนุษยชนขั้นพื้นฐานของมนุษย์ อาชญากรรมสงคราม อาชญากรรมฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ หรืออาชญากรรมที่มีลักษณะข้ามชาติ เช่น การข่มขืน การค้ามนุษย์ข้ามชาติ องค์กรอาชญากรรมข้ามชาติ การฟอกเงิน อาชญากรรมทางเศรษฐกิจข้ามชาติ การก่อการร้าย หรือแม้แต่การกระทำที่ส่งผลต่อสิ่งแวดล้อมเสียหาย มีการถกเถียงกันถึงความหมายของกฎหมายอาญาระหว่างประเทศกันอย่างกว้างขวาง โดยส่วนใหญ่กล่าวว่ากฎหมายอาญาระหว่างประเทศหมายถึงหลักกฎหมายระหว่างประเทศที่อยู่ในสาขากฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีเมือง การกระทำจากรัฐหรือบุคคลใดที่ละเมิดกฎหมายอาญาระหว่างประเทศ ปัจเจกบุคคลหรือรัฐนั้นจะต้องรับผิดชอบต่อการกระทำดังกล่าว¹⁸³

ในอดีตแนวคิดเรื่องความรับผิดชอบต่อการละเมิดกฎหมายระหว่างประเทศจะมีเพียงรัฐเท่านั้นที่ผู้รับผิดชอบ เพราะรัฐเท่านั้นที่จะละเมิดกฎหมายระหว่างประเทศได้ไม่รวมถึงปัจเจกบุคคลแต่แนวคิดนี้ได้เปลี่ยนแปลงไปเมื่อมีการจัดตั้งศาลทหารขึ้นมาภายหลังสงครามโลกครั้งที่ 2 ความโหดร้ายแห่งสงครามโลกครั้งที่ 2 ได้ก่อให้เกิดพัฒนาการแห่งกฎหมายระหว่างประเทศศาลทหารนูร์นแบร์กและศาลทหารโตเกียว (International Military Tribunal for Nuremberg and Tokyo (IMT)) นับเป็นสัญลักษณ์จุดกำเนิดของกฎหมายอาญาระหว่างประเทศมาจนถึงปัจจุบันนี้ อาทิ การดำเนินคดีต่อปัจเจกบุคคลที่ก่ออาชญากรรมระหว่างประเทศภายในศาลอาญาเฉพาะกิจต่อมาในต้นศตวรรษที่ 90 of the previous century กฎหมายอาญาระหว่างประเทศได้รับการพัฒนาครั้งสำคัญอีกครั้งเมื่อมีการจัดตั้งศาลอาญาเฉพาะกิจระหว่างประเทศแห่งอดีตประเทศยูโกสลาเวียและประเทศรวันดา (International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (ICTY) and the International Criminal Tribunal for Rwanda (ICTR)) ซึ่งจัดตั้งโดยแรงผลักดันจากองค์การความมั่นคงแห่งสหประชาชาติ (United Nations of Security Council) ในเวลาต่อมาจึงได้มีการถือกำเนิดศาลอาญาระหว่างประเทศในรูปแบบผสมอื่นๆเกิดขึ้นตามมาอีก และท้ายที่สุดได้มีการยื่นข้อเสนอจากคณะกรรมการกฎหมายระหว่างประเทศ (International Law Commission) ให้มีการจัดตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศในปีค.ศ. 2002 จนสำเร็จ อันก่อให้เกิดการพัฒนากฎหมายอาญาระหว่างประเทศที่รวดเร็วระหว่าง last two decades

¹⁸³
Ibid.

4.1.2 บ่อเกิดที่มาของศาลอาญาระหว่างประเทศและรัฐภาคี

ศาลอาญาระหว่างประเทศมีสถานะเป็นนิติบุคคลระหว่างประเทศและเป็นสถาบันที่มีความเป็นอิสระ การถือกำเนิดของศาลอาญาระหว่างประเทศเป็นผลพวงจากสมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติได้ตั้งคำถามต่อคณะกรรมการกฤษฎีกาหมายระหว่างประเทศ (ILC) ซึ่งคณะกรรมการฯ เป็นคณะกรรมการที่ประกอบไปด้วยผู้ทรงคุณวุฒิทางกฎหมายซึ่งได้รับมอบหมายให้ดำเนินการเกี่ยวกับการประมวลกฎหมายระหว่างประเทศและพัฒนากฎหมายระหว่างประเทศ โดยได้มอบหมายให้คณะกรรมการกฤษฎีกาหมายระหว่างประเทศพิจารณาถึงความเป็นไปได้ในการจัดตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศถาวร สมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติได้มอบหมายให้คณะกรรมการกฤษฎีกาหมายระหว่างประเทศจัดทำร่างประมวลความผิดต่อสันติภาพและความมั่นคงของมวลมนุษยชาติ (Draft Code of Offences Against the Peace and Security of Mankind) และให้จัดทำรายละเอียดเกี่ยวกับธรรมนูญสำหรับจัดตั้งเขตอำนาจทางอาญาระหว่างประเทศ (a statute for an international criminal jurisdiction)¹⁸⁴

คณะกรรมการกฤษฎีกาหมายระหว่างประเทศได้ยกร่างธรรมนูญในการจัดตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศจำนวน 2 ฉบับในปี ค.ศ. 1951 และในปี ค.ศ. 1953 แต่ความพยายามในการจัดตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศของสหประชาชาติก็ยังไม่บรรลุผลสำเร็จ เนื่องจากสภาวะทางการเมืองระหว่างประเทศไม่เอื้ออำนวยและการขัดแย้งกันทางความคิดในช่วงสงครามเย็น¹⁸⁵

ต่อมาในปี ค.ศ. 1989 ประเทศตรินิแดดและโตแบโก ได้เรียกร้องให้สหประชาชาติทบทวนถึงการจัดตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศ โดยทั้งสองประเทศนี้ได้จัดทำข้อเสนอเพื่อให้มีการจัดตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศโดยเห็นว่าการจัดตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศซึ่งเป็นองค์กรตุลาการถาวรและให้มีเขตอำนาจทางอาญาระหว่างประเทศ โดยมุ่งให้ศาลที่จัดตั้งขึ้นมีเขตอำนาจในการพิจารณาคดีเหนือความผิดฐานค้ายาเสพติด ข้อเสนอของสองประเทศนี้นับว่าเป็นข้อเสนอที่ก่อให้เกิดความพยายามในการจัดตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศภายใต้กรอบการพิจารณาขององค์การ

¹⁸⁴ Bassiouni, "The Journey to a Permanent International Criminal Cour, International Criminal Court Compilation of United Nations Documents and Draft Icc Statute." The Diplomatic Conference, (1998).

¹⁸⁵ Ibid.

สหประชาชาติขึ้นอย่างจริงจัง เนื่องจากหลายประเทศให้ความเห็นในเชิงสนับสนุนให้มีการจัดตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศดังกล่าว¹⁸⁶

ดังนั้น ในปี ค.ศ.1990 สมัชชาสหประชาชาติจึงมีมติมอบหมายให้คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศพิจารณาคำร้องขอตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศและให้คณะกรรมการฯ ยกร่างธรรมนูญเพื่อจัดตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศ โดยในช่วงระยะเวลาระหว่างปี ค.ศ.1990-1992 คณะกรรมการฯ ได้จัดเตรียมรายงานเพื่อเสนอต่อสมัชชาใหญ่สหประชาชาติในประเด็นทางด้านกฎหมายและทางเลือกในการจัดตั้งเขตอำนาจทางอาญาระหว่างประเทศ โดยงานของคณะกรรมการฯ ได้ดำเนินไปอย่างต่อเนื่องและจัดทำร่างธรรมนูญเพื่อจัดตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศ จำนวน 60 มาตรา พร้อมภาคผนวก เพื่อเสนอต่อที่ประชุมสมัชชาสหประชาชาติในปี ค.ศ.1994¹⁸⁷

ต่อมาในปีค.ศ.1993 คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศได้เสนอรายงานเกี่ยวกับการจัดตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศเข้าสู่ที่ประชุมสมัชชาสหประชาชาติอีกครั้ง และได้รับข้อคิดเห็น ข้อเสนอแนะ ข้อติต่างๆ จากหลายรัฐ จึงได้เริ่มจัดทำยกร่างธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศที่อาศัยข้อเสนอแนะต่างเหล่านั้นในการปรับปรุงแก้ไขให้สมบูรณ์ยิ่งขึ้น จนกระทั่งทำการยกร่างได้จำนวน60มาตรา คณะกรรมการฯ จึงได้เสนอเข้าสู่ที่ประชุมของสมัชชาแห่งสหประชาชาติอีกครั้งหนึ่งในปี 1994 มีการเสนอแนะให้มีการจัดการประชุมนานาชาติโดยผู้แทนซึ่งมีอำนาจเต็ม (an international conference of plenipotentiaries) เพื่อจัดให้มีการร่วมกันพิจารณาร่างธรรมนูญเพื่อจัดตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศและเปิดให้ลงนามในอนุสัญญาจัดตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศต่อไป¹⁸⁸

ในเดือนกรกฎาคม ค.ศ.1998 ผู้แทนแต่ละรัฐได้ประชุมพร้อมกันขึ้นที่กรุงโรม ประเทศอิตาลีเพื่อกำหนดกรอบและแนวทางในการจัดตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศาวรขึ้นมาเพื่อให้ทำหน้าที่ในการสืบสวนและดำเนินคดีต่อผู้กระทำความผิดอาชญากรรมร้ายแรงต่อสังคมนระหว่างประเทศ¹⁸⁹ อันได้แก่ อาชญากรรมฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ อาชญากรรมสงคราม อาชญากรรมร้ายแรงต่อมนุษยชาติให้บรรลุตามความประสงค์ของรัฐสมาชิก ผลจากการประชุมดังกล่าวในวันนั้นได้ถือกำเนิดธรรมนูญกรุง

¹⁸⁶ กรรณิรมย์ สุนทรนาเวิน, " ศาลอาญาระหว่างประเทศ " (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2542).น. 25

¹⁸⁷ Ibid.

¹⁸⁸ "Draft Statute for an International Criminal Court," Report of the International Law Commission, UN.GAOR, 49th Sess., Suppl.No.10, UN.Doc.A/49/10, p.43.

¹⁸⁹ "The Rome Statute of the International Criminal Court (Entered into Force July 1, 2002, " the Rome Statute") ". Art. 1. Available at <http://untreaty.un.org/cod/icc/statute/romefra.htm>.

โรมแห่งศาลอาญาระหว่างประเทศ (ศาลอาญาระหว่างประเทศ) และมีการยอมรับ (adoption) ให้นำมาใช้พร้อมเปิดโอกาสให้รัฐต่างๆ ให้สัตยาบันได้ (Ratification) ณ วันที่ 17 กรกฎาคม ค.ศ. 1998 ภายหลังถัดมาในปีค.ศ. 2002 รัฐจำนวน 66 รัฐ กระทำการให้สัตยาบันต่อธรรมนูญกรุงโรมฯ ศาลอาญาระหว่างประเทศจึงได้มีผลบังคับใช้อย่างเป็นทางการในวันที่ 1 กรกฎาคม ค.ศ. 2002 อันเป็นเวลา 60 วัน หลังจากการให้สัตยาบันของรัฐภาคีจำนวน 139 รัฐ ด้วยเหตุนี้ ศาลอาญาระหว่างประเทศมีเขตอำนาจเหนืออาชญากรรมที่เกิดขึ้นภายหลังวันที่ 1 กรกฎาคม ค.ศ. 2002¹⁹⁰

จึงกล่าวได้ว่าศาลอาญาระหว่างประเทศ (ICC) ก่อตั้งขึ้นโดยธรรมนูญกรุงโรมแห่งศาลอาญาระหว่างประเทศ ค.ศ. 1998 (ธรรมนูญกรุงโรมฯ) เมื่อธรรมนูญกรุงโรมฯ นี้มีผลใช้บังคับศาลจะมีอำนาจในการพิจารณาคดีเหนือบุคคลที่กระทำอาชญากรรมร้ายแรงทางระหว่างประเทศ ณ ปัจจุบันสถานที่ตั้งศาลพำนักอยู่ที่กรุงเฮก ประเทศเนเธอร์แลนด์ ศาลอาญาระหว่างประเทศเป็นศาลถาวรและเป็นอิสระมีเขตอำนาจเหนือบุคคลที่ถูกกล่าวหาว่ากระทำผิดอาชญากรรมร้ายแรงที่กำหนดไว้ในธรรมนูญกรุงโรมฯ ได้แก่ อาชญากรรมฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ อาชญากรรมต่อมนุษยชาติ อาชญากรรมสงครามและอาชญากรรมต่อการรุกราน¹⁹¹ หน้าที่ของศาลคือการเข้ามาเสริมการอำนวยความยุติธรรมของศาลภายในแต่ละประเทศในการดำเนินคดีต่อผู้กระทำผิดอาชญากรรมร้ายแรง¹⁹²

4.1.2.1 กฎหมายที่ใช้ควบคุมการพิจารณาคดีของศาล (Governing texts)

หลักการ กฎเกณฑ์ต่างๆ โครงสร้างภายในศาล เขตอำนาจศาลรวมทั้งกระบวนการพิจารณาคดีของศาลต้องตกอยู่ภายใต้บทบัญญัติแห่งธรรมนูญกรุงโรมแห่งศาลอาญาระหว่างประเทศทั้งสิ้น¹⁹³ และศาลอาญาระหว่างประเทศจะต้องปฏิบัติตามระเบียบว่าด้วยวิธีพิจารณาคความและพยานหลักฐาน (Rules of Procedures and Evidence)¹⁹⁴ ที่ได้รับการยอมรับจากมติเสียงข้างมาก

¹⁹⁰ Coalition for the International Criminal Court, “Ratification of the Rome Statute.”

Available at <http://www.iccnw.org/?mod=romeratification>. As of 2010, the agreement had been ratified by 122 countries and signed by 139

¹⁹¹ Article 5 of the Rome Statute.

¹⁹² Article 1 of the Rome Statute.

¹⁹³ Rome Statute of the International Criminal Court, 17 July 1998, UN Doc A/Conf 183/9 (‘Rome Statute’).

¹⁹⁴ “ICC Rules of Procedures and Evidence”, in *ICC-ASP/1/3, at 10, and Corr. 1*, ed. UN (2002).” ICC (RPE).”

ของสมาชิกสมัชชาแห่งรัฐภาคีจำนวนสองในสาม¹⁹⁵ และให้ผู้พิพากษาศาลรับ ข้อบังคับของศาล¹⁹⁶ (กฎว่าด้วยการกำกับควบคุมการปฏิบัติหน้าที่ของศาล)¹⁹⁷ ด้วยเช่นกัน

กฎหมายสารบัญญัติที่ปรากฏในธรรมนูญกรุงโรมแห่งศาลอาญาระหว่างประเทศ องค์ประกอบอาชญากรรม และ ระเบียบว่าด้วยวิธีพิจารณาความและพยานหลักฐานจะถูกนำมาใช้ในการพิจารณาคดีของศาลเป็นลำดับแรก (ช่วยในการตีความอาชญากรรมร้ายแรงต่างๆที่ตกอยู่ภายใต้ เขตอำนาจศาล)¹⁹⁸

บ่อเกิดของกฎหมายลำดับที่สองที่ศาลจะนำมาใช้ในการพิจารณา ได้แก่ สนธิสัญญา หลักการ และหลักเกณฑ์กฎหมายระหว่างประเทศอื่นๆ รวมทั้งหลักการที่เป็นที่ยอมรับของกฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยการขัดกันทางอาชญากรรม¹⁹⁹

หากไม่สามารถใช้กฎหมายในสองลำดับที่กล่าวมาข้างต้นได้ ธรรมนูญกรุงโรมฯ อนุญาตให้ใช้ หลักการทั่วไปของกฎหมายที่ศาลอาญาระหว่างประเทศได้มาจากกฎหมายภายในของ ระบบกฎหมายของโลก รวมทั้งกฎหมายภายในของรัฐซึ่งตามปกติจะใช้เขตอำนาจเหนืออาชญากรรม นั้นตามที่เหมาะสม ทั้งนี้ มีเงื่อนไขว่า หลักการเหล่านี้จะต้องไม่ขัดกับธรรมนูญกรุงโรมฯ และ กฎหมายระหว่างประเทศ และบรรทัดฐานและมาตรฐานที่เป็นที่ยอมรับของนานาอารยประเทศ²⁰⁰

และในบางกรณีศาลอาจใช้หลักการและกฎเกณฑ์ของกฎหมายตามที่ได้มีการตีความ ไว้ในคำตัดสินของตนก่อนหน้านี้ ซึ่งการตีความกฎหมายนี้จะต้องสอดคล้องกับสิทธิมนุษยชนอันเป็นที่ ยอมรับกันในระหว่างประเทศ และปราศจากการเลือกปฏิบัติบนพื้นฐานใดๆ²⁰¹

¹⁹⁵"The Rome Statute of the International Criminal Court (Entered into Force July 1, 2002, " the Rome Statute") ".Article 51 of the Rome Statute

¹⁹⁶ Ibid.

¹⁹⁷"Regulations of the Court (icc)," in *ICC-BD/01-01-04* ed. ICC (May 26, 2004). Available at http://www.icc- cpi.int/about/Official_Journal.html

¹⁹⁸"The Rome Statute of the International Criminal Court (Entered into Force July 1, 2002, " the Rome Statute") ". Article 9,21(1) (a) of the Rome Statute

¹⁹⁹ Ibid.Article 21(1) (b)

²⁰⁰ Ibid. Article 21 (1) (c)

²⁰¹ Article 21 (2),21(3) of the Rome Statute.

4.1.2.2 องค์กรและโครงสร้างของศาล

ศาลอาญาระหว่างประเทศ ประกอบด้วยองค์กรอันได้แก่ศาล สำนักงานอัยการ สำนักงานทะเบียน²⁰²

1) ศาล แบ่งเป็น ศาลชั้นพิจารณาคดี ศาลชั้นก่อนพิจารณาคดี และศาลชั้นอุทธรณ์มาตรา 36 แห่งธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศกำหนดให้ศาลอาญาระหว่างประเทศประกอบไปด้วยผู้พิพากษาจำนวน 18 นาย ซึ่งสรรหามาจากการแต่งตั้งและเลือกตั้งโดยรัฐสมาชิก โดยดำรงตำแหน่งเป็นระยะเวลา 9 ปี และไม่มีการต่ออายุวาระการดำรงตำแหน่งให้คุณสมบัติของผู้พิพากษานั้นจะต้องเป็นผู้มีความประพฤติดีทางศีลธรรม มีคุณธรรม วางตนเป็นกลาง และมีคุณสมบัติตามข้อกำหนดในการดำรงตำแหน่งตุลาการสูงสุดของรัฐของตน และจำนวนผู้พิพากษาอย่างน้อยเก้านายจะต้องมีความรู้ความสามารถทางกฎหมายอาญาและกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญามีประสบการณ์ในกระบวนการพิจารณาคดีอาญา และ อีกห้านายจะต้องได้รับการยอมรับว่าเป็นผู้มีความสามารถในสาขากฎหมายระหว่างประเทศ เช่น กฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ และ กฎหมายสิทธิมนุษยชน รวมทั้งมีประสบการณ์ในวิชาชีพกฎหมายที่เกี่ยวข้อง นอกจากนี้ผู้พิพากษาจะต้องเป็นคนสัญชาติใดสัญชาติหนึ่งของรัฐภาคี แต่ห้ามมิให้ผู้พิพากษาจำนวนสองคนเป็นคนชาติเดียวกัน²⁰³

ในการคัดเลือกผู้พิพากษา รัฐภาคีต้องคำนึงถึงความจำเป็นในด้านตัวแทนของระบบกฎหมายหลักของโลก ความเป็นตัวแทนอย่างเป็นธรรมทางภูมิศาสตร์ต่างๆ และ ความเป็นตัวแทนที่เที่ยงธรรมระหว่างผู้พิพากษาหญิงและชาย²⁰⁴

ประธานและรองประธานอันดับที่หนึ่งและที่สองของศาลอาญาระหว่างประเทศจะได้รับการเลือกตั้งโดยผู้พิพากษา²⁰⁵ องค์คณะในการนั่งพิจารณาของศาลชั้นอุทธรณ์ จะประกอบด้วยประธานศาลอาญาระหว่างประเทศ และผู้พิพากษาอื่นจำนวน 4 นาย ส่วนศาลชั้นพิจารณาและศาลชั้นก่อนพิจารณา จะประกอบด้วยผู้พิพากษาจำนวนไม่น้อยกว่า 6 นาย นั่งเป็นองค์คณะ²⁰⁶

²⁰² Article 34 Of the Rome Statute.

²⁰³ Article 36 of the Rome Statute.

²⁰⁴ Ibid

²⁰⁵ Article 38 of the Rome Statute.

²⁰⁶ Article 39 of the Rome Statute.

2) **สำนักงานอัยการ** เป็นองค์กรที่กระทำการอย่างอิสระแยกต่างหากจากศาล มีหน้าที่รับผิดชอบการรับเรื่องร้องเรียน และข้อมูลที่สันนิษฐานเบื้องต้นว่าเกี่ยวข้องกับอาชญากรรมร้ายแรงภายใต้เขตอำนาจศาลอาญาระหว่างประเทศ เพื่อทำการสืบสวน สอบสวนและฟ้องร้องดำเนินคดีต่อศาลภายใต้การกำกับดูแลอย่างใกล้ชิดโดยฝ่ายไต่สวนของศาล บุคคลากรภายในสำนักงานอัยการ ประกอบด้วยอัยการ และอัยการผู้ช่วยจำนวน 1 คน หรืออาจมากกว่าเป็นหัวหน้าสำนักงานอัยการ ซึ่งอัยการและอัยการผู้ช่วยสรรหาจากการเลือกตั้งของรัฐภาคี มีวาระในการดำรงตำแหน่ง 9 ปี และไม่มีการต่ออายุการดำรงตำแหน่งให้²⁰⁷

อัยการจะแต่งตั้งที่ปรึกษาที่มีความเชี่ยวชาญทางกฎหมายเฉพาะเรื่อง รวมถึงและไม่จำกัดเพียงเรื่องความรุนแรงทางเพศและความรุนแรงต่อเด็ก²⁰⁸

3) **สำนักทะเบียน** มีหน้าที่รับผิดชอบเรื่องการบริหารงานที่ไม่เกี่ยวข้องกับฝ่ายตุลาการแต่จะทำหน้าที่เป็นธุรการศาล คอยให้บริการแก่ศาลโดยไม่กระทบต่ออำนาจหน้าที่ของอัยการ²⁰⁹ บุคคลากรในสำนักงานทะเบียนได้แก่ นายทะเบียนที่ได้รับการคัดเลือกจากผู้พิพากษามีวาระดำรงตำแหน่ง 5 ปี และมีสิทธิได้รับการเลือกตั้งซ้ำอีก²¹⁰ นายทะเบียนมีหน้าที่จัดทำบันทึกการพิจารณาคดีที่ถูกต้องตรงตามความเป็นจริงและพึงเก็บรักษาบันทึกนั้นไว้²¹¹ สำนักทะเบียนมีการนำกฎข้อบังคับการปฏิบัติหน้าที่ภายในสำนักทะเบียนมาใช้ เรียกว่า “Regulations of the Registry”²¹²

หน้าที่หลักที่สำคัญอีกประการ คือ นายทะเบียนต้องจัดตั้งหน่วยงานที่เรียกว่า “หน่วยผู้เสียหายและพยาน” (Victim and Witness Unit) โดยให้ทำการปรึกษาหารือกับสำนักงานอัยการ หน่วยงานนี้มีวัตถุประสงค์ในการจัดตั้งขึ้นเพื่อกำหนดมาตรการคุ้มครองและการรักษาความปลอดภัย การให้คำปรึกษาและความช่วยเหลือประการอื่นๆที่เหมาะสมแก่พยาน ผู้เสียหาย และผู้อื่นที่ตกอยู่ในความเสี่ยงภัยจากการมาเบิกความในฐานะพยาน เจ้าหน้าที่ประจำหน่วยงานนี้ต้องมีความ

²⁰⁷ Article 42 of the Rome Statute.

²⁰⁸ Article 42 (9) of the Rome Statute.

²⁰⁹ Article 43(1) of the Rome Statute.

²¹⁰ Article 43(2),(4),(5) of the Rome Statute.

²¹¹ Article 64(10) of the Rome Statute.

²¹² "Regulations of the Registry (Icc)", in ICC-BD/03-03-13, , ed. ICC (2013).ICC-BD/03-03-13,Entry into Force: 05.12.2013, Available at <http://www.icc-cpi.int/>.html.

เชี่ยวชาญด้านทางกายภาพและจิตใจทั้งปัจจัยภายนอก และด้านอาการที่เกี่ยวกับอาชญากรรมรุนแรงทางเพศ หน่วยผู้เสียหายและพยานอยู่ภายใต้การดูแลของสำนักทะเบียน²¹³

และนายทะเบียนจะต้องจัดตั้ง “สำนักงานที่ปรึกษากฎหมายผู้เสียหาย” (The Office of Public Counsel for Victims) เพื่อประโยชน์แห่งความยุติธรรมของผู้เสียหายองค์คณะพิจารณาคดีอาจทำการปรึกษาหารือกับนายทะเบียนในเรื่องการแต่งตั้งตัวแทนทางกฎหมายของผู้เสียหายโดยคัดเลือกนักกฎหมายจากสำนักงานที่ปรึกษากฎหมายมาเพื่อทำหน้าที่แทนผู้เสียหาย สำนักงานที่ปรึกษากฎหมายอยู่ภายใต้การดูแลงานด้านธุรการของสำนักทะเบียนเท่านั้น แต่สำนักงานที่ปรึกษากฎหมายจะมีความเป็นอิสระในการปฏิบัติหน้าที่ด้านอื่นๆ สำนักงานที่ปรึกษากฎหมายามีวัตถุประสงค์เพื่อช่วยเหลือผู้เสียหายในการแต่งตั้งตัวแทนทางกฎหมายแก่ผู้เสียหาย ให้คำปรึกษาทางกฎหมายแก่ผู้เสียหายและจัดทำงานวิจัยทางกฎหมายที่เป็นประโยชน์ให้แก่องค์คณะพิจารณาคดี สำนักงานที่ปรึกษากฎหมายจะต้องปฏิบัติหน้าที่ตาม ประมวลจริยธรรมว่าด้วยวิชาชีพนักกฎหมายแห่งศาลอาญาระหว่างประเทศ²¹⁴ และสำนักงานที่ปรึกษากฎหมายต้องคำนึงถึงการให้ความคุ้มครองแก่ผู้เสียหายด้านความมั่นคงปลอดภัยในชีวิต และใช้ความพยายามอย่างยิ่งในการเคารพเจตจำนงของผู้เสียหาย ภาษาที่ใช้ในการสื่อสารของผู้เสียหาย และความจำเป็นประเด็นด้านเพศภาวะและประเด็นด้านเด็ก²¹⁵

นอกจากนี้ สำนักทะเบียนยังจัดตั้งแผนกงานภายในสำนักทะเบียนที่มีหน้าที่จัดให้ผู้เสียหายมีส่วนร่วมในคดีและเข้าถึงการเยียวยา เรียกว่า “แผนกรับผิดชอบการมีส่วนร่วมของผู้เสียหายและการชดใช้เยียวยา (The Victims’ Participation and Reparations Section :VPRS)²¹⁶ ซึ่งมีหน้าที่ในการให้ความช่วยเหลือที่เพียงพอและจำเป็นต่อผู้เสียหายในการรับคำปรึกษาข้อกฎหมาย รับข้อมูลต่างๆ และจัดหาตัวแทนทางกฎหมายให้ เพื่อประโยชน์ในการคุ้มครองสิทธิของผู้เสียหายตลอดกระบวนการพิจารณาคดี²¹⁷

4) สมัชชาวิสามัญศาลอาญาระหว่างประเทศ

²¹³ Article 43(6) of the Rome Statute.

²¹⁴ "Resolution Icc-Asp/4/Res.1 ", (2005).

²¹⁵ Regulation 81 of the Regulation of the Court (ICC).

²¹⁶ Fiona McKay, "Victim Participation in Proceedings before the International Criminal Court", *Human Rights Brief* 15.3 (2008). McKay, Fiona, "Victim participation in proceedings before the International Criminal Court", *Human Rights Brief* 15.3 (2008): 1, pp.4-5.

²¹⁷ Rule 16 (1)(b) of the ICC (RPE).

ธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศยังกำหนดให้มีการก่อตั้งสมัชชารัฐภาคีธรรมนูญศาลฯนี้ อันประกอบด้วยผู้แทนแต่ละรัฐภาคี รัฐละ 1 คน ทำหน้าที่ให้คำปรึกษาของศาลอาญาระหว่างประเทศ พิจารณาและกำหนดงบประมาณ ควบคุมการบริหารงานด้านธุรการของศาล ตรวจสอบควบคุมการจัดการของศาล อัยการ และนายทะเบียน พิจารณาการแก้ไขเปลี่ยนแปลงตัวผู้พิพากษา อัยการ ถอดถอนบุคคลดังกล่าวโดยใช้หลักเสียงข้างมากธรรมดาสองในสาม ตรวจสอบประเมิน การสืบสวนสอบสวนของศาล ซึ่งเป็นการถ่วงดุลระหว่างอำนาจรัฐภาคีกับความเป็นอิสระในการทำงานของศาลอาญาระหว่างประเทศ²¹⁸

4.1.2.3 เขตอำนาจในการพิจารณาคดีของศาลอาญาระหว่างประเทศ

ศาลจะต้องมั่นใจว่าตนเองมีเขตอำนาจเหนือคดีที่มีการนำขึ้นสู่ศาลเพื่อเข้าสู่การพิจารณา²¹⁹

1) เขตอำนาจเหนือบุคคล (Ratione Personae)

โดยหลักการของธรรมนูญฯนี้ อัยการเป็นผู้นำคดีขึ้นสู่ศาลเพื่อให้พิจารณาคดี โดยอัยการสามารถใช้ดุลพินิจของตนในการตัดสินใจนำคดีขึ้นสู่ศาลหรือไม่ก็ได้²²⁰

ศาลอาจใช้เขตอำนาจในกรณีที่ปรากฏว่าอาชญากรรมร้ายแรง(ตามธรรมนูญฯนี้หนึ่งหรือมากกว่าได้กระทำขึ้นได้รับการเสนอต่ออัยการโดยรัฐภาคี หรือ ได้รับการเสนอต่ออัยการโดยคณะมนตรีความมั่นคงซึ่งปฏิบัติหน้าที่ภายใต้หมวด 7 ของกฎบัตรสหประชาชาติ²²¹ อัยการอาจเริ่มการสืบสวนสอบสวนได้ด้วยตัวเองบนพื้นฐานข้อมูลเกี่ยวกับอาชญากรรมภายในเขตอำนาจศาล (propriomotu)²²² อย่างไรก็ตามอำนาจการเริ่มการสืบสวนสอบสวนด้วยตัวเองของอัยการอยู่ภายใต้การตรวจสอบทบทวนโดยองค์คณะตุลาการพิจารณาคดีเบื้องต้น(Pre-Trial Chamber)²²³

ศาลอาญาระหว่างประเทศมีเขตอำนาจเหนือบุคคลที่ถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิดอาชญากรรมร้ายแรงภายใต้ธรรมนูญฯนี้ หากปรากฏกรณีใดกรณีหนึ่ง คือ

²¹⁸ Article 122 of the Rome Statute.

²¹⁹ Article 19(1) of the Rome Statute.

²²⁰ Article 53 of the Rome Statute.

²²¹ Article 13(a),(b),14(1) of the Rome Statute.

²²² Article 13(c),15(1) of the Rome Statute.

²²³ Article 15(4) of the Rome Statute.

- i. รัฐเจ้าของดินแดนซึ่งอาชญากรรมได้ถูกกระทำภายในดินแดน (หรือรัฐที่จดทะเบียนเรือหรืออากาศยาน หากอาชญากรรมดังกล่าวได้เกิดขึ้นบนเรือหรืออากาศยานดังกล่าว) หากรัฐดังต่อไปนี้เป็นภาคีหรือยอมรับเขตอำนาจของศาล หรือ
- ii. รัฐซึ่งบุคคลที่ถูกกล่าวหาว่ากระทำผิดอาชญากรรมร้ายแรงถือสัญชาติหรือยอมรับเขตอำนาจของศาล²²⁴

การยอมรับอำนาจของศาลสำหรับรัฐที่มีได้เป็นภาคี ให้ทำข้อตกลงและส่งคำประกาศให้แก่ฝ่ายทะเบียนเพื่อเก็บรักษาไว้²²⁵

ในกรณีที่มีการเสนอคดีต่ออัยการโดยคณะมนตรีความมั่นคง ภายใต้หมวด 7 แห่งกฎบัตรสหประชาชาตินั้น ไม่จำเป็นต้องคำนึงถึงสัญชาติแห่งรัฐของบุคคลผู้ถูกกล่าวหาว่าก่ออาชญากรรมและดินแดนที่การกระทำมีความผิดเกิดขึ้น²²⁶

2.) เขตอำนาจเหนือดินแดน (Rationemateriae)

ธรรมนูญกรุงโรมกำหนดให้ศาลมีเขตอำนาจจำกัดเพียงอาชญากรรมที่ร้ายแรงที่สุด 4 ประการคือ อาชญากรรมอันเป็นการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ (The crime of genocide) อาชญากรรมต่อมนุษยชาติ (Crimes against humanity) อาชญากรรมสงคราม (War crimes) และอาชญากรรมอันเป็นการรุกราน (The crime of aggression)²²⁷ นอกจากนี้ศาลจะรับพิจารณาคดีเหนืออาชญากรรมต่างๆเหล่านี้ต่อเมื่อเห็นว่าคดีมีน้ำหนักเพียงพอที่จะเป็นเหตุให้ศาลดำเนินคดีต่อไป²²⁸

ในขณะที่กระทำการให้สัตยาบันเข้าเป็นภาคีของธรรมนูญกรุงโรมนี้ รัฐใดรัฐหนึ่งอาจประกาศว่าภายในระยะเวลาเจ็ดปีนับจากธรรมนูญกรุงโรมนี้มีผลใช้บังคับ รัฐดังกล่าวไม่ยอมรับเขตอำนาจศาลเหนือคดีอาชญากรรมสงครามที่กระทำขึ้นโดยคนสัญชาติของรัฐนั้นหรือในดินแดนรัฐนั้น²²⁹

²²⁴ Article 12 of the Rome Statute.

²²⁵ Article 12(3) of the Rome Statute.

²²⁶ Article 12(2) of the Rome Statute.

²²⁷ Article 5 of the Rome Statute.

²²⁸ Article 17(1) (d) of the Rome Statute.

²²⁹ Article 124 of the Rome Statute.

3.) เขตอำนาจเหนือเวลา

ศาลอาญาระหว่างประเทศมีเขตอำนาจเหนือเวลาเหนือความผิดที่กระทำลงภายหลังวันที่ 1 กรกฎาคม 2002 อันเป็นวันที่ก่อตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศเท่านั้น²³⁰

4.2 การคุ้มครองผู้เสียหายที่เป็นผู้หญิงกับศาลอาญาระหว่างประเทศ

พัฒนาการที่สำคัญของศาลอาญาระหว่างประเทศและเป็นสิ่งที่จำเป็นต้องจารึกไว้ในประวัติศาสตร์เนื่องจากไม่เคยมีปรากฏอย่างชัดเจนมาก่อนในศาลอาญาระหว่างประเทศเฉพาะกิจในอดีต นั่นคือการรับรอง รับประกันสิทธิของผู้เสียหาย โดยเฉพาะผู้เสียหายที่เป็นผู้หญิงในบทบาทของการมีส่วนร่วมในกระบวนการพิจารณาคดีของศาลอาญาระหว่างประเทศ²³¹ ธรรมนูญญูญูกรุงโรมฯ ถือเป็นสนธิสัญญาแห่งกฎหมายอาญาระหว่างประเทศฉบับแรกที่มีการบัญญัติคำว่าเพศสภาพ (gender) ไว้ โดยให้คำจำกัดความไว้ว่าหมายถึง สองเพศภายใต้บริบททางสังคมอันได้แก่ เพศชายและเพศหญิง²³² ซึ่งแม้ว่าจะมีการวิจารณ์อย่างกว้างขวางว่าเป็นการให้คำนิยามที่จำกัดสิทธิในการกำหนดเพศมากเกินไป²³³ อย่างไรก็ตามการบัญญัติดังกล่าวก็ย่อมเป็นผลดีต่อการคุ้มครองผู้เสียหายที่เป็นผู้หญิงเพราะนั่นย่อมหมายถึงการรับรองสถานะของผู้หญิงที่ตกเป็นผู้เสียหายจากอาชญากรรมรุนแรงทางเพศ (Gender-based crimes)²³⁴ ศาลเปิดโอกาสให้ผู้เสียหายเข้ามามีบทบาทและส่วนร่วมในการ

²³⁰ Article 11 of the Rome Statute.

²³¹ K. Alexa Koenig, Ryan Lincoln, and Lauren Groth, "The jurisprudence of sexual violence", Working Paper Series published by the Sexual Violence and Accountability Project, at the Human Rights Center, University of California, Berkeley Law School (2011), pp 17,18.

²³² Article 7(3) of the Rome Statute

²³³ Valerie Oosterveld, "The Definition of "Gender" in the Rome Statute of the International Criminal Court: A Step Forward or Back for International Criminal Justice?," 18 *Harvard Human Rights Journal* (2005), pp. 54-84.

²³⁴ Solange Mouthaan, "The Prosecution of Gender-Based Crimes at the Icc: Challenges and Opportunities," *International Criminal Law Review* 11 (2011). pp. 775-802.

พิจารณาคดีมากขึ้น โดยเฉพาะอย่างยิ่งในคดีที่ผู้หญิงตกเป็นผู้เสียหายจากความรุนแรงทางเพศหรือการกระทำโหดร้ายทารุณอื่น ผู้เสียหายที่เป็นผู้หญิงจะได้มีโอกาสเล่าถึงความโหดร้ายที่ได้ประสบมา ซึ่งนักวิจารณ์หลายท่านมองว่าการเปิดโอกาสให้เข้ามามีส่วนร่วมอย่างกว้างขวางในคดีจะช่วยทำให้ผู้หญิงที่ตกเป็นผู้เสียหายได้รับการบรรเทาจิตใจจากความทุกข์ทรมานที่พวกเขาประสบและยังเป็นการอำนวยความสะดวกให้เกิดขึ้นแก่ผู้เสียหายอันมิใช่เพียงแค่การลงโทษผู้กระทำผิดเท่านั้น แต่ยังหมายถึงความพยายามในการเข้าไปช่วยชดเชยเยียวยาผลร้ายจากอาชญากรรมที่เกิดขึ้นกับผู้หญิงด้วย ไม่ว่าจะเป็น อาชญากรรมฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ อาชญากรรมต่อมนุษยชาติ อาชญากรรมสงคราม เป็นต้น นอกจากนี้ยังมีประโยชน์ในการเข้าถึงข้อเท็จจริงที่ชัดเจน เพราะผู้เสียหายจัดว่าเป็นผู้ประสบเหตุการณ์อาชญากรรมร้ายแรงโดยตรงและเป็นบุคคลแรกที่เผชิญเหตุการณ์โดยตรง ข้อมูลที่ได้รับย่อมค่อนข้างน่าเชื่อถือในการรับฟัง²³⁵ ทั้งนี้สิ่งที่สำคัญที่สุดในการเปิดโอกาสให้ผู้เสียหายมีส่วนร่วม นั่นคือการรับฟังพวกเขาและให้แสงสว่างแก่ผู้หญิงภายหลังจากที่ต้องเผชิญกับความทุกข์ทรมานจากอาชญากรรมร้ายแรง²³⁶ ถึงแม้ว่าการจัดตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศจะมีวัตถุประสงค์หลักในการดำเนินคดีแก่ผู้กระทำผิดอาชญากรรมร้ายแรงซึ่งอาจมีจำนวนคดีอาญาไม่มากนักในการเข้าสู่กระบวนการยุติธรรมของศาล เนื่องจากจะต้องเป็นความผิดอาชญากรรมร้ายแรงที่อยู่ภายใต้เขตอำนาจศาลเท่านั้น แต่ก็นับเป็นพัฒนาการของกฎหมายอาญาระหว่างประเทศที่สะท้อนถึงการคุ้มครองผู้เสียหายที่เป็นผู้หญิงได้เป็นอย่างดี เนื่องจากศาลอาญาระหว่างประเทศนี้จัดตั้งขึ้นโดยถาวร จึงเป็นสัญลักษณ์ในการให้ความคุ้มครองได้อย่างมีประสิทธิภาพ

4.2.1 อาชญากรรมในเขตอำนาจศาลอาญาระหว่างประเทศ

ธรรมนูญกรุงโรมฯ จำกัดเขตอำนาจศาลเพียงอาชญากรรมที่ร้ายแรงที่สุด 4 ประการ ได้แก่

- (1) อาชญากรรมอันเป็นการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ (มาตรา 6)
- (2) อาชญากรรมต่อมนุษยชาติ (มาตรา 7)

²³⁵ Miriam Cohen, "Victim's Participation Rights within the International Criminal Court: A Critical Overview," *J. Int'l L. & Pol'y* 37 *Denv.* (2009). p.351.

²³⁶ *Ibid.*, pp.353, 373.

(3) อาชญากรรมสงคราม (มาตรา 8)

(4) อาชญากรรมอันเป็นการรุกราน (มาตรา 5)

เนื่องจากวิทยานิพนธ์นี้ผู้จัดทำมุ่งศึกษาการคุ้มครองผู้เสียหายที่เป็นผู้หญิงในด้าน กระบวนพิจารณาคดีและกฎหมายวิธีสบัญญัติ จึงจะไม่ขอลงรายละเอียดลึกในด้านกฎหมายสาร บัญญัติ แต่จะทำการศึกษาเฉพาะกฎหมายสารบัญญัติที่มีผลสะท้อนต่อการคุ้มครองผู้เสียหายที่เป็น ผู้หญิง ซึ่งจะเน้นไปที่อาชญากรรมความผิดเกี่ยวกับเพศ (Gender Crimes)

ธรรมนูญกรุงโรมฯ ได้บัญญัติฐานความผิดเกี่ยวกับเพศไว้หลายรูปแบบใน อาชญากรรมทั้งสองฐานความผิด คือ อาชญากรรมต่อมนุษยชาติ (Crimes against humanity) ใน มาตรา 7 และอาชญากรรมสงคราม (War Crimes) ในมาตรา 8 ความผิดเกี่ยวกับเพศในอาชญากรรม ทั้ง 2 ประเภท คือ การข่มขืนกระทำชำเรา การทำให้เป็นทาสทางเพศ การบังคับให้เป็นโสเภณี การบังคับให้ตั้งครรภ์ การบังคับให้ทำหมัน หรือการกระทำรุนแรงทางเพศในรูปแบบอื่นใดซึ่งมี ความร้ายแรงในระดับที่เทียบเคียงกันได้ หรือ ก่อให้เกิดการละเมิดอย่างร้ายแรงต่ออนุสัญญาเจนี วา²³⁷ ทั้งสองประเภที่มีรูปแบบฐานความผิดเช่นเดียวกัน ต่างกันตรงองค์ประกอบของความผิด ดังกล่าวที่ได้กระทำขึ้น กล่าวคือ หากเป็นการกระทำใดๆที่ได้กระทำในฐานะที่เป็นส่วนหนึ่งของของ การโจมตีอย่างกว้างขวาง หรืออย่างเป็นระบบ โดยมีเป้าหมายต่อประชากรพลเรือนใด โดยรู้ถึงการ โจมตีนั้นจะก็เป็นความผิดทางเพศในฐานะที่เป็น อาชญากรรมต่อมนุษยชาติ ตามข้อ 7(1) ซ²³⁸

สำหรับอาชญากรรมสงคราม (War crimes) ในมาตรา 8 ซึ่งแบ่งเป็น 4 หมวด
คือ

ก. การละเมิดอย่างร้ายแรงต่ออนุสัญญาเจนีวาฉบับลงวันที่ 12 สิงหาคม ค.ศ. 1949 โดยการกระทำต่อบุคคลหรือทรัพย์สินที่ได้รับการคุ้มครองตามอนุสัญญาดังกล่าว²³⁹

ข. การกระทำต่อบุคคลหรือทรัพย์สินอันเป็นการละเมิดอย่างร้ายแรงต่อกฎหมาย และจารีตประเพณีที่ใช้บังคับในการขัดกันด้วยอาวุธระหว่างประเทศ (International armed conflict)²⁴⁰ และ

²³⁷ Article 7 (1) (g), Article 8 (2)(b)(22) of the Rome Statute.

²³⁸ Article 7 (1) (g) of the Rome Statute.

²³⁹ Article 8 (2)(a) of the Rome Statute.

²⁴⁰ Article 8 (2) (b) of the Rome Statute.

ค. การขัดกันด้วยอาวุธที่มีได้มีลักษณะระหว่างประเทศ(Civil War) การละเมิดอย่างร้ายแรงต่ออนุสัญญาเจนีวาสี่ฉบับ ลงวันที่ 12 สิงหาคม ค.ศ.1949 ซึ่งได้แก่การกระทำต่อบุคคลที่มีได้มีส่วนร่วมอย่างแท้จริงในความเป็นปฏิปักษ์ หรือบุคคลในกองทัพที่ได้วางอาวุธของตน หรือออกจาก การสู้รบเพราะป่วยไข้ บาดเจ็บ หรือถูกคุมขัง หรือสาเหตุอื่นนั้น²⁴¹

ง. การขัดกันด้วยอาวุธที่มีได้มีลักษณะระหว่างประเทศ(Civil War) ซึ่งกระทำต่อบุคคลหรือทรัพย์สินอันเป็นการละเมิดอย่างร้ายแรงอื่นๆต่อกฎหมายและจารีตประเพณี²⁴²

เฉพาะในหมวด ข และ หมวด ง ที่บัญญัติเจาะจงถึงความผิดเกี่ยวกับเพศ คือ หมวด ข กล่าวถึง “ การข่มขืนกระทำชำเรา การทำให้เป็นทาสทางเพศ การบังคับให้เป็นโสเภณี การบังคับให้ตั้งครรภ์ การบังคับให้ทำหมัน หรือรูปแบบอื่นของการกระทำรุนแรงทางเพศซึ่งก่อให้เกิดการละเมิดต่ออนุสัญญาเจนีวา ฯ เช่นกัน²⁴³ ส่วนหมวด ง กล่าวถึง “การข่มขืนกระทำชำเรา การทำให้เป็นทาสทางเพศ การบังคับให้เป็นโสเภณี การบังคับให้ตั้งครรภ์ การบังคับให้ทำหมัน หรือรูปแบบอื่นของการกระทำรุนแรงทางเพศซึ่งก่อให้เกิดการละเมิดอย่างร้ายแรงต่อข้อ 3 ร่วมของอนุสัญญาเจนีวา ฯ ทั้งสี่ฉบับ”²⁴⁴ ซึ่งการที่ศาลจะพิจารณาว่าการกระทำใดเป็นความผิดดังกล่าวหรือไม่จะต้องพิจารณาองค์ประกอบของอาชญากรรม (elements of crime) ซึ่งอยู่ในภาคผนวกของธรรมนูญประกอบกรวินิจฉัยด้วย²⁴⁵ เช่น องค์ประกอบของอาชญากรรมว่าด้วยการข่มขืนกระทำชำเรา (rape) อันเป็นอาชญากรรมต่อมนุษยชาติ ต้องประกอบด้วย 4 ประการ คือ

1. ผู้กระทำไม่ว่าเพศใดได้กระทำให้เกิดการล่วงล้ำไม่ว่าจะมากน้อยเพียงใดเข้าไปในร่างกายของบุคคลที่เป็นเหยื่อหรือตนเองไม่ว่าด้วยอวัยวะเพศ ทวารหนัก ช่องสืบพันธุ์หรือส่วนใดของร่างกาย โดยวัตถุหรือส่วนหนึ่งส่วนใดของร่างกาย
2. เป็นการกระทำโดยใช้กำลังบังคับหรือทำให้เกิดการจำยอมด้วยการขู่เชิญว่าจะมีการประทุษร้ายต่อร่างหรือจิตใจของเหยื่อหรือบุคคลอื่นหรือกระทำต่อบุคคลที่ตกอยู่ในภาวะจำยอมหรือไม่สามารถให้ความยินยอมอย่างแท้จริง
3. เป็นการกระทำในฐานที่เป็นส่วนหนึ่งของของการโจมตีอย่างกว้างขวางอย่างเป็นระบบ โดยมีเป้าหมายต่อประชากรพลเรือนใด

²⁴¹ Article 8 (2) (c) of the Rome Statute.

²⁴² Article 8 (2) (e) of the Rome Statute.

²⁴³ Article 8 (2) (b) (22) of the Rome Statute.

²⁴⁴ Article 8 (2) (e) (6) of the Rome Statute.

²⁴⁵ Article 9 of the Rome Statute

4. ผู้กระทำรู้ว่าเป็นการกระทำในฐานที่เป็นส่วนหนึ่งของการโจมตีอย่างกว้างขวาง อย่างเป็นระบบ²⁴⁶
เป็นต้น

พัฒนาการในด้านกฎหมายสารบัญญัตินี้ คือ การเพิ่มฐานความผิดเกี่ยวกับเพศหลายฐานมากขึ้นจากเดิม เห็นได้จากในศาลICTY มีเพียงฐานข่มขืนกระทำชำเรา และศาล ICTR มีเพียงฐานความผิดข่มขืนกระทำชำเรา การบังคับเป็นโสเภณีและการอนาจาร เท่านั้นและมีการบัญญัติกฎหมายเกี่ยวกับ**องค์ประกอบของอาชญากรรม** ที่นิยามความผิดทางเพศต่างๆอย่างละเอียดและครอบคลุมมากขึ้น พัฒนาการที่เพิ่มขึ้นมาเหล่านี้จะทำให้ศาลปรับข้อเท็จจริงเข้ากับบทความผิดได้ง่ายชัดเจนและกว้างขวางขึ้น ซึ่งจะทำให้ผู้หญิงที่ตกเป็นผู้เสียหายได้รับความคุ้มครองมากขึ้นในการเอาผิดต่อการกระทำดังกล่าว

4.3 พัฒนาการในกระบวนวิธีพิจารณาคดีของศาลอาญาระหว่างประเทศที่สะท้อนการคุ้มครองผู้เสียหายที่เป็นผู้หญิง

ในที่นี้ จะมุ่งศึกษากรอบประเด็นการคุ้มครองใน 5 ประเด็น ดังนี้

4.3.1 สิทธิในการเข้าถึงความยุติธรรม

4.3.2 สิทธิในการได้รับการเยียวยา

4.3.3 สิทธิในการได้รับการสนับสนุนช่วยเหลือ

4.3.4 สิทธิในการได้รับมาตรการคุ้มครองพิเศษ

4.3.5 สิทธิในการมีส่วนร่วมของผู้เสียหาย

²⁴⁶ Article 7 (1) (g)-1:Elements of Crimes of the Rome Statute.

4.3.1 สิทธิในการเข้าสู่กระบวนการยุติธรรม

บทบัญญัติแห่งธรรมนูญกรุงโรมศาลอาญาระหว่างประเทศ(ธรรมนูญกรุงโรมฯ) ได้สะท้อนถึงหลักการที่โดดเด่นและสำคัญในการรับรอง รับประกัน สิทธิของผู้เสียหายที่เป็นผู้หญิงจากการถูกละเมิดอาชญากรรมร้ายแรงระหว่างประเทศ ในอารัมภบทเกริ่นนำ(the preamble)ของธรรมนูญกรุงโรมฯได้กล่าวและยอมรับว่า ในช่วงระยะเวลาระหว่างทศวรรษที่ผ่านมา ผู้หญิง เด็กผู้ชาย จำนวนหลายล้านคนต้องตกเป็นเหยื่อจากความโหดร้ายรุนแรง เกินกว่าที่จะจินตนาการได้ ซึ่งก่อให้เกิดความสะเทือนใจต่อจิตสำนึกของมนุษยชาติอย่างรุนแรง²⁴⁷ เป็นปรากฏการณ์ครั้งแรกที่เหล่าผู้เสียหายที่เป็นผู้หญิงได้รับการยอมรับให้เป็นผู้มีส่วนได้เสียในกระบวนการพิจารณาคดีอาญาและมีบทบัญญัติหลายมาตราที่รองรับการเข้าสู่กระบวนการยุติธรรมของผู้หญิง ไม่ว่าจะเป็นการมีส่วนร่วมของผู้เสียหายที่เป็นผู้หญิงและมาตรการปกป้องคุ้มครอง รวมถึงสิทธิในการได้รับการชดเชยเยียวยา

ภายใต้ธรรมนูญกรุงโรมฯและระเบียบว่าด้วยวิธีพิจารณาความและพยานหลักฐาน (RPE) นั้น ได้กำหนดหลักเกณฑ์แห่งกระบวนการวิธีพิจารณาคดีที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองอันสะท้อนถึงการคุ้มครองผู้เสียหายที่เป็นผู้หญิงเอาไว้โดยมีการยอมรับว่าผู้หญิงที่เป็นผู้เสียหายควรได้รับการคุ้มครองโดยเฉพาะเป็นพิเศษ บทบัญญัติในมาตรา 68 แห่งธรรมนูญกรุงโรมฯ ได้กล่าวถึงการคุ้มครองผู้เสียหายและพยานในการให้ผู้เสียหายและพยานเข้ามามีส่วนร่วมในกระบวนการพิจารณาคดี โดยมีการกล่าวถึงการคุ้มครองผู้หญิงโดยตรงว่าศาลจะต้องนำมาตราการที่เหมาะสมเพื่อคุ้มครองความปลอดภัย คุ้มครองกายภาพ สภาพจิตใจ ความเป็นอยู่ ศักดิ์ศรีและความเป็นส่วนตัวของผู้เสียหายและพยาน ในกรณีนี้ศาลจะต้องคำนึงถึงปัจจัยต่างๆที่เกี่ยวข้องได้แก่ อายุ เพศ(หมายถึงเพศหญิงและเพศชาย²⁴⁸) สุขภาพ ลักษณะแห่งคดี โดยเฉพาะอย่างยิ่งคดีที่เกี่ยวกับความรุนแรงทางเพศหรือความรุนแรงต่อเด็ก นอกจากนี้ศาลแล้วอัยการจะต้องใช้มาตรการต่างๆเหล่านี้ด้วยในขั้นตอนการสืบสวน สอบสวนเช่นกัน อย่างไรก็ตามมาตรการต่างๆที่กล่าวนี้จะต้องไม่กระทบหรือขัดต่อสิทธิของจำเลยในการได้รับการ

²⁴⁷ Official website of the International Criminal Court: ICC, www.icc-cpi.int.

²⁴⁸ Article 7 (3) of the Rome Statute.

พิจารณาคดีอย่างเป็นทางการและเป็นกลาง มาตรการคุ้มครองที่ศาลใช้ในขณะพิจารณาคดี อาทิ การพิจารณาคดีผ่านกล้องวิดีโอหรือวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์อื่น ๆ ก็ให้นำมาใช้โดยเฉพาะ²⁴⁹

4.3.2 สิทธิในการได้รับการเยียวยา

นับเป็นครั้งแรกที่ให้บัญญัติให้ศาลอาญาระหว่างประเทศมีอำนาจและดุลพินิจเฉพาะของศาลในการออกคำวินิจฉัยชี้ขาดเกี่ยวกับการเยียวยาเพื่อประโยชน์แก่ผู้เสียหาย ภายใต้บทบัญญัติแห่งธรรมนูญกรุงโรมฯ ได้บัญญัติให้ศาลกำหนดหลักการ ขอบเขตที่เกี่ยวข้องกับการเยียวยาแก่ผู้เสียหาย รวมทั้งการชดเชยคืน การจ่ายค่าสินไหมทดแทน และการฟื้นฟูสภาพ และศาลอาจมีคำสั่งโดยตรงต่อผู้ต้องคำพิพากษาว่ามีความผิด โดยกำหนดการเยียวยาที่เหมาะสม โดยเมื่อเห็นสมควรศาลอาจมีคำสั่งให้คำตัดสินชี้ขาดสำหรับการชดเชยค่าเสียหายกระทำผ่านกองทุนที่จัดตั้งขึ้นภายใต้มาตรา 79 แห่งธรรมนูญกรุงโรมฯ²⁵⁰

ก. ขั้นตอนและวิธีการเยียวยาภายใต้ศาลอาญาระหว่างประเทศ

มาตรา 75(1) แห่งธรรมนูญกรุงโรมฯ บัญญัติไว้ว่า

“ ศาลจะต้องสร้างหลักการที่เกี่ยวข้องกับการเยียวยาผู้เสียหาย หรือที่เกี่ยวข้องกับผู้เสียหาย ซึ่งให้รวมถึง การชดเชย การจ่ายค่าเสียหาย และการฟื้นฟูสภาพ ในกรณีหากมีคำร้องขอหรือศาลเห็นเอง ศาลอาจต้องกำหนดขอบเขต ขีดจำกัดแห่งความเสียหาย บาดเจ็บ หรืออันตรายต่อชีวิตและร่างกาย โดยศาลจะต้องระบุหลักการดังกล่าวให้เป็นที่ทราบ ”

ข้อสังเกตแห่งมาตรา 75(1) คือ คำว่า ‘ที่เกี่ยวข้องกับการเยียวยาผู้เสียหาย’ ซึ่งมีเจตนารมณ์เพื่อให้รวมถึงทายาทของผู้เสียหายด้วย เหตุผลประการนี้ระบุไว้ชัดเจนในเชิงอรรถแห่ง The Report of the Working Group on Procedural Matters at the Rome Conference²⁵¹ นอกจากนี้รูปแบบการเยียวยานั้นยังกำหนดหลักเกณฑ์ให้ศาลเป็นผู้ออกคำวินิจฉัยที่เกี่ยวกับการเยียวยา(Award) เพื่อให้ผู้กระทำความผิดกระทำการเยียวยาที่เหมาะสมแก่ผู้เสียหาย ไม่ว่าจะเป็นรูปแบบการเยียวยาที่เป็นการชดเชย การจ่ายค่าเสียหาย และการฟื้นฟูสภาพและในกรณีมีเหตุสมควร เหตุสุดวิสัยประการใดๆที่ไม่สามารถกระทำการเยียวยาแก่ผู้เสียหายโดยตรงได้ ผู้กระทำความผิดอาจต้อง

²⁴⁹ Article 68 of the Rome Statute.

²⁵⁰ Article 75 of ICC Statute.

²⁵¹ Footnote 5 to Article 73 on Reparations to Victims in the Report of the Working

Group on Procedural Matters, A/CONF.183/C.1/WGPM/KL.2/Add.7(13 July 1998), Reprinted in P.Lewis, Reparations to Victims, op.cit.

กระทำการเยียวยาผ่านหน่วยงานที่เรียกว่า กองทุนเพื่อผู้เสียหาย (Trust Fund for Victims) แทนก็ได้²⁵² เพื่อให้คำวินิจฉัยเยียวยาที่มีผลโดยตรงต่อตัวผู้เสียหาย

นอกเหนือจากหลักการโดยกว้างที่ระบุไว้ในธรรมนูญกรุงโรมฯ ภายใต้ระเบียบว่าด้วยวิธีพิจารณาความและพยานหลักฐานก็ได้กำหนดหลักเกณฑ์เพิ่มเติมโดยละเอียดถึงวิธีการปฏิบัติขั้นตอนในการเยียวยาผู้เสียหายเอาไว้ โดยกำหนดให้ผู้เสียหายสามารถยื่นคำร้องขอรับการเยียวยาด้วยตนเองได้ โดยทำเป็นหนังสือยื่นคำร้องขอไปยังสำนักทะเบียนเพื่อให้ฝ่ายทะเบียนรับเรื่อง โดยสามารถยื่นคำร้องดังกล่าวได้ทุกขั้นตอนระหว่างกระบวนการพิจารณาคดี²⁵³ สำหรับแบบในการยื่นคำร้องนั้นกฎระเบียบและข้อบังคับของฝ่ายทะเบียนแห่งศาลICC ได้กำหนดให้ฝ่ายทะเบียนเป็นผู้พัฒนา รูปแบบหนังสือสำหรับยื่นคำร้องของผู้เสียหาย²⁵⁴ อย่างไรก็ตามก็ได้บังคับให้ผู้เสียหายใช้แบบฟอร์มดังกล่าวจากฝ่ายทะเบียนเสมอไปหากมีเหตุที่ไม่อาจใช้แบบฟอร์มดังกล่าวได้²⁵⁵ ผู้เสียหายสามารถยื่นคำร้องที่ตนจัดทำเองขึ้นมาได้แต่จะต้องมีข้อมูลที่กำหนดไว้ในกฎข้อที่94(1) แห่งระเบียบว่าด้วยวิธีพิจารณาความฯ ระบุอยู่ในแบบคำร้องของตนเพื่อยื่นให้กับฝ่ายทะเบียน²⁵⁶ อันได้แก่

- 1) ชื่อและที่อยู่ของผู้ร้อง
- 2) บรรยายความเสียหาย อันตรายที่เกิดแก่ชีวิต ร่างกาย
- 3) สถานที่ที่เกิดความเสียหาย เท่าที่จะสามารถบรรยายได้ ชื่อของบุคคลผู้ก่อความเสียหาย หรือบุคคลที่ผู้เสียหายเชื่อว่าเป็นผู้ก่อความเสียหายและต้องเข้ามารับผิดชอบ
- 4) ระบุวิธีการขอใช้เพื่อให้ได้คืนมาซึ่งทรัพย์สิน อสังหาริมทรัพย์ต่างๆที่สูญเสียชีวิตหรือเสียหายไป
- 5) ระบุจำนวนค่าเสียหายที่เรียกร้อง
- 6) ระบุแนวทางการฟื้นฟูเยียวยาหรือวิธีการอื่นๆเพื่อให้กลับคืนสู่สภาพเดิม
- 7) เอกสารสนับสนุนรายละเอียดต่างๆข้างต้นเท่าที่พึงกระทำได้ อาทิ ชื่อและที่อยู่ของพยาน²⁵⁷

²⁵² Rule 98(2) of the Rules of Procedure and Evidences (RPE), ICC.

²⁵³ Rule 94 of the Rules of Procedure and Evidences (RPE), ICC.

²⁵⁴ Regulation 104 of the Regulations of the Registry.

²⁵⁵ Regulation 88(1) of the Regulations of the Court.

²⁵⁶ Rule 94(1) of the Rules of Procedure and Evidences, ICC.

²⁵⁷ Ibid.

ในการพิจารณาคำร้องดังกล่าว เพื่อให้เป็นไปตามมาตรการคุ้มครองใดๆในการพิจารณาคดีของศาล ศาลจะต้องสั่งให้นายทะเบียนแจ้งเรื่องราวคำร้องขอดังกล่าวทราบเท่าที่จะกระทำได้ ไปยังบุคคลหรือบุคคลที่ถูกระบุชื่อในคำร้องขอ หรือบุคคลที่ถูกระบุชื่อหากการกระทำผิดรวมทั้งต้องแจ้งให้ผู้มีส่วนได้เสีย รัฐที่มีส่วนได้เสียทราบเช่นกัน การแจ้งเรื่องราวต่างๆนั้นจะต้องกระทำผ่านฝ่ายทะเบียน²⁵⁸

สำหรับแนวทางประเมินความเสียหายและกำหนดวิธีการเยียวยาผู้เสียหายนั้น ศาลจะต้องพิจารณาถึงขอบเขตความเสียหาย สูญหาย บาดเจ็บ อันตรายใดๆที่ปรากฏ และศาลอาจออกคำสั่งให้ชดใช้เยียวยาต่อทั้งปัจเจกบุคคลและกลุ่มบุคคลได้ และหากผู้เสียหายหรือตัวแทนทางกฎหมาย ผู้ถูกตัดสินว่ากระทำผิด ร้องขอต่อให้ศาลให้จัดหาผู้เชี่ยวชาญมาช่วยกำหนดแนวทางศาลอาจพิจารณาให้มีการแต่งตั้งผู้เชี่ยวชาญเข้ามาช่วยพิจารณาความเสียหายต่างๆที่เกิดขึ้นเพื่อทำการกำหนดแนวทางเยียวยา และศาลจะต้องแจ้งให้ผู้เสียหาย ตัวแทนทางกฎหมาย จำเลยทำข้อเสนอแนะต่อรายงานของผู้เชี่ยวชาญด้วย ในทุกๆกรณีที่กล่าวทั้งหมดนี้ศาลจะต้องเคารพสิทธิของผู้เสียหายและผู้ถูกตัดสินว่ากระทำผิด²⁵⁹

นอกจากนี้ศาลจะต้องทำการเผยแพร่กระบวนการพิจารณาคดีการเยียวยา โดยให้เป็นหน้าที่ของนายทะเบียนในการแจ้งผู้เสียหายและตัวแทนทางกฎหมายของผู้เสียหายได้ทราบถึงเรื่องที่เกี่ยวข้องกับการเยียวยา และต้องใช้มาตรการเพียงพอในการเผยแพร่กระบวนการพิจารณาคดีที่กระทำต่อหน้าศาลให้มากที่สุดเท่าที่จะทำได้ เพื่อให้ผู้เสียหาย ผู้มีส่วนได้เสีย รัฐที่มีส่วนได้เสีย ทราบทั่วถึง มาตรการเหล่านี้จะต้องขอความร่วมมือจากรัฐภาคี และองค์การระหว่างประเทศ องค์การของรัฐบาล เพื่อทำการเผยแพร่กระบวนการพิจารณาคดีเยียวยาให้ได้มากที่สุดเท่าที่จะกระทำ
ได้²⁶⁰

ข. รูปแบบในการเยียวยาผู้เสียหาย

มาตรา 75 แห่งธรรมนูญกำหนดให้การเยียวยาผู้เสียหายรวมถึงวิธีการเยียวยาด้วยการชดใช้ การจ่ายค่าเสียหายและการฟื้นฟูสภาพ โดยวิธีเยียวยาทั้งสามรูปแบบนี้กำหนดว่าศาลจะต้องออกคำสั่งโดยตรงไปยังผู้ถูกตัดสินว่ากระทำผิดและกำหนดการเยียวยาที่เหมาะสมอัน

²⁵⁸ Rule 94(2) of ICC (RPE).

²⁵⁹ Rule 97 of ICC (RPE).

²⁶⁰ Rule 96 of ICC (RPE).

เกี่ยวข้องกับผู้เสียหาย ทั้งนี้ไม่จำกัดแค่เพียงสามวิธีการนี้เท่านั้น ศาลสามารถสร้างหลักการเยียวยาอื่นๆที่เหมาะสมได้อีกเช่นกัน สำหรับวิธีการเยียวยาพื้นฐานสามารถมีดังนี้

1) การชดใช้ (Restitution)

ให้มีการชดใช้แก่ผู้เสียหายเท่าที่จะกระทำได้ โดยนำผู้เสียหายกลับคืนสู่สภาพเดิมให้ได้มากที่สุด หรือได้รับคืนในสิ่งที่สูญหายไปกลับมา²⁶¹ การชดใช้มักเป็นเรื่องเกี่ยวกับการฟื้นฟูบูรณะชีวิตปัจเจกบุคคลโดยตรง อาทิ การส่งคืนกลับสู่ครอบครัวเดิม การส่งกลับบ้าน การให้เข้าทำงานในสถานที่เดิม การให้กลับไปศึกษาเล่าเรียนต่อไป การคืนทรัพย์สินที่ถูกขโมยไป²⁶²

2) การจ่ายค่าเสียหาย (Compensation)

การจ่ายค่าเสียหายจะนำมาพิจารณาในการเยียวยาต่อเมื่อผู้เสียหายได้รับอันตราย อันมีผลกระทบต่อเศรษฐกิจการเงิน และต้องเป็นความเสียหายที่สามารถคำนวณจำนวนเงินได้อย่างไรก็ดีไม่มีการบัญญัติคำว่า “ภัยอันตราย”(harm) ไว้ชัดเจนในธรรมนูญกรุงโรมฯ จึงมีการนำนิยามจากบ่อเกิดหลักกฎหมายระหว่างประเทศอื่นๆ (กล่าวไว้ในบทที่ 2) มาขยายความคำว่า “ภัยอันตราย”²⁶³ ด้วย สำหรับใน RPE นั้น มีการกล่าวถึงสิ่งที่เกี่ยวข้องกับ ภัยอันตราย อยู่บ้างแต่ไม่ชัดเจนคือในกฎข้อที่ 85 กล่าวถึง อันตรายจากการสูญเสียชีวิต อันตรายจากการบาดเจ็บ ความเสียหายต่างๆ ที่เกิดขึ้น ซึ่งทั้งหมดนี้อาจเป็นทางเลือกหลายๆประการของคำว่า “ภัยอันตราย” แต่ก็ยังขาดนิยามที่ชัดเจนและต้องให้เป็นหน้าที่ของศาลในการตีความอันถือเป็นดุลพินิจของศาล นอกจากนี้ในกฎข้อที่ 85 ยังกล่าวถึงภัยอันตรายที่เกิดขึ้นต่อบุคคลธรรมดาและนิติบุคคลที่มีความแตกต่างกัน เพราะภัยอันตรายที่เกิดขึ้นต่อบุคคลจะต้องกระทบโดยตรงต่อตัวทรัพย์สินอันมีวัตถุประสงค์ด้านมนุษยธรรมเท่านั้น ส่วนภัยอันตรายต่อบุคคลธรรมดาไม่มีข้อจำกัดดังเช่นกรณีนิติบุคคล²⁶⁴

การจ่ายค่าเสียหายสามารถเรียกร้องโดยตรงจากผู้ถูกตัดสินว่ากระทำผิดให้ทำการจ่ายค่าเสียหาย หรือ อาจจ่ายค่าเสียหายแก่ผู้เสียหายโดยผ่านกองทุนฯซึ่งได้รับทรัพย์สินที่

²⁶¹ McCarthy, *Reparations and Victim Support in the International Criminal Court*. 2012, pp.159-160.

²⁶² *Prosecutor V. Thomas Lubanga Dyilo*, (2012). Trial Chamber I, No. ICC-01/04-01/06-2904, 7 August 2012, para.223-225.

²⁶³ T. Bachvarova, *International Criminal Law Review* 11 (Martinus Nijhoff, 2011), 2011, p.693.

²⁶⁴ *Ibid.*

ได้มาจากการยึดหรือริบทรัพย์ และรวมทั้งเงินช่วยเหลืออุดหนุนต่างๆที่บริจาคเข้ากองทุนฯ ยิ่งไปกว่านั้น RPE ยังได้ระบุชัดเจนว่าคำตัดสินชี้ขาดว่าด้วยการเยียวยาของศาลนั้นสามารถกระทำแก่ปัจเจกบุคคลเพียงคนเดียว หรือ กลุ่มปัจเจกบุคคลก็ได้เช่นกัน และได้ระบุอีกว่าศาลจะต้องใช้ความพยายามในการประเมินกำหนดจำนวนค่าเสียหายที่ได้ผู้เสียหายได้ประสบและเกิดภัยอันตรายต่อชีวิต ร่างกาย การบาดเจ็บการสูญเสียชีวิต ซึ่งในการประเมินกำหนดจำนวนเงินนี้ศาลอาจให้ผู้เชี่ยวชาญเข้ามาช่วยในการกำหนดค่าเสียหาย และต้องเชิญผู้เสียหายในคดี ตัวแทนทางกฎหมายของผู้เสียหาย หรือรัฐที่มีส่วนได้เสียทำหนังสือข้อเสนอแนะและข้อสังเกตต่อรายงานของผู้เชี่ยวชาญด้วยศาลสามารถริเริ่มออกคำตัดสินชี้ขาดว่าด้วยการเยียวยาด้วยตนเองได้ และในกรณีที่ศาลริเริ่มทำคำตัดสินเอง ศาลมีหน้าที่ต้องแจ้งจำเลยและผู้เสียหาย บุคคลที่มีส่วนได้เสีย รัฐที่มีส่วนได้เสีย ให้พิงทราบมากที่สุดเท่าที่จะกระทำได้ ในการพิจารณาคำตัดสินเกี่ยวกับการเยียวยา ศาลมีหน้าที่ต้องเผยแพร่คำตัดสินนี้ให้เป็นพิงทราบของสาธารณชนและเผยแพร่กระบวนการพิจารณาคดีให้แพร่หลายมากที่สุดเท่าที่จะทำได้เพื่อให้มีผู้เสียหายทราบและเข้ามายื่นคำร้องเกี่ยวกับการเยียวยาให้มากที่สุด ในกรณีที่มีผู้เสียหายเข้ามายื่นคำร้องขอเยียวยาเป็นจำนวนมาก ศาลอาจต้องพิจารณาคำร้องเป็นกลุ่มผู้เสียหายไปโดยพิจารณาความเหมาะสมเป็นสำคัญ²⁶⁵

3) การฟื้นฟูสภาพ (Rehabilitation)

สิทธิของผู้เสียหายในการได้รับการเยียวยาโดยการฟื้นฟูสภาพนั้นจะต้องกระทำโดยศาลอันต้องกระทำอยู่บนหลักการพื้นฐานว่าด้วย หลักการไม่แบ่งแยกก็ตักกัน และ รวมถึงการนำประเด็นทางเพศภาวะว่าด้วยหญิงและชายทุกช่วงอายุมาเป็นหลักการพื้นฐานในการพิจารณาแนวทางการเยียวยาด้วย²⁶⁶ การฟื้นฟูสภาพให้รวมถึงการจัดหานำมาซึ่งบริการทางการแพทย์และสาธารณสุข การดูแลด้านจิตวิทยา จิตเภท การช่วยเหลือทางสังคมในการบรรเทาความทุกข์ทรมานที่ประสบ และการให้บริการทางกฎหมายและสังคม²⁶⁷

ค. การเยียวยาผ่านกองทุนเพื่อผู้เสียหาย(Trust Fund for Victims)

นอกเหนือจากการวางบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับการเยียวยาผู้เสียหายไว้ในธรรมนูญกรุงโรมฯและระเบียบว่าด้วยวิธีพิจารณาความฯ(RPE) แล้ว ศาลอาญาระหว่างประเทศยังได้

²⁶⁵ Rule 97 of the ICC (RPE).

²⁶⁶ Trial Chamber I in Prosecutor v. Lubanga, No. ICC-01/04-01/06-2904, 7 August 2011, para. 189, 202, 207-209.

²⁶⁷ Ibid. para. 232-236.

ก่อตั้งหน่วยงานที่มีความสำคัญอย่างยิ่งยวดในการเยียวยาผู้เสียหายและเป็นพัฒนาการด้านการคุ้มครองผู้เสียหายที่ไม่เคยมีมาก่อนในศาลอาญาเฉพาะกิจระหว่างประเทศในอดีตนั้นคือ การจัดตั้งกองทุนเพื่อผู้เสียหาย (Trust Fund for Victims) นับเป็นความท้าทายของศาลอาญาระหว่างประเทศในด้านการเยียวยาต่อปัจเจกบุคคล

มาตรา 79 แห่งธรรมนูญกรุงโรมฯบัญญัติว่า “ให้มีการจัดตั้งกองทุนขึ้นมาเพื่อประโยชน์ของผู้เสียหายจากอาชญากรรมภายในเขตอำนาจของศาลและของครอบครัวผู้เสียหายด้วย”

การก่อตั้งกองทุนเพื่อผู้เสียหายกระทำขึ้นโดยมติสมัชชาแห่งรัฐภาคีเพื่อวัตถุประสงค์ในการช่วยเหลือผู้เสียหายและครอบครัว กองทุนนี้ได้จัดตั้งอย่างเป็นทางการเมื่อเดือนเมษายน ค.ศ.2002 ในขณะที่ธรรมนูญกรุงโรมฯมีผลใช้บังคับแล้ว กองทุนนี้บริหารงานโดยสำนักทะเบียนแต่เป็นอิสระแยกออกจากศาลและควบคุมการบริหารงานโดยคณะกรรมการบริหารงาน ศาลบทบัญญัติในธรรมนูญกรุงโรมฯไม่ได้ระบุเนื้อหาว่าจะมีการให้ความช่วยเหลือทางการเงินอย่างไรแต่ระบุเพียงว่าศาลอาญาระหว่างประเทศสามารถออกคำสั่งศาลว่าด้วยเรื่องการจ่ายเงิน ยึดหรือริบทรัพย์สิน (มาตรา 109) ให้กระทำผ่านกองทุนเพื่อผู้เสียหาย นอกจากนี้สมัชชาแห่งรัฐภาคีก็ได้ให้คำจำกัดความเพิ่มเติมจากบทบัญญัติดังกล่าวอีกว่า กองทุนเพื่อผู้เสียหายอาจได้เงินสนับสนุนมาจากการบริจาคของรัฐ รัฐบาล องค์กรระหว่างประเทศ ปัจเจกบุคคล บริษัท หรือนิติบุคคลอื่นๆ²⁶⁸

ภายใต้กฎแห่งระเบียบว่าด้วยวิธีพิจารณาความฯ(RPE) ศาลอาจกระทำการเยียวยาผ่านกองทุนได้หลายรูปแบบ ไม่ว่าจะเป็นการออกคำสั่งโดยตรงไปยังผู้กระทำผิดตามคำพิพากษาให้นำเงินหรือทรัพย์สินไปส่งที่กองทุนฯเพื่อชดเชยค่าเสียหายให้แก่ผู้เสียหายแต่ละราย หรือในกรณีที่มีผู้เสียหายจำนวนมากและมีขอบเขต รูปแบบ วิธีการเยียวยาเป็นประเภทเดียวกันศาลอาจสั่งให้มีการเยียวยาผ่านกองทุนฯ สำหรับกลุ่มผู้เสียหายนั้นไปพร้อมกันตามความเหมาะสม ยิ่งไปกว่านั้น ศาลสามารถออกคำสั่งคำวินิจฉัยที่เกี่ยวกับการเยียวยาไปยังองค์การรัฐบาลระหว่างประเทศ องค์กรระหว่างประเทศ หรือองค์กรภายในรัฐ โดยจะต้องได้รับการอนุมัติและปรึกษาหารือกับกองทุนฯก่อนทุกครั้ง²⁶⁹ อย่างไรก็ตาม ทั้งนี้ศาลมีอำนาจในการใช้ดุลพินิจของศาลเองในการวินิจฉัยแนวทางการเยียวยา และศาลสามารถริเริ่มออกคำสั่งได้เองโดยไม่ต้องมีการทำคำร้องขอจากผู้เสียหายก่อนเลย ซึ่งนับว่ามีประโยชน์ในสถานการณ์ที่มีความรุนแรงที่ผู้เสียหายไม่อาจเดินทางหรือเข้าสู่กระบวนการพิจารณา

²⁶⁸ Bitti and Gonzalez Rivas, *The Reparations Provisions for Victims under the Rome Statute of the International Criminal Court* (2002). pp.312-314.

²⁶⁹ Rule 98 of the ICC (RPE).

คดีภายในศาลได้ไม่ว่าด้วยเหตุใดๆในทางปฏิบัติ เช่น สภานิติศาสตร์ที่อยู่ไกลหรือเสี่ยงภัยในการเดินทาง²⁷⁰

สำหรับข้อจำกัดในการใช้กองทุนเพื่อผู้เสียหายเพื่อเยียวยาก็มีอยู่เช่นกัน อาทิ กองทุนฯจะเข้ามาทำหน้าที่ในสถานการณ์ที่ศาลอาญาระหว่างประเทศมีเขตอำนาจเหนืออาชญากรรมที่เกิดขึ้นเท่านั้น อย่างไรก็ตาม ในการปฏิบัติหน้าที่ของกองทุนฯจะมีความเป็นอิสระแยกออกจากศาล และกองทุนฯอาจเข้ามาให้ความช่วยเหลือผู้เสียหายแยกออกมาจากศาลในด้านการสืบสวนสอบสวนที่กำลังดำเนินการอยู่ด้วยตราบเท่าที่ไม่กระทบสิทธิของจำเลยได้การพิจารณาตัวอย่างเป็นธรรม²⁷¹

ข้อบังคับว่าด้วยกองทุนเพื่อผู้เสียหายหรือ “The Regulations of the Trust Fund” มีผลบังคับใช้เมื่อ ค.ศ.2005 โดยมีการแต่งตั้งคณะกรรมการบริหารประจำกองทุนฯ(Board of Directors) และเริ่มปฏิบัติงานโดยแท้จริงเมื่อต้นปีค.ศ.2007 หน้าที่หลักของกองทุนเพื่อผู้เสียหายตกอยู่ภายใต้กรอบของบทบัญญัติมาตรา 50(a)(i)ของข้อบังคับว่าด้วยกองทุนฯ ซึ่งได้กำหนดอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการบริหารไว้ว่าต้องดำเนินงานใดๆภายใต้กองทุนฯนี้ เพื่อประโยชน์ของผู้เสียหาย และครอบครัวของผู้เสียหายเป็นสำคัญ อีกทั้งต้องพิจารณาถึงการจัดหามาตรการเยียวยาทางกายภาพ การเยียวยาด้านจิตใจ การฟื้นฟูสภาพ การช่วยเหลือทางการเงินแก่ผู้เสียหายและครอบครัวด้วย นอกเหนือจากการเยียวยาโดยทั่วไป และต้องมุ่งเป้าหมายในการช่วยเหลือผู้เสียหายที่ได้รับผลกระทบจากภัยอันตรายในสถานการณ์ที่เกิดขึ้น ทั้งนี้โดยมีพักพิจารณาถึงว่าภัยอันตรายที่ผู้เสียหายประสบนั้น ได้รับการตั้งข้อกล่าวหาฐานความผิดจากอัยการหรือไม่²⁷² จากข้อเท็จจริงในทางปฏิบัติ การดำเนินงานของกองทุนฯส่วนใหญ่มีมากมาจากเงินอุดหนุนช่วยเหลือมากกว่าการเข้ายึดทรัพย์สินของจำเลย และกองทุนฯยังร่วมมือกับกลุ่มองค์กรพันธมิตรอื่นๆ เช่น องค์กรไม่แสวงหากำไร (NGOs) องค์กรท้องถิ่น(grass-roots organizations) และกลุ่มสมาคมเพื่อผู้หญิง(women’s associations) จัดทำโครงการเกี่ยวกับการให้ความช่วยเหลือฟื้นฟูสภาพและการให้คำปรึกษา รวมทั้งการช่วยเหลือผู้เสียหายให้กลับมามีโอกาสทางสังคมโดยเฉพาะช่วยเหลือกลุ่มผู้เสียหายที่รอดชีวิต โครงการส่วนใหญ่ที่จัดทำขึ้นมักมุ่งให้ความช่วยเหลือโดยเฉพาะอย่างยิ่งกับกลุ่มผู้หญิงและเด็กที่ตกเป็นผู้เสียหาย²⁷³

²⁷⁰ Conor McCarthy, Reparations and Victim Support in the International Criminal Court, Cambridge University Press, 2012, p.106

²⁷¹ Resolution ICC-ASP/4/RES. 3, Articles 48, 50.

²⁷² Resolution ICC-ASP/4/Res.3, Regulations of the Trust Fund for Victims, Article 50(a)(i).

²⁷³ "The Trust Fund Web Page ", <http://trustfundforvictims.org/projects>.

4.3.3 สิทธิในการได้รับการสนับสนุนช่วยเหลือ

บทบัญญัติแห่งธรรมนูญกรุงโรมฯ กำหนดให้ต้องมีการจัดตั้งหน่วยผู้เสียหายและพยาน (Victim and Witness Unit) ขึ้นภายในสำนักทะเบียน และให้สำนักทะเบียนมีหน้าที่รับผิดชอบในหน่วยงานนี้ โดยการหารือร่วมกับสำนักงานอัยการ หน่วยงานนี้ต้องกำหนดมาตรการคุ้มครองและการจัดการรักษาความปลอดภัย การให้คำปรึกษาและความช่วยเหลืออื่นๆที่เหมาะสมแก่พยาน ผู้เสียหาย และผู้อื่นที่อยู่ในภาวะเสี่ยงภัยอันสืบเนื่องมาจากการเบิกความของพยาน หน่วยงานนี้ต้องมีเจ้าหน้าที่ที่มีความเชี่ยวชาญด้านทางกายและใจ²⁷⁴ หน่วยผู้เสียหายและพยานอาจแนะนำปรึกษาหารือกับอัยการและศาลถึงมาตรการคุ้มครอง การจัดการด้านความปลอดภัย การให้คำปรึกษาและความช่วยเหลือที่เหมาะสมแก่ผู้เสียหายด้วย²⁷⁵

นอกจากนี้ภายใต้ระเบียบว่าด้วยวิธีพิจารณาความและพยานหลักฐาน(RPE) ได้กำหนดกฎเกณฑ์ในการให้ความช่วยเหลือและสนับสนุนผู้เสียหายเพิ่มเติมไว้เช่นกัน โดยกำหนดให้หน่วยผู้เสียหายและพยานโดยการดูแลของสำนักทะเบียนมีหน้าที่ปฏิบัติตามบทบัญญัติแห่งธรรมนูญกรุงโรมฯ และ ระเบียบว่าด้วยวิธีพิจารณาความฯ RPEกำหนดว่าในการคุ้มครองผู้เสียหายและพยานนั้น หน่วยผู้เสียหายและพยานจะต้องคำนึงถึงประเภทของผู้เสียหายที่มีความต้องการเฉพาะที่มีพฤติการณ์พิเศษในการให้ความคุ้มครองเมื่อเข้าสู่กระบวนการพิจารณาคดีภายในศาล²⁷⁶ ซึ่งจะต้องสอดคล้องกับสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศและปราศจากการเลือกปฏิบัติ²⁷⁷ ดังนั้น ผู้เสียหายที่เป็นผู้หญิงก็จะได้รับประโยชน์จากความคุ้มครองเป็นกรณีพิเศษนี้เช่นกัน สำหรับหน้าที่ของหน่วยผู้เสียหายและพยานภายใต้การดูแลของสำนักทะเบียนแห่ง RPE นั้น สามารถจำแนกเป็นประเภทได้ดังต่อไปนี้

ก. หน้าที่ในการแจ้งเรื่อง

สำนักทะเบียนมีหน้าที่ในการปกป้องคุ้มครองผู้เสียหายในการแจ้งเรื่องราวต่างๆให้ผู้เสียหายทราบรวมทั้งแจ้งให้ผู้แทนทางกฎหมายของผู้เสียหายทราบเช่นเดียวกัน²⁷⁸

ข. หน้าที่การให้คำแนะนำทางกฎหมาย

²⁷⁴ Article 43(6) of the Rome Statute.

²⁷⁵ Article 68(4) of the Rome Statute.

²⁷⁶ Rule 17(a) of ICC (RPE).

²⁷⁷ Article 21(3) of the Rome Statute.

²⁷⁸ Rule 16 (1) (a) Of ICC (RPE).

สำนักทะเบียนมีหน้าที่ให้ความช่วยเหลือด้านคำแนะนำทางกฎหมายแก่ผู้เสียหาย รวมทั้ง จัดหาผู้แทนทางกฎหมายแก่ผู้เสียหายให้ด้วย และต้องให้ความช่วยเหลือถึงผู้แทนทางกฎหมายผู้เสียหายด้วย ไม่ว่าจะเป็นในด้านข้อมูล อำนวยความสะดวกให้เท่าที่จำเป็นในการปฏิบัติหน้าที่ เพื่อให้เป็นไปตามวัตถุประสงค์ในการคุ้มครองสิทธิผู้เสียหายและผู้แทนทางกฎหมายของผู้เสียหายตลอดการพิจารณาคดี²⁷⁹

หน่วยผู้เสียหายและพยานจะต้องให้คำแนะนำผู้เสียหายถึงแหล่งที่มาของการขอคำปรึกษาทางกฎหมายว่ามีวิธีใดบ้างเพื่อประโยชน์ในการคุ้มครองสิทธิต่างๆของผู้เสียหายเอง โดยเฉพาะกรณีผู้เสียหายเบิกความต่อศาล²⁸⁰

ค. หน้าที่ให้การสนับสนุนผู้เสียหายให้มีส่วนร่วมในคดี

สำนักทะเบียนมีหน้าที่ให้ความช่วยเหลือผู้เสียหายในการเข้ามามีส่วนร่วมในทุกๆขั้นตอนของกระบวนการพิจารณาคดี²⁸¹ สำนักทะเบียนจะต้องเก็บวิธีการลงทะเบียนพิเศษสำหรับผู้เสียหายที่แสดงความจำนงของเข้ามามีส่วนร่วมในคดีเป็นกรณีเฉพาะ²⁸²

ง. หน้าที่แจ้งสิทธิต่างๆและแจ้งคำวินิจฉัยของศาลแก่ผู้เสียหาย

แจ้งสิทธิต่างๆที่ผู้เสียหายพึงมีภายใต้ธรรมนูญฯและระเบียบฯนี้ รวมทั้งแจ้งถึงการจัดตั้งหน่วยงานเพื่อผู้เสียหายและพยานประจำศาล และการแจ้งให้ทราบถึงคำวินิจฉัยโดยรับประกันแก่ผู้เสียหายว่าจะทำการแจ้งให้ทราบถึงคำวินิจฉัยของศาลที่อาจมีผลกระทบต่อส่วนได้เสียของผู้เสียหาย โดยจะต้องแจ้งให้ทราบในระยะเวลาที่เหมาะสม²⁸³

จ. หน้าที่ให้ความช่วยเหลือทางการแพทย์

หน่วยผู้เสียหายและพยานจะต้องให้ความช่วยเหลือแก่ผู้เสียหายในการได้รับการรักษาจากแพทย์ ได้รับการปรึกษาจิตแพทย์ และความช่วยเหลืออื่นๆตามความเหมาะสม²⁸⁴

²⁷⁹ Rule 16 (1) (b) of ICC (RPE).

²⁸⁰ Rule 17 (2) (b) (i) of ICC (RPE).

²⁸¹ Rule 16 (1) (c) of ICC (RPE).

²⁸² Rule 16 (3) of the ICC (RPE).

²⁸³ Rule 16 (2) of ICC (RPE).

²⁸⁴ Rule 17 (2)(a)(iii) of ICC (RPE).

ฉ. หน้าที่ในการจัดทำแผนงานมาตรการคุ้มครองผู้เสียหาย

นอกเหนือจากการกำหนดให้ศาลและอัยการใช้มาตรการคุ้มครองต่างๆ เพื่อความปลอดภัยของผู้เสียหายตามที่ได้กล่าวข้างต้นนั้น สำนักทะเบียนก็มีหน้าที่ช่วยเหลือสนับสนุนผู้เสียหายในการจัดทำแผนงานระยะสั้นและระยะยาวเกี่ยวกับมาตรการคุ้มครองต่างๆ และมาตรการเพื่อความปลอดภัยที่เพียงพอแก่ผู้เสียหายเช่นกัน และสำนักทะเบียนสามารถให้คำแนะนำแก่องค์กรต่างๆ ภายในศาลในการนำแผนงานดังกล่าวไปใช้บังคับ รวมถึงแนะนำรัฐภาคีให้ทราบด้วย²⁸⁵

ข. ผู้เชี่ยวชาญประจำหน่วยผู้เสียหายและพยาน

หน่วยผู้เสียหายและพยานจะต้องรับรองและรับประกันในการอบรมบุคลากรประจำหน่วยในเรื่องความมั่นคงและปลอดภัยของผู้เสียหายและพยาน และให้คำปรึกษาถึงหลักการไม่แบ่งแยกและศักดิ์ศรีของผู้เสียหายในประเด็นที่เกี่ยวกับเพศภาวะและวัฒนธรรม²⁸⁶ และยังมีการสรรหาผู้เชี่ยวชาญเฉพาะทางในแต่ละด้านมาปฏิบัติหน้าที่ภายในหน่วยผู้เสียหายและพยานตามความเหมาะสม เนื่องจากธรรมนูญกรุงโรมฯ กำหนดให้หน่วยนี้ต้องรวมเจ้าหน้าที่ซึ่งมีความเชี่ยวชาญด้านกายและใจจากเหตุภายนอก รวมทั้งอาการเกี่ยวกับอาชญากรรมรุนแรงทางเพศ²⁸⁷ ซึ่งได้แก่ผู้เชี่ยวชาญด้านต่างๆ ดังนี้

1. ด้านการคุ้มครองผู้เสียหายและพยานในเรื่องความปลอดภัย
2. ด้านกฎหมายต่างๆ กฎหมายอาญา กฎหมายมนุษยธรรม
3. ด้านการจัดเก็บข้อมูลและการบริหารงาน
4. ด้านจิตวิทยา
5. ด้านเพศภาวะและความหลากหลายทางวัฒนธรรม
6. ด้านเด็ก ความรุนแรงต่อเด็ก
7. ด้านผู้สูงอายุ
8. ด้านผู้พิการ
9. ด้านกิจการสังคมและให้คำปรึกษา
10. ด้านสุขภาพ

²⁸⁵ Rule 17 (2) (a) (i),(ii) of ICC (RPE).

²⁸⁶ Rule 18 (d) of ICC (RPE).

²⁸⁷ Article 43 of the Rome Statute.

11. ด้านตีความแปลความภาษา²⁸⁸

4.3.4 สิทธิในการได้รับมาตรการคุ้มครองพิเศษ

ภายใต้ธรรมนูญกรุงโรมฯ มีการกำหนดหลักการพื้นฐานว่าด้วยการปกป้องคุ้มครองสิทธิของผู้เสียหายและพยาน ซึ่งปรากฏถ้อยคำในตัวบทที่แสดงถึงการให้ความคุ้มครองอย่างกว้างขวาง ดังนี้

ก. มาตรการคุ้มครองความปลอดภัย²⁸⁹

ศาลต้องดำเนินมาตรการที่เหมาะสมเพื่อคุ้มครองความปลอดภัย สวัสดิภาพทางกาย และทางจิตใจ ศักดิ์ศรีและความเป็นอยู่ส่วนตัวของผู้เสียหายและพยาน ในการดำเนินการดังกล่าวศาลต้องคำนึงถึงปัจจัยทั้งหมดที่เกี่ยวข้อง รวมทั้งอายุ เพศ สุขภาพและลักษณะแห่งอาชญากรรมแต่ไม่จำกัดเพียงเมื่ออาชญากรรมนั้นเกี่ยวข้องกับ ความรุนแรงทางเพศ หรือความรุนแรงต่อเพศ หรือความรุนแรงกับเด็ก และให้อัยการดำเนินมาตรการต่างๆดังกล่าวเช่นเดียวกันในขั้นตอนระหว่างการสืบสวน สอบสวนและการฟ้องร้องดำเนินคดีอาชญากรรมเหล่านั้น

ข. มาตรการคุ้มครองข้อมูลลับ²⁹⁰

ศาลอาจดำเนินกระบวนการพิจารณาบางส่วนเป็นการลับ หรือศาลอาจใช้มาตรการคุ้มครองผู้เสียหายและพยาน หรือจำเลย ด้วยวิธีที่เหมาะสมในระหว่างพิจารณาคดีในการแสดงพยานหลักฐานโดยเครื่องมืออิเล็กทรอนิกส์หรือวิธีพิเศษอื่นๆ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีที่เป็นผู้เสียหายจากความรุนแรงทางเพศ หรือเด็กเป็นผู้เสียหายหรือพยาน

นอกเหนือจากการให้ความคุ้มครองและรับประกันความปลอดภัยของผู้เสียหายและพยานแล้ว ในกรณีที่การเปิดเผยพยานหลักฐานหรือข้อมูล อาจนำไปสู่อันตรายร้ายแรงต่อความ

²⁸⁸ Rule 19 Of the ICC (RPE).

²⁸⁹ Article 68 (1) of the Rome Statute.

²⁹⁰ Article 68 (2) of the Rome Statute.

ปลอดภัยของพยานหรือครอบครัวของพยาน อัยการอาจไม่เปิดเผยพยานหลักฐานหรือข้อมูลนั้น แต่ยื่นเป็นข้อสรุปในเรื่องนั้นแทน²⁹¹

นอกจากนี้เพื่อวัตถุประสงค์ในการคุ้มครองข้อมูลลับตามมาตรา 68 ในการพิจารณาคดีบางชั้นตอนอาจมีพฤติการณ์พิเศษที่ศาลต้องดำเนินขั้นตอนไปแบบลับเพื่อคุ้มครองความปลอดภัยคุ้มครองข้อมูลลับ หรือความละเอียดอ่อนต่างๆแห่งพยานหลักฐาน²⁹² และในการปฏิบัติหน้าที่ก่อนหรือระหว่างการพิจารณาคดี ศาลอาจดำเนินการตามความจำเป็นในการกำหนดให้มีการคุ้มครองข้อมูลลับ²⁹³

ในส่วนของระเบียบว่าด้วยวิธีพิจารณาความและพยานหลักฐาน (RPE) ก็ได้กล่าวย้ำรับรองหลักการในธรรมนูญกรุงโรมฯโดยกำหนดกฎเกณฑ์เพิ่มเติมในระเบียบว่าด้วยวิธีพิจารณาความฯให้ศาลให้ความเคารพและปฏิบัติตามเอกสิทธิ์ว่าด้วยความลับที่บัญญัติเพิ่มเติมไว้ในระเบียบว่าด้วยวิธีพิจารณาความและพยานหลักฐาน²⁹⁴ โดยกำหนดขั้นตอนเพิ่มเติมในกระบวนการพิจารณาคดีเอาไว้ดังนี้

ค. มาตรการไม่เปิดเผยต่อสาธารณชนและป้องกันการเผชิญหน้าต่อจำเลย

มาตรการไม่เปิดเผยตัวบุคคล(ผู้เสียหาย)ต่อสื่อสาธารณชน และป้องกันการเผชิญหน้าระหว่างผู้เสียหายกับจำเลย มาตรการดังกล่าวรวมถึงไม่ให้มีการบันทึกใดๆต่อสาธารณชน การเบิกความใดๆจะต้องกระทำโดยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ หรือใช้วิธีการพิเศษอื่นๆ อาทิ การใช้เทคโนโลยีติดต่อ ปรับเปลี่ยนภาพและเสียง การใช้วิดีโอคอนเฟอเรนซ์ (การประชุมผ่านวิดีโอ) การใช้กล่องวงจรปิด การใช้สื่อทางเสียง การใช้นามแฝง การดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีผ่านทางกล่องวิดีโอ²⁹⁵

ง. มาตรการสำหรับผู้เสียหายจากคดีความผิดเกี่ยวกับเพศ

การใช้มาตรการพิเศษให้รวมถึงการให้ความสะดวกแก่ผู้เสียหายและพยานในการเบิกความเพื่อมิให้เผชิญกับสิ่งที่กระทบกระเทือนจิตใจ โดยเฉพาะอย่างยิ่งผู้เสียหายจากการกระทำ

²⁹¹ Article 68 (5) of the Rome Statute.

²⁹² Article 64 of the Rome Statute.

²⁹³ Article 64(c) of the Rome Statute.

²⁹⁴ Article 69(5) of the Rome Statute.

²⁹⁵ Rule 87 of ICC (RPE).

รุนแรงทางเพศ มาตรการพิเศษดังกล่าว เช่น การอนุญาตให้ทนายความ ตัวแทนทางกฎหมายของ ผู้เสียหาย นักจิตวิทยา สมาชิกในครอบครัว เข้าร่วมการพิจารณาคดีตลอดเวลาที่มีการเบิกความ ผู้เสียหายและพยานนอกจากนี้ยังกำหนดให้คณะพิจารณาคดี(Trial Chamber) จะต้องใช้ความ ระมัดระวังและควบคุมการตั้งคำถามมิให้เป็นการคุกคามหรือข่มขู่ พยานและผู้เสียหายโดยเฉพาะ อย่างยิ่งในคดีเกี่ยวกับความรุนแรงทางเพศ²⁹⁶ หรือ การกำหนดให้สำนักทะเบียนใช้มาตรการเกี่ยวกับ ประเด็นอ่อนไหวทางเพศ(gender-sensitive measures) เพื่อช่วยเหลือให้ผู้เสียหายเข้ามามีส่วนร่วม ในคดีที่เกี่ยวกับความรุนแรงทางเพศตลอดกระบวนการพิจารณาคดี²⁹⁷ และยังเพิ่มเติมหน้าที่ของหน่วย ผู้เสียหายและพยานในการนำมาตรการเกี่ยวกับประเด็นอ่อนไหวทางเพศมาใช้เพื่อช่วยเหลือผู้เสียหาย จากการกระทำรุนแรงทางเพศที่มาเบิกความต่อศาลมิให้ได้รับความกระทบกระเทือนทางจิตใจ²⁹⁸

จ. มาตรการเคลื่อนย้ายผู้เสียหาย

นอกจากนี้ยังมีมาตรการคุ้มครองในการเคลื่อนย้ายผู้เสียหายและพยาน (Relocation) โดยเฉพาะอย่างยิ่งกรณีที่ผู้เสียหายหรือพยานต้องเดินทางมาเข้าร่วมการพิจารณาคดี เพื่อเบิกความใดๆต่อศาล มีการกำหนดให้ฝ่ายทะเบียนประจำศาลมีหน้าที่รับผิดชอบในการให้ความ คุ้มครอง โดยจัดให้มีการทำข้อตกลงกับรัฐในเรื่องการเคลื่อนย้ายผู้เสียหายและพยาน รวมถึง สนับสนุนให้บริการประจำแต่ละพื้นที่ภายในรัฐที่มีความรุนแรง มีภัยคุกคามต่อผู้เสียหายและพยาน หรือผู้ที่อาจได้รับความเสี่ยงภัยจากการเบิกความ ซึ่งฝ่ายทะเบียนจะทำหน้าที่แทนศาลในการเจรจา ข้อตกลงกับรัฐ และข้อตกลงดังกล่าวจะต้องกระทำโดยลับ²⁹⁹

ฉ. มาตรการคุ้มครองพิเศษในคดีความผิดเกี่ยวกับเพศ

ศาลICC อาจมีคำสั่งให้มีมาตรการเฉพาะใช้ควบคู่กับบทบัญญัติธรรมนูญกรุงโรม ฯและระเบียบว่าด้วยวิธีพิจารณาคดี ในการให้ความคุ้มครองผู้เสียหายและพยานบางประเภทที่ ได้รับความกระทบกระเทือนทางจิตใจและทางกายมากกว่าผู้เสียหายทั่วไป หรือมีความเปราะบางและ อ่อนแอทางสภาพกายและจิตใจมากกว่าผู้เสียหายประเภทอื่น ไม่จำกัดเพียงแค่ เด็ก ผู้สูงอายุ ผู้เสียหายจากการกระทำรุนแรงทางเพศ ในระหว่างการพิจารณาคดีและ ศาลจะต้องใช้ความ

²⁹⁶ Rule 88 of ICC (RPE)

²⁹⁷ Rule 16 (1) (d) of ICC (RPE).

²⁹⁸ Rule 17 (2)(b)(iii) of ICC (RPE).

²⁹⁹ Rule 16 (4) of ICC (RPE).

ระมัดระวังและคอยควบคุมการตั้งคำถามของฝ่ายจำเลยในการสอบถามพยานและผู้เสียหาย เพื่อหลีกเลี่ยงมิให้มีการคุกคาม ข่มขู่ และโดยเฉพาะอย่างยิ่งต้องระมัดระวังในการตั้งคำถามจู่โจมผู้เสียหายจากการถูกกระทำรุนแรงทางเพศ³⁰⁰ ดังนั้นการคุ้มครองผู้เสียหายที่เป็นผู้หญิงอาจมีมาตรการเฉพาะที่ศาลนำมาใช้ในกระบวนการพิจารณาคดีนอกเหนือจากที่กำหนดไว้ในบทบัญญัติธรรมนูญกรุงโรมฯ และ RPE ได้ ซึ่งนับเป็นผลดีต่อการคุ้มครองผู้หญิงเพราะเป็นการเปิดโอกาสให้ศาลพิเคราะห์มาตรการที่เหมาะสมตรงตามความต้องการของผู้เสียหายที่เป็นผู้หญิงได้เป็นอย่างดี

4.3.5 สิทธิในการมีส่วนร่วมของผู้เสียหาย (Victim Participation)

เงื่อนไขประการแรกที่จะรับรองสิทธิการเข้ามามีส่วนร่วมของผู้เสียหายในการพิจารณาคดีได้ นั่นคือ นิยามคำจำกัดความคำว่าผู้เสียหายภายใต้กรอบของศาลอาญาระหว่างประเทศ เพราะสิทธิการเข้ามามีส่วนร่วมมิใช่เกิดขึ้นโดยอัตโนมัติ³⁰¹

ก. นิยามคำจำกัดความคำว่า ผู้เสียหาย ภายใต้กรอบศาลอาญาระหว่างประเทศ

เงื่อนไขประการแรกสำหรับการเข้ามามีส่วนร่วมได้กำหนดไว้ชัดเจนในในกฎข้อที่ 85 แห่งระเบียบว่าด้วยวิธีพิจารณาความฯ (RPE) ซึ่งระบุชัดเจนว่าผู้เข้ามามีส่วนร่วมในการพิจารณาคดีจะต้องได้รับการรับรองว่าเป็นผู้เสียหาย ในขณะที่ธรรมนูญกรุงโรมฯ ไม่ได้บัญญัตินิยามความหมายคำว่าผู้เสียหายไว้ดังเช่นใน ระเบียบว่าด้วยวิธีพิจารณาความและพยานหลักฐาน (RPE) ซึ่งให้คำจำกัดความไว้ดังนี้

“เพื่อให้เป็นไปตามวัตถุประสงค์แห่งธรรมนูญนี้และระเบียบว่าด้วยวิธีพิจารณา ความ และพยานหลักฐาน

- i. ผู้เสียหาย หมายถึง บุคคลธรรมดาที่ได้รับความเสียหาย อันตรายจาก ผลแห่งการก่ออาชญากรรมภายใต้เขตอำนาจแห่งศาลนี้หรือ
- ii. ผู้เสียหาย ให้หมายรวมถึง องค์กร หรือ สถาบันที่ได้รับความเสียหาย โดยตรงต่อตัวทรัพย์สิน”³⁰²

³⁰⁰ Rule 88 of the ICC (RPE).

³⁰¹ Miriam Cohen, Victim's Participation Rights within the International Criminal Court: A Critical Overview, DENV. J. INT'L L. & POL'Y VOL. 37:3, p.366.

เมื่อพิจารณาจะเห็นได้ว่านิยามคำว่าผู้เสียหายภายใต้ศาลอาญาระหว่างประเทศให้คำจำกัดความค่อนข้างกว้างและไม่ระบุชัดเจนซึ่งอาจเป็นเหตุให้มีผู้เสียหายเป็นจำนวนมากยื่นคำร้องขอเข้ามามีส่วนร่วมในคดี ซึ่งก็นับเป็นข้อดีในเบื้องต้นสำหรับผู้หญิงจำนวนมากที่ตกเป็น ผู้เสียหายและประสงค์จะเข้าร่วมคดี อย่างไรก็ตามประเด็นนี้อาจเป็นเหตุให้ศาลจำเป็นต้องใช้ความระมัดระวังและเคร่งครัดมากขึ้นในการพิจารณาคำร้องขอเข้าร่วมคดีจากผู้เสียหายจำนวนมากมาย จึงทำให้ศาลต้องพิจารณาให้แน่ใจว่าจะอนุญาตให้เข้าร่วมหรือไม่³⁰³

ข. บทบัญญัติรับรองการมีส่วนร่วมของผู้เสียหาย

บทบัญญัติแห่งธรรมนูญกรุงโรมฯยอมรับถึงสิทธิของผู้เสียหาย หรือ ผู้รอดชีวิต จากอาชญากรรมในการเข้ามามีส่วนร่วมในระหว่างการพิจารณาคดีและกระบวนการยุติธรรมทางศาล ไม่ว่าจะกระทำด้วยตนเอง หรือ กระทำผ่านทางผู้แทนทางกฎหมายของผู้เสียหายเอง ศาลจะอนุญาตให้ผู้เสียหายหรือผู้แทนทางกฎหมายของผู้เสียหายแสดงความเห็นและข้อกังวลของตนซึ่งอาจมีผลกระทบต่อส่วนได้เสียของผู้เสียหายได้ในขั้นตอนกระบวนการพิจารณา³⁰⁴ โดยในระเบียบว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีความฯ (RPE) ได้กล่าวขยายบทบัญญัติที่เป็นสารบัญญัติในธรรมนูญกรุงโรมฯไว้อย่างละเอียดถึงบทบาทและขั้นตอนการเข้ามามีส่วนร่วมของผู้เสียหายในคดีโดยกำหนดขั้นตอนการมีส่วนร่วมของผู้เสียหายและตัวแทนผู้เสียหายซึ่งสรุปขั้นตอนสำคัญได้ดังนี้

1. ขั้นตอนในการยื่นคำร้องจากผู้เสียหาย

เพื่อให้ผู้เสียหายได้แสดงออกถึงความคิดเห็นและข้อกังวลต่างๆ ผู้เสียหายสามารถยื่นคำร้องขอมีส่วนร่วมในการพิจารณาคดีไปยังฝ่ายทะเบียน และฝ่ายทะเบียนจะนำคำร้องดังกล่าวไปให้คณะพิจารณาคดีพิจารณา ฝ่ายทะเบียนจะต้องทำสำเนาคำร้องดังกล่าวแล้วส่งให้อัยการ และจำเลยรับทราบเพื่อตอบกลับมายังคณะพิจารณาคดีภายในเวลาที่กำหนด คณะพิจารณาคดีมีอำนาจในการพิจารณาอนุญาตหรือไม่อนุญาตการมีส่วนร่วมของผู้เสียหายตามความเหมาะสม

³⁰² Rule 85 of ICC (RPE).

³⁰³ Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, ICC-01/04-01/06-1136, Application for Leave to Appeal Trial Chamber I's 18 January 2008 Decision on Victim's Participation, Introduction (Jan.28,2008)

³⁰⁴ Article 68 of Rome Statute.

คณะพิจารณาคดีจะพิจารณาคำร้องดังกล่าวโดยอาศัยหลักเกณฑ์ตามมาตรา 68 วรรค 3 แห่งธรรมนูญกรุงโรมฯ หากองค์ประกอบของความเป็นผู้เสียหายไม่เข้าเงื่อนไขใดๆ คณะพิจารณาคดีจะยกคำร้องขอนั้นแต่ไม่ตัดสิทธิผู้เสียหายในการยื่นคำร้องขอใหม่อีกครั้ง

การยื่นคำร้องของผู้เสียหาย อาจกระทำโดยตัวแทนของผู้เสียหายหรือบุคคลใดๆ ที่ได้รับความยินยอมจากผู้เสียหาย โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีผู้เสียหายเป็นเด็ก บุคคลไร้ความสามารถ หรือกรณีจำเป็นอื่นๆ

ในกรณีมีการยื่นคำร้องของผู้เสียหายหลายราย คณะพิจารณาคดีอาจทำการพิจารณาและวินิจฉัยรวมกันไปคราวเดียวเพื่อรับประกันความมีประสิทธิภาพของกระบวนการพิจารณาคดี³⁰⁵

2. ขั้นตอนการแต่งตั้งตัวแทนของผู้เสียหาย³⁰⁶

ผู้เสียหายมีอิสระในการเลือกตัวแทนของตน

ในกรณีมีผู้เสียหายหลายรายและเพื่อประโยชน์และความจำเป็นแห่งการพิจารณาคดี คณะพิจารณาคดีอาจแต่งตั้งตัวแทนหรือผู้แทนสำหรับผู้เสียหายทุกคนไปพร้อมกัน โดยให้ฝ่ายทะเบียนเป็นผู้สรรหา

ในกรณีที่ผู้เสียหายไม่อาจเลือกตัวแทน หรือผู้แทน ได้ภายในเวลาที่กำหนด คณะพิจารณาคดีอาจร้องขอให้ฝ่ายทะเบียนเป็นผู้สรรหา คณะพิจารณาคดีและฝ่ายทะเบียนจะต้องพึงใช้มาตรการและขั้นตอนที่เหมาะสมในการคัดเลือกตัวแทนหรือผู้แทนของผู้เสียหายโดยตัวแทนที่ได้รับการสรรหาจะต้องไม่มีผลประโยชน์ขัดแย้งกับส่วนได้เสียของผู้เสียหายแต่ละรายตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 68 วรรค 1 ฝ่ายทะเบียนอาจให้ความช่วยเหลือทางการเงินในการจ่ายค่าตอบแทนแก่ตัวแทนผู้เสียหายที่ศาลแต่งตั้ง หากได้ความว่าผู้เสียหายขาดแคลนทุนทรัพย์

3. บทบาทของตัวแทนผู้เสียหายในกระบวนการพิจารณาคดี³⁰⁷

ตัวแทนของผู้เสียหายมีสิทธิเข้าร่วมในระหว่างพิจารณาคดี โดยให้ปฏิบัติสอดคล้องกับบทบัญญัติของคณะพิจารณาคดี เว้นแต่กรณีมีพฤติการณ์พิเศษ คณะพิจารณาคดีอาจให้ตัวแทนของผู้เสียหายทำบันทึกข้อสังเกตเป็นลายลักษณ์อักษรส่งให้แก่ศาลโดยไม่ต้องเข้าร่วมการ

³⁰⁵ Rule 89 of ICC (RPE).

³⁰⁶ Rule 90 of ICC (RPE).

³⁰⁷ Rule 91 of ICC (RPE).

พิจารณาคดีก็ได้ โดยอัยการและจำเลยจะได้รับอนุญาตจากศาลในการให้การหรือซักถามถ้อยคำหรือบันทึกข้อสังเกตของตัวแทนผู้เสียหายได้

ในกรณีตัวแทนผู้เสียหายประสงค์จะซักถามพยานต่างๆทุกประเภทในระหว่างพิจารณาคดี ตัวแทนผู้เสียหายจะต้องยื่นคำร้องขอต่อคณะพิจารณาคดี คณะพิจารณาคดีอาจให้ตัวแทนผู้เสียหายจัดทำทำสรุปรายละเอียดแห่งคำถามและส่งให้อัยการ หรือหากศาลเห็นสมควรอาจอนุญาตให้จำเลยภายในระยะเวลาที่กำหนดทำบันทึกข้อสังเกตต่อคำถามดังกล่าวได้

คณะพิจารณาคดีสามารถออกกฎเกณฑ์ต่างๆในขณะพิจารณาคดี โดยเข้าไปเกี่ยวข้องกับทุกขั้นตอนของการพิจารณาคดี ไม่ว่าจะเป็นเรื่องสิทธิของจำเลย ส่วนได้เสียของพยาน ความยุติธรรม เป็นกลางและความรวดเร็วของการพิจารณาคดี เพื่อให้เป็นไปตามบทบัญญัติแห่งมาตรา 68 การออกกฎเกณฑ์ต่างๆของคณะพิจารณาคดีอาจรวมถึงการควบคุมกำกับดูแลคู่ความในขณะพิจารณาคดีทั้งในการตั้งคำถามและการนำเอกสารต่างๆเข้ามาในการพิจารณาคดีหากคณะพิจารณาคดีเห็นสมควร อาจทำการซักถามพยาน พยานผู้เชี่ยวชาญ หรือจำเลย ในนามของตัวแทนผู้เสียหายก็ได้

4. ขั้นตอนการแจ้งเรื่องราวให้ผู้เสียหายและตัวแทน

ให้มีการแจ้งเรื่องราวตลอดการพิจารณาคดีแก่ผู้เสียหายและตัวแทนของผู้เสียหาย ศาลจะต้องแจ้งให้ผู้เสียหายทราบถึงคำวินิจฉัยของอัยการในการไม่ทำการสอบสวนหรือการไม่สั่งฟ้องคดี³⁰⁸ และจะต้องมีการแจ้งเรื่องราวดังกล่าวแก่ผู้เสียหายและตัวแทนของผู้เสียหายที่เข้าร่วมกระบวนการพิจารณาคดีเสมอ รวมถึงอาจแจ้งเรื่องราวต่อบุคคลที่เข้าร่วมการพิจารณาคดีเพื่อตอบคำถามต่อศาล โดยศาลจะต้องแจ้งให้ผู้เสียหายทราบเกี่ยวกับคำวินิจฉัยต่างๆ รวมทั้งการยืนยันข้อหาฐานความผิดแก่จำเลย การแจ้งเรื่องดังกล่าวอาจแจ้งให้ตัวแทนผู้เสียหายทราบแทนก็ได้แต่บุคคลที่ได้รับการแจ้งเรื่องจะต้องมีส่วนเกี่ยวข้องและเข้าร่วมการพิจารณาคดีเพื่อตอบคำถามต่อศาล ผู้เสียหายหรือตัวแทนที่เข้าร่วมในการพิจารณาคดี มีสิทธิได้รับแจ้งเรื่องราวจากฝ่ายทะเบียนเพื่อทราบขั้นตอนพิจารณาคดีต่างๆภายในระยะเวลาที่เหมาะสม อันได้แก่การพิจารณาคดีต่อศาล วันที่พิจารณาคดี การเลื่อนพิจารณาคดี วันที่ศาลมีคำวินิจฉัย คำร้อง การยื่นคำคู่ความ คำให้การ เอกสารต่างๆที่เกี่ยวกับข้อกับคำร้อง การยื่นคำคู่ความ คำให้การ ในกรณีที่ตัวแทนของผู้เสียหายเข้าร่วมเฉพาะบางขั้นตอนของการพิจารณาคดี ฝ่ายทะเบียนจะต้องแจ้งเรื่องราวให้ตัวแทนผู้เสียหายทราบโดยเร็วถึงคำวินิจฉัยต่างๆการแจ้งเรื่องราวต้องกระทำเป็นลายลักษณ์อักษรหรือวิธีการที่เหมาะสมหากไม่สามารถกระทำได้ ฝ่ายทะเบียนจะต้องเก็บข้อมูลการแจ้งเรื่องราวต่างๆไว้ ในกรณีจำเป็นฝ่าย

³⁰⁸ Article 53 of the Rome Statute.

ทะเบียนอาจขอความร่วมมือจากรัฐภาคีได้ ฝ่ายทะเบียนจะต้องใช้มาตรการที่เหมาะสมในการเผยแพร่ ออกไปซึ่งการแจ้งเรื่องราวขั้นตอนพิจารณาคดี โดยอาจขอความร่วมมือจากรัฐภาคีที่เกี่ยวข้อง หรือ องค์การที่มีใช้รัฐบาลของรัฐนั้น³⁰⁹ นอกจากนี้คณะพิจารณาคดีจะต้องรับฟังข้อเสนอแนะความคิดเห็น ของผู้เสียหายและตัวแทนของผู้เสียหายที่เข้าร่วมการพิจารณาคดี³¹⁰

4.4 กรณีศึกษาคดีในศาลอาญาระหว่างประเทศปัจจุบัน

เพื่อประโยชน์ของการศึกษาหัวข้อวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ ผู้จัดทำขอเสนอคดีตัวอย่าง ที่เกิดขึ้นในกระบวนการพิจารณาคดีแห่งศาลอาญาระหว่างประเทศ(ICC) ซึ่งสะท้อนการคุ้มครอง ผู้เสียหายที่เป็นผู้หญิง ซึ่งในตอนนี้จะขอเสนอคดีพิพาท ระหว่างอัยการ (โจทก์) และนาย THOMAS LUBANGA DYILO (จำเลย) (THE PROSECUTOR v. THOMAS LUBANGA DYILO)

สถานการณ์ในประเทศ: สาธารณรัฐประชาธิปไตยคองโก

คดีหมายเลขที่: ICC-01/04-01/06

วันที่: 14 มีนาคม ค.ศ. 2012

คดีอยู่ระหว่างขั้นตอนพิจารณา โดย: คณะพิจารณาคดี 1 (Trial Chamber 1)

ข้อเท็จจริงในคดีเกี่ยวกับการกระทำผิดต่อผู้เสียหายที่เป็นผู้หญิง³¹¹

เพื่อให้เป็นไปตามบทบัญญัติมาตรา 74 แห่งธรรมนูญกรุงโรมศาลอาญาระหว่างประเทศ เมื่อวันที่ 29 กรกฎาคม 2007 คณะพิจารณาคดีชั้นไต่สวนมูลฟ้อง(Pre-Trial Chamber) ได้มีคำ

³⁰⁹ Rule 92 of ICC (RPE).

³¹⁰ Rule 93 of ICC(RPE).

³¹¹ หมายเหตุ: คดีนี้มีผู้เสียหายที่เป็นผู้หญิง รวมทั้งเด็กผู้หญิงที่ถูกกระทำรุนแรงทางเพศ

วินิจฉัยในการยืนยันข้อหาของจำเลย³¹² โดยปรากฏว่ามีพยานหลักฐานที่เพียงพอที่จะเชื่อได้ว่า จำเลยกระทำความผิดดังนี้

นาย Thomas Lubanga Dyilo จะต้องรับผิดชอบในฐานะเป็นผู้กระทำความผิดข้อหา enlisting and conscripting หรือ ระดมกำลังและออกคำสั่งให้เด็กอายุต่ำกว่า 15 ปีเข้ามาใน FPLC (Force Patriotique pour la Liberation du Congo) และใช้ให้เด็กเหล่านั้นเข้าร่วมต่อสู้กับฝ่ายตรงข้าม (ในจำนวนกลุ่มเด็กเหล่านั้นรวมทั้งเด็กที่เป็นผู้หญิงด้วย) อันมีความผิดต่อกฎหมายการขัดกันด้วยอาวุธระหว่างประเทศฐานการเรียกเกณฑ์หรือขึ้นบัญชีเด็กที่อายุต่ำกว่าสิบห้าปี เข้าร่วมในกองทัพ หรือการใช้เด็กเหล่านี้ให้มีส่วนร่วมอย่างแท้จริงในความเป็นปฏิปักษ์ (มาตรา 8(2)(b)(xxvi) and 25(iii)(a) แห่งธรรมนูญกรุงโรมฯ) เริ่มกระทำความผิดตั้งแต่วันที่เดือนกันยายน 2002 ไปจนถึง 2 มิถุนายน 2003³¹³

นอกจากนี้ ศาลยังพบว่าจำเลย กระทำผิดฐานเกณฑ์และระดมพลเด็กอายุต่ำกว่าสิบห้าปี เข้ามาใน FPLC และ ใช้ให้เด็กเหล่านั้นเข้าร่วมต่อสู้กับฝ่ายตรงข้าม อันมีความผิดต่อกฎหมายที่ใช้บังคับกับการขัดกันด้วยอาวุธที่มีได้มีลักษณะระหว่างประเทศฐานการเรียกเกณฑ์หรือขึ้นบัญชีเด็กที่อายุต่ำกว่าสิบห้าปี เข้าร่วมในกองทัพ หรือการใช้เด็กเหล่านี้ให้มีส่วนร่วมอย่างแท้จริงในความเป็นปฏิปักษ์ (มาตรา 8(2)(e)(vii) แห่งธรรมนูญกรุงโรมฯ) เริ่มกระทำความผิดตั้งแต่วันที่ 2 มิถุนายน ถึง 13 สิงหาคม 2003³¹⁴

ในที่นี้จะขอศึกษาภายใต้กรอบประเด็นห้าประการดังต่อไปนี้

³¹² Decision on the confirmation of charges, 29 January 2007, ICC-01/04-01/06-796-Conf-tEN, ICC-01/04-01/06-803-tEN.

³¹³ ICC-01/04-01/06-803-tEN, p. 158

³¹⁴ ICC-01/04-01/06-803-tEN, p.157 ,ICC-01/04-01/06-803-tEN, p. 158.

4.4.1 สิทธิในการเข้าสู่กระบวนการยุติธรรม และสิทธิการมีส่วนร่วมของผู้เสียหายในคดี

(เนื่องจากการเข้าสู่กระบวนการยุติธรรมของผู้เสียหายในคดีมีความสัมพันธ์กับบทบาทการเข้ามามีส่วนร่วมของผู้เสียหาย จึงขอทำการศึกษาแนวปฏิบัติของศาลไปพร้อมกันเพื่อให้เห็นแนวทางปฏิบัติของศาลได้อย่างชัดเจนตามความเป็นจริง)

ในการฟ้องคดีนี้เริ่มฟ้องโดยสำนักงานอัยการ ทางพนักงานอัยการได้เชิญพยานปากแรกมาสืบพยานภายหลังจากที่คู่ความและตัวแทนของผู้เสียหายได้เสร็จสิ้นการแถลงเปิดคดีมีการเชิญพยานมาเบิกความรวมทั้งตัวแทนของผู้เสียหายในคดี ในการสืบพยานหลักฐานชั้นพิจารณาคดี (Trial Chamber) ปรากฏว่ามีการเรียกตัวผู้เสียหายจำนวน 3 คนมาเป็นพยานในคดีด้วย โดยตัวแทนผู้เสียหายเป็นผู้ยื่นคำร้องขอโดยมาตรา 68(3) เป็นกฎหมายสารบัญญัติอันเป็นมาตราหลักที่กำหนดการมีส่วนร่วมของผู้เสียหายในคดี ผู้เสียหายย่อมมีสิทธิในการเข้าร่วมและนำพยานหลักฐานของตนเสนอต่อศาลได้ นอกจากนี้ยังสามารถซักถามพยาน ให้ถ้อยคำต่อศาลด้วยวาจาและยื่นเอกสารต่างๆได้ โดยจะคอยได้รับความช่วยเหลือจากตัวแทนของผู้เสียหายอยู่ตลอด อย่างไรก็ตามในการวินิจฉัยเรื่องการมีส่วนร่วมของผู้เสียหาย คณะพิจารณาคดีได้วางแนวทางหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการให้ผู้เสียหายมีส่วนร่วมในขณะพิจารณาคดีเอาไว้ แต่ต่อมาคณะพิจารณาคดีอุทธรณ์คำวินิจฉัยได้ตัดสินยอมรับในบางหลักการแต่มีบางส่วนที่ได้กลับคำวินิจฉัยของคณะพิจารณาคดีไป³¹⁵ อันจะสรุปได้ดังนี้

ก. ศาลได้ตระหนักถึงสถานการณ์ความรุนแรงปัจจุบันในประเทศ DRC และความยากลำบากต่างๆในการได้มาซึ่งเอกสารสำเนาทางการต่างๆ ดังนั้น ผู้ยื่นคำร้องอาจยืนยันความมีตัวตน และข้อมูลสำคัญต่างๆทั้งโดยวิธีการแสดงเอกสารที่เป็นทางการและไม่เป็นทางการประกอบกัน

³¹⁵The Appeals of The Prosecutor and The Defense against Trial Chamber I's Decision on Victims' Participation of 18 January 2008, 11 July 2008, ICC-01/04-01/06-1432.

ข. การมีส่วนร่วมของผู้เสียหายในชั้นพิจารณาคดีจะต้องให้ความสำคัญและปฏิบัติตามระเบียบว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีฯ ในกฎข้อที่ 89 (1) เฉพาะบุคคลที่ได้รับผลกระทบความเสียหายและอันตรายอันเกิดจากอาชญากรรมเท่านั้น จึงจะถือว่าเป็นผู้เสียหายในคดี ผู้ร้องจะต้องแสดงมาในคำร้องถึงความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผลของจำเลยรวมทั้งองค์ประกอบของความเป็นผู้เสียหายให้ศาลเห็น โดยผู้ร้องจะต้องบรรยายมาในแบบฟอร์มเอกสารที่ใช้ยื่นคำร้องต่อศาล

ค. ตามมาตรา 68(3) แห่งธรรมนูญกรุงโรมฯ ผู้เสียหายจะต้องแสดงให้ศาลเห็นว่าตนได้รับผลกระทบอันมีส่วนได้เสียในคดีหากมีการพิจารณาคดีที่เกี่ยวข้องกับตน จึงมีความจำเป็นที่จะต้องร้องขอต่อศาลให้อนุญาตให้ตนได้แสดงความคิดเห็นและข้อกังวลต่างๆที่อาจเกิดขึ้นในระหว่างการพิจารณาคดี โดยศาลจะอนุญาตให้ตามความเหมาะสมแห่งคดีและต้องไม่กระทำให้เป็นการเสื่อมเสียหรือขัดแย้งกับสิทธิต่างๆของจำเลยในการพิจารณาคดีอย่างเป็นธรรมและไม่มีอคติ

ง. การเข้าร่วมดังกล่าวจะได้รับการวินิจฉัยโดยอาศัยประเด็นแห่งพยานหลักฐานต่างๆ ผู้เสียหายที่ประสงค์จะมีส่วนร่วมจะต้องร่างคำร้องยื่นมายังศาลโดยแจ้งความจำนงถึงเนื้อหาสาระรายละเอียดและวัตถุประสงค์ที่ร้องขอเข้ามาในการพิจารณาคดี

จ. ผู้เสียหายอาจร้องขอให้คณะพิจารณาคดีใช้อำนาจและออกคำสั่งในการเรียกกรังให้มีการพิจารณาข้อมูลสำคัญทุกประเภทที่เกี่ยวข้องเพื่อแสวงหาความจริงเพื่อประโยชน์แก่การวินิจฉัยคดีและในการนั้นพยานหลักฐานที่เสนอโดยผู้เสียหายจะต้องเกี่ยวข้องกับการพิสูจน์ความผิดหรือความบริสุทธิ์ของจำเลย โดยจะต้องกระทำตามความเหมาะสม โดยผู้เสียหายอาจยื่นแสดงพยานหลักฐาน การตรวจพยานหลักฐานและโต้แย้งการรับฟังซึ่งพยานหลักฐานใดๆในระหว่างพิจารณาคดีได้ トラบเท่าที่อยู่ภายใต้เงื่อนไขดังนี้

1. ผู้เสียหายต้องยื่นแสดงความจำนงในแบบฟอร์มคำร้อง
2. ต้องส่งสำเนาคำร้องนั้นให้คู่ความในคดี
3. ผู้เสียหายที่ยื่นคำร้องขอต้องมีส่วนได้เสียจากผลกระทบของพยานหลักฐานดังกล่าว

4. ต้องปฏิบัติตาม พันธกรณีในการเปิดเผยข้อมูลและพันธกรณีในการปฏิบัติ ตามคำสั่งคุ้มครองต่างๆ(ถ้ามี)
5. คณะพิจารณาคดีจะเป็นผู้วินิจฉัยในการอนุญาตผู้เสียหายตามความ เหมาะสม
6. การเข้ามามีส่วนร่วมจะต้องสอดคล้องกับสิทธิต่างๆของจำเลยในการได้รับ การพิจารณาคดีอย่างเป็นธรรม

ฉ. ผู้เสียหายมีสิทธิที่เข้าร่วมในขณะพิจารณาคดีโดยเปิดเผยต่อสาธารณะและมีสิทธิ ที่จะยื่นส่งเอกสารต่างๆระหว่างพิจารณาคดีได้

ช. ผู้เสียหายที่ไม่ระบุชื่อและตัวตน(นิรนาม) อาจเข้าร่วมการพิจารณาคดีนี้ได้เช่นกัน อย่างไรก็ตาม สิทธิในการเข้าร่วมโดยไม่เปิดเผยชื่อดังกล่าวอาจถูกจำกัด โดยคณะพิจารณาอาจร้อง ขอให้ผู้เสียหายระบุชื่อและตัวตนก็ได้

โดยศาลได้วินิจฉัยโดยสรุปว่า ศาลพิจารณาคดีด้วยเหตุผลหลายประการ ทั้งด้าน ความปลอดภัย สภาพจิตใจที่เลวร้ายเมื่อคณะพิจารณาคดีได้พิจารณาคดีที่ข้อสังเกตและข้อโต้แย้ง ต่างๆจากคู่ความภายหลังที่คู่ความได้รับสำเนาคำร้องขอเข้าร่วมการพิจารณาคดีของผู้เสียหายแล้ว อีกทั้งเมื่อคณะพิจารณาคดีได้ตรวจสอบรายงานที่จัดเตรียมโดยแผนกรับผิดชอบการมีส่วนร่วมของผู้เสียหายและการชดใช้เยียวยา (the Victims Participation and Reparations Section) อันเป็น หน่วยงานที่จัดตั้งขึ้นภายใต้ข้อบังคับแห่งศาล³¹⁶ ศาลกล่าวโดยสรุปภายหลังที่ได้พิจารณาคดีที่ เอกสารและข้อเท็จจริงต่างๆ โดยมีหลักฐานเบื้องต้นที่ศาลควรเชื่อได้ว่ามีความเกี่ยวพันเชื่อมโยง ระหว่างการกระทำผิดของจำเลยและความเสียหายที่เกิดขึ้นแก่ผู้เสียหาย อย่างไรก็ตาม ในข้อบังคับ ดังกล่าวนั้น ศาลจะนำมาใช้ทุกครั้งโดยพิจารณาเป็นกรณีไปโดยคำนึงถึงส่วนได้เสียของผู้เสียหายในแต่ ละคดีเป็นสำคัญ อาทิ การพิจารณาถึงความสัมพันธ์ระหว่างข้อกล่าวหาต่อจำเลยกับอันตรายที่ ผู้เสียหายได้รับ ผลประโยชน์ส่วนได้เสียของบุคคลที่เป็นผู้เสียหาย และการตั้งข้อกล่าวหาฐานกระทำ ความผิดแก่จำเลย สำหรับจำนวนผู้เสียหายที่ได้รับอนุญาตจากศาลให้เข้าร่วมการพิจารณาคดีในคดีนี้ มีทั้งสิ้น 129 คน แบ่งเป็นผู้หญิง 34คนและผู้ชาย 95 คน ซึ่งจะเห็นว่าจำนวนผู้หญิงน้อยกว่าผู้ชายอยู่ มาก ทั้งๆที่จากข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นมีผู้เสียหายที่เป็นผู้หญิงมากกว่านี้ นั่นอาจมองได้ว่าผู้หญิงบางกลุ่ม มีความกลัวและไม่มั่นใจที่จะเข้าร่วมในการพิจารณาคดีด้วยเหตุผลหลายๆประการ ทั้งด้านความ

³¹⁶ Regulation 86(5) of the Regulations of the Court (ICC).

ปลอดภัย สภาพจิตใจที่เลวร้ายสำหรับในคดีนี้มีผู้เสียหายจำนวน 129 คน กล่าวอ้างว่าได้รับความเสียหายจากการที่จำเลยเกณฑ์และระดมพลเด็กที่อายุต่ำกว่า 15 ปี เข้าร่วมต่อสู้กับฝ่ายตรงข้าม แต่ก็มีผู้เสียหายอีกจำนวนมากกล่าวอ้างว่าตนได้รับความทุกข์ทรมานอันเป็นผลมาจากการกระทำความผิดอาญารฐานอื่นๆที่นอกเหนือจากฐานความผิดที่กล่าวหาแก่จำเลย เช่น การกระทำรุนแรงทางเพศ การทรมานหรือกระทำให้เจ็บป่วยในรูปแบบอื่นๆ อันจะเห็นได้ว่าความผิดอาญารฐานอื่นๆนอกจากนี้ไม่อยู่ในฐานความผิดที่กล่าวหาจำเลย³¹⁷

4.4.2 สิทธิในการได้รับการเยียวยา

คณะพิจารณาคดียอมรับถึงหลักกฎหมายสิทธิมนุษยชนทั้งในระดับสากลและภูมิภาคเพื่อใช้เป็นแนวทางกำหนดการเยียวยา รวมทั้งตราสารระหว่างประเทศที่สำคัญคือ หลักการแห่ง UN Basic Principles³¹⁸, The Declaration of Basic Principles of Justice for Victims of Crimes³¹⁹ และ The Nairobi Declaration³²⁰ และผู้เสียหายจะต้องหมายถึงบุคคลคนเดียว หรือกลุ่มบุคคลผู้ประสบภัยอันตราย ความรุนแรง ทั้งโดยทางตรงและทางอ้อม ไม่ว่าจะเป็นในรูปแบบอันตรายทางกายหรือทางจิตใจ อารมณ์ความรู้สึก หรือการสูญเสียทางเศรษฐกิจ

นอกจากนี้ยังให้สิทธิผู้เสียหายเข้ามามีบทบาทในการพิจารณาแนวทางการเยียวยา โดยผู้เสียหายอาจยื่นคำร้องขอต่อคณะพิจารณาคดีในระหว่างการพิจารณาคดีเกี่ยวกับการแสดงพยานหลักฐานที่เกี่ยวข้องต่อการชดเชยเยียวยา ภายใต้กฎข้อที่ 56 แห่งข้อบังคับศาล (Regulations of the Court)³²¹

³¹⁷The Appeals of The Prosecutor and The Defense against Trial Chamber I's Decision on Victims' Participation of 18 January 2008, 11 July 2008, ICC-01/04-01/06-1432.

³¹⁸"Un Declaration of Basic Principles of Justice for Victims of Crime and Abuse of Power."

³¹⁹"Un Basic Principles and Guidelines on the Right to a Remedy and Reparation for Victims of Gross Violations of International Human Rights Law and Serious Violations of International Humanitarian Law."

³²⁰"The Nairobi Declaration on the Rights of Women and Girls to a Remedy and Reparation."

³²¹Regulation 56 of the Regulations of the Court (ICC)

“องค์คณะพิจารณาคดีจะต้องรับฟังและพิจารณาพยานหลักฐานเพื่อทำการเยียวยาตามบทบัญญัติแห่ง มาตรา 75 แห่งธรรมนูญกรุงโรมศาลอาญาระหว่างประเทศ”.

สำหรับขอบเขตและรูปแบบในการเยียวยานั้น เปิดโอกาสให้กลุ่มผู้เสียหายยื่นคำร้องขอเยียวยาเข้ามาได้พร้อมกันโดยศาลจะเป็นผู้พิจารณาคำร้องนั้น³²² และศาลสามารถวินิจฉัยกำหนดการเยียวยาให้ได้แก่ทั้งปัจเจกบุคคลและกลุ่มผู้เสียหาย รูปแบบการเยียวยาให้เป็นไปตามมาตรา 75 แห่งธรรมนูญกรุงโรมฯ และต้องมีการคำนึงถึงประเด็นความอ่อนไหวทางเพศในการวินิจฉัยรูปแบบการเยียวยาแก่ผู้เสียหายด้วย รวมถึงบุคคลใกล้ชิดที่เกี่ยวข้องกับผู้เสียหายไม่ว่าจะเป็นครอบครัว ญาติพี่น้อง คณะพิจารณาคดีได้กำหนดรูปแบบการเยียวยาไว้ กล่าวคือ

ก. การชดใช้ (Restitution)

ต้องมีการชดใช้แก่ผู้เสียหายเท่าที่จะกระทำได้ ไม่ว่าจะเป็นการทำให้ผู้เสียหายกลับคืนสู่สภาพเดิมเสมือนก่อนเกิดอาชญากรรม ดังเช่น การส่งผู้เสียหายกลับคืนสู่บ้านและพบเจอครอบครัว การคืนอาชีพ การให้กลับไปศึกษาต่อ การคืนทรัพย์สินหายที่ถูกขโมยไป นอกจากนี้การชดใช้ยังหมายถึงการกระทำต่อนิติบุคคลสถาบันต่างๆ เช่น การสร้างโรงเรียนคืน หรือ สถาบันอื่นๆ

ข. การจ่ายค่าเสียหาย (Compensation)

การจ่ายค่าเสียหายจะนำมาเยียวยาชดเชยต่อเมื่อความเสียหายนั้นประเมินได้ และเป็นจำนวนที่เหมาะสมได้สัดส่วนกับความเสียหายที่เกิดขึ้น การเยียวยาโดยวิธีจ่ายค่าเสียหายต้องสอดคล้องกับหลักกฎหมายสิทธิมนุษยชนและตราสารระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้อง โดยความเสียหายที่เกิดขึ้นและได้รับการชดเชยนั้นมีทั้งความเสียหายแก่กายและจิตใจ ความเสียหายจากการเสียโอกาสทางการงานหรือการศึกษา ด้านสังคม ด้านศีลธรรม การขาดรายได้ที่พึงได้รับ ค่ารักษาพยาบาล ค่ารักษาการบริการด้านจิตวิทยาและสังคม ซึ่งในคดีนี้พบว่าผู้เสียหายที่เป็นผู้หญิงและผู้ชายได้รับเชื้อเอชไอวีและจำเป็นต้องได้รับความช่วยเหลือโดยเร็ว ซึ่งจะต้องใช้เงินในการเข้ารับการรักษา

ค. การฟื้นฟูสภาพ (Rehabilitation)

การฟื้นฟูให้รวมถึงการรักษาพยาบาลต่างๆ และมาตรการช่วยเหลือทางสังคมโดยมุ่งเยียวยาผลกระทบที่เกิดขึ้นกับเด็กหญิงและเด็กชาย ฟื้นฟูทั้งทางจิตใจและร่างกาย รวมถึงต้องให้เด็กเหล่านี้กลับไปศึกษาต่อ สร้างอาชีพและให้โอกาสบทบาททางสังคมแก่เด็กที่เป็นผู้เสียหาย ทั้งนี้มาตรการฟื้นฟูจะต้องคำนึงถึงความรู้สึกหวาดกลัวและอับอายของเด็กด้วย และพยายามหลีกเลี่ยงไม่ให้กลุ่มเด็กผู้เหล่านี้รู้สึกว่าการตนตกเป็นผู้เสียหายจากอาชญากรรมอีกครั้ง นอกจากนี้ให้มีแผน

³²² Rule 97(1) of ICC(RPE).

เหยี่ยวากลุ่มเด็กที่ถูกบังคับเกณฑ์ให้เป็นทหารโดยร่วมมือกันในระหว่างชุมชนที่อยู่อาศัยของเด็กเหล่านี้ ไม่ว่าจะเป็นการจัดพิธีรำลึกและอุทิศส่วนกุศลแก่ผู้เสียหาย

ง. รูปแบบการเยียวยาอื่นๆ (Other Modalities)

เช่น การร่วมมือกันรณรงค์ให้มีการตระหนักถึงบทบาทของผู้เสียหาย การแจ้งให้ผู้เสียหายทราบถึงผลการดำเนินคดีเอาผิดจำเลย การแสดงหนังสือรับรองถึงประสบการณ์เลวร้ายที่ผู้เสียหายได้รับ การรณรงค์ให้ผู้เสียหายได้รับการศึกษาอีกครั้ง การทำให้สังคมตระหนักถึงความโหดร้ายรุนแรงของอาชญากรรมที่เกิดขึ้น การปรับทัศนคติคนในชุมชนให้ยอมรับบทบาทสถานะของผู้เสียหายที่กลับคืนสู่ชุมชน และต้องมุ่งให้ความสำคัญถึงความรู้สึกของผู้เสียหายที่อับอาย หวาดกลัว ต่อเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นด้วย และต้องป้องกันไม่ให้อับอายกลายเป็นเหยื่ออีกครั้ง โดยเฉพาะผู้เสียหายจากความรุนแรงทางเพศ การทรมาน การลดค่าความเป็นมนุษย์ด้วยวิธีการโหดร้าย นอกจากนี้จำเลยยังต้องออกมาขอโทษอย่างเป็นทางการต่อสาธารณะหรืออาจโดยลับ

จ. การเยียวยาผ่านกองทุนเพื่อผู้เสียหาย (the Trust Fund For Victims)

การเยียวยาโดยวิธีการผ่านกองทุนเพื่อผู้เสียหาย หมายถึงการเยียวยาอีกทางเลือกหนึ่งที่ศาลสามารถเลือกใช้ได้ เพราะคำว่า “ผ่าน”(through) ศาลได้แปลความว่าหมายถึง “วิธีการ”(by means of) นั่นเอง ศาลสามารถมีคำสั่งให้ใช้เงินจากกองทุนมาเยียวยาผู้เสียหายได้ และไม่จำกัดวิธีการเยียวยาเฉพาะในรูปแบบยึดหรืออายัดทรัพย์สินของจำเลยหรือการให้จำเลยนำเงินมาวางไว้ที่กองทุนฯ เพื่อชำระให้แก่ผู้เสียหายเท่านั้น กองทุนฯสามารถใช้เงินของกองทุนฯเองเพื่อใช้เยียวยาผู้เสียหายได้ โดยแหล่งที่มาของเงินจากกองทุนอาจมาจากแหล่งอื่นๆ อาทิ การบริจาคระดมทุนของรัฐสมาชิกเพื่อประโยชน์แก่ผู้เสียหาย โดยได้รับการอนุมัติเห็นชอบจากคณะกรรมการบริหารประจำกองทุนเพื่อผู้เสียหาย หรือ Board of Directors³²³ เพื่อให้มีการจัดหาแหล่งเงินทุนที่เพียงพอต่อการเยียวยา คณะพิจารณาคดีได้ยอมรับแนวทางการเยียวยาผ่านกองทุนฯ ด้วยเงินของกองทุนฯเองว่าจะได้ประโยชน์ในการเยียวยาแก่ผู้เสียหายมากกว่าการบังคับกับจำเลยให้ทำการเยียวยา เพราะสามารถรับประกันได้ว่าจะมีเงินเพียงพอในการช่วยเหลือและลดค่าใช้จ่ายในการดำเนินการเยียวยาได้มากกว่า สำหรับในคดีนี้ มีความจำเป็นที่จะต้องให้การเยียวยาโดยการฟื้นฟูสภาพแก่เด็กที่ถูกเกณฑ์ไปเป็นทหารหรือถูกกระทำทารุณทางเพศ โดยต้องให้ความช่วยเหลือทางการเงินในรูปแบบการออมทรัพย์และกักขังภายในชุมชนซึ่งร่วมมือกับหน่วยงานองค์กรภายในประเทศด้วย

³²³ Regulation 56 of the Trust Fund for Victims; Rule 98 of ICC (RPE).

4.4.3 สิทธิในการได้รับช่วยเหลือและสนับสนุน

มีการปฏิบัติงานของ “แผนกรับผิดชอบการมีส่วนร่วมของผู้เสียหายและการชดใช้เยียวยา (The Victims Participation and Reparations Section: VPRS)” อันเป็นหน่วยงานที่จัดตั้งขึ้นภายใต้ข้อบังคับแห่งศาล³²⁴ โดยให้ความช่วยเหลือผู้เสียหายในการจัดทำแนวทางการเยียวยาและนำเสนอต่อคณะพิจารณาคดี

และมีการแต่งตั้งตัวแทนของผู้เสียหายในการเข้ามามีส่วนร่วมระหว่างพิจารณาคดี นอกจากนี้ยังมีหน่วยงานที่เรียกว่า สำนักงานที่ปรึกษากฎหมายผู้เสียหาย (Office of Public Counsel for Victims: “OPCV”) นอกจากนี้การแสดงความคิดเห็นและข้อกังวลต่างๆของผู้เสียหายหลายคนในคดีเดียวกัน อาจแสดงต่อศาลโดยตัวแทนร่วมของผู้เสียหายเพียงคนเดียวก็ได้ ทั้งนี้เพื่อให้การพิจารณาคดีมีความยุติธรรมและรวดเร็ว

4.4.4 สิทธิในการได้รับมาตรการคุ้มครองพิเศษ

องค์คณะพิจารณาคดียังได้ย้ำหลักการที่สำคัญว่าด้วยเรื่องบุคคลที่มีสองสถานะในคดีเป็นทั้งพยานและผู้เสียหายพร้อมกัน (Dual status) ว่าจะต้องได้รับความคุ้มครองความปลอดภัยเสมอเช่นบุคคลที่มีสถานะเดียวในคดี การที่บุคคลมีสองสถานะในคดีไม่ได้แปลว่าเขาจะได้รับความคุ้มครองที่มากกว่าและเพื่อให้เป็นไปตามกฎแห่งระเบียบว่าด้วยวิธีพิจารณาความข้อที่ 131(2) ผู้เสียหายมีสิทธิที่จะปรึกษาถึงการจัดทำบันทึกขั้นตอนการพิจารณาคดีต่างๆ รวมทั้งดัชนีเอกสารต่างๆ อันเกี่ยวกับข้อจำกัดว่าด้วยเรื่องการรักษาข้อมูลความลับและการคุ้มครองข้อมูลความปลอดภัยภายในประเทศ โดยหลักการนั้น ผู้เสียหายมีสิทธิที่จะเข้าถึงและได้รับการแจ้งเรื่องราวต่างๆเกี่ยวกับเอกสารที่เปิดเผยต่อสาธารณะและเอกสารความลับต่างๆที่เกี่ยวข้องกับตัวผู้เสียหาย(ตามที่ระบุโดยคู่ความ)อย่างไรก็ตามสามารถกระทำได้โดยตลอดตราบเท่าที่ไม่เป็นการละเมิดต่อมาตรการคุ้มครองที่กำหนดขึ้นนอกจากนี้ยังอาจได้รับอนุญาตจากศาลให้เข้าร่วมการพิจารณาคดีที่กระทำโดยลับหรือการพิจารณาคดีโดยฝ่ายเดียวก็ได้(closed or ex parte) หรือ การยื่นเอกสารลับต่าง การยื่นเอกสารฝ่ายเดียว ทั้งนี้ขึ้นอยู่กับพฤติการณ์แห่งคดี

³²⁴ Regulation 86(5) of the Regulations of the Court (ICC)

มาตรการคุ้มครองต่อผู้เสียหายในคดีนี้มีทั้งการใช้มาตรการคุ้มครองในระหว่างพิจารณาคดีได้ อันได้แก่ การตัดทอนเสียงและตัดต่อภาพเพื่อปิดเบื่อนมิให้เห็นหน้าพยานที่แท้จริง รวมทั้งการใช้นามสมมติแทนตัวผู้เสียหายโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อไม่เปิดเผยตัวตนที่แท้จริงของผู้เสียหายอันเนื่องมาจากผู้เสียหายตกอยู่ในสถานะที่เสียเปรียบและอ่อนแอกว่าเนื่องจากปัญหาความขัดแย้งรุนแรงที่ยังคงดำเนินต่อไปในบริเวณพื้นที่อยู่อาศัยในระหว่างพิจารณาคดี ดังนั้น ผู้เสียหายในคดีจำนวน 129 คน จึงมีการเปิดเผยตัวตนที่แท้จริงเพียงแค่ 23 คน ให้ความรู้และมีส่วนร่วมในการพิจารณาคดีที่ราบเท่า นั้น อย่างไรก็ตาม องค์กรพิชารณาคดีได้กล่าวถึงหลักการในการนำมาตรการนี้มาใช้ไว้ว่า:

“...ภาระหน้าที่หลักของศาลที่สำคัญคือจะต้องดูแลให้ความปลอดภัยความมั่นคงในชีวิตแก่ผู้เสียหายที่เข้ามามีส่วนร่วมในการพิจารณาคดี ในขณะที่เดียวกันศาลย่อมตระหนักว่าการเข้ามามีบทบาทส่วนร่วมดังกล่าวจะต้องไม่กระทบสิทธิหรือทำให้เสื่อมไปซึ่งสิทธิขั้นพื้นฐานของจำเลยที่ได้รับหลักประกันว่าการพิจารณาคดีจะต้องดำเนินไปอย่างเป็นธรรม ดังนั้นการที่ศาลจะอนุญาตให้ผู้เสียหายใช้นามสมมติได้หรือไม่นั้น ศาลจะพิจารณาพฤติการณ์ต่างๆอย่างรอบคอบละเอียดรวมทั้งดูความเป็นไปได้แนวโน้มที่อาจกระทบสิทธิแก่คู่ความและบุคคลที่เข้าร่วมการพิจารณาคดี....”

4.4.5 สถานการณ์แห่งคดี ณ ปัจจุบัน

เมื่อวันที่ 10 กรกฎาคม ค.ศ. 2012 นาย Thomas Lubanga Dyilo ถูกตัดสินจากคณะพิจารณาคดี 1 ให้มีความผิดฐานการเรียกเกณฑ์หรือขึ้นบัญชีเด็กที่อายุต่ำกว่าสิบห้าปี เข้าร่วมในกองทัพ หรือการใช้เด็กเหล่านี้ให้มีส่วนร่วมอย่างแท้จริงในความเป็นปฏิปักษ์ (มาตรา 8(2)(e)(vii) แห่งธรรมนูญกรุงโรมฯ) นับแต่วันที่ 1 กันยายน ค.ศ. 2002 ถึง วันที่ 13 สิงหาคม ค.ศ. 2003 คณะพิจารณาคดี 1 พิพากษาให้จำคุกเป็นเวลา 14 ปี โดยให้หักจำนวนระยะเวลาที่เคยถูกกักกันไว้แล้วจากโทษที่ลงทั้งหมด ซึ่ง ณ ขณะนั้น จำเลยได้ถูกควบคุมตัวอยู่ที่ศูนย์กักกัน กรุงเฮก อย่างไรก็ตาม

ดี เมื่อวันที่ 3 ตุลาคม ค.ศ. 2012 นาย Thomas Lubanga ได้ทำการยื่นคำร้องอุทธรณ์คำพิพากษา ลงโทษที่ตัดสินให้มีความผิด และร้องขอให้คณะพิจารณาคดีชั้นอุทธรณ์ยกฟ้องและยกเลิกคำพิพากษา คณะพิจารณาคดี 1 หรือ ขอให้พิจารณาลดโทษจำคุกจำนวน 14 ปี ลงไปอีก อัยการได้ยื่นอุทธรณ์ให้ พิจารณาคดีใหม่เรื่องโทษที่คณะพิจารณาคดีลงไว้ในขณะเดียวกันคู่ความและผู้เข้าร่วมพิจารณาคดี รวมทั้งกองทุนเพื่อผู้เสียหายต่างก็ยื่นหนังสือข้อเสนอแนะของตนเกี่ยวกับกระบวนการพิจารณาคดีว่าด้วยการเยียวยาด้วย³²⁵

จากการศึกษาวิวัฒนาการของการคุ้มครองผู้เสียหายที่เป็นผู้หญิงใน กระบวนการพิจารณาคดีศาลอาญาเฉพาะกิจในอดีตมาจนถึงศาลอาญาระหว่างประเทศปัจจุบัน อาจสรุป คำตอบจากการพิสูจน์ตามสมมติฐานที่กำหนดไว้ในหัวข้อวิทยานิพนธ์นี้ได้ว่า วิวัฒนาการของศาล อาญาระหว่างประเทศในอดีตนับแต่ศาลนูเรมเบิร์กเรื่อยมาจนถึงศาลอาญาเฉพาะกิจ ICTY และศาล ICTR ยังมีข้อบกพร่องหลายประการในการให้ความคุ้มครองปกป้องสิทธิของผู้เสียหายที่เป็นผู้ หญิง อย่างไรก็ตาม ข้อบกพร่องต่างๆเหล่านั้นที่ได้กล่าวไว้แล้วในบทนี้กลับถือเป็นบทเรียนล้ำค่าที่สำคัญเพราะ นำไปสู่การจัดตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศปัจจุบันโดยการบัญญัติธรรมนูญแห่งศาล ระเบียบว่าด้วย วิธีพิจารณาคดี มาตราการเฉพาะแห่งบทบัญญัติ รวมทั้งแนวทางปฏิบัติที่เกี่ยวข้องของศาลที่ได้ ตระหนักและคำนึงถึงการปกป้องคุ้มครองสิทธิของผู้เสียหายที่เป็นผู้หญิงมากขึ้นกว่าเดิมจากในอดีต และมีพัฒนาการด้านการตราบทบัญญัติที่สามารถตีความขยายความคุ้มครองไปถึงผู้เสียหายที่เป็น ผู้หญิงมากยิ่งขึ้น รวมทั้งมีการวางหลักเกณฑ์ในแนวคำพิพากษาที่เป็นบรรทัดฐานชัดเจนมากยิ่งขึ้น กว่าเดิมเกี่ยวกับการมีส่วนร่วมของผู้เสียหายและการเข้าถึงความยุติธรรม รวมทั้งการเยียวยาอย่างมี ประสิทธิภาพอันบังคับได้จริง ซึ่งจะเห็นได้จากคดี Thomas Lubanga ที่ได้กล่าวไว้ นอกจากนี้ยังพิสูจน์ ให้เห็นอีกว่าการปกป้องคุ้มครองสิทธิของผู้เสียหายที่เป็นผู้หญิงควรจะต้องประกอบไปด้วยหลายๆ แนวทางทางพร้อมกัน ทั้งในด้านบทบัญญัติที่เป็นสารบัญญัติและวิธีสบัญญัติ มาตราการเฉพาะ การ ปฏิบัติต่างๆที่เกี่ยวข้อง ซึ่งสมควรอย่างยิ่งที่จะต้องใช้ควบคู่กันไป เพราะอาจไม่สามารถคุ้มครองสิทธิ ของผู้เสียหายที่เป็นผู้หญิงได้ดีเท่าที่ควรเลยหากเลือกใช้เฉพาะแนวทางใดแนวทางหนึ่งในการให้ความ คุ้มครอง ในส่วนของนิยาม ถ้อยคำในตัวบทที่ควรต้องชัดเจนไม่คลุมเครือและวางหลักเกณฑ์ต่างๆ

³²⁵ The Coalition for the International Criminal Court (CICC) webpage at: <http://www.iccnw.org/>.

ชัดเจน เป็นขั้นตอน และปฏิบัติได้จริง นอกจากนี้แนวทางการเสียวยาจะต้องเป็นรูปธรรมชัดเจนและ
เกิดสภาพบังคับที่แท้จริง



จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
CHULALONGKORN UNIVERSITY

จากการศึกษาอาจสรุปพัฒนาการของศาลอาญาเฉพาะกิจในอดีตจนถึงศาลอาญา
ระหว่างประเทศปัจจุบันได้ตามตาราง ดังต่อไปนี้

4.5 ตารางเปรียบเทียบพัฒนาการสะท้อนการคุ้มครองผู้เสียหายที่เป็นผู้หญิงในกระบวนการ คดีของศาลอาญาเฉพาะกิจ (ICTY& ICTR) กับ ศาลอาญาระหว่างประเทศปัจจุบัน (ICC)

ตาราง 1 สิทธิในการเข้าสู่กระบวนการยุติธรรม

หัวข้อ	ICTY	ICTR	ICC
สิทธิในการเข้าสู่กระบวนการยุติธรรม	<ol style="list-style-type: none"> 1. การรับรองสิทธิผู้เสียหายในฐานะพยานในศาล(Rule 105: RPE) 2. การคุ้มครองสิทธิของผู้เสียหายต้องไม่กระทบสิทธิของจำเลยในคดี(Art. 20(1) : Statute) 3. การกำหนดบทบัญญัติว่าด้วยผู้เสียหายและพยาน (Rule 34 :RPE) 4. การจัดตั้งศูนย์ผู้เสียหายและพยาน (Rule 34A (i),(ii),(iii): RPE) 	<ol style="list-style-type: none"> 1. การรับรองสิทธิผู้เสียหายในฐานะพยานในศาล(Rule 105: RPE) 2. การคุ้มครองสิทธิของผู้เสียหายต้องไม่กระทบสิทธิของจำเลย (Art. 20(1) : Statute) 3 .การกำหนดบทบัญญัติว่าด้วยผู้เสียหายและพยาน (Rule 34: RPE)4. การจัดตั้งศูนย์ผู้เสียหายและพยาน (Rule 34A (i),(ii),(iii): RPE) 	<ol style="list-style-type: none"> 1. การให้ความหมายคำว่าเพศ ให้หมายถึงเพศหญิงและเพศชาย(Art. 7(3) : Rome Statute) 2. การให้ผู้เสียหายและพยานเข้าสู่กระบวนการพิจารณาคดี และศาลจะต้องคำนึงถึงปัจจัยต่างๆที่เกี่ยวข้องได้แก่ อายุ เพศความรุนแรงทางเพศ ฯ(Art. 68: Rome Statute) 3. การกำหนดบทบัญญัติว่าด้วยผู้เสียหายและพยาน (Rule 85-99: RPE) 4. การจัดตั้งศูนย์ผู้เสียหายและพยาน(Art.43(6): Rome Statute)

สิทธิในการเข้าสู่กระบวนการยุติธรรม ของทั้งสามศาลนั้น พบว่า ในอดีตศาลอาญาเฉพาะกิจ ให้สิทธิในการเข้าสู่กระบวนการยุติธรรมแก่ผู้เสียหายรวมทั้งผู้เสียหายที่เป็นผู้หญิงน้อยกว่าศาลอาญา ระหว่างประเทศในปัจจุบัน อันเห็นได้จากในศาลอาญาเฉพาะกิจยังไม่มีกรให้ความหมายคำว่า เพศว่า หมายถึงเพศหญิง และในศาลอาญาเฉพาะกิจรับรองสถานะของผู้เสียหายให้เป็นพยานในคดีเท่านั้น อีกทั้งบทบัญญัติที่เกี่ยวกับการคุ้มครองผู้เสียหายในฐานะพยานกำหนดให้ศาลระมัดระวังมิให้กระทบ สิทธิของจำเลยตลอดกระบวนการพิจารณาคดี ในขณะที่ศาลอาญาระหว่างประเทศปัจจุบันเพิ่มความหมายคำว่า เพศให้รวมถึงเพศหญิงและมีบทบัญญัติคุ้มครองผู้เสียหายและพยานในกระบวนการพิจารณาคดีที่กว้างกว่าเดิมและครอบคลุมถึงปัจจัยเกี่ยวกับ เพศ คดีที่เกี่ยวกับการกระทำความรุนแรงทาง เพศ

ในส่วนบทบัญญัติที่เกี่ยวกับผู้เสียหายโดยตรงนั้น พบว่าศาลอาญาเฉพาะกิจในอดีตมี บัญญัติกฎหมายในหมวดว่าด้วยผู้เสียหายและพยานเอาไว้ และ มีการจัดตั้งศูนย์ผู้เสียหายและพยาน ขึ้นภายในศาล ซึ่งพัฒนาการนี้ได้นำไปสู่บทบัญญัติและหน่วยงานดังกล่าวในศาลอาญาระหว่าง ประเทศเช่นกัน แต่ในศาลอาญาระหว่างประเทศจะเพิ่มเติมการคุ้มครองผู้เสียหายในประเด็นความ รุนแรงทางเพศมากขึ้นกว่าในอดีตอย่างไรก็ตาม นับแต่ศาลอาญาเฉพาะกิจจนถึงศาลอาญาระหว่าง ประเทศปัจจุบัน ไม่พบบทบัญญัติที่ปรากฏรับรองการเข้าสู่กระบวนการยุติธรรมของผู้เสียหายโดยตรง

ตาราง 2 สิทธิในการได้รับการเยียวยา

หัวข้อ	ICTY	ICTR	ICC
สิทธิในการได้รับการเยียวยา	<p>1. มีบทบัญญัติกำหนดว่าอาจกระทำการชดใช้แก่ผู้เสียหายโดยคำสั่งของศาลโดยวิธีการคืนทรัพย์สินและการชดใช้ค่าเสียหาย (Rule 105,106 of RPE)</p> <p>2. ยังไม่มีการจัดตั้งกองทุนเพื่อผู้เสียหาย</p>	<p>1. มีบทบัญญัติกำหนดว่าอาจกระทำการชดใช้แก่ผู้เสียหายโดยคำสั่งของศาลโดยวิธีการคืนทรัพย์สินและการชดใช้ค่าเสียหาย (Rule 105,106 of RPE)</p> <p>2. ยังไม่มีการจัดตั้งกองทุนเพื่อผู้เสียหาย</p>	<p>ศาลมีอำนาจกำหนดวิธีการในการเยียวยาแก่ผู้เสียหาย รวมทั้งการชดใช้คืน การจ่ายค่าสินไหมทดแทน และการฟื้นฟูสุขภาพ และศาลอาจมีคำสั่งให้มีการเยียวยาชดใช้ค่าเสียหายกระทำผ่านกองทุนเพื่อผู้เสียหายที่จัดตั้งขึ้นในศาลอาญาระหว่างประเทศนี้ (Art.75 of the Rome Statute; Rules 94,96,97,98(2) of RPE)</p>

สิทธิในการได้รับการเยียวยานับแต่ศาลอาญาเฉพาะกิจในอดีตมีการกำหนดไว้ในบทบัญญัติไว้เพียงสองมาตราดังกล่าวข้างต้นและมุ่งให้จำเลยที่ถูกตัดสินว่ามีความผิดเข้าทำการชดใช้เยียวยาโดยอาศัยความร่วมมือจากรัฐที่เกี่ยวข้องมีการบัญญัติในสองศาลอาญาเฉพาะกิจกำหนดว่าจะต้องมีการเยียวยาผู้เสียหายโดยคำสั่งศาลเท่านั้น นอกจากนี้ยังไม่มีมาตรการคุ้มครองไปถึงกรณีผู้ต้องคำพิพากษาไม่มีเงินและความสามารถในการชดใช้เงินที่เพียงพอแก่ผู้เสียหาย ผู้เสียหายจะอย่างไรเพราะเท่ากับคำพิพากษานั้นบังคับใช้ในการเยียวยาผู้เสียหายไม่ได้เลย กระทำได้เพียงแค่ลงโทษผู้กระทำผิดเท่านั้น แต่ความเสียหายที่สูญเสียไปกลับไม่ได้รับการชดใช้ ต่อมาในศาลICC จึงมีการบัญญัติหลักเกณฑ์การ

เยียวยาที่ชัดเจนมากยิ่งขึ้นกว่าเดิมและแก้ไขข้อบกพร่องข้อผิดพลาดที่มีให้หมดไป โดยการจัดตั้ง “กองทุนเพื่อผู้เสียหาย” ขึ้นมา อันจะช่วยในการอุดหนุนสนับสนุนเงินในการเยียวยาแก่ผู้เสียหายทุกๆ ด้าน เมื่อเปรียบเทียบกับศาลอาญาระหว่างประเทศปัจจุบันนับว่ามีความแตกต่างกันมาก เพราะศาล ICC กำหนดรูปแบบการเยียวยาโดยอาศัยต้นแบบจากตราสารระหว่างประเทศที่สำคัญในอดีต นอกจากนี้ยังเปิดโอกาสให้ศาลมีอำนาจในการกำหนดรูปแบบการเยียวยาที่เหมาะสม และกะคำนวณประมาณให้ได้สัดส่วนกับความผิดที่เกิดขึ้น ศาลมีอำนาจสร้างหลักการขอบเขตในการเยียวยาได้ นอกจากนี้ยังเพิ่มเติมไปถึงกรณีจำเลยไม่มีความสามารถในการเยียวยาหรือไม่อาจทำการเยียวยา ผู้เสียหายได้มีประสิทธิภาพพอ ศาล ICC มีกองทุนเพื่อผู้เสียหายประจำศาล ที่จะเข้ามาให้ความช่วยเหลือและจัดทำโปรแกรมเยียวยาที่มีประสิทธิภาพทั้งในระยะสั้นระยะยาวแก่ผู้เสียหาย ขั้นตอนในการเยียวยาเปิดโอกาสให้ผู้เสียหายเข้ามามีส่วนร่วมทุกขั้นตอน ตั้งแต่การยื่นคำร้องขอให้มีการเยียวยา ซึ่งนับได้ว่าศาล ICC มีพัฒนาการและได้ปรับปรุงเพิ่มพูนประสิทธิภาพในการเยียวยาจากอดีตมาก

ตาราง 3 สิทธิในการได้รับการสนับสนุนช่วยเหลือ

หัวข้อ	ICTY	ICTR	ICC
สิทธิในการได้รับการสนับสนุนช่วยเหลือ	การจัดตั้งศูนย์ผู้เสียหายและพยาน (Victim and Witness Unit: Rule 34A (i),(ii),(iii) : RPE)	การจัดตั้งศูนย์ผู้เสียหายและพยาน (Victim and Witness Unit: Rule 34A (i),(ii),(iii) : RPE)	<ol style="list-style-type: none"> 1. การจัดตั้งศูนย์ผู้เสียหายและพยาน (Art. 43(6), Rome Statute) 2. การให้คำปรึกษาจากผู้เชี่ยวชาญสาขาต่างๆ (Rule 18,19 of RPE) 3. การแจ้งเรื่อง (Rule 16 of RPE) 4. การให้คำปรึกษากฎหมาย (Rule 16,17 of RPE) 5. การแจ้งสิทธิ (Rule 16 of RPE) 6. การช่วยเหลือทางแพทย์ (Rule 17 of RPE) 7. การแต่งตั้งตัวแทนผู้เสียหาย (Rule 90 of RPE)

ศาลอาญาเฉพาะกิจในอดีตยังมีบทบาทน้อยในการให้การสนับสนุนช่วยเหลือผู้เสียหายในคดีโดยพบว่า มีการให้ความสนับสนุนเพียงแค่การจัดตั้งศูนย์ผู้เสียหายและพยานขึ้นมาในศาลเท่านั้นและกำหนดให้ ศูนย์คำนึงถึงสิทธิของผู้เสียหายตลอดกระบวนการพิจารณาคดีแต่ในศาลอาญาระหว่างประเทศปัจจุบันนี้ กลับมีพัฒนาการก้าวหน้าและเด่นชัดในการให้ความสนับสนุนผู้เสียหายไม่ว่าจะเป็นการแต่งตั้งตัวแทน ทางกฎหมายแก่ผู้เสียหาย การแจ้งเรื่องราว การให้ความช่วยเหลือทางแพทย์ และการจัดหา ผู้เชี่ยวชาญด้านต่างๆประจำศูนย์ผู้เสียหายและพยาน



จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
CHULALONGKORN UNIVERSITY

ตาราง 4 สิทธิในการได้รับมาตรการคุ้มครองพิเศษ

หัวข้อ	ICTY	ICTR	ICC
สิทธิในการได้รับ มาตรการคุ้มครอง พิเศษ ก. มาตรการไม่ เปิดเผย ข้อมูลและ ตัวตน	กฎข้อที่ 69 แห่ง RPE อนุญาตให้ใช้ มาตรการนี้ได้ ต่อเมื่ออัยการ เป็นผู้ร้องขอ เท่านั้น คดี Perisic กล่าวไว้ว่า อัยการจะต้อง ทำการเปิดเผย ข้อมูลไม่เกิน กว่า 30 วันก่อน เริ่มพิจารณาคดี	มาตรา 21 แห่งธรรมนูญ ศาลาอนุญาตให้ใช้ มาตรการนี้ได้ และ กฎข้อที่ 60 แห่ง RPE กำหนดไว้ว่าคู่ความทั้งสอง ฝ่ายสามารถยื่นคำร้องต่อ คณะพิจารณาคดีได้ จากนั้นคณะพิจารณาคดี จะทำการปรึกษากับหน่วย สนับสนุนผู้เสียหายและ พยานทุกครั้ง, คดี Kajelijeli	กฎข้อที่ 76 แห่ง RPE กำหนดอนุญาตให้มีการใช้ มาตรการไม่เปิดเผยข้อมูลและ ตัวตนของผู้เสียหาย
ข. มาตรการ ป้องกันการ เผยแพร่ต่อ สื่อและ สาธารณชน	กฎข้อที่ 75 RPE มีการ อนุญาต โดยเฉพาะให้ใช้ มาตรการนี้ใน การคุ้มครอง	กฎข้อที่ 75 RPE มีการ อนุญาตโดยเฉพาะให้ใช้ มาตรการนี้ในการคุ้มครอง	กฎข้อที่ 87(3) RPE มีการอนุญาตโดย เฉพาะเจาะจงให้ใช้มาตรการ นี้

<p>ค. มาตรการ ป้องกันการ เผชิญหน้า กับจำเลย</p>	<p>ในคดี อัยการ v. Tadicวินิจฉัยว่า นอกจากที่ระบุไว้ในกฎข้อที่ 75RPE ในการให้พิจารณาคดีผ่านกล้องวงจรปิดแล้วนั้น ศาลได้วางบรรทัดฐานเพิ่มเติมในคดีนี้ อีกว่า ศาลจะต้องติดตั้งฉากที่กั้นเพื่อป้องกันมิให้พยานเผชิญหน้ากับจำเลยในระหว่างพิจารณาคดี</p>	<p>กฎข้อที่ 75 RPE อนุญาตให้มีการนำมามาตรการที่เหมาะสมมาใช้เพื่ออำนวยความสะดวกและคุ้มครองประเภทกลุ่มผู้เสียหายและพยานที่เปราะบาง ในขณะที่ทำการเบิกความอาทิ การใช้โทรศัพท์วงจรปิดที่จะไม่เห็นภาพของฝ่ายตรงข้าม</p>	<p>กฎข้อที่ 87(3)(c)RPE มีการอนุญาตให้ทำการเบิกความสืบพยานในศาลผ่านทางวิดีโอและโทรศัพท์วงจรปิด</p>
--	--	---	--

<p>ง. มาตรการใช้นามสมมติ</p>	<p>ในคดี อัยการ v.Tadic ศาลวินิจฉัยให้มีการใช้มาตรการคุ้มครองผู้เสียหายโดยให้ใช้นามสมมติแทนชื่อที่แท้จริง โดยศาลกำหนดเกณฑ์สำคัญ(หาประการ)เพื่อเป็นแนวทางในการพิจารณาว่า จะนำมาตรการนี้มาใช้หรือไม่ และกำหนดแนวทาง(สืบประการ)เพื่อปฏิบัติในระหว่างที่มีการใช้นามสมมติกันแล้ว</p>	<p>ไม่มีระบุไว้</p>	<p>ไม่มีระบุไว้ในกฎข้อใดแห่ง RPE อย่างไรก็ดีให้พึงยึดบทบัญญัติมาตรา 68 แห่งธรรมนูญกรุงโรมฯ ที่เป็นหัวใจสำคัญของศาลอาญาระหว่างประเทศซึ่งระบุให้มีการคุ้มครองผู้เสียหายโดยใช้มาตรการใดๆก็ตามที่ไม่กระทบหรือขัดต่อสิทธิของจำเลยในการพิจารณาคดีอย่างเป็นทางการและเป็นกลาง</p>
-------------------------------------	---	---------------------	---

<p>จ. มาตรการ คุ้มครอง ผู้เสียหาย จาก อาชญากรรม รุนแรงทาง เพศ</p>	<p>กฎข้อที่ 96 แห่ง RPE มีเพียงการ คุ้มครอง ผู้เสียหายจาก อาชญากรรม รุนแรงทางเพศ เฉพาะกรณี ห้ามรับฟัง พยานหลักฐาน สนับสนุน ประกอบคำเบิก ความของ ผู้เสียหาย และ ห้ามรับฟัง พยานหลักฐาน ในเรื่อง พฤติกรรมทาง เพศที่ผ่านมา ของผู้เสียหาย</p>	<p>กฎข้อที่ 96 แห่ง RPE มี เพียงการคุ้มครอง ผู้เสียหายจาก อาชญากรรมรุนแรงทาง เพศเฉพาะกรณี ห้ามรับฟัง พยานหลักฐานสนับสนุน ประกอบคำเบิกความของ ผู้เสียหาย และในเรื่อง พฤติกรรมทางเพศที่ผ่าน มาของผู้เสียหายด้วย</p>	<p>กฎข้อที่ 68(1) กำหนดว่าให้ พิจารณาลักษณะแห่งคดีของ อาชญากรรมนั้นๆเพื่อกำหนด มาตรการที่ใช้ในการคุ้มครอง ผู้เสียหาย</p> <p>กฎข้อที่ 68(2) กำหนดว่า มาตรการในการคุ้มครองนั้น จะต้องนำมาใช้กับผู้เสียหาย จากอาชญากรรมรุนแรงทาง เพศด้วย</p> <p>กฎข้อที่ 43(6) กำหนดว่า หน่วยผู้เสียหายและพยาน จะต้องประกอบไปด้วย บุคคลากรที่เชี่ยวชาญด้าน อาชญากรรมรุนแรงทางเพศ ด้วย</p>
--	---	---	--

ก. มาตรการไม่เปิดเผยข้อมูลและตัวตน

มีวิวัฒนาการด้านการคุ้มครองมากขึ้นจากอดีตสู่ปัจจุบัน อันจะเห็นได้จาก เดิมในศาลICTY ให้อัยการทำคำร้องขอในการใช้มาตรการนี้เท่านั้น แต่ต่อมาศาลICTRก็เปิดโอกาสให้ผู้เสียหายทำคำร้องขอได้เช่นเดียวกัน และในศาลICC กำหนดชัดเจนไว้เลยว่าศาลต้องอนุญาตให้มีการใช้มาตรการนี้

ข. มาตรการป้องกันการเผยแพร่ต่อสื่อสาธารณะ

มาตรการนี้นับว่าเป็นมาตรการที่สำคัญในการให้ความคุ้มครองผู้หญิงไม่ให้ได้รับความกระทบกระเทือนทางจิตใจและอารมณ์จากการหวาดกลัว อับอาย และลดความรู้สึกว่าเป็นที่น่ารังเกียจของสังคม มาตรการนี้มีใช้มาโดยตลอดทั้งสามศาล และศาลICCยังคงมีบทบัญญัติเกี่ยวกับมาตรการนี้อยู่ อันแสดงว่าเป็นมาตรการคุ้มครองที่ดีและควรดำรงไว้เพื่อประโยชน์แก่ผู้เสียหาย

ค. มาตรการป้องกันการเผชิญหน้ากับจำเลย

มาตรการนี้มีพัฒนาการแต่ละศาล เริ่มจากแนวคำพิพากษาของศาลICTY ที่มีได้วินิจฉัยโดยอาศัยแต่มาตรการที่ระบุไว้ในตัวบทกฎหมายเท่านั้น ศาลICTYได้วางหลักเพิ่มเติมเกี่ยวกับรูปแบบการป้องกันไม่ให้ผู้เสียหายเผชิญหน้ากับจำเลยโดยตรงขึ้นมา ดังนั้นต่อมาในศาลICTR จึงได้มีบทบัญญัติอนุญาตให้ศาลใช้มาตรการใดๆที่มีความเหมาะสมได้เพื่อคุ้มครองและยกตัวอย่างบางมาตรการไว้ในบทบัญญัติ แต่ก็มีได้จำกัดเพียงเท่าที่ระบุไว้แค่นั้น จึงเท่ากับเป็นการเปิดกว้างในการนำมาตราการอื่นๆมาใช้ได้โดยพิจารณาตามความเหมาะสม ต่อมาในศาลICC จึงได้ระบุหลักเกณฑ์ไว้ชัดเจนเลยว่าศาลICCอนุญาตให้เบิกความผ่านวิดีโอและกล้องวงจรปิดได้

ง. มาตรการนามสมมติ

มาตรการนี้เริ่มใช้ครั้งแรกในศาลICTY ไม่มีบทบัญญัติระบุไว้ แต่ได้วินิจฉัยในคดี Tadicเป็นแนวบรรทัดฐานที่ศาลวางหลักไว้หากจะเลือกมาตรการนี้มาใช้ระหว่างพิจารณาคดี โดยต้องเข้าหลักเกณฑ์ที่กำหนดจึงจะใช้มาตรการนี้ได้ แสดงว่าศาลค่อนข้างเคร่งครัดในการเลือกมาตรการนี้มาใช้เพราะอาจกระทบสิทธิของจำเลยได้ ต่อมาในศาลICTR ไม่มีระบุไว้ในบทบัญญัติเช่นกันและในส่วนของศาลICC ในเวลาต่อมาก็ไม่มีการบัญญัติมาตรการนี้ไว้

เช่นกัน แต่หากจะมีการนำมาตรการนี้ไปใช้ก็จะต้องตกอยู่ภายใต้บังคับมาตรา 68 แห่ง
ธรรมนูญกรุงโรมฯ ที่เป็นหัวใจสำคัญว่าจะต้องไม่กระทบต่อสิทธิของจำเลยในการเลือกใช้
มาตรการนี้

จ. มาตรการคุ้มครองผู้เสียหายคดีอาชญากรรมรุนแรงทางเพศ

ในอดีตศาล ICTY และศาล ICTR ไม่ได้กล่าวถึงมาตรการคุ้มครองผู้เสียหายเกี่ยวกับเพศใน
กฎหมายพิจารณาความ แต่ศาลทั้งสองจะกล่าวถึงเฉพาะในส่วนกฎหมายว่าด้วย
พยานหลักฐานว่าด้วยการห้ามรับฟังพฤติกรรมทางเพศของผู้เสียหายเท่านั้นต่อมาศาล ICC จึง
ได้วางบทบัญญัติเพิ่มเติมข้อบกพร่องนี้โดยการกำหนดให้มีมาตรการคุ้มครองเฉพาะแก่
ผู้เสียหายในคดีความผิดเกี่ยวกับเพศ และเพิ่มบุคลากรที่มีความเชี่ยวชาญเฉพาะด้านนี้ไว้ใน
หน่วยผู้เสียหายและพยานด้วย

ตาราง 5 สิทธิในการมีส่วนร่วมของผู้เสียหาย

หัวข้อ	ICTY	ICTR	ICC
สิทธิในการมีส่วนร่วมของผู้เสียหาย	<p>นิยามคำว่าผู้เสียหายเฉพาะบุคคลธรรมดาและต้องเป็นผู้เสียหายโดยนิตินัย</p> <p>(Rule 2(a) : RPE)</p>	<p>นิยามคำว่าผู้เสียหายเฉพาะบุคคลธรรมดาและต้องเป็นผู้เสียหายโดยนิตินัย</p> <p>(Rule 2(a) : RPE)</p>	<p>นิยามคำว่าผู้เสียหายที่หมายถึงบุคคลธรรมดาและนิติบุคคล องค์กร สถาบัน</p> <p>บทบัญญัติรับรองการมีส่วนร่วมของผู้เสียหาย</p> <p>(Article 68: Rome Statute)</p> <p>การแต่งตั้งตัวแทนผู้เสียหาย (Rule 89-93: RPE)</p> <p>การแจ้งเรื่อง (Article 53: Rome Statute)</p>

ในอดีตศาลอาญาเฉพาะกิจไม่มีบทบัญญัติใดๆรับรองสิทธิการมีส่วนร่วมของผู้เสียหายเลย มีเพียงแค่การให้นิยามคำว่าผู้เสียหายอย่างจำกัดเท่านั้น ดังนั้นบทบาทและขั้นตอนต่างๆของผู้เสียหายในการมีส่วนร่วมแห่งคดีจึงไม่มีบัญญัติในศาลอาญาเฉพาะกิจอดีต แต่เมื่อมีการจัดตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศปัจจุบันกลับมีพัฒนาการที่โดดเด่นเรื่องการให้สิทธิการมีส่วนร่วมของผู้เสียหายอย่างมาก ไม่ว่าจะเป็นการบัญญัติรับรองสิทธิการมีส่วนร่วม การกำหนดขั้นตอนการมีส่วนร่วมต่างๆ โดยละเอียดรวมทั้งการแต่งตั้งตัวแทนของผู้เสียหายเข้ามาในคดีด้วย นอกจากนี้ยังมีการแจ้งเรื่องต่างๆให้ผู้เสียหายทราบตลอดกระบวนการพิจารณาคดี

รายการอ้างอิง

ภาษาไทย

ต้นสุขวัฒน์, ภณิศร. "อาการสูญเสียความทรงจำโดยรวมของผู้คนชาวเวียดนาม". วารสารยูเนสโก 17 (12 ธันวาคม 2542 2542).

ปรัชชาติลปกุล, สมชาย. "นิติปรัชญาแนวอิตีศาสตร์."

<http://www.cities.com/midfrontpage/newpage59.html>.

สมสวัสดิ์, วิระดา. คู่มือกฎหมายสำหรับผู้หญิง. กรุงเทพมหานคร: โครงการจัดพิมพ์คบไฟ, 2537.

สันติวาสะ, ศารทูล. กฎหมายสิทธิมนุษยชน. edited by พิมพ์ครั้งที่ 1 กรุงเทพมหานคร:

มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช, 2548.

สุนทรนาวัน, กรรภิรมย์. "ศาลอาญาระหว่างประเทศ", วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2542.

สุริยะ, นพนิธิ. "ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์: มองจากบริบทของไทย." วารสาร นิติศาสตร์

มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 30, no. 3 (กันยายน 2543 2543).

ภาษาอังกฤษ

(FIDH), The International Federation for Human Rights. "Worldwide Human Rights Movement, Victims' Rights before the International Criminal Court : A Guide for Victims, Their Legal Representatives and Ngos, ." pp.24-25., April 2007.

(ILC), International Law Commission. " Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts " In *A/Res/56/83*., edited by General Assembly Resolution 56/83, 22 January 2002.

al., J. Green et. ""Affecting the Rules for the Prosecution of Rape and Other Gender-Based Violence before the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia: A Feminist Proposal and Critique"." *Hastings Women's L.J.*, ((1994),): 171.

Alston, Philip. *The International Library of Essays in Law&Legal Theory Areas 27 " Human Rights Law*. Dartmouth Publishing Company Limited, 1996.

Article 38 of the Vienna Declaration and Programme of Action.

" Articles 19 (C) on Diplomatic Protection." In *Resolution 62/67*, edited by General Assembly, 2007.

- Bassiouni, M. Cherif. "The Journey to a Permanent International Criminal Court, International Criminal Court Compilation of United Nations Documents and Draft Icc Statute." In *the Diplomatic Conference*: UN, 1998.
- Beauvoir, Simone de. *Le Deuxieme Sexe (the Second Sex 1949)* [H M Parshley]. Penguin 1972.
- "Beijing Declaration and Platform for Action." In *The Fourth World Conference on Women*, 1995.
- Blundell, Sue. *Women in Ancient Greece*. Harvard University Press, 1995.
- Brownlie. *Principle of Public International Law*. edited by 3rd ed 1979.
- Brownlie, I. *Principles of Public International Law* edited by 5th ed 1998.
- Cassese, A. *A International Law*. 2001.
- Chesterman, S., & Pouligny, B. "Are Sanctions Meant to Work? The Politics of Creating and Implementing Sanctions through the United Nations." *Global Governance* (2003): 503-18.
- Cohen, Miriam. "'Victim's Participation Rights within the International Criminal Court: A Critical Overview,'" *J. Int'l L. & Pol'y* 37 Denv. (2009): 351.
- The Control Council Law N.10, Punishment of Persons Guilty of War Crimes, Crimes against Peace and against Humanity*. 20 December 1945.
- Copelon, Rhonda. "Gender Crimes as War Crimes: Integrating Crimes against Women into International Criminal Law,." *McGill Law Journal November* (2000): 3-4.
- CRIME, UNITED NATIONS OFFICE ON DRUGS AND. "Gender in the Criminal Justice System Assessment Too." *CRIMINAL JUSTICE ASSESSMENT TOOLKIT: UNITED NATIONS* (2010): 1.
- D. Askin, Kelly. "The Quest for Post-Conflict Gender Justice." *41 Column. J. Transnat'l L* (2002-2003): 509.
- "Draft Statute for an International Criminal Court", "Report of the International Law Commission,".
- "ECCC Official Website." <http://www.eccc.gov.kh/>.
- "Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia (ECCC Rules)." edited by in its resolution 57/228 the General Assembly of the United Nations, ECCC Plenary Session.

Factory at Chorzow (Germany V. Poland), (1928).

"Forth Geneva Convention Relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War." 306, 1949.

"Ga Resolution 217a(lii)." 1948.

"Ga Resolution 217a(lii)." (10 December 1948.).

Garkawe, Sam. "Victims and the International Criminal Court: Three Majors Issues,," 3 *Int'l Crim.L.R* (2003): pp.345,62-63.

Goldstone, Richard J. ", Prosecuting Rape as a War Crime, ," 34 *CASE W. RES. J. INT'L L.* ((2002)): .277, 79.

Gray, C. "Judicial Remedies in International Law ". (1990): 75.

"Handbook on Justice for Victims on the Use and Application of the Declaration of Basic Principles of Justice for Victims of Crime and Abuse of Power.". edited by United Nations Office for Drug Control and Crime Prevention Center For International Crime Prevention (UNODCCP), 11-53. New York 1999.

"Icc Rules of Procedures and Evidence ". In *ICC-ASP/1/3, at 10, and Corr. 1*, edited by UN, 2002.

"Ictr Rules of Procedure and Evidence,," In *U.N. Doc. IT/32* (1995).

"Icty Rules of Procedure and Evidence, ." In *U.N. Doc. IT/32* (1994), edited by UN, 1994.

"International Covenant on Civil and Political Rights (Iccpr)." 1976.

J.Goldstone, Richard. "Prosecuting Rape as a War Crime." 34 *CASE W.RES.J.INT'L* (2002): pp. 277-79.

John Cerone and Susana SáCouto. *International Criminal Law: A Discussion Guide*. War Crimes Research Office at American University's Washington College of Law,, 2004.

Jurist, International Commission of. *Trial Observation Manual for Criminal Proceedings: Practioners Guide No.5* Geneva 2009.

Knoops, Geert-Jan Alexander. *Theory and Practice of International and Internationalized Criminal Proceedings*. KLUWER, 2005.

"Mandate and Jurisdiction." <http://www.icty.org/sid/320>.

Manjoo, Rashida. "Special Rapporteur on Violence against Women ": Human Rights Council 2010.

Mavrommatis Palestine Concessions (Greece V. United Kingdom), (1924).

- McCarthy, Conor. *Reparations and Victim Support in the International Criminal Court*. Cambridge University Press, 2012.
- Mcdonald, Avril. "Internationa Crimes against Women and the International Criminal Court." (2004): 1.
- McDougall, Gay J. "Contemporary Forms of Slavery: Systematic Rape, Sexual Slavery, and Slavery-Like Practices During Armed Conflict." 45: Final Report of UN, 1998.
- McKay, Fiona. "'Victim Participation in Proceedings before the International Criminal Court.'" *Human Rights Brief 15.3* (2008): 4-5.
- McKinnon, Catherine A. "Reflections on Sex Equality under Law." *100 Yale Law Journal* (1990 to 1991): 1281,302.
- Menon, P K. "The International Personality of Individuals in International Law: A Broadening of the Traditional Doctrine 1." *Journal for Transnational Law. & Politics*: 151.
- Meron, Theodor. "Rape as a Crime under International Humanitarian Law." *87 AM. J. INT'L L* (1993): pp. 424- 26.
- "The Nairobi Declaration on the Rights of Women and Girls to a Remedy and Reparation." 1982;1997.
- "Nuremberg Charter." 1945.
- Office, War Crimes Research. *Victim Participation before the International Criminal Court*. , 8 November 2007,.
- Oppenheim, L. "International Law: A Treatise, I ". (1905): p.200.
- Peterman, Amber; Tia Palermo and Caryn Bredenkamp. "Estimates and Determinants of Sexual Violence against Women in the Democratic Republic of Congo." *American Journal of Public Health* (2011): 101.
- "The Preamble of the Rome Statute of the International Criminal Court." edited by UN, 1998.
- "Preamble of Universal Declaration of Human Rights, Adopted by General Assembly Resolution 217 a (lii)." 1948.
- Prosecutor V. Dusko Tadic, Decision of the Prosecutor's Motion Requesting Protective Measures for Victims and Witnesses*, (1995).
- Prosecutor V. Thomas Lubanga Dyilo*, (2012).

- Prosecutor V. Zejnir Delalic, Decision on the Motion to Compel the Disclosure of the Addresses of the Witnesses*, (1997).
- The Prosecutor Vs Jean-Paul Akayesu*, (1996).
- "Protocol I Additional to the Geneva Conventions Relating to the Protections of Victims of International Armed Conflicts." 38-40, 1977.
- "Protocol II Additional to the Geneva Conventions Relating to the Protections of Victims of Non-International Conflicts, 1125 UNTS 609, P612 to the Geneva Conventions Relating to the Protections of Victims of International Armed Conflicts." 38-40, 1977.
- "Regulations of the Court (Icc)." In *ICC-BD/01-01-04* edited by ICC, May 26, 2004.
- "Regulations of the Registry (Icc)". In *ICC-BD/03-03-13*, edited by ICC, 2013.
- "Resolution Icc-Asp/4/Res.1". 2005.
- Rights, African. *Rwanda: Death, Despair and Defiance* London 1995.
- Rivas, Bitti and Gonzalez. *The Reparations Provisions for Victims under the Rome Statute of the International Criminal Court*. 2002.
- Robert Cryer, Haken Friman, Darryl Robinson and Elizabeth Wilmschurst. *An Introduction to International Criminal Law and Procedure*. Cambridge University Press, 2010.
- "The Rome Statute of the International Criminal Court (Entered into Force July 1, 2002, "the Rome Statute")". In *UN Doc A/Conf 183/9* edited by UN, 1998.
- Rydberg, Asa. "The Protection of the Interests of Witnesses –the Icty in Comparison to the Future Icc,." *12 Leiden J. Int'l L* (1999): 455,71.
- S.Gordon, Gregory. *Toward an International Criminal Procedure : Due Process Aspirations and Limitations*. , University of North Dakota School of Law 2006.
- "Security Council Resolution.1315,." edited by UN Security Council, 14 August (2000).
- Solange Mouthaan. "The Prosecution of Gender-Based Crimes at the Icc:Challenges and Opportunities,." *International Criminal Law Review 11* (2011): 775-802.
- Statute of the International Criminal Tribunal for Rwanda (Ictr Statute)*. 11 May.
- Statute of the International Tribunal for the Former Yugoslavia (Icty Statute)*. 25 May.
- T.Bachvarova. *International Criminal Law Review 11*. Martinus Nijhoff, 2011.

- Taylor, T. . *Agreement for the Prosecution and Punishment of the Major War Criminals of the European Axis, and Charter of the International Military Tribunal*, London;. Back Bay Books, Little, Brown and Company 8 August 1945;1992.
- www.icrc.org/ihl.nsf/FULL/350?OpenDocument; for an account of the negotiations.
- Tomuschat(eds.), A Randelzhofer and C. "State Responsibility and the Individual: Reparation in Instances of Grave Violations of Human Rights ". (1999): 1-25.
- "The Trust Fund Web Page ". <http://trustfundforvictims.org/projects>.
- "U.N.G.A.O.R. 35 Th Session Supplement No.10 (a/35/10)." 49-133.
- "Un Resolution 60/147.". edited by UN General Assembly, December 2005.
- "Un Basic Principles and Guidelines on the Right to a Remedy and Reparation for Victims of Gross Violations of International Human Rights Law and Serious Violations of International Humanitarian Law." In *G.A Resolution 60/147* edited by UN General Assembly, 2005.
- "Un Declaration of Basic Principles of Justice for Victims of Crime and Abuse of Power." In *G.A.Res. 40/34*, edited by UN, 1985.
- "Un G. A. Res/61/177." edited by UN, 2006. .
- "Un General Assembly Resolution 48/104." edited by UN General Assembly, 1993.
- "Un Security Resolution 808 (Icty)." edited by UN Security, 1993.
- "Un Security Resolution 995 (Ictr)." edited by UN Security, 1994.
- " Un Security Resolution 1325." edited by UN Security, 2000.
- "United Nations Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment." In *G.A. Res. 39/46* Dec. 10, 1984.
- "Unsc Resolution 1888 ". In *S/RES/1888 (2009)*, 30 September 2009.
- "Unsc Resolution 1325, S/Res/1325." edited by UNSC, 2000.
- "Unsc Resolution 1889." In *S/RES/1889 (2009)*, edited by UNSC, 2009.
- Valerie Oosterveld. "The Definition of "Gender" in the Rome Statute of the International Criminal Court: A Step Forward or Back for International Criminal Justice?," *18 Harvard Human Rights Journal* (2005): 54-84.
- Wachala, Kas. "The Tools to Combat the War on Women's Bodies: Rape and Sexual Violence against Women in Armed Conflict." *The International Journal of Human Rights* (2012): 533-35.

Wald, Patricia M. "Dealing with Witnesses in War Crime Trials: Lessons from the Yugoslav Tribunal." *5 Yale H.R.&Dev. L.J* ((2002)): p.217.

Watch, Human Rights. "The Scars of Death: Children Abducted by the Lord's Resistance Army in Uganda." 33-72, 1997.

Website, International Criminal Courts Official. " "Côte D'ivoire"."

<http://www.cpi.int/Menus/ICC/Structure+of+the+Court/Office+of+the+Prosecutor/Comm+and+Ref/C%C3%B4te+dlvoire/,May> 2011.

Wolfrum, A. von Bogdandy and R. *Max Planck Yearbook of United Nations Law* 14 (2010): 219-72.

"The World Conference on Human Rights ". 1993.



บทที่ 5

บทสรุปและข้อเสนอแนะ

5.1 บทสรุป

จากการศึกษาพัฒนาการของการคุ้มครองผู้เสียหายที่เป็นผู้หญิงนับแต่อดีตก่อนจัดตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศในปัจจุบัน ทำให้เห็นว่ากระบวนการพิจารณาคดีอาชญากรรมร้ายแรงระหว่างประเทศภายในศาลนับแต่อดีตจนถึงปัจจุบันมีพัฒนาการที่สะท้อนการคุ้มครองผู้เสียหายที่เป็นผู้หญิงในด้านกฎหมายวิธีสบัญญัติมากขึ้นจริง จะเห็นได้ว่ามีบทบัญญัติกฎหมายแห่งศาลอาญาระหว่างประเทศปัจจุบัน(ICC) ไม่ว่าจะเป็นธรรมนูญกรุงโรมฯ หรือ ระเบียบว่าด้วยวิธีพิจารณาความและแนวปฏิบัติต่างๆของศาลที่สะท้อนการคุ้มครองผู้เสียหายมากขึ้น และมีผลทั้งทางตรงและทางอ้อมต่อการคุ้มครองสิทธิของผู้หญิงด้วย สามารถกล่าวได้อย่างชัดเจนว่าศาล ICC มีความก้าวหน้าและไปได้ไกลกว่าศาลอาญาเฉพาะกิจในอดีตในเรื่องการคุ้มครองผู้เสียหายและพยานภายในกระบวนการพิจารณาคดี และในศาล ICC ได้วางบทบัญญัติที่เปรียบเสมือนหัวใจสำคัญในการคุ้มครองผู้เสียหายเอาไว้คือ มาตรา 68 แห่งธรรมนูญกรุงโรมฯ เพราะเป็นการเปิดโอกาสให้ผู้เสียหายเข้าสู่กระบวนการยุติธรรมไม่ว่าจะกระทำด้วยตนเองหรือผ่านตัวแทนทางกฎหมายของผู้เสียหาย มาตรานี้สะท้อนการอำนวยความสะดวกให้แก่มุ้เสียหายโดยตรงซึ่งนับเป็นผลดีต่อการคุ้มครองผู้เสียหายที่เป็นผู้หญิ่อย่างมากเช่นกัน เพราะผู้หญิ่ก็จะยอมได้รับโอกาสในการเข้าถึงความยุติธรรมโดยง่ายเหมือนผู้เสียหายอื่นๆ และปราศจากการเลือกปฏิบัติ นอกจากนี้ในด้านการชดใช้เยียวยาความเสียหายภายในศาล ศาล ICC ก็ได้บัญญัติมาตราสำคัญในธรรมนูญกรุงโรมฯ คือ มาตรา 75 อันว่าด้วยเรื่องการชดใช้เยียวยาความเสียหายแก่ผู้เสียหาย ซึ่งถือเป็นเครื่องมือสำคัญของศาลในการพิจารณาเยียวยาผู้เสียหายอย่างเหมาะสม ไม่ว่าจะเป็นในรูปแบบ การชดใช้สิ่งที่สูญหายไปให้กลับคืนมา การจ่ายค่าเสียหาย และการช่วยเหลือฟื้นฟูสภาพต่างๆให้กลับมาเหมือนเดิม และมีได้จำกัดเพียงแค่มารูปแบบนี้เท่านั้น เพราะศาลสามารถสร้างหลักการ รูปแบบในการเยียวยาที่เหมาะสมขึ้นเองได้ นอกจากนี้ยังมีการจัดตั้งกองทุนเพื่อผู้เสียหายขึ้นมาเพื่อให้การสนับสนุนแนวทางการเยียวยาของศาลให้เกิดประสิทธิภาพในการเยียวยาที่แท้จริงต่อผู้เสียหายด้วย

การคุ้มครองผู้เสียหายที่เป็นผู้หญิงจากอาชญากรรมระหว่างประเทศอันเป็นอาชญากรรมร้ายแรงต่อมนุษยชาติ จำเป็นต้องได้รับความร่วมมือจากนานารัฐในการร่วมมือกันในการปฏิบัติตามพันธกรณีในการคุ้มครองผู้หญิงที่เป็นผู้เสียหายจากอาชญากรรมดังกล่าว เพราะหากสังคมระหว่างประเทศมีความตระหนักถึงการปกป้องคุ้มครองสิทธิของผู้หญิงมากเท่าไร การปกป้องคุ้มครองก็จะเป็นรูปธรรมและคุ้มครองผู้หญิงได้อย่างมีประสิทธิภาพ

จากการศึกษาพบว่า นิยามคำว่าผู้เสียหายต้องชัดเจน ครอบคลุมและไม่นิยามคำว่าผู้เสียหายในเชิงประณามผู้หญิง เช่น การยกเลิกเรียกคำว่าเหยื่อแต่ให้เรียกใหม่ว่า ผู้หญิงผู้รอดชีวิต

การคุ้มครองผู้เสียหายที่เป็นผู้หญิงจากอาชญากรรมร้ายแรงระหว่างประเทศ จะต้องพึงระลึกและให้ความสำคัญว่าผู้หญิงมักตกเป็นผู้เสียหายจากอาชญากรรมร้ายแรงที่เกี่ยวกับเพศ ดังนั้น การดำเนินคดีเพื่อลงโทษผู้กระทำผิดตามกฎหมายสารบัญญัติจะต้องคำนึงถึงประเภทของผู้เสียหายว่าเป็นผู้หญิงจำนวนมาก และทำอย่างไรจึงจะทำให้ผู้หญิงที่เป็นผู้เสียหายได้รับความยุติธรรมที่เพียงพอ โดยกระบวนการยุติธรรมต้องเข้าถึงได้โดยง่ายและเป็นธรรม ต้องตอบสนองความต้องการของผู้เสียหายที่เป็นผู้หญิงได้ดี แนวทางการเยียวยาผู้เสียหายที่เป็นผู้หญิงต้องมีประสิทธิภาพ

การคุ้มครองผู้หญิงในกระบวนการพิจารณาคดีต้องอยู่บนหลักพื้นฐานของกฎหมายสิทธิมนุษยชน กฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ รวมทั้ง กติกา ปฎิญาญา ข้อตกลงระหว่างประเทศต่างๆ โดยจะต้องไม่เลือกปฏิบัติทางเพศ ไม่กีดกันทางเพศ และไม่สร้างความเหลื่อมล้ำหรือมีอคติทางเพศระหว่างหญิงและชาย และแนวคิดทฤษฎีต่างๆเกี่ยวกับสตรีนิยมสายนิติศาสตร์นั้นมีความหลากหลายและเปลี่ยนแปลงไปตามพลวัตทางเศรษฐกิจ สังคม และมีการเติบโตทางสำนักความคิดอย่างต่อเนื่องและไม่หยุดนิ่งอยู่กับที่ ถึงกระนั้นก็ตามการพัฒนาแนวคิดความเท่าเทียมกันของหญิงกับชายก็ยังคงต้องอาศัยอีกหลายช่วงระยะเวลา และไม่อาจตอบได้ว่าเมื่อไหร่ความเหลื่อมล้ำทางเพศจะหมดไป

เพราะจากสถานการณ์อาชญากรรมความรุนแรงที่เกิดขึ้นในบริบทสังคมระหว่างประเทศจะเห็นได้ว่าผู้หญิงจำนวนมากก็ยังคงตกเป็นผู้ถูกกระทำและแทบไม่มีหนทางต่อสู้หรือเรียกร้องความยุติธรรมได้มากเท่าใด ยิ่งไปกว่านั้นผู้หญิงยังถูกใช้เป็นเครื่องมือสำคัญในการสู้รบ ในยามสงคราม หรือการก่อจลาจลอยู่เสมอ เนื่องจากถูกมองว่าเปราะบางโจมตีได้ง่ายและสร้างความหวาดผวาสะเทือนใจในกลุ่มคนได้อย่างรวดเร็วและเห็นผล

แม้ว่าจะมีการบัญญัติอาชญากรรมร้ายแรงระหว่างประเทศที่มีผู้หญิงตกเป็นผู้เสียหายออกมา มากขึ้นดังที่ปรากฏในกฎหมายสารบัญญัติของธรรมนูญกรุงโรมฯ กระนั้นก็ตาม ก็ยังไม่พบว่ามีการ บัญญัติอาชญากรรมที่มีผลกระทบโดยตรงต่อผู้หญิง หรืออาจเรียกว่า “อาชญากรรมต่อผู้หญิง” (Crimes Against Women) ขึ้นมาเลย โดยความผิดเกี่ยวกับผู้หญิงมักถูกกำหนดไว้ในหมวดหมู่ เกี่ยวกับความรุนแรงทางเพศส่วนใหญ่เท่านั้น ซึ่งจริงๆ แล้วอาจมีได้จำกัดแค่อาชญากรรมทางเพศ เสมอไปที่จะต้องตกเป็นผู้เสียหาย อาทิ อาชญากรรมว่าด้วยการรุกราน ก็อาจมีผู้หญิงจำนวนตกเป็น ผู้เสียหายก็ได้

ศาลอาญาระหว่างประเทศในอดีตนับแต่ศาลนูเรมเบิร์ก ศาลโตเกียว ยังไม่มีบทบัญญัติด้าน กฎหมายวิธีสบัญญัติที่เพียงพอในการคุ้มครองผู้หญิงที่เป็ผู้เสียหาย และจากข้อเท็จจริงจะเห็นได้ว่ามี ผู้หญิงเป็นจำนวนหลายแสนตกเป็นผู้เสียหายในสงคราม ต่อมาศาลอาญาเฉพาะกิจระหว่างประเทศ คือ ศาลICTY และ ศาลICTR เริ่มวางบทบัญญัติด้านกฎหมายสารบัญญัติที่เกี่ยวกับความผิดต่อเพศ มากขึ้น ซึ่งเป็นผลดีโดยตรงต่อผู้หญิงเพราะส่วนใหญ่ผู้หญิงมักตกเป็นผู้เสียหายจากอาชญากรรม ร้ายแรงเกี่ยวกับเพศที่อยู่ภายใต้เขตอำนาจศาลอาญาเฉพาะกิจทั้งสองศาลนี้

ในด้านกฎหมายวิธีสบัญญัติของทั้งสองศาลอาญาเฉพาะกิจนี้ จะเห็นว่ามีกำหนดแนวทางในการ คุ้มครองผู้เสียหายในระหว่างพิจารณาคดีมากขึ้นกว่าสมัยศาลทหารในช่วงสงครามโลก ไม่ว่าจะเป็น การจัดตั้งหน่วยผู้เสียหายและพยาน มาตรการคุ้มครองผู้เสียหายและพยานต่างๆในระหว่างพิจารณา คดี ซึ่งเป็นพัฒนาการที่สำคัญและกลายเป็นต้นแบบของศาลอาญาระหว่างประเทศปัจจุบันในเวลา ต่อมา นอกจากนี้องค์คณะพิจารณาคดีของศาลอาญาเฉพาะกิจทั้งสองยังได้สร้างบรรทัดฐานและ พัฒนาหลักกฎหมายอาญาระหว่างประเทศสำคัญขึ้นมามากมาย ทั้งในด้านกฎหมายสารบัญญัติและ กฎหมายวิธีสบัญญัติ เช่น นิยามคำว่าข่มขืน การพิจารณาอนุญาตให้ใช้มาตรการคุ้มครองผู้เสียหาย ระหว่างพิจารณาคดีโดยพิจารณาตามความเหมาะสมทั้งในด้านรูปแบบและวิธีการ มาตรการคุ้มครอง ต่างๆที่เกิดขึ้นในทั้งสองศาลนี้เป็นผลดีโดยตรงต่อผู้หญิงที่เป็ผู้เสียหายและพยานและต้องเข้ามา พิจารณาคดีภายในศาล เพราะจะได้รับความคุ้มครองทั้งในด้านชีวิต ร่างกาย ความปลอดภัย ทรัพย์สิน รวมทั้งครอบครัวและคนใกล้ชิด

จากสมมติฐานการศึกษาหัวข้อวิทยานิพนธ์นี้ จึงพิสูจน์ได้ว่าข้อบกพร่องและบทเรียนต่างๆที่เกิดขึ้นในศาลอาญาเฉพาะกิจได้นำไปสู่การปรับปรุง พัฒนาและเติมเต็มกฎหมายด้านสารบัญญัติ ระเบียบว่าด้วยวิธีพิจารณาความ มาตรการเฉพาะและแนวทางปฏิบัติที่เกี่ยวข้องของศาลอาญาระหว่างประเทศในเวลาต่อมา ดังนี้

- ก. ศาลอาญาระหว่างประเทศได้มีพัฒนาการในด้านการเพิ่มบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับการมีส่วนร่วมของผู้เสียหายในกระบวนการพิจารณาคดี
- ข. การกำหนดนิยามและสถานะของผู้เสียหายที่ชัดเจนมากขึ้น
- ค. มีการกำหนดคำว่าเพศภาวะไว้ในธรรมนูญกรุงโรม เพื่อสะท้อนให้เห็นว่าการวินิจฉัยคดีหรือกระทำการใดๆในศาลจะต้องคำนึงถึงประเด็นทางเพศด้วย
- ง. ให้ความสำคัญแก่การแต่งตั้งตัวแทนทางกฎหมายแก่ผู้เสียหาย มีการให้คำปรึกษา คำแนะนำทางกฎหมายแก่ผู้เสียหายตลอดกระบวนการพิจารณาคดี
- จ. ในส่วนของการเยียวยาผู้เสียหายนั้นว่ามีพัฒนาการที่โดดเด่นมาก เพราะมีการริเริ่มจัดตั้งกองทุนเพื่อผู้เสียหายขึ้นมาช่วยเหลือสนับสนุนและให้ทุนอุดหนุนในการเยียวยา และสนับสนุนให้รัฐภาคีอุดหนุนเงินทุนช่วยเหลือด้วยการบริจาค

5.2 ข้อเสนอแนะ

จากการศึกษาพบว่าศาลอาญาระหว่างประเทศนับแต่อดีตจนถึงปัจจุบันมีพัฒนาการในการคุ้มครองผู้เสียหายที่ดีขึ้นอย่างต่อเนื่องจริง แต่อย่างไรก็ตามการคุ้มครองดังกล่าวก็ยังเป็นการคุ้มครองโดยทางอ้อมต่อผู้เสียหายที่เป็นผู้หญิงเท่านั้น ไม่มีบทบัญญัติใดที่ระบุเจาะจงถึงการคุ้มครองผู้เสียหายที่เป็นผู้หญิงโดยตรง แม้กระทั่งในเรื่องความผิดเกี่ยวกับเพศก็มิได้มีบทบัญญัติเฉพาะเป็นหมวดหมู่ว่าด้วยผู้หญิงแต่มีขึ้นอยู่กับการนำไปปรับใช้ของศาลอาญาระหว่างประเทศแต่ละศาลที่จะคำนึงถึงและทำคำพิพากษาเอื้ออำนวยต่อภาคคุ้มครองผู้เสียหายที่เป็นผู้หญิงเนื่องจากเป็นกลุ่มผู้เสียหายจำนวนมาก ในคดีส่วนใหญ่ ดังนั้นผู้จัดทำมีข้อเสนอแนะให้มีการจัดทำกฎหมายสารบัญญัติเกี่ยวกับ อาชญากรรมต่อผู้หญิง และในส่วนกฎหมายวิธีสบัญญัติให้มีกฎเกณฑ์ว่าด้วยการปฏิบัติต่อผู้เสียหายที่เป็นผู้หญิง

ระบุไว้ด้วย เพราะจะทำให้การคุ้มครองผู้หญิงเป็นรูปธรรมมากขึ้น เนื่องจากจะมีหลักเกณฑ์ที่ชัดเจน กำหนดไว้ทำให้การดำเนินการใดๆในกระบวนการพิจารณาคดีของศาลอาญาต้องคำนึงถึงสิทธิของผู้เสียหายที่เป็นผู้หญิงอยู่เสมอ และแนวทางการคุ้มครองผู้หญิงก็จะมีบรรทัดฐานเดียวกันเกือบทุกคดี เพราะมีหลักเกณฑ์ที่นิ่งและชัดเจนแล้ว

นอกเหนือจากการกำหนดบทบัญญัติว่าด้วยผู้หญิงโดยเฉพาะแล้ว ผู้จัดทำข้อเสนอแนะให้จัดตั้งหน่วยงานภายในศาลเกี่ยวกับการดูแลผู้เสียหายที่เป็นผู้หญิงและเด็กผู้หญิง โดยให้เป็นหน่วยงานเฉพาะเกี่ยวกับดูแลผู้หญิงโดยตรงแยกย่อยออกมาจาก หน่วยผู้เสียหายและพยานเดิม แต่ให้อยู่ภายใต้การดูแลของหน่วยผู้เสียหายและพยาน เพียงแค่จัดตั้งหน่วยงานเฉพาะทางขึ้นมาเพื่อจะได้มีหน้าที่ในการให้ความคุ้มครองแก่ผู้หญิงโดยเฉพาะ โดยบุคคลากรในหน่วยงานให้สรรหาจากผู้มีความเชี่ยวชาญเรื่องผู้หญิงมาประจำตำแหน่ง เห็นว่าถ้ามีการจัดตั้งหน่วยงานย่อยนี้ขึ้นมาได้สำเร็จ การคุ้มครองผู้หญิงที่เป็นผู้เสียหายก็จะเกิดขึ้นอย่างเป็นรูปธรรม และมีผลดีโดยตรงต่อผู้เสียหายที่เป็นผู้หญิงจริงๆ เพราะถือเป็นองค์กรหนึ่งของศาลอาญาระหว่างประเทศ ดังนั้นการดำเนินการใดๆภายในศาลก็就会有ความระมัดระวังมากขึ้นในการปฏิบัติต่อผู้เสียหายที่เป็นผู้หญิง บทบาทหน้าที่ในการให้ความคุ้มครองแก่ผู้หญิงจะมีความสำคัญอย่างมากเพราะถือว่าเป็นองค์กรหนึ่งในศาล

การตระหนักถึงความสำคัญในการคุ้มครองผู้เสียหายที่เป็นผู้หญิงจากอาชญากรรมระหว่างประเทศไม่ควรสิ้นสุดเพียงแค่ศาลอาญาระหว่างประเทศปัจจุบันนี้ ผู้เสียหายทุกคนยังต้องการและคาดหวังที่จะได้รับความยุติธรรมภายในรัฐของตนด้วยเช่นกัน ดังนั้นรัฐภาคีจึงควรมีพันธกรณีที่สำคัญในการนำไปใช้กับศาลภายในรัฐของตนด้วย ผู้เขียนเห็นว่าความสำเร็จของศาลอาญาระหว่างประเทศไม่ได้จบเพียงแค่การนำตัวผู้กระทำผิดมาดำเนินคดีลงโทษเท่านั้น แต่ยังหมายถึงแนวทางปฏิบัติต่อผู้เสียหายที่เป็นผู้หญิงด้วยความยุติธรรมในกระบวนการพิจารณาคดีด้วย



ภาคผนวก

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
CHULALONGKORN UNIVERSITY

ภาคผนวก ก.

ICTY : RULES OF PROCEDURE AND EVIDENCE

(Adopted On 11 February 1994)

International Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of the Former Yugoslavia since 1991, IT/32/Rev. 43 24 July 2009.

Rule 2 Definitions

(Adopted 11 Feb 1994)

Victim: A person against whom a crime over which the Tribunal has jurisdiction has allegedly been committed.

Section 5 The Registry

Rule 34 Victims and Witnesses Section

(Adopted 11 Feb 1994)

(A) There shall be set up under the authority of the Registrar a Victims and Witnesses Section consisting of qualified staff to:

(i) recommend protective measures for victims and witnesses in accordance with Article 22 of the Statute; and

(ii) provide counselling and support for them, in particular in cases of rape and sexual assault.

(Amended 2 July 1999) (B) Due consideration shall be given, in the appointment of staff, to the employment of qualified women.

Rule 40 Provisional Measures

In case of urgency, the Prosecutor may request any State:

- (i) to arrest a suspect or an accused provisionally;
- (ii) to seize physical evidence;
- (iii) to take all necessary measures to prevent the escape of a suspect or an accused, injury to or intimidation of a victim or witness, or the destruction of evidence.

Rule 69 Protection of Victims and Witnesses

(Adopted 11 Feb 1994)

(A) In exceptional circumstances, the Prosecutor may apply to a Judge or Trial Chamber to order the non-disclosure of the identity of a victim or witness who may be in danger or at risk until such person is brought under the protection of the Tribunal. (Amended 13 Dec 2001)

(B) In the determination of protective measures for victims and witnesses, the Judge or Trial Chamber may consult the Victims and Witnesses Section.

(Amended 15 June 1995, amended 2 July 1999, amended 13 Dec 2001)

(C) Subject to Rule 75, the identity of the victim or witness shall be disclosed in sufficient time prior to the trial to allow adequate time for preparation of the

defence.

Rule 75 Measures for the Protection of Victims and Witnesses

(Adopted 11 Feb 1994)

(A) A Judge or a Chamber may, proprio motu or at the request of either party, or of the victim or witness concerned, or of the Victims and Witnesses Section, order appropriate measures for the privacy and protection of victims and witnesses, provided that the measures are consistent with the rights of the accused. (Amended 15 June 1995, amended 2 July 1999)

(B) A Chamber may hold an in camera proceeding to determine whether to order:

(i) measures to prevent disclosure to the public or the media of the identity or whereabouts of a victim or a witness, or of persons related to or associated with a victim or witness by such means as

(Revised 12 Nov 1997):

(a) expunging names and identifying information from the Tribunal's public records (Amended 1 Dec 2000 and 13 Dec 2000);

(b) non-disclosure to the public of any records identifying the victim or witness (Amended 28 February 2008);

(c) giving of testimony through image- or voice- altering devices or closed circuit television; and

(d) assignment of a pseudonym;

(ii) closed sessions, in accordance with Rule 79;

(iii) appropriate measures to facilitate the testimony of vulnerable victims

and witnesses, such as one-way closed circuit television. (Revised 30 Jan 1995)

(C) The Victims and Witnesses Section shall ensure that the witness has been informed before giving evidence that his or her testimony and his or her identity may be disclosed at a later date in another case, pursuant to Rule 75 (F). (Amended 12 Dec 2002)

(D) A Chamber shall, whenever necessary, control the manner of questioning to avoid any harassment or intimidation.

(E) When making an order under paragraph (A) above, a Judge or Chamber shall wherever appropriate state in the order whether the transcript of those proceedings relating to the evidence of the witness to whom the measures relate shall be made available for use in other proceedings before the Tribunal or another jurisdiction. (Amended 12 July 2007)

(F) Once protective measures have been ordered in respect of a victim or witness in any proceedings before the Tribunal (the “first proceedings”), such protective measures:

(i) shall continue to have effect *mutatis mutandis* in any other proceedings before the Tribunal (“second proceedings”) or another jurisdiction unless and until they are rescinded, varied, or augmented in accordance with the procedure set out in this Rule; but

(ii) shall not prevent the Prosecutor from discharging any disclosure obligation under the Rules in the second proceedings, provided that the Prosecutor notifies the Defence to whom the disclosure is being made

of the nature of the protective measures ordered in the first

proceedings.(Amended 17 Nov 1999, Amended 1 Dec 2000 and 13 Dec 2000, Amended 13 Dec 2001, Amended 12 July 2002, Amended 12 July 2007)

(G) A party to the second proceedings seeking to rescind, vary, or augment protective measures ordered in the first proceedings must apply:

(i) to any Chamber, however constituted, remaining seized of the first proceedings; or

(ii) if no Chamber remains seized of the first proceedings, to the Chamber seized of the second proceedings. (Amended 12 July 2002)

(H) A Judge or Bench in another jurisdiction, parties in another jurisdiction authorised by an appropriate judicial authority, or a victim or witness for whom protective measures have been ordered by the Tribunal may seek to rescind, vary, or augment protective measures ordered in proceedings before the Tribunal by applying to the President of the Tribunal, who shall refer the application (Amended 28 February 2008):

(i) to any Chamber, however constituted, remaining seized of the first proceedings;

(ii) if no Chamber remains seized of the first proceedings, to a Chamber seized of second proceedings; or,

(iii) if no Chamber remains seized, to a newly constituted Chamber.

(Amended 12 July 2007)

(I) Before determining an application under paragraph (G)(ii), (H)(ii), or (H)(iii)

above, the Chamber shall endeavour to obtain all relevant information from the first proceedings, including from the parties to those proceedings, and shall consult with any Judge who ordered the protective measures in the first proceedings, if that Judge remains a Judge of the Tribunal. (Amended 12 July 2002, Amended 12 Dec 2002, Amended 12 July 2007)

(J) The Chamber determining an application under paragraphs (G) and (H) above shall ensure through the Victims and Witnesses Section that the protected victim or witness has given consent to the rescission, variation, or augmentation of protective measures; however, on the basis of a compelling showing of exigent circumstances or where a miscarriage of justice would otherwise result, the Chamber may, in exceptional circumstances, order proprio motu the rescission, variation, or augmentation of protective measures in the absence of such consent. (Amended 12 July 2007, amended 28 February 2008)

(K) An application to a Chamber to rescind, vary, or augment protective measures in respect of a victim or witness may be dealt with either by the Chamber or by a Judge of that Chamber, and any reference in this Rule to “a Chamber” shall include a reference to “a Judge of that Chamber”. (Amended 12 July 2002)

Rule 79 Closed Sessions

(A) The Trial Chamber may order that the press and the public be excluded from all or part of the proceedings for reasons of:

(i) public order or morality;

(ii) safety, security or non-disclosure of the identity of a victim or witness as provided in Rule 75; or

(iii) the protection of the interests of justice.

(B) The Trial Chamber shall make public the reasons for its order.

Rule 96 Evidence in Cases of Sexual Assault

In cases of sexual assault:

(i) no corroboration of the victim's testimony shall be required;

(ii) consent shall not be allowed as a defence if the victim

(a) has been subjected to or threatened with or has had reason to fear violence, duress, detention or psychological oppression, or

(b) reasonably believed that if the victim did not submit, another might be so subjected, threatened or put in fear;

(iii) before evidence of the victim's consent is admitted, the accused shall satisfy the Trial Chamber in camera that the evidence is relevant and credible;

(iv) prior sexual conduct of the victim shall not be admitted in evidence.

Rule 106 Compensation to Victims

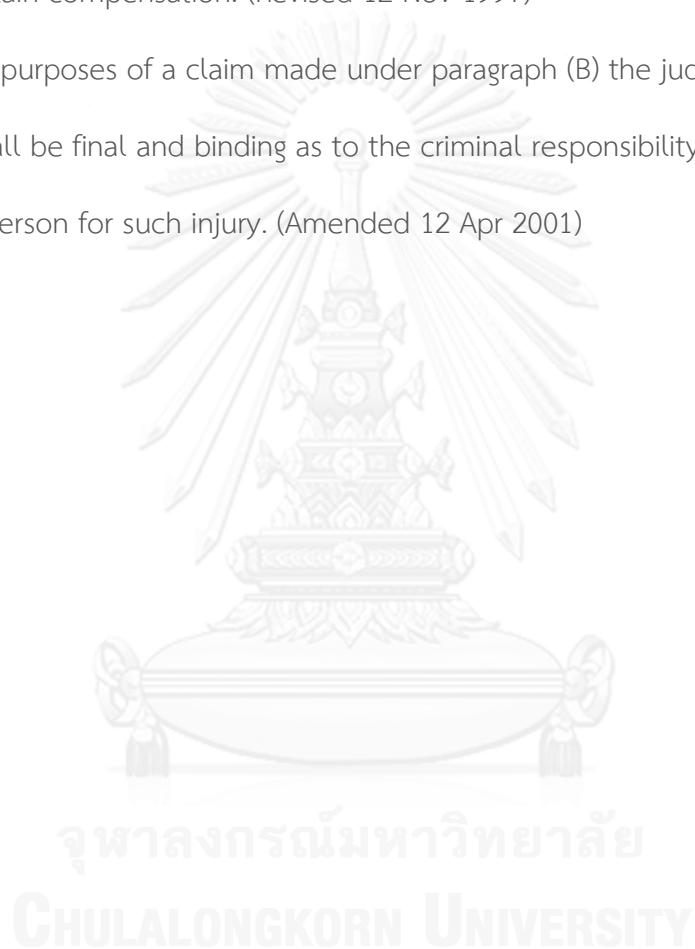
(Adopted 11 Feb 1994)

(A) The Registrar shall transmit to the competent authorities of the States

concerned the judgement finding the accused guilty of a crime which has caused injury to a victim.

(B) Pursuant to the relevant national legislation, a victim or persons claiming through the victim may bring an action in a national court or other competent body to obtain compensation. (Revised 12 Nov 1997)

(C) For the purposes of a claim made under paragraph (B) the judgement of the Tribunal shall be final and binding as to the criminal responsibility of the convicted person for such injury. (Amended 12 Apr 2001)



ภาคผนวก ข.**ICTR : RULES OF PROCEDURE AND EVIDENCE**

(Adopted On 29 June 1995)

International Tribunal for Rwanda between 1 January 1994 and 31 December 1994, established by Security Council resolution 955 of 8 November 1994.

Rule 2: Definitions

Victim: A person against whom a crime over which the Tribunal has jurisdiction has allegedly been committed.

Rule 34: Victims and Witnesses Support Unit*

(A) There shall be set up under the authority of the Registrar a Victims and Witnesses Support Unit consisting of qualified staff to:

- (i) recommend the adoption of protective measures for victims and witnesses in accordance with Article 21 of the Statute;
- (ii) ensure that they receive relevant support, including physical and psychological rehabilitation, especially counselling in cases of rape and sexual assault; and (iii) develop short and long term plans for the protection of witnesses who have testified before the Tribunal and who fear a threat to their life, property or family.

(B) A gender sensitive approach to victims and witnesses protective and support measures should be adopted and due consideration given, in the appointment of staff within this Unit, to the employment of qualified women.

Rule 40: Provisional Measure

(iii) to take all necessary measures to prevent the escape of a suspect or an accused, injury to or intimidation of a victim or witness, or the destruction of evidence.

Rule 69: Protection of Victims and Witnesses*

(A) In exceptional circumstances, either of the Parties may apply to a Trial Chamber to order the non-disclosure of the identity of a victim or witness who may be in danger or at risk, until the Chamber decides otherwise.

(B) In the determination of protective measures for victims and witnesses, the Trial Chamber may consult the Victims and Witnesses Support Unit.

(C) Subject to Rule 75, the identity of the victim or witness shall be disclosed in sufficient time prior to the trial to allow adequate time for preparation of the prosecution and the defence

Rule 75: Measures for the Protection of Victims and Witnesses

(A) A Judge or a Chamber may, proprio motu or at the request of either party, or of the victim or witness concerned, or of the Victims and Witnesses Support Unit, order appropriate measures to safeguard the privacy and security of victims and witnesses, provided that the measures are consistent with the rights of the accused.

(B) A Chamber may hold an in camera proceeding to determine whether to order notably:

Rule 79: Closed Sessions*

(A) The Trial Chamber may order that the press and the public be excluded from all or part of the proceedings for reasons of:

(i) public order or morality;

(ii) safety, security or non-disclosure of the identity of a victim or witness as provided in Rule 75; or

(iii) the protection of the interests of justice.

(B) The Trial Chamber shall make public the reasons for its order.

(i) measures to prevent disclosure to the public or the media of the identity or whereabouts of a victim or a witness, or of persons related to or associated with him by such means as:

(a) expunging names and identifying information from the Tribunal's public records;

(b) non-disclosure to the public of any records identifying the victim;

(c) giving of testimony through image- or voice- altering devices or closed circuit television; and

(d) assignment of a pseudonym;

(ii) closed sessions, in accordance with Rule 79;

(iii) appropriate measures to facilitate the testimony of vulnerable victims and witnesses, such as one-way closed circuit television.

(C) A Chamber shall control the manner of questioning to avoid any harassment or intimidation.

Rule 96: Rules of evidence in Cases of Sexual Assault*

In cases of sexual assault:

(i) Notwithstanding Rule 90(C), no corroboration of the victim's testimony shall be required;

(ii) consent shall not be allowed as a defence if the victim

(a) has been subjected to or threatened with or has had reason to fear violence, duress, detention or psychological oppression, or

(b) reasonably believed that if the victim did not submit, another might be so subjected, threatened or put in fear;

(iii) before evidence of the victim's consent is admitted, the accused shall satisfy the Trial Chamber in camera that the evidence is relevant and credible;

(iv) prior sexual conduct of the victim shall not be admitted in evidence or as defence

Rule 106: Compensation to Victims

(A) The Registrar shall transmit to the competent authorities of the States concerned the judgement finding the accused guilty of a crime which has caused injury to a victim.

(B) Pursuant to the relevant national legislation, a victim or persons claiming through him may bring an action in a national court or other competent body to obtain compensation.

(C) For the purposes of a claim made under Sub-Rule (B) the judgement of the Tribunal shall be final and binding as to the criminal responsibility of the convicted person for such injury.

ภาคผนวก ค.

Rome Statute of the International Criminal Court, 17 July 1998

[as corrected by the procès-verbaux of 10 November 1998, 12 July 1999, 30 November 1999, 8 May 2000, 17 January 2001 and 16 January 2002]

PREAMBLE

The States Parties to this Statute,

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Have agreed as follows

PART 1. ESTABLISHMENT OF THE COURT

Article 1

The Court

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

Article 2

Relationship of the Court with the United Nations

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

Article 3

Seat of the Court

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

Article 4

Legal status and powers of the Court

1.The Court shall have international legal personality. It shall also have such legal capacity as may be necessary for the exercise of its functions and the fulfilment of its purposes.

2.The Court may exercise its functions and powers, as provided in this Statute, on the territory of any State Party and, by special agreement, on the territory of any other State.

PART 2. JURISDICTION, ADMISSIBILITY AND APPLICABLE LAW

Article 5

Crimes within the jurisdiction of the Court

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

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

2. The Court shall exercise jurisdiction over the crime of aggression once a provision is adopted in accordance with articles 121 and 123 defining the crime and setting out

the conditions under which the Court shall exercise jurisdiction with respect to this crime. Such a provision shall be consistent with the relevant provisions of the Charter of the United Nations.

Article 6

Genocide

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

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

Article 7

Crimes against humanity

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

- (a) Murder;
- (b) Extermination;
- (c) Enslavement;

- (d) Deportation or forcible transfer of population;
- (e) Imprisonment or other severe deprivation of physical liberty in violation of fundamental rules of international law;
- (f) Torture;
- (g) Rape, sexual slavery, enforced prostitution, forced pregnancy, enforced sterilization, or any other form of sexual violence of comparable gravity;
- (h) Persecution against any identifiable group or collectivity on political, racial, national, ethnic, cultural, religious, gender as defined in paragraph 3, or other grounds that are universally recognized as impermissible under international law, in connection with any act referred to in this paragraph or any crime within the jurisdiction of the Court;
- (i) Enforced disappearance of persons;
- (j) The crime of apartheid;
- (k) Other inhumane acts of a similar character intentionally causing great suffering, or serious injury to body or to mental or physical health.

2. For the purpose of paragraph 1:

- (a) "Attack directed against any civilian population" means a course of conduct involving the multiple commission of acts referred to in paragraph 1 against any civilian population, pursuant to or in furtherance of a State or organizational policy to commit such attack;
- (b) "Extermination" includes the intentional infliction of conditions of life, inter alia the deprivation of access to food and medicine, calculated to bring about the destruction of part of a population;
- (c) "Enslavement" means the exercise of any or all of the powers attaching to the right of ownership over a person and includes the exercise of such power in the course of trafficking in persons, in particular women and children;

- (d) "Deportation or forcible transfer of population" means forced displacement of the persons concerned by expulsion or other coercive acts from the area in which they are lawfully present, without grounds permitted under international law;
- (e) "Torture" means the intentional infliction of severe pain or suffering, whether physical or mental, upon a person in the custody or under the control of the accused; except that torture shall not include pain or suffering arising only from, inherent in or incidental to, lawful sanctions;
- (f) "Forced pregnancy" means the unlawful confinement of a woman forcibly made pregnant, with the intent of affecting the ethnic composition of any population or carrying out other grave violations of international law. This definition shall not in any way be interpreted as affecting national laws relating to pregnancy;
- (g) "Persecution" means the intentional and severe deprivation of fundamental rights contrary to international law by reason of the identity of the group or collectivity;
- (h) "The crime of apartheid" means inhumane acts of a character similar to those referred to in paragraph 1, committed in the context of an institutionalized regime of systematic oppression and domination by one racial group over any other racial group or groups and committed with the intention of maintaining that regime;
- (i) "Enforced disappearance of persons" means the arrest, detention or abduction of persons by, or with the authorization, support or acquiescence of, a State or a political organization, followed by a refusal to acknowledge that deprivation of freedom or to give information on the fate or whereabouts of those persons, with the intention of removing them from the protection of the law for a prolonged period of time.

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

Article 8

War crimes

1. The Court shall have jurisdiction in respect of war crimes in particular when committed as part of a plan or policy or as part of a large-scale commission of such crimes.

2. For the purpose of this Statute, "war crimes" means:

(a) Grave breaches of the Geneva Conventions of 12 August 1949, namely, any of the following acts against persons or property protected under the provisions of the relevant Geneva Convention:

- (i) Wilful killing;
- (ii) Torture or inhuman treatment, including biological experiments;
- (iii) Wilfully causing great suffering, or serious injury to body or health;
- (iv) Extensive destruction and appropriation of property, not justified by military necessity and carried out unlawfully and wantonly;
- (v) Compelling a prisoner of war or other protected person to serve in the forces of a hostile Power;
- (vi) Wilfully depriving a prisoner of war or other protected person of the rights of fair and regular trial;
- (vii) Unlawful deportation or transfer or unlawful confinement;
- (viii) Taking of hostages.

(b) Other serious violations of the laws and customs applicable in international armed conflict, within the established framework of international law, namely, any of the following acts:

- (i) Intentionally directing attacks against the civilian population as such or against individual civilians not taking direct part in hostilities;
- (ii) Intentionally directing attacks against civilian objects, that is, objects which are not military objectives;
- (iii) Intentionally directing attacks against personnel, installations, material, units or vehicles involved in a humanitarian assistance or peacekeeping mission in accordance with the Charter of the United Nations, as long as they are entitled to the protection given to civilians or civilian objects under the international law of armed conflict;
- (iv) Intentionally launching an attack in the knowledge that such attack will cause incidental loss of life or injury to civilians or damage to civilian objects or widespread, long-term and severe damage to the natural environment which would be clearly excessive in relation to the concrete and direct overall military advantage anticipated;
- (v) Attacking or bombarding, by whatever means, towns, villages, dwellings or buildings which are undefended and which are not military objectives;
- (vi) Killing or wounding a combatant who, having laid down his arms or having no longer means of defence, has surrendered at discretion;
- (vii) Making improper use of a flag of truce, of the flag or of the military insignia and uniform of the enemy or of the United Nations, as well as of the distinctive emblems of the Geneva Conventions, resulting in death or serious personal injury;
- (viii) The transfer, directly or indirectly, by the Occupying Power of parts of its own civilian population into the territory it occupies, or the deportation or transfer of all or parts of the population of the occupied territory within or outside this territory;

- (ix) Intentionally directing attacks against buildings dedicated to religion, education, art, science or charitable purposes, historic monuments, hospitals and places where the sick and wounded are collected, provided they are not military objectives;
- (x) Subjecting persons who are in the power of an adverse party to physical mutilation or to medical or scientific experiments of any kind which are neither justified by the medical, dental or hospital treatment of the person concerned nor carried out in his or her interest, and which cause death to or seriously endanger the health of such person or persons;
- (xi) Killing or wounding treacherously individuals belonging to the hostile nation or army;
- (xii) Declaring that no quarter will be given;
- (xiii) Destroying or seizing the enemy's property unless such destruction or seizure be imperatively demanded by the necessities of war;
- (xiv) Declaring abolished, suspended or inadmissible in a court of law the rights and actions of the nationals of the hostile party;
- (xv) Compelling the nationals of the hostile party to take part in the operations of war directed against their own country, even if they were in the belligerent's service before the commencement of the war;
- (xvi) Pillaging a town or place, even when taken by assault;
- (xvii) Employing poison or poisoned weapons;
- (xviii) Employing asphyxiating, poisonous or other gases, and all analogous liquids, materials or devices;
- (xix) Employing bullets which expand or flatten easily in the human body, such as bullets with a hard envelope which does not entirely cover the core or is pierced with incisions;
- (xx) Employing weapons, projectiles and material and methods of warfare which are of a nature to cause superfluous injury or unnecessary suffering or which are

inherently indiscriminate in violation of the international law of armed conflict, provided that such weapons, projectiles and material and methods of warfare are the subject of a comprehensive prohibition and are included in an annex to this Statute, by an amendment in accordance with the relevant provisions set forth in articles 121 and 123;

- (xxi) Committing outrages upon personal dignity, in particular humiliating and degrading treatment;
- (xxii) Committing rape, sexual slavery, enforced prostitution, forced pregnancy, as defined in article 7, paragraph 2 (f), enforced sterilization, or any other form of sexual violence also constituting a grave breach of the Geneva Conventions;
- (xxiii) Utilizing the presence of a civilian or other protected person to render certain points, areas or military forces immune from military operations;
- (xxiv) Intentionally directing attacks against buildings, material, medical units and transport, and personnel using the distinctive emblems of the Geneva Conventions in conformity with international law;
- (xxv) Intentionally using starvation of civilians as a method of warfare by depriving them of objects indispensable to their survival, including wilfully impeding relief supplies as provided for under the Geneva Conventions;
- (xxvi) Conscripting or enlisting children under the age of fifteen years into the national armed forces or using them to participate actively in hostilities.

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

cause:

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

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

(iii) Taking of hostages;

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

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

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

(i) Intentionally directing attacks against the civilian population as such or against individual civilians not taking direct part in hostilities;

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

(iii) Intentionally directing attacks against personnel, installations, material, units or vehicles involved in a humanitarian assistance or peacekeeping mission in accordance with the Charter of the United Nations, as long as they are entitled to the protection given to civilians or civilian objects under the international law of armed conflict;

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

riots, isolated and sporadic acts of violence or other acts of a similar nature. It applies to armed conflicts that take place in the territory of a State when there is protracted armed conflict between governmental authorities and organized armed groups or between such groups.

3.Nothing in paragraph 2 (c) and (e) shall affect the responsibility of a Government to maintain or re-establish law and order in the State or to defend the unity and territorial integrity of the State, by all legitimate means.

Article 9

Elements of Crimes

1.Elements of Crimes shall assist the Court in the interpretation and application of articles 6, 7 and 8. They shall be adopted by a two-thirds majority of the members of the Assembly of States Parties.

2.Amendments to the Elements of Crimes may be proposed by:

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

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

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

Article 10

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

Article 11

Jurisdiction *ratione temporis*

1. The Court has jurisdiction only with respect to crimes committed after the entry into force of this Statute.

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

Article 12

Preconditions to the exercise of jurisdiction

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

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

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

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

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

Article 13

Exercise of jurisdiction

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

- (a) A situation in which one or more of such crimes appears to have been committed is referred to the Prosecutor by a State Party in accordance with article 14;
- (b) A situation in which one or more of such crimes appears to have been committed is referred to the Prosecutor by the Security Council acting under Chapter VII of the Charter of the United Nations; or
- (c) The Prosecutor has initiated an investigation in respect of such a crime in accordance with article 15.

Article 14

Referral of a situation by a State Party

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

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

Article 15

Prosecutor

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

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

3. If the Prosecutor concludes that there is a reasonable basis to proceed with an investigation, he or she shall submit to the Pre-Trial Chamber a request for authorization of an investigation, together with any supporting material collected. Victims may make representations to the Pre-Trial Chamber, in accordance with the Rules of Procedure and Evidence.

4. If the Pre-Trial Chamber, upon examination of the request and the supporting material, considers that there is a reasonable basis to proceed with an investigation,

and that the case appears to fall within the jurisdiction of the Court, it shall authorize the commencement of the investigation, without prejudice to subsequent determinations by the Court with regard to the jurisdiction and admissibility of a case.

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

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

Article 16

Deferral of investigation or prosecution

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

Article 17

Issues of admissibility

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

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

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

- (a) The proceedings were or are being undertaken or the national decision was made for the purpose of shielding the person concerned from criminal responsibility for crimes within the jurisdiction of the Court referred to in article 5;
- (b) There has been an unjustified delay in the proceedings which in the circumstances is inconsistent with an intent to bring the person concerned to justice;
- (c) The proceedings were not or are not being conducted independently or impartially, and they were or are being conducted in a manner which, in the circumstances, is inconsistent with an intent to bring the person concerned to justice.

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

testimony or otherwise unable to carry out its proceedings.

Article 18

Preliminary rulings regarding admissibility

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

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

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

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

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

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

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

Article 19

Challenges to the jurisdiction of the Court

or the admissibility of a case

1. The Court shall satisfy itself that it has jurisdiction in any case brought before it. The Court may, on its own motion, determine the admissibility of a case in accordance with article 17.

2. Challenges to the admissibility of a case on the grounds referred to in article 17 or challenges to the jurisdiction of the Court may be made by:

- (a) An accused or a person for whom a warrant of arrest or a summons to appear has been issued under article 58;
- (b) A State which has jurisdiction over a case, on the ground that it is investigating or prosecuting the case or has investigated or prosecuted; or
- (c) A State from which acceptance of jurisdiction is required under article 12.

3. The Prosecutor may seek a ruling from the Court regarding a question of jurisdiction or admissibility. In proceedings with respect to jurisdiction or admissibility, those who have referred the situation under article 13, as well as victims, may also submit observations to the Court.

4. The admissibility of a case or the jurisdiction of the Court may be challenged only once by any person or State referred to in paragraph 2. The challenge shall take place prior to or at the commencement of the trial. In exceptional circumstances, the Court may grant leave for a challenge to be brought more than once or at a time later than the commencement of the trial. Challenges to the admissibility of a case, at the commencement of a trial, or subsequently with the leave of the Court, may be based only on article 17, paragraph 1 (c).

5. A State referred to in paragraph 2 (b) and (c) shall make a challenge at the earliest opportunity.

6. Prior to the confirmation of the charges, challenges to the admissibility of a case or challenges to the jurisdiction of the Court shall be referred to the Pre-Trial Chamber. After confirmation of the charges, they shall be referred to the Trial Chamber.

Decisions with respect to jurisdiction or admissibility may be appealed to the Appeals Chamber in accordance with article 82.

7. If a challenge is made by a State referred to in paragraph 2 (b) or (c), the Prosecutor shall suspend the investigation until such time as the Court makes a determination in

accordance with article 17.

8. Pending a ruling by the Court, the Prosecutor may seek authority from the Court:

- (a) To pursue necessary investigative steps of the kind referred to in article 18, paragraph 6;
- (b) To take a statement or testimony from a witness or complete the collection and examination of evidence which had begun prior to the making of the challenge; and
- (c) In cooperation with the relevant States, to prevent the absconding of persons in respect of whom the Prosecutor has already requested a warrant of arrest under article 58.

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

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

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

Article 20

Ne bis in idem

1. Except as provided in this Statute, no person shall be tried before the Court with respect to conduct which formed the basis of crimes for which the person has been convicted or acquitted by the Court.
2. No person shall be tried by another court for a crime referred to in article 5 for which that person has already been convicted or acquitted by the Court.
3. No person who has been tried by another court for conduct also proscribed under article 6, 7 or 8 shall be tried by the Court with respect to the same conduct unless the proceedings in the other court:
 - (a) Were for the purpose of shielding the person concerned from criminal responsibility for crimes within the jurisdiction of the Court; or
 - (b) Otherwise were not conducted independently or impartially in accordance with the norms of due process recognized by international law and were conducted in a manner which, in the circumstances, was inconsistent with an intent to bring the person concerned to justice.

Article 21

Applicable law

1. The Court shall apply:
 - (a) In the first place, this Statute, Elements of Crimes and its Rules of Procedure and Evidence;

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

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

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

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

PART 3. GENERAL PRINCIPLES OF CRIMINAL LAW

CHULALONGKORN UNIVERSITY

Article 22

Nullum crimen sine lege

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

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

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

Article 23

Nulla poena sine lege

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

Article 24

Non-retroactivity ratione personae

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

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

Article 25

Individual criminal responsibility

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

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

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

- (a) Commits such a crime, whether as an individual, jointly with another or through another person, regardless of whether that other person is criminally responsible;
- (b) Orders, solicits or induces the commission of such a crime which in fact occurs or is attempted;
- (c) For the purpose of facilitating the commission of such a crime, aids, abets or otherwise assists in its commission or its attempted commission, including providing the means for its commission;
- (d) In any other way contributes to the commission or attempted commission of such a crime by a group of persons acting with a common purpose. Such contribution shall be intentional and shall either:
 - (i) Be made with the aim of furthering the criminal activity or criminal purpose of the group, where such activity or purpose involves the commission of a crime within the jurisdiction of the Court; or
 - (ii) Be made in the knowledge of the intention of the group to commit the crime;
- (e) In respect of the crime of genocide, directly and publicly incites others to commit genocide;
- (f) Attempts to commit such a crime by taking action that commences its execution by means of a substantial step, but the crime does not occur because of circumstances independent of the person's intentions. However, a person who abandons the effort to commit the crime or otherwise prevents the completion of the crime shall not be liable for punishment under this Statute for the attempt to

commit that crime if that person completely and voluntarily gave up the criminal purpose.

4.No provision in this Statute relating to individual criminal responsibility shall affect the responsibility of States under international law.

Article 26

Exclusion of jurisdiction over persons under eighteen

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

Article 27

Irrelevance of official capacity

1.This Statute shall apply equally to all persons without any distinction based on official capacity. In particular, official capacity as a Head of State or Government, a member of a Government or parliament, an elected representative or a government official shall in no case exempt a person from criminal responsibility under this Statute, nor shall it, in and of itself, constitute a ground for reduction of sentence.

2.Immunities or special procedural rules which may attach to the official capacity of a person, whether under national or international law, shall not bar the Court from exercising its jurisdiction over such a person.

Article 28

Responsibility of commanders and other superiors

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

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

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

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

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

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

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

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

Article 29

Non-applicability of statute of limitations

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

Article 30

Mental element

1. Unless otherwise provided, a person shall be criminally responsible and liable for punishment for a crime within the jurisdiction of the Court only if the material elements are committed with intent and knowledge.
2. For the purposes of this article, a person has intent where:
 - (a) In relation to conduct, that person means to engage in the conduct;
 - (b) In relation to a consequence, that person means to cause that consequence or is aware that it will occur in the ordinary course of events.
3. For the purposes of this article, "knowledge" means awareness that a circumstance exists or a consequence will occur in the ordinary course of events. "Know" and "knowingly" shall be construed accordingly.

Article 31

Grounds for excluding criminal responsibility

1. In addition to other grounds for excluding criminal responsibility provided for in this Statute, a person shall not be criminally responsible if, at the time of that person's conduct:

(a) The person suffers from a mental disease or defect that destroys that person's capacity to appreciate the unlawfulness or nature of his or her conduct, or capacity to control his or her conduct to conform to the requirements of law;

(b) The person is in a state of intoxication that destroys that person's capacity to appreciate the unlawfulness or nature of his or her conduct, or capacity to control his or her conduct to conform to the requirements of law, unless the person has become voluntarily intoxicated under such circumstances that the person knew, or disregarded the risk, that, as a result of the intoxication, he or she was likely to engage in conduct constituting a crime within the jurisdiction of the Court;

(c) The person acts reasonably to defend himself or herself or another person or, in the case of war crimes, property which is essential for the survival of the person or another person or property which is essential for accomplishing a military mission, against an imminent and unlawful use of force in a manner proportionate to the degree of danger to the person or the other person or property protected. The fact that the person was involved in a defensive operation conducted by forces shall not in itself constitute a ground for excluding criminal responsibility under this subparagraph;

(d) The conduct which is alleged to constitute a crime within the jurisdiction of the Court has been caused by duress resulting from a threat of imminent death or of continuing or imminent serious bodily harm against that person or another person, and the person acts necessarily and reasonably to avoid this threat, provided that the person does not intend to cause a greater harm than the one sought to be avoided. Such a threat may either be:

(i) Made by other persons; or

(ii) Constituted by other circumstances beyond that person's control.

2.The Court shall determine the applicability of the grounds for excluding criminal responsibility provided for in this Statute to the case before it.

3.At trial, the Court may consider a ground for excluding criminal responsibility other than those referred to in paragraph 1 where such a ground is derived from applicable law as set forth in article 21. The procedures relating to the consideration of such a ground shall be provided for in the Rules of Procedure and Evidence.

Article 32

Mistake of fact or mistake of law

1.A mistake of fact shall be a ground for excluding criminal responsibility only if it negates the mental element required by the crime.

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

Article 33

Superior orders and prescription of law

1.The fact that a crime within the jurisdiction of the Court has been committed by a person pursuant to an order of a Government or of a superior, whether military or civilian, shall not relieve that person of criminal responsibility unless:

- (a) The person was under a legal obligation to obey orders of the Government or the superior in question;
- (b) The person did not know that the order was unlawful; and
- (c) The order was not manifestly unlawful.

2. For the purposes of this article, orders to commit genocide or crimes against humanity are manifestly unlawful.

PART 4. COMPOSITION AND ADMINISTRATION OF THE COURT

Article 34

Organs of the Court

The Court shall be composed of the following organs:

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

Article 35

Service of judges

1. All judges shall be elected as full-time members of the Court and shall be available to serve on that basis from the commencement of their terms of office.

2.The judges composing the Presidency shall serve on a full-time basis as soon as they are elected.

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

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

Article 36

Qualifications, nomination and election of judges

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

and voting.

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

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

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

- (i) The representation of the principal legal systems of the world;
- (ii) Equitable geographical representation; and
- (iii) A fair representation of female and male judges.

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

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

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

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

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

Article 37

Judicial vacancies

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

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

Article 38

The Presidency

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

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

of the President in the event that both the President and the First Vice-President are unavailable or disqualified.

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

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

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

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

Article 39

Chambers

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

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

by Chambers.

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

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

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

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

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

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

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

Article 40

Independence of the judges

1. The judges shall be independent in the performance of their functions.
2. Judges shall not engage in any activity which is likely to interfere with their judicial functions or to affect confidence in their independence.
3. Judges required to serve on a full-time basis at the seat of the Court shall not engage in any other occupation of a professional nature.
4. Any question regarding the application of paragraphs 2 and 3 shall be decided by an absolute majority of the judges. Where any such question concerns an individual judge, that judge shall not take part in the decision.

Article 41

Excusing and disqualification of judges

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

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

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

Article 42

The Office of the Prosecutor

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

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

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

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

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

6. The Presidency may excuse the Prosecutor or a Deputy Prosecutor, at his or her request, from acting in a particular case.

7. Neither the Prosecutor nor a Deputy Prosecutor shall participate in any matter in which their impartiality might reasonably be doubted on any ground. They shall be disqualified from a case in accordance with this paragraph if, *inter alia*, they have previously been involved in any capacity in that case before the Court or in a related criminal case at the national level involving the person being investigated or prosecuted.

8. Any question as to the disqualification of the Prosecutor or a Deputy Prosecutor shall be decided by the Appeals Chamber.

- (a) The person being investigated or prosecuted may at any time request the disqualification of the Prosecutor or a Deputy Prosecutor on the grounds set out in this article;
- (b) The Prosecutor or the Deputy Prosecutor, as appropriate, shall be entitled to present his or her comments on the matter;

9. The Prosecutor shall appoint advisers with legal expertise on specific issues, including, but not limited to, sexual and gender violence and violence against children.

Article 43

The Registry

1 The Registry shall be responsible for the non-judicial aspects of the administration and servicing of the Court, without prejudice to the functions and powers of the Prosecutor in accordance with article 42.

2. The Registry shall be headed by the Registrar, who shall be the principal administrative officer of the Court. The Registrar shall exercise his or her functions under the authority of the President of the Court.

3. The Registrar and the Deputy Registrar shall be persons of high moral character, be highly competent and have an excellent knowledge of and be fluent in at least one of the working languages of the Court.

4 The judges shall elect the Registrar by an absolute majority by secret ballot, taking into account any recommendation by the Assembly of States Parties. If the need arises and upon the recommendation of the Registrar, the judges shall elect, in the same manner, a Deputy Registrar.

5. The Registrar shall hold office for a term of five years, shall be eligible for re-election once and shall serve on a full-time basis. The Deputy Registrar shall hold office for a term of five years or such shorter term as may be decided upon by an absolute majority of the judges, and may be elected on the basis that the Deputy Registrar shall be called upon to serve as required.

6. The Registrar shall set up a Victims and Witnesses Unit within the Registry. This Unit shall provide, in consultation with the Office of the Prosecutor, protective measures and security arrangements, counselling and other appropriate assistance for witnesses, victims who appear before the Court, and others who are at risk on account of testimony given by such witnesses. The Unit shall include staff with expertise in trauma, including trauma related to crimes of sexual violence.

Article 44

Staff

1. The Prosecutor and the Registrar shall appoint such qualified staff as may be required to their respective offices. In the case of the Prosecutor, this shall include the appointment of investigators.

2. In the employment of staff, the Prosecutor and the Registrar shall ensure the highest standards of efficiency, competency and integrity, and shall have regard, mutatis mutandis, to the criteria set forth in article 36, paragraph 8.

3 The Registrar, with the agreement of the Presidency and the Prosecutor, shall propose Staff Regulations which include the terms and conditions upon which the staff of the Court shall be appointed, remunerated and dismissed. The Staff Regulations shall be approved by the Assembly of States Parties.

4 The Court may, in exceptional circumstances, employ the expertise of gratis personnel offered by States Parties, intergovernmental organizations or non-governmental organizations to assist with the work of any of the organs of the Court. The Prosecutor may accept any such offer on behalf of the Office of the Prosecutor. Such gratis personnel shall be employed in accordance with guidelines to be

established by the Assembly of States Parties.

Article 45

Solemn undertaking

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

Article 46

Removal from office

1.A judge, the Prosecutor, a Deputy Prosecutor, the Registrar or the Deputy Registrar shall be removed from office if a decision to this effect is made in accordance with paragraph 2, in cases where that person:

- (a) Is found to have committed serious misconduct or a serious breach of his or her duties under this Statute, as provided for in the Rules of Procedure and Evidence; or
- (b) Is unable to exercise the functions required by this Statute.

2.A decision as to the removal from office of a judge, the Prosecutor or a Deputy Prosecutor under paragraph 1 shall be made by the Assembly of States Parties, by secret ballot:

- (a) In the case of a judge, by a two-thirds majority of the States Parties upon a recommendation adopted by a two-thirds majority of the other judges;
- (b) In the case of the Prosecutor, by an absolute majority of the States Parties;

(c) In the case of a Deputy Prosecutor, by an absolute majority of the States Parties upon the recommendation of the Prosecutor.

3 A decision as to the removal from office of the Registrar or Deputy Registrar shall be made by an absolute majority of the judges.

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

Article 47

Disciplinary measures

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

Article 48

Privileges and immunities

1. The Court shall enjoy in the territory of each State Party such privileges and immunities as are necessary for the fulfilment of its purposes.

2.The judges, the Prosecutor, the Deputy Prosecutors and the Registrar shall, when engaged on or with respect to the business of the Court, enjoy the same privileges and immunities as are accorded to heads of diplomatic missions and shall, after the expiry of their terms of office, continue to be accorded immunity from legal process of every kind in respect of words spoken or written and acts performed by them in their official capacity.

3.The Deputy Registrar, the staff of the Office of the Prosecutor and the staff of the Registry shall enjoy the privileges and immunities and facilities necessary for the performance of their functions, in accordance with the agreement on the privileges and immunities of the Court.

4.Counsel, experts, witnesses or any other person required to be present at the seat of the Court shall be accorded such treatment as is necessary for the proper functioning of the Court, in accordance with the agreement on the privileges and immunities of the Court.

5.The privileges and immunities of:

- (a) A judge or the Prosecutor may be waived by an absolute majority of the judges;
- (b) The Registrar may be waived by the Presidency;
- (c) The Deputy Prosecutors and staff of the Office of the Prosecutor may be waived by the Prosecutor;
- (d) The Deputy Registrar and staff of the Registry may be waived by the Registrar.

Article 49

Salaries, allowances and expenses

The judges, the Prosecutor, the Deputy Prosecutors, the Registrar and the Deputy Registrar shall receive such salaries, allowances and expenses as may be decided

upon by the Assembly of States Parties. These salaries and allowances shall not be reduced during their terms of office.

Article 50

Official and working languages

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

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

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

Article 51

Rules of Procedure and Evidence

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

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

(a) Any State Party;

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

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

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

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

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

Article 52

Regulations of the Court

1. The judges shall, in accordance with this Statute and the Rules of Procedure and Evidence, adopt, by an absolute majority, the Regulations of the Court necessary for its routine functioning.

2.The Prosecutor and the Registrar shall be consulted in the elaboration of the Regulations and any amendments thereto.

3.The Regulations and any amendments thereto shall take effect upon adoption unless otherwise decided by the judges. Immediately upon adoption, they shall be circulated to States Parties for comments. If within six months there are no objections from a majority of States Parties, they shall remain in force.

PART 5. INVESTIGATION AND PROSECUTION

Article 53

Initiation of an investigation

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Article 54

Duties and powers of the Prosecutor with respect to investigations

1. The Prosecutor shall:
 - (a) In order to establish the truth, extend the investigation to cover all facts and evidence relevant to an assessment of whether there is criminal responsibility under this Statute, and, in doing so, investigate incriminating and exonerating circumstances equally;
 - (b) Take appropriate measures to ensure the effective investigation and prosecution of crimes within the jurisdiction of the Court, and in doing so, respect the interests and personal circumstances of victims and witnesses, including age, gender as defined in article 7, paragraph 3, and health, and take into account the nature of the crime, in particular where it involves sexual violence, gender violence or violence against children; and
 - (c) Fully respect the rights of persons arising under this Statute.

2. The Prosecutor may conduct investigations on the territory of a State:
 - (a) In accordance with the provisions of Part 9; or
 - (b) As authorized by the Pre-Trial Chamber under article 57, paragraph 3 (d).

3. The Prosecutor may:
 - (a) Collect and examine evidence;
 - (b) Request the presence of and question persons being investigated, victims and witnesses;
 - (c) Seek the cooperation of any State or intergovernmental organization or arrangement in accordance with its respective competence and/or mandate;
 - (d) Enter into such arrangements or agreements, not inconsistent with this Statute, as may be necessary to facilitate the cooperation of a State, intergovernmental organization or person;

- (e) Agree not to disclose, at any stage of the proceedings, documents or information that the Prosecutor obtains on the condition of confidentiality and solely for the purpose of generating new evidence, unless the provider of the information consents; and
- (f) Take necessary measures, or request that necessary measures be taken, to ensure the confidentiality of information, the protection of any person or the preservation of evidence.



Article 55

Rights of persons during an investigation

1 In respect of an investigation under this Statute, a person:

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

2. Where there are grounds to believe that a person has committed a crime within the jurisdiction of the Court and that person is about to be questioned either by the Prosecutor, or by national authorities pursuant to a request made under Part 9, that

person shall also have the following rights of which he or she shall be informed prior to being questioned:

- (a) To be informed, prior to being questioned, that there are grounds to believe that he or she has committed a crime within the jurisdiction of the Court;
- (b) To remain silent, without such silence being a consideration in the determination of guilt or innocence;
- (c) To have legal assistance of the person's choosing, or, if the person does not have legal assistance, to have legal assistance assigned to him or her, in any case where the interests of justice so require, and without payment by the person in any such case if the person does not have sufficient means to pay for it; and
- (d) To be questioned in the presence of counsel unless the person has voluntarily waived his or her right to counsel.

Article 56

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

1. (a) Where the Prosecutor considers an investigation to present a unique opportunity to take testimony or a statement from a witness or to examine, collect or test evidence, which may not be available subsequently for the purposes of a trial, the Prosecutor shall so inform the Pre-Trial Chamber.

(b) In that case, the Pre-Trial Chamber may, upon request of the Prosecutor, take such measures as may be necessary to ensure the efficiency and integrity of the proceedings and, in particular, to protect the rights of the defence.

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

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

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

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

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

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

weight as determined by the Trial Chamber.

Article 57

Functions and powers of the Pre-Trial Chamber

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

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

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

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

(a) At the request of the Prosecutor, issue such orders and warrants as may be required for the purposes of an investigation;

(b) Upon the request of a person who has been arrested or has appeared pursuant to a summons under article 58, issue such orders, including measures such as those described in article 56, or seek such cooperation pursuant to Part 9 as may be necessary to assist the person in the preparation of his or her defence;

(c) Where necessary, provide for the protection and privacy of victims and witnesses, the preservation of evidence, the protection of persons who have been arrested or appeared in response to a summons, and the protection of national security information;

(d) Authorize the Prosecutor to take specific investigative steps within the territory of a State Party without having secured the cooperation of that State under Part 9 if, whenever possible having regard to the views of the State concerned, the Pre-Trial Chamber has determined in that case that the State is clearly unable to execute a request for cooperation due to the unavailability of any authority or any component of its judicial system competent to execute the request for cooperation under Part 9.

(e) Where a warrant of arrest or a summons has been issued under article 58, and having due regard to the strength of the evidence and the rights of the parties concerned, as provided for in this Statute and the Rules of Procedure and Evidence, seek the cooperation of States pursuant to article 93, paragraph 1 (k), to take protective measures for the purpose of forfeiture, in particular for the ultimate benefit of victims.

Article 58

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

1. At any time after the initiation of an investigation, the Pre-Trial Chamber shall, on the application of the Prosecutor, issue a warrant of arrest of a person if, having examined the application and the evidence or other information submitted by the Prosecutor, it is satisfied that:

- (a) There are reasonable grounds to believe that the person has committed a crime within the jurisdiction of the Court; and
- (b) The arrest of the person appears necessary:
 - (i) To ensure the person's appearance at trial,
 - (ii) To ensure that the person does not obstruct or endanger the investigation or the court proceedings, or

(iii) Where applicable, to prevent the person from continuing with the commission of that crime or a related crime which is within the jurisdiction of the Court and which arises out of the same circumstances.

2.The application of the Prosecutor shall contain:

- (a) The name of the person and any other relevant identifying information;
- (b) A specific reference to the crimes within the jurisdiction of the Court which the person is alleged to have committed;
- (c) A concise statement of the facts which are alleged to constitute those crimes;
- (d) A summary of the evidence and any other information which establish reasonable grounds to believe that the person committed those crimes; and
- (e) The reason why the Prosecutor believes that the arrest of the person is necessary.

3.The warrant of arrest shall contain:

- (a) The name of the person and any other relevant identifying information;
- (b) A specific reference to the crimes within the jurisdiction of the Court for which the person's arrest is sought; and
- (c) A concise statement of the facts which are alleged to constitute those crimes.

4.The warrant of arrest shall remain in effect until otherwise ordered by the Court.

5.On the basis of the warrant of arrest, the Court may request the provisional arrest or the arrest and surrender of the person under Part 9.

6.The Prosecutor may request the Pre-Trial Chamber to amend the warrant of arrest by modifying or adding to the crimes specified therein. The Pre-Trial Chamber shall so amend the warrant if it is satisfied that there are reasonable grounds to believe that the person committed the modified or additional crimes.

7. As an alternative to seeking a warrant of arrest, the Prosecutor may submit an application requesting that the Pre-Trial Chamber issue a summons for the person to appear. If the Pre-Trial Chamber is satisfied that there are reasonable grounds to believe that the person committed the crime alleged and that a summons is sufficient to ensure the person's appearance, it shall issue the summons, with or without conditions restricting liberty (other than detention) if provided for by national law, for the person to appear. The summons shall contain:

- (a) The name of the person and any other relevant identifying information;
- (b) The specified date on which the person is to appear;
- (c) A specific reference to the crimes within the jurisdiction of the Court which the person is alleged to have committed; and
- (d) A concise statement of the facts which are alleged to constitute the crime.

The summons shall be served on the person.

Article 59

Arrest proceedings in the custodial State

1. A State Party which has received a request for provisional arrest or for arrest and surrender shall immediately take steps to arrest the person in question in accordance with its laws and the provisions of Part 9.

2. A person arrested shall be brought promptly before the competent judicial authority in the custodial State which shall determine, in accordance with the law of that State, that:

- (a) The warrant applies to that person;
- (b) The person has been arrested in accordance with the proper process; and

(c) The person's rights have been respected.

3. The person arrested shall have the right to apply to the competent authority in the custodial State for interim release pending surrender.

4. In reaching a decision on any such application, the competent authority in the custodial State shall consider whether, given the gravity of the alleged crimes, there are urgent and exceptional circumstances to justify interim release and whether necessary safeguards exist to ensure that the custodial State can fulfil its duty to surrender the person to the Court. It shall not be open to the competent authority of the custodial State to consider whether the warrant of arrest was properly issued in accordance with article 58, paragraph 1 (a) and (b).

5. The Pre-Trial Chamber shall be notified of any request for interim release and shall make recommendations to the competent authority in the custodial State. The competent authority in the custodial State shall give full consideration to such recommendations, including any recommendations on measures to prevent the escape of the person, before rendering its decision.

6. If the person is granted interim release, the Pre-Trial Chamber may request periodic reports on the status of the interim release.

7. Once ordered to be surrendered by the custodial State, the person shall be delivered to the Court as soon as possible.

Article 60

Initial proceedings before the Court

1. Upon the surrender of the person to the Court, or the person's appearance before the Court voluntarily or pursuant to a summons, the Pre-Trial Chamber shall satisfy itself that the person has been informed of the crimes which he or she is alleged to

have committed, and of his or her rights under this Statute, including the right to apply for interim release pending trial.

2.A person subject to a warrant of arrest may apply for interim release pending trial. If the Pre-Trial Chamber is satisfied that the conditions set forth in article 58, paragraph 1, are met, the person shall continue to be detained. If it is not so satisfied, the Pre-Trial Chamber shall release the person, with or without conditions.

3.The Pre-Trial Chamber shall periodically review its ruling on the release or detention of the person, and may do so at any time on the request of the Prosecutor or the person. Upon such review, it may modify its ruling as to detention, release or conditions of release, if it is satisfied that changed circumstances so require.

4.The Pre-Trial Chamber shall ensure that a person is not detained for an unreasonable period prior to trial due to inexcusable delay by the Prosecutor. If such delay occurs, the Court shall consider releasing the person, with or without conditions.

5.If necessary, the Pre-Trial Chamber may issue a warrant of arrest to secure the presence of a person who has been released.

Article 61

Confirmation of the charges before trial

1.Subject to the provisions of paragraph 2, within a reasonable time after the person's surrender or voluntary appearance before the Court, the Pre-Trial Chamber shall hold a hearing to confirm the charges on which the Prosecutor intends to seek trial. The hearing shall be held in the presence of the Prosecutor and the person charged, as well as his or her counsel.

2. The Pre-Trial Chamber may, upon request of the Prosecutor or on its own motion, hold a hearing in the absence of the person charged to confirm the charges on which the Prosecutor intends to seek trial when the person has:

- (a) Waived his or her right to be present; or
- (b) Fled or cannot be found and all reasonable steps have been taken to secure his or her appearance before the Court and to inform the person of the charges and that a hearing to confirm those charges will be held.

In that case, the person shall be represented by counsel where the Pre-Trial Chamber determines that it is in the interests of justice.

3. Within a reasonable time before the hearing, the person shall:

- (a) Be provided with a copy of the document containing the charges on which the Prosecutor intends to bring the person to trial; and
- (b) Be informed of the evidence on which the Prosecutor intends to rely at the hearing.

The Pre-Trial Chamber may issue orders regarding the disclosure of information for the purposes of the hearing.

4. Before the hearing, the Prosecutor may continue the investigation and may amend or withdraw any charges. The person shall be given reasonable notice before the hearing of any amendment to or withdrawal of charges. In case of a withdrawal of charges, the Prosecutor shall notify the Pre-Trial Chamber of the reasons for the withdrawal.

5. At the hearing, the Prosecutor shall support each charge with sufficient evidence to establish substantial grounds to believe that the person committed the crime charged. The Prosecutor may rely on documentary or summary evidence and need not call the witnesses expected to testify at the trial.

6. At the hearing, the person may:

- (a) Object to the charges;
- (b) Challenge the evidence presented by the Prosecutor; and
- (c) Present evidence.

7. The Pre-Trial Chamber shall, on the basis of the hearing, determine whether there is sufficient evidence to establish substantial grounds to believe that the person committed each of the crimes charged. Based on its determination, the Pre-Trial Chamber shall:

- (a) Confirm those charges in relation to which it has determined that there is sufficient evidence, and commit the person to a Trial Chamber for trial on the charges as confirmed;
- (b) Decline to confirm those charges in relation to which it has determined that there is insufficient evidence;
- (c) Adjourn the hearing and request the Prosecutor to consider:
 - (i) Providing further evidence or conducting further investigation with respect to a particular charge; or
 - (ii) Amending a charge because the evidence submitted appears to establish a different crime within the jurisdiction of the Court.

8. Where the Pre-Trial Chamber declines to confirm a charge, the Prosecutor shall not be precluded from subsequently requesting its confirmation if the request is supported by additional evidence.

9. After the charges are confirmed and before the trial has begun, the Prosecutor may, with the permission of the Pre-Trial Chamber and after notice to the accused, amend the charges. If the Prosecutor seeks to add additional charges or to substitute more serious charges, a hearing under this article to confirm those charges must be held. After commencement of the trial, the Prosecutor may, with the permission of the Trial Chamber, withdraw the charges.

10. Any warrant previously issued shall cease to have effect with respect to any charges which have not been confirmed by the Pre-Trial Chamber or which have been withdrawn by the Prosecutor.

11. Once the charges have been confirmed in accordance with this article, the Presidency shall constitute a Trial Chamber which, subject to paragraph 9 and to article 64, paragraph 4, shall be responsible for the conduct of subsequent proceedings and may exercise any function of the Pre-Trial Chamber that is relevant and capable of application in those proceedings.



PART 6. THE TRIAL

Article 62

Place of trial

Unless otherwise decided, the place of the trial shall be the seat of the Court.



Article 63

Trial in the presence of the accused

1. The accused shall be present during the trial.

2. If the accused, being present before the Court, continues to disrupt the trial, the Trial Chamber may remove the accused and shall make provision for him or her to observe the trial and instruct counsel from outside the courtroom, through the use

of communications technology, if required. Such measures shall be taken only in exceptional circumstances after other reasonable alternatives have proved inadequate, and only for such duration as is strictly required.

Article 64

Functions and powers of the Trial Chamber

1. The functions and powers of the Trial Chamber set out in this article shall be exercised in accordance with this Statute and the Rules of Procedure and Evidence.
2. The Trial Chamber shall ensure that a trial is fair and expeditious and is conducted with full respect for the rights of the accused and due regard for the protection of victims and witnesses.
3. Upon assignment of a case for trial in accordance with this Statute, the Trial Chamber assigned to deal with the case shall:
 - (a) Confer with the parties and adopt such procedures as are necessary to facilitate the fair and expeditious conduct of the proceedings;
 - (b) Determine the language or languages to be used at trial; and
 - (c) Subject to any other relevant provisions of this Statute, provide for disclosure of documents or information not previously disclosed, sufficiently in advance of the commencement of the trial to enable adequate preparation for trial.
4. The Trial Chamber may, if necessary for its effective and fair functioning, refer preliminary issues to the Pre-Trial Chamber or, if necessary, to another available judge of the Pre-Trial Division.
5. Upon notice to the parties, the Trial Chamber may, as appropriate, direct that there be joinder or severance in respect of charges against more than one accused.
6. In performing its functions prior to trial or during the course of a trial, the Trial Chamber may, as necessary:

- (a) Exercise any functions of the Pre-Trial Chamber referred to in article 61, paragraph 11;
- (b) Require the attendance and testimony of witnesses and production of documents and other evidence by obtaining, if necessary, the assistance of States as provided in this Statute;
- (c) Provide for the protection of confidential information;
- (d) Order the production of evidence in addition to that already collected prior to the trial or presented during the trial by the parties;
- (e) Provide for the protection of the accused, witnesses and victims; and
- (f) Rule on any other relevant matters.

7. The trial shall be held in public. The Trial Chamber may, however, determine that special circumstances require that certain proceedings be in closed session for the purposes set forth in article 68, or to protect confidential or sensitive information to be given in evidence.

8. (a) At the commencement of the trial, the Trial Chamber shall have read to the accused the charges previously confirmed by the Pre-Trial Chamber. The Trial Chamber shall satisfy itself that the accused understands the nature of the charges. It shall afford him or her the opportunity to make an admission of guilt in accordance with article 65 or to plead not guilty.

(b) At the trial, the presiding judge may give directions for the conduct of proceedings, including to ensure that they are conducted in a fair and impartial manner. Subject to any directions of the presiding judge, the parties may submit evidence in accordance with the provisions of this Statute.

9. The Trial Chamber shall have, inter alia, the power on application of a party or on its own motion to:

- (a) Rule on the admissibility or relevance of evidence; and
- (b) Take all necessary steps to maintain order in the course of a hearing.

10The Trial Chamber shall ensure that a complete record of the trial, which accurately reflects the proceedings, is made and that it is maintained and preserved by the Registrar.

Article 65

Proceedings on an admission of guilt

1.Where the accused makes an admission of guilt pursuant to article 64, paragraph 8

(a), the Trial Chamber shall determine whether:

- (a) The accused understands the nature and consequences of the admission of guilt;
- (b) The admission is voluntarily made by the accused after sufficient consultation with defence counsel; and
- (c) The admission of guilt is supported by the facts of the case that are contained in:
 - (i) The charges brought by the Prosecutor and admitted by the accused;
 - (ii) Any materials presented by the Prosecutor which supplement the charges and which the accused accepts; and
 - (iii) Any other evidence, such as the testimony of witnesses, presented by the Prosecutor or the accused.

2.Where the Trial Chamber is satisfied that the matters referred to in paragraph 1 are established, it shall consider the admission of guilt, together with any additional evidence presented, as establishing all the essential facts that are required to prove

the crime to which the admission of guilt relates, and may convict the accused of that crime.

3. Where the Trial Chamber is not satisfied that the matters referred to in paragraph 1 are established, it shall consider the admission of guilt as not having been made, in which case it shall order that the trial be continued under the ordinary trial procedures provided by this Statute and may remit the case to another Trial Chamber.

4. Where the Trial Chamber is of the opinion that a more complete presentation of the facts of the case is required in the interests of justice, in particular the interests of the victims, the Trial Chamber may:

- (a) Request the Prosecutor to present additional evidence, including the testimony of witnesses; or
- (b) Order that the trial be continued under the ordinary trial procedures provided by this Statute, in which case it shall consider the admission of guilt as not having been made and may remit the case to another Trial Chamber.

5. Any discussions between the Prosecutor and the defence regarding modification of the charges, the admission of guilt or the penalty to be imposed shall not be binding on the Court.



Article 66

Presumption of innocence

1. Everyone shall be presumed innocent until proved guilty before the Court in accordance with the applicable law.

2. The onus is on the Prosecutor to prove the guilt of the accused.

3. In order to convict the accused, the Court must be convinced of the guilt of the accused beyond reasonable doubt.

Article 67

Rights of the accused

1. In the determination of any charge, the accused shall be entitled to a public hearing, having regard to the provisions of this Statute, to a fair hearing conducted impartially, and to the following minimum guarantees, in full equality:

- (a) To be informed promptly and in detail of the nature, cause and content of the charge, in a language which the accused fully understands and speaks;
- (b) To have adequate time and facilities for the preparation of the defence and to communicate freely with counsel of the accused's choosing in confidence;
- (c) To be tried without undue delay;
- (d) Subject to article 63, paragraph 2, to be present at the trial, to conduct the defence in person or through legal assistance of the accused's choosing, to be informed, if the accused does not have legal assistance, of this right and to have legal assistance assigned by the Court in any case where the interests of justice so require, and without payment if the accused lacks sufficient means to pay for it;
- (e) To examine, or have examined, the witnesses against him or her and to obtain the attendance and examination of witnesses on his or her behalf under the same conditions as witnesses against him or her. The accused shall also be entitled to raise defences and to present other evidence admissible under this Statute;
- (f) To have, free of any cost, the assistance of a competent interpreter and such translations as are necessary to meet the requirements of fairness, if any of the proceedings or documents presented to the Court are not in a language which the accused fully understands and speaks;

- (g) Not to be compelled to testify or to confess guilt and to remain silent, without such silence being a consideration in the determination of guilt or innocence;
- (h) To make an unsworn oral or written statement in his or her defence; and
- (i) Not to have imposed on him or her any reversal of the burden of proof or any onus of rebuttal.

2. In addition to any other disclosure provided for in this Statute, the Prosecutor shall, as soon as practicable, disclose to the defence evidence in the Prosecutor's possession or control which he or she believes shows or tends to show the innocence of the accused, or to mitigate the guilt of the accused, or which may affect the credibility of prosecution evidence. In case of doubt as to the application of this paragraph, the Court shall decide.

Article 68

Protection of the victims and witnesses and their participation in the proceedings

1. The Court shall take appropriate measures to protect the safety, physical and psychological well-being, dignity and privacy of victims and witnesses. In so doing, the Court shall have regard to all relevant factors, including age, gender as defined in article 7, paragraph 3, and health, and the nature of the crime, in particular, but not limited to, where the crime involves sexual or gender violence or violence against children. The Prosecutor shall take such measures particularly during the investigation and prosecution of such crimes. These measures shall not be prejudicial to or inconsistent with the rights of the accused and a fair and impartial trial.

2. As an exception to the principle of public hearings provided for in article 67, the Chambers of the Court may, to protect victims and witnesses or an accused, conduct any part of the proceedings in camera or allow the presentation of evidence by electronic or other special means. In particular, such measures shall be implemented

in the case of a victim of sexual violence or a child who is a victim or a witness, unless otherwise ordered by the Court, having regard to all the circumstances, particularly the views of the victim or witness.

3. Where the personal interests of the victims are affected, the Court shall permit their views and concerns to be presented and considered at stages of the proceedings determined to be appropriate by the Court and in a manner which is not prejudicial to or inconsistent with the rights of the accused and a fair and impartial trial. Such views and concerns may be presented by the legal representatives of the victims where the Court considers it appropriate, in accordance with the Rules of Procedure and Evidence.

4. The Victims and Witnesses Unit may advise the Prosecutor and the Court on appropriate protective measures, security arrangements, counselling and assistance as referred to in article 43, paragraph 6.

5. Where the disclosure of evidence or information pursuant to this Statute may lead to the grave endangerment of the security of a witness or his or her family, the Prosecutor may, for the purposes of any proceedings conducted prior to the commencement of the trial, withhold such evidence or information and instead submit a summary thereof. Such measures shall be exercised in a manner which is not prejudicial to or inconsistent with the rights of the accused and a fair and impartial trial.

6. A State may make an application for necessary measures to be taken in respect of the protection of its servants or agents and the protection of confidential or sensitive information.

Article 69

Evidence

1. Before testifying, each witness shall, in accordance with the Rules of Procedure and Evidence, give an undertaking as to the truthfulness of the evidence to be given by that witness.

2. The testimony of a witness at trial shall be given in person, except to the extent provided by the measures set forth in article 68 or in the Rules of Procedure and Evidence. The Court may also permit the giving of viva voce (oral) or recorded testimony of a witness by means of video or audio technology, as well as the introduction of documents or written transcripts, subject to this Statute and in accordance with the Rules of Procedure and Evidence. These measures shall not be prejudicial to or inconsistent with the rights of the accused.

3. The parties may submit evidence relevant to the case, in accordance with article 64. The Court shall have the authority to request the submission of all evidence that it considers necessary for the determination of the truth.

4. The Court may rule on the relevance or admissibility of any evidence, taking into account, inter alia, the probative value of the evidence and any prejudice that such evidence may cause to a fair trial or to a fair evaluation of the testimony of a witness, in accordance with the Rules of Procedure and Evidence.

5. The Court shall respect and observe privileges on confidentiality as provided for in the Rules of Procedure and Evidence.

6. The Court shall not require proof of facts of common knowledge but may take judicial notice of them.

7. Evidence obtained by means of a violation of this Statute or internationally recognized human rights shall not be admissible if:

- (a) The violation casts substantial doubt on the reliability of the evidence; or
- (b) The admission of the evidence would be antithetical to and would seriously damage the integrity of the proceedings.

8. When deciding on the relevance or admissibility of evidence collected by a State, the Court shall not rule on the application of the State's national law.

Article 70

Offences against the administration of justice

1. The Court shall have jurisdiction over the following offences against its administration of justice when committed intentionally:

- (a) Giving false testimony when under an obligation pursuant to article 69, paragraph 1, to tell the truth;
- (b) Presenting evidence that the party knows is false or forged;
- (c) Corruptly influencing a witness, obstructing or interfering with the attendance or testimony of a witness, retaliating against a witness for giving testimony or destroying, tampering with or interfering with the collection of evidence;
- (d) Impeding, intimidating or corruptly influencing an official of the Court for the purpose of forcing or persuading the official not to perform, or to perform improperly, his or her duties;
- (e) Retaliating against an official of the Court on account of duties performed by that or another official;
- (f) Soliciting or accepting a bribe as an official of the Court in connection with his or her official duties.

2. The principles and procedures governing the Court's exercise of jurisdiction over offences under this article shall be those provided for in the Rules of Procedure and Evidence. The conditions for providing international cooperation to the Court with respect to its proceedings under this article shall be governed by the domestic laws of the requested State.

3. In the event of conviction, the Court may impose a term of imprisonment not exceeding five years, or a fine in accordance with the Rules of Procedure and Evidence, or both.

4. (a) Each State Party shall extend its criminal laws penalizing offences against the integrity of its own investigative or judicial process to offences against the administration of justice referred to in this article, committed on its territory, or by one of its nationals;

(b) Upon request by the Court, whenever it deems it proper, the State Party shall submit the case to its competent authorities for the purpose of prosecution. Those authorities shall treat such cases with diligence and devote sufficient resources to enable them to be conducted effectively.

Article 71

Sanctions for misconduct before the Court

1. The Court may sanction persons present before it who commit misconduct, including disruption of its proceedings or deliberate refusal to comply with its directions, by administrative measures other than imprisonment, such as temporary or permanent removal from the courtroom, a fine or other similar measures provided for in the Rules of Procedure and Evidence.

2. The procedures governing the imposition of the measures set forth in paragraph 1 shall be those provided for in the Rules of Procedure and Evidence.

Article 72

Protection of national security information

1. This article applies in any case where the disclosure of the information or documents of a State would, in the opinion of that State, prejudice its national

security interests. Such cases include those falling within the scope of article 56, paragraphs 2 and 3, article 61, paragraph 3, article 64, paragraph 3, article 67, paragraph 2, article 68, paragraph 6, article 87, paragraph 6 and article 93, as well as cases arising at any other stage of the proceedings where such disclosure may be at issue.

2. This article shall also apply when a person who has been requested to give information or evidence has refused to do so or has referred the matter to the State on the ground that disclosure would prejudice the national security interests of a State and the State concerned confirms that it is of the opinion that disclosure would prejudice its national security interests.

3. Nothing in this article shall prejudice the requirements of confidentiality applicable under article 54, paragraph 3 (e) and (f), or the application of article 73.

4. If a State learns that information or documents of the State are being, or are likely to be, disclosed at any stage of the proceedings, and it is of the opinion that disclosure would prejudice its national security interests, that State shall have the right to intervene in order to obtain resolution of the issue in accordance with this article.

5. If, in the opinion of a State, disclosure of information would prejudice its national security interests, all reasonable steps will be taken by the State, acting in conjunction with the Prosecutor, the defence or the Pre-Trial Chamber or Trial Chamber, as the case may be, to seek to resolve the matter by cooperative means. Such steps may include:

- (a) Modification or clarification of the request;
- (b) A determination by the Court regarding the relevance of the information or evidence sought, or a determination as to whether the evidence, though relevant, could be or has been obtained from a source other than the requested State;
- (c) Obtaining the information or evidence from a different source or in a different form; or

(d) Agreement on conditions under which the assistance could be provided including, among other things, providing summaries or redactions, limitations on disclosure, use of in camera or ex parte proceedings, or other protective measures permissible under the Statute and the Rules of Procedure and Evidence.

6. Once all reasonable steps have been taken to resolve the matter through cooperative means, and if the State considers that there are no means or conditions under which the information or documents could be provided or disclosed without prejudice to its national security interests, it shall so notify the Prosecutor or the Court of the specific reasons for its decision, unless a specific description of the reasons would itself necessarily result in such prejudice to the State's national security interests.

7. Thereafter, if the Court determines that the evidence is relevant and necessary for the establishment of the guilt or innocence of the accused, the Court may undertake the following actions:

(a) Where disclosure of the information or document is sought pursuant to a request for cooperation under Part 9 or the circumstances described in paragraph 2, and the State has invoked the ground for refusal referred to in article 93, paragraph 4:

(i) The Court may, before making any conclusion referred to in subparagraph 7 (a)

(ii), request further consultations for the purpose of considering the State's representations, which may include, as appropriate, hearings in camera and ex parte;

(ii) If the Court concludes that, by invoking the ground for refusal under article 93, paragraph 4, in the circumstances of the case, the requested State is not acting in accordance with its obligations under this Statute, the Court may refer the matter in accordance with article 87, paragraph 7, specifying the reasons for its conclusion; and

(iii) The Court may make such inference in the trial of the accused as to the existence or non-existence of a fact, as may be appropriate in the circumstances; or

(b) In all other circumstances:

(i) Order disclosure; or

(ii) To the extent it does not order disclosure, make such inference in the trial of the accused as to the existence or non-existence of a fact, as may be appropriate in the circumstances.

Article 73

Third-party information or documents

If a State Party is requested by the Court to provide a document or information in its custody, possession or control, which was disclosed to it in confidence by a State, intergovernmental organization or international organization, it shall seek the consent of the originator to disclose that document or information. If the originator is a State Party, it shall either consent to disclosure of the information or document or undertake to resolve the issue of disclosure with the Court, subject to the provisions of article 72. If the originator is not a State Party and refuses to consent to disclosure, the requested State shall inform the Court that it is unable to provide the document or information because of a pre-existing obligation of confidentiality to the originator.

Article 74

Requirements for the decision

1. All the judges of the Trial Chamber shall be present at each stage of the trial and throughout their deliberations. The Presidency may, on a case-by-case basis, designate, as available, one or more alternate judges to be present at each stage of

the trial and to replace a member of the Trial Chamber if that member is unable to continue attending.

2.The Trial Chamber's decision shall be based on its evaluation of the evidence and the entire proceedings. The decision shall not exceed the facts and circumstances described in the charges and any amendments to the charges. The Court may base its decision only on evidence submitted and discussed before it at the trial.

3.The judges shall attempt to achieve unanimity in their decision, failing which the decision shall be taken by a majority of the judges.

4.The deliberations of the Trial Chamber shall remain secret.

5.The decision shall be in writing and shall contain a full and reasoned statement of the Trial Chamber's findings on the evidence and conclusions. The Trial Chamber shall issue one decision. When there is no unanimity, the Trial Chamber's decision shall contain the views of the majority and the minority. The decision or a summary thereof shall be delivered in open court.



Article 75

Reparations to victims

1.The Court shall establish principles relating to reparations to, or in respect of, victims, including restitution, compensation and rehabilitation. On this basis, in its decision the Court may, either upon request or on its own motion in exceptional circumstances, determine the scope and extent of any damage, loss and injury to, or in respect of, victims and will state the principles on which it is acting.

2.The Court may make an order directly against a convicted person specifying appropriate reparations to, or in respect of, victims, including restitution, compensation and rehabilitation.

Where appropriate, the Court may order that the award for reparations be made through the Trust Fund provided for in article 79.

3. Before making an order under this article, the Court may invite and shall take account of representations from or on behalf of the convicted person, victims, other interested persons or interested States.

4. In exercising its power under this article, the Court may, after a person is convicted of a crime within the jurisdiction of the Court, determine whether, in order to give effect to an order which it may make under this article, it is necessary to seek measures under article 93, paragraph 1.

5. A State Party shall give effect to a decision under this article as if the provisions of article 109 were applicable to this article.

6. Nothing in this article shall be interpreted as prejudicing the rights of victims under national or international law.

Article 76

Sentencing

1. In the event of a conviction, the Trial Chamber shall consider the appropriate sentence to be imposed and shall take into account the evidence presented and submissions made during the trial that are relevant to the sentence.

2. Except where article 65 applies and before the completion of the trial, the Trial Chamber may on its own motion and shall, at the request of the Prosecutor or the accused, hold a further hearing to hear any additional evidence or submissions relevant to the sentence, in accordance with the Rules of Procedure and Evidence.

3. Where paragraph 2 applies, any representations under article 75 shall be heard during the further hearing referred to in paragraph 2 and, if necessary, during any additional hearing.

4.The sentence shall be pronounced in public and, wherever possible, in the presence of the accused.

PART 7. PENALTIES

Article 77

Applicable penalties

1.Subject to article 110, the Court may impose one of the following penalties on a person convicted of a crime referred to in article 5 of this Statute:

- (a) Imprisonment for a specified number of years, which may not exceed a maximum of 30 years; or
- (b) A term of life imprisonment when justified by the extreme gravity of the crime and the individual circumstances of the convicted person.

2.In addition to imprisonment, the Court may order:

- (a) A fine under the criteria provided for in the Rules of Procedure and Evidence;
- (b) A forfeiture of proceeds, property and assets derived directly or indirectly from that crime, without prejudice to the rights of bona fide third parties.

Article 78

Determination of the sentence

1 In determining the sentence, the Court shall, in accordance with the Rules of

Procedure and Evidence, take into account such factors as the gravity of the crime and the individual circumstances of the convicted person.

2. In imposing a sentence of imprisonment, the Court shall deduct the time, if any, previously spent in detention in accordance with an order of the Court. The Court may deduct any time otherwise spent in detention in connection with conduct underlying the crime.

3. When a person has been convicted of more than one crime, the Court shall pronounce a sentence for each crime and a joint sentence specifying the total period of imprisonment. This period shall be no less than the highest individual sentence pronounced and shall not exceed 30 years imprisonment or a sentence of life imprisonment in conformity with article 77, paragraph 1 (b).

Article 79

Trust Fund

1. A Trust Fund shall be established by decision of the Assembly of States Parties for the benefit of victims of crimes within the jurisdiction of the Court, and of the families of such victims.

2. The Court may order money and other property collected through fines or forfeiture to be transferred, by order of the Court, to the Trust Fund.

3. The Trust Fund shall be managed according to criteria to be determined by the Assembly of States Parties.

Article 80

Non-prejudice to national application of

penalties and national laws

Nothing in this Part affects the application by States of penalties prescribed by their national law, nor the law of States which do not provide for penalties prescribed in this Part.

PART 8. APPEAL AND REVISION

Article 81

Appeal against decision of acquittal or conviction or against sentence

1. A decision under article 74 may be appealed in accordance with the Rules of Procedure and Evidence as follows:

(a) The Prosecutor may make an appeal on any of the following grounds:

- (i) Procedural error,
- (ii) Error of fact, or
- (iii) Error of law;

(b) The convicted person, or the Prosecutor on that person's behalf, may make an appeal on any of the following grounds:

- (i) Procedural error,
- (ii) Error of fact,
- (iii) Error of law, or

(iv) Any other ground that affects the fairness or reliability of the proceedings or decision.

2. (a) A sentence may be appealed, in accordance with the Rules of Procedure and Evidence, by the Prosecutor or the convicted person on the ground of disproportion between the crime and the sentence;

(b) If on an appeal against sentence the Court considers that there are grounds on which the conviction might be set aside, wholly or in part, it may invite the Prosecutor and the convicted person to submit grounds under article 81, paragraph 1 (a) or (b), and may render a decision on conviction in accordance with article 83;

(c) The same procedure applies when the Court, on an appeal against conviction only, considers that there are grounds to reduce the sentence under paragraph 2 (a).

3. (a) Unless the Trial Chamber orders otherwise, a convicted person shall remain in custody pending an appeal;

(b) When a convicted person's time in custody exceeds the sentence of imprisonment imposed, that person shall be released, except that if the Prosecutor is also appealing, the release may be subject to the conditions under subparagraph (c) below;

(c) In case of an acquittal, the accused shall be released immediately, subject to the following:

(i) Under exceptional circumstances, and having regard, *inter alia*, to the concrete risk of flight, the seriousness of the offence charged and the probability of success on appeal, the Trial Chamber, at the request of the Prosecutor, may maintain the detention of the person pending appeal;

(ii) A decision by the Trial Chamber under subparagraph (c) (i) may be appealed in accordance with the Rules of Procedure and Evidence.

4. Subject to the provisions of paragraph 3 (a) and (b), execution of the decision or sentence shall be suspended during the period allowed for appeal and for the duration of the appeal proceedings.

Article 82

Appeal against other decisions

1. Either party may appeal any of the following decisions in accordance with the Rules of Procedure and Evidence:

- (a) A decision with respect to jurisdiction or admissibility;
- (b) A decision granting or denying release of the person being investigated or prosecuted;
- (c) A decision of the Pre-Trial Chamber to act on its own initiative under article 56, paragraph 3;
- (d) A decision that involves an issue that would significantly affect the fair and expeditious conduct of the proceedings or the outcome of the trial, and for which, in the opinion of the Pre-Trial or Trial Chamber, an immediate resolution by the Appeals Chamber may materially advance the proceedings.

2. A decision of the Pre-Trial Chamber under article 57, paragraph 3 (d), may be appealed against by the State concerned or by the Prosecutor, with the leave of the Pre-Trial Chamber. The appeal shall be heard on an expedited basis.

3. An appeal shall not of itself have suspensive effect unless the Appeals Chamber so orders, upon request, in accordance with the Rules of Procedure and Evidence.

4. A legal representative of the victims, the convicted person or a bona fide owner of property adversely affected by an order under article 75 may appeal against the

order for reparations, as provided in the Rules of Procedure and Evidence.

Article 83

Proceedings on appeal

1. For the purposes of proceedings under article 81 and this article, the Appeals Chamber shall have all the powers of the Trial Chamber.

2. If the Appeals Chamber finds that the proceedings appealed from were unfair in a way that affected the reliability of the decision or sentence, or that the decision or sentence appealed from was materially affected by error of fact or law or procedural error, it may:

- (a) Reverse or amend the decision or sentence; or
- (b) Order a new trial before a different Trial Chamber.

For these purposes, the Appeals Chamber may remand a factual issue to the original Trial Chamber for it to determine the issue and to report back accordingly, or may itself call evidence to determine the issue. When the decision or sentence has been appealed only by the person convicted, or the Prosecutor on that person's behalf, it cannot be amended to his or her detriment.

3. If in an appeal against sentence the Appeals Chamber finds that the sentence is disproportionate to the crime, it may vary the sentence in accordance with Part 7.

4. The judgement of the Appeals Chamber shall be taken by a majority of the judges and shall be delivered in open court. The judgement shall state the reasons on which it is based. When there is no unanimity, the judgement of the Appeals Chamber shall contain the views of the majority and the minority, but a judge may deliver a separate or dissenting opinion on a question of law.

5. The Appeals Chamber may deliver its judgement in the absence of the person acquitted or convicted.

Article 84

Revision of conviction or sentence

1. The convicted person or, after death, spouses, children, parents or one person alive at the time of the accused's death who has been given express written instructions from the accused to bring such a claim, or the Prosecutor on the person's behalf, may apply to the Appeals Chamber to revise the final judgement of conviction or sentence on the grounds that:

(a) New evidence has been discovered that:

(i) Was not available at the time of trial, and such unavailability was not wholly or partially attributable to the party making application; and

(ii) Is sufficiently important that had it been proved at trial it would have been likely to have resulted in a different verdict;

(b) It has been newly discovered that decisive evidence, taken into account at trial and upon which the conviction depends, was false, forged or falsified;

(c) One or more of the judges who participated in conviction or confirmation of the charges has committed, in that case, an act of serious misconduct or serious breach of duty of sufficient gravity to justify the removal of that judge or those judges from office under article 46.

2. The Appeals Chamber shall reject the application if it considers it to be unfounded. If it determines that the application is meritorious, it may, as appropriate:

- (a) Reconvene the original Trial Chamber;
- (b) Constitute a new Trial Chamber; or
- (c) Retain jurisdiction over the matter,

with a view to, after hearing the parties in the manner set forth in the Rules of Procedure and Evidence, arriving at a determination on whether the judgement should be revised.



Article 85

Compensation to an arrested or convicted person

1. Anyone who has been the victim of unlawful arrest or detention shall have an enforceable right to compensation.
2. When a person has by a final decision been convicted of a criminal offence, and when subsequently his or her conviction has been reversed on the ground that a new or newly discovered fact shows conclusively that there has been a miscarriage of justice, the person who has suffered punishment as a result of such conviction shall be compensated according to law, unless it is proved that the non-disclosure of the unknown fact in time is wholly or partly attributable to him or her.
3. In exceptional circumstances, where the Court finds conclusive facts showing that there has been a grave and manifest miscarriage of justice, it may in its discretion award compensation, according to the criteria provided in the Rules of Procedure and Evidence, to a person who has been released from detention following a final decision of acquittal or a termination of the proceedings for that reason.

Article 86

General obligation to cooperate

States Parties shall, in accordance with the provisions of this Statute, cooperate fully with the Court in its investigation and prosecution of crimes within the jurisdiction of the Court.

Article 87

Requests for cooperation: general provisions

1.(a) The Court shall have the authority to make requests to States Parties for cooperation. The requests shall be transmitted through the diplomatic channel or any other appropriate channel as may be designated by each State Party upon ratification, acceptance, approval or accession.

Subsequent changes to the designation shall be made by each State Party in accordance with the Rules of Procedure and Evidence.

(b) When appropriate, without prejudice to the provisions of subparagraph (a), requests may also be transmitted through the International Criminal Police Organization or any appropriate regional organization.

2. Requests for cooperation and any documents supporting the request shall either be in or be accompanied by a translation into an official language of the requested State or one of the working languages of the Court, in accordance with the choice made by that State upon ratification, acceptance, approval or accession.

Subsequent changes to this choice shall be made in accordance with the Rules of Procedure and Evidence.

3. The requested State shall keep confidential a request for cooperation and any documents supporting the request, except to the extent that the disclosure is necessary for execution of the request.

4. In relation to any request for assistance presented under this Part, the Court may take such measures, including measures related to the protection of information, as may be necessary to ensure the safety or physical or psychological well-being of any victims, potential witnesses and their families. The Court may request that any information that is made available under this Part shall be provided and handled in a manner that protects the safety and physical or psychological well-being of any victims, potential witnesses and their families.

5. (a) The Court may invite any State not party to this Statute to provide assistance under this Part on the basis of an ad hoc arrangement, an agreement with such State or any other appropriate basis.

(b) Where a State not party to this Statute, which has entered into an ad hoc arrangement or an agreement with the Court, fails to cooperate with requests pursuant to any such arrangement or agreement, the Court may so inform the Assembly of States Parties or, where the Security Council referred the matter to the Court, the Security Council.

6. The Court may ask any intergovernmental organization to provide information or documents. The Court may also ask for other forms of cooperation and assistance which may be agreed upon with such an organization and which are in accordance with its competence or mandate.

7. Where a State Party fails to comply with a request to cooperate by the Court contrary to the provisions of this Statute, thereby preventing the Court from exercising its functions and powers under this Statute, the Court may make a finding to that effect and refer the matter to the Assembly of States Parties or, where the Security Council referred the matter to the Court, to the Security Council.

Article 88

Availability of procedures under national law

States Parties shall ensure that there are procedures available under their national law for all of the forms of cooperation which are specified under this Part.

Article 89

Surrender of persons to the Court

1. The Court may transmit a request for the arrest and surrender of a person, together with the material supporting the request outlined in article 91, to any State on the territory of which that person may be found and shall request the cooperation of that State in the arrest and surrender of such a person. States Parties shall, in accordance with the provisions of this Part and the procedure under their national law, comply with requests for arrest and surrender.

2. Where the person sought for surrender brings a challenge before a national court on the basis of the principle of ne bis in idem as provided in article 20, the requested State shall immediately consult with the Court to determine if there has been a relevant ruling on admissibility. If the case is admissible, the requested State shall proceed with the execution of the request. If an admissibility ruling is pending, the requested State may postpone the execution of the request for surrender of the person until the Court makes a determination on admissibility.

3. (a) A State Party shall authorize, in accordance with its national procedural law, transportation through its territory of a person being surrendered to the Court by another State, except where transit through that State would impede or delay the surrender.

(b) A request by the Court for transit shall be transmitted in accordance with article 87. The request for transit shall contain:

- (i) A description of the person being transported;
 - (ii) A brief statement of the facts of the case and their legal characterization; and
 - (iii) The warrant for arrest and surrender;
- (c) A person being transported shall be detained in custody during the period of transit;
- (d) No authorization is required if the person is transported by air and no landing is scheduled on the territory of the transit State;
- (e) If an unscheduled landing occurs on the territory of the transit State, that State may require a request for transit from the Court as provided for in subparagraph (b). The transit State shall detain the person being transported until the request for transit is received and the transit is effected, provided that detention for purposes of this subparagraph may not be extended beyond 96 hours from the unscheduled landing unless the request is received within that time.

4.If the person sought is being proceeded against or is serving a sentence in the requested State for a crime different from that for which surrender to the Court is sought, the requested State, after making its decision to grant the request, shall consult with the Court.

Article 90

Competing requests

1.A State Party which receives a request from the Court for the surrender of a person under article 89 shall, if it also receives a request from any other State for the extradition of the same person for the same conduct which forms the basis of the

crime for which the Court seeks the person's surrender, notify the Court and the requesting State of that fact.

2. Where the requesting State is a State Party, the requested State shall give priority to the request from the Court if:

(a) The Court has, pursuant to article 18 or 19, made a determination that the case in respect of which surrender is sought is admissible and that determination takes into account the investigation or prosecution conducted by the requesting State in respect of its request for extradition; or

(b) The Court makes the determination described in subparagraph (a) pursuant to the requested State's notification under paragraph 1.

3. Where a determination under paragraph 2 (a) has not been made, the requested State may, at its discretion, pending the determination of the Court under paragraph 2 (b), proceed to deal with the request for extradition from the requesting State but shall not extradite the person until the Court has determined that the case is inadmissible. The Court's determination shall be made on an expedited basis.

4. If the requesting State is a State not Party to this Statute the requested State, if it is not under an international obligation to extradite the person to the requesting State, shall give priority to the request for surrender from the Court, if the Court has determined that the case is admissible.

5. Where a case under paragraph 4 has not been determined to be admissible by the Court, the requested State may, at its discretion, proceed to deal with the request for extradition from the requesting State.

6. In cases where paragraph 4 applies except that the requested State is under an existing international obligation to extradite the person to the requesting State not Party to this Statute, the requested State shall determine whether to surrender the person to the Court or extradite the person to the requesting State. In making its decision, the requested State shall consider all the relevant factors, including but not limited to:

- (a) The respective dates of the requests;
- (b) The interests of the requesting State including, where relevant, whether the crime was committed in its territory and the nationality of the victims and of the person sought; and
- (c) The possibility of subsequent surrender between the Court and the requesting State.

7. Where a State Party which receives a request from the Court for the surrender of a person also receives a request from any State for the extradition of the same person for conduct other than that which constitutes the crime for which the Court seeks the person's surrender:

- (a) The requested State shall, if it is not under an existing international obligation to extradite the person to the requesting State, give priority to the request from the Court;
- (b) The requested State shall, if it is under an existing international obligation to extradite the person to the requesting State, determine whether to surrender the person to the Court or to extradite the person to the requesting State. In making its decision, the requested State shall consider all the relevant factors, including but not limited to those set out in paragraph 6, but shall give special consideration to the relative nature and gravity of the conduct in question.

8. Where pursuant to a notification under this article, the Court has determined a case to be inadmissible, and subsequently extradition to the requesting State is refused, the requested State shall notify the Court of this decision.

Article 91

Contents of request for arrest and surrender

1. A request for arrest and surrender shall be made in writing. In urgent cases, a request may be made by any medium capable of delivering a written record, provided that the request shall be confirmed through the channel provided for in article 87, paragraph 1 (a).

2. In the case of a request for the arrest and surrender of a person for whom a warrant of arrest has been issued by the Pre-Trial Chamber under article 58, the request shall contain or be supported by:

- (a) Information describing the person sought, sufficient to identify the person, and information as to that person's probable location;
- (b) A copy of the warrant of arrest; and
- (c) Such documents, statements or information as may be necessary to meet the requirements for the surrender process in the requested State, except that those requirements should not be more burdensome than those applicable to requests for extradition pursuant to treaties or arrangements between the requested State and other States and should, if possible, be less burdensome, taking into account the distinct nature of the Court.

3. In the case of a request for the arrest and surrender of a person already convicted, the request shall contain or be supported by:

- (a) A copy of any warrant of arrest for that person;
- (b) A copy of the judgement of conviction;
- (c) Information to demonstrate that the person sought is the one referred to in the judgement of conviction; and

(d) If the person sought has been sentenced, a copy of the sentence imposed and, in the case of a sentence for imprisonment, a statement of any time already served and the time remaining to be served.

4. Upon the request of the Court, a State Party shall consult with the Court, either generally or with respect to a specific matter, regarding any requirements under its national law that may apply under paragraph 2 (c). During the consultations, the State Party shall advise the Court of the specific requirements of its national law.

Article 92

Provisional arrest

1 In urgent cases, the Court may request the provisional arrest of the person sought, pending presentation of the request for surrender and the documents supporting the request as specified in article 91.

2. The request for provisional arrest shall be made by any medium capable of delivering a written record and shall contain:

- (a) Information describing the person sought, sufficient to identify the person, and information as to that person's probable location;
- (b) A concise statement of the crimes for which the person's arrest is sought and of the facts which are alleged to constitute those crimes, including, where possible, the date and location of the crime;
- (c) A statement of the existence of a warrant of arrest or a judgement of conviction against the person sought; and
- (d) A statement that a request for surrender of the person sought will follow.

3. A person who is provisionally arrested may be released from custody if the requested State has not received the request for surrender and the documents

supporting the request as specified in article 91 within the time limits specified in the Rules of Procedure and Evidence. However, the person may consent to surrender before the expiration of this period if permitted by the law of the requested State. In such a case, the requested State shall proceed to surrender the person to the Court as soon as possible.

4. The fact that the person sought has been released from custody pursuant to paragraph 3 shall not prejudice the subsequent arrest and surrender of that person if the request for surrender and the documents supporting the request are delivered at a later date.

Article 93

Other forms of cooperation

1. States Parties shall, in accordance with the provisions of this Part and under procedures of national law, comply with requests by the Court to provide the following assistance in relation to investigations or prosecutions:

- (a) The identification and whereabouts of persons or the location of items;
- (b) The taking of evidence, including testimony under oath, and the production of evidence, including expert opinions and reports necessary to the Court;
- (c) The questioning of any person being investigated or prosecuted;
- (d) The service of documents, including judicial documents;
- (e) Facilitating the voluntary appearance of persons as witnesses or experts before the Court;
- (f) The temporary transfer of persons as provided in paragraph 7;
- (g) The examination of places or sites, including the exhumation and examination of grave sites;
- (h) The execution of searches and seizures;

- (i) The provision of records and documents, including official records and documents;
- (j) The protection of victims and witnesses and the preservation of evidence;
- (k) The identification, tracing and freezing or seizure of proceeds, property and assets and instrumentalities of crimes for the purpose of eventual forfeiture, without prejudice to the rights of bona fide third parties; and
- (l) Any other type of assistance which is not prohibited by the law of the requested State, with a view to facilitating the investigation and prosecution of crimes within the jurisdiction of the Court.

2. The Court shall have the authority to provide an assurance to a witness or an expert appearing before the Court that he or she will not be prosecuted, detained or subjected to any restriction of personal freedom by the Court in respect of any act or omission that preceded the departure of that person from the requested State.

3. Where execution of a particular measure of assistance detailed in a request presented under paragraph 1, is prohibited in the requested State on the basis of an existing fundamental legal principle of general application, the requested State shall promptly consult with the Court to try to resolve the matter. In the consultations, consideration should be given to whether the assistance can be rendered in another manner or subject to conditions. If after consultations the matter cannot be resolved, the Court shall modify the request as necessary.

4. In accordance with article 72, a State Party may deny a request for assistance, in whole or in part, only if the request concerns the production of any documents or disclosure of evidence which relates to its national security.

5. Before denying a request for assistance under paragraph 1 (l), the requested State shall consider whether the assistance can be provided subject to specified conditions, or whether the assistance can be provided at a later date or in an

alternative manner, provided that if the Court or the Prosecutor accepts the assistance subject to conditions, the Court or the Prosecutor shall abide by them.

6.If a request for assistance is denied, the requested State Party shall promptly inform the Court or the Prosecutor of the reasons for such denial.

7. a) The Court may request the temporary transfer of a person in custody for purposes of identification or for obtaining testimony or other assistance. The person may be transferred if the following conditions are fulfilled:

- (i) The person freely gives his or her informed consent to the transfer; and
- (ii) The requested State agrees to the transfer, subject to such conditions as that State and the Court may agree.

(b) The person being transferred shall remain in custody. When the purposes of the transfer have been fulfilled, the Court shall return the person without delay to the requested State.

8.(a) The Court shall ensure the confidentiality of documents and information, except as required for the investigation and proceedings described in the request.

(b) The requested State may, when necessary, transmit documents or information to the Prosecutor on a confidential basis. The Prosecutor may then use them solely for the purpose of generating new evidence.

(c) The requested State may, on its own motion or at the request of the Prosecutor, subsequently consent to the disclosure of such documents or information. They may then be used as evidence pursuant to the provisions of Parts 5 and 6 and in accordance with the Rules of Procedure and Evidence.

9.a) (i) In the event that a State Party receives competing requests, other than for surrender or extradition, from the Court and from another State pursuant to an international obligation, the State Party shall endeavour, in consultation with the Court and the other State, to meet both requests, if necessary by postponing or attaching conditions to one or the other request.

(ii) Failing that, competing requests shall be resolved in accordance with the principles established in article 90.

b) Where, however, the request from the Court concerns information, property or persons which are subject to the control of a third State or an international organization by virtue of an international agreement, the requested States shall so inform the Court and the Court shall direct its request to the third State or international organization.

10.(a) The Court may, upon request, cooperate with and provide assistance to a State Party conducting an investigation into or trial in respect of conduct which constitutes a crime within the jurisdiction of the Court or which constitutes a serious crime under the national law of the requesting State.

(b) (i) The assistance provided under subparagraph (a) shall include, *inter alia*:

- a. The transmission of statements, documents or other types of evidence obtained in the course of an investigation or a trial conducted by the Court; and
- b. The questioning of any person detained by order of the Court;

(ii) In the case of assistance under subparagraph (b) (i) a:

- a. If the documents or other types of evidence have been obtained with the assistance of a State, such transmission shall require the consent of that State;
- b. If the statements, documents or other types of evidence have been provided by a witness or expert, such transmission shall be subject to the provisions of article 68.

(c) The Court may, under the conditions set out in this paragraph, grant a request for assistance under this paragraph from a State which is not a Party to this Statute.

Article 94

Postponement of execution of a request in respect
of ongoing investigation or prosecution

1.If the immediate execution of a request would interfere with an ongoing investigation or prosecution of a case different from that to which the request relates, the requested State may postpone the execution of the request for a period of time agreed upon with the Court. However, the postponement shall be no longer than is necessary to complete the relevant investigation or prosecution in the requested State. Before making a decision to postpone, the requested State should consider whether the assistance may be immediately provided subject to certain conditions.

2.If a decision to postpone is taken pursuant to paragraph 1, the Prosecutor may, however, seek measures to preserve evidence, pursuant to article 93, paragraph 1 (j).

Article 95

Postponement of execution of a request in
respect of an admissibility challenge

Where there is an admissibility challenge under consideration by the Court pursuant to article 18 or 19, the requested State may postpone the execution of a request under this Part pending a determination by the Court, unless the Court has specifically ordered that the Prosecutor may pursue the collection of such evidence pursuant to article 18 or 19.

Article 96

Contents of request for other forms of
assistance under article 93

1.A request for other forms of assistance referred to in article 93 shall be made in writing. In urgent cases, a request may be made by any medium capable of delivering a written record, provided that the request shall be confirmed through the channel provided for in article 87, paragraph 1 (a).

2.The request shall, as applicable, contain or be supported by the following:

- (a) A concise statement of the purpose of the request and the assistance sought, including the legal basis and the grounds for the request;
- (b) As much detailed information as possible about the location or identification of any person or place that must be found or identified in order for the assistance sought to be provided;
- (c) A concise statement of the essential facts underlying the request;
- (d) The reasons for and details of any procedure or requirement to be followed;
- (e) Such information as may be required under the law of the requested State in order to execute the request; and
- (f) Any other information relevant in order for the assistance sought to be provided.

3.Upon the request of the Court, a State Party shall consult with the Court, either generally or with respect to a specific matter, regarding any requirements under its national law that may apply under paragraph 2 (e). During the consultations, the State Party shall advise the Court of the specific requirements of its national law.

4.The provisions of this article shall, where applicable, also apply in respect of a request for assistance made to the Court.

Article 97

Consultations

Where a State Party receives a request under this Part in relation to which it identifies problems which may impede or prevent the execution of the request, that State shall consult with the Court without delay in order to resolve the matter. Such problems may include, inter alia:

- (a) Insufficient information to execute the request;
- (b) In the case of a request for surrender, the fact that despite best efforts, the person sought cannot be located or that the investigation conducted has determined that the person in the requested State is clearly not the person named in the warrant; or
- (c) The fact that execution of the request in its current form would require the requested State to breach a pre-existing treaty obligation undertaken with respect to another State.

Article 98

Cooperation with respect to waiver of immunity and consent to surrender

1. The Court may not proceed with a request for surrender or assistance which would require the requested State to act inconsistently with its obligations under international law with respect to the State or diplomatic immunity of a person or property of a third State, unless the Court can first obtain the cooperation of that third State for the waiver of the immunity.

2. The Court may not proceed with a request for surrender which would require the requested State to act inconsistently with its obligations under international agreements pursuant to which the consent of a sending State is required to

surrender a person of that State to the Court, unless the Court can first obtain the cooperation of the sending State for the giving of consent for the surrender.

Article 99

Execution of requests under articles 93 and 96

1. Requests for assistance shall be executed in accordance with the relevant procedure under the law of the requested State and, unless prohibited by such law, in the manner specified in the request, including following any procedure outlined therein or permitting persons specified in the request to be present at and assist in the execution process.

2. In the case of an urgent request, the documents or evidence produced in response shall, at the request of the Court, be sent urgently.

3. Replies from the requested State shall be transmitted in their original language and form.

4. Without prejudice to other articles in this Part, where it is necessary for the successful execution of a request which can be executed without any compulsory measures, including specifically the interview of or taking evidence from a person on a voluntary basis, including doing so without the presence of the authorities of the requested State Party if it is essential for the request to be executed, and the examination without modification of a public site or other public place, the Prosecutor may execute such request directly on the territory of a State as follows:

- (a) When the State Party requested is a State on the territory of which the crime is alleged to have been committed, and there has been a determination of admissibility pursuant to article 18 or 19, the Prosecutor may directly execute such request following all possible consultations with the requested State Party;
- (b) In other cases, the Prosecutor may execute such request following consultations with the requested State Party and subject to any reasonable

conditions or concerns raised by that State Party. Where the requested State Party identifies problems with the execution of a request pursuant to this subparagraph it shall, without delay, consult with the Court to resolve the matter.

5. Provisions allowing a person heard or examined by the Court under article 72 to invoke restrictions designed to prevent disclosure of confidential information connected with national security shall also apply to the execution of requests for assistance under this article.

Article 100

Costs

1. The ordinary costs for execution of requests in the territory of the requested State shall be borne by that State, except for the following, which shall be borne by the Court:

- (a) Costs associated with the travel and security of witnesses and experts or the transfer under article 93 of persons in custody;
- (b) Costs of translation, interpretation and transcription;
- (c) Travel and subsistence costs of the judges, the Prosecutor, the Deputy Prosecutors, the Registrar, the Deputy Registrar and staff of any organ of the Court;
- (d) Costs of any expert opinion or report requested by the Court;
- (e) Costs associated with the transport of a person being surrendered to the Court by a custodial State; and
- (f) Following consultations, any extraordinary costs that may result from the execution of a request.

2. The provisions of paragraph 1 shall, as appropriate, apply to requests from States

Parties to the Court. In that case, the Court shall bear the ordinary costs of execution.

Article 101

Rule of speciality

1. A person surrendered to the Court under this Statute shall not be proceeded against, punished or detained for any conduct committed prior to surrender, other than the conduct or course of conduct which forms the basis of the crimes for which that person has been surrendered.

2. The Court may request a waiver of the requirements of paragraph 1 from the State which surrendered the person to the Court and, if necessary, the Court shall provide additional information in accordance with article 91. States Parties shall have the authority to provide a waiver to the Court and should endeavour to do so.

Article 102

Use of terms

For the purposes of this Statute:

(a) "surrender" means the delivering up of a person by a State to the Court, pursuant to this Statute.

(b) "extradition" means the delivering up of a person by one State to another as provided by treaty, convention or national legislation.

PART 10. ENFORCEMENT

Article 103

Role of States in enforcement of sentences of imprisonment

- 1.(a) A sentence of imprisonment shall be served in a State designated by the Court from a list of States which have indicated to the Court their willingness to accept sentenced persons.
- (b) At the time of declaring its willingness to accept sentenced persons, a State may attach conditions to its acceptance as agreed by the Court and in accordance with this Part.
- c) A State designated in a particular case shall promptly inform the Court whether it accepts the Court's designation.
- 2.(a) The State of enforcement shall notify the Court of any circumstances, including the exercise of any conditions agreed under paragraph 1, which could materially affect the terms or extent of the imprisonment. The Court shall be given at least 45 days' notice of any such known or foreseeable circumstances. During this period, the State of enforcement shall take no action that might prejudice its obligations under article 110.
- (b) Where the Court cannot agree to the circumstances referred to in subparagraph (a), it shall notify the State of enforcement and proceed in accordance with article 104, paragraph 1.
3. In exercising its discretion to make a designation under paragraph 1, the Court shall take into account the following:
- (a) The principle that States Parties should share the responsibility for enforcing sentences of imprisonment, in accordance with principles of equitable distribution, as provided in the Rules of Procedure and Evidence;

- (b) The application of widely accepted international treaty standards governing the treatment of prisoners;
- (c) The views of the sentenced person;
- (d) The nationality of the sentenced person;
- (e) Such other factors regarding the circumstances of the crime or the person sentenced, or the effective enforcement of the sentence, as may be appropriate in designating the State of enforcement.

4. If no State is designated under paragraph 1, the sentence of imprisonment shall be served in a prison facility made available by the host State, in accordance with the conditions set out in the headquarters agreement referred to in article 3, paragraph 2. In such a case, the costs arising out of the enforcement of a sentence of imprisonment shall be borne by the Court.

Article 104

Change in designation of State of enforcement

1. The Court may, at any time, decide to transfer a sentenced person to a prison of another State.
2. A sentenced person may, at any time, apply to the Court to be transferred from the State of enforcement.

Article 105

Enforcement of the sentence

1. Subject to conditions which a State may have specified in accordance with article 103, paragraph 1 (b), the sentence of imprisonment shall be binding on the States Parties, which shall in no case modify it.

2.The Court alone shall have the right to decide any application for appeal and revision. The State of enforcement shall not impede the making of any such application by a sentenced person.

Article 106

Supervision of enforcement of sentences and

conditions of imprisonment

- 1.The enforcement of a sentence of imprisonment shall be subject to the supervision of the Court and shall be consistent with widely accepted international treaty standards governing treatment of prisoners.
- 2.The conditions of imprisonment shall be governed by the law of the State of enforcement and shall be consistent with widely accepted international treaty standards governing treatment of prisoners; in no case shall such conditions be more or less favourable than those available to prisoners convicted of similar offences in the State of enforcement.
- 3.Communications between a sentenced person and the Court shall be unimpeded and confidential.

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
CHULALONGKORN UNIVERSITY

Article 107

Transfer of the person upon completion of sentence

- 1.Following completion of the sentence, a person who is not a national of the State of enforcement may, in accordance with the law of the State of enforcement, be transferred to a State which is obliged to receive him or her, or to another State which agrees to receive him or her, taking into account any wishes of the person to

be transferred to that State, unless the State of enforcement authorizes the person to remain in its territory.

2.If no State bears the costs arising out of transferring the person to another State pursuant to paragraph 1, such costs shall be borne by the Court.

3.Subject to the provisions of article 108, the State of enforcement may also, in accordance with its national law, extradite or otherwise surrender the person to a State which has requested the extradition or surrender of the person for purposes of trial or enforcement of a sentence.

Article 108

Limitation on the prosecution or punishment of other offences

1.A sentenced person in the custody of the State of enforcement shall not be subject to prosecution or punishment or to extradition to a third State for any conduct engaged in prior to that person's delivery to the State of enforcement, unless such prosecution, punishment or extradition has been approved by the Court at the request of the State of enforcement.

2.The Court shall decide the matter after having heard the views of the sentenced person.

3.Paragraph 1 shall cease to apply if the sentenced person remains voluntarily for more than 30 days in the territory of the State of enforcement after having served the full sentence imposed by the Court, or returns to the territory of that State after having left it.

Article 109

Enforcement of fines and forfeiture measures

1.States Parties shall give effect to fines or forfeitures ordered by the Court under

Part 7, without prejudice to the rights of bona fide third parties, and in accordance with the procedure of their national law.

2.If a State Party is unable to give effect to an order for forfeiture, it shall take measures to recover the value of the proceeds, property or assets ordered by the Court to be forfeited, without prejudice to the rights of bona fide third parties.

3.Property, or the proceeds of the sale of real property or, where appropriate, the sale of other property, which is obtained by a State Party as a result of its enforcement of a judgement of the Court shall be transferred to the Court.

Article 110

Review by the Court concerning reduction of sentence

1.The State of enforcement shall not release the person before expiry of the sentence pronounced by the Court.

2.The Court alone shall have the right to decide any reduction of sentence, and shall rule on the matter after having heard the person.

3.When the person has served two thirds of the sentence, or 25 years in the case of life imprisonment, the Court shall review the sentence to determine whether it should be reduced. Such a review shall not be conducted before that time.

4. In its review under paragraph 3, the Court may reduce the sentence if it finds that one or more of the following factors are present:

(a) The early and continuing willingness of the person to cooperate with the Court in its investigations and prosecutions;

(b) The voluntary assistance of the person in enabling the enforcement of the judgements and orders of the Court in other cases, and in particular providing assistance in locating assets subject to orders of fine, forfeiture or reparation which may be used for the benefit of victims; or

(c) Other factors establishing a clear and significant change of circumstances sufficient to justify the reduction of sentence, as provided in the Rules of Procedure and Evidence.

5.If the Court determines in its initial review under paragraph 3 that it is not appropriate to reduce the sentence, it shall thereafter review the question of reduction of sentence at such intervals and applying such criteria as provided for in the Rules of Procedure and Evidence.

Article 111

Escape

If a convicted person escapes from custody and flees the State of enforcement, that State may, after consultation with the Court, request the person's surrender from the State in which the person is located pursuant to existing bilateral or multilateral arrangements, or may request that the Court seek the person's surrender, in accordance with Part 9. It may direct that the person be delivered to the State in which he or she was serving the sentence or to another State designated by the Court.

PART 11. ASSEMBLY OF STATES PARTIES

Article 112

Assembly of States Parties

1.An Assembly of States Parties to this Statute is hereby established. Each State Party shall have one representative in the Assembly who may be accompanied by

alternates and advisers. Other States which have signed this Statute or the Final Act may be observers in the Assembly.

2.The Assembly shall:

- (a) Consider and adopt, as appropriate, recommendations of the Preparatory Commission;
- (b) Provide management oversight to the Presidency, the Prosecutor and the Registrar regarding the administration of the Court;
- (c) Consider the reports and activities of the Bureau established under paragraph 3 and take appropriate action in regard thereto;
- (d) Consider and decide the budget for the Court;
- (e) Decide whether to alter, in accordance with article 36, the number of judges;
- (f) Consider pursuant to article 87, paragraphs 5 and 7, any question relating to non-cooperation;
- (g) Perform any other function consistent with this Statute or the Rules of Procedure and Evidence.

3. (a) The Assembly shall have a Bureau consisting of a President, two Vice-Presidents and 18 members elected by the Assembly for three-year terms.

(b) The Bureau shall have a representative character, taking into account, in particular, equitable geographical distribution and the adequate representation of the principal legal systems of the world.

(c) The Bureau shall meet as often as necessary, but at least once a year. It shall assist the Assembly in the discharge of its responsibilities.

4.The Assembly may establish such subsidiary bodies as may be necessary, including an independent oversight mechanism for inspection, evaluation and investigation of the Court, in order to enhance its efficiency and economy.

5. The President of the Court, the Prosecutor and the Registrar or their representatives may participate, as appropriate, in meetings of the Assembly and of the Bureau.

6. The Assembly shall meet at the seat of the Court or at the Headquarters of the United Nations once a year and, when circumstances so require, hold special sessions. Except as otherwise specified in this Statute, special sessions shall be convened by the Bureau on its own initiative or at the request of one third of the States Parties.

7. Each State Party shall have one vote. Every effort shall be made to reach decisions by consensus in the Assembly and in the Bureau. If consensus cannot be reached, except as otherwise provided in the Statute:

- (a) Decisions on matters of substance must be approved by a two-thirds majority of those present and voting provided that an absolute majority of States Parties constitutes the quorum for voting;
- (b) Decisions on matters of procedure shall be taken by a simple majority of States Parties present and voting.

8. A State Party which is in arrears in the payment of its financial contributions towards the costs of the Court shall have no vote in the Assembly and in the Bureau if the amount of its arrears equals or exceeds the amount of the contributions due from it for the preceding two full years. The Assembly may, nevertheless, permit such a State Party to vote in the Assembly and in the Bureau if it is satisfied that the failure to pay is due to conditions beyond the control of the State Party.

9. The Assembly shall adopt its own rules of procedure.

10. The official and working languages of the Assembly shall be those of the General Assembly of the United Nations.

PART 12. FINANCING

Article 113

Financial Regulations

Except as otherwise specifically provided, all financial matters related to the Court and the meetings of the Assembly of States Parties, including its Bureau and subsidiary bodies, shall be governed by this Statute and the Financial Regulations and Rules adopted by the Assembly of States Parties.

Article 114

Payment of expenses

Expenses of the Court and the Assembly of States Parties, including its Bureau and subsidiary bodies, shall be paid from the funds of the Court.

Article 115

Funds of the Court and of the Assembly of States Parties

The expenses of the Court and the Assembly of States Parties, including its Bureau and subsidiary bodies, as provided for in the budget decided by the Assembly of States Parties, shall be provided by the following sources:

- (a) Assessed contributions made by States Parties;
- (b) Funds provided by the United Nations, subject to the approval of the General Assembly, in particular in relation to the expenses incurred due to referrals by the Security Council.

Article 116

Voluntary contributions

Without prejudice to article 115, the Court may receive and utilize, as additional funds, voluntary contributions from Governments, international organizations, individuals, corporations and other entities, in accordance with relevant criteria adopted by the Assembly of States Parties.

Article 117

Assessment of contributions

The contributions of States Parties shall be assessed in accordance with an agreed scale of assessment, based on the scale adopted by the United Nations for its regular budget and adjusted in accordance with the principles on which that scale is based.

Article 118

Annual audit

The records, books and accounts of the Court, including its annual financial statements, shall be audited annually by an independent auditor.

PART 13. FINAL CLAUSES

Article 119

Settlement of disputes

1. Any dispute concerning the judicial functions of the Court shall be settled by the decision of the Court.

2. Any other dispute between two or more States Parties relating to the interpretation or application of this Statute which is not settled through negotiations within three months of their commencement shall be referred to the Assembly of States Parties. The Assembly may itself seek to settle the dispute or may make recommendations on further means of settlement of the dispute, including referral to the International Court of Justice in conformity with the Statute of that Court.

Article 120

Reservations

No reservations may be made to this Statute.

Article 121

Amendments

1. After the expiry of seven years from the entry into force of this Statute, any State Party may propose amendments thereto. The text of any proposed amendment shall be submitted to the Secretary-General of the United Nations, who shall promptly circulate it to all States Parties.

2. No sooner than three months from the date of notification, the Assembly of States Parties, at its next meeting, shall, by a majority of those present and voting, decide whether to take up the proposal. The Assembly may deal with the proposal directly or convene a Review Conference if the issue involved so warrants.

3.The adoption of an amendment at a meeting of the Assembly of States Parties or at a Review Conference on which consensus cannot be reached shall require a two-thirds majority of States Parties.

4.Except as provided in paragraph 5, an amendment shall enter into force for all States Parties one year after instruments of ratification or acceptance have been deposited with the Secretary-General of the United Nations by seven-eighths of them.

5.Any amendment to articles 5, 6, 7 and 8 of this Statute shall enter into force for those States Parties which have accepted the amendment one year after the deposit of their instruments of ratification or acceptance. In respect of a State Party which has not accepted the amendment, the Court shall not exercise its jurisdiction regarding a crime covered by the amendment when committed by that State Party's nationals or on its territory.

6.If an amendment has been accepted by seven-eighths of States Parties in accordance with paragraph 4, any State Party which has not accepted the amendment may withdraw from this Statute with immediate effect, notwithstanding article 127, paragraph 1, but subject to article 127, paragraph 2, by giving notice no later than one year after the entry into force of such amendment.

7.The Secretary-General of the United Nations shall circulate to all States Parties any amendment adopted at a meeting of the Assembly of States Parties or at a Review Conference.

Article 122

Amendments to provisions of an institutional nature

1.Amendments to provisions of this Statute which are of an exclusively institutional nature, namely, article 35, article 36, paragraphs 8 and 9, article 37, article 38, article 39, paragraphs 1 (first two sentences), 2 and 4, article 42, paragraphs 4 to 9, article

43, paragraphs 2 and 3, and articles 44, 46, 47 and 49, may be proposed at any time, notwithstanding article 121, paragraph 1, by any State Party. The text of any proposed amendment shall be submitted to the Secretary-General of the United Nations or such other person designated by the Assembly of States Parties who shall promptly circulate it to all States Parties and to others participating in the Assembly.

2. Amendments under this article on which consensus cannot be reached shall be adopted by the Assembly of States Parties or by a Review Conference, by a two-thirds majority of States Parties. Such amendments shall enter into force for all States Parties six months after their adoption by the Assembly or, as the case may be, by the Conference.

Article 123

Review of the Statute

1. Seven years after the entry into force of this Statute the Secretary-General of the United Nations shall convene a Review Conference to consider any amendments to this Statute. Such review may include, but is not limited to, the list of crimes contained in article 5. The Conference shall be open to those participating in the Assembly of States Parties and on the same conditions.
2. At any time thereafter, at the request of a State Party and for the purposes set out in paragraph 1, the Secretary-General of the United Nations shall, upon approval by a majority of States Parties, convene a Review Conference.
3. The provisions of article 121, paragraphs 3 to 7, shall apply to the adoption and entry into force of any amendment to the Statute considered at a Review Conference.

Article 124

Transitional Provision

Notwithstanding article 12, paragraphs 1 and 2, a State, on becoming a party to this Statute, may declare that, for a period of seven years after the entry into force of this Statute for the State concerned, it does not accept the jurisdiction of the Court with respect to the category of crimes referred to in article 8 when a crime is alleged to have been committed by its nationals or on its territory. A declaration under this article may be withdrawn at any time. The provisions of this article shall be reviewed at the Review Conference convened in accordance with article 123, paragraph 1.

Article 125

Signature, ratification, acceptance, approval or accession

1. This Statute shall be open for signature by all States in Rome, at the headquarters of the Food and Agriculture Organization of the United Nations, on 17 July 1998.

Thereafter, it shall remain open for signature in Rome at the Ministry of Foreign Affairs of Italy until 17 October 1998. After that date, the Statute shall remain open for signature in New York, at United Nations Headquarters, until 31 December 2000.

2. This Statute is subject to ratification, acceptance or approval by signatory States. Instruments of ratification, acceptance or approval shall be deposited with the Secretary-General of the United Nations.

3. This Statute shall be open to accession by all States. Instruments of accession shall be deposited with the Secretary-General of the United Nations.

Article 126

Entry into force

1. This Statute shall enter into force on the first day of the month after the 60th day

following the date of the deposit of the 60th instrument of ratification, acceptance, approval or accession with the Secretary-General of the United Nations.

2. For each State ratifying, accepting, approving or acceding to this Statute after the deposit of the 60th instrument of ratification, acceptance, approval or accession, the Statute shall enter into force on the first day of the month after the 60th day following the deposit by such State of its instrument of ratification, acceptance, approval or accession.

Article 127

Withdrawal

1. A State Party may, by written notification addressed to the Secretary-General of the United Nations, withdraw from this Statute. The withdrawal shall take effect one year after the date of receipt of the notification, unless the notification specifies a later date.

2. A State shall not be discharged, by reason of its withdrawal, from the obligations arising from this Statute while it was a Party to the Statute, including any financial obligations which may have accrued. Its withdrawal shall not affect any cooperation with the Court in connection with criminal investigations and proceedings in relation to which the withdrawing State had a duty to cooperate and which were commenced prior to the date on which the withdrawal became effective, nor shall it prejudice in any way the continued consideration of any matter which was already under consideration by the Court prior to the date on which the withdrawal became effective.

Article 128


Authentic texts

The original of this Statute, of which the Arabic, Chinese, English, French,

Russian and Spanish texts are equally authentic, shall be deposited with the Secretary-General of the United Nations, who shall send certified copies thereof to all States.

IN WITNESS WHEREOF, the undersigned, being duly authorized thereto by their respective Governments, have signed this Statute.

DONE at Rome, this 17th day of July 1998.



ภาคผนวก ง.

International Criminal Court, Rules of Procedure and Evidence, U.N.
Doc. PCNICC/2000/1/Add.1 (2000).

Section III

Victims and witnesses

Subsection 1

Definition and general principle relating to victims

Rule 85

Definition of victims

For the purposes of the Statute and the Rules of Procedure and Evidence:

(a) “Victims” means natural persons who have suffered harm as a result of the commission of any crime within the jurisdiction of the Court;

(b) Victims may include organizations or institutions that have sustained direct harm to any of their property which is dedicated to religion, education, art or science or charitable purposes, and to their historic monuments, hospitals and other places and objects for humanitarian purposes.

Rule 86

General principle

A Chamber in making any direction or order, and other organs of the Court in performing their functions under the Statute or the Rules, shall take into account the needs of all victims and witnesses in accordance with article 68, in particular, children, elderly persons, persons with disabilities and victims of sexual or gender violence.

Subsection 2

Protection of victims and witnesses

Rule 87

Protective measures

1. Upon the motion of the Prosecutor or the defence or upon the request of a witness or a victim or his or her legal representative, if any, or on its own motion, and after having consulted with the Victims and Witnesses Unit, as appropriate, a Chamber may order measures to protect a victim, a witness or another person at risk on account of testimony given by a witness pursuant to article 68, paragraphs 1 and 2. The Chamber shall seek to obtain, whenever possible, the consent of the person in respect of whom the protective measure is sought prior to ordering the protective measure.

2. A motion or request under sub-rule 1 shall be governed by rule 134, provided that:

(a) Such a motion or request shall not be submitted ex parte;

(b) A request by a witness or by a victim or his or her legal representative, if any, shall be served on both the Prosecutor and the defence, each of whom shall have the opportunity to respond;

(c) A motion or request affecting a particular witness or a particular victim shall be served on that witness or victim or his or her legal representative, if any, in addition to the other party, each of whom shall have the opportunity to respond;

(d) When the Chamber proceeds on its own motion, notice and opportunity to respond shall be given to the Prosecutor and the defence, and to any witness or any victim or his or her legal representative, if any, who would be affected by such protective measure; and

(e) A motion or request may be filed under seal, and, if so filed, shall remain sealed until otherwise ordered by a Chamber. Responses to motions or requests filed under seal shall also be filed under seal.

3. A Chamber may, on a motion or request under sub-rule 1, hold a hearing, which shall be conducted in camera, to determine whether to order measures to prevent the release to the public or press and information agencies, of the identity or the location of a victim, a witness or other person at risk on account of testimony given by a witness by ordering, *inter alia*:

(a) That the name of the victim, witness or other person at risk on account of testimony given by a witness or any information which could lead to his or her identification, be expunged from the public records of the Chamber;

(b) That the Prosecutor, the defence or any other participant in the proceedings be prohibited from disclosing such information to a third party;

(c) That testimony be presented by electronic or other special means, including the use of technical means enabling the alteration of pictures or voice, the use of audio-visual technology, in particular videoconferencing and closed-circuit television, and the exclusive use of the sound media;

(d) That a pseudonym be used for a victim, a witness or other person at risk on account of testimony given by a witness; or

(e) That a Chamber conduct part of its proceedings in camera.

Rule 88

Special measures

1. Upon the motion of the Prosecutor or the defence, or upon the request of a witness or a victim or his or her legal representative, if any, or on its own motion, and after having consulted with the Victims and Witnesses Unit, as appropriate, a Chamber may, taking into account the views of the victim or witness, order special measures such as, but not limited to, measures to facilitate the testimony of a traumatized victim or witness, a child, an elderly person or a victim of sexual violence, pursuant to article 68, paragraphs 1 and 2. The Chamber shall seek to obtain, whenever possible, the consent of the person in respect of whom the special measure is sought prior to ordering that measure.
2. A Chamber may hold a hearing on a motion or a request under sub-rule 1, if necessary in camera or ex parte, to determine whether to order any such special measure, including but not limited to an order that a counsel, a legal representative, a psychologist or a family member be permitted to attend during the testimony of the victim or the witness.
3. For *inter partes* motions or requests filed under this rule, the provisions of rule 87, sub-rules 2 (b) to (d), shall apply *mutatis mutandis*.
4. A motion or request filed under this rule may be filed under seal, and if so filed shall remain sealed until otherwise ordered by a Chamber. Any responses to *inter partes* motions or requests filed under seal shall also be filed under seal.
5. Taking into consideration that violations of the privacy of a witness or victim may create risk to his or her security, a Chamber shall be vigilant in controlling the manner of questioning a witness or victim so as to avoid any harassment or intimidation, paying particular attention to attacks on victims of crimes of sexual violence.

Subsection 3

Participation of victims in the proceedings

Rule 89

Application for participation of victims in the proceedings

1. In order to present their views and concerns, victims shall make written application to the Registrar, who shall transmit the application to the relevant Chamber. Subject to the provisions of the Statute, in particular article 68, paragraph 1, the Registrar shall provide a copy of the application to the Prosecutor and the defence, who shall be entitled to reply within a time limit to be set by the Chamber. Subject to the provisions of sub-rule 2, the Chamber shall then specify the proceedings and manner in which participation is considered appropriate, which may include making opening and closing statements.

2. The Chamber, on its own initiative or on the application of the Prosecutor or the defence, may reject the application if it considers that the person is not a victim or that the criteria set forth in article 68, paragraph 3, are not otherwise fulfilled. A victim whose application has been rejected may file a new application later in the proceedings.

3. An application referred to in this rule may also be made by a person acting with the consent of the victim, or a person acting on behalf of a victim, in the case of a victim who is a child or, when necessary, a victim who is disabled.

4. Where there are a number of applications, the Chamber may consider the applications in such a manner as to ensure the effectiveness of the proceedings and may issue one decision.

Rule 90

Legal representatives of victims

1. A victim shall be free to choose a legal representative.

2. Where there are a number of victims, the Chamber may, for the purposes of ensuring the effectiveness of the proceedings, request the victims or particular groups of victims, if necessary with the assistance of the Registry, to choose a common legal representative or representatives. In facilitating the coordination of victim representation, the Registry may provide assistance, *inter alia*, by referring the

victims to a list of counsel, maintained by the Registry, or suggesting one or more common legal representatives.

3. If the victims are unable to choose a common legal representative or representatives within a time limit that the Chamber may decide, the Chamber may request the Registrar to choose one or more common legal representatives.

4. The Chamber and the Registry shall take all reasonable steps to ensure that in the selection of common legal representatives, the distinct interests of the victims, particularly as provided in article 68, paragraph 1, are represented and that any conflict of interest is avoided.

5. A victim or group of victims who lack the necessary means to pay for a common legal representative chosen by the Court may receive assistance from the Registry, including, as appropriate, financial assistance.

6. A legal representative of a victim or victims shall have the qualifications set forth in rule 22, sub-rule 1.

Rule 91

Participation of legal representatives in the proceedings

1. A Chamber may modify a previous ruling under rule 89.

2. A legal representative of a victim shall be entitled to attend and participate in the proceedings in accordance with the terms of the ruling of the Chamber and any modification thereof given under rules 89 and 90. This shall include participation in hearings unless, in the circumstances of the case, the Chamber concerned is of the view that the representative's intervention should be confined to written observations or submissions. The Prosecutor and the defence shall be allowed to reply to any oral or written observation by the legal representative for victims.

3. (a) When a legal representative attends and participates in accordance with this rule, and wishes to question a witness, including questioning under rules 67 and 68, an expert or the accused, the legal representative must make application to the Chamber. The Chamber may require the legal representative to provide a written note of the questions and in that case the questions shall be communicated to the

Prosecutor and, if appropriate, the defence, who shall be allowed to make observations within a time limit set by the Chamber.

(b) The Chamber shall then issue a ruling on the request, taking into account the stage of the proceedings, the rights of the accused, the interests of witnesses, the need for a fair, impartial and expeditious trial and in order to give effect to article 68, paragraph 3. The ruling may include directions on the manner and order of the questions and the production of documents in accordance with the powers of the Chamber under article 64. The Chamber may, if it considers it appropriate, put the question to the witness, expert or accused on behalf of the victim's legal representative.

4. For a hearing limited to reparations under article 75, the restrictions on questioning by the legal representative set forth in sub-rule 2 shall not apply. In that case, the legal representative may, with the permission of the Chamber concerned, question witnesses, experts and the person concerned.

Rule 92

Notification to victims and their legal representatives

1. This rule on notification to victims and their legal representatives shall apply to all proceedings before the Court, except in proceedings provided for in Part 2.

2. In order to allow victims to apply for participation in the proceedings in accordance with rule 89, the Court shall notify victims concerning the decision of the Prosecutor not to initiate an investigation or not to prosecute pursuant to article 53. Such a notification shall be given to victims or their legal representatives who have already participated in the proceedings or, as far as possible, to those who have communicated with the Court in respect of the situation or case in question. The Chamber may order the measures outlined in sub-rule 8 if it considers it appropriate in the particular circumstances.

3. In order to allow victims to apply for participation in the proceedings in accordance with rule 89, the Court shall notify victims regarding its decision to hold a hearing to confirm charges pursuant to article 61. Such a notification shall be given to

victims or their legal representatives who have already participated in the proceedings or, as far as possible, to those who have communicated with the Court in respect of the case in question.

4. When a notification for participation as provided for in sub-rules 2 and 3 has been given, any subsequent notification as referred to in sub-rules 5 and 6 shall only be provided to victims or their legal representatives who may participate in the proceedings in accordance with a ruling of the Chamber pursuant to rule 89 and any modification thereof.

5. In a manner consistent with the ruling made under rules 89 to 91, victims or their legal representatives participating in proceedings shall, in respect of those proceedings, be notified by the Registrar in a timely manner of:

(a) Proceedings before the Court, including the date of hearings and any postponements thereof, and the date of delivery of the decision;

(b) Requests, submissions, motions and other documents relating to such requests, submissions or motions.

6. Where victims or their legal representatives have participated in a certain stage of the proceedings, the Registrar shall notify them as soon as possible of the decisions of the Court in those proceedings.

7. Notifications as referred to in sub-rules 5 and 6 shall be in writing or, where written notification is not possible, in any other form as appropriate. The Registry shall keep a record of all notifications. Where necessary, the Registrar may seek the cooperation of States Parties in accordance with article 93, paragraph 1 (d) and (l).

8. For notification as referred to in sub-rule 3 and otherwise at the request of a Chamber, the Registrar shall take necessary measures to give adequate publicity to the proceedings. In doing so, the Registrar may seek, in accordance with Part 9, the cooperation of relevant States Parties, and seek the assistance of intergovernmental organizations.

Rule 93

Views of victims or their legal representatives

A Chamber may seek the views of victims or their legal representatives participating pursuant to rules 89 to 91 on any issue, *inter alia*, in relation to issues referred to in rules 107, 109, 125, 128, 136, 139 and 191. In addition, a Chamber may seek the views of other victims, as appropriate.

Subsection 4

Reparations to victims

Rule 94

Procedure upon request

1. A victim's request for reparations under article 75 shall be made in writing and filed with the Registrar. It shall contain the following particulars:
 - (a) The identity and address of the claimant;
 - (b) A description of the injury, loss or harm;
 - (c) The location and date of the incident and, to the extent possible, the identity of the person or persons the victim believes to be responsible for the injury, loss or harm;
 - (d) Where restitution of assets, property or other tangible items is sought, a description of them;
 - (e) Claims for compensation;
 - (f) Claims for rehabilitation and other forms of remedy;
 - (g) To the extent possible, any relevant supporting documentation, including names and addresses of witnesses.
2. At commencement of the trial and subject to any protective measures, the Court shall ask the Registrar to provide notification of the request to the person or persons named in the request or identified in the charges and, to the extent possible, to any interested persons or any interested States. Those notified shall file with the Registry any representation made under article 75, paragraph 3.

Rule 95

Procedure on the motion of the Court

1. In cases where the Court intends to proceed on its own motion pursuant to article 75, paragraph 1, it shall ask the Registrar to provide notification of its intention to the person or persons against whom the Court is considering making a determination, and, to the extent possible, to victims, interested persons and interested States. Those notified shall file with the Registry any representation made under article 75, paragraph 3.

2. If, as a result of notification under sub-rule 1:

(a) A victim makes a request for reparations, that request will be determined as if it had been brought under rule 94;

(b) A victim requests that the Court does not make an order for reparations, the Court shall not proceed to make an individual order in respect of that victim.

Rule 96

Publication of reparation proceedings

1. Without prejudice to any other rules on notification of proceedings, the Registrar shall, insofar as practicable, notify the victims or their legal representatives and the person or persons concerned. The Registrar shall also, having regard to any information provided by the Prosecutor, take all the necessary measures to give adequate publicity of the reparation proceedings before the Court, to the extent possible, to other victims, interested persons and interested States.

2. In taking the measures described in sub-rule 1, the Court may seek, in accordance with Part 9, the cooperation of relevant States Parties, and seek the assistance of intergovernmental organizations in order to give publicity, as widely as possible and by all possible means, to the reparation proceedings before the Court.

Rule 97

Assessment of reparations

1. Taking into account the scope and extent of any damage, loss or injury, the Court may award reparations on an individualized basis or, where it deems it appropriate, on a collective basis or both.
2. At the request of victims or their legal representatives, or at the request of the convicted person, or on its own motion, the Court may appoint appropriate experts to assist it in determining the scope, extent of any damage, loss and injury to, or in respect of victims and to suggest various options concerning the appropriate types and modalities of reparations. The Court shall invite, as appropriate, victims or their legal representatives, the convicted person as well as interested persons and interested States to make observations on the reports of the experts.
3. In all cases, the Court shall respect the rights of victims and the convicted person.

Rule 98

Trust Fund

1. Individual awards for reparations shall be made directly against a convicted person.
2. The Court may order that an award for reparations against a convicted person be deposited with the Trust Fund where at the time of making the order it is impossible or impracticable to make individual awards directly to each victim. The award for reparations thus deposited in the Trust Fund shall be separated from other resources of the Trust Fund and shall be forwarded to each victim as soon as possible.
3. The Court may order that an award for reparations against a convicted person be made through the Trust Fund where the number of the victims and the scope, forms and modalities of reparations makes a collective award more appropriate.
4. Following consultations with interested States and the Trust Fund, the Court may order that an award for reparations be made through the Trust Fund to an intergovernmental, international or national organization approved by the Trust Fund.

5. Other resources of the Trust Fund may be used for the benefit of victims subject to the provisions of article 79.

Rule 99

Cooperation and protective measures for the purpose of forfeiture under articles 57, paragraph 3 (e), and 75, paragraph 4

1. The Pre-Trial Chamber, pursuant to article 57, paragraph 3 (e), or the Trial Chamber, pursuant to article 75, paragraph 4, may, on its own motion or on the application of the Prosecutor or at the request of the victims or their legal representatives who have made a request for reparations or who have given a written undertaking to do so, determine whether measures should be requested.

2. Notice is not required unless the Court determines, in the particular circumstances of the case, that notification could not jeopardize the effectiveness of the measures requested. In the latter case, the Registrar shall provide notification of the proceedings to the person against whom a request is made and so far as is possible to any interested persons or interested States.

3. If an order is made without prior notification, the relevant Chamber shall request the Registrar, as soon as is consistent with the effectiveness of the measures requested, to notify those against whom a request is made and, to the extent possible, to any interested persons or any interested States and invite them to make observations as to whether the order should be revoked or otherwise modified.

4. The Court may make orders as to the timing and conduct of any proceedings necessary to determine these issues.

ประวัติผู้เขียนวิทยานิพนธ์

นางสาวลักษณาวลัย พงศ์สมัย (นามเดิม รัฐนันท์ แสงพิทักษ์) เกิดเมื่อวันที่ 1 ตุลาคม พ.ศ. 2529 จบการศึกษาระดับชั้นมัธยมศึกษาจากโรงเรียนเตรียมอุดมศึกษา รุ่น65 และ จบการศึกษาระดับปริญญาตรีจากคณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย เมื่อปี พ.ศ.2551

ปัจจุบันทำงานที่บริษัทเซ็นทรัล เรสตอรองส์ กรุ๊ป จำกัด ตำแหน่ง Senior Corporate Contract Officer ฝ่าย Corporate Planning



จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
CHULALONGKORN UNIVERSITY