

ความท้าทายในการใช้ความคุ้มกันของรัฐจากเขตอำนาจศาลและการบังคับคดีในกรณีการละเมิด
กฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศอย่างร้ายแรง: ศึกษาคำพิพากษาศาลยุติธรรมระหว่างประเทศใน
คดี Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening)



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.

วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต
สาขาวิชานิติศาสตร์
คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
ปีการศึกษา 2558
ลิขสิทธิ์ของจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

Challenges in the Application of the State Immunities from Jurisdiction and Execution in
the Case of Serious Violation of International Humanitarian Law: A Case Study
of Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening)

Mr. Radtachat Petnaree



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 2015

Copyright of Chulalongkorn University

หัวข้อวิทยานิพนธ์

ความท้าทายในการใช้ความคุ้มกันของรัฐจากเขตอำนาจศาลและการบังคับคดีในกรณีการละเมิดกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศอย่างร้ายแรง: ศึกษาคำพิพากษาศาลยุติธรรมระหว่างประเทศในคดี Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening)

โดย

นายรัฐฉัตร เพ็ชรนารี

สาขาวิชา

นิติศาสตร์

อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก

ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร. ศารทูล สันติवासะ

คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย อนุมัติให้หัวข้อวิทยานิพนธ์ฉบับนี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรปริญญาโท

.....คณบดีคณะนิติศาสตร์

(ศาสตราจารย์ ดร. นันทวัฒน์ บรมานันท์)

คณะกรรมการสอบวิทยานิพนธ์

.....ประธานกรรมการ

(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ สุผานิต เกิดสมเกียรติ)

.....อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก

(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร. ศารทูล สันติवासะ)

.....กรรมการ

(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร. โชติกา วิทยาวรากุล)

.....กรรมการภายนอกมหาวิทยาลัย

(ดร. สุพรรณวษา โชติกัญญาณ ถัง)

รัฐฉัตร เพ็ชรนารี : ความท้าทายในการใช้ความคุ้มกันของรัฐจากเขตอำนาจศาลและการบังคับคดีในกรณีการละเมิดกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศอย่างร้ายแรง: ศึกษาคำพิพากษาศาลยุติธรรมระหว่างประเทศในคดี Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening) (Challenges in the Application of the State Immunities from Jurisdiction and Execution in the Case of Serious Violation of International Humanitarian Law: A Case Study of Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening)) อ.ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก: ผศ. ดร. ศารทูล สันติวาสะ, 236 หน้า.

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้มุ่งศึกษาถึงข้อท้าทายในการใช้ความคุ้มกันของรัฐจากเขตอำนาจศาลและการบังคับคดีในกรณีการละเมิดกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศอย่างร้ายแรง ซึ่งโดยทั่วไปนั้นกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศเป็นกฎหมายที่กำหนดให้การคุ้มครองแก่ปัจเจกชนในบริบทของภาวะขัดกันทางอาวุธ ดังนั้น เมื่อใดก็ตามที่สิทธิของปัจเจกชนถูกละเมิด ปัจเจกชนเหล่านั้นมีสิทธิที่จะได้รับการเยียวยา อย่างไรก็ตาม สิทธิของปัจเจกชนในการอ้างสิทธิที่จะได้รับการเยียวยาต่อรัฐต่างประเทศในเขตอำนาจทางแพ่งของศาลภายในถูกจำกัดโดยการใช้หลักความคุ้มกันของรัฐ ยิ่งไปกว่านั้น ในคดี "*Jurisdictional Immunities of the State*" ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศได้วินิจฉัยยืนยันว่าหลักความคุ้มกันของรัฐได้รับสถานะเป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศและรัฐต่างประเทศยังคงอุปโลกความคุ้มกันของรัฐได้แม้ว่าการละเมิดที่เกิดขึ้นจะเป็นการละเมิดกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศอย่างร้ายแรงก็ตาม

จากการศึกษาพบว่า ในปัจจุบันยังไม่ปรากฏถึงตรัสสารระหว่างประเทศ แนวปฏิบัติของรัฐหรือแนวคิดใดๆของพัฒนาการที่ชัดเจนภายใต้กฎหมายประเทศที่เกี่ยวข้องกับข้อยกเว้นในการใช้ความคุ้มกันของรัฐจากเขตอำนาจทางแพ่งของศาลภายใน อย่างไรก็ตาม จากการศึกษายังคงพบด้วยว่ายังมีทางเลือกอื่นภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ เช่น รัฐที่เกี่ยวข้องตกลงทำความตกลงเพื่อจัดตั้งกลไกพิเศษและมีประสิทธิภาพเพื่อให้การเยียวยา หรือรัฐสามารถปฏิบัติตาม "UN Basic Principle and Guidelines" เพื่อให้เป็นแนวทางในการเข้าถึงอย่างเท่าเทียมกันของปัจเจกชนในการเยียวยาที่มีประสิทธิภาพดังที่ได้ให้ไว้ภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ

สาขาวิชา นิติศาสตร์

ปีการศึกษา 2558

ลายมือชื่อนิสิต

ลายมือชื่อ อ.ที่ปรึกษาหลัก

5686045434 : MAJOR LAWS

KEYWORDS: STATE IMMUNITY / INTERNATIONAL HUMANITARIAN LAW / RIGHT TO REMEDY / INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE / JUS COGENS

RADTACHAT PETNAREE: Challenges in the Application of the State Immunities from Jurisdiction and Execution in the Case of Serious Violation of International Humanitarian Law: A Case Study of Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening). ADVISOR: ASST. PROF. SARATOON SANTIVASA, Ph.D., 236 pp.

This thesis aims to study the challenges in the application of state immunity from jurisdiction and execution in the case of serious violation of international humanitarian law (IHL). Generally, IHL provides protection to individuals in the context of armed conflict. Thus, when the individual's rights are infringed, they have the right to remedy. Such right of individual asserting for remedy to a foreign state in the domestic civil jurisdiction, however, is barred by the application of state immunity. Moreover, in the case of "*Jurisdictional Immunities of the State*", the International Court of Justice delivered its positivism decision in confirmation that state immunity possesses the status of customary international law and foreign states still enjoy state immunity although the violation occurred is a serious violation of IHL.

Based on the study, it has found, disappointingly, that there is neither existing positive law nor prospect of concrete development under international law concerning exception of the application of state immunity in the domestic civil jurisdiction. However, the study has also found available alternative forums under international law, such as, states concerned conclude an agreement setting up a special and effective mechanism to provide remedy, or states can comply with "UN Basic Principle and Guidelines" as direction of equal access for individuals to an effective remedy as provided under international law.

Field of Study: Laws

Student's Signature

Academic Year: 2015

Advisor's Signature

กิตติกรรมประกาศ

ขอบคุณพ่อและแม่ที่อนุญาตให้ข้าพเจ้ามีความฝัน ด้วยความรัก ความทุ่มเท ความเสียสละ และความปรารถนาดีที่จะให้ลูกมีอนาคตที่ดีกว่า

เคยมีคนกล่าวกับข้าพเจ้าว่าการได้เรียนมหาวิทยาลัยแล้วได้พบกับอาจารย์สักเพียงหนึ่งหรือสองคนที่เปลี่ยนชีวิตเราได้ถือว่าคุ้มค่ามากแล้ว ข้าพเจ้าขอขอบคุณอาจารย์ศรทูล สันติวาสะ อาจารย์ผู้ที่เปลี่ยนชีวิตข้าพเจ้า ผู้ที่ให้คำปรึกษาทั้งในเรื่องวิชาการและการใช้ชีวิตอย่างมีความหมาย ผู้ที่คอยดูแลเอาใจใส่ข้าพเจ้ามาตลอดระยะเวลาที่เล่าเรียนศึกษา วิทยานิพนธ์ฉบับนี้ไม่อาจสำเร็จลุล่วงได้เลยหากปราศจากความเมตตาจากอาจารย์

ขอบคุณอาจารย์สุผานิต เกิดสมเกียรติ ที่สละเวลารับเป็นประธานกรรมการวิทยานิพนธ์
ขอบคุณอาจารย์โชติกา วิทยาวรากุล อาจารย์สุพรรณวษา โชติกัญญาณ ถัง และอาจารย์ทรงชัย ชัยปฏิยุทธ์ ที่สละเวลารับเป็นกรรมการวิทยานิพนธ์และให้คำแนะนำอันเป็นประโยชน์ต่อวิทยานิพนธ์ฉบับนี้

ขอบคุณมิตรสหายจากปริญญาโท ปริญญาตรี และมัธยมที่คอยเป็นกำลังใจตลอดมา
ถามไถ่อย่างสม่ำเสมอและเป็นแรงผลักดันให้ข้าพเจ้าในยามที่เหนื่อยล้าและในช่วงเวลาที่ยากลำบาก

ขอบคุณทุกลมหายใจอันปรารถนาดีสำหรับทุกสิ่งทุกอย่าง

“ex nihilo nihil fit”

out of nothing, nothing becomes

สารบัญ

	หน้า
บทคัดย่อภาษาไทย.....	ง
บทคัดย่อภาษาอังกฤษ	จ
กิตติกรรมประกาศ	ฉ
สารบัญ.....	ช
บทที่ 1.....	1
บทนำ	1
1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา	1
1.2 สมมติฐานการศึกษา	4
1.3 วัตถุประสงค์ของการวิจัย.....	4
1.4 ขอบเขตการวิจัย	5
1.5 วิธีดำเนินการวิจัย.....	5
1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ.....	5
บทที่ 2.....	7
สิทธิของปัจเจกชนที่จะได้รับการชดใช้ค่าเสียหายจากการละเมิดกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศอย่างร้ายแรงกับหลักความคุ้มกันของรัฐภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ.....	7
2.1 การยอมรับสิทธิของปัจเจกชนในการได้รับการชดใช้ค่าเสียหายภายใต้หลักการทั่วไปของกฎหมายระหว่างประเทศ.....	8
2.2 หลักการทั่วไปในการชดใช้ค่าเสียหายแก่ปัจเจกชนภายใต้กฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ.....	17
2.3 ความคุ้มกันของรัฐจากเขตอำนาจและความคุ้มกันของรัฐจากการบังคับคดีภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ.....	23
2.3.1 ที่มาและวิวัฒนาการของหลักความคุ้มกันของรัฐ	23
2.3.2 ความคุ้มกันจากเขตอำนาจศาลกับความคุ้มกันจากการบังคับคดี.....	28

2.3.2.1 การพิจารณาลักษณะการกระทำของรัฐต่างประเทศ.....	28
2.3.2.2 รูปแบบความคุ้มกันของรัฐ.....	53
2.3.2.3 ทรัพย์สินของรัฐในการบังคับคดีและทรัพย์สินที่ไม่อาจบังคับคดีได้เด็ดขาด ...	56
2.3.2.4 การสละความคุ้มกันของรัฐจากเขตอำนาจและการบังคับคดี.....	64
2.4 อุปสรรคจากความคุ้มกันของรัฐที่มีต่อปัจเจกชนในการเรียกร้องให้มีการชดใช้ค่าเสียหาย จากการละเมิดกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศอย่างร้ายแรง	68
2.4.1 แนวปฏิบัติของศาลภายในประเทศ	69
2.4.2 แนวปฏิบัติของศาลระดับภูมิภาค	78
บทที่ 3.....	84
ข้อเท็จจริงและหลักกฎหมายในคำพิพากษาศาลยุติธรรมคดี Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening).....	84
3.1 ข้อเท็จจริงและความเป็นมาของคดี.....	85
3.2 ประเด็นที่ปรากฏในคดี	97
3.2.1 ประเด็นเขตอำนาจของศาลในการรับพิจารณาคดี (Jurisdiction of the Court).....	97
3.2.2 ประเด็นการละเมิดความคุ้มกันของรัฐจากเขตอำนาจศาล (Immunity from Jurisdiction).....	99
3.2.2.1 การยื่นฟ้องดำเนินคดีต่อประเทศเยอรมันโดยชาวอิตาลีต่อศาลอิตาลี.....	99
3.2.2.1.1 คำฟ้องโจทก์	102
3.2.2.1.2 คำให้การจำเลย.....	104
3.2.2.1.3 คำวินิจฉัยของศาล	106
3.2.2.2 การที่ศาลอิตาลีวินิจฉัยให้นำเอาคำพิพากษาศาลประเทศกรีซสามารถ นำมาบังคับคดีได้ในประเทศอิตาลี	129
3.2.2.2.1 คำฟ้องโจทก์	130
3.2.2.2.2 คำให้การจำเลย.....	130

3.2.2.2.3 คำวินิจฉัยของศาล	130
3.2.3 ประเด็นการละเมิดความคุ้มกันของรัฐจากการบังคับคดี (Immunity from Execution)	133
3.2.3.1 การบังคับทรัพย์สินของประเทศเยอรมนีอันมีที่ตั้งแห่งทรัพย์สินนั้นอยู่ในดินแดนของประเทศอิตาลี	133
3.2.3.1.1 คำฟ้องโจทก์	133
3.2.3.1.2 คำให้การจำเลย	134
3.2.3.1.3 คำวินิจฉัยของศาล	134
บทที่ 4.....	139
ข้อท้าทายต่อการใช้หลักความคุ้มกันของรัฐในกรณีการละเมิดกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศอย่างร้ายแรงและหนทางในการเยียวยาปัจเจกชนจากการอาศัยกลไกอื่นโดยไม่ให้ความคุ้มกันของรัฐเป็นอุปสรรค	139
4.1 ข้อท้าทายจากความสัมพันธ์ระหว่างหลักความคุ้มกันของรัฐกับกฎหมายลักษณะเด็ดขาด ..	139
4.1.1 แนวความคิดในเรื่องการกระทำที่เป็นการละเมิดกฎหมายลักษณะเด็ดขาดไม่ถือว่าเป็นการกระทำของรัฐ (acta jure imperii)	140
4.1.2 ความเป็นไปได้ของการละเมิดกฎหมายลักษณะเด็ดขาดถือว่าเป็นการสละความคุ้มกันของรัฐโดยปริยาย (Implied Waiver).....	143
4.1.3 กฎหมายลักษณะเด็ดขาด (jus cogens) มีลำดับศักดิ์ทางกฎหมายเหนือหลักความคุ้มกันของรัฐ.....	147
4.1.4 การกระทำที่ขัดขวางต่อกฎหมายลักษณะเด็ดขาด (jus cogens) ถือเป็นกรร่วมกระทำผิด (Complicity) ในการละเมิดกฎหมายลักษณะเด็ดขาด	156
4.2 ข้อท้าทายจากความสัมพันธ์ระหว่างหลักความคุ้มกันของรัฐกับกฎเกณฑ์อื่นภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ.....	158
4.2.1 ข้อโต้แย้งในข้อยกเว้นความคุ้มกันของรัฐจากการละเมิดภายในดินแดน (Territorial tort).....	158

4.2.2 ความสำคัญของสิทธิในการเข้าถึงความยุติธรรม (Right of access to justice) กับ การไม่ถูกดำเนินคดีโดยการใช้ความคุ้มกันของรัฐ	161
4.2.3 การใช้หลักเขตอำนาจสากล (Universal jurisdiction) ในทางอาญาและทางแพ่ง เพื่อปฏิเสธหลักความคุ้มกันของรัฐ	167
4.2.4 แนวคิดภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศในการให้สิทธิปัจเจกชนยกภูมิคุ้มกันภายใต้ สนธิสัญญาขึ้นมาเพื่อปกป้องสิทธิ	180
4.3 การสร้างกลไกภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศและกฎหมายภายในเพื่อให้มีการชดใช้ ค่าเสียหายแก่ปัจเจกชนที่ถูกละเมิดกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศอย่างร้ายแรง โดยไม่ให้ความคุ้มกันของรัฐเป็นอุปสรรค	184
4.3.1 การจัดตั้งกลไกพิเศษภายใต้การตรากฎหมายภายในเพื่อกำหนดแนวทางของรัฐที่ เหมาะสมในการชดใช้ค่าเสียหายแก่ปัจเจกชน	184
4.3.1.1 การกำหนดแนวทางปฏิบัติของรัฐโดยใช้หลักการพื้นฐานและแนวทางว่า ด้วยเรื่องสิทธิที่จะได้รับการเยียวยาและได้รับการชดเชยสำหรับเหยื่อการ ละเมิดอย่างร้ายแรงของกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศและการ ละเมิดอย่างร้ายแรงของกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ (Basic Principle and Guidelines on the Right to Remedy and Reparation for Victims of Gross Violations of International Human Rights Law and Serious Violations of International Humanitarian Law)	184
4.3.1.2 การตรากฎหมายภายในเพื่อชดใช้ค่าเสียหายจากการละเมิดกฎหมาย มนุษยธรรมและสิทธิมนุษยชนในโคลอมเบีย	191
4.3.2 การกำหนดกลไกพิเศษเพื่อชดใช้ค่าเสียหายแก่ปัจเจกชนผ่านความตกลงระหว่างรัฐ กับรัฐ	194
4.3.2.1 การสร้าง Eritrea-Ethiopia Claims Commission ภายใต้ความตกลง Algiers Agreement.....	194
4.3.2.2 ความตลกสันติภาพเพื่อจัดตั้ง Historical Clarification Commission ใน กัวเตมาลา	198

4.3.2.3 ความตกลงสันติภาพเพื่อจัด Truth and Reconciliation Commission ในเซียร์รา ลีโอน	202
4.3.3 การสร้างกลไกพิเศษโดยอาศัยข้อมติขององค์การสหประชาชาติเพื่อชดใช้ ค่าเสียหายแก่ผู้ถูกละเมิด	207
4.3.3.1 การจัดตั้ง United Nations Compensation Committee ภายใต้มติ คณะมนตรีความมั่นคงแห่งสหประชาชาติจากกรณีสงครามอิรัก-คูเวต.....	208
4.3.3.2 การจัดตั้ง Commission for Reception, Truth and Reconciliation ภายใต้ข้อมติของ United Nations Transitional Administration in East Timor ในติมอร์ตะวันออก	211
บทที่ 5.....	218
บทสรุปและข้อเสนอแนะ.....	218
5.1 บทสรุป	218
5.2 ข้อเสนอแนะ	222
รายการอ้างอิง	225
ประวัติผู้เขียนวิทยานิพนธ์	236

บทที่ 1

บทนำ

1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

กฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศถูกสร้างและออกแบบขึ้นมาเพื่อคุ้มครองบุคคลสถานะต่างๆในสภาวะการขัดกันทางอาวุธ (Armed conflict) และยังคงใช้เพื่อจำกัดวิธีการและสิ่งที่ใช้ในการขัดกันทางอาวุธด้วยเช่นเดียวกัน ทั้งนี้ วัตถุประสงค์หลักที่สำคัญที่สุดคือการคุ้มครองและปกป้องพลเรือน (Civilian) ที่ไม่ได้มีส่วนร่วมในการสู้รบ เมื่อใดก็ตามที่รัฐที่ทำการสงครามฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งละเมิดบทบัญญัติในสนธิสัญญาหรือละเมิดกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศเกี่ยวกับกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ รัฐนั้นมีความรับผิดชอบที่จะต้องชดใช้ค่าเสียหาย (Reparation) ให้แก่ปัจเจกชนผู้ถูกละเมิด อย่างไรก็ตาม เมื่อสภาวะการขัดกันทางอาวุธสิ้นสุดลง รัฐที่ทำการสงครามมักทำสนธิสัญญาสันติภาพ (Peace treaty) เพื่อจัดการกับค่าปฏิกรรมสงคราม (War reparation) ที่เกิดขึ้น โดยทั่วไปแล้วจะเป็นการชำระเป็นเงินก้อนให้กับรัฐเพื่อนำไปแบ่งหรือจัดสรรให้ตามความเหมาะสม ซึ่งรวมไปถึงการมอบให้แก่ปัจเจกชนผู้ได้รับความเสียหายจากการละเมิดกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศด้วยเช่นเดียวกัน แม้กระนั้น เงินจำนวนนี้บ่อยครั้งตกไม่ถึงมือของปัจเจกชน และเมื่อใดก็ตามที่ปัจเจกชนพยายามเรียกร้องต่อรัฐที่เป็นฝ่ายละเมิดกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศผ่านการฟ้องร้องต่อศาลภายใน ศาลที่พิจารณาคดีก็มักจะปฏิเสธด้วยเหตุผลที่ว่า สนธิสัญญาสันติภาพที่สร้างขึ้นมีบทบัญญัติสละสิทธิในการเรียกร้องของปัจเจกชนไปแล้ว หรือในบางกรณี ศาลวินิจฉัยว่าปัจเจกบุคคลไม่ใช่ผู้ทรงสิทธิตามกฎหมายระหว่างประเทศ ดังนั้น แม้อนุสัญญาที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ อย่างเช่น อนุสัญญากรุงเฮกฉบับที่ 4 ค.ศ. 1907 (Hague Convention VI 1907) หรือพิธีสารเพิ่มเติมอนุสัญญาเจนีวา ค.ศ. 1949 ฉบับที่ 1 (Additional Protocol I of Geneva Convention 1949) จะมีบทบัญญัติเกี่ยวกับการได้รับการชดใช้ค่าเสียหายสำหรับผู้ได้รับความเสียหายจากสภาวะการขัดกันทางอาวุธเอาไว้ แต่ปัจเจกชนก็ไม่มีสิทธิที่จะยกบทบัญญัติตามอนุสัญญาดังกล่าวมาอ้าง ซึ่งส่งผลให้ปัจเจกชนไม่สามารถได้รับการชดใช้ค่าเสียหายจากรัฐได้

นอกจากนี้ ยังมีอีกหนึ่งอุปสรรคสำคัญนอกเหนือจากที่ได้กล่าวมาข้างต้นคือ ความคุ้มกันของรัฐ (State immunity) หลักกฎหมายระหว่างประเทศที่มีต้นกำเนิดมาจากการที่รัฐทั้งหลายต่างมีอำนาจอธิปไตย (Sovereignty) มีเอกราช (Independence) มีความเสมอภาค (Equality) และศักดิ์ศรี (Dignity) เท่าเทียมกัน รัฐแต่ละรัฐจึงไม่สมควรที่จะใช้อำนาจทางนิติบัญญัติ ตุลาการ หรือบริหารต่อรัฐใดรัฐหนึ่ง มิเช่นนั้นแล้วอาจก่อให้เกิดผลเสียต่อความสัมพันธ์ระหว่างรัฐด้วยกัน ดังนั้น

เมื่อปัจเจกชนฟ้องร้องต่อรัฐต่างประเทศ รัฐที่ถูกฟ้องก็มักจะยกความคุ้มกันของรัฐขึ้นมาเพื่อไม่ให้เกิดการพิจารณาคดีเกิดขึ้น อุปสรรคจากความคุ้มกันของรัฐนี้เองทำให้ปัจเจกชนผู้ได้รับความเสียหายจากการละเมิดกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศไม่สามารถได้รับการชดเชยค่าเสียหายที่เหมาะสมได้ และส่งผลให้ศาลภายในไม่มีโอกาสที่จะวินิจฉัยประเด็นแห่งคดีที่เกี่ยวกับสิทธิของปัจเจกชนภายใต้อนุสัญญาที่เกี่ยวกับกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ

อย่างไรก็ตาม จากเหตุของการอ้างหลักความคุ้มกันของรัฐขึ้นมาทำให้มีประเด็นปัญหาเกิดขึ้น กล่าวคือ กรณีที่เกี่ยวข้องกับความสัมพันธ์ระหว่างความคุ้มกันของรัฐและกฎหมายลักษณะเด็ดขาด (jus cogens) เนื่องจากมีปัจเจกชนจำนวนหนึ่งที่ไม่ได้รับการชดเชยค่าเสียหายจากรัฐที่ละเมิดกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศทำการยกข้อโต้แย้งขึ้นมาในศาลภายในว่า การละเมิดกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศอย่างร้ายแรงนั้นนับได้ว่าเป็นการละเมิดกฎหมายลักษณะเด็ดขาด ซึ่งเป็นกฎเกณฑ์ที่อยู่สูงที่สุดในระบบกฎหมายและเป็นกฎเกณฑ์ที่ไม่สามารถเปลี่ยนแปลงเป็นอย่างอื่นได้ ด้วยเหตุนี้ หลักความคุ้มกันของรัฐซึ่งมีลำดับศักดิ์ต่ำกว่าจึงไม่สามารถใช้ได้ ข้อโต้แย้งนี้นำไปสู่การถกเถียงจำนวนมากว่า การละเมิดกฎหมายลักษณะเด็ดขาดนั้นควรเป็นข้อยกเว้นของความคุ้มกันของรัฐในกรณีการฟ้องร้องเป็นคดีแพ่งโดยปัจเจกชนต่อรัฐหรือไม่ แม้กระนั้น หากพิจารณาจากตรรกาสาระหว่างประเทศและแนวปฏิบัติของรัฐในเรื่องความคุ้มกันของรัฐพบว่า มีความหลากหลายของแนวทางการใช้หลักความคุ้มกันของรัฐในกรณีการเรียกร้องให้มีการชดเชยค่าเสียหายจากการละเมิดกฎหมายลักษณะเด็ดขาด

จนกระทั่งในปี ค.ศ. 2000 ศาลภายในกรีซมีคำวินิจฉัยในคดี *Distomo* โดยโจทก์ซึ่งเป็นการฟ้องของผู้ได้รับความเสียหายจากการกระทำของเยอรมนีในช่วงสงครามโลกครั้งที่ 2 ยื่นคำฟ้องเป็นคดีแพ่งต่อเยอรมนี กล่าวหาว่า ในช่วงระยะเวลาดังกล่าวกองกำลังทหาร (Armed forces) ของเยอรมนีเข้ายึดดินแดนส่วนหนึ่งในกรีซและทำการสังหารหมู่ผู้คนจำนวนมากในหมู่บ้าน *Distomo* ทายาทของผู้ตายจึงยื่นคำฟ้องต่อศาลเพื่อให้เยอรมนีชดเชยค่าเสียหายจากการกระทำที่เกิดขึ้น ด้านเยอรมนีที่ตกเป็นจำเลยของคดีนี้จึงยกหลักความคุ้มกันของรัฐขึ้นต่อสู้ แต่กระนั้น ศาลภายในกรีซปฏิเสธ โดยเห็นว่าการกระทำของเยอรมนีเป็นการละเมิดกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศอย่างร้ายแรงและเป็นการละเมิดกฎเกณฑ์ที่ได้รับสถานะเป็นกฎหมายลักษณะเด็ดขาด (jus cogens) เยอรมนีจึงไม่สามารถอ้างความคุ้มกันของรัฐได้ คำวินิจฉัยนี้สอดคล้องกับคำวินิจฉัยของศาลอิตาลีในปี ค.ศ. 2004 ในคดี *Ferrini* เป็นกรณีที่คนชาติอิตาลียื่นคำฟ้องเป็นคดีแพ่งต่อเยอรมนี กล่าวหาว่า กองกำลังทหารของเยอรมนีช่วง ค.ศ. 1943-1945 บังคับให้ *Ferrini* ไปเป็นแรงงานบังคับ (Forced labor) ซึ่งถือเป็นการละเมิดกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ ซึ่งเป็นกฎเกณฑ์ที่ได้รับสถานะเป็นกฎหมายลักษณะเด็ดขาด ส่งผลให้ *Ferrini* ได้รับความเสียหาย เยอรมนีจึงมีความรับผิดชอบชดเชยค่าเสียหายที่เกิดขึ้นเช่นเดียวกันกับจุดยืนของเยอรมนีในคดี *Distomo* เยอรมนีอ้างความคุ้มกันของรัฐ อย่างไรก็ตาม ศาลสูงอิตาลีปฏิเสธที่จะให้ความคุ้มกัน โดยเห็นว่าการกระทำที่เป็นอาชญากรรมระหว่างประเทศ (International crime) และการกระทำที่ละเมิดกฎหมายลักษณะเด็ดขาดไม่สามารถอ้างความคุ้มกันได้

เมื่อคำวินิจฉัยของศาลภายในทั้งสองประเทศออกมา โจทย์ของทั้งสองคดีต่างรอให้มีการชดใช้ค่าเสียหายจากฝ่ายเยอรมนี แต่เยอรมนีไม่ได้ปฏิบัติตามแต่อย่างใด ในทางกลับกัน เยอรมนียื่นคำฟ้องไปยังศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ (International Court of Justice) กล่าวหาว่า อิตาลีละเมิดพันธกรณีระหว่างประเทศโดยการปฏิเสธที่จะให้ความคุ้มกันของรัฐแก่เยอรมนี และในวันที่ 3 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 2012 ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศมีคำพิพากษาคดี Jurisdictional Immunities of the State เพื่อระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นระหว่างเยอรมนีกับอิตาลี โดยวินิจฉัยว่า เยอรมนีได้รับความคุ้มกันของรัฐภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ แม้ว่าเยอรมนีจะยอมรับว่าข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นในคดีทั้งสองจะเป็นการละเมิดกฎหมายระหว่างประเทศและกฎหมายลักษณะเด็ดขาดจริง แต่ข้อเท็จจริงดังกล่าวไม่ส่งผลกระทบต่อสิทธิที่จะใช้ความคุ้มกันของรัฐ เนื่องจากกฎหมายความคุ้มกันของรัฐเป็นกฎหมายประเภทสบัญญัติ (Procedural law) และกฎหมายลักษณะเด็ดขาดเป็นกฎหมายประเภทสารบัญญัติ (Substantive law) เมื่อกฎหมายทั้งสองเป็นคนละประเภทกันจึงไม่มีการขัดกันเกิดขึ้นตามที่อิตาลีกล่าวอ้าง

คำพิพากษานี้จะไม่เพียงส่งผลต่อเยอรมนีกับอิตาลีเท่านั้น แต่จะส่งผลที่มีความสำคัญต่อแนวปฏิบัติของรัฐอื่นๆในเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างความคุ้มกันของรัฐกับกฎหมายลักษณะเด็ดขาด เนื่องจากความสัมพันธ์ดังกล่าวมีการถกเถียงกันมาอย่างยาวนานทั้งในทางทฤษฎีและในทางปฏิบัติ คำพิพากษานี้ได้รับการตอบโต้โดยนักวิชาการจำนวนหนึ่ง และถูกวิพากษ์วิจารณ์ว่าคำพิพากษานี้ไม่มีความสอดคล้องกับแนวพัฒนาการของกฎหมายระหว่างประเทศที่มีแนวโน้มคุ้มครองและให้สิทธิกับปัจเจกชนมากยิ่งขึ้น อย่างไรก็ตาม ไม่ได้มีเพียงการปะทะกันระหว่างหลักความคุ้มกันของรัฐกับกฎหมายลักษณะเด็ดขาดเท่านั้นที่เกิดขึ้น ในทางปฏิบัติยังคงพบว่า มีการอ้างสิทธิเพื่อให้ได้รับการชดใช้ค่าเสียหายโดยอาศัยกฎเกณฑ์อื่นภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศเพื่อให้ศาลภายในปฏิเสธการอ้างความคุ้มกันของรัฐด้วยในหลายกรณี อีกทั้งยังพบว่า มีกลไกหรือวิธีการอื่นที่สามารถให้ปัจเจกชนใช้สิทธิในการเรียกร้องค่าเสียหายได้โดยไม่มีความจำเป็นจะต้องเผชิญกับอุปสรรคจากหลักความคุ้มกันของรัฐ

ด้วยเหตุดังกล่าวมาข้างต้น วิทยานิพนธ์ฉบับนี้จึงทำการศึกษาข้อท้าทายต่างๆที่มาจากแนวคิดหรือทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับความสัมพันธ์ระหว่างความคุ้มกันของรัฐในคดีแพ่งกับกฎหมายลักษณะเด็ดขาดและกฎเกณฑ์อื่นภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ เพื่อศึกษาประเด็นข้อท้าทายที่ไม่ให้ความคุ้มกันของรัฐเข้ามาเป็นอุปสรรคและเพื่อแสวงหาวิธีการหรือกลไกอื่นใดในการชดใช้ค่าเสียหายแก่ปัจเจกชนผู้ถูกละเมิดกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศอย่างร้ายแรง โดยมุ่งหวังว่าการศึกษาดังกล่าวจะเป็นประโยชน์ต่อปัจเจกชนที่สมควรจะได้รับสิทธิในการชดใช้ค่าเสียหายอย่างเหมาะสมและยุติธรรม

1.2 สมมติฐานการศึกษา

การที่ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศในคดี Jurisdictional Immunities of the States ยืนยันว่าความคุ้มกันของรัฐเป็นหลักกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศและรัฐต่างประเทศยังคงสามารถใช้ความคุ้มกันของรัฐได้ถึงแม้ว่าการละเมิดที่เกิดขึ้นจะเป็นการละเมิดกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศอย่างร้ายแรง ทำให้เกิดอุปสรรคในการที่ปัจเจกชนจะได้รับการชดใช้ค่าเสียหาย จึงต้องอาศัยกลไกอื่นภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศที่รัฐสามารถเลือกใช้หรือตกลงกันได้เพื่อไม่ให้ความคุ้มกันของรัฐเข้ามาเป็นอุปสรรคในการชดใช้ค่าเสียหายแก่ปัจเจกชน

1.3 วัตถุประสงค์ของการวิจัย

1. เพื่อศึกษาถึงหลักการทั่วไปในการชดใช้ค่าเสียหาย (Reparation) ให้แก่ปัจเจกชนผู้ได้รับความเสียหายจากการละเมิดกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ
2. เพื่อศึกษาถึงแนวคิดและพัฒนาการของหลักความคุ้มกันของรัฐจากเขตอำนาจ (Immunity from jurisdiction) และการบังคับคดี (Immunity from execution) รวมถึงการศึกษาการกระทำใดบ้างที่เป็นการกระทำของรัฐโดยแท้ (acta jure imperii) และการกระทำใดบ้างที่เป็นการกระทำของรัฐเชิงพาณิชย์ (acta jure gestionis)
3. เพื่อศึกษาถึงอุปสรรคจากความคุ้มกันของรัฐของปัจเจกชนในการฟ้องร้องรัฐต่างประเทศในศาลภายในเพื่อให้มีการชดใช้ค่าเสียหายว่ามีแนวโน้มและแนวปฏิบัติในปัจจุบันเป็นเช่นไร
4. เพื่อศึกษาคำพิพากษาศาลยุติธรรมระหว่างประเทศในคดี Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening) ผ่านการให้เหตุผลในประเด็นต่างๆที่เกี่ยวข้องกับความคุ้มกันของรัฐจากเขตอำนาจและการบังคับคดีของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ
5. เพื่อวิเคราะห์ถึงข้อท้าทายผ่านแนวคิดหรือทฤษฎีที่มีอยู่ในความสัมพันธ์ของหลักความคุ้มกันของรัฐกับกฎหมายลักษณะเด็ดขาดและกฎเกณฑ์อื่นภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศว่าในปัจจุบันนั้นมีแนวคิดหรือทฤษฎีใดบ้างที่มีน้ำหนักพอที่จะใช้เป็นหลักในการปฏิเสธความคุ้มกันของรัฐจากการละเมิดกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศอย่างร้ายแรง ซึ่งเป็นกฎเกณฑ์ที่ได้รับสถานะเป็นกฎหมายลักษณะเด็ดขาด
6. เพื่อศึกษาแนวทางและกลไกอื่น ๆ ในการชดใช้ค่าเสียหายแก่ปัจเจกชนผู้ถูกละเมิดกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศอย่างร้ายแรง โดยการเรียกร้องให้มีการชดใช้ค่าเสียหายของปัจเจกชนนั้นจะไม่ถูกระทบกระเทือนจากการใช้หลักความคุ้มกันของรัฐ

1.4 ขอบเขตการวิจัย

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้มุ่งประสงค์ที่จะศึกษาความสัมพันธ์ระหว่างความคุ้มกันของรัฐทางแพ่งกับการละเมิดกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศซึ่งเป็นกฎเกณฑ์ที่ได้รับสถานะเป็นกฎหมายลักษณะเด็ดขาด โดยมุ่งเน้นและให้ความสำคัญในการศึกษาตราสารระหว่างประเทศและแนวปฏิบัติของรัฐที่เกี่ยวข้องกับความคุ้มกันของรัฐจากเขตอำนาจและการบังคับคดี พร้อมทั้งศึกษาคำพิพากษาศาลยุติธรรมระหว่างประเทศในคดี Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening) เพื่อที่จะทำการแสวงหาข้อท้าทายจากแนวคิดหรือทฤษฎีจากความสัมพันธ์ระหว่างความคุ้มกันของรัฐทางแพ่งกับการละเมิดกฎหมายลักษณะเด็ดขาดและกฎเกณฑ์อื่นภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ รวมไปถึงการแสวงหาวิธีการหรือกลไกอื่นที่ถูกสร้างขึ้นเพื่อไม่ให้ความคุ้มกันของรัฐเข้ามาเป็นอุปสรรคในการให้ปัจเจกชนผู้ได้รับความเสียหายจากการละเมิดได้รับการชดเชยค่าเสียหายอย่างเหมาะสม

1.5 วิธีดำเนินการวิจัย

วิธีการดำเนินการวิจัยสำหรับวิทยานิพนธ์ฉบับนี้เป็นการวิจัยเอกสาร (Documentary research) โดยผู้วิจัยจะค้นคว้าข้อมูลที่มีความเกี่ยวข้องจากหนังสือ บทความ เอกสารเตรียมร่างงานวิจัย สื่ออิเล็กทรอนิกส์ สอบถามข้อมูลจากอาจารย์ที่ปรึกษาและผู้เชี่ยวชาญ

1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ

1. ทำให้ทราบถึงหลักการทั่วไปในการชดเชยค่าเสียหายให้แก่ปัจเจกชนผู้ได้รับความเสียหายจากการละเมิดกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ
2. ทำให้ทราบถึงแนวคิดและพัฒนาการของหลักความคุ้มกันของรัฐจากเขตอำนาจ (Immunity from jurisdiction) และการบังคับคดี (Immunity from execution) รวมถึงความเข้าใจว่ากระทำใดบ้างที่เป็นการกระทำของรัฐโดยแท้ (acta jure imperii) และการกระทำใดบ้างที่เป็นการกระทำของรัฐเชิงพาณิชย์ (acta jure gestionis)
3. ทำให้ทราบถึงอุปสรรคจากความคุ้มกันของรัฐของปัจเจกชนในการฟ้องร้องรัฐต่างประเทศในศาลภายในเพื่อให้มีการชดเชยค่าเสียหายว่ามีแนวโน้มและแนวปฏิบัติในปัจจุบันเป็นเช่นไร
4. ทำให้ทราบถึงการให้เหตุผลของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศในคดี Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening) ในประเด็นต่างๆที่ปรากฏในคดีที่เกี่ยวข้องกับความคุ้มกันของรัฐจากเขตอำนาจและการบังคับคดีของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ

5. ทำให้ทราบถึงข้อท้าทายที่มีอยู่ผ่านแนวคิดหรือทฤษฎีที่มีอยู่ในความสัมพันธ์ของหลักความคุ้มกันของรัฐกับกฎหมายลักษณะเด็ดขาดและกฎเกณฑ์อื่นภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศว่าในปัจจุบันนี้มีแนวคิดหรือทฤษฎีใดบ้างที่มีน้ำหนักพอที่จะใช้เป็นหลักในการปฏิเสธความคุ้มกันของรัฐจากการละเมิดกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศอย่างร้ายแรง ซึ่งเป็นกฎเกณฑ์ที่ได้รับสถานะเป็นกฎหมายลักษณะเด็ดขาด

6. ทำให้ทราบถึงแนวทางและกลไกอื่น ๆ ในการชดเชยค่าเสียหายแก่ปัจเจกชนผู้ถูกละเมิดกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศอย่างร้ายแรง โดยการเรียกร้องให้มีการชดเชยค่าเสียหายของปัจเจกชนนั้นจะไม่ถูกระทบกระเทือนจากการใช้หลักความคุ้มกันของรัฐ



บทที่ 2

สิทธิของปัจเจกชนที่จะได้รับการชดใช้ค่าเสียหายจากการละเมิดกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศอย่างร้ายแรงกับหลักความคุ้มกันของรัฐภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ

เมื่อปัจเจกชนได้รับความเสียหายจากการละเมิดกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ ผู้ได้รับความเสียหายย่อมแสวงหาหนทางเพื่อให้ได้รับการชดใช้ค่าเสียหายที่เหมาะสมและสมควรที่จะได้รับ อย่างไรก็ตาม ตลอดระยะเวลาที่ผ่านมากฎหมายระหว่างประเทศยังคงมีความคลุมเครือไม่ชัดเจนในเรื่องสิทธิของปัจเจกชนที่จะได้รับการชดใช้ค่าเสียหายจากการละเมิดที่เกิดจากการกระทำของรัฐ สอดคล้องกับบทบัญญัติของกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศที่มีถ้อยคำกำกวมและสามารถตีความได้แตกต่างกันออกไปในเรื่องสิทธิของปัจเจกชนที่จะได้รับการชดใช้ค่าเสียหาย ยิ่งไปกว่านั้น บทบาทของหลักความคุ้มกันของรัฐได้เข้ามามีส่วนเกี่ยวข้องเมื่อปัจเจกชนพยายามใช้สิทธิภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศต่อรัฐที่สามในศาลภายใน ส่งผลให้เกิดประเด็นปัญหาว่า หลักความคุ้มกันของรัฐซึ่งเป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศได้มีการกำหนดเงื่อนไขข้อยกเว้นในกรณีที่มีการละเมิดกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศอย่างร้ายแรงหรือไม่

ดังนั้น บทที่ 2 จะทำการศึกษาเกี่ยวกับพัฒนาการของการยอมรับสิทธิของปัจเจกชนในฐานะผู้รับประโยชน์จากการชดใช้ค่าเสียหายภายใต้หลักการทั่วไปของกฎหมายระหว่างประเทศ ซึ่งเริ่มมีการยอมรับในตราสารระหว่างประเทศบางฉบับ และจะทำการศึกษาถึงสิทธิของปัจเจกชนที่จะเรียกร้องให้รัฐมีการชดใช้ค่าเสียหาย (Reparation) ต่อความเสียหายใดๆก็ตามที่เกิดขึ้นจากการละเมิดกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศอย่างร้ายแรง เนื้อหาสาระในตอนต้นจะเป็นการอธิบายถึงหลักเกณฑ์ทั่วไปภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศในการยอมรับสิทธิของปัจเจกชนในฐานะผู้รับประโยชน์จากการชดใช้ค่าเสียหายของรัฐ ถัดต่อมาจะอธิบายถึงหลักเกณฑ์ทั่วไปภายใต้กฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศที่ปรากฏอยู่ในข้อบทของอนุสัญญากรุงเฮกฉบับที่ 4 ค.ศ. 1907 (Hague Convention VI 1907) และพิธีสารเพิ่มเติมอนุสัญญาเจนีวา ค.ศ. 1949 ฉบับที่ 1 (Additional Protocol I of Geneva Convention 1949) แม้จะมีการระบุถึงเนื้อหาสาระในการชดใช้ค่าเสียหายเอาไว้ในบทบัญญัติ แต่ความไม่ชัดเจนของบทบัญญัติทำให้เกิดประเด็นที่เป็นข้อสงสัยว่า ปัจเจกชน (Individual) มีสิทธิที่จะเรียกร้องให้รัฐชดใช้ค่าเสียหายโดยตรงแก่ปัจเจกชนที่ได้รับความเสียหายจากการละเมิดกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศอย่างร้ายแรงหรือไม่ โดยในบทที่ 2 นี้จะทำการศึกษาถึงรายละเอียดของบทบัญญัติดังกล่าว รวมถึงความเห็นของนักวิชาการจำนวนหนึ่งที่ทำให้การสนับสนุนแนวคิดที่ว่าบทบัญญัติจากอนุสัญญาทั้งสองควรถูกตีความเพื่อให้สิทธิแก่ปัจเจกชนผู้ได้รับความเสียหายจากการละเมิดกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ

ในเนื้อหาส่วนถัดมาจะเป็นเรื่องความคุ้มกันของรัฐภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ โดยการศึกษาหัวข้อนี้จะมุ่งพิจารณากฎเกณฑ์ที่ปรากฏอยู่ในกฎหมายระหว่างประเทศ กล่าวคือ กฎเกณฑ์ในเรื่องความคุ้มกันของรัฐภายใต้ United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property 2004 ซึ่งถือเป็นกฎหมายระหว่างประเทศที่ได้รับการร่างและออกแบบโดยพิจารณาจากตราสารกฎหมายระหว่างประเทศหลายฉบับ แนวปฏิบัติของรัฐ ทั้งการออกกฎหมายภายในและคำพิพากษาของศาลภายใน รวมถึงมีการยอมรับในอารัมภบทของอนุสัญญาว่า หลักการเรื่องความคุ้มกันของรัฐเป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ การศึกษาเนื้อหาส่วนนี้จะเป็นการกล่าวถึงที่มาและวิวัฒนาการของหลักความคุ้มกันของรัฐ การแยกการกระทำของรัฐโดยแท้ (acta jure imperii) และการกระทำของรัฐเชิงพาณิชย์ (acta jure gestionis) ความคุ้มกันจากเขตอำนาจ (Immunity from jurisdiction) การพิจารณาประเภทการกระทำของรัฐ ความคุ้มกันจากการบังคับคดี (Immunity from execution) ประเภทของทรัพย์สินที่สามารถบังคับคดีได้หรือไม่ สามารถบังคับคดีได้อย่างเด็ดขาดและกรณีการสละความคุ้มกัน (Waiver of Immunity)

เนื้อหาสาระในส่วนสุดท้ายจะเป็นความสัมพันธ์ระหว่างการละเมิดกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศอย่างร้ายแรงกับหลักการความคุ้มกันของรัฐ แม้ว่าจากการศึกษาในทางทฤษฎีจะพบว่า มีแนวความคิดจำนวนมากที่เห็นว่า ปัจเจกชนสามารถจะเรียกร้องให้รัฐชดใช้ค่าเสียหายการละเมิดกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศอย่างร้ายแรงได้โดยตรง แต่ในความเป็นจริงนั้น ปัจเจกชนไม่สามารถฟ้องร้องต่อรัฐดังกล่าวได้ เนื่องจากหลักความคุ้มกันของรัฐเข้ามามีบทบาทและเป็นอุปสรรคต่อการเรียกร้องของปัจเจกชน อุปสรรคดังกล่าวนี้ส่งผลให้ปัจเจกชนที่ได้รับความเสียหายถูกทอดทิ้งโดยปราศจากการเยียวยา แม้ว่าข้อเท็จจริงจะเห็นประจักษ์ชัดเจนว่า การละเมิดที่เกิดขึ้นเป็นการกระทำของรัฐก็ตาม โดยเนื้อหาในส่วนนี้จะทำการศึกษาถึงแนวปฏิบัติของรัฐผ่านคำพิพากษาของศาลภายในที่มีแนวโน้มสอดคล้องไปในทางเดียวกัน นอกจากนี้ จะศึกษาถึงคำพิพากษาของศาลระดับภูมิภาค กล่าวคือ European Court of Human Rights ที่มีคำพิพากษายืนยันหลักการความคุ้มกันของรัฐนั้นเป็นความมุ่งหมายอันชอบธรรม (Legitimate aims) ที่รัฐสามารถแสวงหาและมีความได้สัดส่วน

2.1 การยอมรับสิทธิของปัจเจกชนในการได้รับการชดใช้ค่าเสียหายภายใต้หลักการทั่วไปของกฎหมายระหว่างประเทศ

หลักการในกฎหมายระหว่างประเทศที่ยืนยันพันธกรณีในการชดใช้ค่าเสียหายถือกำเนิดขึ้นมาในอดีตหลายทศวรรษที่ผ่านมา กล่าวคือ ในปี ค.ศ. 1927-1928 ศาลประจำยุติธรรมระหว่างประเทศ (Permanent Court of International Justice: PCIJ) มีคำวินิจฉัยในคดี Factory of Chorzow ว่า

“เป็นหลักการทั่วไปของกฎหมายระหว่างประเทศและเป็นแนวคิดทั่วไปของกฎหมายที่ว่า การละเมิดใดๆในข้อตกลงจะทำให้เกิดพันธกรณีที่จะต้องชดใช้ค่าเสียหาย ... การชดใช้ค่าเสียหายเป็น

ส่วนประกอบที่จะขาดไม่ได้เมื่อเกิดความล้มเหลวที่จะปฏิบัติตามอนุสัญญา และไม่มีควมจำเป็นที่จะต้องระบุในอนุสัญญาว่าจะต้องมีการชดเชยค่าเสียหาย”¹

อย่างไรก็ตาม หลักการตามคดีนี้เป็นเพียงการชดเชยความเสียหายที่เกิดขึ้นจากความสัมพันธ์ระหว่างรัฐ-รัฐเท่านั้น (Inter-state) และในอดีตกฎหมายระหว่างประเทศยอมรับสถานะปัจเจกชนเป็นเพียงผู้รับประโยชน์ตามพันธกรณีระหว่างรัฐ ไม่ใช่ผู้ทรงสิทธิตามกฎหมายระหว่างประเทศ² อย่างไรก็ตาม แนวคิดที่ยอมรับว่าปัจเจกชนเป็นผู้ทรงสิทธิตามกฎหมายระหว่างประเทศ (Subject of international law) เกิดขึ้นภายหลังศตวรรษที่ 19 และต่อมาในช่วงหลังสงครามโลกครั้งที่ 2 การให้น้ำหนักแก่นักคิดนี้มีเพิ่มมากขึ้น นักทฤษฎีหลายคนได้นำเสนอหลากหลายเหตุผลเพื่อสนับสนุน เช่น การพัฒนาที่ก้าวหน้าของคำสั่งทางกฎหมายระหว่างประเทศ (International legal order) รวมไปถึงการเพิ่มขึ้นของหลักการด้านมนุษยธรรม ความสูงสุดของกฎหมายระหว่างประเทศเหนือกฎหมายภายใน และข้อบังคับโดยตรง (Direct regulation) ในสิทธิและหน้าที่ของปัจเจกชนโดยกฎหมายระหว่างประเทศ³ อย่างไรก็ตาม เกิดการโต้เถียงจำนวนมากถึงแนวคิดนี้ไม่ว่าจะเป็นทั้งฝ่ายสนับสนุนและฝ่ายที่เห็นแย้ง

George Scelle เห็นว่า รัฐนั้นเป็นเพียงแค่สิ่งที่ประดิษฐ์ขึ้น (Fiction) ในขณะที่ผู้ทรงสิทธิตามกฎหมายระหว่างประเทศที่แท้จริงเพียงหนึ่งเดียวคือมนุษย์ (Human being)⁴ หลังจากการเสนอความเห็นนี้ Wolfgang Friedmann โต้แย้งว่า หากปัจเจกชนเป็นผู้ทรงสิทธิตามกฎหมายระหว่างประเทศจริง คงเป็นที่เข้าใจในความรู้สึกทางศีลธรรม (Moral) และการอุปมาอุปไมย (Figurative) มากกว่าในความรู้สึกทางกฎหมายและการปฏิบัติ⁵ เช่นเดียวกับ Humphrey Waldock ที่เห็นว่า การแสดงมุมมองของ Scelle นั้นเป็นการละทิ้งซึ่งปรัชญาของกฎหมายระหว่างประเทศ⁶

ในขณะที่ Hersch Lauterpacht มองว่า ปัจเจกชนควรได้รับการยอมรับสภาพบุคคลในกฎหมายระหว่างประเทศจากการพิจารณาด้านคุณค่าสิทธิมนุษยชนและในด้านมนุษยธรรม Lauterpacht ชี้ให้เห็นว่า สถานะดั้งเดิม (Traditional position) ของปัจเจกชนนั้นเป็นไปได้เลยทีเดียว

¹ Case concerning the Factory of Chorzow (Germany v. Poland), p.29

“the Court observes that it is a principle of international law, and even a general conception of law, that any breach of an engagement involves an obligation to make reparation. ... the Court has already said that reparation is the indispensable complement of a failure to apply a convention, and there is no necessity for this to be stated in the convention itself.”

² Alexander Orakhelashvili, The Position of the Individual in International Law, California Western International Law Journal, (2001), p.243

³ Ibid, p.244

⁴ Ibid, citing Wolfgang Friedmann, The Changing Structure of International Law (1964)

⁵ Ibid

⁶ Ibid, citing Humphrey Waldock, General Course on Public International Law, (1962)

จะไม่ถูกกระทบกระเทือนจากพัฒนาการของกฎหมายระหว่างประเทศที่ให้อำนาจปัจเจกชนในการปกป้องสิทธิต่อศาลระหว่างประเทศ ยิ่งไปกว่านั้นกฎหมายระหว่างประเทศยังกำหนดหน้าที่ของปัจเจกชนโดยตรง Lauterpacht ยังยอมรับด้วยว่า ปัจเจกชนเป็นวัตถุแห่งสิทธิ (Object) ของกฎหมายระหว่างประเทศ ซึ่งหากข้อเท็จจริงปัจเจกชนเป็นวัตถุแห่งสิทธิของกฎหมายระหว่างประเทศ ก็ไม่ได้หมายความว่าปัจเจกชนเหล่านั้นจะไม่ใช้ผู้ทรงสิทธิตามกฎหมายระหว่างประเทศในบางกรณี⁷

ด้าน Hans Kelsen เป็นอีกหนึ่งนักนิติศาสตร์ที่แสดงความเห็นใจถึงสภาพบุคคลของปัจเจกชนภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ แม้ว่า Kelsen จะยอมรับกฎเกณฑ์ทั่วไปว่ามีเพียงรัฐเท่านั้นที่จะเป็นผู้ทรงสิทธิตามกฎหมายระหว่าง อย่างไรก็ตาม Kelsen ยังพูดถึงข้อยกเว้นของกฎเกณฑ์ในความเป็นไปได้เมื่อปัจเจกชนสามารถถูกนำตัวมารับผิดภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศจากการละเมิดกฎเกณฑ์ที่กำหนดโดยกฎหมายระหว่างประเทศ⁸

Ian Brownlie แสดงความเห็นอย่างชัดเจนว่า แม้ว่ากฎหมายระหว่างประเทศจะไม่ได้ห้ามในเรื่องเกี่ยวกับสภาพบุคคลของปัจเจกชน แต่นั่นก็ไม่มีประโยชน์ที่จะให้สภาพบุคคลตามกฎหมายระหว่างแก่ปัจเจกชน เพราะการให้นั้นอาจจะหมายถึงการยอมรับสิทธิที่ไม่มีอยู่ในความเป็นจริง และการให้นั้นก็ไม่ได้เปลี่ยนแปลงความจำเป็นในการแบ่งแยกระหว่างปัจเจกชนและผู้ทรงสิทธิอื่นในกฎหมายระหว่างประเทศ⁹ ขณะที่ Georg Schwarzenberger ยอมรับว่าปัจเจกชนนั้นเป็นผู้รับสิทธิของกฎหมายระหว่างประเทศ และยอมรับว่ามีความเป็นไปได้ในการสร้างกฎเกณฑ์ที่จะสามารถให้สภาพบุคคลตามกฎหมายระหว่างประเทศแก่ปัจเจกชน เช่น การสร้างความตกลงระหว่างรัฐที่ยอมรับสิทธิดังกล่าว¹⁰

ความเห็นของนักนิติศาสตร์ทั้งอดีตและปัจจุบันยังคงมีการโต้แย้งกันอยู่อย่างต่อเนื่องและยังไม่มีแนวโน้มว่าจะได้ข้อยุติในระยะเวลาอันใกล้ ซึ่งการวิเคราะห์ในประเด็นนี้อยู่เหนือขอบเขตของวิทยานิพนธ์ฉบับนี้

ทั้งนี้ หากพิจารณาจากพัฒนาการในกฎหมายระหว่างประเทศในช่วงระยะเวลาหลายสิบปีที่ผ่านมา มีการกำเนิดของตราสารระหว่างประเทศจำนวนมากที่ได้รับการยอมรับในกฎหมายระหว่างประเทศทั่วไป ซึ่งมีเนื้อหาสาระยืนยันความรับผิดชอบของรัฐในกรณีที่เกี่ยวข้องกับสิทธิมนุษยชนขั้นพื้นฐานในบางเรื่อง ไม่ว่าจะเป็นตราสารระหว่างประเทศด้านกฎหมายมนุษยธรรมหรือกฎหมายสิทธิ

⁷ Ibid, citing L. Oppenheimer, *International Law* (Hersch Lauterpacht ed., 8 ed.), (1955)

⁸ Ibid, p. 245 citing Hans Kelsen, *Reine Rechtslehre* (Pure Theory of Law) (1960), p.327-328

⁹ Ian Brownlie, *Principles of Public International Law*, (1998), p.66

¹⁰ Alexander Orakhelashvili, *The Position of the Individual in International Law*, *California Western International Law Journal*, (2001), p.246 citing Georg Schwarzenberger & E.D. Brown, *A Manual of International Law*, (1976)

มนุษยชนระหว่างประเทศ อีกทั้งตราสารบางฉบับหรือบางข้อบทได้รับการยอมรับว่าเป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ และในบางกรณีได้รับการยอมรับในฐานะกฎเกณฑ์ที่ไม่อาจเปลี่ยนแปลงเป็นอย่างอื่นได้ (Peremptory norms) หลักการดังที่ได้กล่าวมานี้ถูกสะท้อนและได้ยืนยันผ่านร่างข้อบทความรับผิดชอบของรัฐ (Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts)

โดยร่างข้อบทความรับผิดชอบของรัฐได้จำแนกการชดใช้ค่าเสียหายไว้ทั้งสิ้น 4 ประเภท กล่าวคือ 1. ประกันว่าจะไม่เกิดขึ้นอีก (Non-repetition) 2. การกลับสู่สภาพเดิม (Restitution) 3. การชดใช้เป็นตัวเงิน (Compensation) และการทำให้พึงพอใจ (Satisfaction) ถึงแม้ว่าหลักสิทธิมนุษยชนจะไม่ได้ถูกกล่าวถึงอย่างเฉพาะเจาะจงในร่างข้อบท แต่คำอธิบายของข้อที่ 33¹¹ ระบุว่า

“เมื่อพันธกรณีในการชดใช้ค่าเสียหายเกิดขึ้นต่อรัฐ การชดใช้ค่าเสียหายไม่จำเป็นต้องเป็นการเพิ่มผลประโยชน์ให้แก่รัฐนั้น ตัวอย่างเช่น ความรับผิดชอบของรัฐสำหรับการละเมิดพันธกรณีภายใต้สนธิสัญญาที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนอาจมีอยู่ระหว่างทุกภาคีในสนธิสัญญา แต่ปัจเจกชนที่เกี่ยวข้องควรจะถูกพิจารณาเป็นผู้รับสิทธิทำที่สุดในความเข้าใจว่าปัจเจกชนนั้นเป็นผู้ถือสิทธิที่เกี่ยวข้อง”¹²

ร่างข้อบทนี้ได้รับการตอบรับในทางที่ดีจากนักกฎหมายสิทธิมนุษยชนจำนวนมาก อย่างไรก็ตาม การอ้างถึงสิทธิของปัจเจกชนนั้นจำกัดอยู่เพียงแคในคำอธิบาย (Commentary) แทนที่จะไปปรากฏอยู่ในข้อบท ส่งผลให้ได้รับการวิพากษ์วิจารณ์จำนวนหนึ่ง¹³

¹¹ Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, article 33

“1. The obligations of the responsible State set out in this part may be owed to another State, to several States, or to the international community as a whole, depending in particular on the character and content of the international obligation and on the circumstances of the breach.

2. This part is without prejudice to any right, arising from the international responsibility of a State, which may accrue directly to any person or entity other than a State.”

¹² Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries

“When an obligation of reparation exists towards a State, reparation does not necessarily accrue to that State’s benefit. For instance, a State’s responsibility for the breach of an obligation under a treaty concerning the protection of human rights may exist towards all the other parties to the treaty, but the individuals concerned should be regarded as the ultimate beneficiaries and in that sense as the holders of the relevant rights.”

¹³ Christine Evans, *The Rights to Reparation in International Law for Victims of Armed Conflict*, Cambridge University Press, 2012, p.30

นอกเหนือจากข้อบทความรับผิดชอบของรัฐ การยอมรับสิทธิของปัจเจกชนให้ได้รับการชดใช้ค่าเสียหายในกฎหมายระหว่างประเทศทั่วไปยังสามารถพบได้ในคำแนะนำ (Advisory opinion) ของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศเรื่อง *Advisory Opinion on Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory* (2004) ซึ่งยืนยันถึงหน้าที่ของอิสราเอลในการทำให้กลับคืนสู่สภาพเดิมและชดใช้ค่าเสียหายเป็นตัวเงินแก่บุคคลธรรมดาและนิติบุคคลที่ได้รับความเสียหายจากการก่อสร้างกำแพง ศาลวินิจฉัยในตอนหนึ่งว่า

“จากการก่อสร้างกำแพงในดินแดนของปาเลสไตน์ที่ได้ถูกยึดครอง ส่งผลให้เกิดการเรียกร้องและการทำลายต่อบ้านเรือน ธุรกิจ และการเป็นเจ้าของของกลีกรรม ศาลวินิจฉัยว่า อิสราเอลมีพันธกรณีที่จะชดใช้ค่าเสียหายสำหรับความเสียหายที่เกิดขึ้นต่อบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลที่เกี่ยวข้อง ... อิสราเอลยังมีพันธกรณีในการคืนที่ดิน สวนผลไม้ ต้นมะกอกและทรัพย์สินอื่นที่ไม่สามารถเคลื่อนที่ได้ที่ถูกยึดไปจากบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลเพื่อจุดประสงค์ในการก่อสร้างกำแพงในดินแดนปาเลสไตน์ที่ถูกยึดครอง สำหรับกรณีที่การคืนทรัพย์สินนั้นหากได้พิสูจน์แล้วว่าไม่สามารถเป็นไปได้โดยการคืนเป็นวัตถุ อิสราเอลมีพันธกรณีที่จะชดใช้ให้แก่บุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลสำหรับความเสียหายที่บุคคลดังกล่าวมาได้รับ”¹⁴

คำถามที่เกิดขึ้นก็คือ จากคำอธิบายดังกล่าวมาข้างต้น ปัจเจกชนมีสิทธิที่จะได้รับการชดใช้ค่าเสียหายภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศหรือไม่ เมื่อพิจารณาแล้วพบว่า เงื่อนไขแรกสำหรับการมีอยู่ของสิทธิปัจเจกชนที่จะได้รับการชดใช้ค่าเสียหายควรจะมาจากการมีอยู่ของสิทธิและหน้าที่ของปัจเจกชนที่มาจากกฎเกณฑ์ลำดับแรก (Primary rules) ที่เมื่อใดก็ตามถูกละเมิดจะก่อให้เกิดความรับผิดชอบของรัฐ ซึ่งอาจนำไปสู่ข้อสันนิษฐานว่า การละเมิดพันธกรณีระหว่างประเทศสามารถให้สิทธิปัจเจกชนหรือองค์ภาวะอื่นใดในการอ้างถึงความรับผิดชอบของผู้ที่กระทำผิดได้หากพันธกรณีที่ถูกละเมิดเป็นของปัจเจกชนหรือองค์ภาวะนั้น อย่างไรก็ตาม การมีอยู่ของสิทธิปัจเจกชนที่จะได้รับการชดใช้ค่าเสียหายไม่ได้รับการยอมรับหรือบัญญัติไว้ในร่างข้อบทความรับผิดชอบของรัฐ แม้ว่าข้อที่ 43(2)(b)¹⁵ ในร่างข้อ

¹⁴ *Advisory Opinion on Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, International Court of Justice, (2004)

“Moreover, given that the construction of the wall in the Occupied Palestinian Territory has, inter alia, entailed the requisition and destruction of homes, businesses and agricultural holdings, the Court finds further that Israel has the obligation to make reparation for the damage caused to all the natural or legal persons concerned ... Israel is accordingly under an obligation to return the land, orchards, olive groves and other immovable property seized from any natural or legal person for purposes of construction of the wall in the Occupied Palestinian Territory. In the event that such restitution should prove to be materially impossible, Israel has an obligation to compensate the persons in question for the damage suffered.”

¹⁵ *Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts*, article 42

“A State is entitled as an injured State to invoke the responsibility of another State if the obligation breached is owed to:

บทความรับผิดชอบของรัฐจะกำหนดให้การละเมิดพันธกรณีที่ผูกพันเป็นการทั่วไป (*erga omnes*) ให้สิทธิทุกรัฐสามารถเรียกร้องให้รัฐที่ละเมิดพันธกรณีชดเชยค่าเสียหายได้ หรือในกรณีอื่นรัฐสามารถเรียกแทนรัฐอื่นที่ได้รับความเสียหายหรือผู้ได้รับประโยชน์ (Beneficiaries) ก็ได้ แต่การจะพิจารณาคำว่า ‘ผู้ได้รับประโยชน์’ ที่ไม่ใช่รัฐไม่ได้เป็นผู้ถือสิทธิในการได้รับการชดเชยค่าเสียหายเป็นเรื่องยากที่จะอนุมาน อีกทั้งคำว่า ‘ผู้ได้รับประโยชน์’ ดูเสมือนจะสามารถตีความได้มากกว่าหนึ่งความหมาย ส่งผลให้ยังต้องทำการถกเถียงกันต่อไป ทั้งนี้ สมมติว่าหากข้อที่ 43(2)(b) ตีความได้ว่าไม่ได้มีกล่าวถึงสิทธิของปัจเจกชนที่จะได้รับการชดเชยค่าเสียหาย ในข้อที่ 33(2)¹⁶ ซึ่งระบุว่า “ส่วนนี้ไม่เป็นการกระทบกระเทือนต่อสิทธิใดๆที่เกิดขึ้นจากความรับผิดชอบระหว่างประเทศของรัฐที่อาจเกิดขึ้นโดยตรงกับบุคคลหรือองค์การอื่นใดนอกเหนือไปจากรัฐ” ข้อบทนี้อาจอนุมานได้ว่าก่อให้เกิดสิทธิปัจเจกชนที่จะได้รับชดเชยค่าเสียหาย¹⁷

พัฒนาการในการยอมรับสิทธิปัจเจกชนที่จะได้รับชดเชยค่าเสียหายมีความพยายามที่จะสร้างหลักเกณฑ์ขึ้นมาภายใต้หลักความคุ้มครองทางการทูต (Diplomatic protection) เดิมที่เป็นหลักการที่ให้อำนาจสิทธิของตนเองเพื่อคุ้มครองคนชาติของตนที่ได้รับความเสียหาย โดยมีเงื่อนไขว่า รัฐเจ้าของสัญชาติของปัจเจกชนเท่านั้นถึงจะสามารถอ้างสิทธินี้ได้ อีกทั้งปัจเจกชนต้องหมดหนทางการเยียวยาภายใน (Exhaustion of local remedy) ในดินแดนที่ปัจเจกชนนั้นได้รับความเสียหาย และกฎเกณฑ์ภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศต้องถูกละเมิด¹⁸ จากเงื่อนไขที่กล่าวมา รัฐจึงมีดุลยพินิจในการใช้ความคุ้มครองทางการทูตเมื่อใดก็ตามที่รัฐดำเนินการกระบวนกรอย่างใดอย่างหนึ่งเพื่อปกป้องสิทธิของคนชาติที่อยู่ต่างประเทศ การดำเนินการของรัฐเช่นนี้ไม่ได้หมายความว่าปัจเจกชนนั้นจะได้รับการเคารพหรือได้ประกันว่าจะได้รับการชดเชยค่าเสียหาย ยิ่งไปกว่านั้น หากรัฐอ้างสิทธิในระดับระหว่างประเทศ สิทธิของปัจเจกชนสำหรับการเยียวยาภายในนั้นจะถูกแทนที่ กล่าวคือ ความเสียหายที่ได้รับโดยปัจเจกชนจะกลายเป็นความเสียหายของรัฐเจ้าของสัญชาติ รัฐจึงกลายเป็นผู้ที่แสวงหาการเยียวยาแทน¹⁹

(b) a group of States including that State, or the international community as a whole, and the breach of the obligation:

(i) specially affects that State; or

(ii) is of such a character as radically to change the position of all the other States to which the obligation is owed with respect to the further performance of the obligation.”

¹⁶ Ibid, article 33(2)

“This Part is without prejudice to any right, arising from the international responsibility of a State, which may accrue directly to any person or entity other than a State.”

¹⁷ Enzo Cannizzaro, Is There an Individual Right to Reparation? Some Thought on the ICJ Judgment in the Jurisdictional Immunities Case, Essays in Honour of Professor Pierre-Marie Dupuy, (2014)

¹⁸ David Leys, Diplomatic Protection and Individual Rights: A Complementary Approach, Harvard International Law Journal Online, (2015), p.6

¹⁹ Ibid, p.7

อย่างไรก็ตาม คณะกรรมาธิการกฎหมายระหว่างประเทศ (International Law Commission: ILC) ยอมรับว่า มีความจำเป็นที่จะนิยามหลักการเรื่องความคุ้มครองทางการทูตใหม่ จึงมีการพยายามตั้ง Project to Codify Diplomatic Protection in Public International Law ขึ้นมาในการเตรียมร่างข้อบทเพื่อให้เป็นอนุสัญญาระหว่างประเทศที่ให้สิทธิปัจเจกชนมากยิ่งขึ้นในหลักการความคุ้มครองทางการทูต ในปี ค.ศ. 2001 John Dugard ในฐานะ Special Rapporteur ร่าง Draft Articles on Diplomatic Protection ได้เสนอข้อบทที่ 4 มีเนื้อหาสาระว่า

“เว้นแต่บุคคลที่ได้รับความเสียหายสามารถกล่าวอ้างสิทธิจากความเสียหายนั้นต่อศาลระหว่างประเทศที่มีเขตอำนาจ รัฐของเจ้าของสัญชาติเขา/เธอมีหน้าที่ทางกฎหมายในการใช้ความคุ้มครองทางการทูตในนามของบุคคลที่ได้รับความเสียหายตามคำขอ หากความเสียหายนั้นเป็นผลมาจากการละเมิดอย่างร้ายแรงของกฎหมายลักษณะเด็ดขาดอันเนื่องมาจากอีกรัฐหนึ่ง”²⁰

Dugard เห็นว่าข้อบทนี้เป็นการเสนอกฎหมายที่ควรจะเป็นในอนาคต (*de lege ferenda*) เนื่องจากมีแนวปฏิบัติของรัฐสนับสนุนน้อย อย่างไรก็ตาม ภายหลังจากการถกเถียงในข้อเสนอนี้ ซึ่งส่วนใหญ่มองเห็นว่า ความคุ้มครองทางการทูตไม่ใช่เรื่องสิทธิมนุษยชนจึงมีความจำเป็นถอนร่างข้อบทนี้ออก²¹

เป็นเรื่องน่าเสียดายที่เสียงส่วนใหญ่ไม่เห็นด้วยกับข้อบทนี้ จึงทำให้ผู้ร่างต้องถอนข้อบทนี้ออกไป ส่งผลให้แนวคิดที่รัฐมีหน้าที่ต้องใช้ความคุ้มครองทางการทูตกับการละเมิดกฎหมายลักษณะเด็ดขาดต้องหยุดลง ผู้เขียนเห็นตรงกับ Dugard ว่า เมื่อรัฐต่างๆ เข้าเป็นภาคีตราสารระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับสิทธิมนุษยชน และตราสารเหล่านั้นกำหนดพันธกรณีให้รัฐมีหน้าที่ให้ความคุ้มครองอย่างมีประสิทธิภาพจากการละเมิดสิทธิที่กำหนดไว้ในตราสารระหว่างประเทศ และยังกำหนดพันธกรณีรัฐให้ใช้วิธีการที่เพียงพอเหมาะสมในการให้เยียวยา ด้วยเหตุนี้ จึงไม่เห็นเหตุผลใดที่จะบอกว่ารัฐเจ้าของสัญชาติไม่ควรผูกพันที่จะคุ้มครองคนชาติของตนเมื่อสิทธิมนุษยชนของคนชาติเหล่านี้ถูกละเมิดในต่างประเทศ²²

²⁰ John Dugard, First Report on Diplomatic Protection, UN Document A/CN.4/506 and Add.1, p.223

“Unless the injured person is able to bring a claim for such injury before a competent international court or tribunal, the State of his/her nationality has a legal duty to exercise diplomatic protection on behalf of the injured person upon request, if the injury results from a grave breach of a jus cogens norm attributable to another State.”

²¹ John Dugard, Diplomatic Protection and Human Rights: The Draft Articles of International Law Commission, Australian Yearbook of International Law, p.80

²² Ibid, p.81

จนกระทั่งในปี ค.ศ. 2006 ILC ได้มีมติรับร่างข้อบทความคุ้มครองกันทางการทูต (Draft Articles on Diplomatic Protection) โดยยังมีการคงหลักเดิมของความคุ้มครองทางการทูตบางส่วนไว้ เช่นเดิม ในขณะที่การร่างข้อบทได้เน้นย้ำความสำคัญของสิทธิปัจเจกชนและสิทธิมนุษยชนมากยิ่งขึ้น²³ เมื่อพิจารณาร่างข้อบทพบว่า ภายใต้ข้อที่ 8 ปัจเจกชนสามารถได้รับความคุ้มครองไม่ใช่แค่เพียงจากรัฐเจ้าของสัญชาติเท่านั้น แต่ยังรวมไปถึงรัฐที่ปัจเจกชนมีภูมิลำเนา (Habitual residence) อยู่ด้วยเช่นเดียวกัน ยิ่งไปกว่านั้น ข้อบทยังกำหนดขอบเขตการได้รับสิทธิให้ขยายไปถึงบุคคลไร้สัญชาติ (Stateless person) และผู้ลี้ภัย (Refugee)²⁴ นอกจากนี้ ในข้อที่ 19 มีการแนะนำแนวทางปฏิบัติให้กับรัฐเพิ่มเติมเข้ามา โดยรัฐที่มีสิทธิใช้ความคุ้มครองทางการทูตตามร่างข้อบทนี้ควรพิจารณาความเห็นของบุคคลผู้ได้รับความเสียหายเพื่อพิจารณาถึงการใช้ความคุ้มครองทางการทูต และการชดเชยค่าเสียหายที่บุคคลนั้นได้แสวงหา และรัฐควรมอบค่าเสียหายที่ได้รับมาจากรัฐที่ต้องรับผิดชอบให้แก่บุคคลผู้ได้รับความเสียหาย ทั้งนี้ต้องอยู่ภายใต้เงื่อนไขของการหักค่าใช้จ่ายที่ใช้ไปอย่างเหมาะสม²⁵

แม้ว่าร่างข้อบทจะไม่ได้ให้สิทธิปัจเจกชนโดยตรงในการเรียกร้องต่อรัฐ ถึงกระนั้น หากมีการกำหนดไว้ก็จะเป็นการเปลี่ยนเนื้อหาสาระในหลักการของความคุ้มครองทางการทูตที่ต้องให้รัฐเป็นผู้ใช้สิทธิเรียกร้องไปอย่างสิ้นเชิง อย่างไรก็ตาม จะเห็นได้ว่าร่างข้อบทฉบับนี้มีการพัฒนาโดยอาศัยหลักการสิทธิมนุษยชนมากยิ่งขึ้น กล่าวคือ การให้ความคุ้มครองบุคคลไร้สัญชาติหรือผู้ลี้ภัย ซึ่งจากกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศเกี่ยวกับความคุ้มครองทางการทูตเดิมไม่ได้มีการกล่าวถึงบุคคลประเภทนี้เอาไว้ อีกทั้งมีการให้คำแนะนำว่ารัฐที่ใช้สิทธิควรให้การชดเชยค่าเสียหายแก่ปัจเจกชนผู้ได้รับความเสียหายด้วยเช่นเดียวกัน แต่เป็นที่น่าเสียดายเมื่อปี ค.ศ. 2007 ร่างข้อบทนี้ถูกเสนอต่อ

²³ Ibid, p.9-10

²⁴ Draft articles on Diplomatic Protection, article 8

“1. A State may exercise diplomatic protection in respect of a stateless person who, at the date of injury and at the date of the official presentation of the claim, is lawfully and habitually resident in that State.

2. A State may exercise diplomatic protection in respect of a person who is recognized as a refugee by that State, in accordance with internationally accepted standards, when that person, at the date of injury and at the date of the official presentation of the claim, is lawfully and habitually resident in that State.

3. Paragraph 2 does not apply in respect of an injury caused by an internationally wrongful act of the State of nationality of the refugee.”

²⁵ Ibid, article 19

“A State entitled to exercise diplomatic protection according to the present draft articles, should:
 (b) take into account, wherever feasible, the views of injured persons with regard to resort to diplomatic protection and the reparation to be sought; and
 (c) transfer to the injured person any compensation obtained for the injury from the responsible State subject to any reasonable deductions.”

Sixth Committee of the General Assembly หลายประเทศยังมีความกังวลในหลายประเด็นสำคัญ ส่งผลให้ร่างข้อบทความคุ้มครองทางการทูตนี้ถูกปฏิเสธ²⁶

กระนั้น ในปี ค.ศ. 2010 ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศมีคำพิพากษาในคดี *Ahmadou Sadio Diallo* ซึ่งข้อเท็จจริงมีอยู่ว่า ในปี ค.ศ. 1998 กินี (Guinea) ในนามของนักธุรกิจชื่อว่า Diallo ยื่นคำฟ้องซาอี (Zaire) ซึ่งปัจจุบันคือคองโก (Democratic Republic of Congo: DRC) ต่อศาลฯ ช่วง ค.ศ. 1988-1996 กินีกล่าวหาคองโกว่าทำการจับกุม คุมขัง และเนรเทศ Diallo ออกนอกประเทศโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย อีกทั้ง การกระทำดังกล่าวเป็นการละเมิดกฎหมายระหว่างประเทศอย่างร้ายแรง ศาลฯวินิจฉัยว่า คองโกละเมิดข้อที่ 9 และ 13 ของ Covenant on Civil and Political Rights และละเมิดข้อที่ 6 และ 12(4) ของ African Charter on Human and People's Rights โดยข้อบททั้งหมดเหล่านี้เกี่ยวข้องกับคุ้มครองสิทธิปัจเจกชนจากการจับกุม คุมขัง และเนรเทศตามอำเภอใจ ตอนหนึ่งศาลฯได้กล่าวถึงการพัฒนาของหลักความคุ้มครองทางการทูตไว้ว่า

“จากการยอมรับการพัฒนาในเนื้อหาของกฎหมายระหว่างประเทศตลอดหลายทศวรรษที่ผ่านมาอันเกี่ยวเนื่องกับสิทธิที่ให้แก่ปัจเจกชน ขอบเขตทางเนื้อหาของความคุ้มครองทางการทูตเดิมที่จำกัดอยู่แค่การละเมิดมาตรฐานขั้นต่ำในการปฏิบัติต่อคนต่างด้าวได้มีการขยายเพิ่มขึ้นให้รวมไปถึงสิทธิมนุษยชนที่ได้รับการยอมรับในทางระหว่างประเทศ”²⁷

อาจกล่าวได้ว่า สิทธิของปัจเจกชนที่จะได้รับชดใช้ค่าเสียหายผ่านหลักการความคุ้มครองทางการทูตยังคงไม่ได้หยุดพัฒนา จากคดี Diallo ซึ่งส่งผลกระทบต่อพัฒนาการของกฎหมายระหว่างประเทศในอนาคต แม้ว่าจะเป็นไปอย่างช้าและยากลำบากก็ตาม ทั้งนี้จากช่วงระยะเวลาที่ผ่านมา แนวความคิดในเรื่องการชดใช้ค่าเสียหายได้เปลี่ยนแปลงและขยายขอบเขตครอบคลุมในหลายๆแง่มุมของกฎหมายระหว่างประเทศ ยิ่งไปกว่านั้น การยอมรับในเรื่องการชดใช้ค่าเสียหายยังปรากฏเพิ่มมากขึ้นเรื่อยๆในตราสารสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ รวมไปถึงแนวคำพิพากษา อีกทั้งในปัจจุบันยังมีการสนับสนุนให้มีการตีความใหม่ในบทบัญญัติของกฎหมายมนุษยธรรมและกฎหมายอาญาระหว่างประเทศ²⁸ ด้วยเหตุนี้ จากแนวความคิดและหลักกฎหมายประกอบกับคำวินิจฉัยของศาลระหว่าง

²⁶ David Leys, *Diplomatic Protection and Individual Rights: A Complementary Approach*, Harvard International Law Journal Online, (2015), p.11

²⁷ Ahmadou Sadio Diallo, International Court of Justice, (2007), para.39

“Owing to the substantive development of international law over recent decades in respect of the rights it accords to individuals, the scope *ratione materiae* of diplomatic protection, originally limited to alleged violations of the minimum standard of treatment of aliens, has subsequently widened to include, *inter alia*, internationally guaranteed human rights.”

²⁸ Christine Evans, *The Rights to Reparation in International Law for Victims of Armed Conflict*, Cambridge University Press, 2012, p.31

ประเทศที่ได้วิเคราะห์ข้างต้น จึงอาจกล่าวได้ว่า กฎหมายระหว่างประเทศในปัจจุบันได้ยอมรับหลักการเรื่องสิทธิของปัจเจกชนในการเรียกร้องให้ได้รับการชดเชยค่าเสียหายได้จากการละเมิดของรัฐ

2.2 หลักการทั่วไปในการชดเชยค่าเสียหายแก่ปัจเจกชนภายใต้กฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ

อนุสัญญากรุงเฮกฉบับที่ 4 ค.ศ. 1907 (Hague Convention VI 1907) เป็นอนุสัญญาฉบับแรกที่มีการกล่าวถึงการชดเชยค่าเสียหายจากการละเมิดกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ โดยข้อที่ 3 ของอนุสัญญาฉบับนี้ระบุว่า

“รัฐที่ทำสงครามซึ่งละเมิดบทบัญญัติของกฎเกณฑ์ (Laws and Customs of War on Land) ที่ได้ระบุไว้จะต้อง ... รับผิดชอบที่จะจ่ายค่าเสียหาย รัฐจะต้องรับผิดชอบสำหรับการกระทำทุกอย่างที่ได้กระทำโดยบุคคลที่ปฏิบัติหน้าที่เป็นส่วนหนึ่งของกองกำลังทหาร”²⁹

ข้อที่ 3 ของอนุสัญญาฉบับนี้ร่างขึ้นในขณะที่ยังไม่มีการคิดถึงว่าปัจเจกชนอาจจะสามารถมีสิทธิภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ บทบัญญัตินี้เองจึงเสมือนการสะท้อนโครงสร้างความสัมพันธ์ระหว่างรัฐ-รัฐเท่านั้น ด้วยเหตุนี้ จึงไม่มีเนื้อหาใดในบทบัญญัติข้อที่ 3 ให้ปัจเจกชนต้องได้รับการชดเชยค่าเสียหาย แม้กระนั้นก็ยังไม่ว่าจะยืนยันได้ว่าข้อที่ 3 นี้ได้ปฏิเสธสิทธิของปัจเจกชนในการได้รับชดเชยค่าเสียหายจากรัฐที่ต้องรับผิดชอบ³⁰ อย่างไรก็ตาม รายละเอียดของอนุสัญญานี้มีน้อยเกินกว่าที่จะระบุได้ว่า ปัจเจกชนมีสิทธิที่จะยกบทบัญญัติในอนุสัญญานี้ขึ้นต่อศาลภายในหรือศาลระหว่างประเทศเพื่อเรียกร้องให้มีการชดเชยค่าเสียหายที่เกิดขึ้นจากการกระทำของรัฐได้หรือไม่

ต่อมาในปี ค.ศ. 1977 ได้มีพิธีสารเพิ่มเติมอนุสัญญาเจนีวา ค.ศ. 1949 ฉบับที่ 1 (Additional Protocol I 1977 of Geneva Convention 1949) ขึ้นมา โดยเนื้อหาของข้อที่ 91 ของพิธีสารเพิ่มเติมเป็นการลอกข้อที่ 3 ของอนุสัญญากรุงเฮกฉบับที่ 4 ค.ศ. 1907 ขึ้นมาใหม่ ทั้งนี้ผู้ร่างไม่ได้มีเจตนายกเลิกหลักการเดิมแต่อย่างใด ซึ่งหมายความว่าหลักการเดิมก็ยังคงเป็นกฎหมาย

²⁹ Hague Convention VI (1907), article 3

“A belligerent party which violates the provisions of the said Regulations shall, if the case demands, be liable to pay compensation. It shall be responsible for all acts committed by persons forming part of its armed forces.”

³⁰ Paolo Gaeta, Are Victims of Serious Violations of International Humanitarian Law Entitled to Compensation?, *International Humanitarian Law and International Human Rights Law*, New York: Oxford University Press, 2011

จารีตประเพณีสำหรับทุกประเทศเช่นเดิมต่อไป ซึ่งบทบัญญัติข้อที่ 91 ได้รับการยอมรับด้วยมติเอกฉันท์ในคณะกรรมการร่าง³¹

“รัฐที่ทำสงครามซึ่งละเมิดบทบัญญัติของอนุสัญญาหรือพิธีสารเพิ่มเติมนี้จะต้อง ... รับผิดชอบที่จะจ่ายค่าเสียหาย รัฐจะต้องรับผิดชอบสำหรับการกระทำที่กระทำโดยบุคคลที่ปฏิบัติหน้าที่เป็นส่วนหนึ่งของกองกำลังทหาร”³²

จุดประสงค์ของบทบัญญัตินี้คือการปกป้องฝ่ายที่พ่ายแพ้สงครามจากการถูกบังคับให้ลงนามในความตกลงหรือสนธิสัญญาสันติภาพให้สละการรับค่าชดใช้สำหรับการละเมิดที่เกิดขึ้นโดยบุคคลที่ปฏิบัติหน้าที่ให้แก่ฝ่ายผู้ชนะสงคราม³³ บทบัญญัติไม่ได้นำมาใช้แค่เพียงการละเมิดกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ (jus in bello) เท่านั้น แต่ยังใช้การละเมิดหลักการในข้อที่ 2 วรรค 4 ของกฎบัตรสหประชาชาติ (jus ad bellum) ด้วยเช่นเดียวกัน อย่างไรก็ตาม ในบริบทนี้ไม่ได้หมายความว่ารัฐที่แพ้สงครามจะต้องชดใช้ค่าเสียหาย แต่รัฐที่ใช้กำลังโดยมิชอบด้วยกฎหมายตามหลักการในข้อ 2 วรรค 4 ไม่ว่าจะเป็ฝ่ายใดก็ตามที่เริ่มสงคราม ซึ่งอาจกล่าวได้ว่ารัฐที่ใช้กำลังตามสิทธิในการป้องกันตนเอง (Self-defence) ถูกแยกออกจากความรับผิดชอบดังกล่าว³⁴ ในกรณีของการทำสนธิสัญญาสันติภาพ (Peace treaty) รัฐคู่สงครามสามารถจัดการกับปัญหาอันเกี่ยวข้องกับค่าเสียหายจากสงครามโดยทั่วไปได้ และรวมไปถึงความรับผิดชอบในการเริ่มต้นสงครามหากรัฐคู่สงครามทั้งสองฝ่ายเห็นว่าเหมาะสม แต่กระนั้น รัฐคู่สงครามไม่มีอิสระที่จะสละทิ้งการดำเนินคดีกับอาชญากรสงคราม หรือปฏิเสธการชดใช้ค่าเสียหายที่ผู้เสียหายมีสิทธิได้รับจากการละเมิดกฎหมายที่บัญญัติไว้ในอนุสัญญาต่างๆและพิธีสารเพิ่มเติม³⁵

พันธกรณีตามบทบัญญัตินี้ใช้กับทุกรัฐในสงคราม ไม่มีการแบ่งแยกระหว่างฝ่ายที่แพ้หรือฝ่ายที่ชนะสงคราม หากมีการละเมิดกฎหมายที่บัญญัติไว้ในกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศหรือแม้แต่ในกรณีที่รัฐใช้กำลังอย่างไม่ชอบด้วยกฎหมายเพื่อเริ่มสงคราม (jus ad bellum) และรัฐที่เชื่อได้ว่าใช้สิทธิในการป้องกันตนเองเพียงอย่างเดียวเท่านั้น บทบัญญัตินี้ก็ต้องนำมาใช้บังคับด้วยเช่นกัน ดังเช่นในอารัมภบทได้ยืนยันการตีความว่าบทบัญญัติของอนุสัญญาต่างๆรวมไปถึงพิธีสารเพิ่มเติม

³¹ Commentary on Additional Protocol I 1977 of Geneva Convention 1949, article 91, para.3645

³² Additional Protocol I 1977 of Geneva Convention 1949, article 91

“A Party to the conflict which violates the provisions of the Conventions or of this Protocol shall, if the case demands, be liable to pay compensation. It shall be responsible for all acts committed by persons forming part of its armed forces.”

³³ Commentary on Additional Protocol I 1977 of Geneva Convention 1949, article 91, para.3649

³⁴ Ibid, para.3650

³⁵ Ibid, para.3651

จะต้องนำมาใช้ในทุกสถานการณ์และใช้กับทุกบุคคลที่ได้รับการปกป้องภายใต้ตราสารต่างๆที่เกี่ยวข้อง³⁶

สำหรับพันธกรณีที่จะต้องชดเชยค่าเสียหายที่ได้บัญญัติไว้ในประโยคแรกนั้น การละเมิดเกิดขึ้นเพียงอย่างเดียวไม่เพียงพอที่จะเรียกให้มีการชดเชยค่าเสียหาย แต่จะต้องมีการสูญเสีย (Loss) และความเสียหาย (Damage) เกิดขึ้นด้วย ซึ่งโดยทั่วไปแล้วมักจะเป็นความเสียหายแก่ร่างกายหรือทรัพย์สิน ทั้งนี้ การชดเชยเป็นตัวแทนจะมีได้ก็ต่อเมื่อการกลับสู่สภาพเดิมหรือการฟื้นฟูกลับมานั้นไม่สามารถทำได้ การชดเชยเป็นตัวแทนนี้มักจะถูกให้เป็นเงินก้อนเป็นจำนวนที่สอดคล้องกับมูลค่าของสิ่งใดก็ตามที่การกลับสู่สภาพเดิมไม่สามารถทำได้ หากการชดเชยเป็นตัวแทนถูกชำระโดยใช้สิ่งของ (Goods) แทนเงิน สิ่งของเช่นว่านั้นจะต้องไม่ใช่ทรัพย์สินทางวัฒนธรรม (Cultural property) นอกจากนี้ การชดเชยค่าเสียหายอาจทำได้ในรูปแบบของการให้บริการ (Service) อย่างไรก็ตาม การใช้นักโทษสงคราม (Prisoner of war) ภายหลังจากสงครามสิ้นสุดเพื่อจุดประสงค์ในการทำงานก่อสร้างใหม่ซึ่งทรัพย์สินที่เสียหายในประเทศที่ควบคุมตัวนักโทษสงครามเพื่อเป็นการชดเชยค่าเสียหายที่เกิดขึ้นจะเป็นการละเมิดข้อที่ 118 ของอนุสัญญาเจนีวาฉบับที่ 3 ค.ศ. 1949 (Geneva Convention III 1949) ยิ่งไปกว่านั้น ห้ามมีความตกลงระหว่างรัฐคู่สงครามในการทำให้เสื่อมเสีย (Derogate) ซึ่งสิทธิของนักโทษสงครามที่จะถูกปล่อยโดยปราศจากความล่าช้าภายหลังจากที่สงครามได้ยุติลงแล้ว³⁷

บุคคลใดบ้างที่มีสิทธิได้รับการชดเชยค่าเสียหาย โดยทั่วไปแล้วจะเป็นรัฐคู่สงครามหรือคนชาติของรัฐคู่สงคราม (Nationals) นอกจากนี้ในบางกรณีอาจเป็นประเทศที่เป็นกลาง (Neutral-countries) ในกรณีที่มีการละเมิดกฎเกณฑ์เกี่ยวกับความเป็นกลาง (Neutrality) หรือการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายอันเกี่ยวเนื่องกับคนชาติที่เป็นกลาง (Neutral nationals) ในดินแดนของรัฐที่ทำสงคราม³⁸ สำหรับกรณีที่เป็นคนชาติต่างประเทศ (Foreign nationality) ถูกละเมิดโดยการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายของรัฐที่ทำสงคราม คนชาติต่างประเทศที่ถูกละเมิดควรจะได้รับสิ่งที่เกิดขึ้นแก่รัฐบาลของตน ซึ่งรัฐบาลที่ได้รับการแจ้งจะต้องยื่นคำร้องไปยังรัฐที่ทำสงครามฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง หรือในบางกรณีทั้งสองฝ่ายว่าได้กระทำการละเมิด ทั้งนี้ นับตั้งแต่ปี ค.ศ. 1945 แนวโน้มที่จะยอมรับการใช้สิทธิของปัจเจกชนได้เกิดขึ้น³⁹

พันธกรณีที่รัฐจะต้องชดเชยค่าเสียหายตามบทบัญญัตินี้จำกัดอยู่เพียงแค่การละเมิดอนุสัญญาต่างๆที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศซึ่งรวมไปถึงพิธีสารเพิ่มเติมเท่านั้น อย่างไรก็ตาม บทบัญญัตินี้ไม่เป็นการกระทบกระเทือน (Without prejudice) ถึงปัญหาที่อาจเกิดขึ้นในเรื่องเกี่ยวกับการชดเชยค่าเสียหายสำหรับความเสียหายที่เกิดขึ้นเมื่อไม่ได้มีการละเมิดใดๆในลักษณะจำกัด

³⁶ Ibid, para.3652

³⁷ Ibid, para.3655

³⁸ Ibid, para.3656

³⁹ Ibid, para.3657

ของคำ เช่น การกระทำที่เกิดโดยเหตุการณ์ภายในหรือเหตุการณ์ที่ไม่อาจคาดการณ์ได้หรือเหตุการณ์ที่ไม่เกี่ยวข้องกับการทำสงครามหรือเหตุสุดวิสัย (Force majeure)⁴⁰

สำหรับกรณีความรับผิดที่บัญญัติไว้ในประโยคที่สองของบทบัญญัติสามารถอธิบายได้ว่า ภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ การกระทำขององค์กรใดๆของรัฐ ไม่ว่าจะเป็นทหารหรือพลเรือนถือว่าเป็นการกระทำของรัฐหากการกระทำนั้นทำไปในหน้าที่ (Official capacity) โดยไม่คำนึงถึงตำแหน่ง ไม่ว่าจะเป็นผู้บังคับบัญชา (Superior) หรือผู้ใต้บังคับบัญชาก็ตาม (Subordinate) ดังนั้น หลักการเดียวกันนี้ใช้ได้กับสมาชิกใดๆ (Member) ก็ตามของกองกำลังทหาร (Armed forces) และ ไม่เป็นการเสื่อมเสียต่อความรับผิดส่วนบุคคลที่เขาหรือเธอจะได้รับ เนื่องจากสมาชิกของกองกำลังทหารเป็นเจ้าหน้าที่ (Agent) รัฐหรือรัฐที่ทำสงครามที่เขาหรือเธอสังกัดอยู่ ความรับผิดเช่นว่ารวมไปถึงการปฏิบัติหน้าที่หรือขัดต่อคำสั่งและการละเว้นการปฏิบัติหน้าที่ด้วยเช่นเดียวกัน สำหรับกรณีความเสียหายที่เกิดขึ้นโดยปัจเจกชนที่ไม่ใช่สมาชิกของกองกำลังทหารหรือไม่ใช่ผู้ปฏิบัติงานในองค์กร (Organ) ของรัฐ กรณีเช่นว่านี้ งานเขียนทางกฎหมายและคดีทางกฎหมายต่างๆแสดงให้เห็นว่าความรับผิดของรัฐยังคงเข้ามาเกี่ยวข้อง หากรัฐนั้นไม่ได้ดำเนินการป้องกันหรือยับยั้งการกระทำที่รัฐสามารถคาดการณ์ได้อย่างสมเหตุสมผลว่าจะเกิดขึ้นในแต่ละสถานการณ์ อาจกล่าวได้ว่า ความรับผิดจะเกิดขึ้นหากรัฐที่ทำสงครามไม่ได้กระทำการที่เหมาะสมที่จะป้องกันการกระทำที่จะเกิดขึ้น⁴¹

ประเด็นสำคัญที่ต้องพิจารณาจากบทบัญญัติทั้งสองนี้ก็คือ ประการแรก ปัจเจกชนมีสิทธิได้รับการชดเชยค่าเสียหายโดยตรงจากรัฐหรือไม่ และประการที่สอง ปัจเจกชนสามารถเรียกร้องค่าเสียหายโดยตรงต่อศาลภายในหรือศาลระหว่างประเทศได้หรือไม่

ประการแรก ปัจเจกชนมีสิทธิได้รับการชดเชยค่าเสียหายโดยตรงจากรัฐหรือไม่ หากพิจารณาจากคำอธิบายของข้อที่ 91 จะพบว่ามีภาระระบุถึง คนชาติ (Nationals) ของรัฐคู่สงครามสามารถมีสิทธิได้รับการชดเชยค่าเสียหายได้ นอกจากนี้หากพิจารณาจากความเห็นนักวิชาการส่วนหนึ่งก็จะเห็นว่า ความรับผิดของรัฐที่ทำสงครามในการชดเชยค่าเสียหายสำหรับการละเมิดกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศส่งผลให้เกิดพันธกรณีที่จะต้องชดเชยค่าเสียหายไม่ใช่แต่เพียงให้แก่รัฐเท่านั้น แต่รวมถึงผู้เสียหายที่เป็นปัจเจกชนด้วย⁴² ผู้เชี่ยวชาญอีกหลายคนที่ต่างเห็นตรงกันว่าวัตถุประสงค์ของบทบัญญัติทั้งสองนี้ให้สิทธิปัจเจกชนโดยตรง เช่น Frits Kalshoven เห็นว่า เอกสารเตรียมร่างของอนุสัญญากรุงเฮกฉบับที่ 4 ค.ศ. 1907 เสนอหลักฐานที่น่าจูงใจว่า ตัวแทน (Delegates) ไม่ได้อธิบาย

⁴⁰ Ibid, para.3659

⁴¹ Ibid, para.3660

⁴² Liesbeth Zegveld, Remedies for Victims of Violations of International Humanitarian Law, International Review of Red Cross (2003), p506

“The liability of parties to a conflict to pay compensation for violations of IHL committed by persons forming part of their armed forces could entail an obligation to compensate not only States but also individual victims”

อะไรมาเกี่ยวกับการบัญญัติกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับความรับผิดชอบระหว่างประเทศของรัฐต่ออีกรัฐหนึ่ง แต่สิ่งหนึ่งที่กล่าวถึงคือความเกี่ยวข้องกับความรับผิดชอบของรัฐ (State liability) ที่จะชดใช้ค่าเสียหายให้แก่การสูญเสียของปัจเจกชนอันเกิดจากผลที่ตามมาของการกระทำโดยตรงของกองกำลังทหาร⁴³ โดยข้อที่ 3 ของอนุสัญญากรุงเฮกฉบับที่ 4 ค.ศ. 1907 Kalshoven เห็นว่าเป็นการระบุโดยเฉพาะเจาะจงถึงความรับผิดชอบของรัฐที่จะชดใช้ค่าเสียหายแก่ศัตรูหรือบุคคลที่เป็นกลางสำหรับความเสียหายที่เกิดขึ้นจากผลของการกระทำของสมาชิกของกองกำลังทหารที่ไม่สอดคล้องกับบทบัญญัติในข้อบังคับต่างๆ⁴⁴

นอกจากนี้ Christopher Greenwood และ Eric David⁴⁵ ก็ได้แสดงเหตุผลไปในทางเดียวกันกับ Kalshoven อย่างไรก็ตาม ปัญหาที่เกิดขึ้นคือ เมื่อหลังจากสงครามสิ้นสุดลงรัฐที่ทำสงครามมักจะทำสนธิสัญญาหรือความตกลงสันติภาพเพื่อระงับข้อพิพาทต่างๆซึ่งรวมไปถึงการชดใช้ค่าเสียหาย โดยทั่วไปแล้วรัฐที่ต้องชดใช้ค่าเสียหายจะจ่ายเป็นเงินก้อนให้ออีกรัฐหนึ่ง และเมื่อรัฐได้รับเงินก้อนจึงนำไปแบ่งสัดส่วนให้เหมาะสมแก่ปัจเจกชนผู้ได้รับความเสียหายอีกทีหนึ่ง ด้วยเหตุนี้ ในบางกรณีปัจเจกชนบางส่วนจึงไม่ได้รับการชดใช้ค่าเสียหายซึ่งอาจเกิดขึ้นเพราะปัจจัยหลายๆอย่าง เช่น รัฐได้รับจำนวนเงินมาไม่เพียงพอที่จะมอบให้ หรือรัฐตกลงล่นรายชื่อปัจเจกชนที่มีสิทธิได้รับการชดใช้ค่าเสียหาย เป็นต้น

ประการที่สอง ปัจเจกชนสามารถเรียกร้องค่าเสียหายโดยตรงต่อศาลภายในหรือศาลระหว่างประเทศได้หรือไม่ หากพิจารณาอนุสัญญากรุงเฮกฉบับที่ 4 ค.ศ. 1907 และพิธีสารเพิ่มเติมอนุสัญญา

⁴³ Frits Kalshoven, State Responsibility for Warlike Acts of the Armed Forces: From Article 3 of Hague Convention IV of 1907 to Article 91 of Additional Protocol I of 1977 and Beyond, International and Comparative Law Quarterly, p.830

“The records of the conference that adopted the text, i.e. the Second Hague Peace Conference 1907, provide convincing evidence that the delegates sought not so much to lay down a rule relating to the international responsibility of one State vis-a-vis another, as one relating to a State’s liability to compensate the losses of individual persons incurred as a consequence of their direct (and harmful) contact with its armed forces.”

⁴⁴ Ibid, p.833

“As regards Article 3 in particular, its drafting history and, indeed, its internal logic make clear that its two sentences must be read together as an indivisible whole. This is to say that it specifically addresses the liability of a State to indemnify enemy or neutral persons for damages incurred as a result of acts committed by members of its armed land forces in contravention of the Regulations.”

⁴⁵ Expert opinion by F.Kalshoven, E. David and C. Greenwood, in War and Rights of Individuals on Commentary of the Additional Protocol 1 cited by Liesbeth Zegveld, Remedies for Victims of Violations of International Humanitarian Law, International Review of Red Cross (2003), p506

เจนีวา ค.ศ. 1949 ฉบับที่ 1 ไม่มีการพูดถึงประเด็นนี้ แม้แต่คำอธิบายของพิธีสารเพิ่มเติมก็ไม่มีการพูดถึงประเด็นนี้ไว้ด้วยเช่นเดียวกัน ถึงแม้ว่าจะมีการยอมรับที่เพิ่มมากขึ้นว่าปัจเจกชนนั้นมีสิทธิที่จะได้รับการชดเชยค่าเสียหายจากการละเมิดกฎหมายระหว่างประเทศ โดยแนวคิดนี้ได้รับการยอมรับผ่านกฎหมายสิทธิมนุษยชน ไม่ใช่แค่เพียงศาลสิทธิมนุษยชนที่ตั้งขึ้นและมีการยอมรับสิทธิของปัจเจกชนในการเรียกร้องโดยตรง แต่ยังรวมไปถึงสนธิสัญญาเกี่ยวกับสิทธิมนุษยชนอีกหลายฉบับ⁴⁶ ที่ให้รัฐเยียวยาการละเมิดใดๆก็ตามที่เกิดขึ้น อย่างไรก็ตาม สถานะของปัจเจกชนที่เป็นผู้ได้รับความเสียหายจากการละเมิดกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศยังเป็นปัญหาว่า ปัจเจกชนนั้นมีสิทธิที่จะอ้างบทบัญญัติในอนุสัญญาฯหรือพิธีสารเพิ่มเติมเพื่อเรียกร้องต่อศาลภายในได้หรือไม่ เพราะโดยทั่วไปแล้ว รัฐเป็นผู้มีสิทธิที่จะเรียกร้องได้ตามกฎหมายระหว่างประเทศ สำหรับปัจเจกชนจะต้องเรียกร้องผ่านรัฐของตนเท่านั้น⁴⁷ ประเด็นนี้จึงยังไม่มีคำตอบชัดเจน

จากความคลุมเครือและไม่ชัดเจนของบทบัญญัติทำให้ปัจเจกชนผู้ได้รับความเสียหายจากการละเมิดกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศไม่ได้รับการชดเชยค่าเสียหายที่เหมาะสม และเมื่อทำการศึกษานโยบายของรัฐผ่านคำพิพากษา เช่น *Ryuichi Shimoda et al. v. United States*⁴⁸, *Leo Handel et al v. Andrija Artukovic*⁴⁹, *Western Prisoners of War Cases*⁵⁰, *Hamdi v. Rumsfeld*⁵¹, *Goldstar v. United States*⁵² เป็นต้น พบว่าศาลภายในก็ยังไม่ได้ยอมรับสิทธิของปัจเจกชนในการอ้างบทบัญญัติของสนธิสัญญาที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศแต่อย่างใด นอกเหนือจากปัญหาที่ศาลภายในไม่ยอมรับสิทธิของปัจเจกชนในการได้รับการชดเชยค่าเสียหายภายใต้กฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศแล้ว อุปสรรคที่สำคัญอีกอย่างหนึ่งคือ ความคุ้มกันของรัฐ ซึ่งทำให้ศาลภายในปฏิเสธที่จะพิจารณาคดีที่ปัจเจกชนยื่นฟ้องรัฐที่ละเมิดกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ ส่งผลให้ศาลภายในไม่สามารถพิจารณาประเด็นแห่งคดีและเนื้อหาสาระของกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศได้ ดังนั้น การพัฒนาของกฎหมายระหว่างในเรื่องสิทธิของปัจเจกชนที่จะได้รับการชดเชยค่าเสียหายตามบทบัญญัติของกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศจึงไม่ได้รับการพัฒนาให้สอดคล้องกับแนวโน้มของกฎหมายระหว่างประเทศในปัจจุบัน

⁴⁶ Article 2(3), Articles 9(5) and 14(6) of the International Covenant on Civil and Political Rights, Article 14 of the Convention against Torture and Article 6 of the Convention on the Elimination of Racial Discrimination

⁴⁷ Emanuela-Chiara Gillard, *Reparation for Violations of International Humanitarian Law*, *International Review of Red Cross* (2003), p537

⁴⁸ *Hanrei Jiho*, vol. 355, p. 17; translated in *The Japanese Annual of International Law*, vol. 8, 1964, p. 231

⁴⁹ *Handel v. Artukovic*, The US District Court of California, (1985), para.1425

⁵⁰ Sayuri Umeda, *WWII POW and Forced Labor Compensation Cases*, Law Library of Congress, p.15-17

⁵¹ *Hamdi v. Rumsfeld*, The United States Court of Appeal for the Fourth Circuit, p.30

⁵² *Goldstar v. United States*, The United States Court of Appeal for the Fourth Circuit, para.15

2.3 ความคุ้มกันของรัฐจากเขตอำนาจและความคุ้มกันของรัฐจากการบังคับคดีภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ

เมื่อความคุ้มกันของรัฐเข้ามาเป็นอุปสรรคในการใช้สิทธิของปัจเจกชน หัวข้อนี้จึงมุ่งประสงค์ที่จะศึกษาเนื้อหาสาระของหลักความคุ้มกันของรัฐ โดยจะทำการศึกษาเริ่มต้นตั้งแต่ที่มาของหลักการนี้จนไปถึงหลักเกณฑ์ที่ปรากฏและมีการนำมาใช้อยู่ในปัจจุบันว่า มีข้อบกพร่องหรือกฎเกณฑ์ใดหรือไม่ที่กล่าวถึงความสัมพันธ์ระหว่างความคุ้มกันของรัฐกับการละเมิดกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศอย่างร้ายแรง ก็เพื่อที่จะหาข้อยกเว้นความคุ้มกันของรัฐและให้ปัจเจกชนได้รับการชดใช้ค่าเสียหายอย่างเหมาะสม

2.3.1 ที่มาและวิวัฒนาการของหลักความคุ้มกันของรัฐ

หลักกฎหมายในเรื่องความคุ้มกันของรัฐ (State immunity) ถือว่าเป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ มีจุดเริ่มต้นยาวนานมากกว่า 200 ปี แนวคิดในเรื่องความคุ้มกันของรัฐมีรากฐานมาจากแนวคิดที่ว่า รัฐแต่ละรัฐมีอำนาจอธิปไตย (Sovereignty) มีเอกราช (Independence) มีความเสมอภาค (Equality) และมีศักดิ์ศรี (Dignity) เท่าเทียมกัน⁵³ โดยไม่ต้องคำนึงว่ารัฐแต่ละรัฐนั้นจะมีขนาดเล็กหรือใหญ่มากน้อยเพียงใด ด้วยเหตุนี้เอง รัฐจึงไม่ตกอยู่ภายใต้อำนาจของรัฐใดรัฐหนึ่ง เพราะจากแนวคิดดังกล่าวถือว่ารัฐมีความเท่าเทียมกันภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศหรือเรียกในภาษาละตินว่า *par in parem non habet imperium* ทำให้รัฐแต่ละรัฐไม่ตกอยู่ภายใต้อำนาจของฝ่ายบริหาร (Executive jurisdiction) และไม่ตกอยู่ภายใต้อำนาจของฝ่ายตุลาการ (Judicial jurisdiction) เพราะรัฐมีความคุ้มกัน (Immunity)

เมื่อทำการพิจารณาจากที่มาของหลักความคุ้มกันของรัฐในคดี *The Schooner Exchange v. McFaddon and Others* ที่ศาลสูงสหรัฐอเมริกาได้วินิจฉัยไว้ในปี ค.ศ. 1812 จะพบว่า หลักความคุ้มกันของรัฐนั้นถูกสร้างขึ้นเพื่อให้เป็นประโยชน์ในเรื่องอัยาศัยไมตรี (Comity) ระหว่างรัฐกับรัฐเพื่อมิให้มีการก้าวล่วงอำนาจอธิปไตยระหว่างกัน กรณีเช่นนี้อาจส่งผลกระทบต่อความสัมพันธ์ระหว่างรัฐได้ ศาลในคดีนี้ได้ย้ำว่าปัญหาของรัฐที่จะสามารถจัดการกับการละเมิดที่เกิดขึ้นโดยรัฐอธิปไตยอีกรัฐหนึ่งได้หรือไม่ กล่าวอีกนัยหนึ่งคือ รัฐควรใช้อำนาจอธิปไตยต่ออีกรัฐหนึ่งหรือไม่ เป็นปัญหาที่มีลักษณะเป็นนโยบาย (Policy) มากกว่ากฎหมาย (Law) และเป็นเรื่องเกี่ยวกับการทูต (Diplomatic) มากกว่าเกี่ยวกับกฎหมาย (Legal)⁵⁴ จึงควรปล่อยให้เป็นที่หน้าที่ของฝ่ายบริหารที่จะตัดสินใจ ซึ่งสอดคล้องกับแนวทางของสหรัฐอเมริกาที่แม้ว่าจะมีการออกกฎหมายภายในเกี่ยวกับความคุ้มกันของรัฐออกมา แต่ศาลภายในที่ใช้กฎหมายดังกล่าวก็ยังคงคำนึงถึงทิศทางของฝ่ายบริหาร

⁵³ จุมพต สายสุนทร, กฎหมายระหว่างประเทศ เล่ม 2, (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2554), หน้า 26

⁵⁴ *The Schooner Exchange v. McFaddon and Others*, 11 U.S (7 Cranch) 116, p.11

ในประเด็นปัญหาที่เกี่ยวข้องกับความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ⁵⁵ โดยประโยชน์ที่ได้จากหลักความคุ้มกันของรัฐก็คือการหลีกเลี่ยงการกระทบกระทั่งระหว่างความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับรัฐ จากการที่รัฐหนึ่งตัดสินใจไม่ก้าวล่วงอำนาจอธิปไตยของอีกรัฐหนึ่ง

เดิมที่ความคุ้มกันของรัฐมีลักษณะเด็ดขาด (Absolute) รัฐต่างประเทศสามารถบริโภคความคุ้มกันได้ในคดีที่เกี่ยวกับทางแพ่งและทางอาญา ต่อมาในช่วงต้นศตวรรษที่ 19 เมื่อรัฐต่างๆ มีความสัมพันธ์ทางการค้าและการลงทุนมากยิ่งขึ้น นโยบายของแต่ละรัฐจึงเปลี่ยนแปลงไปโดยการกำหนดข้อยกเว้นความคุ้มกันของจากการกระทำเชิงพาณิชย์ของรัฐ สาเหตุก็เพื่อที่สร้างสมดุลทางอำนาจที่เหมาะสมและไม่ให้รัฐต่างๆ ใช้ความคุ้มกันของรัฐหลีกเลี่ยงความรับผิดที่เกิดขึ้นจากการกระทำเชิงพาณิชย์ ดังนั้น จากพัฒนาการจากอดีตจนถึงปัจจุบันจึงทำให้หลักความคุ้มกันของรัฐสามารถแบ่งออกได้เป็น 2 ประเภท คือ ประเภทแรก ความคุ้มกันแบบเด็ดขาด (Absolute immunity) และประเภทที่สอง ความคุ้มกันแบบจำกัด (Restrictive immunity)

1) ความคุ้มกันแบบเด็ดขาด (Absolute immunity)

ช่วงแรกเริ่มของวิวัฒนาการความคุ้มกันของรัฐมีลักษณะเด็ดขาด แนวคิดนี้มีพื้นฐานมาจากการยอมรับของศาลสูงสหรัฐอเมริกา (Supreme Court of the United States) ในคดี The Schooner Exchange v. McFaddon and Others เมื่อปี ค.ศ. 1812 เป็นคดีที่เรือสัญชาติอเมริกันใช้ชื่อว่า ‘The Exchange’ ถูกยึดโดยจักรพรรดิฝรั่งเศสบริเวณทะเลหลวง (High sea) ต่อมาด้วยสภาพอากาศที่ไม่เป็นใจทำให้เรือดังกล่าวต้องเข้าเทียบท่าที่รัฐฟิลาเดลเฟีย เจ้าของเรือ ‘The Exchange’ จึงยื่นคำฟ้องต่อศาลว่าเรือถูกยึดอย่างไม่ชอบด้วยกฎหมาย อย่างไรก็ตาม ศาลสูงอเมริกาเห็นว่า ศาลไม่มีเขตอำนาจในการพิจารณาคดี โดยผู้พิพากษา Marshall เป็นผู้เขียนคำพิพากษาที่ได้รับการลงมติโดยเอกฉันท์จากองค์คณะว่า

“เขตอำนาจของรัฐในดินแดนของรัฐเองนั้นมีลักษณะเด็ดขาดอย่างแน่แท้ และด้วยเหตุนี้ข้อยกเว้นต่างๆ สำหรับอำนาจเต็มและเด็ดขาดที่รัฐมีในดินแดนของรัฐเองจะต้องได้รับความยินยอมจากรัฐ”⁵⁶

คำพิพากษานี้ถือเป็นจุดเริ่มต้นของความคุ้มกันของรัฐแบบเด็ดขาด นอกจากนี้ ในประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษร (Civil law) ก็มีแนวทางการวินิจฉัยคดีในเรื่องความคุ้มกันของรัฐ

⁵⁵ Hazel Fox, In Defense of State Immunity: Why the UN Convention on State Immunity Is Important, International and Comparative Law Quarterly, (2006), p.403

⁵⁶ Danhai Qi, State Immunity, China and Its Shifting Position, Chinese Journal of International Law (Oxford : Oxford University Press, 2008). p.309

“[the] jurisdiction of the nation within its own territory is necessarily exclusive and absolute ...” and “[all] exceptions, therefore, to the full and complete power of a nation within its own territories, must be traced up to the consent of the nation itself”

ไปในแนวทางเดียวกันกับประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายไม่เป็นลายลักษณ์อักษร (Common law) ดังปรากฏในคดีศาลประเทศฝรั่งเศส ในปี ค.ศ. 1849 The Cour de Cassation ได้วินิจฉัยคดีที่ชาวฝรั่งเศสยื่นฟ้องรัฐบาลสเปนจากกรณีที่รัฐบาลสเปนสั่งซื้อรองเท้าให้กับกองทัพของสเปน ศาลในคดีนี้ปฏิเสธที่จะแยกระหว่างการกระทำที่เป็นไปเพื่อประโยชน์สาธารณะ (Public act) กับการกระทำที่เป็นไปเพื่อประโยชน์ทางการค้า (Private act) และได้ให้เหตุผลว่า

“ในความเป็นจริง สิทธิของรัฐบาลแต่ละรัฐบาลที่จะวินิจฉัยข้อพิพาทอันเกิดจากการกระทำของรัฐบาลนั้นเองมีอยู่ในอำนาจอธิปไตยของรัฐบาลนั้นแล้ว รัฐบาลอื่นไม่อาจใช้อำนาจดังกล่าวได้”⁵⁷

ต่อมาในช่วงศตวรรษที่ 19 ภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ ความคุ้มกันแบบเด็ดขาดถูกใช้อย่างแพร่หลายและทั่วไปในแต่ละรัฐ สหราชอาณาจักรเองก็มีคดีปรากฏให้เห็นเกี่ยวกับความคุ้มกันของรัฐแบบเด็ดขาดในลักษณะเดียวกัน เช่น คดี The Cristina ในปี ค.ศ. 1938 ผู้พิพากษา Lord Wright มีความเห็นในคำพิพากษาว่า “กฎเกณฑ์ในเรื่องความคุ้มกันของรัฐอาจกล่าวได้ว่ามาจากหลัก *par in parem non habet imperium* และไม่มีรัฐใดจะอ้างเขตอำนาจเหนือรัฐอื่นได้” หรือคดีในศาลสูงชิลี (Chile Supreme Court) ระบุว่า “สิทธิขั้นพื้นฐานอย่างหนึ่งของรัฐคือ สิทธิในความเท่าเทียมกัน ... ลักษณะเช่นนี้บ่งบอกถึงรัฐอธิปไตยจะต้องไม่ตกอยู่ภายใต้เขตอำนาจของศาลในรัฐต่างประเทศ”⁵⁸ ความคุ้มกันแบบเด็ดขาดถูกใช้อย่างต่อเนื่อง เพราะหลักเกณฑ์ในการแบ่งระหว่างกิจกรรมทางอธิปไตย (Sovereign act) กับการกระทำที่ไม่ใช่กิจกรรมทางอธิปไตย (Non-sovereign act) ยังไม่มีความชัดเจน เพราะเดิมทีในอดีตนั้น กิจกรรมทางพาณิชย์เป็นเรื่องยากที่เอกชนจะสามารถทำได้ ดังนั้น รัฐจึงเป็นผู้ทำกิจกรรมทางพาณิชย์เป็นส่วนมาก⁵⁹

อนึ่ง ความคุ้มกันแบบเด็ดขาด โดยหลักการแล้วก็ไม่ได้มีลักษณะเด็ดขาดจริงเสียทีเดียว ความคุ้มกันแบบเด็ดขาดสามารถตกอยู่ภายใต้ข้อยกเว้นบางประการได้ เช่น หากรัฐต่างประเทศเป็นฝ่ายยื่นคำฟ้องต่อศาลภายในรัฐใดรัฐหนึ่ง กล่าวคือ รัฐเป็นฝ่ายเริ่มต้นคดีเอง กรณีเช่นนี้จะถือว่ารัฐต่างประเทศได้แสดงเจตนาที่จะไม่ใช้ความคุ้มกันของรัฐ เพื่อที่รัฐนั้นจะได้เข้าสู่การพิจารณาคดีเอง นอกจากนี้ รัฐเองก็ยังสามารถที่จะสละความคุ้มกันได้ (Waiver of immunity) ไม่ว่าจะเป็นการสละผ่านความตกลง (Agreements) หรือการให้ความยินยอม (Consent) อย่างชัดแจ้ง เป็นต้น

⁵⁷ Ibid, p.311

“... In fact, each government’s right to decide disputes arising from its own acts is inherent in its sovereign authority. Another government may not take it on itself to do so ...”

⁵⁸ Rosanne Van Alebeek, *The Immunity of States and their Officials in International Criminal Law and International Human Rights Law*, First Edition, (New York : Oxford University Press, 2008), p.50

⁵⁹ Xiaodong Yang, *State Immunity in International Law*, First Edition, (New York : Cambridge University Press, 2012), p.8

2) ความคุ้มกันแบบจำกัด (Restrictive immunity)

เป็นการยากที่จะบอกได้แน่นอนว่าความคุ้มกันแบบเด็ดขาดภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศที่มีการใช้กันอย่างแพร่หลายมีการเปลี่ยนแปลงเป็นทฤษฎีความคุ้มกันแบบจำกัดเมื่อใด เนื่องจากพัฒนาการของความคุ้มกันเกิดขึ้นอย่างช้าๆและดำเนินมาอย่างยาวนาน กระนั้น ในช่วงภายหลังสงครามโลกครั้งที่ 2 ได้เห็นการเปลี่ยนแปลงที่สำคัญเกิดขึ้น⁶⁰ กระทรวงการต่างประเทศสหรัฐอเมริกาส่งจดหมายที่ชื่อว่า ‘Tate Letter’ ในปี ค.ศ. 1952 เป็นเสมือนการให้คำแนะนำไปยังรัฐต่างๆ เพื่อที่จะแจ้งให้ทราบว่าสหรัฐอเมริกาที่มีความประสงค์ที่จะเปลี่ยนนโยบายใหม่ในเรื่องความคุ้มกันเนื้อหาของ ‘Tate Letter’ ส่วนหนึ่งระบุว่า “กระทรวงการต่างประเทศจะเริ่มดำเนินนโยบายตามทฤษฎีความคุ้มกันแบบจำกัด กล่าวคือ จะให้ความคุ้มกันจากการกระทำของรัฐอธิปไตยและเจ้าหน้าที่ของรัฐที่เป็นการกระทำของรัฐโดยแท้ (acta jure imperii) แต่จะปฏิเสธการให้ความคุ้มกันในกรณีที่เป็นการกระทำเชิงพาณิชย์ (acta jure gestinis) ซึ่งอาจจะทำโดยปัจเจกชนหรือบริษัทก็ได้”⁶¹ สาเหตุที่ต้องแยกระหว่างการกระทำของรัฐโดยแท้กับการกระทำทางพาณิชย์สืบเนื่องมาจากรัฐแต่ละรัฐมีความสัมพันธ์ทางการติดต่อค้าขายมากขึ้น ถ้าหากเกิดกรณีพิพาทใดๆระหว่างรัฐกับเอกชนขึ้น รัฐก็สามารถอ้างความคุ้มกันขึ้นมา ซึ่งจะส่งผลให้เกิดอุปสรรคในการดำเนินกิจการทางการค้า

ภายหลังจากปี ค.ศ. 1952 เป็นต้นมาแนวคิดเรื่องความคุ้มกันแบบเด็ดขาดเริ่มมีแนวโน้มไม่เป็นที่นิยมมากขึ้น และรัฐต่างๆก็เห็นว่า ความคุ้มกันแบบเด็ดขาดอาจจะทำให้เกิดอุปสรรคในเรื่องการค้าขายระหว่างรัฐ ศาลภายในต่างประเทศจึงเริ่มยอมรับแนวคิดความคุ้มกันแบบจำกัดมากยิ่งขึ้น เช่น ศาลรัฐธรรมนูญเยอรมนี ในปี ค.ศ. 1963 วินิจฉัยว่า “ตั้งแต่สงครามโลกครั้งที่ 1 เป็นต้นมา ความคุ้มกันของรัฐถูกทำให้มีลักษณะจำกัดมากขึ้น ประวัติศาสตร์ความคุ้มกันของรัฐกลายเป็นประวัติศาสตร์แห่งการดิ้นรนกับข้อยกเว้นและขอบเขตการใช้ความคุ้มกัน” หรือในปี ค.ศ. 1973 ศาลสหราชอาณาจักรวินิจฉัยคดี The Philippine Admiral ซึ่งถือเป็นคดีสำคัญตัวอย่างที่วินิจฉัยถึงวิวัฒนาการความคุ้มกันที่มีลักษณะจำกัดมากขึ้น ศาลระบุว่า “ไม่ต้องสงสัยเลยว่าในช่วงระยะเวลา 20 ปีที่ผ่านมาทฤษฎีความคุ้มกันแบบจำกัดมีรากฐานที่มั่นคง ... และมีเพียงไม่กี่รัฐเท่านั้นที่อยู่นอกเครือข่ายที่สามารถนับได้ว่ายังยึดถือความคุ้มกันแบบเด็ดขาดอยู่” และในปี ค.ศ. 1983 คดี Congreso del Partido ศาลสหราชอาณาจักรได้ให้ความชัดเจนในหลักความคุ้มกันของรัฐแบบจำกัดมากยิ่งขึ้น โดย Lord Wilberforce ให้ความเห็นว่า

“ข้อยกเว้นหรือข้อจำกัดอันเกี่ยวข้องกับความคุ้มกันของรัฐที่อยู่ในหลักการความคุ้มกันของรัฐ เรียกว่า ทฤษฎีความคุ้มกันแบบจำกัด ทฤษฎีนี้เกิดขึ้นมาจากความสมัครใจของรัฐที่จะเข้าทำการค้ากับปัจเจกชน ซึ่งทฤษฎีนี้ทำให้เห็นหลัก 2 ประการ ประการแรก มีความจำเป็นในประโยชน์แห่งความยุติธรรมสำหรับปัจเจกชนผู้ทำการค้ากับรัฐ เพื่อให้รัฐอนุญาตให้ปัจเจกชนเหล่านี้สามารถยก

⁶⁰ Ibid, p.12

⁶¹ John M. Niehuss, International Law : Sovereign Immunity : The First Decade of Tate Letter Policy, The Michigan Law Review ,Vol. 60, No. 8 (Jun., 1962), p.1142

ปัญหาขึ้นฟ้องต่อศาลได้ ประการที่สอง เพื่อให้รัฐตอบปัญหาอันเกิดจากการทำการค้ากับปัจเจกชน โดยการตอบปัญหาดังกล่าวของรัฐ ไม่ได้หมายถึงการคุกคามศักดิ์ศรีของรัฐ หรือเป็นการแทรกแซงอำนาจอธิปไตยของรัฐแต่อย่างใด”⁶²

จากการพัฒนาแนวคิดเรื่องความคุ้มกันในช่วงศตวรรษที่ 20 เป็นต้นมา รัฐจำนวนมากยอมรับทฤษฎีความคุ้มกันแบบจำกัดมากขึ้น แม้ว่าแนวปฏิบัติของแต่ละรัฐจะมีความแตกต่างกันออกไปในเนื้อหาสาระบางประการก็ตาม โดยตราสารกฎหมายระหว่างประเทศฉบับแรกที่มีบทบัญญัติเกี่ยวกับความคุ้มกันของรัฐ คือ อนุสัญญายุโรปว่าด้วยความคุ้มกันของรัฐ ค.ศ. 1972 (European Convention on State Immunity: ECSI) แต่อนุสัญญานี้มีขอบเขตใช้แค่ประเทศในภูมิภาคยุโรปเท่านั้น และในปัจจุบันก็มีเพียง 8 ประเทศเท่านั้นที่เป็นภาคีของอนุสัญญานี้ อย่างไรก็ตาม ในหลายรัฐมีการออกกฎหมายเกี่ยวกับความคุ้มกันของรัฐโดยใช้เป็นกฎหมายภายใน เช่น ประเทศสหรัฐอเมริกา มี Foreign Sovereign Immunities Act (FSIA) หรือในสหราชอาณาจักรมี State Immunity Act of 1978 โดยทั้งสองฉบับนี้มีการกำหนดแนวคิดเรื่องความคุ้มกันแบบจำกัดลงในกฎหมายภายใน ทั้งยังเป็นแม่แบบให้กับหลายๆประเทศในการออกกฎหมายภายในเพื่อใช้กับเรื่องความคุ้มกันของรัฐ อาทิ ประเทศแคนาดา, สิงคโปร์, ออสเตรเลีย, แอฟริกาใต้, ปากีสถาน และมาเลเซีย

ด้วยเหตุที่ในแต่ละประเทศมีแนวปฏิบัติในเรื่องความคุ้มกันของรัฐแตกต่างกันออกไป องค์การสหประชาชาติจึงจัดทำอนุสัญญาว่าด้วยความคุ้มกันของรัฐและทรัพย์สินจากเขตอำนาจรัฐขึ้น (United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property: UNCIS) อนุสัญญานี้จัดทำขึ้นอาศัยมติ 32/151 สมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติในวันที่ 19 ธันวาคม ค.ศ. 1977 มีจุดประสงค์เพื่อรวบรวมกฎเกณฑ์ต่างๆที่มีอยู่ในเรื่องความคุ้มกันของรัฐทั้งในระดับรัฐและระหว่างประเทศ อนุสัญญานี้ได้มีการจัดทำอย่างยาวนานจนในการประชุมสมัชชาสหประชาชาติครั้งที่ 65 ได้มีมติ A/58/38 ในวันที่ 2 ธันวาคม ค.ศ. 2004 รับอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยความคุ้มกันของรัฐและทรัพย์สินของรัฐจากเขตอำนาจศาล ค.ศ. 2004 และในอนุสัญญานี้ถือว่าได้รวบรวมเอาแนวปฏิบัติของรัฐต่างๆ ไม่ว่าจะ เป็นกฎหมายภายใน หรือคำ

⁶² Danhai Qi, State Immunity, China and Its Shifting Position, Chinese Journal of International Law (Oxford : Oxford University Press, 2008). p.312

“The relevant exception, or limitation, which has been engrafted on the principle of immunity of States, under the so-called restrictive theory, arises from the willingness of States to enter into commercial, or other private law, transaction with individuals. It appears to have two main foundations: (a) it is necessary in the interests of justice to individuals having transactions with States to allow them to bring such transactions before the courts; (b) to require a State to answer a claim based on such transactions does not involve a challenge or inquiry into any act of sovereignty or governmental act of that State. It is, in accepted phrases, neither a threat to the dignity of the State nor any interference with its sovereign functions.”

พิพากษาออกมาเป็นกฎเกณฑ์ความคุ้มกันของรัฐที่สะท้อนหลักกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศได้ครอบคลุมที่สุดในปัจจุบัน

2.3.2 ความคุ้มกันจากเขตอำนาจศาลกับความคุ้มกันจากการบังคับคดี

การศึกษาในหัวข้อนี้จะเป็นการศึกษาจาก UNCIS เป็นหลัก เนื่องจากดังที่ได้กล่าวไว้ในตอนท้ายของหัวข้อก่อนหน้า ภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศมีกฎหมายที่มีเนื้อหาครอบคลุมในเรื่องความคุ้มกันระหว่างประเทศเพียง 2 ฉบับ คือ 1. European Convention on State Immunity และ 2. United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property อย่างไรก็ตาม อนุสัญญาฉบับที่ 1 ใช้แค่ประเทศในภูมิภาคยุโรปเท่านั้น ทำให้คงเหลือเพียงอนุสัญญาฉบับที่ 2 ที่เป็นการร่างมาจากการพิจารณาตราสารระหว่างประเทศหลายฉบับที่เกี่ยวข้องกับความคุ้มกันของรัฐเข้าด้วยกัน⁶³ รวมไปถึงแนวปฏิบัติของรัฐต่างๆ ไม่ว่าจะเป็กฎหมายภายใน หรือคำพิพากษาของศาลภายใน ก่อให้เกิดอนุสัญญาฉบับนี้ขึ้นมา

2.3.2.1 การพิจารณาลักษณะการกระทำของรัฐต่างประเทศ

หลักความคุ้มกันของรัฐจากเดิมในอดีตที่มีลักษณะเป็นความคุ้มกันแบบเด็ดขาด (Absolute immunity) ก็ได้พัฒนาขึ้นโดยมีความคุ้มกันแบบจำกัด (Restrictive immunity) เพิ่มเติมขึ้นมาให้ศาลภายในได้พิจารณา ทั้งนี้ การจะพิจารณาว่ารัฐจะสามารถอ้างความคุ้มกันได้หรือไม่นั้น กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศกำหนดว่า ความคุ้มกันแบบเด็ดขาดจะอ้างได้ก็ต่อเมื่อการกระทำที่เกิดขึ้นเป็นการกระทำของรัฐโดยแท้ (acta jure imperii) เพียงกรณีเดียว ซึ่งหากการกระทำที่เกิดขึ้นเป็นการกระทำทางพาณิชย์ (acta jure gestionis) รัฐก็ย่อมไม่สามารถที่จะอ้างความคุ้มกันเพื่อให้พ้นจากการดำเนินคดีในศาลภายในได้

เมื่อพิจารณาจากบทบัญญัติของ UNCIS ซึ่งได้รวบรวมนำเอาแนวปฏิบัติของรัฐต่างๆ มาใช้เป็นหลักในการร่างอนุสัญญาฉบับนี้จะพบว่า อนุสัญญาฯได้กำหนดประเภทการกระทำทางพาณิชย์ (acta jure gestionis) เอาไว้ทั้งสิ้น 8 กรณีด้วยกัน โดยบทบัญญัติทั้ง 8 ข้อในอนุสัญญาฯนี้เป็นการกำหนดข้อยกเว้นว่า การกระทำของรัฐใดบ้างที่ทำให้รัฐนั้นไม่สามารถอ้างความคุ้มกันจากเขตอำนาจได้ (Immunity from jurisdiction) กล่าวคือ

⁶³ ตัวอย่างเช่น Brussels Convention on State Owned or Operated Ships 1926 and 1934, Hague Convention for Protection of Cultural Property in the event of Armed Conflict 1954, Geneva Convention on the High Seas 1958, Vienna Convention on Diplomatic Relations 1961, Vienna Convention on Consular Relations 1963, UNESCO Convention on the Means of Prohibiting and Preventing the Illicit Import, Export, and Transfer of Ownership of Cultural Property 1970, European Convention on State Immunity 1972 เป็นต้น

1. กรณีที่รัฐเข้าทำธุรกรรมทางพาณิชย์ (Commercial transactions) กับบุคคลหรือนิติบุคคลต่างประเทศ
2. กรณีที่เกี่ยวข้องกับสัญญาจ้างแรงงาน (Employment contracts)
3. กรณีการละเมิดภายในดินแดนของรัฐที่มีการพิพาทคดี (Territorial tort)
4. กรณีการพิพาทอันเกี่ยวกับการครอบครองหรือใช้ทรัพย์สินที่ไม่สามารถเคลื่อนที่ได้ (Immovable property) ที่ตั้งอยู่ในรัฐที่มีการพิพาทคดี
5. กรณีการละเมิดสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา (Intellectual property rights)
6. กรณีที่รัฐได้เข้ามามีส่วนร่วมในบริษัทหรือองค์กรร่วมอื่นใด (Collective body)
7. กรณีการพิพาทเรื่องที่ปฏิบัติการโดยรัฐหรือรัฐเป็นเจ้าของที่ดำเนินการโดยมีวัตถุประสงค์ทางพาณิชย์
8. กรณีที่มีความตกลงให้อนุญาตตุลาการระงับข้อพิพาทในปัญหาอันเกี่ยวกับธุรกรรมทางพาณิชย์

สำหรับทั้ง 8 กรณีนี้เป็นความพยายามของคณะกรรมการกฎหมายระหว่างประเทศ (International Law Commission: ILC) ที่จะระบุว่า กิจกรรมใดบ้างที่ความคุ้มกันของรัฐไม่นำมาบังคับใช้ โดยการแยกประเภทว่าการกระทำหรือกิจกรรมใดของรัฐสามารถอ้างความคุ้มกันได้นั้น ILC ได้พิจารณาองค์ประกอบหลาย ๆ อย่าง เช่น สภาพบุคคลสองลักษณะของรัฐ (Dual personality of State) ความสามารถสองลักษณะของรัฐ (Dual capacity of State) การกระทำของรัฐโดยแท้ (acta jure imperii) และการกระทำของรัฐเชิงพาณิชย์ (acta jure gestionis) ซึ่งมีความเกี่ยวข้องกับลักษณะของการกระทำของรัฐว่าเป็นไปทางการค้าหรือไม่เป็นไปทางการค้าหรือไม่อย่างไรก็ตาม ILC ตัดสินใจที่จะดำเนินการร่างบทบัญญัติโดยการพิจารณาจากฐานของแนวปฏิบัติของรัฐเป็นหลัก⁶⁴ ซึ่งทำให้ได้ออกมาเป็นข้อยกเว้นทั้งสิ้น 8 กรณีด้วยกัน

1) กรณีที่รัฐเข้าทำธุรกรรมทางพาณิชย์ (Commercial transactions) กับบุคคลต่างประเทศหรือนิติบุคคล

ข้อบทที่ 10 ของ UNCIS ระบุว่า

“หากรัฐเข้าร่วมในธุรกรรมทางพาณิชย์กับบุคคลหรือนิติบุคคลต่างประเทศ โดยอาศัยกฎเกณฑ์ที่บังคับใช้ในกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล และในกรณีที่มีปัญหาความขัดแย้งที่เกี่ยวข้องกับธุรกรรมทางพาณิชย์ตกอยู่ภายใต้เขตอำนาจศาลของอีกรัฐหนึ่ง รัฐไม่สามารถอ้างความคุ้มกันจากเขตอำนาจในกระบวนการพิจารณาที่เกิดขึ้นจากธุรกรรมทางพาณิชย์ได้

วรรคหนึ่งไม่ให้บังคับใช้กับ

(a) ในกรณีที่เป็นการระหว่างรัฐ หรือ

⁶⁴ Draft articles on Jurisdictional Immunities of the States and Their Property, with Commentaries, Part 3, para.3

(b) หากคู่สัญญาในธุรกรรมพาณิชย์นั้นได้ตกลงกันเป็นอย่างอื่น เมื่อใดก็ตามที่รัฐวิสาหกิจหรือองค์การอื่นใดได้ถูกจัดตั้งโดยรัฐและมีสถานะทางกฎหมายเป็นอิสระและสามารถที่จะ

(a) ฟ้องร้องหรือถูกฟ้อง และ

(b) ได้รับ เป็นเจ้าของ หรือครอบครอง และจำหน่ายทรัพย์สินที่เกี่ยวข้องใน กระบวนการพิจารณาอันเกี่ยวกับธุรกรรมทางพาณิชย์ที่รัฐวิสาหกิจหรือองค์การอื่นนั้นได้เข้าร่วม ความ คุ่มกันของรัฐจากเขตอำนาจที่ได้อุปโภคโดยรัฐที่รัฐวิสาหกิจและองค์การอื่นที่มีการจัดตั้งนั้นจะไม่ถูก กระทบกระเทือน”⁶⁵

คำว่า ‘ธุรกรรมทางพาณิชย์’ (Commercial transaction) ได้มีการให้ความหมาย ไว้ในข้อที่ 2 ของ UNCIS ซึ่งต้องอ่านประกอบกับข้อที่ 10 โดย ILC ได้อธิบายเพิ่มเติมคำว่า ‘ธุรกรรม’ (Transaction) ว่าเป็นคำที่มีความหมายกว้างกว่าคำว่า ‘สัญญา’ (Contract) ซึ่งรวมไปถึงกิจกรรมที่ไม่ได้มีลักษณะเป็นสัญญาด้วย (Non-contractual activities) เช่น การเจรจาทางธุรกิจ (Business negotiations) ซึ่งในความเป็นจริงแล้วคำว่า ‘ธุรกรรม’ มีความยากลำบากในการแปลเป็นภาษา ทางการอื่นๆ ILC จึงเห็นว่าอาจมีความแตกต่างในการใช้คำที่มีความหมายเช่นเดียวกันในระบบ กฎหมายอื่นๆของแต่ละประเทศ⁶⁶ อย่างไรก็ตาม ในข้อที่ 2 ได้ให้ความหมายของ ‘ธุรกรรมทาง พาณิชย’ ไว้ทั้งสิ้น 3 กรณีด้วยกัน กล่าวคือ

⁶⁵ United Nations Convention on Jurisdictional Immunities and Their Property 2004, article 10

“1. If a State engages in a commercial transaction with a foreign natural or juridical person and, by virtue of the applicable rules of private international law, differences relating to the commercial transaction fall within the jurisdiction of a court of another State, the State cannot invoke immunity from that jurisdiction in a proceeding arising out of that commercial transaction.

2. Paragraph 1 does not apply:

(a) in the case of a commercial transaction between States; or

(b) if the parties to the commercial transaction have expressly agreed otherwise.

3. Where a State enterprise or other entity established by a State which has an independent legal personality and is capable of:

(a) suing or being sued; and

(b) acquiring, owning or possessing and disposing of property, including property which that State has authorized it to operate or manage, is involved in a proceeding which relates to a commercial transaction in which that entity is engaged, the immunity from jurisdiction enjoyed by that State shall not be affected.”

⁶⁶ Draft articles on Jurisdictional Immunities of the States and Their Property, with Commentaries, article 2, para.20

“(c) ธุรกรรมทางพาณิชย์หมายถึง

(i) สัญญาทางพาณิชย์ หรือธุรกรรมใดๆสำหรับการขายสินค้าหรือการให้บริการ

(ii) สัญญาใดๆสำหรับการกู้ยืม หรือธุรกรรมอื่นใดที่มีลักษณะเกี่ยวกับการเงิน ซึ่งรวมไปถึงพันธกรณีใดก็ตามในการค้ำประกันหรือประกันอันเนื่องมาจากการกู้ยืมหรือธุรกรรมเช่นว่านั้น

(iii) สัญญาหรือธุรกรรมอื่นใดที่มีลักษณะทางพาณิชย์ ทางอุตสาหกรรม การแลกเปลี่ยน หรือความเชี่ยวชาญ แต่ไม่รวมถึงสัญญาการจ้างงานของบุคคล”⁶⁷

สำหรับ ‘สัญญาทางพาณิชย์ หรือธุรกรรมใดๆสำหรับการขายสินค้าหรือการให้บริการ’ นั้นครอบคลุมในทุกประเภทของธุรกรรมทางพาณิชย์หรือสัญญาทางพาณิชย์ที่เกี่ยวข้องกับการขายสินค้าหรือการให้บริการ⁶⁸ ในคดีที่มีความกำกวมว่าธุรกรรมทางพาณิชย์หรือสัญญาทางพาณิชย์มีความเกี่ยวข้องกับการขายสินค้าหรือการให้บริการหรือไม่นั้น เช่น บทบัญญัติเกี่ยวกับการออกใบอนุญาตให้ขนส่งสิ่ง หรือสัญญาการสนับสนุนเงินเพื่อเปลี่ยนถ่ายชิ้นส่วนอวัยวะของมนุษย์ การวินิจฉัยว่าเป็นหรือไม่นั้นอาจขึ้นอยู่กับศาลภายในที่มีเขตอำนาจ โดยพิจารณาจากลักษณะความเป็นเอกลักษณ์ (Individuation) ของธุรกรรมนั้นๆ⁶⁹

กรณี ‘สัญญาใดๆสำหรับการกู้ยืม หรือธุรกรรมอื่นใดที่มีลักษณะเกี่ยวกับการเงิน ซึ่งรวมไปถึงพันธกรณีใดก็ตามในการค้ำประกันหรือประกันอันเนื่องมาจากการกู้ยืมหรือธุรกรรมเช่นว่านั้น’ ILC ได้ยกตัวอย่างเอาไว้ เช่น การให้กู้ยืม (Loan) การให้สินเชื่อ (Credit) หรือการวางประกันทางพาณิชย์ (Bond) ที่อยู่ในตลาดเงิน (Money market) ของอีกรัฐหนึ่ง โดยทั่วไปรัฐมักจะไม่ได้ออกขอให้กู้ยืมเงินในนามของรัฐเองเท่านั้น แต่ในบางครั้งรัฐก็ยังต้องให้การประกัน (Guarantee) หรือเป็น

⁶⁷ United Nations Convention on Jurisdictional Immunities and Their Property 2004, article 2

“(c) “commercial transaction” means:

(i) any commercial contract or transaction for the sale of goods or supply of services;

(ii) any contract for a loan or other transaction of a financial nature, including any obligation of guarantee or of indemnity in respect of any such loan or transaction;

(iii) any other contract or transaction of a commercial, industrial, trading or professional nature, but not including a contract of employment of persons.”

⁶⁸ Draft articles on Jurisdictional Immunities of the States and Their Property, with Commentaries, article 2, para.21

⁶⁹ Hazel Fox, The Law of State Immunity, Second Edition, (New York : Oxford University Press, 2008), p.540

ผู้ค้ำประกัน (Surety) ให้กับบริษัทหนึ่งบริษัทใดที่มีสัญชาติเดียวกับรัฐนั้นๆ ในการซื้อขายเครื่องบินทางพาณิชย์ เป็นต้น⁷⁰

ในความหมายสุดท้ายของคำว่า ‘ธุรกรรมทางพาณิชย์’ กล่าวคือ ‘สัญญาหรือธุรกรรมอื่นใดที่มีลักษณะทางพาณิชย์ ทางอุตสาหกรรม การแลกเปลี่ยน หรือความเชี่ยวชาญ แต่ไม่รวมถึงสัญญาการจ้างงานของบุคคล’ ILC มีเจตนาให้ความหมายนี้ครอบคลุมกิจกรรมของรัฐในขอบเขตเรื่องต่างๆที่มีความหลากหลายแตกต่างกันออกไป โดยเฉพาะอย่างยิ่งในด้านการผลิตสินค้า (Manufacturing) และเป็นไปได้ว่าให้รวมไปถึงการลงทุนของรัฐด้วย (Investment) ในส่วนของสัญญาการจ้างงานนั้น ILC ได้แยกออกมาเป็นอีกข้อบทหนึ่ง เพราะใช้กฎเกณฑ์ที่แตกต่างกัน ซึ่งจะปรากฏอยู่ในข้อที่ 11 ของ UNCIS⁷¹

อย่างไรก็ตาม ข้อที่ 10 ยังได้กำหนดข้อยกเว้นไว้ในวรรคที่สอง ที่ยังคงให้สิทธิแก่รัฐสามารถอ้างความคุ้มกันได้ในกรณีที่

1. รัฐที่เข้าทำธุรกรรมทางพาณิชย์กับรัฐที่มีการพิจารณาคดีจากการทำธุรกรรมทางพาณิชย์ดังกล่าวมีเสรีภาพในการตกลงการยุติข้อพิพาทกันเอง โดยอาจใช้การเจรจา (Negotiation) การสมัครใจของทั้งสองฝ่ายในการตั้งอนุญาโตตุลาการขึ้นมาระงับข้อพิพาท หรือหนทางอื่นใดตามที่รัฐทั้งสองตกลงกัน ซึ่งโดยทั่วไปแล้วควรทำเป็นลายลักษณ์อักษร⁷² และ

2. ธุรกรรมระหว่างรัฐ ซึ่ง ILC ได้ให้คำอธิบายว่า เป็นข้อเท็จจริงที่ทราบกันดีว่าประเทศกำลังพัฒนา (Developing countries) มักทำสัญญาสัญญาซื้อขาย (Trading contract) กับรัฐอื่นๆ ในขณะที่ประเทศสังคมนิยม (Socialist states) มักทำการค้าขายกับรัฐไม่ใช่แค่เพียงประเทศที่ปกครองรูปแบบเดียวกันเท่านั้น แต่ยังรวมถึงประเทศที่กำลังพัฒนาและประเทศอุตสาหกรรมขนาดใหญ่ นิติสัมพันธ์ประเภทนี้ยังคงได้รับความคุ้มกัน และรวมไปถึงธุรกรรมไตรภาคี (Tripartite transactions) อื่นๆที่เกี่ยวกับการบริหารจัดการโครงการช่วยเหลือด้านอาหาร (Food aid programmes) ซึ่งโดยทั่วไปแล้วเสบียงอาหารเหล่านี้ถูกส่งไปเพื่อบรรเทาความอดอยาก หรือลดความรุนแรงของความอดอยากในบริเวณต่างๆ รัฐสามารถได้รับความช่วยเหลือทางการเงินผ่านรัฐอื่นหรือการรวมตัวของรัฐ โดยการซื้อสินค้าจากประเทศส่งออกอาหารที่กำลังพัฒนา ไม่ว่าจะโดยทางตรงหรือผ่านองค์การระหว่างประเทศ หรือหน่วยงานชำนาญการพิเศษของสหประชาชาติ ธุรกรรมประเภทนี้ไม่ได้เพียงแต่ช่วยเหลือประชากรที่ต้องการความช่วยเหลือ แต่ยังช่วยสนับสนุนการส่งออกของประเทศที่กำลังพัฒนา แทนที่จะสนับสนุนการทุ่มตลาด (Dumping) หรือการแข่งขันอย่างไม่เป็นธรรม (Unfair competition) ในการค้าระหว่างประเทศ⁷³

⁷⁰ Draft articles on Jurisdictional Immunities of the States and Their Property, with Commentaries, article 2, para.22

⁷¹ Ibid, para.23

⁷² Ibid, article 10, para.8

⁷³ Ibid, para.7

ทั้งนี้ ข้อที่ 10 ยังกำหนดข้อยกเว้นที่ความคุ้มกันของรัฐจะไม่ถูกกระทบกระเทือนในกรณีของรัฐวิสาหกิจ (State enterprise) หรือองค์การอื่นใดที่จัดตั้งโดยรัฐและมีสภาพบุคคลคนตามกฎหมายเป็นอิสระจากรัฐเข้าทำธุรกรรมทางพาณิชย์ไว้ในวรรคที่ 3 โดย ILC อธิบายว่า ในระบบเศรษฐกิจของบางรัฐ ธุรกรรมทางพาณิชย์ตามข้อที่ 2 (c) ทั่วไปแล้วมักจะดำเนินการโดยรัฐวิสาหกิจหรือองค์การอื่นใดที่จัดตั้งโดยรัฐและมีสภาพบุคคลตามกฎหมายเป็นอิสระจากรัฐ โดยที่การตั้งเหล่านี้อาจแตกต่างกันออกไปขึ้นอยู่กับระบบกฎหมายของแต่ละรัฐ ในบางระบบกฎหมายอาจจัดตั้งโดยกฎหมาย (Law) หรือพระราชกำหนด (Decree) ของรัฐบาล และในบางระบบกฎหมายอาจนับได้ว่าการจัดตั้งขึ้นมาแล้วหากรัฐนั้นได้ถือหุนเสี่ยงข้างมาก อย่างไรก็ตาม รัฐวิสาหกิจหรือองค์การอื่นใดเหล่านี้ดำเนินธุรกรรมทางพาณิชย์โดยตัวขององค์กรเองแยกออกจากรัฐที่จัดตั้ง (Parent state) และไม่ได้ดำเนินการในนามของรัฐด้วยเช่นเดียวกัน ดังนั้น ในกรณีที่มีปัญหาเกิดขึ้นจากการทำธุรกรรมทางพาณิชย์ รัฐวิสาหกิจหรือองค์การอื่นใดเหล่านี้ อาจถูกฟ้องต่อศาลของอีกรัฐหนึ่งได้ และอาจต้องรับผิดชอบต่อผลใดๆก็ตามที่คู่กรณีได้กล่าวหาว่า กรณีเช่นนี้ ความคุ้มกันของรัฐที่จัดตั้งรัฐวิสาหกิจหรือองค์การอื่นใดจะไม่ได้ไม่ได้รับผลกระทบ เนื่องจากรัฐไม่ได้เป็นคู่สัญญาในธุรกรรมนั้น⁷⁴

อนึ่ง การใช้บทบัญญัติตามวรรคสามต้องอยู่ภายใต้เงื่อนไขบางประการ กล่าวคือ กระบวนการพิจารณาที่เกิดขึ้นต้องเกี่ยวข้องกับธุรกรรมทางพาณิชย์ที่มีการเข้าไปมีนิติสัมพันธ์โดยรัฐวิสาหกิจหรือองค์การอื่นใด และรัฐวิสาหกิจหรือองค์การอื่นใดนั้นต้องมีสภาพบุคคลตามกฎหมายเป็นอิสระจากรัฐ สภาพบุคคลตามกฎหมายเป็นอิสระจากรัฐรวมไปถึงความสามารถในการฟ้องร้องหรือถูกฟ้องเป็นคดี และมีความสามารถในการได้รับ เป็นเจ้าของ ครอบครองและจำหน่ายทรัพย์สิน ซึ่งรวมไปถึงทรัพย์สินที่รัฐได้ให้อำนาจรัฐวิสาหกิจหรือองค์การอื่นใดดำเนินการหรือจัดการ⁷⁵

2) กรณีที่เกี่ยวข้องกับสัญญาจ้างแรงงาน (Employment contracts)

จากความเปลี่ยนแปลงของหลักการความคุ้มกันของรัฐแบบเด็ดขาดมาสู่ความคุ้มกันแบบจำกัดทำให้มีการคาดหวังว่าสัญญาจ้างงาน (Contract of employment) อาจจะถูกพิจารณาให้เป็นสัญญาตามกฎหมายเอกชน (Private law contract) ซึ่งเป็นนิติสัมพันธ์ระหว่างนายจ้างเอกชน (Private employers) กับลูกจ้างเอกชน (Private employees) เข้าทำสัญญาต่อกัน อย่างไรก็ตาม ในความเป็นจริง แนวปฏิบัติของรัฐ ไม่ว่าจะเป็นการร่างกฎหมายหรือคำพิพากษาของศาล แสดงให้เห็นความระมัดระวังอย่างยิ่งในการสร้างข้อยกเว้นเกี่ยวกับการจ้างงานจากความคุ้มกันของรัฐ ซึ่ง UNCIS ก็ได้เดินตามแนวปฏิบัติของรัฐต่างๆเช่นเดียวกัน⁷⁶ ปรากฏอยู่ในข้อที่ 11 ระบุว่า

⁷⁴ Ibid, para.9

⁷⁵ Ibid, para.10

⁷⁶ Hazel Fox, The Law of State Immunity, Second Edition, (New York : Oxford University Press, 2008), p.548

“เว้นแต่ได้มีการตกลงเป็นอย่างอื่นระหว่างรัฐที่เกี่ยวข้อง รัฐหนึ่งไม่สามารถอ้างความคุ้มกันจากเขตอำนาจศาลของอีกรัฐหนึ่งที่มีอำนาจในกระบวนการพิจารณาอันมีความเกี่ยวข้องกับสัญญาจ้างงานระหว่างรัฐกับปัจเจกชน สำหรับงานที่ปฏิบัติหรือจะได้รับการปฏิบัติไม่ว่าจะเป็นทั้งหมดหรือบางส่วนในดินแดนของรัฐที่มีเขตอำนาจ

วรรคหนึ่งไม่นำมาบังคับใช้ถ้า

(a) ลูกจ้างได้รับการจ้างให้ปฏิบัติหน้าที่โดยเฉพาะเจาะจงในการใช้อำนาจของรัฐ

(b) ลูกจ้างเป็น

(i) เจ้าหน้าที่ทางการทูตตามที่ได้ระบุไว้ในอนุสัญญาเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางการทูต ค.ศ. 1961

(ii) เจ้าหน้าที่ทางกงสุลตามที่ได้ระบุไว้ในอนุสัญญาเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุล ค.ศ. 1963

(iii) สมาชิกของเจ้าหน้าที่ทางการทูตในภารกิจถาวรขององค์การระหว่างประเทศหรือภารกิจพิเศษ หรือได้รับการจ้างให้เป็นตัวแทนของรัฐในการประชุมระหว่างประเทศ หรือ

(iv) บุคคลใดก็ตามที่ได้รับอุปโภคความคุ้มกันทางการทูต

(c) ประเด็นแห่งคดีในกระบวนการพิจารณาเกี่ยวข้องกับ การจ้างงาน การต่อสัญญาจ้างงาน หรือการรับกลับเข้าทำงานของปัจเจกชน

(d) ประเด็นแห่งคดีในกระบวนการพิจารณาเกี่ยวข้องกับการไล่ออก หรือการสิ้นสุดการจ้างงานปัจเจกชนตามที่ได้ระบุโดยประมุขของรัฐ หัวหน้ารัฐบาล หรือรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศของรัฐผู้จ้าง โดยกระบวนการพิจารณาเช่นนั้นจะเป็นการแทรกแซงผลประโยชน์ทางความมั่นคงของรัฐผู้จ้าง

(e) ลูกจ้างมีสัญชาติเดียวกับรัฐผู้จ้างในขณะที่กระบวนการพิจารณาคดีนั้นได้เริ่มต้นขึ้น เว้นแต่ลูกจ้างคนดังกล่าวนั้นจะมีภูมิลำเนาถาวรในรัฐที่มีการพิจารณาคดี

(f) รัฐผู้จ้างและลูกจ้างได้มีการตกลงกันเป็นอย่างเป็นลายลักษณ์อักษรภายใต้เงื่อนไขในการพิจารณานโยบายสาธารณะโดยให้ศาลของรัฐที่มีเขตอำนาจเฉพาะวินิจฉัยจากเหตุผลของประเด็นแห่งคดีของการพิจารณา”⁷⁷

⁷⁷ United Nations Convention on Jurisdictional Immunities and Their Property 2004, article 11

“1. Unless otherwise agreed between the States concerned, a State cannot invoke immunity from jurisdiction before a court of another State which is otherwise competent in a proceeding which relates to a contract of employment between the State and an individual for work performed or to be performed, in whole or in part, in the territory of that other State.

2. Paragraph 1 does not apply if:

(a) the employee has been recruited to perform particular functions in the exercise of governmental authority;

(b) the employee is:

สำหรับข้อที่ 11 นี้ครอบคลุมกรณีทั่วไปที่เป็น ‘สัญญาจ้างงาน’ (Contract of employment) ซึ่งถือว่าเป็นข้อยกเว้นของการใช้ความคุ้มกันของรัฐ โดยสาเหตุที่ ‘สัญญาจ้างงาน’ ถูกแยกออกจาก ‘ธุรกรรมทางพาณิชย์’ ตามที่ได้ระบุไว้ในข้อที่ 2 วรรค 1 (c) ก็เนื่องมาจากกรณีทั้งสองประเภทนี้มีลักษณะทั่วไปแตกต่างกัน⁷⁸ ILC ยังได้อธิบายลักษณะของ ‘สัญญาจ้างงาน’ ไว้ด้วยว่า เมื่อใดก็ตามที่รัฐอธิปไตยสองรัฐเข้ามาเกี่ยวข้อง กล่าวคือ รัฐผู้จ้างและรัฐที่พิจารณาคดี ปัจเจกชนหรือบุคคลธรรมดาย่อมเป็นองค์ประกอบสำคัญในฐานะคู่สัญญาในสัญญาจ้างงาน โดยปัจเจกชนหรือบุคคลธรรมดาเหล่านี้ถูกว่าจ้างให้ปฏิบัติงานในรัฐที่พิจารณาคดี และเมื่อใดก็ตามที่มีปัญหาเกิดขึ้นจากถ้อยคำ (Terms) หรือเงื่อนไข (Conditions) ที่ปรากฏอยู่ในสัญญาจ้างงาน ข้อยกเว้นของความคุ้มกันของรัฐจะนำมาบังคับใช้⁷⁹

แม้ว่า ILC จะอธิบายลักษณะของสัญญาจ้างงานไว้กว้างและครอบคลุมในหลายกรณี อย่างไรก็ตาม ข้อที่ 11 ได้มีกำหนดกรณีที่กฎเกณฑ์ในเรื่องความคุ้มกันของรัฐยังสามารถบังคับใช้ได้เช่นเดิม กล่าวคือ

-
- (i) a diplomatic agent, as defined in the Vienna Convention on Diplomatic Relations of 1961;
 - (ii) a consular officer, as defined in the Vienna Convention on Consular Relations of 1963;
 - (iii) a member of the diplomatic staff of a permanent mission to an international organization or of a special mission, or is recruited to represent a State at an international conference; or
 - (iv) any other person enjoying diplomatic immunity;
 - (c) the subject-matter of the proceeding is the recruitment, renewal of employment or reinstatement of an individual;
 - (d) the subject-matter of the proceeding is the dismissal or termination of employment of an individual and, as determined by the head of State, the head of Government or the Minister for Foreign Affairs of the employer State, such a proceeding would interfere with the security interests of that State;
 - (e) the employee is a national of the employer State at the time when the proceeding is instituted, unless this person has the permanent residence in the State of the forum; or
 - (f) the employer State and the employee have otherwise agreed in writing, subject to any considerations of public policy conferring on the courts of the State of the forum exclusive jurisdiction by reason of the subject-matter of the proceeding.”

⁷⁸ Draft articles on Jurisdictional Immunities of the States and Their Property, with Commentaries, article 11, para.1

⁷⁹ Ibid, para.2

1) กรณีตามข้อที่ 11 วรรคสอง (a) ‘ลูกจ้างได้รับการจ้างให้ปฏิบัติหน้าที่โดยเฉพาะเจาะจงในการใช้อำนาจของรัฐ’ เนื่องจากเป็นตำแหน่งที่มีหน้าที่ใกล้ชิดกับการใช้อำนาจของรัฐบาล ตัวอย่างเช่น ลูกจ้างที่เป็นเลขานุการส่วนตัว (Private secretary) เสมียนรหัส (Code clerk) ล่าม (Interpreter) นักแปล (Translator) และบุคคลอื่นที่ได้รับความไว้วางใจให้ปฏิบัติหน้าที่ที่เกี่ยวข้องกับความมั่นคงของรัฐหรือผลประโยชน์ของรัฐ⁸⁰

2) UNCIS ได้รับเอาข้อที่ 11 วรรคสอง (b) เพิ่มเติมเข้ามาเพื่อที่จะให้ข้อยกเว้นจากความคุ้มกันของรัฐในกรณีสัญญาจ้างงานเป็นกรณีพิเศษ เนื่องจากลูกจ้างตาม (b) ตกอยู่ภายใต้บังคับขอบเขตพิเศษของความคุ้มกันประเภทอื่น กล่าวคือ ความคุ้มกันทางทูต (Diplomatic immunity)⁸¹ นอกจากนี้ในข้อที่ 3 วรรคแรก (a) ของ UNCIS ยังได้ระบุไว้ว่า

“อนุสัญญาฉบับนี้ไม่เป็นการเสื่อมเสียต่อสิทธิพิเศษและความคุ้มกันที่ได้อุปโภคโดยรัฐภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศอันเกี่ยวกับการปฏิบัติหน้าที่ของ

(a) การกิจทางการทูต ตำแหน่งกงสุล การกิจพิเศษ การกิจขององค์การระหว่างประเทศ หรือตัวแทนของหน่วยงานขององค์การระหว่างประเทศหรือการประชุมระหว่างประเทศ”⁸²

3) กรณีที่สาม ‘ประเด็นแห่งคดีในกระบวนการพิจารณาเกี่ยวข้องกับการจ้างงาน การต่อสัญญาจ้างงาน หรือการรับกลับเข้าทำงานของปัจเจกชน’ ตามข้อที่ 11 วรรคสอง (c) เนื้อหาสาระนี้ถูกออกแบบมาเพื่อที่จะยืนยันการสนับสนุนแนวปฏิบัติของรัฐในกฎเกณฑ์เรื่องความคุ้มกันจากการใช้อำนาจดุลยพินิจ (Discretionary power) ในการแต่งตั้ง (Appointment) หรือไม่แต่งตั้ง (Non-appointment) ปัจเจกชนในตำแหน่งใดๆก็ตาม เช่นเดียวกับกรณีที่เป็นการไล่ออก (Dismissal) หรือปลดออกจากตำแหน่ง (Removal) ลูกจ้างของรัฐ ซึ่งโดยทั่วไปแล้วมักจะเกิดหลังจากการสรุปผลการแสวงหาข้อเท็จจริงหรือการสอบสวนอันเป็นส่วนหนึ่งของเขตอำนาจทางวินัย (Disciplinary jurisdiction) ที่ถูกใช้โดยรัฐผู้จ้าง โดยเนื้อหาใน (c) นี้ยังใช้บังคับกับกรณีที่ลูกจ้างประสงค์ที่จะต่อสัญญาจ้าง หรือขอกลับเข้าทำงานใหม่หลังจากการยกเลิกการจ้างอย่างไม่เหมาะสม อย่างไรก็ตาม กฎเกณฑ์เหล่านี้ไม่เป็นการเสื่อมเสียต่อการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการไล่ออก

⁸⁰ Ibid, para.9

⁸¹ Hazel Fox, The Law of State Immunity, Second Edition, (New York : Oxford University Press, 2008), p.554-555

⁸² United Nations Convention on Jurisdictional Immunities and Their Property 2004, article 3(a)

“1. The present Convention is without prejudice to the privileges and immunities enjoyed by a State under international law in relation to the exercise of the functions of:

(a) its diplomatic missions, consular posts, special missions, missions to international organizations or delegations to organs of international organizations or to international conferences.”

อย่างมิชอบ (Wrongful dismissal) หรือการละเมิดพันธกรณีในการจ้างงานหรือการต่อสัญญาจ้างงาน กล่าวอีกนัยหนึ่งคือ (c) ไม่ห้ามลูกจ้างในการฟ้องรัฐผู้จ้างในรัฐที่มีการพิจารณาคดีเพื่อที่จะแสวงหาค่าเสียหายที่เกิดจากการจ้าง การต่อสัญญา การรับเข้าทำงานใหม่ของปัจเจกชน⁸³

4) ในกรณีตามข้อที่ 11 วรรคสอง (d) ‘ประเด็นแห่งคดีในกระบวนการพิจารณาเกี่ยวข้องกับ การไล่ออก หรือการสิ้นสุดการจ้างงานปัจเจกชนตามที่ได้ระบุโดยประมุขของรัฐ หัวหน้ารัฐบาล หรือรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศของรัฐผู้จ้าง โดยกระบวนการพิจารณาเช่นนั้นจะเป็นการแทรกแซงผลประโยชน์ทางความมั่นคงของรัฐผู้จ้าง’ เนื้อหาดังกล่าวมาข้างต้นมีเจตนาเพื่อรักษาผลประโยชน์ทางความมั่นคง (Security interest) ของรัฐผู้จ้าง ซึ่งเป็นปัญหาทางความมั่นคงของชาติ (National security) และความมั่นคงของภารกิจทางการทูต (Security of diplomatic missions) และตำแหน่งทางกงสุล (Consular posts) ทั้งนี้ ภายใต้ข้อที่ 41 ของอนุสัญญาเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางการทูต ค.ศ.1961 และข้อที่ 55 ของอนุสัญญาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุล ค.ศ. 1963 บุคคลที่ได้มีการกล่าวถึงในข้อบทดังกล่าวมีหน้าที่ที่จะต้องเคารพกฎหมายและข้อบังคับ ซึ่งรวมไปถึงกฎหมายแรงงาน (Labour law) ของรัฐผู้รับด้วย ในขณะที่เดียวกัน ข้อที่ 38 และข้อที่ 71 ของอนุสัญญาเวียนนาทั้งสองตามลำดับ ได้กำหนดหน้าที่ของรัฐผู้รับว่าจะต้องใช้เขตอำนาจไปในทางที่ไม่เป็นการแทรกแซงอย่างไม่เหมาะสมในการปฏิบัติหน้าที่หรือภารกิจทางการทูตหรือตำแหน่งทางกงสุลเช่นเดียวกัน⁸⁴

5) สำหรับ (e) จากข้อที่ 11 วรรคสอง ‘ลูกจ้างมีสัญชาติเดียวกับรัฐผู้จ้างในขณะที่กระบวนการพิจารณาคดีนั้นได้เริ่มต้นขึ้น เว้นแต่ลูกจ้างคนดังกล่าวนั้นจะมีภูมิลำเนาถาวรในรัฐที่มีการพิจารณาคดี’ ILC ให้คำอธิบายว่า ความคุ้มครองของรัฐที่มีการพิจารณาคดีถูกจำกัดอยู่แต่เพียงแรงงานในประเทศเท่านั้น ซึ่งจะประกอบไปด้วยคนชาติของรัฐที่มีการพิจารณาคดีและคนชาติอื่นที่มีภูมิลำเนาอยู่ในรัฐที่มีการพิจารณาคดี เมื่อปราศจากความเชื่อมโยงทางสัญชาติหรือภูมิลำเนา รัฐที่มีการพิจารณาคดีก็ปราศจากฐานในการอ้างสิทธิที่จะใช้กฎหมายแรงและเขตอำนาจต่อรัฐผู้จ้างต่างประเทศ แม้ว่ามีความเชื่อมโยงทางเขตแดนที่เกี่ยวกับสถานที่การจ้างงานและสถานที่ในการปฏิบัติภายใต้สัญญาก็ตาม⁸⁵

6) กรณีสุดท้ายตามข้อที่ 11 วรรคสอง (f) ‘รัฐผู้จ้างและลูกจ้างได้มีการตกลงกันเป็นอย่างเป็นลายลักษณ์อักษรภายใต้เงื่อนไขในการพิจารณานโยบายสาธารณะโดยให้ศาลของรัฐที่มีเขตอำนาจเฉพาะวินิจฉัยจากเหตุผลของประเด็นแห่งคดีของการพิจารณา’ เป็นการให้เสรีภาพในการทำ

⁸³ Draft articles on Jurisdictional Immunities of the States and Their Property, with Commentaries, article 11, para.10

⁸⁴ Hazel Fox, The Law of State Immunity, Second Edition, (New York : Oxford University Press, 2008), p.560

⁸⁵ Draft articles on Jurisdictional Immunities of the States and Their Property, with Commentaries, article 11, para.11

สัญญา ซึ่งรวมไปถึงการเลือกกฎหมาย (Choice of law) และความเป็นไปได้ในการเลือกศาลที่พิจารณาด้วยเช่นเดียวกัน อย่างไรก็ตาม เสรีภาพในการทำสัญญานี้มีข้อจำกัด โดยต้องตกอยู่ภายใต้การพิจารณาที่เรียกว่า นโยบายสาธารณะ (Public policy หรือ ordre public) หรือในบางระบบกฎหมายเรียกว่า ‘ศีลธรรมอันดีและสามัญสำนึกของประชาชน’ (Good moral and popular conscience) ทั้งนี้ เขตอำนาจเฉพาะสงวนไว้สำหรับศาลของรัฐที่มีการพิจารณาคดีโดยเหตุผลในเรื่องประเด็นแห่งคดีของกระบวนการพิจารณา⁸⁶

3) กรณีการละเมิดภายในดินแดนของรัฐที่มีการพิจารณาคดี (Territorial tort)

บทบัญญัติเรื่องการละเมิดภายในดินแดน (Territorial tort) ได้มีการนำมาบัญญัติไว้ใน UNCIS เช่นเดียวกัน โดยหลักการทั่วไปได้มีการนำเอาบทบัญญัติของ European Convention on State Immunity (ECIS) มาเป็นแบบอย่างในการร่าง อย่างไรก็ตาม ขณะที่มีการร่างอนุสัญญาฉบับนี้ คณะกรรมาธิการกฎหมายระหว่างประเทศ ได้มีการพูดคุยกับตัวแทนของรัฐบาลต่างๆ ซึ่งในขณะนั้นมีบางประเทศที่ไม่เห็นด้วยกับการบัญญัติหลักการเรื่องการละเมิดภายในดินแดนเข้าไปอยู่ในอนุสัญญาฯ เพราะเห็นว่าหลักการนี้มีปรากฏอยู่ในกฎหมายภายในของไม่กี่ประเทศเท่านั้น อีกทั้งปัญหาที่เกิดขึ้นจากการละเมิดควรระงับข้อพิพาทด้วยช่องทางทางการทูต (Diplomatic channel) จะมีความเหมาะสมมากกว่า⁸⁷ แม้กระนั้น ยังมีตัวแทนจากหลายประเทศที่ให้การสนับสนุนหลักการนี้ ซึ่งมีการเสนอถึงขอบเขตที่กว้างกว่าเดิม เช่น เงื่อนไขที่กำหนดให้ผู้กระทำละเมิดต้องปรากฏตัวอยู่ในขณะที่ได้กระทำความละเมิดมีลักษณะจำกัดเกินไป อาจส่งผลให้ไม่สามารถนำผู้กระทำผิดมาดำเนินคดีได้ หากเป็นการกระทำที่ก่อให้เกิดความบาดเจ็บหรือเสียหายข้ามพรมแดน (Transborder injury or damage) จึงควรให้มีการบัญญัติให้มีขอบเขตในการใช้บทบัญญัติที่กว้างกว่านี้⁸⁸ ท้ายที่สุดบทบัญญัติเรื่องการละเมิดภายในดินแดนได้มีการยอมรับและถูกบัญญัติไว้ใน UNCIS ข้อที่ 12 ซึ่งมีเนื้อหาระบุว่า

“เว้นแต่ได้มีการตกลงเป็นอย่างอื่นระหว่างรัฐที่เกี่ยวข้อง รัฐไม่สามารถอ้างความคุ้มกันจากเขตอำนาจต่อศาลของรัฐหนึ่งที่มีอำนาจในกระบวนการพิจารณาอันเกี่ยวกับการชดเชยค่าเสียหายเป็นตัวเงินสำหรับความตายหรือการบาดเจ็บต่อบุคคล หรือความเสียหายต่อการสูญเสียทรัพย์สินที่สามารถจับต้องได้ โดยเกิดขึ้นจากการกระทำหรือละเว้นการกระทำที่ได้ถูกกล่าวหาว่าเป็นการกระทำของรัฐ หากการกระทำหรือการละเว้นการกระทำนั้นเกิดขึ้นในดินแดนทั้งหมดหรือบางส่วนของรัฐอื่นนั้น และหากผู้ที่กระทำหรือละเว้นการกระทำปรากฏอยู่ในดินแดนในขณะที่ยังกระทำหรือการละเว้นการกระทำนั้นเกิดขึ้น”⁸⁹

⁸⁶ Ibid, para.13

⁸⁷ Hazel Fox, The Law of State Immunity, Second Edition, (New York : Oxford University Press, 2008), p.571

⁸⁸ Ibid

⁸⁹ United Nations Convention on Jurisdictional Immunities and Their Property 2004, Article 12

เมื่อพิจารณาจากคำอธิบายของ ILC ในข้อที่ 12 พบว่าข้อที่ 12 ถูกร่างมาเพื่อใช้เป็นข้อยกเว้นของหลักเกณฑ์ทั่วไปในการใช้ความคุ้มกันของรัฐหากการกระทำที่เกิดขึ้นอยู่ในขอบเขตเรื่องละเมิด (Tort) หรือความรับผิดทางแพ่ง (Civil liability) ที่เป็นผลมาจากการกระทำหรือละเว้นการกระทำอันส่งผลให้เกิดการบาดเจ็บต่อบุคคลหรือความเสียหายและความสูญเสียต่อทรัพย์สินที่สามารถจับต้องได้⁹⁰

โดยกรณีใดบ้างที่จะสามารถทำให้รัฐที่พิจารณาคดีใช้ข้อยกเว้นความคุ้มกันของรัฐได้ ILC ระบุว่า กรณีการบาดเจ็บต่อร่างกายของบุคคล (Physical injury to person) หรือความเสียหายต่อทรัพย์สินที่สามารถจับต้องได้ (Damage to tangible property) ที่เป็นผลมาจากการเสียชีวิต (Death) หรือการสูญเสีย (Total loss) หรือการบาดเจ็บเล็กน้อย (Lesser injury) ถูกจำกัดโดยหลักการอยู่เพียงแต่ความเสี่ยงที่เอาประกันภัยได้ (Insurable risks) ในส่วนขอบเขตของความเสียหายที่ผู้ร่างอนุสัญญาฯ คาดว่าจะอยู่ภายใต้ข้อที่ 12 นี้ โดยหลักๆ แล้วเกี่ยวข้องกับข้อก้ำกับการเสียชีวิตโดยอุบัติเหตุ (Accidental death) หรือการบาดเจ็บต่อร่างกายของบุคคล หรือความเสียหายต่อทรัพย์สินที่สามารถจับต้องได้ โดยทั้งหมดที่กล่าวมานี้จะต้องเกี่ยวข้องกับอุบัติเหตุทางจราจร (Traffic accidents) อย่างเช่น ยานพาหนะเคลื่อนที่ (Moving vehicles) มอเตอร์ไซค์ (Motor cycles) รถจักร (Locomotives) หรือเรือเร็ว (Speedboats) อาจกล่าวได้ว่าข้อที่ 12 ครอบคลุมอุบัติเหตุที่เกี่ยวข้องกับการขนส่งสินค้า (Transport of goods) และการขนส่งผู้โดยสาร (Passengers) ไม่ว่าจะเป็นการขนส่งผ่านถนน (Road) ทางรถไฟ (Rail) อากาศ (Air) หรือทางน้ำ (Water) ก็ตาม ซึ่งเจตนารมณ์สำคัญของข้อที่ 12 คือหลักเกณฑ์ที่ไม่ให้ความคุ้มกันก็เพื่อจะกำจัดความเป็นไปได้ที่บริษัทประกันจะหลีกเลี่ยงไม่จ่ายประกันโดยอาศัยความคุ้มกันของรัฐ รวมถึงป้องกันไม่ให้บริษัทประกันหลีกเลี่ยงความรับผิดชอบต่อปัจเจกชนที่ได้รับความบาดเจ็บ⁹¹

ขอบเขตของข้อที่ 12 นั้น ILC มองเห็นว่า กว้างพอที่จะครอบคลุมการคุกคามทางร่างกายโดยเจตนา (Intentional physical harm) เช่น การโจมตี (Assault) และการทำร้ายร่างกาย (Battery), ความเสียหายโดยประสงค์จะให้เสียทรัพย์สิน (Malicious damage to property), การวางเพลิง (Arson) หรือการฆาตกรรม (Homicide) นอกจากนี้ ILC ยังเห็นว่าข้อที่ 12 ยังรวมไปถึงการ

“Unless otherwise agreed between the States concerned, a State cannot invoke immunity from jurisdiction before a court of another State which is otherwise competent in a proceeding which relates to pecuniary compensation for death or injury to the person, or damage to or loss of tangible property, caused by an act or omission which is alleged to be attributable to the State, if the act or omission occurred in whole or in part in the territory of that other State and if the author of the act or omission was present in that territory at the time of the act or omission.”

⁹⁰ Draft articles on Jurisdictional Immunities of the States and Their Property, with Commentaries, article 12, para.1

⁹¹ Ibid, para.4

ลอบสังหารทางการเมือง (Political assassination)⁹² ในกรณีการลอบสังหารนี้ ILC นำตัวอย่างมาจากคำพิพากษาของศาลภายในสหรัฐอเมริกาคดี *Letelier v. Republic of Chile* (1980) ซึ่งเป็นคดีลอบสังหารที่เกิดขึ้นในดินแดนสหรัฐอเมริกา โดยมีการวางระเบียบตรรกของ *Letelier* ชาวชิลีที่ฆ่าลี้ภัยในสหรัฐอเมริกา ภายหลังจากการสอบสวนพบว่าเป็นฝีมือของเจ้าหน้าที่รัฐชิลีโดยคำสั่งของผู้นำเผด็จการ Augusto Pinochet

แม้ว่าข้อที่ 12 จะกำหนดให้รัฐไม่มีสิทธิที่จะยกความคุ้มกันขึ้นมากล่าวอ้างจากการกระทำละเมิดภายในดินแดนก็ตาม ข้อที่ 12 ก็ไม่ได้ตัดสิทธิรัฐที่เกี่ยวข้องที่จะตกลงกันระงับข้อพิพาทจากการกระทำละเมิดภายในดินแดนด้วยวิธีอื่นนอกเหนือไปจากการพิจารณาคดีในชั้นศาล บทบัญญัติข้อที่ 12 ระบุว่า “เว้นแต่ได้มีการตกลงเป็นอย่างอื่นระหว่างรัฐที่เกี่ยวข้อง...” จากประโยคดังกล่าวทำให้รัฐสามารถเลือกที่จะใช้วิธีการอื่นใดตามที่ได้ตกลงกันสามารถเลือกหนทางที่จะระงับข้อพิพาทได้ ไม่ว่าจะผ่านช่องทางการเจรจาทางการทูต หรือผ่านช่องทางการทำข้อตกลง (Agreement) ร่วมกันก็สามารถทำได้ หากกรณีที่รัฐคู่พิพาทไม่ประสงค์ที่จะเจรจา หรือไม่สามารถหาข้อยุติผ่านการทำข้อตกลงระหว่างกันได้ หลักการในข้อที่ 12 จะต้องนำมาใช้เช่นเดิม กล่าวคือ รัฐที่ถูกฟ้องและถูกกล่าวหาว่ากระทำการละเมิดภายในดินแดนซึ่งการกระทำนั้นตกอยู่ภายใต้เงื่อนไขของข้อที่ 12 รัฐที่ถูกฟ้องก็ไม่อาจจะยกความคุ้มกันเพื่อไม่ให้ถูกดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีได้

หลักเกณฑ์อย่างหนึ่งที่จะต้องเป็นไปตามเงื่อนไขของข้อที่ 12 คือ องค์ประกอบในเรื่องความเชื่อมโยงทางเขตอำนาจ (Jurisdiction connection) ซึ่ง ILC ได้อธิบายเงื่อนไขไว้ 2 ประการด้วยกัน ได้แก่

1) กรณีแรก ILC ได้อธิบายว่าเงื่อนไขที่จำเป็นสำหรับการใช้ข้อยกเว้นตามข้อที่ 12 คือ การกระทำหรือการละเว้นการกระทำที่เป็นสาเหตุให้เสียชีวิต การบาดเจ็บ หรือความเสียหายต้องเกิดขึ้นทั้งหมด (Whole) หรือบางส่วน (Part) ภายในดินแดนของรัฐของศาลที่มีการพิจารณาคดี เนื่องจากเป็นดินแดนที่มีการละเมิดเกิดขึ้น (*locus delicti commissi*)⁹³

2) กรณีที่สองผู้ที่กระทำละเมิดหรือละเว้นการกระทำนั้นจะต้องปรากฏอยู่ในดินแดนที่การกระทำหรือการละเว้นการกระทำนั้นเกิดขึ้น ก็เพื่อจะให้ความเชื่อมโยงในทางดินแดน (Territorial connection) ระหว่างรัฐที่มีการพิจารณาคดีกับผู้ที่เกี่ยวข้อง หรือปัจเจกชนที่ได้ทำให้เกิดความเสียหายขึ้นภายในดินแดนของรัฐที่มีการพิจารณาคดี⁹⁴ สำหรับกรณีที่สอง ILC ตั้งใจที่จะร่างเนื้อหาในส่วนนี้เข้าไปก็เพื่อที่จะประกันว่าข้อที่ 12 นี้จะไม่นำมาใช้กับกรณี การบาดเจ็บที่มีลักษณะข้ามพรมแดน (Transboundary injuries), การละเมิดข้ามเขตแดน (Trans-frontier torts) หรือความเสียหายข้ามเขตแดน (Trans-frontier damage) ตัวอย่างเช่น การส่งออกวัตถุระเบิด

⁹² Ibid, para.4

⁹³ Ibid, para.6

⁹⁴ Ibid, para.6

(Export of explosives) รวมถึงดอกไม้ไฟ (Fireworks) หรือวัตถุอันตราย (Dangerous substances) ที่สามารถระเบิดหรือทำให้เกิดความเสียหายหากละลาย ไม่เอาใจใส่ หรือโดยอุบัติเหตุก็ตาม⁹⁵

ทั้งนี้ ILC ยังอธิบายเพิ่มเติมด้วยว่า กรณีการยิงกัน (Shooting) ข้ามพรมแดน หรือการทิ้งระเบิด (Shelling) ข้ามพรมแดนในภาวะขัดกันทางอาวุธ (Armed conflict) จัดว่าเป็นกรณีที่ไม่เข้าหลักเกณฑ์ข้อยกเว้นความคุ้มกัน เนื่องจากข้อที่ 12 เกี่ยวข้องเฉพาะอุบัติเหตุต่างๆที่เกิดขึ้นเป็นประจำในดินแดนของรัฐที่มีการพิจารณาคดี เพราะในหลายๆประเทศยังคงต้องการการการสละความคุ้มกันของรัฐ (Waiver of immunity) เพื่อที่จะอนุญาตให้มีการฟ้องร้องให้มีการชดใช้ค่าเสียหาย แม้ว่า การฟ้องร้องนั้นจะเป็นการเรียกร้องเอาจากบริษัทประกันภัยก็ตาม⁹⁶ ILC เห็นว่าการบัญญัติเรื่องนี้เข้าไปในอนุสัญญาจึงมีความสำคัญ เพราะสำหรับบางประเทศที่ไม่สามารถยื่นฟ้องบริษัทประกันภัยได้เนื่องจากมีความคุ้มกัน ข้อยกเว้นความคุ้มกันตามข้อที่ 12 จึงมีความจำเป็นอย่างยิ่ง

เงื่อนไขตามที่ ILC กำหนดภายใต้ข้อที่ 12 นี้ต่างมีหลักการมาจากเงื่อนไขความเชื่อมโยงในเรื่องข้อยกเว้นความคุ้มกันจากการบาดเจ็บต่อบุคคลที่ปรากฏในข้อที่ 11 ของ ECSI ซึ่งแท้ที่จริงแล้วบทบัญญัติของ ECSI ก็มีเงื่อนไขมาจากกฎเกณฑ์ทั่วไปของกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลที่ได้กำหนดไว้ใน 1971 Hague Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Judgments in Civil and Commercial matters⁹⁷

สำหรับตัวอย่างคดีของศาลภายในที่มีการใช้ข้อที่ 12 ของ UNCIS เป็นหลักเกณฑ์ในการวินิจฉัยไม่ให้ความคุ้มกันแก่รัฐยังไม่ปรากฏชัดในปัจจุบัน สาเหตุมาจากอนุสัญญาฉบับนี้มีรัฐภาคีสมาชิกเพียงแค่ 13 ประเทศเท่านั้นที่ให้สัตยาบัน อย่างไรก็ตาม ข้อที่ 12 มีเนื้อหาคล้ายคลึงกับกฎหมายภายในที่เกี่ยวข้องกับความคุ้มกันของสหราชอาณาจักรหรือ State Immunity Act 1978 ที่กำหนดให้การกระทำที่ก่อให้เกิดความเสียหายต้องเกิดขึ้นในดินแดนของรัฐที่มีการพิจารณาคดี โดยคดี Al-Adsani v. Government of Kuwait and Others ศาลสหราชอาณาจักรได้วินิจฉัยว่า การละเมิดสิทธิมนุษยชนโดยการทรมาน (Torture) ซึ่งกระทำโดยเจ้าหน้าที่คูเวตต่อ Al-Adsani คนชาติสหราชอาณาจักร โดยเหตุเกิดขึ้นในเรือนจำต่างประเทศ ศาลได้วินิจฉัยว่าไม่มีเขตอำนาจในการพิจารณาคดี เพราะการละเมิดนั้นไม่ได้เกิดขึ้นในดินแดนของรัฐที่มีการพิจารณาคดี ดังนั้น จำเลยจึงมีความคุ้มกันจากกระบวนการพิจารณาคดีตาม State Immunity Act 1978⁹⁸ และแม้ว่าในภายหลังคดีนี้จะขึ้นไปถึงศาลสิทธิมนุษยชนแห่งสหภาพยุโรป ศาลาก็ได้ยกคำฟ้องของ Al-Adsani โดยให้เหตุผลเช่นเดียวกันและวินิจฉัยว่าจำเลยยังคงได้รับความคุ้มกันตามกฎหมาย

⁹⁵ Ibid, para.7

⁹⁶ Ibid, para.7

⁹⁷ Hazel Fox, The Law of State Immunity, Second Edition, (New York : Oxford University Press, 2008), p.573-574

⁹⁸ Ibid, p.574

โดยสรุปเงื่อนไขสำคัญในเรื่องความเชื่อมโยงทางเขตอำนาจมี 2 ประการคือ 1. การกระทำหรือละเว้นการกระทำจะต้องเกิดขึ้นในดินแดนของรัฐที่มีการพิจารณาคดี 2. ผู้ที่กระทำละเมิดหรือละเว้นการกระทำนั้นจะต้องปรากฏอยู่ในดินแดนที่การกระทำหรือการละเว้นการกระทำนั้นเกิดขึ้น

หากกรณีที่รัฐสามารถพิสูจน์ได้ว่าการละเมิดที่เกิดขึ้นเป็นไปตามเงื่อนไข 2 ประการที่ได้กล่าวมาในหัวข้อก่อนหน้านี้ รัฐที่ตกเป็นจำเลยก็จะไม่สามารถยกความคุ้มกันของรัฐขึ้นมาเพื่อปฏิเสธกระบวนการพิจารณาคดีได้ ทั้งนี้ เมื่อโจทก์และจำเลยเข้าสู่กระบวนการพิจารณาคดี คำถามที่เกิดขึ้นคือกฎหมายของประเทศใดที่จะนำมาใช้เป็นหลักเกณฑ์ตัดสินคดี ซึ่งยังคงรวมไปถึงกรณีที่โจทก์และจำเลยจะต้องขึ้นศาลใดเพื่อให้คณะผู้พิพากษามีคำวินิจฉัยในข้อพิพาทที่เกิดขึ้น

สำหรับกรณีกฎหมายที่จะนำมาบังคับใช้ในการพิจารณาคดี ILC อธิบายไว้ว่า เนื่องจากการกระทำหรือการละเว้นการกระทำที่ก่อให้เกิดความเสียหายเกิดขึ้นในดินแดนของรัฐที่มีการพิจารณาคดี กฎหมายที่จะนำมาบังคับใช้จึงชัดเจนว่าจะต้องเป็นกฎหมายของรัฐที่การละเมิดนั้นเกิดขึ้น (*lex loci delicti commissi*) หากพิจารณาจากคำอธิบายนี้สามารถเห็นได้ชัดเจนว่าการละเมิดเกิดขึ้นที่ดินแดนของรัฐใด ก็จะต้องนำกฎหมายของรัฐนั้นมาบังคับใช้ ในส่วนของศาลที่จะใช้ในการระงับข้อพิพาท ILC อธิบายไว้ว่า ศาลที่สะดวกที่สุดสำหรับการพิจารณาคดี คือ ศาลในดินแดนที่การละเมิดเกิดขึ้น โดย ILC เห็นว่าศาลต่างประเทศ (Foreign court) ไม่เหมาะสมแก่การพิจารณาคดี (*forum non conveniens*)⁹⁹ ดังนั้น เช่นเดียวกับกรณีกฎหมายที่จะต้องนำมาบังคับใช้ในการพิจารณา ศาลที่จะต้องพิจารณาคดีการละเมิดภายในดินแดนตามข้อที่ 12 คือ ศาลในดินแดนที่มีการละเมิดเกิดขึ้น

การละเมิดที่อยู่ภายใต้ข้อยกเว้นตามข้อที่ 12 ของ UNCIS จำกัดอยู่เพียงแค่การกระทำหรือการละเว้นการกระทำที่เป็นสาเหตุให้เกิดความเสียหายต่อร่างกายหรือต่อทรัพย์สินที่สามารถจับต้องได้เท่านั้น¹⁰⁰ กรณีปัญหาที่ว่า การละเมิดตามข้อที่ 12 ของ UNCIS ครอบคลุมถึงความเสียหายที่เป็นผลมาจากการพูดหรือเขียนจะนับได้ว่าเป็นข้อยกเว้นความคุ้มกันของรัฐหรือไม่ ILC ได้ อธิบายถึงกรณีนี้ว่า ข้อที่ 12 ไม่ครอบคลุมถึงกรณีที่ไม่มีความเสียหายทางร่างกายเกิดขึ้น ยิ่งไปกว่านั้น ความเสียหายต่อชื่อเสียง (Reputation) หรือการหมิ่นประมาท (Defamation) ไม่ถือว่าเป็นการบาดเจ็บต่อร่างกาย ทั้งยังไม่เป็นการแทรกแซงต่อสิทธิในสัญญา (Contract rights) หรือสิทธิใดๆก็ตาม รวมไปถึงสิทธิทางเศรษฐกิจและสังคม (Economic and social rights) หรือส่งผลเกิดความ

⁹⁹ Draft articles on Jurisdictional Immunities of the States and Their Property, with Commentaries, article 12, para.3

¹⁰⁰ Hazel Fox, *The Law of State Immunity*, Second Edition, (New York : Oxford University Press, 2008), p.577

เสียหายต่อทรัพย์สินที่จับต้องได้ (Tangible property)¹⁰¹ การละเมิดผ่านคำพูดหรือการเขียนจึงไม่ตกอยู่ภายใต้หลักเกณฑ์ของข้อที่ 12 นี้

อนึ่ง คำอธิบายในข้อที่ 12 นี้มีการกล่าวไปถึงการกระทำหรือละเว้นการกระทำโดยเจตนา อุบัติเหตุหรือประมาทอันเนื่องมาจากรัฐ (Attributable to a State) ซึ่ง ILC อธิบายส่วนนี้ว่าที่มีการแยกเอาไว้ก็เพื่อจะให้ทราบว่ามีการแบ่งระหว่างการกระทำที่มาจากบุคคลที่ไม่เกี่ยวข้องกับรัฐกับบุคคลที่กระทำอันเนื่องมาจากรัฐเท่านั้น¹⁰² อย่างไรก็ตาม การแยกเช่นนี้ ILC มีเจตนาที่แท้จริงเพื่อให้เกิดความชัดเจนในความสัมพันธ์ระหว่างความคุ้มกันของรัฐกับความรับผิดชอบของรัฐ (State responsibility) โดย ILC ระบุว่า การกระทำหรือละเว้นการกระทำอันเนื่องมาจากรัฐนั้น ไม่ส่งผลกระทบต่อหลักเกณฑ์ในเรื่องความรับผิดชอบของรัฐ ILC เห็นควรจะเน้นย้ำตรงนี้ว่าข้อที่ 12 ไม่ได้ระบุถึงความรับผิดชอบของรัฐ ข้อที่ 12 นี้จำกัดอยู่ในขอบเขตเรื่องที่จะไม่ให้ความคุ้มกันของรัฐจากเขตอำนาจศาลอีกรัฐหนึ่งเท่านั้น ดังนั้น หลักเกณฑ์ในเรื่องความรับผิดชอบของรัฐจึงอยู่นอกเหนือขอบเขตของข้อที่ 12 และยังรวมไปถึงขอบเขตในเรื่องความคุ้มกันทางการทูต (Diplomatic immunity) และสถานการณ์ที่เกี่ยวข้องกับการขัดกันทางอาวุธ (Armed conflicts) ด้วยเช่นเดียวกัน¹⁰³

ปัญหาข้อหนึ่งอันเกี่ยวกับประเภทของการกระทำที่อยู่ภายใต้ข้อยกเว้นความคุ้มกันตามข้อที่ 12 นั้นมีการแบ่งแยกระหว่างการกระทำของรัฐโดยแท้ (acta jure imperii) กับการกระทำเชิงพาณิชย์ (acta jure gestionis) ด้วยหรือไม่ ซึ่ง ILC ตระหนักถึงปัญหาในประเด็นนี้เป็นอย่างดีเนื่องจากโดยทั่วไปแล้ว ตามหลักกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศรัฐสามารถอ้างความคุ้มกันได้อย่างไม่จำกัดหากการกระทำนั้นเป็นการกระทำของรัฐโดยแท้ (acta jure imperii)

ILC อธิบายว่า หลักการเรื่องดินแดนที่มีการละเมิดเกิดขึ้น (*locus delicti comissi*) ส่งผลให้เกิดความเชื่อมโยงทางดินแดนอย่างแท้จริง (Substantial territorial connection) โดยไม่จำเป็นต้องคำนึงว่าแรงจูงใจ (Motivation) ของการกระทำหรือการละเว้นการกระทำนั้นจะเป็นไปโดยเจตนาหรือประสังคราย และไม่ว่าจะเป็นอุบัติเหตุ ประมาท ไม่ตั้งใจ สะเพร่า หรือไม่ระมัดระวัง และที่สำคัญที่สุดไม่จำเป็นต้องพิจารณาว่าลักษณะของกิจกรรมที่เกี่ยวข้องนั้นจะเป็นการกระทำของรัฐโดยแท้ (acta jure imperii) หรือเป็นการกระทำเชิงพาณิชย์ (acta jure gestionis) ก็ได้ แนวคิดนี้ได้รับการยืนยันจากคดีในศาลภายในบางประเทศ ซึ่งเป็นคดีเกี่ยวกับอุบัติเหตุทางรถยนต์ขณะที่ปฏิบัติหน้าที่ทางการทหาร (Military) หรือปฏิบัติหน้าที่อย่างเป็นทางการ (Official)¹⁰⁴ ดังนั้น ข้อยกเว้นความคุ้มกันของรัฐตามข้อที่ 12 ของ UNCIS ไม่มีการแยกระหว่างการกระทำของรัฐโดยแท้ (acta jure imperii) และการกระทำเชิงพาณิชย์ (acta jure gestionis) อย่างไรก็ตาม ILC ยังอธิบายต่อไป

¹⁰¹ Draft articles on Jurisdictional Immunities of the States and Their Property, with Commentaries, article 12, para.5

¹⁰² Ibid, para.10

¹⁰³ Ibid, para.10

¹⁰⁴ Ibid, para.8

ว่า แม้ว่าข้อที่ 12 จะไม่การแยกระหว่างการกระทำของรัฐโดยแท้ (acta jure imperii) และการกระทำเชิงพาณิชย์ (acta jure gestionis) แต่ก็สามารถอยู่ภายใต้เงื่อนไขตามข้อความในตอนต้นของย่อหน้าแรกของข้อที่ 12 ที่ระบุให้รัฐที่เกี่ยวข้องสามารถตกลงกันได้ที่จะใช้หลักเกณฑ์ใดๆก็ตามที่รัฐที่เกี่ยวข้องเลือกสามารถนำมาใช้ได้ ไม่ว่าจะเป็นการตกลงกันผ่านสนธิสัญญา (Treaty) ความตกลงทวิภาคี (Bilateral agreement) เป็นต้น¹⁰⁵

4) กรณีการพิจารณาอันเกี่ยวกับการครอบครองหรือใช้ทรัพย์สินที่ไม่สามารถเคลื่อนที่ได้ (Immovable property) ที่ตั้งอยู่ในรัฐที่มีการพิจารณาคดี

ในข้อที่ 6 วรรคสอง (b) ได้กำหนดไว้ว่า รัฐจะได้รับความคุ้มกันเมื่อ ‘... ไม่ได้ถูกระบุชื่อให้เป็นคู่พิพาทในกระบวนการพิจารณา แต่กระบวนการพิจารณานั้นประสงค์ที่จะส่งผลกระทบต่อทรัพย์สิน สิทธิ ผลประโยชน์ หรือกิจกรรมของรัฐนั้น’ ดังนั้น จึงมีความจำเป็นที่ขอบเขตอันกว้างขวางของความคุ้มกันของรัฐสมควรที่จะถูกลดลงโดยข้อยกเว้นในความคุ้มกันสำหรับเรื่องที่เกี่ยวข้องกับทรัพย์สินของรัฐที่อยู่ในเขตอำนาจของศาลที่มีการพิจารณาคดี¹⁰⁶ ด้วยเหตุนี้ ข้อที่ 13 ของ UNCIS จึงถูกร่างขึ้นมาเพื่อเป็นข้อยกเว้นความคุ้มกัน โดยมีเนื้อหาสาระว่า

“เว้นแต่ได้มีการตกลงเป็นอย่างอื่นระหว่างรัฐที่เกี่ยวข้อง รัฐหนึ่งไม่สามารถอ้างความคุ้มกันจากเขตอำนาจต่อศาลของอีกรัฐหนึ่งที่มีเขตอำนาจในกระบวนการพิจารณาอันเกี่ยวข้องกับการกำหนดดังต่อไปนี้

(a) สิทธิหรือผลประโยชน์ใดๆของรัฐจากการครอบครองหรือการใช้หรือจากพันธกรณีใดๆก็ตามของรัฐที่มาจากผลประโยชน์ของรัฐในทรัพย์สินที่ไม่สามารถเคลื่อนย้ายได้ที่ตั้งอยู่ในดินแดนของรัฐที่มีการพิจารณาคดี

(b) สิทธิหรือผลประโยชน์ใดๆของรัฐในทรัพย์สินที่เคลื่อนย้ายได้หรือเคลื่อนย้ายไม่ได้ที่เกิดขึ้นจากการสืบสิทธิ ของก้ำนัล หรือทรัพย์สินที่ไม่มีเจ้าของ หรือ

(c) สิทธิหรือผลประโยชน์ใดๆของรัฐในการควบคุมดูแลจัดการทรัพย์สิน เช่น ทรัพย์สินที่มีการดูแลแทนเจ้าของ ทรัพย์สินของบุคคลล้มละลาย หรือทรัพย์สินของบริษัทในกรณียุติกิจการ”¹⁰⁷

¹⁰⁵ Ibid, para.8

¹⁰⁶ Hazel Fox, The Law of State Immunity, Second Edition, (New York : Oxford University Press, 2008), p.591

¹⁰⁷ United Nations Convention on Jurisdictional Immunities and Their Property 2004, article 13

“Unless otherwise agreed between the States concerned, a State cannot invoke immunity from jurisdiction before a court of another State which is otherwise competent in a proceeding which relates to the determination of:

ข้อที่ 13 ต้องพิจารณาคู่กับข้อที่ 6 วรรคสอง (b) กล่าวคือ ความคุ้มกันของรัฐอาจกล่าวอ้างขึ้นมาได้แม้ว่ากระบวนการพิจารณานั้นจะไม่ได้เป็นการฟ้องโดยตรงต่อรัฐต่างประเทศ แต่ยังคงรวมไปถึงกระบวนการพิจารณานั้นมุ่งประสงค์ที่จะลิดรอนสิทธิในทรัพย์สินที่รัฐนั้นใช้ ครอบครองหรือควบคุมอยู่ ดังนั้น ข้อที่ 13 จึงถูกออกแบบมาเพื่อกำหนดข้อยกเว้นในกฎเกณฑ์ความคุ้มกันของรัฐ ทั้งนี้ บทบัญญัติในข้อ 13 ไม่ทำให้เสื่อมเสียแก่สิทธิพิเศษและความคุ้มกันที่อุปโภคโดยรัฐภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับทรัพย์สินจากภารกิจทางการทูตและเจ้าหน้าที่ตัวแทนอื่นๆ ของรัฐบาล¹⁰⁸

โดยใน (a) เกี่ยวข้องกับทรัพย์สินที่ไม่สามารถเคลื่อนย้ายได้และตั้งอยู่ในดินแดนของรัฐที่พิจารณาคดี ปัญหาที่มีอยู่ว่า ‘สิทธิและผลประโยชน์’ (Right and interest) นี้ก่อให้เกิดความยากลำบากในการให้ความหมายของคำ เนื่องจากกฎหมายทรัพย์สิน (Law of property) โดยเฉพาะอย่างยิ่งทรัพย์สินที่แท้จริง (Real property) หรือทรัพย์สินที่ไม่สามารถเคลื่อนย้ายได้ (Immovable property) ของแต่ละรัฐนั้นมีเนื้อหาที่มีลักษณะพิเศษแตกต่างกันออกไป อะไรก็ตามที่ก่อให้เกิดสิทธิในทรัพย์สินในระบบกฎหมายหนึ่งอาจจะถือได้ว่าเป็นการก่อให้เกิดสิทธิในผลประโยชน์ในอีกระบบกฎหมายหนึ่ง ดังนั้น คณะผู้ร่างจึงร่างทั้ง ‘สิทธิและผลประโยชน์’ เข้าไว้ด้วยกัน นอกจากนี้ คำว่า ‘การครอบครอง’ (Possession) ไม่ได้ถือเอาเสมอไปว่าเป็นสิทธิ เว้นแต่ได้มีการครอบครองปรปักษ์ (Adverse possession) หรือครอบครองเป็นเวลายาวนาน (*possessio longi temporis*) หรือครอบครองมาเป็นเวลานานโดยไม่ได้บังคับ ไม่ได้ปกปิด และไม่ได้รับอนุญาต (*nec vi nec clam nec precario*) ซึ่งกรณีเหล่านี้อาจสร้าง ‘สิทธิ’ หรือ ‘ผลประโยชน์’ ขึ้นมา โดยขึ้นอยู่กับการใช้คำทางกฎหมายของแต่ละระบบกฎหมาย¹⁰⁹

สำหรับกรณีตาม (b) เกี่ยวข้องกับสิทธิหรือผลประโยชน์ใดๆ ของรัฐในทรัพย์สินที่เคลื่อนย้ายได้หรือไม่สามารถเคลื่อนย้ายได้ทั้งสองกรณี โดยปัญหาจากทรัพย์สินทั้งสองกรณีนี้จะต้องเกิดมาจากการสืบสิทธิ (Succession) ของกำนัล (Gift) หรือทรัพย์สินที่ไม่มีเจ้าของ (*bona vacantia*) เป็นที่เข้าใจชัดเจนว่า หากกระบวนการพิจารณาที่เกี่ยวข้องไม่ว่าจะเป็นทรัพย์สินที่

(a) any right or interest of the State in, or its possession or use of, or any obligation of the State arising out of its interest in, or its possession or use of, immovable property situated in the State of the forum;

(b) any right or interest of the State in movable or immovable property arising by way of succession, gift or bona vacantia; or

(c) any right or interest of the State in the administration of property, such as trust property, the estate of a bankrupt or the property of a company in the event of its winding up.”

¹⁰⁸ Draft articles on Jurisdictional Immunities of the States and Their Property, with Commentaries, article 13, para.1

¹⁰⁹ Ibid, para.4

เคลื่อนย้ายได้หรือไม่สามารถเคลื่อนย้ายได้อยู่ในเขตอำนาจของรัฐที่มีการพิจารณาคดี ศาลที่มีเขตอำนาจพิจารณาคดีย่อมเป็นศาลที่ทรัพย์สินนั้นตั้งอยู่ (*forum rei sitae*)¹¹⁰

กรณีท้ายสุดใน (c) ILC ได้อธิบายไว้ว่า (c) ไม่จำเป็นต้องเกี่ยวข้องหรือมีความสัมพันธ์กับการกำหนดสิทธิหรือผลประโยชน์ของทรัพย์สินของรัฐ แต่ (c) ถูกร่างเข้ามาในข้อที่ 13 ก็เพื่อให้ครอบคลุมสถานการณ์บางอย่างที่เกิดขึ้นในหลายประเทศ โดยเฉพาะอย่างยิ่งประเทศที่มีระบบกฎหมายไม่เป็นลายลักษณ์อักษร (Common-law) เนื่องจากศาลในประเทศเหล่านี้สามารถใช้เขตอำนาจในการควบคุมดูแลได้ (Supervisory jurisdiction) หรืออำนาจอื่นใดที่เกี่ยวกับการบริหารทรัพย์สินที่มีการดูแลแทนเจ้าของ (Trust property) ทรัพย์สินอื่นที่ได้รับการดูแลโดยผู้รักษาประโยชน์ (Fiduciary basis) ทรัพย์สินของผู้ตาย (Deceased person) ทรัพย์สินของผู้วิกลจริต (Unsound mind) บุคคลล้มละลาย (Bankrupt) หรือบริษัทที่ยุติกิจการ ทั้งนี้ การใช้เขตอำนาจในการควบคุมดูแลเป็นเขตอำนาจที่มีความสัมพันธ์กับคดี เนื่องจากกระบวนการพิจารณาในส่วนหนึ่งอาจเกี่ยวข้องกับการกำหนดหรือการพิสูจน์สิทธิหรือผลประโยชน์ของบุคคลที่ได้รับผลประโยชน์ ซึ่งรวมไปถึงรัฐต่างประเทศด้วย¹¹¹

5) กรณีการละเมิดสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา (Intellectual property rights)

ข้อที่ 14 ของ UNCIS ระบุว่า

“เว้นแต่ได้มีการตกลงเป็นอย่างอื่นระหว่างรัฐที่เกี่ยวข้อง รัฐหนึ่งไม่สามารถอ้างความคุ้มกันจากเขตอำนาจต่อศาลของอีกรัฐหนึ่งที่มีเขตอำนาจในกระบวนการพิจารณาเกี่ยวกับ

(a) การกำหนดสิทธิใดๆของรัฐในสิทธิบัตร การออกแบบทางอุตสาหกรรม ชื่อทางการค้า หรือชื่อทางธุรกิจ เครื่องหมายการค้า ลิขสิทธิ์ หรือรูปแบบอื่นใดของทรัพย์สินทางปัญญา หรือทางอุตสาหกรรมที่ได้รับมาตรการคุ้มครองทางกฎหมายในรัฐที่มีการพิจารณาคดี

(b) การละเมิดโดยรัฐในสิทธิตาม (a) ซึ่งเป็นของบุคคลที่สามและได้รับการคุ้มครองในรัฐที่มีการพิจารณาคดี”¹¹²

¹¹⁰ Ibid, para.5

¹¹¹ Ibid, para.6

¹¹² United Nations Convention on Jurisdictional Immunities and Their Property 2004, article 14

“Unless otherwise agreed between the States concerned, a State cannot invoke immunity from jurisdiction before a court of another State which is otherwise competent in a proceeding which relates to:

(a) the determination of any right of the State in a patent, industrial design, trade name or business name, trademark, copyright or any other form of intellectual or industrial

ข้อที่ 14 นี้เกี่ยวข้องกับข้อยกเว้นในกฎเกณฑ์เรื่องความคุ้มกันของรัฐที่กำลังเพิ่มมากขึ้นในทางปฏิบัติ บทบัญญัตินี้เกี่ยวข้องกับสาขาหนึ่งของกฎหมายภายใน กล่าวคือ กฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาและทรัพย์สินทางอุตสาหกรรม ตัวบทบัญญัติถูกร่างมาให้ครอบคลุมขอบเขตที่กว้าง โดยผ่านมุมมองของรัฐที่มีการพิจารณาคดีที่ซึ่งสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาและทรัพย์สินทางอุตสาหกรรมได้รับการคุ้มครอง¹¹³ ทั้งนี้ ถ้อยคำ (Terms) ที่ใช้ในข้อที่ 14 มีลักษณะที่กว้าง (Broad) และแสดงให้เห็นถึงลักษณะทั่วไปเพื่อที่จะให้ครอบคลุมรูปแบบ (Forms) ประเภท (Types) ระดับ (Classes) หรือชนิด (Categories) ของทรัพย์สินทางปัญญาหรือทรัพย์สินทางอุตสาหกรรมที่มีอยู่ในปัจจุบันและจะเกิดขึ้นในอนาคตด้วย¹¹⁴

เนื้อหาใน (a) เกี่ยวข้องกับการกำหนดสิทธิใดๆของรัฐในทรัพย์สินทางปัญญาหรือทรัพย์สินทางอุตสาหกรรมที่ได้รับการคุ้มครองโดยชอบด้วยกฎหมาย โดยคำว่า ‘การกำหนด’ (Determination) ในที่นี้ไม่ได้ถูกใช้เพื่อที่จะอ้างถึงการสืบหา (Ascertainment) หรือการตรวจสอบ (Verification) ถึงการมีอยู่ของสิทธิที่ได้รับการคุ้มครองเท่านั้น แต่ยังถูกใช้ในการประเมิน (Evaluation) ในเนื้อหาสาระ (Substance) รวมไปถึงรายละเอียด (Content) ขอบเขต (Scope) ของสิทธิที่ระบุไว้ใน (a) ด้วย¹¹⁵

กรณี (b) เกี่ยวข้องกับการละเมิดโดยรัฐในดินแดนของรัฐที่มีการพิจารณาคดีในสิทธิใดๆก็ตามที่ได้มีการกล่าวไว้ใน (a) ซึ่งเป็นสิทธิของบุคคลที่สามและได้รับการคุ้มครองในรัฐที่มีการพิจารณาคดี การละเมิดภายใต้ข้อบทนี้ไม่จำเป็นต้องเป็นผลจากกิจกรรมทางพาณิชย์ (Commercial activities) ที่ดำเนินการโดยรัฐที่ได้ระบุไว้ในข้อที่ 10 ของอนุสัญญาฯ การละเมิดที่เกิดขึ้นอาจเกิดจากกิจกรรมที่มีวัตถุประสงค์ไม่ได้เป็นไปในทางพาณิชย์ก็ได้ อย่างไรก็ตาม มีเงื่อนไข 2 ประการที่จะสามารถใช้ (b) ได้ กล่าวคือ 1. การละเมิดที่เกิดขึ้นโดยรัฐในเรื่องลิขสิทธิ์จะต้องเกิดขึ้นในดินแดนของรัฐที่มีการพิจารณาคดี 2. ลิขสิทธิ์ของบุคคลที่สามนั้นจะต้องได้รับการคุ้มครองโดยชอบด้วยกฎหมายในรัฐที่มีการพิจารณาคดี ดังนั้นจึงมีขอบเขตจำกัดในการใช้ข้อบทนี้¹¹⁶

property which enjoys a measure of legal protection, even if provisional, in the State of the forum; or

(b) an alleged infringement by the State, in the territory of the State of the forum, of a right of the nature mentioned in subparagraph (a) which belongs to a third person and is protected in the State of the forum.”

¹¹³ Draft articles on Jurisdictional Immunities of the States and Their Property, with Commentaries, article 14, para.1

¹¹⁴ Ibid, para.3

¹¹⁵ Ibid, para.6

¹¹⁶ Ibid, para.7

6) กรณีที่รัฐได้เข้ามามีส่วนร่วมในบริษัทหรือองค์กรร่วมอื่นใด (Collective body)

บทบัญญัติข้อยกเว้นความคุ้มกันของรัฐในกรณีที่รัฐได้เข้ามามีส่วนร่วมในบริษัทหรือองค์กรอื่นใดนั้นปรากฏอยู่ในข้อที่ 15 ของ UNCIS ระบุว่า

“รัฐหนึ่งไม่สามารถอ้างความคุ้มกันจากเขตอำนาจศาลของอีกรัฐหนึ่งที่มีเขตอำนาจในกระบวนการพิจารณาคดีอันเกี่ยวกับการที่รัฐมีส่วนร่วมในบริษัทหรือองค์กรอื่นใด ไม่ว่าจะรวมกันโดยมีสภาพบุคคลตามกฎหมายหรือไม่ก็ตาม โดยกระบวนการพิจารณานั้นเป็นกระบวนการพิจารณาที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างรัฐและองค์กรร่วมหรือผู้มีส่วนร่วมอื่นๆในองค์กรร่วมนั้นๆ โดยมีเงื่อนไขว่าองค์กรร่วมอื่น

(a) มีผู้มีส่วนร่วมนอกเหนือไปจากรัฐหรือองค์การระหว่างประเทศ และ

(b) ได้จดทะเบียนหรือจัดตั้งภายใต้กฎหมายของรัฐที่มีการพิจารณาคดี หรือมีที่ตั้งหรือสำนักทำการในรัฐที่มีการพิจารณาคดี

รัฐสามารถอ้างความคุ้มกันจากเขตอำนาจในกระบวนการพิจารณาคดีได้หากรัฐที่เกี่ยวข้องได้ตกลงกันเป็นอย่างอื่น หรือคู่กรณีพิพาทกันได้ตกลงกันผ่านความตกลงเป็นลายลักษณ์อักษร หรือในกรณีที่ตราสารที่ใช้ในการจัดตั้งหรือบังคับองค์กรร่วมนั้นมีบทบัญญัติที่มีผลดังเช่นกรณีที่ได้กล่าวมา”¹¹⁷

ประโยคที่ว่า ‘บริษัทหรือองค์กรอื่นใด ไม่ว่าจะรวมกันโดยมีสภาพบุคคลตามกฎหมายหรือไม่ก็ตาม’ ที่ใช้ในข้อที่ 15 นี้ถูกเลือกใช้อย่างตั้งใจโดยคณะผู้ร่างเพื่อที่จะให้ครอบคลุมความหลากหลายขององคภาวะตามกฎหมาย (Legal entities) เช่นเดียวกับองค์กรอื่นใด (Other bodies) ที่ปราศจากสภาพบุคคลตามกฎหมาย การกำหนดเช่นนี้ถูกออกแบบมาเพื่อให้รวมถึงชนิดหรือประเภทที่แตกต่างกันขององค์กร (Bodies) การรวมตัว (Collectivities) การรวมกลุ่ม (Groupings)

¹¹⁷ United Nations Convention on Jurisdictional Immunities and Their Property 2004, article 15

“1. A State cannot invoke immunity from jurisdiction before a court of another State which is otherwise competent in a proceeding which relates to its participation in a company or other collective body, whether incorporated or unincorporated, being a proceeding concerning the relationship between the State and the body or the other participants therein, provided that the body:

(a) has participants other than States or international organizations; and

(b) is incorporated or constituted under the law of the State of the forum or has its seat or principal place of business in that State.

2. A State can, however, invoke immunity from jurisdiction in such a proceeding if the States concerned have so agreed or if the parties to the dispute have so provided by an agreement in writing or if the instrument establishing or regulating the body in question contains provisions to that effect.”

ซึ่งเป็นที่รู้จักกันภายใต้ระบบการตั้งชื่อ (Nomenclature) ที่แตกต่างกันออกไป ตัวอย่างเช่น บริษัท (Corporation) สมาคม (Association) ห้างหุ้นส่วน (Partnership) และรูปแบบที่คล้ายกันอื่นๆ ขององค์กรร่วมที่มีตัวตนภายใต้ระบบกฎหมายที่หลากหลายด้วยระดับที่แตกต่างกันออกไปของความสามารถและสถานะทางกฎหมาย¹¹⁸ นอกจากนี้ องค์กรร่วมอื่นที่รัฐอาจจะเข้าไปมีส่วนร่วมกับหุ้นส่วนเอกชน (Private partner) หรือสมาชิกจากภาคส่วนเอกชน (Private sector) อาจได้รับแรงจูงใจจากการทำกำไรก็ได้ เช่น บริษัทซื้อขาย (Trading company) วิสาหกิจธุรกิจ (Business enterprise) หรือองค์ภาวะทางพาณิชย์ที่มีลักษณะคล้ายคลึงกัน ในทางกลับกัน รัฐอาจเข้าร่วมในองค์กรร่วมที่มีวัตถุประสงค์ไม่แสวงหาผลกำไรก็ได้ เช่น สมาคมเพื่อการเรียนรู้ (Learned society) โบสถ์ (Temple) การรวมตัวกันทางศาสนา (Religious congregation) องค์กรการกุศล (Charity) มูลนิธิเพื่อการกุศล (Charitable foundation) เป็นต้น¹¹⁹

ILC ได้อธิบายถึงกฎเกณฑ์ของการไม่ให้ความคุ้มกันของรัฐตามวรรคแรกว่า ขึ้นอยู่กับเงื่อนไข 2 ข้อด้วยกัน ซึ่งจะต้องเป็นไปตามเงื่อนไขทั้งสองข้อนี้ กล่าวคือ 1. องค์กรร่วมนั้นต้องมีผู้มีส่วนร่วมนอกเหนือไปจากรัฐหรือองค์การระหว่างประเทศ กล่าวอีกนัยหนึ่งคือ องค์กรร่วมต้องมีการเข้าร่วมของภาคส่วนเอกชน ดังนั้น องค์กรระหว่างประเทศและรูปแบบอื่นใดของการรวมตัวซึ่งประกอบแค่เพียงรัฐ และ/หรือองค์การระหว่างประเทศโดยปราศจากการมีส่วนร่วมจากภาคส่วนเอกชนจะถือว่าถูกแยกออกจากขอบเขตของข้อที่ 15¹²⁰ 2. องค์กรร่วมนั้นจะต้องจัดตั้งภายใต้กฎหมายของรัฐที่มีการพิจารณาคดีหรือมีที่ตั้งหรือสำนักงานในการประกอบธุรกิจในประเทศที่มีการพิจารณาคดีเช่นเดียวกัน ทั้งนี้ ที่ตั้งโดยทั่วไปแล้วคือสถานที่ที่องค์ภาวะนั้นดำเนินการ และสำนักงานในการประกอบธุรกิจหมายถึงสถานที่ที่ส่วนใหญ่ของการประกอบธุรกิจได้ดำเนินกิจการ¹²¹

7) กรณีการพิจารณาเรื่องที่ปฏิบัติการโดยรัฐหรือรัฐเป็นเจ้าของ ที่ดำเนินการโดยมีวัตถุประสงค์ทางพาณิชย์

รายละเอียดของข้อยกเว้นความคุ้มกันของรัฐในกระบวนการพิจารณาที่เกี่ยวข้องกับเรื่องที่ปฏิบัติการโดยรัฐหรือเรื่องที่รัฐเป็นเจ้าของ แต่ดำเนินการเพื่อวัตถุประสงค์ทางพาณิชย์มีบทบัญญัติกำหนดไว้ในข้อที่ 16 ของ UNCIS ซึ่งระบุว่า

“เว้นแต่ได้มีการตกลงเป็นอย่างอื่นระหว่างรัฐที่เกี่ยวข้อง รัฐหนึ่งซึ่งเป็นเจ้าของเรือหรือควบคุมเรือ ไม่สามารถอ้างความคุ้มกันจากเขตอำนาจศาลของอีกรัฐหนึ่งที่มีเขตอำนาจในกระบวนการพิจารณาอันเกี่ยวกับการปฏิบัติการของเรือ นั้น หากเรือลำดังกล่าวถูกใช้นอกเหนือวัตถุประสงค์ที่ไม่ใช่ในทางพาณิชย์ของรัฐในขณะที่การปฏิบัติการของเรือนั้นเกิดขึ้น

¹¹⁸ Draft articles on Jurisdictional Immunities of the States and Their Property, with Commentaries, article 15, para.2

¹¹⁹ Ibid, para.3

¹²⁰ Ibid, para.5

¹²¹ Ibid, para.6

วรรคหนึ่งไม่นำมาบังคับใช้กับเรือรบ เรือรบสนับสนุน หรือเรือที่เป็นเจ้าของหรือปฏิบัติการโดยรัฐและถูกใช้ชั่วคราวเพื่อบริการที่ไม่ใช่ทางพาณิชย์ของรัฐ

เว้นแต่ได้ตกลงกันเป็นอย่างอื่นระหว่างรัฐที่เกี่ยวข้อง รัฐหนึ่งไม่สามารถอ้างความคุ้มกันจากเขตอำนาจต่อศาลอีกรัฐหนึ่งที่มีเขตอำนาจในกระบวนการพิจารณาอันเกี่ยวข้องกับการขนส่งสินค้าทางทะเลโดยเรือที่ดำเนินการและมีเจ้าของเป็นรัฐ และเรือลำดังกล่าวถูกใช้นอกเหนือวัตถุประสงค์ที่ไม่ใช่ในทางพาณิชย์ของรัฐในขณะที่ปฏิบัติการของเรือนั้นเกิดขึ้น

รัฐอาจขอมาตรการทั้งหมดในการป้องกัน การมีสิทธิเป็นเจ้าของ และการจำกัดความรับผิดชอบที่มีอยู่ให้กับเรือและสินค้าของเอกชนและผู้ถือกรรมสิทธิ์ของเอกชนดังกล่าว

หากกระบวนการพิจารณาคดีมีปัญหาอันเกี่ยวกับลักษณะของกิจกรรมที่ไม่ใช่ทางพาณิชย์และกิจกรรมของรัฐในเรือที่ดำเนินการและมีรัฐเป็นเจ้าของหรือสินค้าที่รัฐเป็นเจ้าของ หนังสือรับรองที่ลงนามโดยตัวแทนทางการทูตหรือเจ้าหน้าที่ที่มีอำนาจอื่นๆ และการติดต่อไปยังศาลที่มีการพิจารณาคดีจะนับเป็นหลักฐานของลักษณะกิจกรรมของรัฐหรือสินค้านั้นๆ”¹²²

¹²² United Nations Convention on Jurisdictional Immunities and Their Property 2004, article 16

“1. Unless otherwise agreed between the States concerned, a State which owns or operates a ship cannot invoke immunity from jurisdiction before a court of another State which is otherwise competent in a proceeding which relates to the operation of that ship if, at the time the cause of action arose, the ship was used for other than government non-commercial purposes.

2. Paragraph 1 does not apply to warships, or naval auxiliaries, nor does it apply to other vessels owned or operated by a State and used, for the time being, only on government non-commercial service.

3. Unless otherwise agreed between the States concerned, a State cannot invoke immunity from jurisdiction before a court of another State which is otherwise competent in a proceeding which relates to the carriage of cargo on board a ship owned or operated by that State if, at the time the cause of action arose, the ship was used for other than government non-commercial purposes.

4. Paragraph 3 does not apply to any cargo carried on board the ships referred to in paragraph 2, nor does it apply to any cargo owned by a State and used or intended for use exclusively for government non-commercial purposes.

5. States may plead all measures of defence, prescription and limitation of liability which are available to private ships and cargoes and their owners.

6. If in a proceeding there arises a question relating to the government and non-commercial character of a ship owned or operated by a State or cargo owned by a State, a certificate signed by a diplomatic representative or other competent authority of that State and communicated to the court shall serve as evidence of the character of that ship or cargo.”

ในการร่างข้อที่ 16 นี้เกี่ยวข้องกับขอบเขตที่มีความสำคัญอย่างมาก กล่าวคือ กฎหมายพาณิชย์นาวี (Maritime law) เนื่องจากมีความเกี่ยวข้องกับการค้าภายนอก โดยถ้อยคำว่า ‘รัฐหนึ่งซึ่งเป็นเจ้าของเรือหรือควบคุมเรือ’ การใช้คำว่าเรือในบริบทนี้ควรตีความให้ครอบคลุมทุกประเภทของเรือที่ออกทะเล ไม่ว่าจะมียกยอคำอื่นใดที่แตกต่างกันออกไปในแต่ละประเทศก็ตาม ข้อบทนี้ถูกสร้างมาเพื่อใช้เป็นกฎเกณฑ์ที่ใช้จัดการกับปัญหาที่ตกค้างอยู่ (Residual rule) สาเหตุมาจากรัฐต่างๆสามารถทำความตกลง โดยใช้ฐานของหลักต่างตอบแทน (Reciprocal) หรือกรณีอื่นใด เพื่ออนุญาตให้ใช้ความคุ้มกันจากเขตอำนาจในกรณีของเรือที่ให้บริการทางพาณิชย์ โดยรัฐเป็นเจ้าของหรือดำเนินการเรือดังกล่าว¹²³ นอกจากนี้ คำว่า ‘ดำเนินการ’ (Operate) และ ‘การดำเนินการ’ (Operation) ที่ปรากฏในวรรคแรก ซึ่งทั้งสองคำนี้เกี่ยวข้องกับการแสวงหาประโยชน์ (Exploitation) หรือการดำเนินการของเรือในการขนส่งสินค้าและผู้โดยสารทางทะเล ทั้งนี้ มีการยอมรับในแนวปฏิบัติของรัฐจำนวนมากว่า กระบวนการพิจารณาของศาลที่เกี่ยวกับการดำเนินการของเรือออกทะเลอื่นมีวัตถุประสงค์เป็นไปในทางพาณิชย์หากมีความเชื่อมโยงกับการชนกันของเรือ (Collision) การช่วยเหลือ (Assistance) การกู้ภัย (Salvage) การซ่อมแซม (Repair) การจัดส่ง (Supply) และมลพิษที่เกิดจากมลพิษ (Pollution) ไม่ควรได้รับความคุ้มกัน¹²⁴

อย่างไรก็ตาม สิทธิในการใช้ความคุ้มกันของรัฐจะไม่ถูกกระทบกระเทือนหากเรือที่รัฐเป็นเจ้าของหรือดำเนินการอยู่นั้นเป็นเรือรบ (Warship) หรือเรือรบสนับสนุน (Naval auxiliary) แม้ว่าเรือดังกล่าวจะเป็นถูกใช้ในบางครั้งบางคราวเพื่อขนส่งสินค้าก็ตาม ยิ่งไปกว่านั้น รัฐยังคงได้รับความคุ้มกันสำหรับเรือของรัฐบาลอื่นๆ เช่น เรือตรวจตราของตำรวจ (Police patrol boat) เรือตรวจสอบของศุลกากร (Customs inspection boat) เรือพยาบาล (Hospital ship) เรือสำรวจสมุทรศาสตร์ (Oceanographic survey ship) เรือฝึก (Training vessel) และเรือขุด (Dredger) ซึ่งเรือที่ได้กล่าวมาเหล่านี้เป็นของรัฐหรือดำเนินการโดยรัฐ และมีการใช้เพื่อประโยชน์ของรัฐที่ไม่ได้มีวัตถุประสงค์เป็นไปในทางพาณิชย์¹²⁵

สำหรับวรรคห้าของข้อที่ 16 เป็นการย้ำว่ารัฐที่เป็นเจ้าของหรือดำเนินการในการให้บริการทางพาณิชย์สามารถอ้างมาตรการทั้งหมดในการป้องกัน การมีสิทธิเป็นเจ้าของ และการจำกัดความรับผิดชอบที่มีอยู่ให้กับเรือและสินค้าของเอกชนและผู้ถือกรรมสิทธิ์ของเอกชน โดยกฎเกณฑ์ที่ได้ระบุไว้ในวรรคห้านี้ ไม่ได้จำกัดการใช้กับกระบวนการพิจารณาที่เกี่ยวข้องกับเรือหรือสินค้านั้น รัฐอาจขอวิธีการที่มีอยู่ทั้งหมดในการป้องกันในกระบวนการพิจารณาใดๆที่มีทรัพย์สินของรัฐนั้นเข้ามาเกี่ยวข้อง สำหรับวรรคสุดท้ายเป็นการระบุวิธีในทางปฏิบัติเพื่อพิสูจน์ลักษณะการกระทำของรัฐว่าเป็นการกระทำของรัฐหรือการกระทำทางพาณิชย์ของเรือหรือสินค้า ซึ่งในบางกรณีอาจใช้หนังสือรับรอง

¹²³ Draft articles on Jurisdictional Immunities of the States and Their Property, with Commentaries, article 16, para.1

¹²⁴ Ibid, para.9

¹²⁵ Ibid, para.11

(Certificate) ลงนามโดยตัวแทนทางการทูตของรัฐที่เป็นเจ้าของเรือ ในกรณีที่ไม่ได้ลงนามโดยตัวแทนทางการทูต หนังสือรับรองที่ลงนามโดยเจ้าหน้าที่อื่น ๆ ที่มีอำนาจ เช่น รัฐมนตรีว่าการกระทรวงคมนาคมหรือเจ้าหน้าที่กงสุลสามารถใช้เป็นหลักฐานต่อศาลได้ อย่างไรก็ตาม คำว่า ‘จะนับเป็นหลักฐาน’ ตามวรรคสุดท้ายนี้ ไม่ได้หมายความว่า หลักฐานที่ยื่นต่อศาลมานั้นจะไม่สามารถโต้แย้งได้ (Irrebuttable)¹²⁶

8) กรณีมีความตกลงให้อนุญาตตุลาการระงับข้อพิพาทในปัญหาอันเกี่ยวกับธุรกรรมทางพาณิชย์

ข้อบทสุดท้ายสำหรับข้อยกเว้นความคุ้มกันของรัฐนั้นมีความเกี่ยวข้องกับการการ จัดตั้งอนุญาโตตุลาการผ่านความตกลง ปรากฏอยู่ในข้อที่ 17 ของ UNCIS ระบุว่า

“หากรัฐทำความตกลงเป็นลายลักษณ์อักษรกับบุคคลหรือนิติบุคคลต่างประเทศ เพื่อที่จะตั้งอนุญาโตตุลาการเพื่อจัดการกับปัญหาใด ๆ อันเกี่ยวกับธุรกรรมทางพาณิชย์ รัฐไม่สามารถอ้างความคุ้มกันของรัฐจากเขตอำนาจต่อศาลของอีกรัฐหนึ่งที่มีเขตอำนาจในกระบวนการพิจารณาที่เกี่ยวข้อง

(a) ความสมบูรณ์หรือการตีความของอนุญาโตตุลาการ
 (b) กระบวนการของอนุญาโตตุลาการ หรือ
 (c) การพักการบังคับของคำชี้ขาด เว้นแต่ความตกลงอนุญาโตตุลาการกำหนดไว้เป็นอย่างอื่น”¹²⁷

ข้อที่ 17 ถูกสร้างขึ้นเพื่อให้เข้ามาจัดการกับกฎเกณฑ์ในการปฏิเสธความคุ้มกันที่เกี่ยวข้องกับเขตอำนาจในการควบคุมดูแล (Supervisory jurisdiction) ของศาลอีกรัฐหนึ่งที่มีอำนาจในการวินิจฉัยปัญหาใดๆก็ตามที่มีความเชื่อมโยงกับความตกลงอนุญาโตตุลาการ เช่น ความสมบูรณ์ของพันธกรณีในการตั้งอนุญาโตตุลาการ ความสมบูรณ์ของพันธกรณีในการบังคับระงับข้อพิพาทในปัญหาต่างๆโดยอนุญาโตตุลาการ การตีความและความสมบูรณ์ของบทบัญญัติอนุญาโตตุลาการรวม

¹²⁶ Ibid, para.16

¹²⁷ United Nations Convention on Jurisdictional Immunities and Their Property 2004, article 17

“If a State enters into an agreement in writing with a foreign natural or juridical person to submit to arbitration differences relating to a commercial transaction, that State cannot invoke immunity from jurisdiction before a court of another State which is otherwise competent in a proceeding which relates to:

- (a) the validity, interpretation or application of the arbitration agreement;
- (b) the arbitration procedure; or
- (c) the confirmation or the setting aside of the award, unless the arbitration agreement otherwise provides.”

ไปถึงความตกลงที่ได้ทำขึ้น ปัญหาอันเกี่ยวกับกระบวนการอนุญาโตตุลาการ หรือการพักการบังคับของคำชี้ขาดอนุญาโตตุลาการ¹²⁸

ทั้งนี้ จากข้อบทรบคำ่ว่า ‘ความตกลงอนุญาโตตุลาการ’ (Arbitrator agreement) หมายถึง ความตกลงระหว่างรัฐและบุคคลหรือบุคคลต่างประเทศเท่านั้น ไม่มีความรวมถึงรัฐกับรัฐ หรือรัฐกับองค์การระหว่างประเทศ นอกจากนี้กรณีที่ถูกแยกออกจากข้อบทรบคำนี้คือ ประเภทของอนุญาโตตุลาการที่จัดตั้งตามสนธิสัญญา (Treaties) ระหว่างรัฐ หรือสนธิสัญญาต่างๆที่ผูกพันรัฐให้ระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐด้วยกันกับคนชาติของรัฐอื่น เช่น Convention on Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States ซึ่งเป็นอนุสัญญาที่มีบทบัญญัติอนุญาโตตุลาการเฉพาะและเป็นอิสระ อีกทั้งยังมีบทบัญญัติในการบังคับคำชี้ขาดอนุญาโตตุลาการด้วยเช่นเดียวกัน อย่างไรก็ตาม บทบัญญัตินี้ไม่ได้ห้ามรัฐและองค์การระหว่างประเทศในการทำความตกลงอนุญาโตตุลาการที่อาจมีข้อบทรบเกี่ยวกับเขตอำนาจในการควบคุมดูแลของรัฐที่มีการพิจารณาคดี¹²⁹

2.3.2.2 รูปแบบความคุ้มกันของรัฐ

เมื่อพิจารณาบทบัญญัติภายใต้ UNCIS ที่ได้รวบรวมขึ้นมาจากตราสารระหว่างประเทศหลายฉบับรวมไปถึงแนวปฏิบัติของรัฐที่มีอยู่จะพบว่า ได้มีการแบ่งแยกรูปแบบความคุ้มกันออกเป็น 2 ประเภท กล่าวคือ ความคุ้มกันจากเขตอำนาจ (Immunity from jurisdiction) และความคุ้มกันจากการบังคับคดี (Immunity from execution) โดยความคุ้มกันทั้งสองรูปแบบนี้มีลักษณะทั่วไปที่แตกต่างกัน อนุสัญญาฯจึงได้แยกความคุ้มกันทั้งสองรูปแบบไว้ในข้อที่ 5,6 สำหรับความคุ้มกันจากเขตอำนาจและข้อที่ 18,19 สำหรับความคุ้มกันจากการบังคับคดี ทั้งนี้ ความคุ้มกันจากการบังคับคดียังสามารถแบ่งออกได้อีกทั้งสิ้น 2 ประเภท ได้แก่ ความคุ้มกันจากการบังคับคดีก่อนมีคำพิพากษา (Pre-judgment) และความคุ้มกันจากการบังคับคดีหลังมีคำพิพากษา (Post-judgment) ซึ่งจะได้ทำการศึกษาถัดไปในหัวข้อนี้

1) ความคุ้มกันจากเขตอำนาจ (Immunity from jurisdiction)

UNCIS ได้กำหนดหลักการทั่วไปในเรื่องความคุ้มกันของรัฐไว้ในข้อที่ 5 ระบุว่า

“รัฐอุปโลกความคุ้มกันอันเกี่ยวเนื่องกับรัฐและทรัพย์สินของรัฐจากเขตอำนาจศาลของอีกรัฐหนึ่งภายใต้บทบัญญัติของอนุสัญญาฉบับนี้”¹³⁰

¹²⁸ Draft articles on Jurisdictional Immunities of the States and Their Property, with Commentaries, article 17, para.1

¹²⁹ Ibid, para.7

¹³⁰ United Nations Convention on Jurisdictional Immunities and Their Property 2004, article 5

บทบัญญัติข้อที่ 5 นี้เป็นการกล่าวถึงสิทธิ (Right) ของรัฐที่จะได้รับความคุ้มกันจากเขตอำนาจของอีกรัฐหนึ่ง ทั้งนี้ อนุสัญญาฯ ยังกำหนดหน้าที่ (Duty) และพันธกรณี (Obligation) ของรัฐที่จะต้องให้ความคุ้มกันของรัฐไว้ด้วยเช่นเดียวกันในข้อที่ 6 มีเนื้อหาสาระว่า

“1. รัฐจะต้องให้ความคุ้มกันของรัฐภายใต้ข้อที่ 5 โดยการยับยั้งการใช้เขตอำนาจในกระบวนการพิจารณาในศาลต่ออีกรัฐหนึ่ง และเพื่อให้เป็นไปตามวัตถุประสงค์นั้น รัฐจะต้องให้ประกันว่าศาลของตนมุ่งหมายโดยการริเริ่มของตนเองว่า ความคุ้มกันของรัฐอื่นภายใต้ข้อที่ 5 จะได้รับการเคารพ

2. กระบวนการพิจารณาในศาลจะถือได้ว่าเป็นการเริ่มต้นดำเนินคดีต่ออีกรัฐหนึ่งก็ต่อเมื่อรัฐอื่นนั้น

(a) ถูกระบุชื่อเป็นคู่พิพาทในกระบวนการพิจารณา หรือ

(b) ไม่ได้ถูกระบุชื่อเป็นคู่พิพาทในกระบวนการพิจารณา แต่กระบวนการพิจารณานั้นประสงค์ที่จะส่งผลกระทบต่อสิทธิในทรัพย์สิน ผลประโยชน์ หรือกิจกรรมของรัฐอื่น”¹³¹

บทบัญญัติทั้งสองข้อนี้มีวัตถุประสงค์ในการกำหนดสิทธิและหน้าที่ของรัฐต่างๆ ในเรื่องความคุ้มกันของรัฐ โดยมีเนื้อหาสาระเจาะจงไปที่ความคุ้มกันจากเขตอำนาจศาลเป็นหลัก กล่าวคือ รัฐมีสิทธิที่จะอุปโภคความคุ้มกันของรัฐจากเขตอำนาจของอีกรัฐหนึ่ง ขณะที่รัฐอื่นๆ ก็มีหน้าที่ที่จะต้องไม่ใช่เขตอำนาจของตนเหนืออีกรัฐหนึ่งเมื่อใดก็ตามที่รัฐหนึ่งถูกระบุชื่อเป็นคู่พิพาทในกระบวนการพิจารณา หรือแม้จะไม่ได้ถูกระบุชื่อไว้เป็นคู่พิพาทในกระบวนการพิจารณา แต่กระบวนการพิจารณานั้นส่งผลกระทบต่อสิทธิในทรัพย์สินของรัฐ ผลประโยชน์ของรัฐ หรือกิจกรรมอื่นใดของรัฐ รัฐที่พิจารณาคดีก็มีหน้าที่ที่จะไม่ใช่เขตอำนาจเพื่อไม่ให้ไปกระทบกระเทือนต่อสิทธิที่รัฐหนึ่งมีภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ

“A State enjoys immunity, in respect of itself and its property, from the jurisdiction of the courts of another State subject to the provisions of the present Convention.”

¹³¹ United Nations Convention on Jurisdictional Immunities and Their Property 2004, article 6

“1. A State shall give effect to State immunity under article 5 by refraining from exercising jurisdiction in a proceeding before its courts against another State and to that end shall ensure that its courts determine on their own initiative that the immunity of that other State under article 5 is respected.

2. A proceeding before a court of a State shall be considered to have been instituted against another State if that other State:

(a) is named as a party to that proceeding; or

(b) is not named as a party to the proceeding but the proceeding in effect seeks to affect the property, rights, interests or activities of that other State.”

2) ความคุ้มกันจากการบังคับคดี (Immunity from execution)

การแยกความคุ้มกันจากเขตอำนาจและการบังคับคดีมีมาก่อนที่ UNCIS จะถูกร่างขึ้นมา สามารถพบได้ใน European Convention on State Immunity 1972 (ECSI) ที่เป็นอนุสัญญาฯ ใช้กันเฉพาะประเทศในภูมิภาคยุโรป ด้วยเหตุนี้คณะผู้ร่าง UNCIS จึงได้นำหลักการแบ่งแยกประเภทของความคุ้มกันเข้ามาบัญญัติไว้ในอนุสัญญาฯ โดยมีสาระสำคัญเหมือนกันกับ ECSI แต่มีการเพิ่มเติมข้อจำกัดในการบังคับคดีในบางกรณีเข้ามา¹³² อันมีเนื้อหาสาระอยู่ในข้อที่ 18 และ 19 ซึ่งระบุว่า

ข้อที่ 18

“มาตรการบังคับคดีก่อนมีคำพิพากษา เช่น การอายัด การยึด หรือการบังคับต่อทรัพย์สินของรัฐไม่สามารถนำมาใช้ได้กับการพิจารณาคดีของอีกศาลหนึ่ง ...”¹³³

และข้อที่ 19 ระบุว่า

“มาตรการบังคับคดีภายหลังคำพิพากษา เช่น การอายัด การยึด หรือการบังคับต่อทรัพย์สินของรัฐไม่สามารถนำมาใช้ได้กับการพิจารณาคดีของอีกศาลหนึ่ง ...”¹³⁴

ILC ได้อธิบายเพิ่มเติมไว้ว่า ในทางทฤษฎีแล้วความคุ้มกันจากการบังคับคดีนั้นแยกออกจากความคุ้มกันจากเขตอำนาจ เนื่องจากความคุ้มกันจากเขตอำนาจเกี่ยวข้องกับเรื่องความคุ้มกันจากการวินิจฉัยคดีโดยการฟ้องร้องต่อรัฐเป็นการเฉพาะเท่านั้น ข้อที่ 18 นี้ให้เห็นชัดว่า ความคุ้มกันของรัฐในขั้นตอนที่สอง (Second phase) อันเกี่ยวกับทรัพย์สินนั้นเป็นกระบวนการที่แยกออกจากกระบวนการแรกที่เกี่ยวข้องกับการวินิจฉัยของศาลโดยสิ้นเชิง¹³⁵ นอกจากนี้ ILC ยังพบว่าแนวปฏิบัติของรัฐ (State practice) ก็สนับสนุนแนวคิดการแยกระหว่างความคุ้มกันจากเขตอำนาจและการบังคับคดี และเพื่อวัตถุประสงค์ของข้อที่ 18 นี้ ปัญหาที่เกี่ยวกับความคุ้มกันจากการบังคับคดีจะไม่เกิดขึ้นจนกว่าปัญหาเรื่องความคุ้มกันจากเขตอำนาจนั้นจะถูกวินิจฉัยในทางที่ไม่เป็นคุณแก่จำเลย

¹³² Xiadong Yang, *State Immunity in International Law*, Cambridge University Press, 2015, p.352

¹³³ United Nations Convention on Jurisdictional Immunities and Their Property 2004, article 18

“No pre-judgment measures of constraint, such as attachment or arrest, against property of a State may be taken in connection with a proceeding before a court of another State...”

¹³⁴ United Nations Convention on Jurisdictional Immunities and Their Property 2004, article 19

“No post-judgment measures of constraint, such as attachment, arrest or execution, against property of a State may be taken in connection with a proceeding before a court of another State...”

¹³⁵ Draft articles on Jurisdictional Immunities of the States and Their Property, with Commentaries, article 18 (1)

(Negative) หรือคำวินิจฉัยนั้นให้ฝ่ายโจทก์ที่ดำเนินการฟ้องรัฐชนะคดี อาจกล่าวได้ว่า ความคุ้มกันจากการบังคับคดีเปรียบเสมือนป้อมปราการ (Bastion) สุดท้ายของหลักความคุ้มกันของรัฐ เหตุเพราะหากมีการยอมรับว่า ไม่มีรัฐอธิปไตยใดสามารถใช้อำนาจอธิปไตยเหนือรัฐอธิปไตยอื่นที่เท่าเทียมกันได้แล้ว (*par in parem imperium non habet*) ยิ่งทำให้ไม่ต้องสงสัยเลยว่า (*a fortiori*) มาตรการบังคับคดีต่างๆสามารถใช้ได้กับอีกรัฐหนึ่งหรือทรัพย์สินของอีกรัฐหนึ่งได้¹³⁶

ในส่วนขอบเขตของการบังคับคดี ILC ได้อธิบายไว้ว่า มาตรการบังคับคดี (Measures of constraint) ไม่ได้จำกัดอยู่แค่การบังคับตามคำพิพากษา (Execution) แต่ยังคงครอบคลุมไปถึงการอายัด (Attachment) การยึด (Arrest) รวมไปถึงการบังคับคำพิพากษาที่ตัดสินมาจากอนุญาโตตุลาการ (Arbitral award) ยึดทรัพย์สิน (Sequestration) การหยุดไว้ชั่วคราว (Interim) และมาตรการที่เป็นการสงวนไว้ซึ่งทรัพย์สินก่อนที่จะมีคำพิพากษา (Pre-judgment conservatory measures) ที่ใช้เพื่อมุ่งประสงค์เพียงแต่ไม่ให้มีการเคลื่อนไหวของทรัพย์สิน (Freeze assets) อันเป็นกรรมสิทธิ์ของจำเลย โดยมาตรการต่างๆที่กล่าวมานี้เป็นเพียงแต่ตัวอย่าง และยังสามารถมีวิธีอื่นๆอีก¹³⁷

2.3.2.3 ทรัพย์สินของรัฐในการบังคับคดีและทรัพย์สินที่ไม่อาจบังคับคดีได้

เด็ดขาด

ในกรณีที่รัฐถูกปฏิเสธความคุ้มกันจากเขตอำนาจ และในท้ายที่สุดของกระบวนการพิจารณาคดี ฝ่ายรัฐที่ตกเป็นจำเลยกลายเป็นฝ่ายที่แพ้คดีและต้องใช้หนี้ตามคำพิพากษา กรณีเช่นนี้ฝ่ายโจทก์ที่ชนะคดีจะสามารถบังคับคดีกับทรัพย์สินของรัฐประเภทใดได้บ้าง

หากพิจารณาตาม UNCIS ไม่พบว่ามีการนิยามคำว่า “ทรัพย์สินของรัฐ” (State property) เอาไว้อย่างชัดเจน แม้กระทั่งคำอธิบาย (Commentary) ของ ILC ก็ไม่ได้มีการกล่าวถึงเอาไว้เช่นเดียวกัน อย่างไรก็ตาม ในข้อที่ 19(c) ของ UNCIS มีการกล่าวถึงข้อยกเว้นความคุ้มกันของรัฐอันเกี่ยวข้องกับวัตถุประสงค์ของทรัพย์สิน (Purpose of property) เอาไว้ว่า

¹³⁶ Ibid, article 18(2)

¹³⁷ Ibid, article 18 (4)

(4) The measures of constraint mentioned in this article are not confined to execution but cover also attachment and arrest, as well as other forms of *saisie*, *saisie-arret* and *saisie-execution*, including enforcement of arbitral award, sequestration and interim, interlocutory and all other prejudgment conservatory measures, intended sometimes merely to freeze assets in the hands of the defendant. The measures of constraint indicated in paragraph 1 are illustrative and non-exhaustive.

“...
 (c) เป็นที่ยอมรับว่าทรัพย์สินนั้นถูกใช้โดยเฉพาะเจาะจงหรือโดยตั้งใจเพื่อการใช้สอยของรัฐสำหรับจุดประสงค์อื่นใดนอกเหนือจากวัตถุประสงค์ที่ไม่เป็นไปในทางการค้า และทรัพย์สินนั้นตั้งอยู่ในดินแดนของรัฐที่มีการพิจารณาคดีที่ เป็นผู้ออกมาตราการการบังคับภายหลังคำพิพากษา และอาจบังคับเอาได้กับทรัพย์สินที่มีความเชื่อมโยงกับองคภาวะซึ่งเกี่ยวข้องกับการพิจารณาที่เกิดขึ้น”¹³⁸

ILC ได้ให้คำอธิบายว่าในข้อที่ 19(c) ไว้ว่าบทบัญญัตินี้เปิดโอกาสให้สามารถใช้มาตรการบังคับคดีได้หลังจากที่ศาลมีคำพิพากษา โดยทรัพย์สินที่จะสามารถใช้มาตรการบังคับคดีได้นั้นจะต้องเป็นทรัพย์สินของรัฐที่ถูกใช้โดยเฉพาะเจาะจงหรือโดยความตั้งใจของรัฐอันมีจุดประสงค์เป็นไปในทางพาณิชย์ (Commercial purpose) ซึ่งกำลังถูกใช้ในขณะที่กระบวนการพิจารณาว่าจะยึดหรือจะให้บังคับคดีตามคำพิพากษาที่ได้ออกโดยศาล¹³⁹

สำหรับคำว่า “องคภาวะ” (Entity) ที่ปรากฏในข้อที่ 19 (c) หมายถึงหน่วยงานรัฐที่มีสภาพบุคคล เช่น หน่วยที่เป็นส่วนประกอบของสาธารณรัฐ (Constituent unit of federal state) หน่วยงานย่อยของรัฐ (Subdivision of a State) หน่วยงานราชการหรือหน่วยงานที่เป็นรองลงมาของรัฐ (Agency or instrumentality of a State) และองคภาวะอื่นๆ (Other entities) โดยตัวอย่างที่กล่าวมานี้จะต้องมีสภาพบุคคล (Legal personality) ถึงจะเป็นองคภาวะตามข้อที่ 19 (c)¹⁴⁰ และกรณี “ทรัพย์สินที่มีความเชื่อมโยงกับองคภาวะ” (Property that has connection with the entity) ในตอนท้ายของข้อที่ 19 (c) เป็นที่เข้าใจกันว่ามีความหมายและขอบเขตกว้างมากกว่าการมีกรรมสิทธิ์ (Ownership) หรือการครอบครอง (Possession)¹⁴¹

ทั้งนี้ มีทรัพย์สินของรัฐบางประเภทได้รับการยอมรับจากรัฐต่างๆอย่างสอดคล้องกันว่าเป็นทรัพย์สินที่จะต้องไม่ตกอยู่ภายใต้มาตรการบังคับคดีไม่ว่าจะเป็นก่อนหรือหลังคำพิพากษา ซึ่ง

¹³⁸ United Nations Convention on Jurisdictional Immunities and Their Property 2004, article 19 (c)

“(c) it has been established that the property is specifically in use or intended for use by the State for other than government non-commercial purposes and is in the territory of the State of the forum, provided that post-judgment measures of constraint may only be taken against property that has a connection with the entity against which the proceeding was directed.”

¹³⁹ Draft articles on Jurisdictional Immunities of the States and Their Property, with Commentaries, article 18 (11)

¹⁴⁰ The Understandings attached to Article 19 of United Nations Convention on Jurisdictional Immunities and Their Property 2004 cited by Hazel Fox, The Law of State Immunity, Second Edition, (New York : Oxford University Press, 2008), p.632

¹⁴¹ Ibid.

การยอมรับหลักการดังกล่าวมานี้ส่งผลให้มีการนำมารวมไว้ในบทบัญญัติของ UNCIS โดยมีการจำแนกออกมาได้ทั้งสิ้น 5 ประเภท

บทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับทรัพย์สินของรัฐที่ไม่สามารถใช้มาตรการบังคับคดีได้อย่างเด็ดขาดปรากฏอยู่ในข้อที่ 21 ของ UNCIS โดยมีหลักการทั่วไปว่า บทบัญญัตินี้ออกแบบมาเพื่อให้การปกป้องทรัพย์สินของรัฐบางประเภท โดยแยกทรัพย์สินของรัฐเหล่านี้ออกมาโดยเฉพาะ เพื่อไม่使其สามารถใช้มาตรการบังคับคดีได้¹⁴² การป้องกันทรัพย์สินของรัฐบางประเภทนี้มีความสำคัญ เนื่องจากเป็นทรัพย์สินที่ถูกใช้เพื่อประโยชน์ของรัฐโดยแท้ และหากพิจารณาจากแนวปฏิบัติของรัฐแล้วจะพบว่า การอายัด (Attach) หรือห้ามเคลื่อนย้ายทรัพย์สิน (Freeze assets) ของรัฐต่างประเทศ (Foreign state) ตัวอย่างเช่น บัญชีธนาคาร (Bank account) ทรัพย์สินของธนาคารกลาง (Assets of central bank) หรือ instrumenta legati และทรัพย์สินของรัฐบางประเภทที่มีสถานะเท่าเทียมกับทรัพย์สินที่ได้กล่าวมาก่อนหน้านี้ รัฐต่างๆมีแนวปฏิบัติที่จะให้การปกป้องทรัพย์สินตามที่ได้กล่าวมาข้างต้น¹⁴³

1) ทรัพย์สินทางการทูต (Diplomatic Property)

ช่วงต้นของศตวรรษที่ 18 หลักการเรื่องความคุ้มกันจากเขตอำนาจทางแพ่ง (Civil jurisdiction) ของเอกอัครราชทูต (Ambassador) เป็นที่ยอมรับกันเป็นหลักการทั่วไปของแต่ละรัฐ ด้วยเหตุนี้จึงทำให้ผู้แทนทางการทูตเหล่านี้สามารถอุปโภคความคุ้มกันได้ โดยไม่ว่าจะเป็นสถานที่หรือทรัพย์สินที่สามารถเคลื่อนย้ายได้ที่ใช้ในภารกิจทางการทูต ต่อมาอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางการทูต ค.ศ. 1961 (The Vienna Convention on Diplomatic Relations 1961: VCDR) ได้มีการร่างและบัญญัติหลักการการละเมิดมิได้ (Inviolability) เข้ามาในอนุสัญญาเพื่อกำหนดพันธกรณีแก่รัฐผู้รับไม่ให้นำเข้าขัดขวางการใช้งานของสถานที่หรือทรัพย์สินที่ใช้ในภารกิจทางการทูต¹⁴⁴ โดยข้อที่ 22 (3) ของ VCDR ได้กำหนดไว้ชัดเจนว่า “สถานที่ของคณะผู้แทน เครื่องตกแต่ง และทรัพย์สินอื่นของคณะผู้แทนในสถานที่นั้น และพาหนะในการขนส่งของคณะผู้แทนจะได้รับความคุ้มกันจากการค้น การเรียกร่อง การอายัด หรือการบังคับคดี”¹⁴⁵ ซึ่งหลักการนี้เองทำให้เป็นที่มาของข้อยกเว้นการบังคับคดีสถานที่หรือทรัพย์สินทางการทูตและได้รับการยอมรับเป็นหลักการทั่วไปในเรื่องความคุ้มกันของรัฐ

¹⁴² Draft articles on Jurisdictional Immunities of the States and Their Property, with Commentaries, Article 19 (1)

¹⁴³ Ibid, Article 19 (2)

¹⁴⁴ Hazel Fox, The Law of State Immunity, Second Edition, (New York : Oxford University Press, 2008), p.638

¹⁴⁵ Vienna Convention on Diplomatic Relation 1961, Article 22 (3)

“3. The premises of the mission, their furnishings and other property thereon and the means of transport of the mission shall be immune from search, requisition, attachment or execution.”

หลักการในเรื่องการห้ามบังคับคดีกับทรัพย์สินทางการทูตได้มีการนำมาบัญญัติไว้ในข้อที่ 21 ของ UNCIS โดยมีเนื้อหาสาระว่า

“ทรัพย์สินซึ่งรวมไปถึงบัญชีธนาคารที่ถูกใช้หรือมุ่งหมายเพื่อใช้ในการปฏิบัติการกิจการทางการทูตของรัฐ หรือการปฏิบัติหน้าที่ตามตำแหน่งของกงสุล ภารกิจพิเศษ ภารกิจขององค์การระหว่างประเทศหรือการเป็นตัวแทนขององค์กรขององค์การระหว่างประเทศหรือการประชุมระหว่างประเทศ”¹⁴⁶

ทรัพย์สินที่กำหนดไว้ใน (a) ต้องเป็นทรัพย์สินที่มีความมุ่งหมายและจุดประสงค์ในการใช้ในหน้าที่ทางการทูตของรัฐเท่านั้น ซึ่งแน่นอนว่าทรัพย์สินอย่างเช่นบัญชีธนาคารของสถานทูตที่ใช้เพื่อจุดประสงค์ทางพาณิชย์ไม่สามารถที่จะอ้างความคุ้มกันได้ ทั้งนี้ ในทางปฏิบัติมักเกิดปัญหาที่ว่ากรณีของบัญชีผสม (Mixed account) ซึ่งเป็นบัญชีที่เป็นชื่อของสถานทูต แต่ความเป็นจริงถูกใช้เป็นค่าใช้จ่ายในข้าวของเครื่องใช้ (Goods) หรือบริการ (Services) เพื่อใช้ดำเนินการกิจของผู้แทนทางการทูต สำหรับกรณีนี้ ILC เห็นว่าแนวปฏิบัติของรัฐผ่านคำพิพากษาของศาลภายในเห็นว่า บัญชีผสมที่ถูกใช้เพื่อจุดประสงค์ที่ได้กล่าวมาไม่ควรที่จะถูกอายัดโดยศาล เนื่องจากโดยลักษณะการใช้ที่ไม่ได้เป็นไปในทางพาณิชย์ของบัญชีผสม และการใช้จ่ายก็เพื่อให้ภารกิจของผู้แทนทางการทูตสามารถดำเนินการต่อไปได้¹⁴⁷

แนวปฏิบัติของรัฐที่เกี่ยวกับการให้ความคุ้มกันทรัพย์สินทางการทูต (Diplomatic property) มักจะเกี่ยวข้องกับบัญชีธนาคารของสถานทูต (Embassy bank account) ที่ใช้เพื่อการสนับสนุนทางการเงินแก่ภารกิจทางการทูต คดีที่มีความสำคัญและเกี่ยวข้องคือคดี Philippine Embassy Bank Account Case 1977 เป็นคดีในศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธรัฐเยอรมนี (Federal Constitutional Court of Germany) โดยคดีนี้ศาลเยอรมนีพิพากษาให้ฟิลิปปินส์จ่ายเงินค่าเช่าและค่าซ่อมแซมสถานทูตให้แก่โจทก์ เนื่องจากโจทก์เป็นเจ้าของอาคารที่สถานทูตฟิลิปปินส์ตั้งอยู่ โจทก์จึงขอให้ศาลยึด (Arrest) บัญชีธนาคารของสถานทูตฟิลิปปินส์ที่ได้เปิดบัญชีไว้กับ Deutsche Bank อย่างไรก็ตาม คดีไปถึงศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธรัฐเยอรมนี ซึ่งได้มีคำตัดสินว่า หลังจากที่ศาลได้ไตร่ตรองสนธิสัญญาและแนวปฏิบัติของรัฐต่างๆผ่านคำวินิจฉัยของศาล ศาลพบว่าบัญชีธนาคารไม่สามารถยึดได้ เพราะจุดประสงค์ของบัญชีธนาคารนั้นใช้เพื่อเป็นค่าใช้จ่ายต่างๆของสถานทูต ซึ่งมี

¹⁴⁶ United Nations Convention on Jurisdictional Immunities and Their Property 2004, Article 21 (a)

(a) property, including any bank account, which is used or intended for use in the performance of the functions of the diplomatic mission of the State or its consular posts, special missions, missions to international organizations or delegations to organs of international organizations or to international conferences;

¹⁴⁷ Draft articles on Jurisdictional Immunities of the States and Their Property, with Commentaries, Article 19 (3)

ลักษณะเป็นการใช้ไม่ใช่เพื่อประโยชน์ทางการค้า (Non-commercial)¹⁴⁸ หลังจากที่ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธรัฐเยอรมนีมีพิพากษาในเรื่องนี้ออกมา หลายๆ ประเทศก็ได้วินิจฉัยไปในแนวทางเดียวกัน เช่น สหราชอาณาจักรในคดี *Alcom v. Colombia* โดย House of Lord ได้ใช้เหตุผลเดียวกับศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธรัฐเยอรมนีวินิจฉัยว่าบัญชีธนาคารของสถานทูตที่ใช้เพื่อเป็นค่าใช้จ่ายถือว่าเป็นการใช้เพื่อจุดประสงค์ของรัฐ ดังนั้น สมุดบัญชีของสถานทูตจึงได้รับความคุ้มครองและไม่สามารถบังคับคดีได้ นอกจากนี้ยังมีประเทศอย่าง ออสเตรเลีย สวิสเซอร์แลนด์ เนเธอร์แลนด์ และสาธารณรัฐเช็กที่วินิจฉัยไปในแนวทางเดียวกัน¹⁴⁹

ควรระบุไว้ในส่วนนี้ด้วยว่า คำว่า ‘ภารกิจ’ (Missions) และ ‘ผู้แทน’ (Delegations) รวมไปถึงภารกิจของผู้สังเกตการณ์ถาวร (Permanent observer missions) และผู้แทนผู้สังเกตการณ์ (Observer delegations) ตามความหมายของ Vienna Convention on Representation of States in their Relations with International Organizations of a Universal Character 1975¹⁵⁰

2) ทรัพย์สินทางการทหาร (Military Property)

ทรัพย์สินของรัฐอีกประเภทหนึ่งที่ได้รับการคุ้มครองไม่ให้มีการใช้มาตรการบังคับคดีอย่างเด็ดขาด คือ ทรัพย์สินทางการทหาร โดยข้อที่ 21 ของ UNCIS ได้กำหนดหลักการนี้ใน (b) มีเนื้อหาสาระว่า

“ทรัพย์สินที่มีลักษณะทางการทหาร หรือถูกใช้หรือมุ่งหมายเพื่อใช้ในการปฏิบัติหน้าที่ทางการทหาร”¹⁵¹

ILC ได้ให้คำอธิบาย (b) ไว้อย่างกว้างๆ ว่า คำว่า ‘การทหาร’ (Military) ในบริบทของข้อที่ 21 (b) ให้รวมถึง กองทัพเรือ (Navy) กองทัพอากาศ (Air Force) และกองทัพบก

¹⁴⁸ Eva Wiesinger, *State Immunity from Enforcement Measures*, University of Vienna (2006), p.11

¹⁴⁹ Ibid.

¹⁵⁰ Draft articles on Jurisdictional Immunities of the States and Their Property, with Commentaries, Article 19 (3)

¹⁵¹ United Nations Convention on Jurisdictional Immunities and Their Property 2004, Article 21 (b)

“(b) property of a military character or used or intended for use in the performance of military functions”

(Army)¹⁵² เนื่องจากมาจากความประสงค์ที่ต้องการให้ทรัพย์สินทางการทหารของรัฐที่ใช้เพื่อประโยชน์ของรัฐโดยแท้ได้รับความคุ้มกันทั้งหมด

การให้คำอธิบายอย่างกว้างเช่นนี้ของ ILC อาจนำไปสู่การตีความได้กว้างเหมือนในกฎหมายภายในของบางประเทศได้ ตัวอย่างเช่น สหรัฐอเมริกาที่กฎหมายเกี่ยวข้องกับความคุ้มกันของรัฐต่างประเทศมีชื่อว่า Foreign State Immunity Act 1976 (FSIA) มีการบัญญัติไว้ถึงกรณีห้ามใช้มาตรการบังคับแก่ทรัพย์สินทางการทหารเช่นเดียวกัน แต่มีนิยามที่กว้างมาก กล่าวคือ ทรัพย์สินที่ใช้หรือมุ่งหมายเพื่อใช้นั้นจะต้องมีความเชื่อมโยงกับกิจกรรมทางการทหาร (Connection with a military activity) และมีลักษณะทางการทหาร (Military character) หรือ อยู่ภายใต้การควบคุมของเจ้าหน้าที่ทางการทหารหรือหน่วยงานความมั่นคง (Under control of a military authority or defense agency)¹⁵³ การให้คำนิยามกว้างเช่นนี้ ทำให้ทรัพย์สินทางการทหารไม่ใช่แค่ประเภทที่ต้องติดอาวุธเท่านั้นที่จะได้รับความคุ้มกัน แต่ยังรวมไปถึงทรัพย์สินที่ใช้ในการขนส่งอาหาร เครื่องนุ่งห่ม เชื้อเพลิง ให้แก่กองกำลังทหารเพื่อใช้ในการปฏิบัติการกิจ¹⁵⁴

อย่างไรก็ตาม การให้ความคุ้มกันแก่ทรัพย์สินทางการทหารบางประเภท อย่างเช่น เรือรบ (Warships) อาจพิจารณาได้จากวัตถุประสงค์ของการใช้สอยได้เช่นเดียวกัน เนื่องจากมีสนธิสัญญา¹⁵⁵ ที่แบ่งแยกการใช้ระหว่างเรือทั่วไปที่รัฐเป็นเจ้าของ (Normal state-owned ships) ที่รัฐไม่สามารถใช้ความคุ้มกันได้ และเรือที่รัฐเป็นเจ้าของแต่ใช้เพื่อจุดประสงค์ไม่เป็นที่พาณิชย์ (Non-commercial purposes state-owned ships) ที่รัฐสามารถใช้ความคุ้มกันจากมาตรการบังคับคดีได้

สำหรับแนวปฏิบัติของรัฐผ่านคำพิพากษาก็มีลักษณะสอดคล้องกันกับสนธิสัญญาที่ได้กล่าวมาข้างต้น คือ หากเป็นเรือรบที่ไม่ได้ถูกใช้เพื่อจุดประสงค์ทางพาณิชย์ เรือนั้นก็ยังคงได้รับความคุ้มกันเช่นเดิม ตัวอย่างคดี *Wijsmuller Salvage BV v. ADM Naval Services* (1987) ศาลได้วินิจฉัยว่า การที่ศาลมีคำสั่งให้อายัดเรือเพื่อนำมาชำระหนี้ตามที่ได้กู้ยืมมาไม่สามารถทำได้ เนื่องจากเรือรบ (Warships) ที่ถูกยึดไม่ได้ถูกนำมาใช้เพื่อจุดประสงค์ทางพาณิชย์ และแม้ว่าเรือลำที่ถูกยึดจะไม่ได้อยู่ระหว่างการปฏิบัติหน้าที่ก็ตาม¹⁵⁶ หรือกรณีคดี *Société Paul Liegard v. Capitain*

¹⁵² Draft articles on Jurisdictional Immunities of the States and Their Property, with Commentaries, Article 19 (4)

¹⁵³ Foreign State Immunity Act 1976, Article 1611 (b)(2)

¹⁵⁴ Hazel Fox, *The Law of State Immunity*, Second Edition, (New York : Oxford University Press, 2008), p.644

¹⁵⁵ The Brussels Convention for the Unification of Certain Rules Relating to the Immunity of State-Owned Vessels 1926, Article 2

¹⁵⁶ August Reinisch, *European Court Practice Concerning State Immunity from Enforcement Measures*, *The European Journal of International Law* Vol. 17 no.4, page.825

Serdjuk and Mange ศาลอธิบายว่า ทรัพย์สินที่เป็นของรัฐต่างประเทศ มีการบรรทุกสินค้าผ่านทางทะเล ให้เอกชน (Private person) และมีวัตถุประสงค์ทางการค้า เช่นนี้แล้ว กฎเกณฑ์ในเรื่องความคุ้มกันของรัฐสำหรับเรือก็ไม่สามารถนำมาใช้ได้กับเรือเช่นว่า ดังนั้น เรือดังกล่าวจึงสามารถอาศัยได้¹⁵⁷

3) ทรัพย์สินของธนาคารกลาง หรือทรัพย์สินของสำนักงานทางการเงินของรัฐ (Central Bank Property or Property of another Monetary Authority of the State)

โดยทั่วไปธนาคารกลาง (Central banks) มักจะมีบัญชีธนาคารอยู่ในธนาคารต่างประเทศเพื่อวัตถุประสงค์ของทางการ เช่น การคงอัตราแลกเปลี่ยน (Foreign exchange reserves) ซึ่งในบางครั้งบัญชีของธนาคารเหล่านี้ก็ถูกใช้ไปในทางพาณิชย์ ดังนั้น ธนาคารกลางจึงมีลักษณะทั่วไปหลายอย่างรวมกัน กล่าวคือ ธนาคารกลางอยู่ในการปกครองของแต่ละรัฐที่ตั้งธนาคารกลางขึ้นมา หรือธนาคารกลางมีบทบาทหน้าที่ในการให้คำแนะนำ (Supervisor) วางระเบียบ (Regulator) นโยบายทางการเงิน (Monetary Policy) ของรัฐ รวมถึงหน้าที่การดูแลเงินฝากของรัฐ รัฐต่างประเทศ หรือแม้กระทั่งองค์การระหว่างประเทศด้วยเช่นเดียวกัน¹⁵⁸

แต่เดิมทีก่อนที่จะมีการร่างกฎหมายภายในเพื่อให้ความคุ้มกันแก่ทรัพย์สินของธนาคารกลาง บัญชีของธนาคารถือเสมือนว่าเป็นบัญชีธนาคารธรรมดาทั่วไป ตัวอย่างเช่น คดี Trendtex (1977) ซึ่งเป็นคดีระหว่าง บริษัท Trendtex Trading Corporation สัญชาติสวิสเซอร์แลนด์กับธนาคารกลางไนจีเรีย (Central bank of Nigeria) มีข้อเท็จจริง คือ ธนาคารกลางไนจีเรียออกเลตเตอร์ออฟเครดิต (Letter of credit) ให้กับบริษัท Trendtex เพื่อที่จะจ่ายเป็นค่าซีเมนต์ตามที่กระทรวงกลาโหมไนจีเรีย (Nigerian Ministry of Defense) ได้สั่งมา แต่เมื่อเวลาผ่านไป รัฐบาลที่สั่งซื้อซีเมนต์จากบริษัท Trendtex ถูกรัฐประหาร รัฐบาลใหม่ของไนจีเรียมีคำสั่งให้ธนาคารกลางไนจีเรียไม่ต้องจ่ายค่าซีเมนต์ให้กับบริษัท Trendtex ดังนั้น บริษัท Trendtex จึงยื่นฟ้องธนาคารกลางของไนจีเรียและร้องขอให้ชำระเงิน ศาลอุทธรณ์ (Court of Appeal) ของสหราชอาณาจักรเห็นว่าธนาคารกลางไนจีเรียไม่ได้รับสิทธิความคุ้มกัน เนื่องจากเป็นบุคคลตามกฎหมายที่มีสถานะแยกจากรัฐบาลไนจีเรีย (Separate legal entity) หลังจากมีคำวินิจฉัยคดี Trendtex ก็มีคดีที่มีข้อเท็จจริงคล้ายกันอย่าง Hispano Americana Mercantil S.A. v. Central Bank of Nigeria โดยศาลวินิจฉัยด้วยเหตุผลเหมือนกันคืออนุญาตให้มีการยึดบัญชีของธนาคารกลางไนจีเรียได้¹⁵⁹

อย่างไรก็ตาม ปี ค.ศ. 1978 สหราชอาณาจักรได้ออกกฎหมายเกี่ยวกับความคุ้มกันของรัฐมีชื่อว่า State Immunity Act 1978 (SIA) โดยข้อที่ 14(4) ของกฎหมายฉบับนี้กำหนดให้ทรัพย์สินของธนาคารกลางไม่ถือว่าเป็นทรัพย์สินที่ถูกใช้หรือมุ่งประสงค์เพื่อใช้สำหรับจุดประสงค์ทาง

¹⁵⁷ Ibid.

¹⁵⁸ Eva Wiesinger, State Immunity from Enforcement Measures, University of Vienna

(2006), p.13

¹⁵⁹ Ibid.

พาณิชย์¹⁶⁰ ซึ่งหากนำหลักการตามข้อที่ 14(4) มาใช้กับคดี Trendtex ศาลอาจมีคำวินิจฉัยที่แตกต่างออกไปจากเดิม นอกเหนือจาก SIA ของสหราชอาณาจักร ในสหรัฐอเมริกาได้มีการกำหนดไม่ให้มีการบังคับคดีกับธนาคารกลางเช่นเดียวกัน โดย FSIA ของสหรัฐอเมริกาได้ระบุไว้ในข้อ 1611 (b)(1) ว่าทรัพย์สินของธนาคารกลางต่างประเทศ หรือสำนักงานทางการเงินที่เก็บไว้ซึ่งบัญชีของสำนักงานไม่สามารถใช้มาตรการบังคับคดีได้¹⁶¹

จากแนวปฏิบัติของรัฐที่ได้กล่าวมาข้างต้น ILC จึงใช้เป็นแบบอย่างในการร่างข้อบทที่เกี่ยวกับการห้ามไม่ให้มีการใช้มาตรการบังคับคดีแก่ทรัพย์สินของธนาคารกลางหรือทรัพย์สินของสำนักงานทางการเงินของรัฐ คณะร่างกฎหมายของ ILC ได้พิจารณาแนวปฏิบัติจากกฎหมายภายในของสหราชอาณาจักร สหรัฐอเมริกาและจีน โดยบทบัญญัติที่ร่างขึ้นอยู่ในข้อที่ 21 (c) มีเนื้อหาสาระว่า ห้ามไม่ให้มีมาตรการบังคับคดีกับ

“ทรัพย์สินของธนาคารกลาง หรือทรัพย์สินของสำนักงานทางการเงินของรัฐ”¹⁶²

ขณะที่มีการร่าง (c) ทางด้าน Special Rapporteur เสนอให้มีการใส่ประโยค “และใช้สำหรับจุดประสงค์ทางการเงิน” ลงไปในตอนท้ายของ (c) อย่างไรก็ตาม ประโยคนี้ไม่ได้มีการเติมเข้าไปในบทบัญญัติ เนื่องด้วยไม่ได้รับการสนับสนุนจากหลายรัฐ¹⁶³ เนื่องจากอาจจะเป็นที่กังวลว่าจะทำให้สามารถตีความได้กว้างมากกว่าเดิม

4) ทรัพย์สินที่เป็นมรดกทางวัฒนธรรม (Cultural heritage) การแสดงทางวิทยาศาสตร์ (Exhibitions of scientific) วัตถุทางประวัติศาสตร์ (Historical objects) หรือ วัตถุทางวัฒนธรรม (Cultural objects)

ภายใต้ข้อที่ 21 (c) และ (d) ได้มีการระบุถึงทรัพย์สินที่รัฐไม่อาจใช้มาตรการบังคับคดีได้อย่างเด็ดขาดสำหรับทรัพย์สินทางวัฒนธรรม มีเนื้อหาสาระว่า

“(c) ทรัพย์สินอันเป็นส่วนหนึ่งของมรดกทางวัฒนธรรมของรัฐหรือเป็นส่วนหนึ่งของการได้รับมาของรัฐ โดยทรัพย์สินนั้นไม่ได้กำหนดหรือมีเจตนาไว้เพื่อขาย

¹⁶⁰ United Kingdom State Immunity Act 1978, Article 14(4)

¹⁶¹ United States Foreign State Immunity Act 1976, Article 1611(b)(1)

¹⁶² United Nations Convention on Jurisdictional Immunities and Their Property 2004, Article 21 (b)

“(c) property of the central bank or other monetary authority of the State”

¹⁶³ Draft articles on Jurisdictional Immunities of the States and Their Property, with Commentaries, Article 19 (5)

(d) ทรัพย์สินอันเป็นส่วนหนึ่งในการแสดงวัตถุทางวิทยาศาสตร์ วัฒนธรรม หรือประวัติศาสตร์ โดยทรัพย์สินนั้นไม่ได้กำหนดหรือมีเจตนาไว้เพื่อขาย”¹⁶⁴

จากบทบัญญัติ ทรัพย์สินที่กล่าวมาข้างต้นถือว่าได้รับความคุ้มครองจากการบังคับคดีอย่างไรก็ตาม มีข้อสังเกตว่าทรัพย์สินดังกล่าวนั้นจะต้องไม่ถูกกำหนดหรือมีเจตนาไว้เพื่อขาย มิเช่นนั้นแล้ว ทรัพย์สินเหล่านี้ก็ไม่สมควรที่จะได้รับความคุ้มครองจากการบังคับคดี เพราะรัฐที่ครอบครองทรัพย์สินไม่ได้มีผลประโยชน์ที่จะเก็บทรัพย์สินเอาไว้ นอกจากนี้ ทรัพย์สินอันเป็นส่วนหนึ่งในการแสดงวัตถุทางวิทยาศาสตร์ วัฒนธรรม หรือประวัติศาสตร์ที่รัฐครอบครองและนำมาแสดงเพื่อวัตถุประสงค์ทางการค้า (Commercial purpose) ไม่ได้ความคุ้มครองตามบทบัญญัตินี้¹⁶⁵

2.3.2.4 การสละความคุ้มกันของรัฐจากเขตอำนาจและการบังคับคดี

จากการศึกษาพบว่า ความคุ้มกันของรัฐสามารถแบ่งออกได้เป็น 2 รูปแบบด้วยกัน กล่าวคือ 1. ความคุ้มกันจากเขตอำนาจ (Immunity from jurisdiction) และ 2. ความคุ้มกันจากการบังคับคดี (Immunity from execution) ด้วยเหตุนี้ การสละความคุ้มกันของรัฐจึงถูกแบ่งออกเป็น 2 รูปแบบให้มีความสอดคล้องกับหลักความคุ้มกันที่ปรากฏอยู่ภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ ได้แก่ 1. การสละความคุ้มกันจากเขตอำนาจ (Waiver of immunity from jurisdiction) และ 2. การสละความคุ้มกันจากการบังคับคดี (Waiver of immunity from execution) เมื่อพิจารณาจากบทบัญญัติของ UNCIS จะพบว่า อนุสัญญาฯก็ได้ทำการแยกการสละความคุ้มกันออกมาเป็น 2 รูปแบบเช่นเดียวกัน จะต่างกันตรงที่ในส่วนของการสละความคุ้มกันจากการบังคับคดีจะมีทั้งสิ้น 2 ขั้นตอน คือ ขั้นตอนก่อนที่จะมีคำพิพากษา (Pre-judgment) และขั้นตอนหลังคำพิพากษา (Post-judgment)

1) การสละความคุ้มกันจากเขตอำนาจ (Waiver of immunity from jurisdiction)

ในข้อที่ 7 ของ UNCIS ได้ระบุถึงวิธีการที่จะสละความคุ้มกันจากเขตอำนาจไว้ว่า

¹⁶⁴ United Nations Convention on Jurisdictional Immunities and Their Property 2004, Article 21 (c), (b)

“(d) property forming part of the cultural heritage of the State or part of its archives and not placed or intended to be placed on sale;

(e) property forming part of an exhibition of objects of scientific, cultural or historical interest and not placed or intended to be placed on sale.”

¹⁶⁵ Draft articles on Jurisdictional Immunities of the States and Their Property, with Commentaries, Article 21 (d)

“1. รัฐไม่สามารถยกความคุ้มกันจากเขตอำนาจในกระบวนการพิจารณาในศาลของรัฐหนึ่งอันเกี่ยวกับปัญหาหรือคดีได้ เว้นแต่รัฐนั้นได้ยินยอมโดยชัดแจ้งให้ศาลของรัฐหนึ่งใช้เขตอำนาจได้ในปัญหาหรือคดีนั้นโดย

(a) ความตกลงระหว่างประเทศ;

(b) สัญญาที่เป็นลายลักษณ์อักษร; หรือ

(c) โดยการประกาศต่อศาล หรือการติดต่อเป็นลายลักษณ์อักษรในกระบวนการพิจารณาโดยเฉพาะเจาะจง

2. ความตกลงโดยรัฐสำหรับการใช้กฎหมายของอีกรัฐหนึ่งจะต้องไม่ถูกตีความว่าเป็นการยินยอมให้ใช้เขตอำนาจศาลของรัฐดังกล่าว”¹⁶⁶

หากรัฐต้องการที่จะสละความคุ้มกันของจากเขตอำนาจ รัฐนั้นๆ มีความจำเป็นที่จะต้องแสดงเจตนาให้ความยินยอมอย่างชัดแจ้ง (Expressly) ให้รัฐที่ดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีอยู่ทราบ จึงจะถือได้ว่ารัฐนั้นได้สละความคุ้มกันจากเขตอำนาจ การแสดงเจตนาอาจทำได้ผ่านความตกลงระหว่างประเทศ สัญญาที่ทำขึ้นเป็นลายลักษณ์อักษร หรือการประกาศหรือแจ้งต่อศาลเป็นลายลักษณ์อักษรว่าประสงค์ที่จะสละความคุ้มกันจากเขตอำนาจ ในกรณีที่รัฐไม่ได้ปรากฏตัวต่อศาลหรือไม่ได้แสดงเจตนาใดๆ รัฐที่ดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีอยู่นั้นจะสันนิษฐานเอาเองไม่ได้ว่ารัฐที่ถูกฟ้องร้องได้สละความคุ้มกัน ศาลที่ดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีอยู่นั้นมีความจำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องหาข้อพิสูจน์หรือหลักฐานว่ามีการให้ความยินยอมอย่างชัดแจ้งว่ารัฐที่ถูกฟ้องร้องประสงค์ที่จะสละความคุ้มกัน¹⁶⁷

ทั้งนี้ หากพิจารณาจากแนวปฏิบัติของรัฐต่างๆ จะพบว่า การสละความคุ้มกันนั้นจะต้องชัดเจน (Clear) เฉพาะเจาะจง (Specific) แน่นนอน (Certain) ไม่เป็นที่พิพาท (Indisputable) ไม่มีความคลุมเครือ (Unequivocal) และจะต้องได้รับการสละความคุ้มกันจากผู้มีอำนาจเท่านั้น นอกจากนี้ แนวปฏิบัติในบางรัฐความคุ้มกันสามารถสละโดยปริยายได้ แต่รัฐที่พิจารณาคดีจะ

¹⁶⁶ United Nations Convention on Jurisdictional Immunities and Their Property 2004, article 7

“1. A State cannot invoke immunity from jurisdiction in a proceeding before a court of another State with regard to a matter or case if it has expressly consented to the exercise of jurisdiction by the court with regard to the matter or case:

(a) by international agreement;

(b) in a written contract; or

(c) by a declaration before the court or by a written communication in a specific proceeding.

2. Agreement by a State for the application of the law of another State shall not be interpreted as consent to the exercise of jurisdiction by the courts of that other State.”

¹⁶⁷ Draft articles on Jurisdictional Immunities of the States and Their Property, with Commentaries, article 7 (4)

สันนิษฐานเอาเองไม่ได้ รัฐที่พิจารณาคดีจะต้องพิจารณาจากการกระทำของรัฐที่ถูกฟ้องร้องในแต่ละคดี เช่น กรณีที่รัฐปรากฏตัวต่อศาลเพื่อที่จะอ้างความคุ้มกันไม่ถือว่าเป็นการสละความคุ้มกันโดยปริยาย ในทางกลับกัน กรณีที่รัฐปรากฏตัวต่อศาลแต่ไม่มีการอ้างความคุ้มกันจะถือว่าเป็นการสละความคุ้มกันโดยปริยาย หรือกรณีมีบทบัญญัติเกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการ (Arbitration clause) ที่ยอมรับการยอมรับและบังคับคดีจากคำชี้ขาดอนุญาโตตุลาการ (Arbitral award) เป็นต้น¹⁶⁸

2) การสละความคุ้มกันจากการบังคับคดี (Waiver of immunity from execution)

สำหรับ UNCIS ได้จำแนกลักษณะของการบังคับคดีไว้ 2 ชนิดด้วยกัน ดังที่ได้กล่าวมาในตอนต้น คือ 1. มาตรการบังคับคดีก่อนคำพิพากษา (Pre-judgment) และ 2. มาตรการบังคับคดีหลังคำพิพากษา (Post-judgment) โดยทั้ง 2 ประเภทนี้มีหลักการที่คล้ายคลึงกัน คือห้ามมิให้มีมาตรการบังคับคดีแก่ทรัพย์สินของรัฐที่ตั้งอยู่ในดินแดนของรัฐที่มีการพิจารณาคดี อย่างไรก็ตาม ข้อที่ 18 และ 19 ของ UNCIS ยังเปิดโอกาสให้รัฐสามารถใช้มาตรการบังคับคดีได้ แต่ต้องเป็นไปตามเงื่อนไขที่ได้กำหนดไว้ในข้อที่ 18 และ 19 แล้วแต่กรณี ทั้งนี้ ภายใต้ข้อที่ 18 และ 19 มีการบัญญัติกำหนดเงื่อนไขที่จะอนุญาตให้รัฐสามารถบังคับคดีได้ไว้มีเนื้อหาสาระเหมือนกันว่า รัฐสามารถใช้มาตรการบังคับคดีได้ในกรณีดังต่อไปนี้

“ ...

(a) รัฐได้แสดงเจตนายินยอมอย่างชัดแจ้งให้สามารถใช้มาตรการนั้นได้โดย

(i) ความตกลงระหว่างประเทศ;

(ii) ความตกลงทางอนุญาโตตุลาการ หรือสัญญาที่เป็นลายลักษณ์อักษร;

หรือ

(iii) การประกาศต่อศาล หรือการติดต่อเป็นลายลักษณ์อักษรภายหลังจากที่

ข้อพิพาทระหว่างคู่พิพาทได้เกิดขึ้น; หรือ

(b) รัฐได้มีการจัดสรรทรัพย์สินที่กำหนดไว้เพื่อเป็นการชดใช้ตามข้อกล่าวอ้างที่เป็นวัตถุประสงค์ของกระบวนการพิจารณานั้น...”¹⁶⁹

¹⁶⁸ Xiadong Yang, *State Immunity in International Law*, Cambridge University Press, 2015, p.340

¹⁶⁹ United Nations Convention on Jurisdictional Immunities and Their Property 2004, article 18-19 (a)-(b)

“ ...

(a) the State has expressly consented to the taking of such measures as indicated:

(i) by international agreement;

(ii) by an arbitration agreement or in a written contract; or

(iii) by a declaration before the court or by a written communication after a dispute between the parties has arisen; or

ILC ได้อธิบายหลักการสำคัญตาม (a) ไว้ว่า รัฐที่ต้องการจะใช้มาตรการบังคับคดีกับอีกรัฐหนึ่งจำเป็นต้องได้รับความยินยอมจากรัฐที่ตกเป็นจำเลย โดยวิธีให้ความยินยอมสามารถทำได้ผ่านความตกลงระหว่างประเทศ ความตกลงทางอนุญาโตตุลาการ สัญญาที่เป็นลายลักษณ์อักษร การประกาศต่อศาลที่พิจารณาคดีว่ารัฐที่เป็นจำเลยยินยอมให้ใช้มาตรการบังคับคดีได้ หรือในกรณีสุดท้ายคือการติดต่อเป็นลายลักษณ์อักษรหลังจากที่ข้อพิพาทระหว่างคู่พิพาทได้เกิดขึ้นว่ามีการยินยอมให้ใช้มาตรการบังคับคดีแก่ทรัพย์สินของรัฐได้ การให้ความยินยอมของรัฐอาจเป็นการยินยอมผ่านการอนุญาตให้ใช้มาตรการบังคับคดีเพียงอย่างเดียว หรือเป็นเพียงการอนุญาตให้บังคับทรัพย์สินอย่างใดอย่างหนึ่งของรัฐก็ได้ หรือเป็นการยินยอมให้ทั้งสองกรณีเลยก็ได้เช่นเดียวกัน¹⁷⁰

เมื่อรัฐได้แสดงเจตนายินยอมให้มีมาตรการบังคับคดีแก่ทรัพย์สินของรัฐไปแล้วอย่างไรก็ตาม รัฐยังไม่สูญเสียสิทธิที่จะเพิกถอนความยินยอมที่ได้ให้ไป สำหรับกรณีที่รัฐได้ให้ความยินยอมผ่านความตกลงระหว่างประเทศก็จะต้องบอกกล่าวความยินยอมโดยความตกลงระหว่างประเทศเช่นเดียวกัน ซึ่งไม่ต่างกับกรณีการให้ความยินยอมผ่านความตกลงทางอนุญาโตตุลาการ หรือสัญญาที่เป็นลายลักษณ์อักษร หากรัฐมีความประสงค์ที่จะบอกกล่าวความยินยอมก็ต้องใช้วิธีเดียวกันกับที่ได้ให้ยินยอมไป แม้กระนั้น ในกรณีที่เป็นการให้ความยินยอมโดยการประกาศต่อศาล หรือการติดต่อเป็นลายลักษณ์อักษรหลังจากที่ข้อพิพาทระหว่างคู่กรณีได้เกิดขึ้นไม่สามารถถอนความยินยอมได้ กล่าวคือ สำหรับกรณีสุดท้ายเมื่อกระบวนการพิจารณาของศาลเริ่มต้นขึ้น ความยินยอมที่ให้มาก่อนหน้าก็ไม่อาจถอนได้¹⁷¹

หลักการตาม (b) เป็นหลักการที่อนุญาตให้ใช้มาตรการบังคับคดีกับทรัพย์สินของอีกรัฐหนึ่งได้ โดยทรัพย์สินของรัฐที่จะเป็นไปตามหลักเกณฑ์ของ (b) จำเป็นจะต้องทรัพย์สินของรัฐที่ตกเป็นจำเลยได้ทำการจัดสรรหรือได้กำหนดเอาไว้เพื่อใช้ในการพิจารณาคดีโดยเฉพาะ เช่น รัฐที่เป็นจำเลยอนุญาตให้สมุดบัญชีของสถานทูตสามารถใช้เป็นวัตถุแห่งหนี้ที่เป็นทรัพย์สินได้ในคดีที่กำลังมีการพิจารณาอยู่ เช่นนี้แล้ว มาตรการบังคับคดีกับสมุดบัญชีของสถานทูตก็สามารถทำได้ ทั้งนี้ ในกรณีเป็นที่สงสัยว่าทรัพย์สินถูกจัดสรรเพื่อนำมาใช้ในคดีหรือไม่ นั้น เป็นที่เข้าใจกันโดยทั่วไปว่าควรจะให้ศาลที่พิจารณาคดีเป็นผู้วินิจฉัย¹⁷²

จากการศึกษาหลักความคุ้มกันของรัฐจากเขตอำนาจและการบังคับคดีพบว่า ในปัจจุบันความคุ้มกันของรัฐเปลี่ยนแปลงจากเดิมที่เป็นความคุ้มกันแบบเด็ดขาด (Absolute immunity) มาเป็นความคุ้มกันแบบจำกัด (Restrictive immunity) โดยแยกการกระทำของรัฐเป็นการกระทำของ

(b) the State has allocated or earmarked property for the satisfaction of the claim which is the object of that proceeding.”

¹⁷⁰ Draft articles on Jurisdictional Immunities of the States and Their Property, with Commentaries, article 18 (8)

¹⁷¹ Ibid, article 18 (9)

¹⁷² Ibid, article 18 (10)

รัฐโดยแท้ (acta jure imperii) และการกระทำของรัฐเชิงพาณิชย์ (acta jure gestionis) ทั้งนี้ เฉพาะการกระทำของรัฐโดยแท้เท่านั้น รัฐถึงจะสามารถอ้างความคุ้มกันได้ อย่างไรก็ตาม กฎหมายระหว่างประเทศในเรื่องความคุ้มกันของรัฐไม่ได้ให้นิยามการกระทำของรัฐโดยแท้เอาไว้อย่างชัดเจน ดังนั้น จึงขึ้นอยู่กับดุลยพินิจของศาลภายในที่จะพิจารณาถึงวัตถุประสงค์ของการกระทำของรัฐเป็นกรณีไป อย่างไรก็ตาม ในส่วนของการกระทำของรัฐเชิงพาณิชย์ กฎหมายระหว่างประเทศมีการอธิบายและจำแนกประเภทให้เห็นชัดเจน ทำให้ศาลที่พิจารณาคดีมีโอกาสที่จะวินิจฉัยว่าการกระทำของรัฐที่เกิดขึ้นเข้าองค์ประกอบของการกระทำของรัฐเชิงพาณิชย์หรือไม่ หากศาลพิจารณาแล้วว่าไม่ใช่ การกระทำดังกล่าวก็จะเป็นการกระทำของรัฐโดยแท้โดยอัตโนมัติ

นอกจากนี้ ยังมีการแบ่งแยกประเภทของความคุ้มกันของรัฐออกเป็นสองขั้นตอน กล่าวคือ ความคุ้มกันจากเขตอำนาจและความคุ้มกันจากการบังคับคดี ในกรณีที่รัฐสูญเสียความคุ้มกันจากเขตอำนาจไปแล้ว ไม่ได้หมายความว่า รัฐได้เสียความคุ้มกันจากการบังคับคดีไปด้วย อีกทั้งกฎหมายระหว่างประเทศยังกำหนดด้วยว่า การบังคับคดีนั้นไม่สามารถบังคับได้กับทรัพย์สินของรัฐทุกชนิด มีทรัพย์สินบางชนิดที่กฎหมายห้ามบังคับเด็ดขาด เพราะทรัพย์สินเหล่านั้นไม่ได้ถูกใช้ไปเพื่อประโยชน์ทางการค้า ในส่วนของการละความคุ้มกันก็มีการแบ่งออกเป็นสองขั้นตอนเช่นเดียวกัน กล่าวคือ การละความคุ้มกันจากเขตอำนาจและการละความคุ้มกันจากการบังคับคดี

อย่างไรก็ตาม กฎหมายระหว่างประเทศเกี่ยวกับความคุ้มกันของรัฐไม่ได้มีการพูดถึงความสัมพันธ์ระหว่างหลักความคุ้มกันของรัฐกับกฎหมายลักษณะเด็ดขาดเอาไว้อย่างชัดเจน จึงทำให้เกิดปัญหาขึ้นมาว่า การละเมิดกฎหมายลักษณะเด็ดขาด ซึ่งเป็นกฎเกณฑ์ที่ไม่อาจเปลี่ยนแปลงเป็นอย่างอื่นได้ จะทำให้รัฐที่ละเมิดไม่สามารถอ้างความคุ้มกันได้หรือไม่ ส่งผลให้เกิดการถกเถียงกันเป็นจำนวนมากและมีการนำแนวคิดนี้ไปใช้เป็นข้อโต้แย้งในศาลภายใน ซึ่งจะได้ทำการศึกษาในหัวข้อถัดไป

2.4 อุปสรรคจากความคุ้มกันของรัฐที่มีต่อปัจเจกชนในการเรียกร้องให้มีการชดเชยค่าเสียหายจากการละเมิดกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศอย่างร้ายแรง

จากการศึกษาบทบัญญัติกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศพบว่า ยังไม่มีความชัดเจนมากเพียงพอที่จะสรุปได้ว่าปัจเจกชนสามารถยกบทบัญญัติภายใต้อนุสัญญากรุงเฮกฉบับที่ 4 ค.ศ. 1907 (Hague Convention VI 1907) และพิธีสารเพิ่มเติมอนุสัญญาเจนีวา ค.ศ. 1949 ฉบับที่ 1 (Additional Protocol I of Geneva Convention 1949) ขึ้นมาเพื่อเรียกร้องให้รัฐชดเชยค่าเสียหายจากการละเมิดกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศได้หรือไม่ แต่ทั้งที่ศาลภายในจะมีโอกาสได้วินิจฉัยบทบัญญัติดังกล่าว จากข้อเท็จจริงในปัจจุบันก็ยังคงพบว่ามีอุปสรรคอีกอย่างหนึ่งเข้ามาขัดขวางไม่ให้รัฐได้มีโอกาสพิจารณาบทบัญญัติภายใต้ตราสารระหว่างประเทศทั้งสอง ซึ่งอุปสรรคดังกล่าวก็คือ หลักความคุ้มกันของรัฐ

หลักความคุ้มกันของรัฐเข้ามามีบทบาทสำคัญเนื่องจากเมื่อใดก็ตามที่ปัจเจกชนไม่สามารถได้รับการชดเชยค่าเสียหายอย่างเหมาะสมและยุติธรรมจากการละเมิดกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศอย่างร้ายแรงโดยรัฐต่างประเทศได้ ปัจเจกชนจึงยื่นคำฟ้องรัฐต่างประเทศต่อศาลภายใน โดยอ้างบทบัญญัติตามอนุสัญญาฯ และพิธีสารเพิ่มเติมที่เกี่ยวกับกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ เพื่อเรียกร้องให้รัฐที่กระทำละเมิดชดเชยค่าเสียหาย อย่างไรก็ตาม รัฐต่างประเทศที่ถูกฟ้องมักจะหยิบบกหลักความคุ้มกันของรัฐขึ้นมา โดยอ้างว่าแม้จะเป็นการละเมิดกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศอย่างร้ายแรง แต่การกระทำที่เกิดขึ้นเป็นการกระทำของรัฐโดยแท้ (acta jure imperii) ส่งผลให้ศาลภายในวินิจฉัยให้รัฐต่างประเทศได้รับความคุ้มกันและทำให้ปัจเจกชนผู้ได้รับความเสียหายไม่ได้รับการชดเชยค่าเสียหายจากการละเมิดที่เกิดขึ้น

ในหัวข้อนี้จึงทำการศึกษานวปฏิบัติของรัฐที่เกี่ยวข้องกับอุปสรรคจากความคุ้มกันของรัฐที่มีต่อปัจเจกชนในการเรียกร้องให้มีการชดเชยค่าเสียหายที่เกิดขึ้นจากการละเมิดกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศอย่างร้ายแรง โดยพิจารณาจากแนวปฏิบัติของรัฐจากคำพิพากษาศาลภายในและคำพิพากษาของศาลภูมิภาคคือ European Court of Human Rights ซึ่งจากแนวปฏิบัติทั้งสองกรณีแม้ว่าจะไม่ได้วินิจฉัยประเด็นการละเมิดกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศโดยตรงในทุกคดี แต่มูลคดีที่เกิดขึ้นเป็นการละเมิดกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศอย่างร้ายแรง ซึ่งเป็นกฎเกณฑ์ที่ได้รับสถานะกฎหมายลักษณะเด็ดขาด (jus cogens) เช่นเดียวกัน

2.4.1 แนวปฏิบัติของศาลภายในประเทศ

1) สหรัฐอเมริกา (United States)

1.1) The Siderman Case (1992)

เป็นคดีระหว่าง Siderman Blake v. Republic of Argentina ในศาลสหรัฐอเมริกา โดยโจทก์กล่าวหาจำเลยว่าทหารของฝ่ายอาเจนตินากระทำการทรมานโจทก์ โดยโจทก์โต้แย้งต่อศาลว่าความคุ้มกันของรัฐไม่สามารถใช้ได้ เนื่องจากการทรมานเป็นการกระทำที่ละเมิดต่อกฎหมายลักษณะเด็ดขาด ศาลในคดีนี้วินิจฉัยว่า ข้อห้ามการทรมานโดยเจ้าหน้าที่ของรัฐได้รับสถานะเป็นกฎหมายลักษณะเด็ดขาด และรัฐใดก็ตามที่ดำเนินการทรมานถือว่าเป็นการละเมิดกฎหมายลักษณะเด็ดขาด อย่างไรก็ตาม ศาลเห็นว่าข้อเท็จจริงดังกล่าวไม่ได้ทำให้อาเจนตินาหมดสิทธิที่จะได้รับความคุ้มกันภายใต้ FSIA ศาลวินิจฉัยโดยยืนยันแนวคำพิพากษาจากคดี Amerada Hess Shipping Corp v. Republic of Argentina คือ FSIA ให้ฐานทางกฎหมายในการใช้เขตอำนาจเหนือรัฐต่างประเทศในศาลสหรัฐอเมริกา ดังนั้น ความคุ้มกันจะต้องให้ในกรณีที่ห้ามไว้ตามข้อยกเว้นของ FSIA แม้ว่าการกระทำที่มีการกล่าวหาจะเป็นละเมิดกฎหมายระหว่างประเทศก็ตาม¹⁷³ ศาลสรุปว่า

¹⁷³ Xiaodong Yang, Jus Cogen and State Immunity, New Zealand Yearbook of International Law (2006): p157

“In the Siderman case, an action was brought in the US against Argentina for torture committed in Argentina by Argentine military personnel. The appellants argued, among other

“หากการละเมิดกฎหมายลักษณะเด็ดขาดเกิดขึ้นนอกสหรัฐอเมริกาเป็นข้อยกเว้นของการให้ความคุ้มกัน สภาองเกรสก็ต้องการกฎหมายเช่นว่า ข้อเท็จจริงที่มีการละเมิดกฎหมายลักษณะเด็ดขาดไม่สามารถนำมาอ้างเขตอำนาจภายใต้ FSIA”¹⁷⁴

1.2) The Princz Case (1994)

เป็นคดีระหว่าง Hugo Princz v. Federal Republic of Germany ในศาลสหรัฐอเมริกา โจทก์เป็นคนสัญชาติอเมริกา เชื้อชาติยิว ยื่นคำฟ้องต่อศาลขอให้เยอรมนีชดใช้ค่าเสียหายจากการคุมขังและปฏิบัติอย่างป่าเถื่อนต่อโจทก์เมื่อสมัยสงครามโลกครั้งที่สอง ศาลชั้นต้นวินิจฉัยว่าเยอรมนีถูกกฎหมายปิดปาก (Estopped) ไม่ให้ความคุ้มกันของรัฐ โดยให้เหตุผลเพียงว่าการกระทำที่เกิดขึ้น เป็นการกระทำอันโหดร้ายของนาซี ผู้พิพากษา Sporkin ซึ่งเป็นผู้เขียนคำพิพากษาลงบันนี้ระบุว่า

“รัฐบาลที่ยืนอยู่ในสถานะของชาติโจรอย่างนาซีเยอรมนีถูกกฎหมายปิดปากจากการอ้างกฎหมายของสหรัฐอเมริกาในยุคสมัยนี้ หากศาลอนุญาตให้ยกความคุ้มกันของรัฐขึ้นอ้างได้จะเป็นการสร้างความไม่สมดุลอย่างร้ายแรงในความสัมพันธ์และความเคารพซึ่งกันและกันซึ่งต้องมีอยู่ระหว่างรัฐ และทำให้เกิดความอยุติธรรมที่ไม่อาจทนได้ต่อโจทก์และหลักการที่ซึ่งสหรัฐอเมริกาเชื่อมั่นเสมอมา”¹⁷⁵

อย่างไรก็ตาม เยอรมนียื่นอุทธรณ์ โดยเยอรมนีถูกโต้แย้งว่าจักรวรรดิเยอรมนี (Third Reich) ได้สละความคุ้มกันทางอธิปไตยของเยอรมนีไปโดยปริยายภายใต้ FSIA ผ่านการละเมิด

things, that State immunity was trumped or superseded by the jus cogens norm of prohibition of torture. The Circuit Court agreed that the prohibition of official torture had attained the status of jus cogens and that any State engaged in official torture violated jus cogens; but the Court nonetheless held that that alone did not strip Argentina of immunity in the absence of an express provision in the FSIA. The Court decided that it had to follow the Supreme Court's emphatic holding in *Amerada Hess* that the FSIA was the sole basis for a claim against a foreign State, so that immunity was to be granted in those cases that did not come within one of the FSIA's exceptions, even if they might involve alleged violations of international law.”

¹⁷⁴ *Siderman Blake v. Republic of Argentina*, para.719

“if violations of jus cogens committed outside the United States are to be exceptions to immunity, Congress must make them so. The fact that there has been a violation of jus cogens does not confer jurisdiction under the FSIA.”

¹⁷⁵ *Princz v. Federal Republic of Germany* (1992)

“A government which stands in the shoes of a rogue nation the likes of Nazi Germany is estopped from asserting U.S. law in this fashion. To allow otherwise would create a severe imbalance in the reciprocity and mutual respect which must exist between nations, and would work an intolerable injustice against the plaintiff and the principles for which this country stands”

กฎหมายลักษณะเต็ดขาด ศาลอุทธรณ์วินิจฉัยว่า การละเมิดกฎหมายลักษณะเต็ดขาดไม่ได้รับการยอมรับให้เป็นยกเว้นในเขตอำนาจภายใต้ FSIA สำหรับกรณีการละเมิดความคุ้มกันโดยปริยาย ศาลเห็นว่าจะต้องมีการบ่งบอกที่ชัดเจนว่ารัฐมีความประสงค์ที่จะทำเช่นนั้น ในกรณีที่ปราศจากการบ่งบอก เช่นว่า ศาลไม่สามารถที่จะวินิจฉัยได้ว่าการละเมิดกฎหมายลักษณะเต็ดขาดโดยจักรวรรดิเยอรมนีในช่วงสงครามโลกครั้งที่สองก่อให้เกิดการละเมิดความคุ้มกันโดยปริยายภายใต้ FSIA¹⁷⁶

1.3) The Smith Case (1996)

เป็นคดีระหว่าง Smith v. Socialist People's Libyan Arab Jamahiriya ในศาลสหรัฐอเมริกา ข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นคือ เครื่องบิน Pan Am Flight 103 เที่ยวบินจาก Frankfurt ไปยัง Detroit เกิดเหตุระเบิดขึ้นบริเวณ Lockerbie ในอาณาเขตของ Scotland ส่งผลให้มีผู้เสียชีวิต 270 คน โดยผู้เสียชีวิต 189 คนเป็นชาวอเมริกัน¹⁷⁷ ทายาทผู้เสียชีวิตส่วนหนึ่งจึงยื่นฟ้องเป็นคดีต่อศาลกล่าวหาว่า ลิเบียในฐานะจำเลยเป็นผู้อยู่เบื้องหลังการระเบิดเครื่องบินที่เกิดขึ้น อย่างไรก็ตาม ลิเบียปฏิเสธข้อกล่าวหาโจทก์และยืนยันต่อศาลว่า ลิเบียมีสิทธิอุปกโศกความคุ้มกันของรัฐ ฝ่ายโจทก์ต่อสู้ในศาลว่าลิเบียได้ละเมิดความคุ้มกันโดยปริยายเพราะการกระทำที่เกิดขึ้นเป็นการละเมิดกฎหมายลักษณะเต็ดขาด ศาลได้วินิจฉัยว่า

“การที่ศาลปฏิเสธข้ออ้างที่ว่า การละเมิดกฎหมายลักษณะเต็ดขาดก่อให้เกิดการละเมิดความคุ้มกันโดยปริยายภายใต้ความหมายของ FSIA ไม่ได้มาจากเงื่อนไขตามความมุ่งประสงค์ใน Section 1605(a)(1) หรือคำพิพากษาของคดี Amerada Hess การปฏิเสธข้ออ้างดังกล่าวตามความเข้าใจของศาลคือ สภาองเกรสไม่ได้มุ่งประสงค์ให้มีข้อยกเว้นเรื่องการละเมิดความคุ้มกันภายใต้ Section 1605(a)(1) ให้ขยายขอบเขตไปไกลขนาดนั้น”¹⁷⁸

1.4) The Sampson Case (2001)

เป็นคดีระหว่าง Jacob Sampson v. Federal Republic of Germany ในศาลสหรัฐอเมริกา ในช่วงสงครามโลกครั้งที่สอง โจทก์ถูกจับกุมกักขังในโปแลนด์ ไม่นานหลังจากการจับกุม โจทก์ถูกส่งตัวไปยังค่ายกักกันที่ Auschwitz และถูกบังคับให้เป็นแรงงานทาส ขณะที่อยู่ในค่ายกักกัน สมาชิกครอบครัวทั้ง 6 คนของโจทก์ถูกสังหารเสียชีวิตทั้งหมด เหลือเพียงโจทก์คนเดียวที่

¹⁷⁶ Prinz v. Federal Republic of Germany (1994)

¹⁷⁷ Leslie Mckay, A New Task on Antiterrorism: Smith v. Socialist People's Libyan Arab Jamahiriya, American University International Law Review (1997): p.440

¹⁷⁸ Smith v. Socialist People's Libyan Arab Jamahiriya

“Our rejection of the claim that a jus cogens violation constitutes an implied waiver within the meaning of the FSIA rests neither on reading a subjective “intentionality” requirement into section 1605(a)(1), nor on the precedent of Amerada Hess. It rests on our understanding that Congress did not intend the implied waiver exception of section 1605(a)(1) to extend so far, however desirable such a result might be.”

หนีรอดมาได้และลี้ภัยในสหรัฐอเมริกาจนได้สัญชาติอเมริกา¹⁷⁹ โจทก์ยื่นฟ้องเยอรมนีเพื่อเรียกร้องค่าเสียหายจากกองทุนที่เยอรมนีก่อตั้งขึ้นเพื่อเหยื่อของการสังหารหมู่ โดยอ้างว่าเมื่อมีการละเมิดกฎหมายลักษณะเด็ดขาดเกิดขึ้น สิทธิในการใช้ความคุ้มกันของรัฐสูญหายไปโดยอัตโนมัติ (Automatically) อย่างไรก็ตาม ศาลไม่เห็นด้วยกับข้อโต้แย้งนี้

“ศาลไม่สงสัยว่าข้อกล่าวหาในคำฟ้องของโจทก์มีระดับเป็นการละเมิดกฎหมายลักษณะเด็ดขาด มีกรณีตัวอย่างมากมายให้เห็น แต่นั่นไม่ได้หมายความว่าสภาองเกรสมุ่งประสงค์ให้บทบัญญัติเกี่ยวกับการละความคุ้มกันโดยปริยายครอบคลุมไปถึงทฤษฎีทางกฎหมายนี้ด้วย”¹⁸⁰

ศาลได้สรุปคำวินิจฉัยดังเช่นคดีที่มีลักษณะเดียวกันคำวินิจฉัยอื่นๆในศาลสหรัฐอเมริกา ระบุว่า

“สภาองเกรสไม่ได้สร้างข้อยกเว้นเรื่องการละความคุ้มกันโดยปริยายของรัฐต่างประเทศภายใต้ FSIA สำหรับการละเมิดกฎหมายลักษณะเด็ดขาด”¹⁸¹

1.5) Hwang Geum Joo v. Japan (2004)

เป็นคดีระหว่าง Hwang Geum Joo และผู้หญิงอีก 14 ยื่นคำฟ้องต่อญี่ปุ่นในศาลสหรัฐอเมริกา โดยข้อเท็จจริงมีอยู่ว่า โจทก์ทั้งหมดตกเป็นทาสทางเพศ (Sexual slavery) และถูกทรมานในช่วงสงครามโลกครั้งที่ 2 โดยฝ่ายญี่ปุ่น โจทก์กล่าวหาญี่ปุ่นว่า มีผู้หญิงประมาณ 200,000 คนถูกบังคับโดยทหารญี่ปุ่นให้ไปเป็นทาสทางเพศระหว่างปี ค.ศ. 1931-1945 ผู้หญิงเหล่านี้จะถูกเรียกว่า นางบำเรอ (Comfort women) เมื่อผู้หญิงถูกจับ ก็จะถูกบังคับหรือหลอกลวงให้ไปที่สถานีนางบำเรอ (Comfort stations) ซึ่งมักจะถูกสร้างบริเวณแนวรบด้านหน้า (Front lines) และที่แห่งนี้เอง ผู้หญิงทั้งหมดจะถูกข่มขืนโดยทหารผู้ชายทุกระดับโดยทั่วไปประมาณ 30-40 คนต่อวัน ยิ่งไปกว่านั้น ผู้หญิงเหล่านี้ยังถูกทรมาน ทบตี ตัดอวัยวะ หรือฆาตกรรมในกรณีที่ขัดขืน สภาพชีวิตที่ใช้ก็มีความย่ำแย่ โดยผู้หญิงเหล่านี้ไม่ได้รับการรักษาเมื่อป่วย ไม่มีที่พักที่เหมาะสม ไม่ได้รับอาหารที่พอเพียง โจทก์อ้างว่ามีผู้หญิงที่รอดจากการเป็นนางบำเรอในสงครามโลกครั้งที่ 2 นี้เพียง 25-35%

¹⁷⁹ Sampson v. Federal Republic of Germany

¹⁸⁰ Ibid

“We do not question that the allegations in Sampson's complaint rise to the level of jus cogens violations—they are a paradigm case—but that does not mean that Congress intended an implicit waiver provision to encompass this expanding legal doctrine.”

¹⁸¹ Ibid

“Congress did not create an exception to foreign sovereign immunity under the FSIA for violations of jus cogens norms.”

เท่านั้น ซึ่งทั้งหมดต่างต้องทนทุกข์ทรมานจากผลกระทบที่ได้รับ ไม่ว่าจะเป็ทางร่างกายหรือจิตใจก็ตาม และโจทก์เป็นผู้รอดชีวิตมาได้¹⁸²

โจทก์จึงนำคดีมาฟ้องต่อศาลเพื่อเรียกร้องให้ญี่ปุ่นชดใช้ค่าเสียหาย อย่างไรก็ตาม เนื่องจากเป็นการฟ้องรัฐบาลญี่ปุ่น ประกอบกับสหรัฐอเมริกา มีกฎหมายเกี่ยวกับความคุ้มกันของรัฐ กล่าวคือ Foreign State Immunity Act 1976 (FSIA) ศาลจึงจำเป็นต้องวินิจฉัยก่อนว่า ศาลมีเขตอำนาจที่จะพิจารณาคดีนี้หรือไม่ โดยในประเด็นความคุ้มกันของรัฐ โจทก์โต้แย้งว่า ญี่ปุ่นได้สละความคุ้มกันของรัฐภายใต้ข้อที่ 1605(a)(1) ที่ระบุว่า “รัฐต่างประเทศจะไม่ได้รับความคุ้มกันจากเขตอำนาจของศาลสหรัฐอเมริกาในกรณีที่รัฐต่างประเทศได้สละความคุ้มกันของรัฐไม่ว่าจะโดยชัดแจ้งหรือโดยปริยาย” ทั้งนี้ โจทก์เห็นว่าญี่ปุ่นได้สละความคุ้มกันภายใต้ Potsdam Declaration และญี่ปุ่นละเมิดกฎหมายลักษณะเด็ดขาด (jus cogens)¹⁸³

ประเด็นแรก จากบทบัญญัติใน Potsdam Declaration มีข้อความระบุว่า

*“ประเทศสัมพันธมิตรไม่ได้ประสงค์ที่จะให้ญี่ปุ่นถูกกดขี่ในฐานะชนชาติ หรือถูกทำลายในฐานะความเป็นชาติ แต่ความยุติธรรมจะต้องเกิดขึ้นกับอาชญากรรมสงครามทั้งหมด รวมไปถึงผู้ที่ได้ใช้ความโหดร้ายกับนักโทษของเรา รัฐบาลญี่ปุ่นจะถอนอุปสรรคทั้งหมดเพื่อที่จะฟื้นฟูและสร้างความแข็งแกร่งให้กับการพัฒนาด้านประชาธิปไตยในประชาชนชาวญี่ปุ่น”*¹⁸⁴

ศาลเห็นว่า จากแนวคำพิพากษาที่ได้ตัดสินมา มีความชัดเจนว่าการจะสละความคุ้มกันของรัฐจะต้องมีความชัดเจน มุ่งประสงค์อย่างชัดแจ้ง และไม่มี ความกำกวม อย่างไรก็ตาม Potsdam Declaration ไม่ได้ระบุไว้อย่างชัดเจนว่าญี่ปุ่นได้สละความคุ้มกันของรัฐหรือมุ่งประสงค์จะยอมตกอยู่ภายใต้การฟ้องร้องทางแพ่งในศาลสหรัฐอเมริกา ดังนั้น Potsdam Declaration ไม่ถือว่าเป็นการสละความคุ้มกันของรัฐ

ประเด็นที่สอง โจทก์เห็นว่า การที่ญี่ปุ่นละเมิดกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ ซึ่งได้รับสถานะเป็นกฎหมายลักษณะเด็ดขาด การกระทำของญี่ปุ่นจึงถือเป็นการสละความคุ้มกันของรัฐโดยปริยายภายใต้ข้อที่ 1605(a)(1) ศาลเห็นว่า ข้ออ้างของโจทก์ฟังไม่ขึ้น และเมื่อพิจารณาจาก

¹⁸² Hwang Geum Joo v. Japan, United States District Court for the District of Columbia, p.2-3

¹⁸³ Ibid, p.8-9

¹⁸⁴ Ibid, p.9

“We do not intend that the Japanese shall be enslaved as a race or destroyed as a nation, but stern justice shall be meted out to all war criminals, including those who have visited cruelties upon our prisoners. The Japanese Government shall remove all obstacles to the revival and strengthening of democratic tendencies among the Japanese people.”

แนวคำพิพากษาของศาลแล้วพบว่า ทฤษฎีกฎหมายลักษณะเด็ดขาดไม่สอดคล้องกับเงื่อนไขที่มุ่งประสงค์ภายใต้ข้อที่ 1605(a)(1) การที่จะสละความคุ้มกันโดยปริยายขึ้นอยู่กับรัฐบาลต่างประเทศที่จะต้องระบุอย่างชัดเจน และข้อยกเว้นในเรื่องกฎหมายลักษณะเด็ดขาดภายใต้ FSIA ไม่ได้เป็นความมุ่งประสงค์ของสภาองเกรสที่มีเจตนาร่างให้ FSIA ครอบคลุมถึงข้อยกเว้นดังกล่าว ดังนั้น ญ่ปุ่ยังคงได้รับความคุ้มกันของรัฐเช่นเดิม¹⁸⁵

2.) แคนาดา (Canada)

2.1) The Bouzari Case (2002)

เป็นคดีระหว่าง Houshang Bouzari v. Islamic Republic of Iran ในศาลแคนาดา โจทก์เป็นชาวอิหร่านปฏิเสธที่จะให้ความช่วยเหลือแผนงานขูดเจาะน้ำมันของประธานาธิบดีอิหร่านในขณะนั้น โจทก์ถูกข่มขู่หลายครั้ง ท้ายที่สุดถูกจับกุมและซ้อมทรมานในคุกอิหร่าน เมื่อถูกปล่อยตัวออกมา โจทก์ลี้ภัยไปอยู่แคนาดาและนำคดีขึ้นสู่ศาลเพื่อขอให้อิหร่านชดใช้ค่าเสียหายจากการทรมานที่เกิดขึ้น¹⁸⁶ โจทก์โต้แย้งประเด็นหนึ่งในศาลว่า ข้อห้ามการทรมานมีสถานะเป็นกฎหมายลักษณะเด็ดขาดซึ่งผูกพันแคนาดาที่ให้สิทธิโจทก์ในการฟ้องร้องต่อรัฐต่างประเทศในศาลแคนาดา สำหรับค่าเสียหายจากการทรมานอันเกิดขึ้นนอกดินแดนแคนาดา อย่างไรก็ตาม ผู้พิพากษา Swinton J วินิจฉัยว่า

“จากการตรวจสอบคำวินิจฉัยศาลภายในและศาลระหว่างประเทศ เช่นเดียวกับการออกกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับความคุ้มกันทางอธิปไตยสามารถระบุได้ว่า ไม่มีหลักการในกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศที่ให้ข้อยกเว้นจากความคุ้มกันของรัฐเมื่อการกระทำที่เป็นการทรมานได้เกิดขึ้นนอกรัฐที่มีการพิจารณาคดี หรือแม้กระทำการที่ขัดกับกฎหมายลักษณะเด็ดขาด แท้จริงแล้วหลักฐานของแนวปฏิบัติของรัฐ ดังที่ได้สะท้อนในคำวินิจฉัยนี้และแหล่งที่มาอื่น นำไปสู่ข้อสรุปที่ว่ายังมีกฎเกณฑ์ตามกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศที่ให้ความคุ้มกันของรัฐสำหรับการกระทำที่เป็นการทรมานอันเกิดขึ้นนอกดินแดนของรัฐที่มีการพิจารณาคดี”¹⁸⁷

¹⁸⁵ Ibid, p.10-12

¹⁸⁶ Bouzari v. Islamic Republic of Iran, para.11-10, 17-18

¹⁸⁷ Ibid, para.88

“An examination of the decisions of national courts and international tribunals, as well as state legislation with respect to sovereign immunity, indicates that there is no principle of customary international law which provides an exception from state immunity where an act of torture has been committed outside the forum, even for acts contrary to jus cogens. Indeed, the evidence of state practice, as reflected in these and other sources, leads to the conclusion that there is an ongoing rule of customary international law providing state immunity for acts of torture committed outside the forum state.”

2.2) The Kazemi Estate Case (2014)

เป็นคดีระหว่าง Kazemi Estate v. Iran ในศาลแคนาดา โดย Hashemi ทายาทและผู้จัดการมรดกของ Zahra Kazemi ผู้เป็นมารดาได้ยื่นคำฟ้องเป็นคดีแพ่ง ข้อเท็จจริงมีอยู่ว่า Kazemi คนชาติแคนาดาเดินทางไปยังอิหร่านในฐานะช่างภาพอิสระและนักข่าว ในปี ค.ศ. 2003 Kazemi เข้าไปถ่ายรูปรูปประท้วงใน Tehran และถูกจับกุมโดยคำสั่งของ Saeed Mortazavi ซึ่งเป็น Tehran's Chief Public Prosecutor ระหว่างที่ Kazemi ถูกจับกุม เธอถูกทุบตี ล้วงละเมิดทางเพศ และทรมานโดยเจ้าหน้าที่ของอิหร่าน อีกทั้งยังไม่มีมีการแจ้งไปยังกงสุลหรือสถานทูตแคนาดาแต่อย่างใด ต่อมาในวันที่ 6 มิถุนายน ค.ศ. 2003 เธอถูกส่งตัวจากคุกไปยังโรงพยาบาล เนื่องจากได้รับบาดเจ็บทางสมองอย่างหนัก รวมถึงมีบาดแผลรุนแรงทั้งบริเวณใบหน้า แขน ขา เท้า หลัง และบริเวณอวัยวะเพศ เจ้าหน้าที่ของแคนาดาทราบและมาถึงโรงพยาบาลในวันที่ 10 มิถุนายน ค.ศ. 2003 โดยแพทย์ได้แจ้งว่า เธอมีอาการสมองตายและไม่มีโอกาสฟื้นคืนกลับมาเป็นเหมือนเดิมได้อีก ทางด้านครอบครัวของ Kazemi ประสงค์จะให้มีการเคลื่อนย้ายผู้ป่วยกลับไปยังแคนาดา อย่างไรก็ตาม เจ้าหน้าที่โรงพยาบาลถอดอุปกรณ์เครื่องช่วยหายใจของเธอออก และในวันที่ 12 มิถุนายน เจ้าหน้าที่ของรัฐบาลอิหร่านประกาศว่าเธอได้เสียชีวิตแล้ว¹⁸⁸ ทายาทของ Kazemi จึงยื่นฟ้องต่อศาลภายในแคนาดา โดยมีจำเลยคือ ประเทศอิหร่าน, ประมุขของอิหร่าน Ayatollah Sattid Ali Khamenei, Saeed Mortazavi ตำแหน่ง Tehran's Chief Public Prosecutor และ Mohammad Bakhshi ตำแหน่งอดีตรองหัวหน้าของ Deputy Chief of Intelligence of the Evin Prison¹⁸⁹ ให้จำเลยทั้งหมดชดใช้ค่าเสียหายที่เกิดขึ้นจากการละเมิดที่เกิดขึ้น ทั้งนี้ประเด็นสำคัญที่เกี่ยวข้องกับหัวข้อนี้คือ รัฐสามารถอุปโภคความคุ้มกันของรัฐในกรณีที่มีการละเมิดกฎหมายลักษณะเด็ดขาดหรือไม่ โดยฝ่ายโจทก์เห็นว่าข้อที่ 3(1) ของ State Immunity Act (SIA) ที่ระบุว่า “เว้นแต่กรณีที่ได้บัญญัติไว้ตามกฎหมายฉบับนี้ รัฐต่างประเทศได้รับความคุ้มกันจากเขตอำนาจศาลใดๆในแคนาดา”¹⁹⁰ มีความกำกวม (Ambiguous) จึงควรตีความให้สอดคล้องกับกฎหมายไม่เป็นลายลักษณ์อักษร (Common law) กฎบัตรสิทธิและเสรีภาพแคนาดา (Canadian Charter of Rights and Freedoms) และกฎหมายระหว่างประเทศ¹⁹¹

ศาลเห็นว่า สถานะปัจจุบันของกฎหมายระหว่างประเทศเกี่ยวกับการชดใช้ค่าเสียหายของผู้ได้รับความเสียหายจากการทรมานไม่ได้เปลี่ยนเนื้อหาของ SIA หรือทำให้ SIA มีความกำกวมอย่างที่โจทก์อ้าง กฎหมายระหว่างประเทศไม่สามารถถูกใช้เพื่อสนับสนุนการตีความที่

¹⁸⁸ Kazemi Estate v. Iran, The Supreme Court of Canada, para.3-8

¹⁸⁹ Ibid, para.11

¹⁹⁰ Canada State Immunity Act, article 3(1)

“Except as provided by this Act, a foreign state is immune from the jurisdiction of any court in Canada”

¹⁹¹ Kazemi Estate v. Iran, The Supreme Court of Canada, para.59

ไม่ได้รับอนุญาตให้ใช้ในกฎหมาย ดังนั้น ข้อเสนอพื้นฐานเรื่องความสอดคล้อง (Conformity) กับกฎหมายระหว่างประเทศไม่สามารถเปลี่ยนแปลงเจตนาของฝ่ายนิติบัญญัติได้¹⁹² ศาลได้สรุปว่า

“ต่อให้ข้อยกเว้นของความคุ้มกันของรัฐในเรื่องการทรมานจะได้สถานะเป็นกฎหมายจารีตประเพณีก็ยังไม่เข้าข้อยกเว้นตาม SIA นอกจากนี้ การมีอยู่ของกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศก็ไม่สามารถนำมาใช้รวมเข้าด้วยกันกับคำสั่งทางกฎหมายภายในได้ (Domestic legal order) ... ข้อยกเว้นความคุ้มกันของรัฐสำหรับการทรมานควรจะเป็นกฎหมายจารีตประเพณีหรือไม่? กฎเกณฑ์เช่นว่าสามารถได้รับการอนุญาตได้โดยอาศัยการใช้อำนาจทางนิติบัญญัติเพื่อที่จะเป็นกฎหมายแคนาดา ไม่ใช่ด้วยการบังคับ (Mandatory)”¹⁹³

3) โปแลนด์ (Poland)

3.1 Natoniewski Case (2010)

เป็นคดีระหว่าง Winicjusz Natoniewski ยื่นฟ้องประเทศเยอรมนีเพื่อเรียกร้องค่าเสียหายเป็นจำนวนเงิน 1,000,000 ซวอตี (Zloty PNL) จากการบาดเจ็บที่เกิดจากการบุกกรุกเมือง Szczecyn ในช่วงสงครามโลกครั้งที่ 2 โดยกองกำลังทหารของเยอรมนี ส่งผลให้โจทก์ซึ่งมีอายุ 6 ปี ในขณะนั้นได้รับบาดเจ็บจากแผลไฟไหม้อย่างร้ายแรงที่ศีรษะ หน้าอก และมือทั้งสองข้าง รวมถึงสุขภาพที่ทรุดโทรมอันเกิดมาจากการบาดเจ็บดังกล่าว ทั้งนี้ ฝ่ายโจทก์ได้ยกข้อต่อสู้เรื่องข้อยกเว้นความคุ้มกันของรัฐจากการละเมิดกฎหมายลักษณะเด็ดขาด อย่างไรก็ตาม ศาลสูงโปแลนด์ (Polish Supreme Court) ได้วินิจฉัยให้เยอรมนีได้รับความคุ้มกัน โดยให้เหตุผลว่า

“ศาลสูงพิจารณาว่า ไม่มีฐานทางกฎหมายที่เพียงพอที่จะวินิจฉัยให้การละเมิดที่เป็นเหตุมาจากการกระทำที่เกิดขึ้นในดินแดนของรัฐที่มีการพิจารณา ซึ่งเป็นผลจากการละเมิดกฎหมายสิทธิมนุษยชนจะก่อให้เกิดข้อยกเว้นความคุ้มกันของรัฐ แม้ว่าจะปรากฏถึงแนวโน้มในกฎหมาย

¹⁹² Ibid, para.60

¹⁹³ Ibid, para.61

“Even if an exception to state immunity in civil proceedings for acts of torture had reached the status of a customary rule of international law, which, as I conclude below, it has not, such an exception could not be adopted as a common law exception to s. 3(1) of the SIA as it would be in clear conflict with the SIA ... Moreover, the mere existence of a customary rule in international law does not automatically incorporate that rule into the domestic legal order ... Should an exception to state immunity for acts of torture have become customary international law, such a rule could likely be permissive — and not mandatory — thereby, requiring legislative action to become Canadian law.”

ระหว่างประเทศและกฎหมายภายในในการจำกัดความคุ้มกันของรัฐอันเนื่องมาจากการละเมิดกฎหมายสิทธิมนุษยชน แต่แนวปฏิบัติเหล่านี้ไม่มีเป็นความสากล”¹⁹⁴

4) ฝรั่งเศส (France)

คดี Bucheron v. Germany (2003) ฝ่ายโจทก์ได้ยื่นฟ้องเป็นคดีแพ่งในศาลแรงงาน (Employment Tribunal) กล่าวหาเยอรมนีว่าได้บังคับให้โจทก์ไปเป็นแรงงานบังคับ (Forced labour) ในช่วงสงครามโลกครั้งที่ 2 ซึ่งการกระทำดังกล่าวเป็นการละเมิดกฎหมายลักษณะเด็ดขาด อย่างไรก็ตาม ศาลสูงฝรั่งเศส (Court of Cassation) ปฏิเสธคำฟ้องของโจทก์ เนื่องจากเยอรมนีสามารถอุปโลกความคุ้มกันของรัฐได้ เช่นเดียวกับคดี Grosz v. Germany (2006) ที่ศาลสูงฝรั่งเศสได้ยืนยันด้วยเหตุผลเช่นเดียวกัน¹⁹⁵

5) สโลวีเนีย (Slovenia)

คดี A.A. v. Germany ศาลรัฐธรรมนูญสโลวีเนีย (Slovenian Constitutional Court) ยกฟ้องโจทก์ที่ได้ยื่นฟ้องเป็นคดีแพ่งต่อศาล โดยมูลคดีเกี่ยวข้องกับกรกระทำของเยอรมนีระหว่างสงครามโลกครั้งที่ 2 ฝ่ายโจทก์โต้แย้งว่าภายใต้กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศมีกฎหมายลักษณะเด็ดขาด ซึ่งเป็นข้อยกเว้นของหลักความคุ้มกันของรัฐ ทั้งนี้ ศาลยอมรับว่ามีหลักฐานปรากฏในปัจจุบันถึงพัฒนาการในอนาคตของกฎหมายระหว่างประเทศเกี่ยวกับการจำกัดความคุ้มกันของรัฐในศาลต่างประเทศสำหรับกรณีที่เป็นการละเมิดกฎหมายสิทธิมนุษยชนอย่างร้ายแรง อย่างไรก็ตาม หลักฐานเหล่านี้ยังไม่เป็นที่ยุติและเป็นแนวปฏิบัติที่ได้รับการยอมรับในฐานะกฎหมาย อีกทั้งแนวปฏิบัติที่มีอยู่ยังไม่สามารถเป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศได้¹⁹⁶

นอกจากคดีทั้งหมดที่ได้กล่าวมาในข้อห้วงข้อนี้แล้ว ยังมีคดี Ferrini v. Germany ในศาลอิตาลี และคดี Prefecture of Voiotia v. Germany ในศาลกรีซ ซึ่งมีความเกี่ยวข้องกับความสัมพันธ์ระหว่างความคุ้มกันของรัฐกับกฎหมายลักษณะเด็ดขาด อย่างไรก็ตาม ทั้งสองคดีนี้ศาลมีคำวินิจฉัยที่แตกต่างออกไป กล่าวคือ ศาลปฏิเสธหลักความคุ้มกันของรัฐ เนื่องจากการละเมิดที่

¹⁹⁴ The Supreme Court decision of 29 October 2010, Ref. No. IV CSK 465/09 in the case brought by Winicjusz N. against the Federal Republic of Germany and the Federal Chancellery for payment, Polish Yearbook of International Law, 2010.

“The Supreme Court observes that there is no sufficient legal ground to declare that the tort claims resulting from acts committed in the territory of the forum State as a result of a violation of human rights constitute an exception to the State immunity. There appears to be a trend in international and domestic law towards limiting State immunity in respect of human rights abuses, but this practice is by no means universal.”

¹⁹⁵ Jones and Others v. The United Kingdom Judgment, European Court of Human Rights, 2014, para.147

¹⁹⁶ Ibid, para.148

เกิดขึ้นเป็นการละเมิดกฎหมายลักษณะเด็ดขาดและการละเมิดกฎหมายลักษณะเด็ดขาดถือเป็นการสละความคุ้มกันโดยปริยาย (Implied waiver of immunity) โดยทั้งสองคดีนี้จะได้ศึกษาในบทที่ 3 ต่อไป เพราะมีความเกี่ยวข้องกับคดี Jurisdictional Immunities of the States โดยตรง

เมื่อพิจารณาจากแนวปฏิบัติของรัฐในเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างความคุ้มกันของรัฐและการละเมิดกฎหมายลักษณะเด็ดขาด (jus cogens) พบว่า ปัจเจกชนผู้ได้รับความเสียหายได้ยื่นฟ้องเรียกร้องให้รัฐต่างประเทศที่ละเมิดกฎเกณฑ์นั้นชดใช้ค่าเสียหายจากการกระทำที่เกิดขึ้นไม่สามารถดำเนินคดีกับรัฐต่างประเทศได้ เพราะความคุ้มกันของรัฐ แม้ว่าจะมีการยกหลักการต่างๆขึ้นมา เช่น กฎหมายลักษณะเด็ดขาดมีสถานะสูงสุดในกฎหมายระหว่างประเทศ ศาลภายในก็ยังคงปฏิเสธแนวคิดดังกล่าว และยืนยันว่ากฎหมายระหว่างประเทศยังไม่มีที่ยอมรับแนวคิดนี้ นอกจากนี้ คดีในสหรัฐอเมริกาและแคนาดา ซึ่งเป็นประเทศที่มีการออกกฎหมายภายในเกี่ยวกับความคุ้มกันของรัฐยังยืนยันอย่างสอดคล้องเช่นเดียวกันว่า หากการละเมิดกฎหมายลักษณะเด็ดขาดทำให้เกิดข้อยกเว้นความคุ้มกันของรัฐ กฎหมายภายในที่ออกโดยฝ่ายนิติบัญญัติจะต้องกำหนดไว้อย่างชัดเจนว่ามีข้อยกเว้นดังกล่าว มิเช่นนั้นแล้วรัฐต่างประเทศที่ถูกฟ้องร้องก็ยังคงได้รับความคุ้มกันดังเช่นเดิม

2.4.2 แนวปฏิบัติของศาลระดับภูมิภาค

1) ศาลสิทธิมนุษยชนยุโรป (European Court of Human Rights)

1.1) The Al-Adsani Case (2001)

เดิมทีข้อเท็จจริงของคดีนี้เป็นคดีระหว่าง Al-Adsani v. Kuwait ในศาลสหราชอาณาจักร ช่วงปี ค.ศ. 1991 โจทก์เดินทางไปยังคูเวตเพื่อขับไล่การรุกรานของ Saddam Hussein แต่ถูกจับได้โดยทหารของคูเวตและถูกกล่าวหาว่าเป็นผู้ปล่อยวีดีโอที่มีเนื้อหาเกี่ยวข้องกับเรื่องทางเพศของ Sheikh Jaber Al-Sabah Al-Saud Al-Sabah ซึ่งมีศักดิ์เป็นญาติของสุลต่านแห่งคูเวต โจทก์ระบุว่า ขณะโดนจับได้ถูกทรมานในคุกของคูเวต เมื่อโจทก์ได้รับการปล่อยตัวและกลับมาถึงสหราชอาณาจักร โจทก์ยื่นฟ้องเป็นคดีเพื่อเรียกร้องค่าเสียหายจากการบาดเจ็บอันเป็นผลมาจากการทรมานต่อรัฐบาลคูเวต ศาลชั้นต้นสหราชอาณาจักรวินิจฉัยว่า การละเมิดที่เกิดขึ้นเกิดนอกดินแดนของสหราชอาณาจักร ด้วยเหตุนี้ เมื่อพิจารณาจาก State Immunity Act 1978 (SIA) พบว่าบทบัญญัติกำหนดไว้ชัดเจนว่าสหราชอาณาจักรมีหน้าที่ต้องให้ความคุ้มกันแก่รัฐต่างประเทศสำหรับการกระทำที่เกิดขึ้นนอกเขตอำนาจของสหราชอาณาจักร¹⁹⁷ โจทก์ยื่นอุทธรณ์ ศาลอุทธรณ์วินิจฉัยว่า ปัญหาที่

¹⁹⁷ Xiaodong Yang, Jus Cogen and State Immunity, New Zealand Yearbook of International Law (2006): p.158

“The High Court drew a distinction between the acts alleged to have taken place in Kuwait and those alleged to have occurred in England. As to the former, the Court found that the clear language of the 1978 UK State Immunity Act conferred immunity upon foreign sovereign States for acts committed outside the jurisdiction of English courts.” However, according to him, “the [1978] Act is a comprehensive code and is not subject to overriding considerations”

สำคัญสำหรับคดีนี้คือ ความคุ้มกันของรัฐสามารถใช้ได้กับเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นในคูเวตหรือไม่ ผู้พิพากษา Stuart-Smith LJ เห็นว่า “กฎหมายระหว่างประเทศที่ห้ามการทรมานเป็นสิ่งสำคัญมากนั้นทำให้กลายเป็นกฎหมายลักษณะเด็ดขาดหรือกฎหมายใช้บังคับเด็ดขาด (Compelling law) ซึ่งอยู่เหนือหลักการทั้งหมดของกฎหมายระหว่างประเทศรวมถึงหลักการที่ได้รับการยอมรับอย่างความคุ้มกันของรัฐ” อย่างไรก็ตาม ในท้ายที่สุด Stuart-Smith LJ สรุปว่า SIA ไม่ตกอยู่ภายใต้การพิจารณาว่ากฎหมายใดมีลำดับศักดิ์สูงกว่ากัน¹⁹⁸ ดังนั้น ข้อห้ามการทรมานภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศไม่สามารถทำให้รัฐปฏิเสธความคุ้มกันของรัฐได้และเนื่องจากไม่มีข้อยกเว้นของกฎหมายลักษณะเด็ดขาดภายใต้ SIA รัฐต่างประเทศจึงยังสามารถอุปโภคความคุ้มกันได้แม้ว่าการกระทำที่เกิดขึ้นจะเป็นการทรมานหรือการกระทำอื่นๆที่ขัดแย้งต่อกฎหมายระหว่างประเทศ トラバได้ก็ตามที่การกระทำนั้นไม่ได้รับการยกเว้นภายใต้ SIA¹⁹⁹

Al-Adsani ยื่นคำฎีกาต่อศาลสูงแต่ถูกปฏิเสธคำร้อง จึงหันมายื่นฟ้องต่อศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปเป็นคดีระหว่าง Al-Adsani v. United Kingdom โดยกล่าวหาว่า สหราชอาณาจักรล้มเหลวที่จะปกป้องสิทธิของโจทก์และปฏิเสธโจทก์ในการเข้าถึงกระบวนการทางกฎหมาย (Access to legal process)²⁰⁰ อย่างไรก็ตาม ในคดีนี้ ศาลวินิจฉัยว่าสหราชอาณาจักรไม่ได้มีการละเมิดสิทธิใดๆของโจทก์ตามที่โจทก์ได้กล่าวหาว่า ผู้พิพากษาเสียงข้างมาก 9-8 ยอมรับว่าข้อห้ามการทรมานได้รับสถานะกฎหมายลักษณะเด็ดขาดตามที่โจทก์โต้แย้งมาจริง แม้กระนั้น เพียงแค่สถานะกฎหมายลักษณะเด็ดขาดยังไม่สามารถปฏิเสธการให้ความคุ้มกันของรัฐได้

“โดยไม่คำนึงถึงลักษณะพิเศษของการห้ามการทรมานในกฎหมายระหว่างประเทศ ศาลไม่สามารถที่จะมองเห็นว่าในตราสารระหว่างประเทศ เจ้าหน้าที่ฝ่ายตุลาการ หรือปัจจัยอื่นใดจะ

¹⁹⁸ Ibid, p.158-159

“On appeal by Al-Adsani, the Court of Appeal held that the important question was whether State immunity applied in respect of the alleged events in Kuwait. Stuart-Smith LJ understood the argument to be "that international law against torture is so fundamental that it is a jus cogens, or compelling law, which overrides all other principles of international law, including the well-established principles of sovereign immunity”

¹⁹⁹ Ibid, p159

“Thus, the prohibition of torture under international law does not lead to a denial of State immunity in the absence of a statutory provision expressly authorizing a court to do so. Since there is no jus cogens exception to immunity in the SIA, a foreign State still enjoys immunity in respect of torture or other acts contrary to international law not falling within one of the express exceptions.”

²⁰⁰ Al-Adsani v. The United Kingdom (2001), para.3

“The applicant alleged that the English courts, by granting immunity from suit to the State of Kuwait, failed to secure enjoyment of his right not to be tortured and denied him access to a court, contrary to Articles 3, 6 § 1 and 13 of the Convention.”

ยืนยันฐานกฎหมายที่จะสรุปได้ว่า ภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ รัฐไม่สามารถอุบิโภคความคุ้มกันได้ต่อไปจากการฟ้องร้องทางแพ่งในศาลของรัฐอื่นที่การกระทำทรามานถูกกล่าวหา”²⁰¹

ผู้พิพากษา Matti Pellonpaa และ Nicolas Bratza ซึ่งเป็นผู้พิพากษาเสียงข้างมากได้เขียนคำวินิจฉัยส่วนบุคคลโดยระบุเพิ่มเติมว่า ถ้ากฎหมายลักษณะเด็ดขาดอยู่เหนือความคุ้มกันของรัฐแล้ว นั่นหมายความว่าความคุ้มกันของรัฐจากการบังคับคดี (State Immunity from execution) ย่อมมีศักดิ์ต่ำกว่ากฎหมายลักษณะเด็ดขาดเช่นเดียวกัน ด้วยเหตุนี้ อาจทำให้ศาลที่พิจารณาคดีสามารถบังคับยึดทรัพย์สินของรัฐ (State property) บัญชีธนาคารที่ใช้เพื่อจุดประสงค์ของรัฐ (Bank account for public purposes) หรือแม้กระทั่งสถาบันทางวัฒนธรรม (Cultural institutes) และอาจส่งผลถึงความร่วมมือระหว่างประเทศระหว่างรัฐ²⁰²

ผู้พิพากษาเสียงข้างน้อยจำนวนเสียง 6 เสียงใน 8 เสียงข้างน้อย เขียนความเห็นแย้งร่วมกันโดยต่างเห็นตรงกันว่ากฎหมายลักษณะเด็ดขาดอยู่เหนือกฎเกณฑ์ระหว่างประเทศทั่วไป (Ordinary international law) ซึ่งแน่นอนว่ารวมไปถึงหลักความคุ้มกันของรัฐ

“สำหรับลักษณะพื้นฐานของกฎหมายลักษณะเด็ดขาดตามแหล่งที่มาของกฎหมายในระบบกฎหมายระหว่างประเทศในปัจจุบันก็คือ กฎหมายลักษณะเด็ดขาดเอาชนะกฎเกณฑ์ใดๆก็ตามที่ไม่ได้มีสถานะเดียวกัน ในกรณีที่มีการขัดกันระหว่างกฎหมายลักษณะเด็ดขาดและกฎเกณฑ์อื่นใดของกฎหมายระหว่างประเทศ กฎหมายลักษณะเด็ดขาดอยู่เหนือกว่าเสมอ ผลลัพธ์ของความ

²⁰¹ Ibid, para.61

“Notwithstanding the special character of the prohibition of torture in international law, the Court is unable to discern in the international instruments, judicial authorities or other materials before it any firm basis for concluding that, as a matter of international law, a State no longer enjoys immunity from civil suit in the courts of another State where acts of torture are alleged.”

²⁰² Concurring Opinion of Judge Pellonpaa and Nicolas Bratza

“A holding that immunity is incompatible with Article 6 of the Convention because of the jus cogens nature of the prohibition of torture would have made it difficult to take into account any considerations of this kind. In other words, in order not to contradict itself the Court would have been forced to hold that the prohibition of torture must also prevail over immunity of a foreign State’s public property, such as bank accounts intended for public purposes, real estate used for a foreign State’s cultural institutes and other establishments abroad (including even, it would appear, embassy buildings), etc., since it has not been suggested that immunity of such public property from execution belongs to the corps of jus cogens.”

แพร่หลายเช่นว่าคือกฎเกณฑ์ที่ขัดกันถือว่าไม่มีผลและเป็นโมฆะ หรือในบางกรณีไม่มีผลทางกฎหมายที่ขัดกับเนื้อหาสาระของกฎเกณฑ์ที่ไม่อาจยกเว้นเป็นอย่างอื่นได้”²⁰³

1.2) The Jones Case (2014)

คดีนี้มีจุดเริ่มต้นมาจากคดี Jones v. The Kingdom of Saudi Arabia and another ²⁰³ ข้อเท็จจริงเดิมมีอยู่ว่า ช่วง ค.ศ. 2001 Ronald Jones คนชาติสหราชอาณาจักรซึ่งอาศัยและทำงานอยู่ในซาอุดีอาระเบียได้รับบาดเจ็บจากเหตุระเบิดร้านหนังสือใน Riyadh ในเวลาต่อมา Jones ถูกนำตัวส่งโรงพยาบาลโดยเจ้าหน้าที่ของซาอุดีอาระเบีย โดยฝ่าย Jones กล่าวหาว่า เจ้าหน้าที่ได้กักขังตัวไว้ถึง 67 วัน ซึ่งในระหว่างระยะเวลาดังกล่าว Jones ระบุว่า ถูกเจ้าหน้าที่ทุบตีด้วยไม้เท้าบริเวณมือ เท้า แขน และขา ถูกตบและต่อยบริเวณใบหน้า ถูกจับใส่กุญแจมือและโซ่ล่ามข้อเท้า ถูกห้ามไม่ให้นอนหลับ และถูกบังคับให้กินยาเปลี่ยนความคิด (Mind-altering drugs) เมื่อ Jones ได้รับการปล่อยตัวและกลับสู่สหราชอาณาจักร Jones ได้เข้ารับการตรวจร่างกายจากแพทย์ ซึ่งผลตรวจสรุปว่าการบาดเจ็บที่ Jones ได้รับนั้นสอดคล้องกับข้อกล่าวหาที่ Jones ได้กล่าวหาต่อซาอุดีอาระเบีย²⁰⁴

วันที่ 27 มีนาคม ค.ศ. 2002 Jones ยื่นคำฟ้องต่อศาลสหราชอาณาจักรเป็นคดีแพ่งเรียกร้องค่าเสียหายต่อรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยซาอุดีอาระเบีย (Ministry of Interior) และพันโท Abdul Aziz ในฐานะเจ้าหน้าที่ของซาอุดีอาระเบีย ต่อมาฝ่ายซาอุดีอาระเบียได้ยื่นคำร้องอ้างความคุ้มกันของรัฐต่อศาล และในวันที่ 30 มิถุนายน ค.ศ. 2003 ศาลวินิจฉัยให้ซาอุดีอาระเบียได้รับความคุ้มกันภายใต้ข้อที่ 1(1) ของ SIA²⁰⁵ ฝ่าย Jones ยื่นอุทธรณ์ ศาลอุทธรณ์วินิจฉัยให้อุทธรณ์ได้เฉพาะส่วนของการฟ้องพันโท Abdul Aziz และวินิจฉัยให้พันโท Abdul Aziz มีความผิดฐานกระทำการทรมาน อย่างไรก็ตาม ฝ่ายซาอุดีอาระเบียยื่นฎีกาต่อศาลสูง (House of Lord) ศาลสูงวินิจฉัยด้วยเสียงเอกฉันท์กลับคำพิพากษาศาลอุทธรณ์ โดยศาลเห็นว่าจำเลยทั้งหมดในคดีนี้ได้รับความคุ้มกันของรัฐทั้งหมดทุกข้อกล่าวหา ทั้งนี้ ในคำพิพากษาศาลสูงมีการกล่าวถึงประเด็นสำคัญที่เกี่ยวข้องกับความสัมพันธ์ระหว่างความคุ้มกันของรัฐกับกฎหมายลักษณะเด็ดขาดด้วยเช่นเดียวกัน

²⁰³ Joint Dissenting Opinion of Judge Rozakis and Caflisch joined by Judge Wildhaber, Costa, Cabral Barreto and Vjic, para.1

“For the basic characteristic of a jus cogens rule is that, as a source of law in the now vertical international legal system, it overrides any other rule which does not have the same status. In the event of a conflict between a jus cogens rule and any other rule of international law, the former prevails. The consequence of such prevalence is that the conflicting rule is null and void, or, in any event, does not produce legal effects which are in contradiction with the content of the peremptory rule.”

²⁰⁴ Jones and Others v. The United Kingdom Judgment, European Court of Human Rights, 2014, para.7-8

²⁰⁵ Ibid, para.9-10

โดย Lord Bingham และ Lord Hoffman เห็นตรงกันว่า ความคุ้มกันของรัฐเป็นกฎหมายบัญญัติ (Procedural law) ในขณะที่กฎหมายลักษณะเด็ดขาดนั้นเป็นกฎหมายสารบัญญัติ (Substantive law) กฎหมายทั้งสองนี้จึงจำกัดการใช้ที่แตกต่างกันออกไป²⁰⁶

เมื่อศาลสูงสหราชอาณาจักรวินิจฉัยให้ฝ่ายชาวคูเวตมีสิทธิได้รับความคุ้มกันของรัฐ ฝ่าย Jones จึงยื่นฟ้องสหราชอาณาจักรเป็นคดี Jones v. United Kingdom ต่อศาลสิทธิมนุษยชนยุโรป กล่าวหาว่า สหราชอาณาจักรละเมิดข้อที่ 6(1) สิทธิในการเข้าถึงกระบวนการทางกฎหมาย (Access to legal process) ของโจทก์ อย่างไรก็ตาม ศาลาปฏิเสศข้อโต้แย้งของโจทก์ โดยการอ้างคดี Al-Adsani ที่วินิจฉัยว่า ในปัจจุบันยังไม่มีกฎหมายระหว่างประเทศ หรือแนวปฏิบัติของรัฐใดๆจะยืนยันได้ว่า การทรมานซึ่งเป็นการละเมิดกฎหมายลักษณะเด็ดขาดถือว่าเป็นข้อยกเว้นของการใช้ความคุ้มกันของรัฐ นอกจากนี้ศาลยังอธิบายเพิ่มเติมไว้ด้วยว่า

“ในหลายปีที่ผ่านมา ทั้งก่อนและหลังคำพิพากษาของศาลสูงสหราชอาณาจักรในคดีนี้ มีรัฐจำนวนมากได้พิจารณาว่า ในปัจจุบันกฎหมายลักษณะเด็ดขาดเป็นข้อยกเว้นของความคุ้มกันของรัฐในคดีแพ่งที่ฟ้องต่อรัฐต่างประเทศหรือไม่ ... อย่างไรก็ตาม ไม่มีความจำเป็นที่ศาลนี้จะพิจารณาพัฒนาการทั้งหลายเหล่านี้ในเนื้อหาสาระ เนื่องจากคำพิพากษาศาลยุติธรรมระหว่างประเทศระหว่างเยอรมนีกับอิตาลี ซึ่งถือได้ว่าสำหรับศาลนี้ว่า คำพิพากษาศาลยุติธรรมระหว่างประเทศมีอำนาจผูกพัน เช่นเดียวกับเนื้อหาของกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ โดยได้สร้างหลักเกณฑ์ในเดือนกุมภาพันธ์ ค.ศ. 2012 ว่า ไม่มีข้อยกเว้นจากกฎหมายลักษณะเด็ดขาดในเรื่องความคุ้มกันของรัฐเกิดขึ้นอย่างเป็นรูปธรรม”²⁰⁷

ควรระบุไว้ในเนื้อหาส่วนของศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปด้วยว่า ในท้ายที่สุดแล้วศาลวินิจฉัยให้ยกฟ้องโจทก์ทั้งสองคดี เพราะการที่ศาลภายในให้ความคุ้มกันของรัฐแก่รัฐต่างประเทศนั้นเป็นไปตามหลักเกณฑ์ 2 ข้อ กล่าวคือ การให้ความคุ้มกันของรัฐนั้นเป็น 1. การแสวงหาประโยชน์ที่ชอบธรรม (Legitimate aim) และ 2. มีความสัมพันธ์ที่เหมาะสมในความได้สัดส่วน

²⁰⁶ Pietro di Ciaccio, A Torturer's Manifesto? Impunity through Immunity in Jones v The Kingdom of Saudi Arabia, Sydney Law Review, p.552-553, 557

²⁰⁷ Jones and Others v. The United Kingdom Judgment, European Court of Human Rights, 2014, para.197-198

“In recent years, both prior to and following the House of Lords judgment in the present case, a number of national jurisdictions have considered whether there is now a jus cogens exception to State immunity in civil claims against the State ... However, it is not necessary for the Court to examine all of these developments in detail since the recent judgment of the International Court of Justice in Germany v. Italy – which must be considered by this Court as authoritative as regards the content of customary international law – clearly establishes that, by February 2012, no jus cogens exception to State immunity had yet crystallised”

(Proportionality) จำเลยซึ่งก็คือสหราชอาณาจักรในทั้งสองคดีจึงไม่ได้ละเมิดสิทธิในการเข้าถึงกระบวนการทางกฎหมาย (Access to legal process) ทั้งนี้ ในการต่อสู้คดีมีการยกข้อต่อสู้เรื่องความสัมพันธ์ของหลักความคุ้มกันของรัฐกับกฎหมายลักษณะเด็ดขาดเข้ามาด้วย ซึ่งเป็นเนื้อหาสาระส่วนหนึ่งของคดี อย่างไรก็ตาม ศาลมิได้เห็นพ้องกับข้อโต้แย้งของโจทก์ในทั้งสองคดี

จากการศึกษาในบทที่ 2 พบว่า หลักการทั่วไปของกฎหมายระหว่างประเทศมีแนวโน้มในการยอมรับสิทธิของปัจเจกชนในฐานะผู้รับสิทธิที่จะได้รับการชดใช้ค่าเสียหายจากความรับผิดของรัฐมากยิ่งขึ้น อย่างไรก็ตาม ถ้อยคำในบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับการชดใช้ค่าเสียหายในกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศยังไม่มีข้อความชัดเจนมากเพียงพอที่จะสรุปได้ว่าบทบัญญัติได้ให้สิทธิแก่ปัจเจกชนหรือไม่ ทั้งนี้ แนวโน้มในปัจจุบันและคำอธิบายของนักกฎหมายระหว่างประเทศที่ได้รับการยอมรับต่างสนับสนุนการตีความบทบัญญัติให้ปัจเจกชนเป็นผู้รับสิทธิในการชดใช้ค่าเสียหายได้ แม้กระนั้นปัจเจกชนผู้ประสงค์จะใช้สิทธิดังกล่าวยังพบอุปสรรคปัญหาที่สำคัญอีกประการหนึ่ง กล่าวคือ ความคุ้มกันของรัฐ ซึ่งจากการศึกษาพบว่า ทรสารระหว่างประเทศที่เกี่ยวกับความคุ้มกันของรัฐไม่มีการพูดถึงความสัมพันธ์ระหว่างความคุ้มกันของรัฐกับการละเมิดกฎหมายมนุษยธรรมอย่างร้ายแรง ซึ่งกฎเกณฑ์ที่ถูกละเมิดนั้นได้รับสถานะเป็นกฎหมายลักษณะเด็ดขาดเอาไว้แต่อย่างไร ทรสารระหว่างประเทศเหล่านี้กำหนดเพียงสิทธิและหน้าที่ของรัฐที่ใช้และให้ความคุ้มกันของรัฐ นอกจากนี้ก็เป็นแค่การกำหนดถึงประเภทของการกระทำของรัฐเชิงพาณิชย์และรูปแบบของความคุ้มกันของรัฐเพียงเท่านั้น ทำให้มีความจำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องศึกษาแนวปฏิบัติของรัฐต่างๆ ที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างความคุ้มกันของรัฐกับกฎหมายลักษณะเด็ดขาด ผลลัพธ์จากการศึกษาที่ได้ก็คือ ศาลภายในจำนวนมากวินิจฉัยอย่างสอดคล้องไปในทิศทางเดียวกัน กล่าวคือ การละเมิดกฎหมายลักษณะเด็ดขาดไม่ถือเป็นข้อยกเว้นการใช้ความคุ้มกันของรัฐแต่อย่างไร ยิ่งไปกว่านั้น ศาลสิทธิมนุษยชนแห่งสหภาพยุโรปซึ่งเป็นศาลระหว่างประเทศระดับภูมิภาคที่สำคัญก็ปฏิเสธแนวคิดนี้เช่นเดียวกัน

ด้วยเหตุนี้ ปัญหาที่เกิดขึ้นคือ แม้ปัจเจกชนจะได้รับการยอมรับสิทธิในการได้รับชดใช้ค่าเสียหายตามกฎหมายระหว่างประเทศ แต่ความคุ้มกันของรัฐยังคงเข้ามาเป็นอุปสรรคในการแสวงหาการเยียวยาที่เหมาะสม โดยในบทที่ 3 จะได้ศึกษาถึงคดีของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศในคดี Jurisdictional Immunities of the States ซึ่งมีประเด็นเกี่ยวข้องกับความสัมพันธ์ระหว่างความคุ้มกันของรัฐกับกฎหมายลักษณะเด็ดขาด เพื่อพิจารณาว่าศาลเหล่านั้นมีมุมมองอย่างไรในความสัมพันธ์ของหลักการทั้งสอง

บทที่ 3

ข้อเท็จจริงและหลักกฎหมายในคำพิพากษาศาลยุติธรรมคดี Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening)

จากการศึกษาบทที่ 2 พบปัญหาจำนวนมากที่เข้ามาเป็นอุปสรรคขัดขวางไม่ให้ปัจเจกชนได้รับการชดเชยค่าเสียหายจากรัฐที่กระทำการละเมิดกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศอย่างร้ายแรง จากความไม่ชัดเจนของบทบัญญัติในอนุสัญญากรุงเฮกฉบับที่ 4 ค.ศ. 1907 (Hague Convention VI 1907) และพิธีสารเพิ่มเติมอนุสัญญาเจนีวา ค.ศ. 1949 ฉบับที่ 1 (Additional Protocol I of Geneva Convention 1949) ยิ่งไปกว่านั้น ศาลภายในมีโอกาสน้อยมากที่จะได้วินิจฉัยบทบัญญัตินี้ดังกล่าว เนื่องจากรัฐที่ถูกฟ้องเป็นคดีมักอ้างความคุ้มกันของรัฐขึ้นมา ส่งผลให้ศาลภายในไม่สามารถพิจารณาคดีได้

อย่างไรก็ตาม เมื่อวันที่ 3 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 2012 ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ (International Court of Justice) ได้มีคำพิพากษาคดี Jurisdictional Immunities of the State ระหว่างเยอรมนีกับอิตาลี และกรีซเข้าร่วม โดยเป็นคดีที่มีข้อเท็จจริงเกี่ยวกับความสัมพันธ์ในเรื่องการละเมิดกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศอย่างร้ายแรงกับหลักความคุ้มกันของรัฐ ซึ่งกฎหมายที่ถูกละเมิดนั้นได้รับสถานะเป็นกฎหมายลักษณะเด็ดขาด (jus cogens) ภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ นับได้ว่าเป็นคดีที่สามนับตั้งแต่คำพิพากษาในคดี *Arrest Warrant* และ *Armed Activities of the Territory of the Congo* ที่ได้มีการวินิจฉัยในประเด็นที่มีลักษณะคล้ายกัน และเนื่องจากเป็นคำพิพากษาของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ จึงมีความสำคัญต่อกฎหมายระหว่างประเทศ เพราะคำพิพากษานี้อาจถูกใช้เป็นแนวปฏิบัติของรัฐต่างๆในอนาคต อย่างไรก็ตาม ผลของคำพิพากษานี้ส่งผลในทางลบให้แก่ปัจเจกชนผู้ได้รับความเสียหายจากการละเมิดกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ จึงก่อให้เกิดประเด็นปัญหาที่ส่งผลให้ปัจเจกชนไม่สามารถใช้สิทธิในการเรียกร้องให้มีการชดเชยค่าเสียหายได้

ดังนั้น ในบทที่ 3 จะเป็นการศึกษาคดีศาลยุติธรรมระหว่างประเทศในคดี Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening) โดยจะทำการศึกษาถึงข้อโต้แย้งของทั้ง 2 ฝ่าย และการให้เหตุผลของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ ซึ่งจะสามารถแสดงให้เห็นว่ากฎหมายระหว่างประเทศในเรื่องความคุ้มกันของรัฐแท้จริงแล้วมีแนวโน้มพัฒนามาในทิศทางใด และมีความเปลี่ยนแปลงสำคัญใดๆเกิดขึ้นในระหว่างวิวัฒนาการจากช่วงเวลาที่ผ่านมา ทั้งยังเป็นพื้นฐานในการแสวงหาข้อท้าทายในอนาคต รวมไปถึงวิธีการหรือกลไกอื่นเพื่อให้สิทธิแก่ปัจเจกชนให้

ได้รับการชดเชยค่าเสียหายจากการละเมิดกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศอย่างร้ายแรงจากการกระทำของรัฐ

3.1 ข้อเท็จจริงและความเป็นมาของคดี

ช่วงปี ค.ศ. 1939 ได้เกิดสงครามโลกครั้งที่ 2 (World War II) ขึ้นระหว่างฝ่ายสัมพันธมิตร (Allies) กับฝ่ายอักษะ (Axis) ภายในระยะเวลาที่สงครามโลกครั้งที่ 2 ได้เกิดขึ้น มีผู้คนได้รับบาดเจ็บและเสียชีวิตลงเป็นจำนวนมากโดยมีสาเหตุมาจากการโจมตีของแต่ละฝ่ายในสงคราม และ 2 ประเทศในหลายๆประเทศที่ได้รับความเสียหายจากสงครามไม่ว่าจะเป็นความเสียหายต่อทรัพย์สินหรือต่อบุคคลก็ตาม ได้แก่ประเทศอิตาลีและประเทศกรีซ

ในเดือนมิถุนายน ค.ศ. 1940 อิตาลีได้เข้าร่วมสงครามโลกครั้งที่ 2 โดยอิตาลีแสดงเจตนาอย่างชัดเจนที่จะเป็นฝ่ายเดียวกับจักรวรรดิเยอรมัน (German Reich) ซึ่งเป็นประเทศผู้นำฝ่ายอักษะ ต่อมาในปี ค.ศ. 1943 เบนิตโต มุสโสลินี (Benito Mussolini) ผู้นำอิตาลีในขณะนั้นพ้นจากตำแหน่งอันเป็นเหตุให้อิตาลีต้องยอมแพ้ต่อฝ่ายสัมพันธมิตร เมื่ออิตาลีได้เข้ามาอยู่กับฝ่ายสัมพันธมิตรแล้วอิตาลีจึงได้ทำการประกาศสงครามกับเยอรมนี

อย่างไรก็ตาม พื้นที่ในอิตาลีส่วนใหญ่ยังถูกยึดครองด้วยกองกำลังทหารของเยอรมนีและในระหว่างปี ค.ศ. 1943 จนถึงการสิ้นสุดของสงครามโลกครั้งที่ 2 กองกำลังทหารของเยอรมนีได้ทำการลงโทษผู้ที่ก่อความวุ่นวายในดินแดนอิตาลี โดยมีการสังหารหมู่พลเรือนและมีการส่งพลเรือนจำนวนมากในอิตาลีไปเป็นแรงงานบังคับ (Forced labour) นอกจากนี้กองกำลังทหารฝ่ายอิตาลีที่ถูกทหารของฝ่ายเยอรมนีจับกุมได้จำนวนมากไม่ได้รับสถานะนักโทษสงคราม (Prisoner of war) และทหารอิตาลีที่ถูกจับเหล่านี้ยังถูกส่งไปยังเยอรมนีเพื่อใช้เป็นแรงงานบังคับในเยอรมนี²⁰⁸

เมื่อสงครามโลกครั้งที่ 2 ได้สิ้นสุดลงฝ่ายสัมพันธมิตรสามารถกำชัยชนะเหนือฝ่ายอักษะ จึงได้มีการทำสนธิสัญญาสันติภาพ (Peace treaty) ขึ้นระหว่างฝ่ายสัมพันธมิตรกับอีกหลายๆประเทศที่เป็นฝ่ายพ่ายแพ้ในสงคราม และในวันที่ 10 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 1947 ฝ่ายสัมพันธมิตรได้ทำสนธิสัญญาสันติภาพกับอิตาลีโดยใจความสำคัญของสนธิสัญญานี้เกี่ยวข้องกับผลที่ตามมาภายหลังจากสงครามในเรื่องสถานะทางกฎหมายและสถานะทางเศรษฐกิจ²⁰⁹ มีข้อบทที่สำคัญคือ ข้อบทที่ 77 ระบุว่า

“1. นับตั้งแต่การมีผลบังคับใช้ของสนธิสัญญานี้ ทรัพย์สินในเยอรมนีที่เป็นของอิตาลีหรือของคนชาติอิตาลีจะไม่ถูกปฏิบัติเป็นทรัพย์สินของศัตรู (Enemy property) และข้อจำกัดทั้งหมดอันเกิดจากการปฏิบัติเช่นว่าจะถูกยกเลิก

²⁰⁸ Jurisdictional Immunities of the States (Germany v. Italy: Greece intervening), para.20.

²⁰⁹ Ibid, para.21

2. ทรัพย์สินที่สามารถระบุได้ (Identifiable) ของอิตาลีและของชนชาติอิตาลีที่ถูกเอาไปโดยการบังคับหรือการขู่เข็ญจากดินแดนของอิตาลีไปยังเยอรมนีโดยกองกำลังของเยอรมนี หรือเจ้าหน้าที่ของเยอรมนีภายหลังวันที่ 3 กันยายน ค.ศ. 1943 มีสิทธิที่ได้รับการชดเชยคืน

3. การฟื้นฟูหรือการชดเชยคืนในทรัพย์สินของอิตาลีในเยอรมนีจะเกิดขึ้นได้ตามมาตรการต่างๆที่จะกำหนดโดยผู้ใช้อำนาจในการยึดครองเยอรมนี

4. ... อิตาลีสละสิทธิในนามของรัฐและในนามของชนชาติอิตาลีในทุกข้อเรียกร้องต่อเยอรมนีและชนชาติเยอรมนีที่ยังหาข้อยุติไม่ได้ที่เกิดขึ้นถึงวันที่ 8 พฤษภาคม ค.ศ. 1945 เว้นแต่ข้อเรียกร้องใดๆที่เกิดขึ้นจากสัญญาและพันธกรณีอื่นๆที่มีผลก่อนวันที่ 1 กันยายน ค.ศ. 1939 การสละสิทธินี้รวมถึงหนี้สินต่างๆ และข้อเรียกร้องของระหว่างรัฐ (inter-governmental claims) อันเกี่ยวกับการจัดการในเรื่องของสงคราม และข้อเรียกร้องทั้งหมดอันเกี่ยวกับการสูญเสียหรือได้รับความเสียหายที่เกิดขึ้นระหว่างสงคราม”²¹⁰

เมื่อพิจารณาจากสนธิสัญญาสันติภาพระหว่างฝ่ายสัมพันธมิตรกับอิตาลีฉบับนี้ จะเห็นได้ว่าฝ่ายสัมพันธมิตรต้องการให้อิตาลีสละสิทธิในข้อเรียกร้องต่างๆไม่ว่าจะในนามของอิตาลีหรือในนามของชนชาติ อิตาลีเพื่อป้องกันที่จะไม่ให้เกิดการฟ้องร้องจำนวนมากที่จะเกิดขึ้นตามมา เพราะทุกครั้งภายหลังจากเกิดสงครามจะมีผู้ได้รับความเสียหายจากสงครามจำนวนมากต้องการการเยียวยาและได้รับการชดเชยค่าเสียหาย จึงทำให้เกิดการนำคดีขึ้นสู่ศาลจำนวนมากไม่ว่าจะเป็นจากผู้ได้รับความเสียหายเองโดยตรงหรือโดยทางอ้อมผ่านทนายทนายของผู้ได้รับความเสียหาย

ต่อมาในปี ค.ศ. 1953 สหพันธรัฐเยอรมนี (Federal Republic of Germany) ได้รับร่างกฎหมายที่มีชื่อว่า Federal Compensation Law concerning Victims of National Socialist

²¹⁰ Ibid, para.22

“1. From the coming into force of the present Treaty property in Germany of Italy and of Italian nationals shall no longer be treated as enemy property and all restrictions based on such treatment shall be removed.

2. Identifiable property of Italy and of Italian nationals removed by force or duress from Italian territory to Germany by German forces or authorities after September 3, 1943, shall be eligible for restitution.

3. The restoration and restitution of Italian property in Germany shall be effected in accordance with measures which will be determined by the Powers in occupation of Germany.

4. Without prejudice to these and to any other dispositions in favour of Italy and Italian nationals by the Powers occupying Germany, Italy waives on its own behalf and on behalf of Italian nationals all claims against Germany and German nationals outstanding on May 8, 1945, except those arising out of contracts and other obligations entered into, and rights acquired, before September 1, 1939. This waiver shall be deemed to include debts, all intergovernmental claims in respect of arrangements entered into in the course of the war, and all claims for loss or damage arising during the war.”

Persecution (Bundesentschädigungsgesetz (BEG))²¹¹ ซึ่งมีเนื้อหาสำคัญคือ การชดใช้ค่าเสียหายให้แก่บุคคลบางประเภท (Certain categories) ที่ตกเป็นเหยื่อของนาซี (Nazi) อย่างไรก็ตาม เมื่อกฎหมายฉบับนี้ออกมา คนชาติอิตาลีจำนวนมากพยายามที่จะเรียกร้องการชดใช้ค่าเสียหายจากกฎหมายฉบับนี้แต่ไม่สามารถทำได้ เนื่องจากผู้ร้องไม่เข้าเงื่อนไขตามนิยามของผู้ได้รับความเสียหายตามกฎหมายฉบับนี้ หรือผู้ร้องไม่ได้มีถิ่นที่อยู่ (Domicile) หรือที่พักถาวร (Permanent resident) ในเยอรมนีตามที่กฎหมายได้กำหนดไว้²¹²

ด้วยเหตุนี้ จึงทำให้เกิดการแก้ไขกฎหมายในปี ค.ศ. 1965 ให้กฎหมายครอบคลุมข้อเรียกร้องของบุคคลที่ได้รับการกดขี่ข่มเหงอันมีสาเหตุจากสัญชาติหรือการเป็นสมาชิกของกลุ่มชาติพันธุ์ที่ไม่ใช่ชาวเยอรมนี ในขณะที่กฎหมายยังกำหนดเพิ่มเติมว่าบุคคลที่สามารถจะเรียกร้องได้นั้นจะต้องมีสถานะผู้ลี้ภัย (Refugee) ตั้งแต่ 1 ตุลาคม ค.ศ. 1953 แม้จะมีการแก้ไขกฎหมายฉบับนี้ คนชาติอิตาลีจำนวนมากก็ยังไม่เข้าเงื่อนไขตามกฎหมายที่จะได้รับการชดใช้ค่าเสียหายเพราะเนื่องจากผู้ร้องไม่ได้มีสถานะผู้ลี้ภัยตั้งแต่วันที่ 1 ตุลาคม ค.ศ. 1953 และด้วยเหตุนี้ทำให้คำร้องต่อศาลเยอรมนีที่คนชาติอิตาลีได้ทำการยื่นไปถูกยกคำร้องทั้งหมด²¹³

จากปัญหาของกฎหมายฉบับนี้จึงทำให้เกิดความตกลง (Agreements) ระหว่างเยอรมนีกับอิตาลีขึ้นจำนวน 2 ฉบับ โดยในฉบับแรกซึ่งมีผลบังคับใช้เมื่อวันที่ 16 กันยายน ค.ศ. 1963 มีความเกี่ยวข้องกับ ‘การระงับข้อพิพาทอันเกี่ยวกับทรัพย์สินบางประเภทและปัญหาเกี่ยวกับการเงินและเศรษฐกิจ’ (Settlement of certain property-related, economic and financial questions) ภายใต้ความตกลงฉบับนี้ในข้อที่ 1 เยอรมนีจะจ่ายค่าชดใช้ความเสียหายให้แก่อิตาลีสำหรับปัญหาใดๆที่มีลักษณะทั่วไปทางเศรษฐกิจ (Economic nature) ที่ยังคงค้างชำระอยู่²¹⁴ และในข้อที่ 2 ของความตกลงระบุว่า

“1. รัฐบาลอิตาลีขอประกาศว่าการเรียกร้องสิทธิต่างๆที่ยังไม่ได้มีการชำระ ไม่ว่าจะเป็นการเรียกร้องจากรัฐหรือบุคคลตามกฎหมายของอิตาลีต่อสหพันธรัฐเยอรมนีหรือบุคคลตามกฎหมายของเยอรมนี ให้มีขอบเขตตามสิทธิและสถานการณ์ที่เกิดขึ้นระหว่างระยะเวลาวันที่ 1 กันยายน ค.ศ. 1939 ถึง 8 พฤษภาคม ค.ศ. 1945

2. รัฐบาลอิตาลีจะจ่ายค่าชดเชยให้กับสหพันธรัฐเยอรมนีหรือบุคคลตามกฎหมายเยอรมนีสำหรับกระบวนการพิจารณาทางศาลที่เป็นไปได้ หรือการฟ้องร้องทางกฎหมายอื่นๆ อันเกิดจากบุคคลตามกฎหมายของอิตาลีหากมีการเรียกร้องตามข้อเรียกร้องที่ได้กล่าวมาในวรรค 1”²¹⁵

²¹¹ Ibid, para.23

²¹² Ibid, para.23

²¹³ Ibid, para.23

²¹⁴ Ibid, para.24

²¹⁵ Ibid, para.24

ความตกลงฉบับที่ 2 ซึ่งมีผลบังคับใช้เมื่อวันที่ 31 มิถุนายน ค.ศ. 1963 มีความเกี่ยวข้องกับ ‘ค่าชดเชยความเสียหายสำหรับคนชาติอิตาลีที่ได้รับความเสียหายจากมาตรการต่างๆของชาติสังคมนิยม’ (Compensation for Italian nationals subjected to National Socialist measures of persecution) สารสำคัญของความตกลงฉบับนี้คือ สหพันธ์รัฐเยอรมนีจะจ่ายค่าชดเชยความเสียหายให้กับคนชาติอิตาลีที่ได้รับความเสียหายจากมาตรการต่างๆ ภายใต้ข้อที่ 1 ของความตกลงฉบับนี้ เยอรมนีตกลงที่จะจ่ายให้อิตาลี เป็นเงินจำนวน 40 ล้าน Deutsche โดยมีเจตนารมณ์ในการชดเชยเงินจำนวนนี้ว่า

“เพื่อประโยชน์ของคนชาติอิตาลี ด้วยเหตุแห่งเชื้อชาติ ผู้ที่ครุฑหรืออุดมการณ์ต้องตกอยู่ภายใต้มาตรการการกดขี่ข่มเหงของชาติสังคมนิยม และผู้ที่ทรมานจากความสูญเสียเสรีภาพหรือความเสียหายแก่สุขภาพอันเกิดจากผลของการใช้มาตรการเหล่านั้น และเพื่อประโยชน์ของผู้ที่ต้องพึ่งพาผู้ที่เสียชีวิตอันเกิดมาจากผลของมาตรการต่างๆ”²¹⁶

และในข้อที่ 3 กำหนดว่าการจ่ายเงินของสหพันธ์รัฐเยอรมนีในครั้งนี้ถือว่าเป็นการระงับข้อพิพาทในการชดเชยค่าเสียหายครั้งสุดท้ายระหว่างเยอรมนีกับอิตาลี

“... การชดเชยที่ให้ตามข้อที่ 1 ถือว่าเป็นการระงับข้อพิพาทสุดท้ายระหว่างสหพันธ์รัฐเยอรมนีและสาธารณรัฐอิตาลีในทุกปัญหาที่ได้ให้อำนาจไว้ตามสนธิสัญญาฉบับนี้”²¹⁷

หลังจากความตกลงระหว่างสหพันธ์รัฐเยอรมนีกับสาธารณรัฐอิตาลี 2 ฉบับได้ทำเสร็จสิ้นและมีผลบังคับใช้ ถัดต่อมาในวันที่ 2 สิงหาคม ค.ศ. 2000 สหพันธ์รัฐเยอรมนีรับกฎหมายที่ใช้ในการจัดตั้ง

“(1) The Italian Government declares all outstanding claims on the part of the Italian Republic or Italian natural or legal persons against the Federal Republic of Germany or German natural or legal persons to be settled to the extent that they are based on rights and circumstances which arose during the period from 1 September 1939 to 8 May 1945.

(2) The Italian Government shall indemnify the Federal Republic of Germany and German natural or legal persons for any possible judicial proceedings or other legal action by Italian natural or legal persons in relation to the above-mentioned claims.”

²¹⁶ Ibid, para.25

“for the benefit of Italian nationals who, on grounds of their race, faith or ideology were subjected to National-Socialist measures of persecution and who, as a result of those persecution measures, suffered loss of liberty or damage to their health, and for the benefit of the dependents of those who died in consequence of such measures”.

²¹⁷ Ibid, para.25

“... the payment provided for in Article 1 shall constitute final settlement between the Federal Republic of Germany and the Italian Republic of all questions governed by the present Treaty.”

มูลนิธิมีชื่อเรียกว่า “Remembrance, Responsibility and Future Foundation” (Stiftung Erinnerung, Verantwortung und Zukunft) โดยเจตนาของการตั้งมูลนิธินี้ก็เพื่อที่ระดมทุนให้แก่ปัจเจกชน (Individuals) ที่ถูกนำไปเป็นแรงงานบังคับ รวมถึงให้ทุนแก่ปัจเจกชนที่ได้รับความอยุติธรรม (Injustice) จากชาติสังคมนิยมในสมัยสงครามโลกครั้งที่ 2 กระนั้นมูลนิธิที่ตั้งขึ้นมาไม่ได้มอบเงินโดยตรงแก่ปัจเจกชนที่มีคุณสมบัติที่จะได้รับเงิน แต่มูลนิธิทำหน้าที่เป็นองค์กรความร่วมมือ (Partner organizations) ซึ่งรวมถึง International Organization for Migration in Geneva ด้วย ในการมอบเงินให้แก่ปัจเจกชนในนามขององค์กรความร่วมมือ

อย่างไรก็ตาม ปัญหาของการจัดตั้งมูลนิธินี้ก็เกิดขึ้นเนื่องจากข้อที่ 11 ของกฎหมายที่ใช้จัดตั้งมูลนิธิได้กำหนดข้อจำกัดบางประการต่อบุคคลบางประเภทเอาไว้ เป็นสาเหตุให้บุคคลเหล่านี้ไม่สามารถได้รับเงินค่าชดเชยความเสียหายจากมูลนิธิได้ หนึ่งในผลกระทบของบทบัญญัตินี้ก็คือ การแยกสิทธิในการได้รับการชดเชยค่าเสียหายของบุคคลที่มีสถานะนักโทษสงครามในช่วงสงครามโลกครั้งที่ 2 เว้นแต่บุคคลกลุ่มนี้จะถูกส่งไปขังในค่ายกักกัน (Concentration camps) สาเหตุที่กฎหมายจัดตั้งมูลนิธิได้แยกบุคคลที่เป็นนักโทษสงครามเอาไว้ในคำอธิบาย (Commentary) ของกฎหมายฉบับนี้ โดยผู้ร่างได้ให้เหตุผลว่านักโทษสงครามตามกฎหมายระหว่างประเทศสามารถให้ไปทำงานได้โดยอำนาจของฝ่ายที่จับกุมได้²¹⁸

ด้วยเหตุนี้ทำให้อดีตนักโทษทหาร (Italian military internees) ในช่วงสงครามโลกครั้งที่ 2 ยื่นคำร้องเพื่อขอค่าชดเชยความเสียหายตามกฎหมายจัดตั้งมูลนิธิ ซึ่งในปี ค.ศ. 2001 เจ้าหน้าที่ของเยอรมนีชี้แจงว่าภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศแล้ว จักรวรรดิเยอรมนีฝ่ายเดียวไม่สามารถเปลี่ยนสถานะของอดีตทหารอิตาลีที่ถูกกักขังจากนักโทษสงครามไปเป็นคนงานพลเรือน (Civilian worker) ได้²¹⁹ ดังนั้น จึงถือว่าอดีตนักโทษทหารไม่เคยสูญเสียสถานะนักโทษสงครามแต่อย่างใด ด้วยเหตุนี้เอง การได้รับสถานะนักโทษสงครามจึงไม่สามารถใช้สิทธิเรียกร้องได้ตามกฎหมายฉบับนี้ ความพยายามของอดีตนักโทษทหารในการยื่นคำร้องขอค่าชดเชยค่าเสียหายต่อรัฐบาลเยอรมนีจึงถูกปฏิเสธในทุกๆ ครั้ง

แม้กระนั้นอดีตนักโทษทหารก็ยังทำการยื่นคำร้องต่อศาลเยอรมนีเพื่อให้มีคำวินิจฉัย อย่างไรก็ตาม ถูกศาลปฏิเสธทุกครั้ง โดยศาลให้เหตุผลว่าเนื่องจากผู้ร้องเป็นนักโทษสงครามจึงไม่เข้าหลักเกณฑ์ตามที่กฎหมายกำหนด และในวันที่ 28 มิถุนายน ค.ศ. 2004 องค์กรคณะของศาลรัฐธรรมนูญเยอรมัน (Chamber of the German Constitutional Court) ได้วินิจฉัยว่าข้อที่ 11 วรรค 3 ที่กำหนดให้แยกนักโทษสงครามไม่ให้ได้รับค่าชดเชยค่าเสียหายไม่เป็นการละเมิดสิทธิในความเท่าเทียมตามกฎหมายที่ได้รับรองตามรัฐธรรมนูญของเยอรมนีและกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีเมือง (Public international law) ก็ไม่ได้ให้สิทธิปัจเจกชน (Individual right) ในการเรียกค่าชดเชย

²¹⁸ Ibid, para.26

²¹⁹ Ibid, para.26

ความเสียหายสำหรับแรงงานบังคับ²²⁰ แต่ความพยายามของอดีตทหารอิตาลีที่ถูกกักขังยังไม่จบลง มีการยื่นคำฟ้องสหพันธรัฐเยอรมนีต่อศาลสิทธิมนุษยชนยุโรป (European Court of Human Rights) ในวันที่ 20 ธันวาคม ค.ศ. 2004 และเมื่อวันที่ 4 กันยายน ค.ศ. 2007 องค์คณะของศาลได้ออกคำวินิจฉัยว่าคำฟ้องที่ได้ยื่นมาไม่สอดคล้องกับเขตอำนาจเหนือเนื้อหาของคดี (*Incompatible ratione materiae*) ตามบทบัญญัติของ Convention on the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms²²¹ ดังนั้นศาลจึงเห็นควรไม่รับฟ้อง (*Inadmissible*)

จากที่ได้กล่าวมาข้างต้นเป็นข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นก่อนที่มาของข้อพิพาทอันนำไปสู่การฟ้องร้องคดีในศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ เนื่องด้วยสนธิสัญญา หรือความตกลงทั้ง 2 ฉบับที่ได้ทำขึ้นเป็นการจำกัดสิทธิของผู้ที่ได้รับความเสียหายจากสงครามโลกครั้งที่ 2 จากการกระทำของฝ่ายอักษะ อันเป็นเหตุให้ผู้ได้รับความเสียหายหรือทายาทของผู้ที่ได้รับความเสียหายไม่สามารถเรียกร้องให้สหพันธรัฐเยอรมนีซึ่งเป็นประเทศผู้นำฝ่ายอักษะชดเชยค่าความเสียหายได้ นอกจากนี้แม้ว่าสหพันธรัฐเยอรมนีจะตั้งมูลนิธิขึ้นมายังมีข้อจำกัดสิทธิในการเรียกร้องเหมือนเช่นเดิม ทั้งนี้ ผู้ที่ได้รับความเสียหายเรียกร้องไปยังศาลภายในของสหพันธรัฐเยอรมนี รวมถึงศาลระหว่างประเทศอย่างศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปก็ยังคงถูกปฏิเสธการชดเชยค่าเสียหายเรื่อยมา ผู้ที่ได้รับความเสียหายจึงมีความจำเป็นต้องฟ้องคดีในศาลภายในและให้บังคับคดีกับทรัพย์สินของสหพันธรัฐเยอรมนีที่ตั้งอยู่ภายในรัฐที่มีการพิจารณาคดีเพื่อชดเชยค่าเสียหายที่เกิดขึ้น จึงทำให้เกิดประเด็นขึ้นสู่ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ โดย 2 คดีที่มีการฟ้องร้องสหพันธรัฐเยอรมนีในศาลภายในมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

1) คดีในศาลประเทศอิตาลี (Proceedings before Italian Courts)

วันที่ 23 กันยายน ค.ศ. 1998 นายลุยจี เฟอร์ินี (Luigi Ferrini) คนชาติอิตาลีซึ่งเคยถูกจับในเดือนสิงหาคม ปี ค.ศ. 1944 และถูกส่งตัวไปยังเยอรมนี ระหว่างที่อยู่ในเยอรมนี เฟอร์ินีถูกกักขังรวมถึงถูกบังคับให้ทำงานในโรงงานผลิตยุทธภัณฑ์จนกระทั่งสิ้นสุดสงคราม ต่อมาเฟอร์ินีได้ยื่นคำฟ้องสหพันธรัฐเยอรมนีต่อศาลจังหวัด Arezzo ในประเทศอิตาลี (Court of Arezzo) ในวันที่ 3 พฤศจิกายน ค.ศ. 2000 ศาล Arezzo วินิจฉัยไม่รับคำฟ้องของเฟอร์ินี โดยให้เหตุผลว่าเยอรมนีเป็นรัฐอธิปไตย (Sovereign state) ดังนั้น เยอรมนีจึงมีความคุ้มกันของรัฐจากเขตอำนาจศาล

²²⁰ Ibid, para.26

“...held that Article 11, paragraph 3, of the 2000 Federal Law, which excluded reparation for prisoners of war, did not violate the right to equality before the law guaranteed by the German Constitution, and that public international law did not establish an individual right to compensation for forced labour.”

²²¹ Ibid, para.26

“... a Chamber of that Court declared that the application was “incompatible ratione materiae” with the provisions of the Convention on the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms and its protocols and therefore was declared inadmissible.”

(Jurisdictional immunity) เฟอร์นีย์ยื่นอุทธรณ์ต่อศาลอุทธรณ์ (Court of Appeal of Florence) ศาลอุทธรณ์ปฏิเสธคำอุทธรณ์ของเฟอร์นีย์และให้เหตุผลเดียวกับศาลชั้นต้นตามที่ได้อ้างมา

อย่างไรก็ตาม เฟอร์นีย์ยื่นฎีกาต่อศาลสูงอิตาลี (Court of Cassation) และในวันที่ 24 มีนาคม ค.ศ. 2004 ศาลสูงวินิจฉัยว่า ศาลอิตาลีมีเขตอำนาจเหนือคำฟ้องใดๆ อันเกี่ยวกับการเรียกร้องค่าเสียหายตามที่เฟอร์นีย์ได้ยื่นคำฟ้องมา โดยศาลสูงให้เหตุผลว่า ความคุ้มกันของรัฐไม่สามารถนำมาใช้กับสถานการณ์ที่การกระทำที่ถูกล่ามหนำเป็นการกระทำอาชญากรรมระหว่างประเทศ (International crime)

ภายหลังจากที่ศาลสูงอิตาลีเห็นว่าศาลอิตาลีมีเขตอำนาจในการรับฟ้อง ส่วนบุคคลจึงถูกส่งกลับไปยังศาลชั้นต้นที่ Arezzo เพื่อให้มีการวินิจฉัย ซึ่งศาล Arezzo ได้มีคำวินิจฉัยในวันที่ 12 เมษายน ค.ศ. 2007 โดยศาลเห็นว่าแม้ว่าศาลจะมีเขตอำนาจในการรับฟ้องในคดีนี้ แต่การเรียกร้องให้มีการชดใช้ (Reparation) นั้นหมดอายุความ อย่างไรก็ตาม ศาลอุทธรณ์ไม่เห็นด้วยกับศาลชั้นต้น ศาลอุทธรณ์เห็นว่าเยอรมนีควรจ่ายค่าเสียหาย (Damages) ให้แก่เฟอร์นีย์ และให้เหตุผลว่าความคุ้มกันของรัฐจากเขตอำนาจไม่ได้มีลักษณะเด็ดขาด (Absolute) และไม่สามารถกล่าวอ้างได้โดยรัฐใดรัฐหนึ่งจากการกระทำของรัฐนั้นๆ ที่มีลักษณะเป็นอาชญากรรมภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ (Crimes under international law)²²²

นับตั้งแต่ศาลสูงของอิตาลีได้มีคำวินิจฉัยว่าศาลอิตาลีมีเขตอำนาจในการรับฟ้องคดีเรียกร้องค่าชดใช้ความเสียหาย และหลักความคุ้มกันของรัฐไม่สามารถอ้างได้ในกรณีที่เป็นอาชญากรรมระหว่างประเทศ ก็มีบุคคลจำนวนมากนำคดีขึ้นฟ้องต่อศาลชั้นต้นใน Turin และ Sciacca ทั้ง 2 คดีที่ฟ้องต่อศาลเกี่ยวข้องกับกรณีการเนรเทศ (Deportation) และการเป็นแรงงานบังคับในเยอรมนีในช่วงปี ค.ศ. 1943-1945 ซึ่งในขณะเดียวกันทางเยอรมนีได้ทำการยื่นคำร้องไปยังศาลสูงของอิตาลียืนยันว่าศาลอิตาลีไม่มีอำนาจรับฟ้องหรือพิจารณาคดีเนื่องจากเยอรมนีมีความคุ้มกันของรัฐ แม้กระนั้นคำสั่งลงวันที่ 29 พฤษภาคม ค.ศ. 2008 ศาลสูงอิตาลียังคงยืนยันว่าศาลอิตาลีมีเขตอำนาจเหนือคำฟ้องที่ได้มีการยื่นฟ้องเยอรมนีเพื่อเรียกร้องให้ชดใช้ค่าเสียหาย²²³

นอกจากนี้ศาลสูงของอิตาลียังคงยืนยันการให้การให้เหตุผลในคดี Ferrini ในบริบทที่ต่างกันออกไปจากการพิจารณาคดี Mr. Max Josef Milde อดีตสมาชิกของหน่วยกองกำลังทหาร “Hermann Göring” โดย Max Josef Milde ถูกจับกุมในข้อหามีส่วนร่วมในการสังหารหมู่ (Massacres) เมื่อ 29 มิถุนายน ค.ศ. 1944 ในเมือง Civitella, Cornia และ San Pancrazio ประเทศอิตาลี ต่อมาศาลทหารประจำจังหวัด La Spezia (the Military Court of La Spezia) ตัดสินให้ Max Josef Milde ถูกจำคุกตลอดชีวิตและสั่งให้ Max Josef Milde ร่วมกันหรือแทนกัน

²²² Ibid, para.27

²²³ Ibid, para.28

กับ (Jointly or severally) เยอรมนีคดีใช้ค่าเสียหายให้กับทายาทในนามของเหยื่อที่ถูกสังหารหมู่ในเหตุการณ์ดังกล่าว

เมื่อคำวินิจฉัยของศาลออกมา ทางฝ่ายเยอรมนีทำการยื่นอุทธรณ์ต่อศาลอุทธรณ์ทหาร (Military Appeal Court in Rome) เพื่อโต้แย้งคำวินิจฉัยของศาลทหารชั้นต้น อย่างไรก็ตาม ศาลอุทธรณ์ทหารยกคำอุทธรณ์ เยอรมนีจึงยื่นฎีกาต่อศาลสูงอิตาลี แต่ศาลสูงอิตาลีปฏิเสธข้อโต้แย้งของเยอรมนีที่ว่า ศาลอิตาลีไม่มีเขตอำนาจและศาลสูงยังยืนยันการให้เหตุผลในคดีเฟอรินี่ว่า กรณีคดีที่เกี่ยวข้องอาชญากรรมระหว่างประเทศ ความคุ้มกันของรัฐจากเขตอำนาจควรจะถูกระงับการใช้²²⁴

2) คดีในศาลประเทศกรีซ (Proceeding before Greek Court)

ระยะเวลาในช่วงที่เยอรมนีเข้ายึดครองดินแดนของกรีซช่วงปี ค.ศ. 1944 กองกำลังทหารของเยอรมนีได้ทำการสังหารหมู่ในหมู่บ้านของกรีซที่มีชื่อว่า Distomo ต่อมาในปี ค.ศ. 1995 ทายาทของเหยื่อจากการสังหารหมู่ได้ทำการยื่นคำฟ้องสหพันธรัฐเยอรมนีเพื่อเรียกร้องให้ชดใช้ค่าเสียหายจากการสูญเสียชีวิตและทรัพย์สินต่อศาลชั้นต้นของกรีซ ในวันที่ 25 กันยายน ค.ศ. 1997 ศาลชั้นต้น Livadia มีคำวินิจฉัยให้เยอรมนีจ่ายค่าเสียหายแก่ทายาทในนามของเหยื่อการสังหารหมู่ ฝ่ายเยอรมนีจึงยื่นอุทธรณ์คำวินิจฉัยไปยังศาลสูงของกรีซ (Hellenic Supreme Court) แต่ถูกปฏิเสธไม่รับอุทธรณ์ อย่างไรก็ตาม บทบัญญัติในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของกรีซ (Greek Code of Civil Procedure) กำหนดเงื่อนไขว่า หากต้องการบังคับคดีต่อรัฐต่างประเทศ (Foreign state) ในประเทศกรีซ จำเป็นต้องได้รับการอนุญาตจากรัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรม (Minister of Justice) เสียก่อน ทายาทของผู้ได้รับความเสียหายจึงทำคำร้องไปยังรัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรม แต่ไม่ได้รับการตอบรับหรือการยินยอมแต่อย่างใด จึงทำให้คำวินิจฉัยของศาลในคดี Distomo ไม่สามารถบังคับคดีได้²²⁵

เมื่อทายาทของผู้ได้รับความเสียหายไม่สามารถบังคับคดีได้เนื่องจากติดปัญหาตามเงื่อนไขของประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของกรีซ ทายาทของผู้ได้รับความเสียหายในคดี Distomo จึงยื่นฟ้องคดีต่อกรีซและเยอรมนีต่อศาลสิทธิมนุษยชนยุโรป โดยกล่าวหาว่ากรีซและเยอรมนีทำการละเมิดข้อที่ 6 วรรค 1 ของ Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms และละเมิดข้อที่ 1 Protocol No. 1 ของอนุสัญญาดังกล่าวมาข้างต้น เนื่องจากกรีซและเยอรมนีปฏิเสธที่จะปฏิบัติตามคำวินิจฉัยของศาลชั้นต้น Livadia (กรณีของเยอรมนี) รวมถึงล้มเหลวที่จะอนุญาตให้มีการบังคับคดีตามคำวินิจฉัย (กรณีของกรีซ) แต่ในวันที่ 12 ธันวาคม ค.ศ. 2002 ศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปวินิจฉัยไม่รับคำฟ้อง โดยให้เหตุผลถึงหลักความคุ้มกันของรัฐ²²⁶

²²⁴ Ibid, para.29

²²⁵ Ibid, para.30

²²⁶ Ibid, para.31

แม้ว่าการฟ้องต่อศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปจะไม่ประสบความสำเร็จ ทายาทของผู้ได้รับความเสียหายจึงนำคดีไปฟ้องต่อศาลเยอรมนี เพื่อที่จะให้บังคับคดีตามคำพิพากษาของศาลชั้นต้น Livadia แต่ศาลสูงของเยอรมนี (German Federal Supreme Court) กลับวินิจฉัยว่า คำวินิจฉัยทางกฎหมายของศาลกรีซไม่สามารถยอมรับได้ภายใต้คำสั่งทางกฎหมาย (Legal order) ของเยอรมนี เพราะคำวินิจฉัยของศาลกรีซได้ละเมิดสิทธิของเยอรมนีในการใช้ความคุ้มกันของรัฐตามกฎหมายระหว่างประเทศ²²⁷

ท้ายที่สุด เมื่อทายาทของผู้ได้รับความเสียหายไม่สามารถนำคำพิพากษาคดี Distomo ของศาลกรีซไปบังคับคดีในเยอรมนีได้ จึงได้นำคำพิพากษานี้มาขอบังคับคดีในอิตาลีแทน ศาลอุทธรณ์อิตาลี (Court of Appeal in Florence) มีคำวินิจฉัยลงวันที่ 2 พฤษภาคม ค.ศ. 2005 วินิจฉัยให้คำสั่งที่ปรากฏอยู่ในคำพิพากษาของศาลสูงกรีซที่กำหนดพันธกรณีต่อเยอรมนีให้มีหน้าที่ชำระค่าใช้จ่ายทางกฎหมาย (Legal expense) ที่เกิดขึ้นในการพิจารณาคดีในศาลกรีซสามารถนำมาบังคับได้ในอิตาลี²²⁸ และในประเด็นของค่าเสียหายที่ต้องจ่ายให้กับญาติผู้ได้รับความเสียหายในคดี Distomo ศาลอุทธรณ์ของอิตาลีวินิจฉัยว่าคำพิพากษาของศาลชั้นต้น Livadia สามารถนำมาบังคับได้ในอิตาลี²²⁹ อย่างไรก็ตามเยอรมนีก็ได้ยื่นอุทธรณ์ในคำวินิจฉัยนี้เช่นเดียวกัน แต่ถูกศาลอุทธรณ์รวมถึงศาลสูงของอิตาลีปฏิเสธคำอุทธรณ์และคำฎีกาเช่นเดียวกัน²³⁰

วันที่ 7 มิถุนายน ค.ศ. 2007 ทายาทของผู้ได้รับความเสียหายในคดี Distomo นำคำพิพากษาของศาลอุทธรณ์อิตาลีไปยื่นต่อสำนักทะเบียนที่ดินของอิตาลี (Italian Land Registry) ในเขต Como ให้ยึด Villa Vigoni ที่เป็นทรัพย์สินของเยอรมนีอันตั้งอยู่ริมทะเลสาบ Como อย่างไรก็ตาม เจ้าหน้าที่กฎหมายในเขตมิลาน (The State Legal Service for the District of Milan) เห็นว่าควรยับยั้งการยึด Villa Vigoni ไว้ก่อน ต่อมาเมื่อมีคำสั่งทางกฎหมาย Decree-Law No. 63 วันที่ 28 เมษายน ค.ศ. 2010, Law No. 98 of 23 มิถุนายน ค.ศ. 2010 และ Decree-Law No. 216 of 23 ธันวาคม ค.ศ. 2011 ให้ชลอการยึดทรัพย์สินเอาไว้ก่อน เนื่องจากได้มีคดีขึ้นสู่ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศแล้ว จึงควรรอคำพิพากษา²³¹

ทั้งนี้ ควรระบุไว้ในส่วนนี้ด้วยว่าภายหลังจากมีการยื่นฟ้องสหพันธรัฐเยอรมนีต่อศาลกรีซ เป็นคดี Distomo ในปี ค.ศ. 1995 ก็มีอีกหนึ่งกรณีที่เป็นกรณียื่นฟ้องเยอรมนีโดยคนชาติกรีซ โดยเป็นการฟ้องต่อศาลกรีซอีกเช่นเดียวกัน ซึ่งคดีนี้เป็นที่รู้จักกันในชื่อคดี Margellos เป็นคดีที่มีความเกี่ยวข้องกับการเรียกร้องให้เยอรมนีชดใช้ค่าเสียหายจากการกระทำของกองกำลังทหารเยอรมนีในปี ค.ศ. 1944 ที่เข้าไปบุกหมู่บ้าน Lidoriki ต่อมาในปี ค.ศ. 2001 ศาลสูงของประเทศกรีซ ได้ใช้อำนาจตาม

²²⁷ Ibid, para.32

²²⁸ Ibid, para.33

²²⁹ Ibid, para.34

²³⁰ Ibid, para.33

²³¹ Ibid, para.35

รัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐเฮลเลนิก (Constitution of Greece) มาตรา 100²³² ส่งคดีไปยังศาลสูงพิเศษ (Special Supreme Court) เพื่อให้วินิจฉัยว่าศาลกรีซมีเขตอำนาจในการพิจารณาคดีหรือไม่ ซึ่งในท้ายที่สุดแล้วศาลสูงพิเศษได้มีคำวินิจฉัยในคดี Margellos ว่า หากพิจารณาจากวิวัฒนาการของกฎหมายระหว่างประเทศในปัจจุบันเยอรมนียังคงได้รับสิทธิในความคุ้มกันของรัฐอยู่²³³

จากข้อเท็จจริงที่กล่าวมาข้างต้น เยอรมนียื่นคำฟ้อง (Application) ต่อศาลยุติธรรมระหว่างประเทศเป็นคดี โดยได้ขอให้ศาลวินิจฉัยว่าอิตาลี

“1. จากการยอมให้มีการกล่าวอ้างสิทธิทางแพ่ง อันมีฐานมาจากการการละเมิดกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศโดยจักรวรรดิเยอรมนีระหว่างช่วงสงครามโลกครั้งที่ 2 ตั้งแต่ กันยายน ค.ศ. 1943 ถึง พฤษภาคม ค.ศ. 1945 นำมาฟ้องต่อสหพันธรัฐเยอรมนี อิตาลีได้ทำการละเมิดพันธกรณีภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ และล้มเหลวที่จะเคารพความคุ้มกันจากเขตอำนาจที่ซึ่งสหพันธรัฐเยอรมนีอุปโภคภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ

2. จากการใช้มาตรการบังคับคดีต่อ ‘Villa Vigoni’ อันเป็นทรัพย์สินของเยอรมนีที่ถูกนำมาใช้เพื่อจุดประสงค์ที่ไม่ได้เป็นไปในทางการค้าของรัฐ อิตาลีได้ทำการละเมิดความคุ้มกันของรัฐจากเขตอำนาจของเยอรมนี

3. จากการประกาศให้คำพิพากษาของกรีซ อันมีฐานมาจากเหตุที่เกิดขึ้นเหมือนกับเหตุที่ได้กล่าวมาตามข้อที่ 1. สามารถนำคำพิพากษามาบังคับได้ในอิตาลี อิตาลีได้ทำการละเมิดความคุ้มกันของรัฐจากเขตอำนาจของเยอรมนีอีกครั้งหนึ่ง

ดังนั้น สหพันธรัฐเยอรมนีขอต่อศาลมีคำตัดสินและประกาศว่า

4. ความรับผิดชอบในทางระหว่างประเทศของสาธารณรัฐอิตาลีจะต้องผูกพัน

5. สาธารณรัฐอิตาลีต้องทำทุกวิถีทาง ตามแต่วิธีการที่อิตาลีจะเลือก ที่จะประกันว่าคำวินิจฉัยของศาลอิตาลีและเจ้าหน้าที่ทางศาลที่ทำการละเมิดความคุ้มกันทางอำนาจอธิปไตยของเยอรมนีนั้นจะไม่สามารถบังคับได้

6. สาธารณรัฐอิตาลีต้องทำทุกวิถีทางที่จะประกันว่าในอนาคตศาลอิตาลีจะไม่รับคำฟ้องใดๆ ที่ฟ้องต่อเยอรมนีด้วยเหตุที่เกิดขึ้นตามที่ได้อธิบายไว้ในข้อ 1.”²³⁴

²³² “1. A Special Highest Court shall be established, the jurisdiction of which shall comprise:

f) The settlement of controversies related to the designation of rules of international law as generally acknowledged in accordance with article 28 paragraph 1.”

²³³ Jurisdictional Immunities of the States (Germany v. Italy: Greece intervening), para.36

²³⁴ Ibid, para.15

“Germany prays the Court to adjudge and declare that the Italian Republic :

ต่อมาในกระบวนการยื่นคำให้การเป็นลายลักษณ์อักษร (Written proceedings) คู่พิพาทแต่ละฝ่ายได้ทำการยื่นเอกสารของตนเอง โดยสหพันธรัฐเยอรมนีได้ทำการยื่น Memorial และ Reply ที่มีเนื้อหาคำขอให้ศาลามีคำตัดสินเช่นเดียวกับฟ้อง (Application) ที่ได้ยื่นมาต่อศาลในตอนต้น²³⁵

ทางด้านของอิตาลีได้ยื่น Counter-Memorial และ Rejoinder มีเนื้อหาว่า

“ด้วยเหตุผลของข้อเท็จจริงและข้อโต้แย้งที่ได้ระบุไว้ใน Counter-Memorial และ Rejoinder ของอิตาลี และการสงวนไว้ซึ่งสิทธิในการเพิ่มเติมหรือแก้ไขการยื่นเอกสารเหล่านี้ อิตาลีขอศาลฯด้วยความเคารพ ให้ศาลฯตัดสินและประกาศว่าข้ออ้างของเยอรมนีฟังไม่ขึ้น”²³⁶

อย่างไรก็ตาม Counter-Memorial ของอิตาลีถูกศาลฯปฏิเสธ เนื่องจากอิตาลีขอให้ศาลฯวินิจฉัยว่า จักรวรรดิเยอรมนีได้ละเมิดกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศอย่างร้ายแรงและต้องชดเชยค่าเสียหายให้กับอิตาลี ซึ่งเป็นคำขอที่อยู่นอกเหนือเขตอำนาจศาลฯ เมื่อถึงกระบวนการให้การ

(1) by allowing civil claims based on violations of international humanitarian law by the German Reich during World War II from September 1943 to May 1945, to be brought against the Federal Republic of Germany, committed violations of obligations under international law in that it has failed to respect the jurisdictional immunity which the Federal Republic of Germany enjoys under international law;

(2) by taking measures of constraint against ‘Villa Vigoni’, German State property used for government non-commercial purposes, also committed violations of Germany’s jurisdictional immunity;

(3) by declaring Greek judgments based on occurrences similar to those defined above in request No. 1 enforceable in Italy, committed a further breach of Germany’s jurisdictional immunity.

Accordingly, the Federal Republic of Germany prays the Court to adjudge and declare that

(4) the Italian Republic’s international responsibility is engaged;

(5) the Italian Republic must, by means of its own choosing, take any and all steps to ensure that all the decisions of its courts and other judicial authorities infringing Germany’s sovereign immunity become unenforceable ;

(6) the Italian Republic must take any and all steps to ensure that in the future Italian courts do not entertain legal actions against Germany founded on the occurrences described in request No. 1 above.”

²³⁵ Ibid, para.16

²³⁶ Ibid, para.16

“On the basis of the facts and arguments set out [in Italy’s CounterMemorial and Rejoinder], and reserving its right to supplement or amend these Submissions, Italy respectfully requests that the Court adjudge and declare that all the claims of Germany are rejected.”

ทางวาจา (Oral proceedings) ฝ่ายเยอรมนีได้ให้การต่อศาลาโดยมีประเด็นในเรื่องคำขอต่อศาลา อันมีเนื้อหาเหมือนกับที่ได้ยื่นคำฟ้องและคำให้การเป็นลายลักษณ์อักษรในตอนต้น²³⁷ อย่างไรก็ตาม ทางฝ่ายของอิตาลีได้มีการเพิ่มเติมเนื้อหาบางส่วนในชั้นตอนนี้ โดยอิตาลีขอต่อศาลาว่า

“ตามเหตุผลที่ได้ให้ในคำคู่ความเป็นลายลักษณ์อักษรและคำคู่ความทางวาจา อิตาลีขอให้ ศาลาตัดสินและพิพากษาว่าข้อกล่าวอ้างต่างๆของโจทก์ไม่มีมูล คำขอนี้อยู่ภายใต้ข้อจำกัดที่อิตาลีจะ ไม่มีข้อโต้แย้งในคำวินิจฉัยใดๆ (ก่อนหน้าที่จะมีคำพิพากษา) ของศาลาที่ผูกพันอิตาลีที่ให้ประกันว่า การยึดเอา ‘Villa Vigoni’ ที่ได้ลงทะเบียนไว้กับสำนักทะเบียนอสังหาริมทรัพย์”²³⁸

เนื่องจากกรีซได้ยื่นคำร้องขอเข้าร่วม (Intervening) เข้ามาในคดี โดยอาศัยสิทธิตามข้อ ที่ 62 แห่งธรรมนูญศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ (Statute of International Court of Justice) ซึ่ง ในคำร้องของกรีซที่ได้อื่นต่อศาลระบุว่า “กรีซไม่ประสงค์จะเป็นคู่พิพาทในคดี”²³⁹ ต่อมาประเทศกรีซ ก็ได้มีการยื่นคำแถลงเป็นลายลักษณ์อักษร (Written statement) ในชั้นตอนสุดท้ายของการให้การ เป็นลายลักษณ์อักษร ซึ่งกรีซได้ยื่นคำแถลงต่อศาลาตามข้อที่ 85 วรรค 1 แห่ง Rules of Court โดย ได้ระบุต่อศาลาว่า

“ผลของคำพิพากษาที่ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศที่จะวินิจฉัยในคดีนี้อันเกี่ยวกับความคุ้มกันจากเขตอำนาจของรัฐ จะเป็นสิ่งสำคัญต่อคำสั่งทางกฎหมาย (Legal order) สำหรับอิตาลีและ แนนอนว่าสำหรับกรีซด้วยเช่นกัน

นอกจากนี้ คำวินิจฉัยของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศในเรื่องผลกระทบของหลักการเรื่อง ความคุ้มกันจากเขตอำนาจของรัฐเมื่อต้องเผชิญกับหลักกฎหมายระหว่างประเทศเรื่องกฎหมาย ลักษณะเด็ดขาด (jus cogens) ตัวอย่างเช่น ข้อห้ามในการละเมิดหลักพื้นฐานของกฎหมาย มนุษยธรรม จะเป็นแนวทางให้ศาลกรีซในกรณีเช่นว่านี้ และย่อมจะมีผลกระทบที่สำคัญต่อการ ฟ้องร้องที่กำลังอยู่ในกระบวนการและการฟ้องร้องที่อาจจะเกิดขึ้นได้ที่ได้มีการยื่นฟ้องมาโดยปัจเจกชนต่อศาลต่างๆ”²⁴⁰

²³⁷ Ibid, para.17

²³⁸ Ibid, para.17

“[F]or the reasons given in [its] written and oral pleadings, [Italy requests] that the Court adjudge and hold the claims of the Applicant to be unfounded. This request is subject to the qualification that . . . Italy has no objection to any decision by the Court obliging Italy to ensure that the mortgage on Villa Vigoni inscribed at the land registry is cancelled.”

²³⁹ Ibid, para.6

²⁴⁰ Ibid, para.18

“that the effect of the judgment that the ICJ will hand down in this case concerning the jurisdictional immunity of the State will be of major importance to the Italian legal order and certainly to the Greek legal order

3.2 ประเด็นที่ปรากฏในคดี

3.2.1 ประเด็นเขตอำนาจของศาลในการรับพิจารณาคดี (Jurisdiction of the Court)

คำฟ้องของเยอรมนีที่ได้มีการยื่นต่อศาลฯ ได้อ้างว่าศาลฯ มีเขตอำนาจ (Jurisdiction) ในการพิจารณาคดีนี้ตามข้อที่ 1 ของ European Convention for the Peaceful Settlement of Disputes ซึ่งได้มีการระบุไว้ว่า

“รัฐภาคีผู้ทำสัญญาจะต้องยื่นคำฟ้องขอให้ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศมีคำพิพากษาในเรื่องที่เกี่ยวกับข้อพิพาททางกฎหมายระหว่างประเทศที่ซึ่งอาจจะเกิดขึ้นระหว่างรัฐภาคีผู้ทำสัญญาซึ่งรวมถึงกรณีอื่นเกี่ยวกับ:

- (a) การตีความสนธิสัญญา
- (b) ปัญหาใดๆอันเกี่ยวกับกฎหมายระหว่างประเทศ
- (c) การปรากฏของข้อเท็จจริงใดๆที่ก่อให้เกิดการละเมิดพันธกรณีระหว่างประเทศ
- (d) ลักษณะหรือขอบเขตของการชดใช้ที่จะต้องชดใช้สำหรับการละเมิดพันธกรณีระหว่างประเทศ”²⁴¹

ทางฝั่งของอิตาลีในประเด็นเรื่องเขตอำนาจศาลที่ว่าศาลฯ จะมีอำนาจในการพิจารณาคดีตามที่เยอรมนีได้ยื่นฟ้องมาหรือไม่นั้น อิตาลีไม่ได้ยกคำคัดค้านใดๆในเรื่องเขตอำนาจของศาลฯ ในการจะรับพิจารณาคดีนี้เลย แม้กระนั้นศาลฯ เห็นว่าตามแนวคำพิพากษา (Jurisprudence) ที่ได้มีการตัดสินมาก่อนหน้า แม้ว่ารัฐคู่พิพาทจะไม่ได้แย้งในเรื่องประเด็นเขตอำนาจศาลแต่ “ศาลฯ ต้องทำให้ตนเองพอใจก่อนว่าศาลฯ มีเขตอำนาจ และต้องวินิจฉัยประเด็นนี้ด้วยตนเอง”²⁴²

Further, an ICJ decision on the effects of the principle of jurisdictional immunity of States when faced with a jus cogens rule of international law — such as the prohibition on violation of fundamental rules of humanitarian law — will guide the Greek courts in this regard. It will thus have a significant effect on pending and potential lawsuits brought by individuals before those courts.”

²⁴¹ Ibid, para.41

“The High Contracting Parties shall submit to the judgment of the International Court of Justice all international legal disputes which may arise between them including, in particular, those concerning:

- (a) the interpretation of a treaty;
- (b) any question of international law;
- (c) the existence of any fact which, if established, would constitute a breach of an international obligation;
- (d) the nature or extent of the reparation to be made for the breach of an international obligation.”

²⁴² Ibid, para.40

ศาลาเริ่มต้นวินิจฉัยจากการพิจารณาข้อที่ 1 ของ European Convention for the Peaceful Settlement of Disputes ที่มีการกำหนดให้รัฐภาคีผู้ทำสัญญาสามารถนำคดีขึ้นสู่ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศได้ตามกรณีที่ได้บัญญัติไว้ อย่างไรก็ตาม ในข้อที่ 27(a) อนุสัญญาฉบับนี้ยังระบุไว้ด้วยว่าไม่ให้นำอนุสัญญาฉบับนี้มาใช้กับ “ข้อพิพาททั้งหลายที่มีความเกี่ยวข้องกับข้อเท็จจริง (Facts) หรือสถานการณ์ (Situation) ที่เกิดขึ้นก่อนการมีผลบังคับใช้ของอนุสัญญา”²⁴³ ซึ่งอนุสัญญาฉบับนี้มีผลบังคับใช้เมื่อวันที่ 18 เมษายน ค.ศ. 1961

ศาลาเห็นว่าคำฟ้องที่เยอรมนีได้ยื่นต่อศาลาที่มีความเกี่ยวข้องกับข้อพิพาททางกฎหมายระหว่างประเทศ (International legal disputes) ตามความในข้อที่ 1 ของ European Convention for the Peaceful Settlement of Disputes ทั้งนี้ เยอรมนีและอิตาลีต่างก็เป็นภาคีของอนุสัญญาฉบับนี้เช่นเดียวกัน²⁴⁴ ข้อยกเว้นที่กำหนดไว้ในข้อที่ 27(a) ศาลาเห็นว่าไม่สามารถนำมาใช้กับคำฟ้องของเยอรมนีได้ เนื่องจากข้อเท็จจริงและสถานการณ์ที่ก่อให้เกิดข้อพิพาทขึ้นนั้นเกิดขึ้นโดยคำพิพากษาของศาลอิตาลีที่ปฏิเสธที่จะให้ความคุ้มกันแก่เยอรมนี และรวมถึงมาตรการต่างๆที่ได้มีการบังคับเอากับทรัพย์สินของเยอรมนี ซึ่งคำพิพากษาและมาตรการต่างๆดังกล่าวมานี้เกิดขึ้นเมื่อช่วงปี ค.ศ. 2004 และ ค.ศ. 2011 ตามลำดับ และเป็นระยะเวลาที่เกิดขึ้นหลังจากที่อนุสัญญาฉบับนี้มีผลบังคับใช้²⁴⁵ ศาลายังให้เหตุผลต่อไปว่า จริยอยู่ที่ประเด็นของข้อพิพาทที่เกิดขึ้นมีความเกี่ยวข้องกับการชดใช้ค่าเสียหายอันเกิดจากกองกำลังทหาร (Armed forces) ของเยอรมนีในช่วงปี ค.ศ. 1943-1945 แต่คำฟ้องของเยอรมนีในตอนนี้ไม่เกี่ยวข้องกับการปฏิบัติต่อปัญหาในเรื่องการชดใช้ค่าเสียหายตามคำพิพากษาของศาลอิตาลี คำฟ้องของเยอรมนีเพียงแต่ระบุว่าความคุ้มกันจากเขตอำนาจและการบังคับคดีของเยอรมนีนั้นถูกละเมิด ดังนั้น ข้อพิพาทที่เกิดขึ้นย่อมไม่เป็นที่สงสัยเลยว่าข้อเท็จจริงและสถานการณ์ทั้งหมดที่เกิดขึ้น เกิดหลังจากที่อนุสัญญาฉบับนี้มีผลบังคับใช้และอิตาลีก็ไม่ได้โต้แย้งใดๆตามคำฟ้องที่เยอรมนีได้ยื่นต่อศาลา ศาลาจึงวินิจฉัยในประเด็นนี้ว่าศาลามีเขตอำนาจในการพิจารณาคดีนี้ตามข้อที่ 1 ของ European Convention for the Peaceful Settlement of Disputes²⁴⁶

“the Court must . . . always be satisfied that it has jurisdiction, and must if necessary go into the matter proprio motu” (Appeal relating to the Jurisdiction of the ICAO Council (India v. Pakistan))

²⁴³ Ibid, para.42

“... it shall not apply to “disputes relating to facts or situations prior to the entry into force of this Convention as between the parties to the dispute”.

²⁴⁴ Ibid, para.43

²⁴⁵ Ibid, para.44

²⁴⁶ Ibid, para.44

3.2.2 ประเด็นการละเมิดความคุ้มกันของรัฐจากเขตอำนาจศาล (Immunity from Jurisdiction)

3.2.2.1 การยื่นฟ้องดำเนินคดีต่อประเทศเยอรมันโดยชาวอิตาลีต่อศาลอิตาลี

สำหรับประเด็นนี้ศาลฯได้แยกประเด็นที่จะวินิจฉัยตามเหตุผลที่ได้มีการเสนอมาต่อศาลฯ โดยมีทั้งสิ้น 2 ประเด็นด้วยกัน ในส่วนของประเด็นแรกเป็นข้อโต้แย้งของฝ่ายอิตาลีในเรื่องหลักการละเมิดภายในดินแดนของรัฐที่มีการพิจารณาคดี (Territorial tort principle) และในส่วนของประเด็นที่สองเป็นข้อโต้แย้งของฝ่ายอิตาลีที่ได้มีการยกขึ้นมาต่อสู้ในศาลภายในอิตาลี โดยในประเด็นที่สองนี้ยังสามารถแบ่งย่อยได้อีกทั้งสิ้น 4 ข้อโต้แย้งซึ่งจะทำการกล่าวต่อไปในหัวข้อนี้

ก่อนที่ศาลฯจะเข้าไปวินิจฉัยประเด็นที่ได้มีการยกขึ้นมาต่อสู้กันในคดี ศาลฯบรรยายในเบื้องต้นก่อนว่าสิ่งที่ศาลฯจะวินิจฉัยในประเด็นนี้มีขอบเขตเพียงใด รวมถึงศาลฯจะไม่ก้าวล่วงไปวินิจฉัยในประเด็นที่ไม่เกี่ยวข้องกับคดี และในการวินิจฉัยของศาลฯตามข้อโต้แย้งของทั้งสองฝ่ายในคดีนี้ ศาลฯจะนำหลักการใดมาวินิจฉัย เนื่องจากคดีนี้เป็นคดีที่เกี่ยวกับความคุ้มกันของรัฐ แต่ปัญหามีว่าคู่พิพาททั้งสองฝ่ายต่างไม่ได้เป็นภาคีของอนุสัญญาระหว่างประเทศที่มีบทบัญญัติเกี่ยวกับความคุ้มกันของรัฐเลย เว้นแต่เยอรมนีเท่านั้นที่เป็นภาคี European Convention on State Immunity 1972 เพียงฉบับเดียว อีกทั้งยังมีประเด็นในเรื่องกฎหมายที่จะนำมาบังคับใช้ในคดีว่าจะนำกฎหมายที่มีอยู่ในช่วงระยะเวลาใดมาวินิจฉัยคดี ศาลฯจึงจำเป็นต้องวินิจฉัยประเด็นเหล่านี้ก่อนที่จะเข้าสู่การพิจารณาข้อโต้แย้งของแต่ละฝ่าย

ศาลฯได้เริ่มต้นพิจารณาว่ากระบวนการพิจารณาที่เกิดขึ้นในศาลภายในอิตาลีมีจุดกำเนิดมาจากการกระทำของกองกำลังทหารเยอรมนี (Armed forces) และองค์กร (Organs) รวมถึงหน่วยงานต่างๆของจักรวรรดิเยอรมนี (German Reich) ในสมัยสงครามโลกครั้งที่ 2 ทั้งนี้ เยอรมนียอมรับว่าสิ่งที่ได้เกิดขึ้นมาในอดีตเป็นสิ่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายและยอมรับด้วยว่าเยอรมนีมีความรับผิดชอบต่อเหตุการณ์ที่เกิดขึ้น ซึ่งศาลฯเห็นว่าการกระทำต่างๆที่เกิดขึ้นไม่ว่าจะเป็นกรณีของ Ferrini หรือในกรณีของ Max Josef Milde เป็นการกระทำที่ละเมิดกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศในขณะนั้นทั้งสิ้น²⁴⁷ อย่างไรก็ตาม ศาลฯไม่ได้ถูกร้องขอให้วินิจฉัยว่าการกระทำดังกล่าวชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ ประเด็นปัญหาในคดีนี้คือศาลอิตาลีมีหน้าที่ที่จะต้องเคารพความคุ้มกันของรัฐของเยอรมนีหรือไม่²⁴⁸

ในการวินิจฉัยตามประเด็นที่ได้กล่าวมา ศาลฯมีความจำเป็นต้องพิจารณาว่าจะใช้หลักเกณฑ์ใดในการวินิจฉัยข้อโต้แย้งของทั้งสองฝ่าย เมื่อศาลฯได้ตรวจสอบดูแล้วพบว่าสิทธิในเรื่อง

²⁴⁷ Charter of the International Military Tribunal 1945, article 6(b),(c)

²⁴⁸ Jurisdictional Immunities of the States (Germany v. Italy: Greece intervening), para.52-

ความคุ้มกันของรัฐระหว่างเยอรมนีและอิตาลีมาจากกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ (Customary international law) เพียงเท่านั้น เนื่องจากเยอรมนีเป็นประเทศเดียวที่เป็นภาคีของ European Convention on State Immunity (ECSI) แต่สำหรับอิตาลีไม่ได้เข้าเป็นภาคีของอนุสัญญาฉบับนี้จึงไม่มีผลผูกพันตามอนุสัญญาฯ ยิ่งไปกว่านั้นทั้งเยอรมนีและอิตาลีก็ไม่ได้เป็นภาคีของ United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property (UNCIS) ด้วยเช่นเดียวกัน²⁴⁹ ดังนั้น ศาลฯจึงต้องพิจารณาตามข้อที่ 38 (1)(b) ของธรรมนูญศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ (Statute of the International Court of Justice) เพื่อพิจารณาถึงการมีอยู่ของจารีตประเพณีระหว่างประเทศที่มีการอ้างถึงความคุ้มกันของรัฐ ศาลฯจะต้องใช้หลักเกณฑ์ที่ใช้ในการค้นหาหลักของกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ ดังเช่นที่ปรากฏในคดี *North Sea Continental Shelf* ที่ว่า “การมีอยู่ของหลักเกณฑ์ของกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศจะต้องมีแนวปฏิบัติที่เป็นที่ยุติ (Settled practice) ร่วมกับความรู้สึกรู้สึกว่าเป็นกฎหมาย (opinion juris)”²⁵⁰

ศาลฯได้อธิบายเพิ่มเติมว่า แนวปฏิบัติของรัฐ (State practice) สามารถหาได้จากคำพิพากษาของศาลภายในที่ตัดสินเกี่ยวกับรัฐต่างประเทศว่ามีความคุ้มกันหรือไม่ หรือการออกกฎหมายของรัฐต่างๆที่ออกมาเพื่อใช้ในเรื่องความคุ้มกันของรัฐ หรือการอ้างสิทธิในเรื่องความคุ้มกันของรัฐต่อศาลต่างประเทศ และแถลงการณ์ (Statement) ที่ทำขึ้นโดยรัฐ กรณีของความรู้สึกรู้สึกว่าเป็นกฎหมาย (opinion juris) สามารถสะท้อนได้จากการยอมรับของรัฐในการอ้างความคุ้มกันว่ากฎหมายระหว่างประเทศยอมให้สิทธิในความคุ้มกันจากเขตอำนาจของรัฐอื่น หรือการให้ความคุ้มกันตามที่กฎหมายระหว่างประเทศกำหนดให้ทำเช่นนั้น²⁵¹

หลักความคุ้มกันของรัฐแม้ว่าจะมีการถกเถียงกันเกี่ยวกับต้นกำเนิดของความคุ้มกันของรัฐ รวมถึงการแยกประเภท (Identification) ของหลักการที่อยู่ภายใต้หลักความคุ้มกันในอดีตที่ผ่านมา อย่างไรก็ตามในปี ค.ศ. 1980 คณะกรรมาธิการกฎหมายระหว่างประเทศ (International Law Commission) ได้สรุปว่ากฎเกณฑ์ของความคุ้มกันของรัฐมีการรับรองเป็นกฎเกณฑ์ทั่วไปของกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ ซึ่งหลักเกณฑ์ที่คณะกรรมาธิการกฎหมายระหว่างประเทศได้สรุปมานี้ พิจารณาจากแนวปฏิบัติของรัฐ (State practice) ความเห็นของศาลฯ (Opinion of the Court) ที่ถูกยืนยันโดยการออกกฎหมายภายใน (National legislation) คำพิพากษาศาล (Judicial decisions) การอ้างสิทธิความคุ้มกัน (Assertion of a right to immunity) และการให้ความเห็น

²⁴⁹ Ibid, para.54

²⁵⁰ Ibid, para.55

“the existence of a rule of customary international law requires that there be “a settled practice” together with opinio juris”

²⁵¹ Ibid, para.55

ของรัฐต่างๆ (Comments of States) ซึ่งสิ่งต่างๆเหล่านี้ทำให้กลายมาเป็น United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property 2004²⁵²

ศาลฯอธิบายต่อไปว่าหลักเกณฑ์ของความคุ้มกันของรัฐเข้ามามีบทบาทสำคัญในกฎหมายระหว่างประเทศและความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ (International relationship) และหลักเกณฑ์นี้มีที่มาจากหลักการของความเท่าเทียมกันในอำนาจอธิปไตยของรัฐ (Principle of sovereign equality of States) ซึ่งข้อที่ 2 วรรคแรกของ Charter of United Nations²⁵³ ได้ระบุไว้อย่างชัดเจนแล้ว และถือว่าเป็นหลักการพื้นฐานของกฎหมายระหว่างประเทศ หลักการที่ว่านี้จะต้องพิจารณาพร้อมกันกับหลักการที่ว่ารัฐมีอำนาจอธิปไตยเหนือดินแดนของตนและนั่นเป็นผลมาจากอำนาจอธิปไตยที่ใช้เขตอำนาจของรัฐเหนือเหตุการณ์และบุคคลที่อยู่ภายในดินแดนนั้น การยกเว้นในเรื่องความคุ้มกันของรัฐแสดงให้เห็นถึงการแยกออกจากหลักการความเท่าเทียมกันของอำนาจอธิปไตย²⁵⁴

ต่อมาศาลฯพิจารณาดังข้อโต้แย้งระหว่างคู่พิพาทในเรื่องหลักกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศเรื่องความคุ้มกันของรัฐที่จะนำมาใช้ในคดีนี้ ศาลฯจะใช้หลักความคุ้มกันของรัฐที่มีอยู่ในขณะที่ข้อเท็จจริงเกิดขึ้นในช่วงปี ค.ศ. 1943-1945 หรือศาลฯจะต้องนำหลักความคุ้มกันของรัฐที่มีอยู่ในปัจจุบันในขณะที่การละเมิดความคุ้มกันของรัฐนั้นเกิดขึ้น ประเด็นนี้ศาลฯเห็นว่า ตามหลักการที่ปรากฏอยู่ในข้อที่ 13 ของ International Law Commission Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts ที่ระบุว่าความสอดคล้อง (Compatibility) ของการกระทำกับกฎหมายระหว่างประเทศนั้นสามารถกำหนดได้จากกฎหมายระหว่างประเทศที่มีผลบังคับใช้ในเวลาที่การกระทำเกิดขึ้นเท่านั้น ดังนั้น ในคดีนี้ศาลฯเห็นว่าข้อกล่าวอ้างของเยอรมนีที่อ้างว่าอิตาลีละเมิดพันธกรณีในเรื่องความคุ้มกันของรัฐอันมีต้นเหตุจากศาลภายในอิตาลี กฎหมายที่บังคับใช้จึงต้องเป็นกฎหมายในขณะที่การละเมิดพันธกรณีในเรื่องความคุ้มกันของรัฐเกิดขึ้น นอกจากนี้ศาลฯเคยวินิจฉัยไว้ในคดี *Arrest Warrant* แล้วว่า “กฎหมายความคุ้มกันโดยพื้นฐานแล้วเป็นเรื่องวิธีการพิจารณาโดยลักษณะ”²⁵⁵ ด้วยเหตุนี้จึงต้องแยกเรื่องความคุ้มกันออกจากกฎหมายสาระบัญญัติ (Substantive law) ที่มีลักษณะเป็นตัวกำหนดว่าการกระทำที่เกิดขึ้นชอบหรือไม่ชอบด้วยกฎหมาย จากเหตุผลที่ศาลฯได้อธิบายมาในประเด็นกฎหมายที่จะนำมาบังคับใช้ ศาล

²⁵² Ibid, para.56

²⁵³ United Nations Charter, Article 2(1)

“The Organization and its Members, in pursuit of the Purposes stated in Article 1, shall act in accordance with the following Principles.

1. The Organization is based on the principle of the sovereign equality of all its Members.”

²⁵⁴ Jurisdictional Immunities of the States (Germany v. Italy: Greece intervening), para.57

²⁵⁵ Ibid, para.58

“... the law of immunity is essentially procedural in nature”

ๆเห็นว่าต้องเป็นกฎหมายที่มีและใช้อยู่ตั้งแต่มีกระบวนการพิจารณาในศาลอิตาลี ไม่ใช่กฎหมายในช่วงปี ค.ศ. 1943-1945²⁵⁶

ศาลายังกล่าวถึงประเด็นที่ว่า การกระทำของเยอรมนีในช่วง ค.ศ. 1943-1945 เป็นการกระทำประเภทใด ซึ่งในคดีนี้ศาลฯพิจารณาว่า ในหลายๆประเทศรวมถึงเยอรมนีและอิตาลีมีการแยกระหว่างการกระทำของรัฐโดยแท้ (acta jure imperii) และการกระทำเชิงพาณิชย์ (acta jure gestionis) โดยแนวคิดเหล่านี้ยังปรากฏใน UNCIS และ ECSI²⁵⁷ แต่ศาลฯในคดีนี้ไม่ได้ถูกขอให้ระบุว่าการกระทำประเภทใดในกฎหมายระหว่างประเทศเป็นการกระทำเชิงพาณิชย์บ้าง อย่างไรก็ตาม ศาลฯเห็นว่าการกระทำของกองกำลังทหารและองค์กรอื่นๆของเยอรมนีที่ปรากฏอยู่ในกระบวนการพิจารณาในศาลอิตาลีเป็นที่ชัดเจนว่าเป็นการกระทำของรัฐโดยแท้ (acta jure imperii) ศาลฯให้รายละเอียดอีกด้วยว่า ตามที่อิตาลีได้ยื่นคำขอให้แก่องค์คณะของศาลฯที่ได้ตั้งคำถามแก่อิตาลี ฝ่ายอิตาลีเห็นว่าการกระทำของเยอรมนีเป็นการกระทำของรัฐโดยแท้เช่นเดียวกัน ทั้งสองประเทศยังเห็นตรงกันด้วยว่ารัฐต่างๆมีสิทธิทั่วไปที่จะได้รับความคุ้มครองจากรัฐจากการกระทำของรัฐโดยแท้ ซึ่งแนวคิดนี้ก็ถูกนำมาใช้ในกฎหมายระหว่างประเทศ รวมถึงกฎหมายภายในแต่ละรัฐที่เกี่ยวข้องกับความคุ้มครองของรัฐ อย่างไรก็ตาม ในคดีนี้ศาลฯต้องวินิจฉัยประเด็นที่ถูกยกขึ้นมาในกระบวนการพิจารณาของศาลฯ กล่าวคือ ความคุ้มครองสามารถใช้ได้กับการกระทำของกองกำลังทหารและองค์กรอื่นๆของรัฐที่เกิดขึ้นในภาวะขัดกันทางอาวุธ (Armed conflict) หรือไม่²⁵⁸ ทางฝ่ายเยอรมนีเห็นว่าความคุ้มครองสามารถใช้ได้และไม่มีข้อจำกัดเมื่อการกระทำนั้นเป็นการกระทำของรัฐโดยแท้ (acta jure imperii) ในทางกลับกัน ฝ่ายอิตาลีเห็นว่า ความคุ้มครองไม่สามารถใช้ได้ เพราะการกระทำของรัฐโดยแท้ไม่ครอบคลุมไปถึงการละเมิด (Tort) ที่ทำให้เกิดถึงแก่ความตาย (Death) บาดเจ็บแก่ร่างกาย (Personal injury) หรือความเสียหายต่อทรัพย์สิน (Damage to property) อันเกิดขึ้นในดินแดนของรัฐที่มีการพิจารณาคดี (forum state) และอิตาลีเห็นว่า เยอรมนีไม่สามารถอ้างความคุ้มครองได้ เพราะการกระทำของเยอรมนีไม่ว่าจะเกิดขึ้น ณ ที่ใดก็ตาม เป็นการกระทำที่เกี่ยวข้องกับการละเมิดอย่างร้ายแรงที่สุดต่อกฎหมายระหว่างประเทศและไม่อาจจะแสวงหาหนทางอื่นใดในการเยียวยาชดใช้ความเสียหายที่เกิดขึ้นได้²⁵⁹ ศาลฯจะทำการพิจารณาประเด็นเหล่านี้ในส่วนต่อไป

3.2.2.1.1 คำฟ้องโจทก์

ประเด็นเรื่องการละเมิดภายในดินแดนของรัฐที่มีการพิจารณาคดี (Territorial tort)

เยอรมนีเห็นว่า UNCIS และ ECSI ไม่ได้สะท้อนกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ นอกจากนี้ข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นในคดีมีความไม่เกี่ยวข้องหลายอย่างกับบทบัญญัติใน

²⁵⁶ Ibid, para.58

²⁵⁷ Ibid, para.59

²⁵⁸ Ibid, para.60

²⁵⁹ Ibid, para.61

อนุสัญญาทั้ง 2 และไม่มีบทบัญญัติใดในอนุสัญญาทั้ง 2 ที่มีจุดประสงค์จะใช้กับการกระทำของกองกำลังทหาร เยอรมนีชี้ให้เห็นว่าจากข้อจริงแล้ว ไม่มีศาลไหนนอกเหนือจากศาลอิตาลีและศาลกรีซในคดี Distomo ได้เคยวินิจฉัยว่ารัฐไม่มีสิทธิได้รับความคุ้มกันจากการกระทำของกองกำลังทหารที่เกิดขึ้นภายใต้บริบทของภาวะขัดกันทางอาวุธ และมีศาลภายในหลายรัฐที่เคยปฏิเสธการใช้เขตอำนาจของตนอย่างชัดเจนในกรณีดังที่ได้กล่าวมา เนื่องจากจำเลยมีสิทธิที่จะใช้ความคุ้มกัน²⁶⁰

เมื่อพิจารณาจากคำฟ้องของเยอรมนีในประเด็นการละเมิดภายในดินแดนของรัฐที่มีการพิจารณาคดี เยอรมนีพยายามชี้ให้ศาลเห็นว่าตราสารระหว่างประเทศอย่าง UNCIS และ ECSI นั้นไม่ได้สะท้อนถึงจารีตประเพณีระหว่างประเทศ เพราะข้อเท็จจริงปรากฏว่าตราสารระหว่างประเทศทั้งสองนี้มีรัฐเข้าร่วมเป็นภาคีน้อยมาก อีกทั้งมีเพียงศาลภายในอิตาลีและกรีซเท่านั้นที่วินิจฉัยให้การละเมิดภายในดินแดนของรัฐที่มีการพิจารณาคดีเป็นข้อยกเว้นความคุ้มกันของรัฐ แนวปฏิบัติของรัฐและความรู้สึกว่าเป็นกฎหมายในมุมมองของเยอรมนีจึงไม่เพียงพอที่จะสรุปได้ว่าเยอรมนีไม่สามารถอุปโลกความคุ้มกันของรัฐในกรณีนี้ได้ และต่อให้ตราสารระหว่างประเทศทั้งสองฉบับสะท้อนถึงจารีตประเพณีระหว่างประเทศ แต่ก็ปรากฏถึงข้อบทที่ไม่ให้นำบทบัญญัติภายใต้ตราสารระหว่างประเทศนี้มาบังคับใช้กับกองกำลังทหาร ซึ่งหากพิจารณาจากแนวปฏิบัติของรัฐเพิ่มเติมก็จะเห็นได้ชัดเจนถึงการปฏิเสธที่จะใช้บทบัญญัติดังกล่าวกับกองกำลังทหาร

ประเด็นต่างๆที่ได้มีการยกขึ้นเป็นเหตุผลเพื่อต่อสู้ในศาลภายในของอิตาลี

สำหรับในประเด็นนี้เยอรมนีโต้แย้งข้อต่อสู้ของอิตาลีซึ่งมีทั้งสิ้น 3 ข้อ²⁶¹ โดยในข้อ 1) และข้อ 2) เยอรมนีโต้แย้งอิตาลีเพียงว่าความคุ้มกันของรัฐสามารถใช้ได้และไม่มีข้อจำกัดใดๆที่จะมาห้ามการใช้สิทธิความคุ้มกันได้หากการกระทำนั้นเป็นการกระทำของรัฐโดยแท้ (acta jure imperii)²⁶² ส่วนข้อ 3) เยอรมนีเห็นว่าหลังจากสิ้นสุดสงครามโลกครั้งที่ 2 เยอรมนีได้ให้เงินชดเชยค่าเสียหาย รวมถึงการเสียสละต่างๆ ผ่านการชดเชยค่าเสียหายในบริบทที่แตกต่างกันออกไป เยอรมนียังอธิบายด้วยว่าไม่มีชาติพันธมิตร (Allied State) ชาติใดเลยที่ได้รับค่าเสียหายเต็มจำนวนจากการสูญเสียของประชาชนของตนที่ต้องทนทุกข์ทรมานจากสงคราม เยอรมนีเห็นว่าความตกลงที่เยอรมนีทำในปี ค.ศ. 1961 และการจ่ายเงินให้ตามกฎหมายสหพันธรัฐในปี ค.ศ. 2000 ถือว่าเป็นการชดเชยให้แก่ผู้เสียหายแล้ว และผู้เสียหายจำนวนมากที่เป็นคนชาติอิตาลีก็ไม่ได้ถูกละทิ้งให้ไม่ได้รับการชดเชย²⁶³

²⁶⁰ Ibid, para.63

²⁶¹ โปรดดูหัวข้อ 3.2.2.1.2, หน้า 105-106

²⁶² Jurisdictional Immunities of the States (Germany v. Italy: Greece intervening), para.61

²⁶³ Ibid, para.98

ข้อโต้แย้งที่ 1) และ 2) ของเยอรมนีตั้งอยู่บนสมมติฐานของการพิจารณาการกระทำของรัฐภายใต้หลักความคุ้มกันของรัฐ กล่าวคือ หากเป็นการกระทำของรัฐโดยแท้ (acta jure imperii) รัฐย่อมได้รับความคุ้มกันแบบเด็ดขาด (Absolute immunity) โดยไม่มีความจำเป็นจะต้องคำนึงว่า การกระทำนั้นจะส่งผลในทางหนึ่งทางใด อีกทั้งข้อเท็จจริงยังปรากฏด้วยว่า คู่ความในคดีทั้งสองฝ่ายต่างยอมรับการกระทำของกองกำลังทหารเยอรมนีในช่วงสงครามโลกครั้งที่ 2 เป็นการกระทำของรัฐโดยแท้ สำหรับข้อโต้แย้งที่ 3) เยอรมนีย้ำว่า ได้ทำการชดใช้ค่าเสียหายผ่านความตกลงระหว่างรัฐ การออกกฎหมายภายในเพื่อตั้งมูลนิธิต่างๆ ให้แก่ผู้ได้รับความเสียหายแล้ว และยังเน้นย้ำถึงความจริงที่ไม่มีชาติพันธมิตรใดจะได้รับชดใช้ค่าเสียหายเต็มจำนวนภายหลังสิ้นสุดสงคราม

3.2.2.1.2 คำให้การจำเลย

ประเด็นเรื่องการละเมิดภายในดินแดนของรัฐที่มีการพิจารณาคดี (Territorial tort)

สำหรับฝ่ายอิตาลีเห็นว่า กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศได้มีการพัฒนามาถึงจุดที่รัฐไม่สามารถจะอ้างความคุ้มกันได้จากการกระทำที่เป็นการละเมิด (Tort) ที่ทำให้เกิดถึงแก่ความตาย (Death) บาดเจ็บแก่ร่างกาย (Personal injury) หรือความเสียหายต่อทรัพย์สิน (Damage to property) อันเกิดขึ้นในดินแดนของรัฐที่มีการพิจารณาคดี (Forum state) แม้ว่าการกระทำนั้นจะเป็นการกระทำของรัฐโดยแท้ (acta jure imperii) ก็ตาม อิตาลีสนับสนุนข้อโต้แย้งนี้โดยการยก European Convention on State Immunity 1972 ข้อที่ 11 และ United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property 2004 ข้อที่ 12 และอีก 9 ใน 10 ประเทศที่มีการออกกฎหมายที่มีเนื้อหาคล้ายกับอนุสัญญาฯ ทั้ง 2 ฉบับ

อิตาลีรับรู้ว่าจะ European Convention on State Immunity 1972 มีบทบัญญัติที่ระบุว่าอนุสัญญานี้ไม่นำมาใช้กับการกระทำของกองกำลังต่างชาติ (Foreign armed forces) อยู่ในข้อที่ 31 ของอนุสัญญา²⁶⁴ แต่อิตาลีเห็นว่าบทบัญญัติข้อที่ 31 นี้เป็นเพียงแค่วินิจฉัยข้อยกเว้น (Saving clause) ที่มุ่งประสงค์ที่จะไม่ให้เกิดการขัดกันระหว่างอนุสัญญาฯ กับความตกลงใดๆ ที่เกี่ยวข้องกับสถานะของกองกำลังชั่วคราว (Visiting forces) ที่เข้ามาในดินแดนอธิปไตยผ่านการยินยอมของรัฐแต่ละรัฐ

อิตาลียังให้เหตุผลต่อไปว่ามีกฎหมายภายในที่เกี่ยวข้องกับเรื่องความคุ้มกันของสหราชอาณาจักรและสิงคโปร์ก็ไม่นำมาใช้กับการกระทำของกองกำลังต่างชาติ รวมถึงอีก 7

²⁶⁴ European Convention on State Immunity 1972, Article 31

“Nothing in this Convention shall affect any immunities or privileges enjoyed by a Contracting State in respect of anything done or omitted to be done by, or in relation to, its armed forces when on the territory of another Contracting State.”

ประเทศ ได้แก่ อาเจนตินา ออสเตรเลีย แคนาดา อิสราเอล ญี่ปุ่น แอฟริกาใต้ และสหรัฐอเมริกาที่มีการใช้เขตอำนาจศาลเหนือการละเมิดที่เกิดขึ้นโดยกองกำลังต่างชาติ²⁶⁵

สำหรับประเด็นการละเมิดภายในดินแดนของรัฐที่มีการพิจารณาคดี อิตาลีวางข้อโต้แย้งอยู่บนฐานของกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ โดยให้เหตุผลว่า ในปัจจุบันกฎหมายเรื่องความคุ้มกันของรัฐพัฒนามาถึงจุดที่รัฐไม่สามารถอ้างความคุ้มกันจากการละเมิดภายในดินแดนของรัฐที่มีการพิจารณาคดีได้ โดยการกระทำของรัฐที่เกิดขึ้นไม่ว่าจะเป็นการกระทำของรัฐโดยแท้หรือการกระทำของรัฐเชิงพาณิชย์ก็ไม่สามารถอ้างความคุ้มกันได้ ทั้งนี้ ฐานทางกฎหมายที่อิตาลีได้เสนอต่อศาลมีสองฉบับ กล่าวคือ UNCIS และ ECSI และแม้ว่าข้อบทที่ 31 ของ ECSI จะมีบทบัญญัติที่ไม่นำมาใช้กับกองกำลังต่างชาติ อิตาลีมองว่าข้อบทนี้เป็นบทบัญญัติยกเว้น (Saving clause) กล่าวคือ เป็นข้อบทที่ป้องกันการขัดกันของสนธิสัญญาระหว่างสนธิสัญญาที่เกี่ยวกับความคุ้มกันของรัฐกับสนธิสัญญาที่เกี่ยวกับสถานะของกองกำลังชั่วคราว อิตาลีสนับสนุนข้อโต้แย้งนี้โดยการเสนอกฎหมายภายในเกี่ยวกับความคุ้มกันของรัฐที่ไม่นำมาใช้กับกองกำลังต่างชาติเพื่อยืนยันแนวปฏิบัติของรัฐ

ประเด็นต่างๆที่ได้มีการยกขึ้นเป็นเหตุผลเพื่อต่อสู้ในศาลภายในของอิตาลี

ข้อโต้แย้งของอิตาลีในประเด็นนี้สามารถแบ่งได้ออกเป็น 3 กรณีด้วยกัน ซึ่งทั้ง 3 กรณีที่จะได้กล่าวต่อไปนี้ได้ถูกใช้เป็นเหตุผลในศาลภายในของอิตาลีเช่นเดียวกัน ข้อโต้แย้งของอิตาลีสามารถแยกได้ดังต่อไปนี้

1) อิตาลีโต้แย้งว่าการกระทำของเยอรมนีในช่วงสงครามโลกครั้งที่ 2 เป็นการกระทำที่ก่อให้เกิดการละเมิดอย่างร้ายแรง (Serious violation) ต่อหลักการตามกฎหมายระหว่างประเทศที่ใช้ในการขัดกันทางอาวุธ (Armed conflict) จึงนับว่าการกระทำของเยอรมนีเป็นอาชญากรรมสงคราม (War crimes) และอาชญากรรมต่อมวลมนุษยชาติ (Crime against humanity)²⁶⁶

2) อิตาลียืนยันว่าการกระทำของเยอรมนีเป็นการละเมิดกฎเกณฑ์ของกฎหมายระหว่างประเทศที่มีลักษณะเป็นกฎเกณฑ์ที่ไม่อาจยกเว้นเป็นอย่างอื่นได้ (Peremptory norm) หรือที่เรียกอีกอย่างหนึ่งว่ากฎหมายลักษณะเด็ดขาด (jus cogens)²⁶⁷

²⁶⁵ Jurisdictional Immunities of the States (Germany v. Italy: Greece intervening), para.62

²⁶⁶ Ibid, para.80

²⁶⁷ Ibid, para.80

3) อิตาลีโต้แย้งว่าผู้เรียกร้องสิทธิในศาลภายในทั้งหลายได้ถูกปฏิเสธการชดเชยในทุกๆรูปแบบ ดังนั้นการใช้เขตอำนาจของศาลอิตาลีจึงมีความจำเป็น (Necessary) และเป็นหนทางสุดท้าย (Last resort)²⁶⁸

ข้อโต้แย้งที่ 1) และ 2) อิตาลีอาศัยแนวคิดจากกฎหมายอาญาระหว่างประเทศที่ไม่ให้ความคุ้มครองแก่บุคคลที่ทำการละเมิดกฎหมายระหว่างประเทศอย่างร้ายแรงในฐานความผิดที่กำหนดไว้ เช่น การฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ อาชญากรรมสงคราม อาชญากรรมการรุกราน อาชญากรรมต่อมวลมนุษยชาติ ซึ่งฐานความผิดเหล่านี้ได้รับสถานะเป็นกฎหมายลักษณะเด็ดขาด (jus cogens) ทั้งข้อเท็จจริงเยอรมนีได้ทำการละเมิดตามฐานความผิดดังกล่าวในช่วงสงครามโลกครั้งที่ 2 อย่างไรก็ตาม อิตาลีพยายามโน้มน้าวให้หลักการนี้ทำมาบังคับใช้การฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายทางแพ่งเพื่อปฏิเสธความคุ้มครองของรัฐ กรณีข้อโต้แย้งที่ 3) อิตาลีพยายามเสนอแนวคิดใหม่ว่า ผู้เรียกร้องสิทธิในศาลภายในทุกคนถูกปฏิเสธที่จะได้รับการชดเชยค่าเสียหายจากการกระทำของเยอรมนีในทุกๆรูปแบบ การใช้เขตอำนาจของศาลอิตาลีต่อเยอรมนีเป็นไปเพราะความจำเป็นและเป็นหนทางสุดท้ายที่จะให้ผู้ถูกละเมิดได้รับการชดเชยค่าเสียหาย

3.2.2.1.3 คำวินิจฉัยของศาล

ประเด็นเรื่องการละเมิดภายในดินแดนของรัฐที่มีการพิจารณาคดี (Territorial tort)

ศาลฯตั้งข้อสังเกตในเบื้องต้นว่าไม่มีฝ่ายนิติบัญญัติประเทศไหนเลยที่ร่างกฎหมายแยกแยะระหว่างการกระทำของรัฐโดยแท้ (acta jure imperii) กับการกระทำเชิงพาณิชย์ (acta jure gestionis) ในเรื่องข้อยกเว้นเกี่ยวกับการละเมิดภายในดินแดน (Territorial tort exception) แม้กระทั่ง European Convention on State Immunity 1972 และ United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property 2004 ก็ไม่มีการแยกแยะระหว่างการกระทำทั้ง 2 ประเภทไว้เช่นเดียวกัน และเมื่อศาลฯได้ไปพิจารณาในร่าง (Draft) ของคณะกรรมการการกฎหมายระหว่างประเทศ ตัวแทนจากจีนให้ความเห็นต่อข้อที่ 12 ของ United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property 2004 ว่า ‘ข้อบทนี้ไปไกลมากกว่าหลักการความคุ้มครองแบบจำกัด (Restrictive immunity) เพราะไม่มีการแยกแยะระหว่างการกระทำทางอธิปไตยและการกระทำของเอกชน’²⁶⁹ ทั้งนี้ตัวแทนจากสหรัฐอเมริกาก็ยังได้ให้ความเห็นในข้อบทเดียวกันนี้ว่า ‘ข้อที่ 12 ต้องตีความและใช้อย่างสอดคล้องกับการแยกแยะระหว่างการกระทำของรัฐโดยแท้กับการกระทำเชิงพาณิชย์ที่มีมาอย่างยาวนาน เนื่องจากการขยายเขตอำนาจโดยที่ไม่คำนึงถึงการแยกความคุ้มครอง 2 ประเภทนี้จะเป็นการขัดแย้งต่อหลักการที่มีอยู่ของกฎหมาย

²⁶⁸ Ibid, para.80

²⁶⁹ Ibid, para.64

“the article had gone even further than the restrictive doctrine, for it made no distinction between sovereign acts and private law acts”

ระหว่างประเทศ²⁷⁰ อย่างไรก็ตาม ศาลาพิจารณาว่าในคดีนี้ศาลาไม่ได้ถูกขอให้วินิจฉัยว่ากฎหมายจารีตประเพณีเรื่องข้อยกเว้นเรื่องละเมิด (Tort exception) ในปัจจุบันใช้กับการกระทำของรัฐโดยแท้หรือไม่ แต่ศาลาจำกัดการวินิจฉัยอยู่แค่การกระทำที่เกิดขึ้นในดินแดนของรัฐที่มีการพิจารณาคดี (Forum state) โดยกองกำลังทหารของรัฐต่างประเทศ รวมถึงองค์กรอื่นๆของรัฐที่ทำงานในการให้ความร่วมมือกับกองกำลังทหาร ซึ่งการกระทำเหล่านี้ทั้งหมดเกิดขึ้นภายใต้ภาวะขัดกันทางอาวุธ²⁷¹

ศาลาเริ่มต้นพิจารณาว่าข้อที่ 11 ของ European Convention on State Immunity 1972 และข้อที่ 12 ของ United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property 2004 ได้ให้น้ำหนักในการสนับสนุนข้อโต้แย้งของอิตาลีหรือไม่ ประการใด แม้ว่าอนุสัญญาทั้งสองจะไม่มีผลบังคับกับอิตาลีและเยอรมนีก็ตาม แต่บทบัญญัติของอนุสัญญาทั้งสองฉบับมีความเกี่ยวข้องในกระบวนการยอมรับ (Adoption) และปฏิบัติ (Implementation) ตามเนื้อหาของกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ

ศาลาเลือกพิจารณาข้อที่ 11 ของ European Convention on State Immunity 1972 เป็นอันดับแรก โดยในข้อที่ 11 ระบุว่า

“รัฐภาคีอนุสัญญาฯไม่อาจอ้างความคุ้มกันจากเขตอำนาจศาลต่อภาคีอนุสัญญาฯอีกรัฐหนึ่ง หากกระบวนการพิจารณามีความเกี่ยวข้องกับการชดใช้ในความบาดเจ็บต่อบุคคล หรือความเสียหายต่อทรัพย์สินที่เกิดขึ้นในดินแดนของรัฐที่มีการพิจารณาคดี และหากผู้ที่เกี่ยวข้องทำให้เกิดความบาดเจ็บหรือความเสียหายปรากฏอยู่ในดินแดนดังกล่าวในขณะที่ข้อเท็จจริงเกิดขึ้น”²⁷²

โดยบทบัญญัติข้อที่ 11 จำเป็นต้องพิจารณาควบคู่กับข้อที่ 31 ซึ่งระบุว่า

²⁷⁰ Ibid, para.64

“must be interpreted and applied consistently with the time-honoured distinction between acts jure imperii and acts jure gestionis” since to extend jurisdiction without regard to that distinction “would be contrary to the existing principles of international law”

²⁷¹ Ibid, para.65

²⁷² Ibid, para.66

“A Contracting State cannot claim immunity from the jurisdiction of a court of another Contracting State in proceedings which relate to redress for injury to the person or damage to tangible property, if the facts which occasioned the injury or damage occurred in the territory of the State of the forum, and if the author of the injury or damage was present in that territory at the time when those facts occurred.”

“ไม่มีสิ่งใดในอนุสัญญานี้จะส่งผลกระทบต่อความคุ้มกันหรือสิทธิพิเศษใดๆที่ได้
อุปโภคโดยรัฐภาคีอนุสัญญาในเรื่องที่เกี่ยวกับการกระทำหรือการละเว้นการกระทำใดๆอันกระทำ
โดยกองกำลังทหารของรัฐภาคีอนุสัญญาเมื่ออยู่ในดินแดนของรัฐภาคีอนุสัญญาอีกรัฐหนึ่ง”²⁷³

จากการพิจารณาข้อที่ 31 เห็นได้ชัดว่ากองกำลังทหารได้สิทธิตาม
อนุสัญญานี้และ เมื่อมาพิจารณา Explanatory Report ของอนุสัญญานี้ในข้อที่ 31 ระบุว่า

“อนุสัญญาไม่ได้ถูกร่างมาใช้กับสถานการณ์ที่อาจเกิดขึ้นได้ในเหตุการณ์
การขัดกันทางอาวุธ และไม่สามารถยกขึ้นมาอ้างเพื่อที่จะแก้ไขปัญหาต่างๆที่อาจเกิดขึ้นระหว่างรัฐ
พันธมิตรอันเนื่องมาจากการตั้งฐานทัพของกองกำลัง ปัญหาเหล่านี้จะต้องจัดการโดยความตกลง
พิเศษ

ข้อที่ 31 ป้องกันอนุสัญญาที่จะถูกใช้ตีความส่งผลกระทบต่อปัญหาที่ได้กล่าว
มา”²⁷⁴

ศาลาเห็นด้วยกับข้อที่ 31 เป็นบทบัญญัติยกเว้น (Saving clause) จึงส่งผลให้ความคุ้มกันของรัฐสำหรับการกระทำของกองกำลังทหารตอยู่นอกหลักเกณฑ์
ของอนุสัญญาทั้งหมดและจะต้องกำหนดโดยการอ้างกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ อย่างไรก็ตาม
ตามที่ตามมาของการที่ได้เอาหลักการเรื่องการละเมิดภายในดินแดน (Territorial tort principle)
ใส่ไว้ในข้อที่ 11 ของอนุสัญญา ไม่สามารถใช้เป็นข้อสนับสนุนในข้อโต้แย้งที่ว่า รัฐไม่มีสิทธิที่จะได้
ความคุ้มกันจากการละเมิดที่กระทำโดยกองกำลังทหารตามข้อที่ 11 ดังเช่นที่ Explanatory Report
ได้ระบุว่า ผลของข้อที่ 31 ก็คือ อนุสัญญาไม่ส่งผลกระทบต่อปัญหาเหล่านี้ (การกระทำของกอง
กำลังทหาร) และศาลในหลายประเทศเช่น เบลเยียม ไอร์แลนด์ สโลวีเนีย โปแลนด์ ได้เคยวินิจฉัยว่า
ข้อที่ 31 หมายความว่า ความคุ้มกันของรัฐจากการละเมิดที่กระทำโดยกองกำลังทหารไม่ถูกกระทบ

²⁷³ Ibid, para.67

“Nothing in this Convention shall affect any immunities or privileges enjoyed by a
Contracting State in respect of anything done or omitted to be done by, or in relation to, its
armed forces when on the territory of another Contracting State.”

²⁷⁴ Ibid, para.67

“The Convention is not intended to govern situations which may arise in the event of
armed conflict; nor can it be invoked to resolve problems which may arise between allied States
as a result of the stationing of forces. These problems are generally dealt with by special
agreements

[Article 31] prevents the Convention being interpreted as having any influence upon
these matters.”

(Unaffected) โดยข้อที่ 11 ของอนุสัญญา²⁷⁵ กล่าวโดยสรุป ข้อที่ 31 สามารถยกขึ้นมากล่าวอ้างได้ว่าอนุสัญญานี้ไม่ใช้กับการกระทำของกองกำลังทหาร

ต่อมาศาลฯได้ทำการพิจารณาข้อที่ 12 ของ United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property 2004 ที่ได้ระบุว่า

“เว้นแต่ได้มีการตกลงเป็นอย่างอื่นระหว่างรัฐที่เกี่ยวข้อง รัฐไม่สามารถอ้างความคุ้มกันจากเขตอำนาจศาลของอีกรัฐหนึ่งที่มีอำนาจในกระบวนการพิจารณาอันเกี่ยวกับการชดเชยค่าเสียหายเป็นตัวเงินสำหรับความตายหรือการบาดเจ็บต่อบุคคล หรือความเสียหายต่อการสูญเสียทรัพย์สินที่สามารถจับต้องได้ โดยเกิดขึ้นจากการกระทำหรือละเว้นการกระทำที่ได้ถูกกล่าวหาว่าเป็นการกระทำของรัฐ หากการกระทำหรือการละเว้นการกระทำนั้นเกิดขึ้นในดินแดนทั้งหมดหรือบางส่วนของรัฐอื่นนั้น และหากผู้ที่กระทำหรือละเว้นการกระทำปรากฏอยู่ในดินแดนในขณะที่การกระทำหรือการละเว้นการกระทำนั้นเกิดขึ้น”²⁷⁶

หลังจากพิจารณาข้อบทนี้แล้วศาลฯเห็นว่า อนุสัญญานี้ไม่เหมือนกับ European Convention on State Immunity 1972 ที่มีการบัญญัติข้อบทแยกการกระทำของกองกำลังทหารไว้ในอนุสัญญาฯ อย่างไรก็ตาม ศาลฯได้พิจารณาคำอธิบาย (Commentary) ของคณะกรรมการการกฎหมายระหว่างประเทศได้ให้คำอธิบายว่า “ข้อที่ 12 ไม่นำมาใช้กับสถานการณ์ที่เกี่ยวข้องกับภาวะขัดกันทางอาวุธ”²⁷⁷ ยิ่งไปกว่านั้น ในการนำเสนอต่อ Sixth Committee of the General Assembly of the Ad Hoc Committee on Jurisdictional Immunities of States and Their Property ประธานของ Ad Hoc Committee ได้ระบุว่าอนุสัญญานี้ที่ร่างอยู่ฉบับนี้ไม่ได้เตรียมไว้เพื่อมาใช้กับกิจกรรมของทหาร (Military activities)

²⁷⁵ Ibid, para.68

²⁷⁶ Ibid, para.69

“Unless otherwise agreed between the States concerned, a State cannot invoke immunity from jurisdiction before a court of another State which is otherwise competent in a proceeding which relates to pecuniary compensation for death or injury to the person, or damage to or loss of tangible property, caused by an act or omission which is alleged to be attributable to the State, if the act or omission occurred in whole or in part in the territory of that other State and if the author of the act or omission was present in that territory at the time of the act or omission.”

²⁷⁷ Ibid, para.69

“... the International Law Commission’s commentary on the text of Article 12 states that that provision does not apply to “situations involving armed conflicts”

ศาลายังเห็นว่าในปัจจุบัน ยังไม่มีรัฐใดตั้งคำถามเกี่ยวกับการตีความดังกล่าว นอกจากนี้ ศาลาพบว่าอนุสัญญาและสวิตเซอร์แลนด์ให้สัตยาบัน (Ratify) อนุสัญญาฉบับนี้และได้ทำคำประกาศ (Declaration) ว่า “อนุสัญญานี้ไม่ใช้กับกิจกรรมของทหาร (Military activities) รวมถึงกิจกรรมของกองกำลังทหาร (Activities of armed forces) ในภาวะขัดกันทางอาวุธ”²⁷⁸ ดังนั้น ศาลาเห็นว่าไม่มีข้อโต้แย้งใดที่จะสนับสนุนกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศว่า มีการปฏิเสธความคุ้มกันในเรื่องละเมิดที่เกี่ยวกับการกระทำที่ทำให้ถึงแก่ความตาย การบาดเจ็บต่อบุคคล หรือความเสียหายต่อทรัพย์สินที่เกิดขึ้นในดินแดนของรัฐที่มีการพิจารณาคดีโดยกองกำลังทหารและองค์กรที่ให้การช่วยเหลือภายใต้บริบทของภาวะขัดกันทางอาวุธ²⁷⁹

หลังจากศาลาได้พิจารณาข้อบทในอนุสัญญาฯระหว่างประเทศแล้ว ศาลาจึงเปลี่ยนมาพิจารณาแนวปฏิบัติของรัฐ (State practice) โดยสามารถอ้างอิงได้จากการออกกฎหมายภายใน ซึ่งในปัจจุบันศาลาพบว่า มี 9 จาก 10 ประเทศตามที่คู่พิพาทในคดีนี้ยกขึ้นมา มีการออกกฎหมายเกี่ยวกับความคุ้มกันของรัฐที่ไม่สามารถอ้างอิงขึ้นมาได้ในกรณีการกระทำที่ทำให้ถึงแก่ความตาย การบาดเจ็บต่อบุคคล หรือความเสียหายต่อทรัพย์สินที่เกิดขึ้นในดินแดนของรัฐที่มีการพิจารณาคดี มีเพียงปากีสถานเท่านั้นที่ไม่มีบทบัญญัติที่สามารถเอามาเทียบได้²⁸⁰

เมื่อศาลาได้พิจารณากฎหมายภายในของรัฐที่มีบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับกรณีที่ได้กล่าวมาพบว่า สำหรับกฎหมายภายในของสหราชอาณาจักรและสิงคโปร์²⁸¹ มีบทบัญญัติแยกกระบวนการพิจารณาที่เกี่ยวกับกองกำลังทหารต่างชาติไว้อย่างชัดเจน ในส่วนของแคนาดา ออสเตรเลีย และอิสราเอล²⁸² มีบทบัญญัติแยกการกระทำของกองกำลังทหารที่มาชั่วคราว (Visiting armed forces) และต้องได้รับความยินยอม (Consent) เท่านั้น สำหรับแอฟริกาใต้ อาเจนตินา และญี่ปุ่น²⁸³ ไม่มีบทบัญญัติที่แยกการกระทำของกองกำลังทหาร แต่บทบัญญัติของญี่ปุ่นระบุว่า กฎหมายความคุ้มกันของญี่ปุ่นจะไม่กระทบกระเทือนสิทธิพิเศษและความคุ้มครองที่อุปโภคโดยรัฐต่างประเทศผ่านสนธิสัญญา (Treaties) หรือกฎหมายระหว่างประเทศที่เป็นที่ยอมรับแล้ว (Established international law)²⁸⁴ กรณีสุดท้าย สหรัฐอเมริกา²⁸⁵ ไม่มีบทบัญญัติเฉพาะเจาะจงที่ระบุถึงการอ้าง

²⁷⁸ Ibid, para.69

“the Convention does not apply to military activities, including the activities of armed forces during an armed conflict ...”

²⁷⁹ Ibid, para.69

²⁸⁰ Ibid, para.70

²⁸¹ The United Kingdom State Immunity Act 1978 และ Singapore State Immunity Act 1985

²⁸² Canada State Immunity Act 1985, Australian Foreign States Immunity Act 1985 และ Israel Foreign State Immunity Law 2008

²⁸³ South Africa Foreign State Immunity Act 1981, Act on the Civil Jurisdiction of Japan with respect to a Foreign State 2009

²⁸⁴ Jurisdictional Immunities of the States (Germany v. Italy: Greece intervening), para.71

สิทธิจากการกระทำของกองกำลังทหาร แต่มีบทบัญญัติที่ไม่ให้ความคุ้มกันกับเหตุการณ์บางประเภทที่เกิดขึ้นในสหรัฐอเมริกา ซึ่งก็คือการกระทำอันก่อให้เกิดความเสียหายเป็นตัวแทนจากการกระทำของรัฐต่างประเทศสำหรับการบาดเจ็บต่อบุคคลหรือความเสียหายต่อทรัพย์สินที่เกิดขึ้นในสหรัฐอเมริกา ไม่ว่าจะเป็นการกระทำละเมิดหรือการละเว้นการกระทำก็ตาม การใช้บทบัญญัตินี้ของสหรัฐอเมริกา เคยมีคำพิพากษาของศาลสหรัฐอเมริกาวินิจฉัยว่า เจ้าหน้าที่ของรัฐต่างประเทศทำการลอบสังหาร (Assassination) ในดินแดนสหรัฐอเมริกาไม่ได้รับความคุ้มกัน²⁸⁶ อย่างไรก็ตาม ศาลฯไม่สามารถหากรณีเทียบเคียงในสหรัฐอเมริกาที่มีการใช้บทบัญญัตินี้กับกองกำลังทหารได้²⁸⁷

หลังจากศาลฯได้พิจารณากฎหมายภายในของแต่ละรัฐที่มีบทบัญญัติเกี่ยวกับความคุ้มกันแล้ว ศาลฯมาพิจารณาแนวปฏิบัติของรัฐ (State practice) ในรูปแบบของคำพิพากษาศาลภายใน (Judgments of national courts) เรื่องความคุ้มกันจากการกระทำของกองกำลังทหาร ศาลฯพบว่าในกรณีที่รัฐมีสิทธิได้รับความคุ้มกันในกระบวนการพิจารณาเกี่ยวกับการละเมิดที่ทำโดยกองกำลังทหารในขณะที่มาตั้งฐาน (Stationing) หรือมาอยู่ชั่วคราว (Visiting) โดยได้รับความยินยอมนั้นมีการวินิจฉัยโดยศาลภายในหลายประเทศด้วยกัน

เริ่มต้นจากคำพิพากษาศาลภายในอียิปต์ เบลเยียม และเยอรมนีที่มีตัวอย่างเป็นประเทศแรกๆ ในการวินิจฉัยว่าการกระทำของกองกำลังทหาร (Armed forces) สามารถพิจารณาได้ว่าเป็นการกระทำของรัฐโดยแท้ (acta jure imperii) หลังจากนั้นเป็นต้นมา ศาลภายในหลายประเทศได้วินิจฉัยให้รัฐได้รับความคุ้มกันจากความเสียหายที่เกิดโดยสงคราม (Damages caused by warships) หรือการกระทำของทหาร (Military exercise) และศาลในสหราชอาณาจักรเคยวินิจฉัยว่า กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศให้ความคุ้มกันกระบวนการพิจารณาสำหรับการละเมิดที่กระทำโดยกองกำลังทหารในดินแดนของสหราชอาณาจักร หากการกระทำเช่นนั้นเป็นการกระทำของรัฐโดยแท้ (acta jure imperii)²⁸⁸

เช่นเดียวกันศาลสูงของไอร์แลนด์ (Supreme Court of Ireland) วินิจฉัยว่ากฎหมายระหว่างประเทศให้รัฐต่างประเทศยังคงได้รับความคุ้มกัน หากการกระทำที่เกิดขึ้นโดยสมาชิกของกองกำลังทหาร (Members of armed forces) ก็จะถูกถือว่าเป็นการกระทำของรัฐโดยแท้ (acta jure imperii) และไม่ต้องคำนึงถึงความยินยอม (Consent) ซึ่งคำพิพากษานี้ในภายหลังถูกนำมาอ้างในศาล European of Human Rights Court ว่าคำพิพากษาของศาลไอร์แลนด์นี้สะท้อนกฎหมายระหว่างประเทศว่าการให้ความคุ้มกันของรัฐไม่สามารถพิจารณาได้ว่าไม่สอดคล้องกับ European Convention on Human Rights

²⁸⁵ The United States Foreign Sovereign Immunities Act 1976

²⁸⁶ Letelier v. Republic of Chile

²⁸⁷ Jurisdictional Immunities of the States (Germany v. Italy: Greece intervening), para.71

²⁸⁸ Ibid, para.72

ศาลาพิจารณาต่อไปในคดีที่มีข้อเท็จจริงใกล้เคียงกับคดีในศาลภายในอิตาลี คือเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นในสงครามโลกครั้งที่ 2 ศาลายกคำพิพากษาศาลสูงฝรั่งเศส (Cour de cassation) ที่ได้เคยวินิจฉัยว่าเยอรมนีได้ความคุ้มกันหลายคดีที่มีการฟ้องต่อศาลฝรั่งเศส โดยข้อเท็จจริงมีลักษณะคล้ายกัน คือโจทก์ถูกส่งตัวออกไปยังดินแดนฝรั่งเศสที่ถูกยึดครองช่วงสงครามโลกครั้งที่ 2²⁸⁹ นอกจากนี้ยังมีศาลในประเทศอื่นๆ เช่น สโลวีเนีย โปแลนด์ เบลเยียม เซอร์เบีย และบราซิลที่เห็นว่าเยอรมนียังมีสิทธิที่จะอ้างความคุ้มกันของรัฐ แม้ว่ากรกระทำของเยอรมนีในสงครามโลกครั้งที่ 2 จะเกิดขึ้นในดินแดนของรัฐที่มีการพิจารณาคดีก็ตาม²⁹⁰

ศาลากลับมาดูคดีในศาลเยอรมนี โดยศาลภายในเยอรมนีเคยวินิจฉัยว่า หลักการเรื่องการละเมิดภายในดินแดน (Principle of territorial tort) ไม่ได้ทำให้สิทธิของรัฐในการใช้ความคุ้มกันภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศเสียไปแต่อย่างใด แม้ว่าจะกระทำโดยกองกำลังทหาร และเหตุการณ์เกิดขึ้นในดินแดนของรัฐที่มีการพิจารณาคดี (Forum state)²⁹¹ มีเพียงรัฐเดียวเท่านั้นที่มีแนวปฏิบัติของศาลสนับสนุนข้อโต้แย้งของอิตาลี ได้แก่ กรีซ ซึ่งศาลสูงกรีซ (Hellenic Supreme Court) วินิจฉัยในคดี Distomo ว่าความคุ้มกันไม่สามารถใช้ได้ตามหลักการละเมิดภายในดินแดน อย่างไรก็ตาม ศาลสูงพิเศษกรีซ (Special Supreme Court) ได้วินิจฉัยในคดี Margellos ปฏิเสธการให้เหตุผลของศาลสูงกรีซในคดี Distomo และเห็นว่าเยอรมนียังมีสิทธิในการใช้ความคุ้มกันเช่นเดิม ทั้งนี้เยอรมนียังให้รายละเอียดต่อศาลาในประเด็นนี้ โดยบอกว่าตั้งแต่ที่คดี Margellos ถูกตัดสินโดยศาลสูงพิเศษกรีซ ไม่มีศาลกรีซได้อีกเลยปฏิเสธความคุ้มกันของเยอรมนีจากกรณีการละเมิดภายในดินแดนของกองกำลังทหารระหว่างช่วงสงครามโลกครั้งที่ 2 ยิ่งไปกว่านั้น ปี ค.ศ. 2009 ศาลสูงกรีซ ยังยอมรับและนำการให้เหตุผลในคดี Margellos มาวินิจฉัยคดีด้วยเช่นเดียวกัน แม้ว่าจะวินิจฉัยในฐานความผิดที่แตกต่างกันก็ตาม ศาลาเห็นว่าจากแนวปฏิบัติของกรีซที่เกิดขึ้นทั้งหมดไม่สามารถนำมาสนับสนุนข้อโต้แย้งของอิตาลีได้²⁹²

จากเหตุผลทั้งหมดที่ศาลาได้กล่าวมา ศาลาเห็นว่าแนวปฏิบัติของรัฐ (State practice) จากคำวินิจฉัยของศาลภายในของประเทศต่างๆสนับสนุนเหตุผลที่ว่าความคุ้มกันของรัฐจากการกระทำของรัฐโดยแท้ (acta jure imperii) ยังขยายไปถึงกระบวนการพิจารณาทางแพ่ง (Civil proceedings) สำหรับการกระทำที่ทำให้ถึงแก่ความตาย การบาดเจ็บต่อบุคคล หรือความเสียหายต่อทรัพย์สินที่เกิดขึ้นโดยกองกำลังทหารและองค์กร (Organs) ต่างๆของรัฐในการขัดกันทางอาวุธ และแม้ว่าการกระทำนั้นจะเกิดขึ้นในดินแดนของรัฐที่มีการพิจารณาคดี (Forum state) ก็ตาม แนวปฏิบัติที่ศาลาได้กล่าวมาสะท้อนให้เห็นถึงความรู้สึกร่วมกัน (opinio juris) ที่แต่ละรัฐแสดงออกผ่านแนวคำพิพากษา (Jurisprudence) จำนวนมากของรัฐต่างๆ ยิ่งไปกว่านั้น การไม่มี

²⁸⁹ Ibid, para.73

²⁹⁰ Ibid, para.74

²⁹¹ Ibid, para.75

²⁹² Ibid, para.76

อยู่ของคำวินิจฉัยที่เห็นไม่ตรงกับแนวคำพิพากษาส่วนใหญ่ก็มีส่วนสำคัญ เช่นเดียวกับการไม่มีอยู่ของแถลงการณ์รัฐ (Statements) ที่เกี่ยวข้องกับงาน (Works) ของคณะกรรมการสิทธิการกฎหมายระหว่างประเทศในเรื่องความคุ้มกันของรัฐ ซึ่งยังรวมไปถึงแถลงการณ์ต่อการยอมรับ United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property 2004 หรือในบริบทอื่น ๆ ที่มีการยืนยันว่ากฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศไม่ให้ความคุ้มกันในกรณีที่ได้กล่าวมาข้างต้น²⁹³

ศาลาจึงวินิจฉัยในประเด็นนี้ว่า กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ (Customary international law) ยังคงให้รัฐมอบความคุ้มกันให้อีกรัฐหนึ่งในกระบวนการพิจารณาที่เกี่ยวข้องกับการละเมิด (Tort) ที่กระทำโดยกองกำลังทหารหรือองค์กรอื่นๆของรัฐในการขัดกันทางอาวุธ ดังนั้น ข้อโต้แย้งของอิตาลีจึงฟังไม่ขึ้น คำพิพากษาของศาลอิตาลีที่ได้ปฏิเสธความคุ้มกันของเยอรมนีไม่สามารถอธิบายได้ด้วยเหตุผลในเรื่องหลักการละเมิดภายในดินแดน (Territorial tort principle)²⁹⁴

คำวินิจฉัยของศาลาในประเด็นนี้มาจากการพิจารณากฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ เนื่องจากคู่ความทั้งสองไม่ได้เป็นรัฐภาคี UNCIS และสำหรับเยอรมนีเป็นคู่ความฝ่ายเดียวที่เป็นรัฐภาคี ECSI เท่านั้น โดยการพิจารณากฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ ศาลาได้ยกข้อที่ 38(1)(b) ของธรรมนูญศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ ซึ่งพูดถึงกฎเกณฑ์ที่ศาลจะนำมาใช้ในการวินิจฉัยคดีเพื่อระงับข้อพิพาท โดยข้อ 38(1)(b) กำหนดให้ใช้จารีตประเพณีระหว่างประเทศ ทั้งนี้ การพิจารณาการมีอยู่ของกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศจำเป็นต้องพิจารณาจากแนวปฏิบัติของรัฐที่เป็นที่ยุติ (Settled practice) ประกอบกับความรู้สึกรู้ว่าเป็นกฎหมาย (opinion juris) ดังปรากฏในคดี *North Sea Continental Shelf* (Germany v. Denmark และ Germany v. Netherland)²⁹⁵ และในคดี *Continental Shelf* (Libyan Arab Jamahiriya v. Malta)

“เป็นที่แน่นอนชัดเจนว่าส่วนประกอบต่างๆของกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศจะต้องพิจารณาในเบื้องต้นจากการปฏิบัติที่แท้จริง (Actual practice) และความรู้สึกรู้ว่าเป็นกฎหมาย (opinion juris) ของรัฐทั้งหลาย แม้ว่าอนุสัญญาพหุภาคีอาจมีบทบาทสำคัญในการบันทึกและให้ความหมายหรือในการพัฒนากฎเกณฑ์ที่มาจากจารีตประเพณี”²⁹⁶

²⁹³ Ibid, para.77

²⁹⁴ Ibid, para.78-79

²⁹⁵ North Sea Continental Shelf (Germany v. Denmark และ Germany v. Netherland), International Court of Justice, (1969), para.77

²⁹⁶ Continental Shelf (Libyan Arab Jamahiriya v. Malta), International Court of Justice, (1985), para.27

สำหรับคำว่า ‘ความรู้สึกรู้ว่าเป็นกฎหมาย’ ศาลฯได้เคยอธิบายไว้ในคดี *North Sea Continental Shelf* (Germany v. Denmark และ Germany v. Netherland) ว่าเป็น ‘ความเชื่อที่ว่า การปฏิบัติที่กระทำโดยรัฐได้ให้พันธกรณีจากการมีอยู่ของกฎเกณฑ์ที่ได้กำหนดไว้’²⁹⁷ หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งคือ ‘ความเชื่อในพันธกรณีทางกฎหมาย’²⁹⁸ สำหรับแนวปฏิบัติของรัฐสามารถมาได้จากแนวปฏิบัติของรัฐบาล ศาล รัฐสภา รวมทั้งสิ่งที่รัฐแสดงออก อย่างไรก็ตาม การพิจารณาแนวปฏิบัติต้องใช้ความระมัดระวัง ในกรณีที่บางรัฐมีแนวปฏิบัติของการทรมานไม่ได้หมายความว่าแนวปฏิบัตินี้เพียงพอที่จะทำให้การทรมานเป็นสิ่งที่ชอบด้วยกฎหมาย²⁹⁹ ศาลฯได้เคยวินิจฉัยไว้ในคดี *Nicaragua* (Nicaragua v. United States)

“เพื่อที่จะอนุมานการมีอยู่ของกฎเกณฑ์จารีตประเพณี ศาลฯเห็นว่าการกระทำของรัฐควรสอดคล้องกับกฎเกณฑ์ที่มีอยู่ และกรณีที่การกระทำของรัฐไม่สอดคล้องกับกฎเกณฑ์ที่มีอยู่ การปฏิบัติของรัฐควรจะได้รับพิจารณาให้เป็นการละเมิดกฎเกณฑ์นั้น ไม่ใช่เป็นการบ่งบอกถึงการยอมรับกฎเกณฑ์ใหม่”³⁰⁰

ศาลฯในคดีนี้จึงต้องพิจารณาจากแนวปฏิบัติของรัฐและความรู้สึกรู้ว่าเป็นกฎหมายตามบรรทัดฐานที่ศาลฯในคดีก่อนหน้าได้วางหลักเอาไว้ ศาลฯเริ่มต้นพิจารณา ECSI และ UNCIS แม้ว่าอนุสัญญาทั้งสองจะไม่ใช่บังคับกับอิตาลีและเยอรมนี แต่บทบัญญัติของทั้งสองอนุสัญญานี้เป็นการยอมรับและปฏิบัติตามกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ เมื่อศาลฯพิจารณาแล้วเห็นว่า ทั้งสองอนุสัญญามีข้อบทเกี่ยวกับการละเมิดภายในดินแดนของรัฐที่มีการพิจารณาที่อยู่จริง แต่ข้อบทใน ECSI มีบทบัญญัติยกเว้น (Saving clause) ทำให้บทบัญญัติของ ECSI ไม่สามารถบังคับ

“It is of course axiomatic that the material of customary international law is to be looked for primarily in the actual practice and opinio juris of States, even though multilateral conventions may have an important role to play in recording and defining rules deriving from custom, or indeed in developing them.”

²⁹⁷ *North Sea Continental Shelf* (Germany v. Denmark และ Germany v. Netherland), International Court of Justice, (1969), para.77

“... a belief that this practice is rendered obligatory by the existence of a rule of law requiring it”

²⁹⁸ Christopher Greenwood, *Sources of International Law: An Introduction*, United Nations Office of Legal Affairs, p.1

²⁹⁹ *Ibid*, p.2

³⁰⁰ *Case Concerning Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua* (Nicaragua v. United States), International Court of Justice, (1986), para.186

“In order to deduce the existence of customary rules, the Court deems it sufficient that the conduct of States should, in general, be consistent with such rules, and that instances of State conduct inconsistent with a given rule should generally have been treated as breaches of that rule, not as indications of the recognition of a new rule.”

ใช้ได้กับกองกำลังต่างประเทศ สำหรับกรณีของ UNCIS ศาลาพิจารณาไปถึงคำอธิบายของ ILC ที่ระบุว่าอนุสัญญาฉบับนี้ไม่นำมาใช้กับการขัดกันทางอาวุธ (Armed conflict)

ถัดต่อมาศาลาพิจารณาแนวปฏิบัติของรัฐจากกฎหมายภายใน (Domestic law) ซึ่งศาลาพบว่ามี 9 ประเทศที่มีกฎหมายเกี่ยวกับความคุ้มกันของรัฐในเรื่องการละเมิดภายในดินแดนของรัฐที่มีการพิจารณาคดี โดยมี 2 ประเทศที่แยกกระบวนการพิจารณาที่เกี่ยวกับกองกำลังทหารต่างประเทศไว้ชัดเจน และมี 3 รัฐที่แยกการกระทำของกองกำลังทหารที่มาชั่วคราว (Visiting armed forces) โดยต้องได้รับความยินยอม อีก 4 ประเทศไม่มีการระบุไว้ในกฎหมายภายในเกี่ยวกับกองกำลังทหาร ศาลาพิจารณาต่อไปถึงแนวปฏิบัติของรัฐจากคำพิพากษาศาลภายในพบว่า มีหลายรัฐที่ศาลภายในให้ความคุ้มกันของรัฐแก่การกระทำของกองกำลังทหาร มีเพียงกรีซรัฐเดียวเท่านั้นที่วินิจฉัยสนับสนุนข้อโต้แย้งของอิตาลี อย่างไรก็ตาม คดี Margellos ในศาลสูงพิเศษกรีซวินิจฉัยให้กองกำลังทหารได้รับความคุ้มกัน ซึ่งขัดกับคำพิพากษาศาลปกติของกรีซ

จากแนวปฏิบัติของรัฐทั้งหมดที่ศาลาได้พิจารณา จึงนำไปสู่ข้อสรุปที่ว่ากฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศยังคงให้ความคุ้มกันของรัฐแก่กองกำลังทหารในกระบวนการพิจารณาที่เกี่ยวกับการละเมิดภายในดินแดนของรัฐที่มีการพิจารณาคดีอยู่เช่นเดิม

สำหรับประเด็นคำวินิจฉัยนี้ของศาลา ผู้พิพากษา Giorgio Gaja ได้เขียนความเห็นแย้ง (Dissenting opinion) ไว้ว่า ศาลาควรจะทำการศึกษาในขอบเขตข้อยกเว้นการละเมิด (Tort exception) ที่กว้างกว่านี้เพราะกฎเกณฑ์ที่ศาลาได้ใช้ในการวินิจฉัยยังอยู่ในขอบเขตของกฎหมายที่กำลังพัฒนาอยู่³⁰¹ Gaja ให้เหตุผลว่าข้อยกเว้นการละเมิดที่ปรากฏในข้อที่ 12 ของ United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property อนุสัญญาที่มีเพียง 13 ประเทศเท่านั้นที่ให้สัตยาบัน ถือว่ามีภาคีสมาชิกน้อยมาก ยิ่งไปกว่านั้นอนุสัญญาฉบับนี้ก็ยังไม่ผลบังคับใช้ ซึ่งอาจเป็นการแสดงให้เห็นว่าหลักการดังกล่าวยังไม่ีสถานะเป็นกฎหมายระหว่างประเทศทั่วไป (General international law) ในส่วนของสหภาพยุโรปก็มีบทบัญญัติเกี่ยวกับความคุ้มกันของรัฐเช่นเดียวกัน นั่นก็คือ European Convention on State Immunity อย่างไรก็ตามมีเพียง 8 ประเทศเท่านั้นในสหภาพยุโรปที่ให้สัตยาบัน Gaja เห็นว่าอนุสัญญาฉบับนี้ไม่ได้ประสงค์ให้เป็นกฎเกณฑ์ทั่วไป (General rules) แต่เป็นเพียงความตกลงกันระหว่างรัฐ-รัฐเท่านั้น³⁰²

³⁰¹ Dissenting Opinion of Judge AD HOC Gaja, para 1

“... the scope of the “tort exception” deserves further analysis, also because this is an area where the law, according to several judicial decisions, is currently “developing” ”

³⁰² Ibid, para.2

Gaja อธิบายต่อไปว่าตามที่ศาลฯได้ให้เหตุผลโดยการยกกฎหมายภายในของรัฐต่างๆที่เกี่ยวข้องกับความคุ้มกันของรัฐขึ้นมานั้น เห็นว่าเป็นการยากที่จะพิจารณาการออกกฎหมายของรัฐทั้ง 10 รัฐเพื่อยืนยันสถานะของหลักกฎหมายระหว่างประเทศทั่วไป เพราะการออกกฎหมายของแต่ละรัฐไม่ได้ออกมาตามมาตรฐานที่ทุกๆรัฐควรจะปฏิบัติ แม้ว่าการใช้ถ้อยคำในบทบัญญัติของรัฐต่างๆจะมีจุดประสงค์เหมือนกัน คือ การฟ้องร้องจากการกระทำหรือการละเว้นการกระทำของรัฐต่างประเทศที่เกิดขึ้นในดินแดนของศาลที่มีการพิจารณาคดี หากการกระทำหรือการละเว้นการกระทำนั้นก่อให้เกิดความตาย การบาดเจ็บ หรือความเสียหายแก่ทรัพย์สิน รัฐไม่อาจยกความคุ้มกันขึ้นมาอ้างได้ อย่างไรก็ตาม กฎหมายเหล่านี้ไม่ได้มีการระบุไว้ชัดเจนว่าการกระทำหรือการละเว้นการกระทำจะต้องเป็นการกระทำของรัฐโดยแท้ (acta jure imperii) หรือการกระทำเชิงพาณิชย์ (acta jure gestionis) หรือไม่ Gaja มองว่าแม้แต่คำอธิบายของ ILC ในการร่างข้อที่ 12 ของ United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property เองก็ไม่ได้กำหนดให้ข้อที่ 12 ใช้กับอุบัติเหตุทางการจราจรเท่านั้น (Traffic accident) แต่ยังรวมถึงกรณีอื่นๆ เช่น การทำร้ายร่างกาย (Assault and battery) ความเสียหายต่อทรัพย์สิน (Malicious damage to property) การวางเพลิง (Arson) การฆาตกรรม (Homicide) หรือแม้กระทั่งการลอบสังหารทางการเมืองด้วย (Political assassination) และ ILC ก็ได้อ้างคดีในศาลบางประเทศด้วยว่า ข้อที่ 12 ไม่มีการแบ่งแยกระหว่างการกระทำของรัฐโดยแท้ (acta jure imperii) หรือการกระทำเชิงพาณิชย์ (acta jure gestionis)³⁰³ และไม่มีข้อความใดๆในอนุสัญญาหรือเอกสารเตรียมร่างบ่งชี้ว่า ข้อยกเว้นการละเมิดจะไม่นำมาใช้ในการกระทำของรัฐโดยแท้ (acta jure imperii) ยิ่งไปกว่านั้นในคำอธิบายของ ILC ระบุว่าคดีจากศาลภายใน 2 ประเทศสนับสนุน คือ คดี Ferrini จากอิตาลี และ คดี Schreiber v. Federal Republic of Germany จากแคนาดา แต่ยังคงมีคดีที่มีมุมมองแตกต่างออกไปอย่างคดีในศาลสูงของไอร์แลนด์ในคดี McElhinney ซึ่งเป็นคดีที่ศาลฯได้ยกมาเป็นเหตุผลในการวินิจฉัย โดยคดี McElhinney มีการตัดสินว่า แม้ว่าการละเมิดจะเกิดขึ้นในดินแดนที่มีการพิจารณาคดี (Forum state) ความคุ้มกันของกันก็ยังคงต้องให้กับรัฐต่างประเทศเช่นเดิมหากเป็นการกระทำของรัฐโดยแท้ อย่างไรก็ตาม ไอร์แลนด์ไม่มีกฎหมายเกี่ยวกับความคุ้มกันและไม่เป็นภาคีของ European Convention on State Immunity ด้วยเช่นเดียวกัน หลังจากการตัดสินคดีดังกล่าว ฝ่าย McElhinney ยื่นฟ้องไอร์แลนด์ต่อศาลสิทธิมนุษยชนยุโรป ซึ่งศาลเห็นว่าหลักการเรื่องข้อยกเว้นการละเมิดภายในดินแดนสอดคล้องกับแนวโน้มของกฎหมายระหว่างประเทศ แต่ศาลกลับวินิจฉัยว่าการให้ความคุ้มกันแก่สหราชอาณาจักรในคดี McElhinney นั้นถูกต้องแล้วตามมาตรฐานระหว่างประเทศที่ได้รับการยอมรับ Gaja ชี้ให้เห็นว่าคดี McElhinney ในศาลสิทธิมนุษยชนยุโรป คือการเข้าถึงกระบวนการยุติธรรม (Access to justice) ตามข้อที่ 6 ของ European Convention on Human Rights ไม่ใช่เรื่องการให้ความคุ้มกันแก่สหราชอาณาจักร ผลลัพธ์ของคำวินิจฉัยคือเสียงส่วนมากของศาลไม่ได้สนับสนุนแนวคิดเรื่องข้อยกเว้นการละเมิด แต่เห็นว่าการที่ไอร์แลนด์ให้ความคุ้มกันนั้นไม่ได้เป็นการละเมิดพันธกรณีระหว่างประเทศ³⁰⁴

³⁰³ Ibid, para.4-5

³⁰⁴ Ibid, para.5

Gaja ชี้ให้เห็นถึงความไม่ชัดเจนของบทบัญญัติต่างๆต่อไปว่า แม้ว่า European Convention on State Immunity จะมีการบัญญัติว่าความคุ้มกันของรัฐยังคงให้การกระทำของกองกำลังทหารอยู่ แต่สำหรับ United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property ไม่มีบทบัญญัติที่ชัดเจนที่ระบุถึงการให้ความคุ้มกันแก่กองกำลังทหาร แต่ในคำอธิบายของ ILC ข้อที่ 12 เห็นว่าบทบัญญัตินี้ไม่ใช้กับการขัดกันทางอาวุธ (Armed conflict) และไม่มีคำอธิบายอื่นใดเพิ่มเติม รวมถึงไม่มีการระบุถึงผลที่ตามมาของข้อเท็จจริงที่ข้อที่ 12 อาจจะไม่นำมาใช้ นอกจากนี้ยังไม่พบหลักฐานเพิ่มเติมใดๆในกระบวนการร่างแต่ตอนที่มีการเสนอรายงานไปยัง 6th Committee โดย Gerhard Hefner ประธานของ Ad Hoc Committee เห็นว่ากิจกรรมทางการทหาร (Military activities) ไม่ควรจะครอบคลุมถึง ต่อมาประธานก็เสนอต่อที่ประชุมว่า กรณีการขัดกันทางอาวุธ อนุสัญญานี้จะครอบคลุมด้วยหรือไม่ แต่ก็ไม่ได้รับการตอบรับใดๆ ความสำคัญทางกฎหมายในคำถามของประธาน Hefner จึงยังไม่มีคำตอบชัดเจน และเมื่อสมัชชาสหประชาชาติรับมติที่ 59/38 เพื่อรับอนุสัญญานี้ ได้ระบุไว้ในท้ายอารัมภบทว่า “พิจารณาจากแถลงการณ์ของประธานแห่ง Ad Hoc Committee ที่ได้เสนอรายงานต่อ Ad Hoc Committee”³⁰⁵ ย่อหน้านี้ก็มีความชัดเจนเช่นเดียวกัน ในขณะที่นอร์เวย์และสวีเดนให้สัตยาบันอนุสัญญานี้ก็ได้ให้คำประกาศว่า อนุสัญญานี้ไม่ใช้กับกิจกรรมทางการทหาร และเมื่อพิจารณาจากกฎหมายภายในของประเทศต่างๆก็ไม่มีการระบุไว้ชัดเจนว่าครอบคลุมถึงการขัดกันทางอาวุธหรือกิจกรรมทางการทหารหรือไม่³⁰⁶

Gaja ยกแนวคำพิพากษาของศาลภายในขึ้นมาเพื่ออธิบายความไม่สอดคล้องของการตัดสินคดีต่างๆที่มีความเกี่ยวข้องกัน เช่น กรณีของอิตาลีในคดี Ferrini ที่ศาลไม่ให้ความคุ้มกันโดยให้เหตุผลว่าการกระทำเกิดขึ้นในดินแดนของศาลที่มีการพิจารณา กรณีของฝรั่งเศสในคดี Bucheron และ Grosz เป็นกรณีที่คนชาติของฝรั่งเศสถูกส่งให้ไปเป็นแรงงานบังคับในเยอรมนี ศาลเห็นว่าเป็นการกระทำของรัฐโดยแท้ ฝรั่งเศสจึงต้องให้ความคุ้มกันแก่เยอรมนี กรณีของกรีซในคดี Aeries Pagos ศาลไม่ให้ความคุ้มกันเนื่องจากการละเมิดการขึ้นในดินแดนของศาลที่มีการพิจารณา อย่างไรก็ตาม สองปีต่อมาคดี Margellos ในกรีซวินิจฉัยด้วยคะแนน 6-5 เสียงเห็นว่าหลักการเรื่องข้อยกเว้นการละเมิดไม่ใช้กับกิจกรรมของทหาร เช่นเดียวกับกรณีของโปแลนด์ในคดี Natoniewski ที่มีแนววินิจฉัยไปในทางเดียวกันกับศาลกรีซ จากตัวอย่างที่ยกขึ้นมาจะพบว่าแต่ละรัฐยังมีแนวคิดที่แตกต่างกันออกไป การให้เหตุผลในข้อยกเว้นการละเมิดอันเกิดจากกิจกรรมทางทหารจึงยังไม่มีคำตอบชัดเจนมากพอ³⁰⁷

³⁰⁵ Ibid, para.6

“GA resolution 59/38, which adopted the Convention, said in its last preambular paragraph: “Taking into account the statement of the Chairman of the Ad Hoc Committee introducing the report of the Ad Hoc Committee.”

³⁰⁶ Ibid, para.6-7

³⁰⁷ Ibid, para.8-9

กล่าวโดยสรุป Gaja เห็นว่าบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับความคุ้มกันในระดับระหว่างประเทศและภายในประเทศยังไม่มี ความชัดเจนมากพอ นอกจากนี้แนวปฏิบัติผ่านคำตัดสินของรัฐต่างๆก็ยังมีแนวคิดในการวินิจฉัยที่แตกต่างกันออกไป การให้เหตุผลเพื่อนำไปสู่ข้อสรุปของศาลฯจึงยังไม่มี ความชัดเจนมากเพียงพอที่จะชี้ให้เห็นได้ว่าแนวปฏิบัติของรัฐต่างๆมีความสอดคล้องกัน

ด้านผู้พิพากษา Abdulqawi Yusuf อธิบายในความเห็นแย้งว่า ศาลฯไม่ได้พิจารณาพัฒนาการของกฎหมายระหว่างประเทศ ในทางกลับกันศาลฯอ้างคดีที่เป็นจุดเริ่มต้นของข้อยกเว้นการละเมิดภายในดินแดนของรัฐอย่างคดี Holubek v. Government of the United States of American ในปี ค.ศ. 1962 ซึ่ง Yusuf ย้ำว่าเป็นคดีตั้งแต่ยุค 1960 ดังนั้น การที่ศาลฯไม่พิจารณากฎเกณฑ์ที่กำลังจะเกิดขึ้นใหม่เป็นเสมือนการตัดไฟตั้งแต่ต้นลมของกฎเกณฑ์นั้นๆ³⁰⁸ Yusuf ยังอ้างความเห็นเกี่ยวกับการกระทำของรัฐเชิงพาณิชย์ของ Lord Denning ‘เมื่อใดก็ตามที่ความเปลี่ยนแปลงเกิดขึ้น ต้องมีใครสักคนเป็นผู้เริ่ม ประเทศหนึ่งอาจเป็นผู้เริ่มต้น และประเทศอื่นๆก็จะปฏิบัติตาม’ และได้อธิบายเพิ่มเติมว่า กฎเกณฑ์บางประเภทของกฎหมายระหว่างประเทศอาจอยู่ในความไม่ชัดเจน (Grey zone) และการมีอยู่ของกฎเกณฑ์นั้นอาจถกเถียงกันได้ในกลุ่มนักวิชาการกฎหมายจนกระทั่งศาลได้อธิบายถึงสถานะของกฎเกณฑ์เหล่านั้นและได้สร้างกฎเกณฑ์ขึ้นมา สิ่งเหล่านี้เกิดขึ้นหลายต่อหลายครั้งในกรณีเกี่ยวกับข้อยกเว้นของความคุ้มกันของรัฐ โดยการเปลี่ยนแปลงในเรื่องความคุ้มกันนี้ไม่ได้เกิดจากช่องทางทางการทูต การสร้างอนุสัญญา หรือการตัดสินขององค์กรทางศาลระหว่างประเทศหรืออนุญาโตตุลาการ แต่การเปลี่ยนแปลงในเรื่องความคุ้มกันได้พัฒนาผ่านคำพิพากษาของศาลภายใน ซึ่งในท้ายที่สุดแล้วจะเปลี่ยนเป็นกระแสหลักของการพัฒนา³⁰⁹

ประเด็นต่างๆที่ได้มีการยกขึ้นเป็นเหตุผลเพื่อต่อสู้ในศาลภายในของ

อิตาลี

ศาลฯแบ่งประเด็นเพื่อจะวินิจฉัยให้เหตุผลตามข้อโต้แย้งของคู่พิพาทที่ได้มีการเสนอมาในคดีดังต่อไปนี้

1) ความรุนแรงของการละเมิด (The Gravity of Violations)

สำหรับประเด็นแรกสิ่งที่ศาลฯจะต้องพิจารณาคือ ข้อโต้แย้งที่ว่ากฎหมายระหว่างประเทศไม่ให้ความคุ้มกันแก่รัฐหรือมีการจำกัดสิทธิในการให้ความคุ้มกันเมื่อรัฐได้ละเมิดกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ (International humanitarian law) ซึ่งในคดีนี้ศาลฯได้ชี้แจงไปในตอนต้นแล้วว่า การกระทำของเยอรมนีในสมัยสงครามโลกครั้งที่ 2 เป็นการละเมิดกฎหมาย

³⁰⁸ Dissenting Opinion of Judge Yusuf, Jurisdictional Immunities of the State, International Court of Justice, (2012), para.45

³⁰⁹ Jurisdictional Immunities of the States (Germany v. Italy: Greece intervening), para.46-

มนุษยธรรมระหว่างประเทศอย่างร้ายแรง คำถามจึงมีอยู่ว่า ข้อเท็จจริงเหล่านี้ทำให้สิทธิในการใช้ความคุ้มกันของเยอรมนีสิ้นสุดลงหรือไม่³¹⁰

เบื้องต้นศาลฯเห็นว่า ความคุ้มกันจากเขตอำนาจไม่ได้เป็นเพียงแค่การไม่ต้องปฏิบัติตามคำพิพากษา แต่ยังรวมไปถึงการไม่ถูกดำเนินการพิจารณาคดีอีกด้วย ดังนั้นแล้ว ศาลฯภายในจึงมีหน้าที่ที่จะต้องระบุในเบื้องต้นก่อนว่ารัฐต่างประเทศมีสิทธิที่จะใช้ความคุ้มกันของรัฐก่อนที่ศาลจะไปพิจารณาประเด็นแห่งคดี (Merits) หรือไม่ ศาลฯมองว่า หากความคุ้มกันจะสามารถใช้ได้หรือไม่ได้โดยขึ้นอยู่กับการละเมิดกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศหรือกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ เช่นนี้แล้วศาลภายในอาจมีความจำเป็นที่จะต้องไต่สวนในประเด็นแห่งคดีก่อนที่จะไต่สวนในเรื่องเขตอำนาจ (Jurisdiction) ของศาล ดังนั้น หากเพียงมีข้อกล่าวหาว่ารัฐกระทำผิด (Wrongful acts) เป็นเหตุทำให้รัฐไม่สามารถใช้สิทธิความคุ้มกันได้ ศาลฯเห็นว่าความคุ้มกันก็สามารถถูกปฏิเสธได้อย่างง่ายดายเพียงแต่ใช้วิธีที่สวดยุ (Skilful construction) ของข้อกล่าวอ้างนั่นเอง³¹¹

อย่างไรก็ตาม หน้าที่ของศาลฯ คือจะต้องเสาะหาว่ากฎหมายระหว่างประเทศมีการพัฒนามาถึงจุดที่รัฐไม่สามารถใช้ความคุ้มกันได้ในกรณีที่มีการละเมิดกฎหมายสิทธิมนุษยชนหรือกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศอย่างร้ายแรงหรือไม่ ศาลฯพบว่านอกเหนือจากคำวินิจฉัยของศาลภายในอิตาลี ก็แทบจะไม่มีแนวปฏิบัติของรัฐ (State practice) ที่จะสามารถสนับสนุนข้อโต้แย้งของอิตาลีได้เลย แม้ว่าศาลสูงกรีซในคดี Distomo จะมีการยอมรับแนวคิดดังกล่าว แต่ศาลสูงพิเศษกรีซ (Special Supreme Court) คดี Margellos ได้ปฏิเสธแนวคิดดังกล่าว อีกทั้งยังมีการนำคดี Margellos มาใช้อ้างในศาลกรีซเรื่อยมาหลังจากมีคำพิพากษาในคดี Margellos แสดงให้เห็นแนวปฏิบัติของกรีซล่าสุดว่าไม่ได้มีการยอมรับแนวคิดนี้แต่อย่างใด³¹²

ยิ่งไปกว่านั้น ศาลฯพบว่า มีแนวปฏิบัติของรัฐ (State practice) จากรัฐต่างๆที่เห็นว่ากฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศไม่ทำให้สิทธิในการใช้ความคุ้มกันของรัฐหมดไป เพียงเพราะการพิจารณาจากความรุนแรงของการกระทำ (Gravity of act)³¹³ แนวปฏิบัติที่ศาลฯพบค่อนข้างชัดเจน โดยในศาลภายในของหลายประเทศมีการปฏิเสธข้อโต้แย้งที่ว่า กฎหมายระหว่างประเทศไม่ให้ความคุ้มกันของรัฐในกรณีที่มีการกล่าวหาว่าได้ละเมิดกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ (International human rights law) การกระทำอาชญากรรมสงคราม (War crimes) หรืออาชญากรรมต่อมวลมนุษยชาติ (Crime against humanity) ตัวอย่างเช่น ฝรั่งเศส แคนาดา สโลวีเนีย นิวซีแลนด์ โปแลนด์ และสหราชอาณาจักร³¹⁴

³¹⁰ Ibid, para.81

³¹¹ Ibid, para.82

³¹² Ibid, para.83

³¹³ Ibid, para.84

³¹⁴ Ibid, para.85

ศาลาได้อธิบายต่อไปว่า ตามที่ผู้พิพากษาศาลาได้ตั้งคำถามกับอิตาลีในประเด็นนี้ และอิตาลีได้ให้คำตอบแก่ศาลา ซึ่งคำตอบของอิตาลีก็แสดงความไม่แน่ใจในกรณีนี้ โดยระบุว่า

“อิตาลีตระหนักถึงทัศนคติในเรื่องอาชญากรรมสงครามและอาชญากรรมต่อมวลมนุษยชาติไม่สามารถพิจารณาได้ว่าเป็นการกระทำทางอธิปไตยที่ซึ่งรัฐจะมีสิทธิอ้างการใช้ความคุ้มกันทางอธิปไตยได้ ... ในขณะที่อิตาลีรับรู้ว่าจะขอบเขตของกฎหมายเรื่องความคุ้มกันของรัฐกำลังอยู่ในการเปลี่ยนแปลง อิตาลียังยอมรับด้วยว่ายังไม่มีความชัดเจนในขณะนี้ว่าขั้นตอนการเปลี่ยนแปลงในเรื่องความคุ้มกันของรัฐจะส่งผลให้เกิดข้อยกเว้นทั่วไปใหม่ในเรื่องความคุ้มกัน กล่าวคือ กฎเกณฑ์ที่ปฏิเสธความคุ้มกันในทุกข้อกล่าวอ้างที่เกี่ยวกับการชดเชยค่าเสียหายอันเกิดจากอาชญากรรมระหว่างประเทศ”³¹⁵

อนึ่ง ตามที่ศาลภายในอิตาลีได้อ้างคดี Pinochet (No. 3) ในคดี Ferrini ศาลาเห็นว่าคดี Pinochet ที่เกิดขึ้นในศาลสหราชอาณาจักรเกี่ยวกับความคุ้มกันของอดีตประมุขของรัฐ (Former Head of State) จากเขตอำนาจทางอาญา (Criminal jurisdiction) ไม่ใช่ความคุ้มกันของรัฐในกระบวนการพิจารณาที่เกี่ยวกับการรับผิดชอบต่อค่าความเสียหาย (Damages) ที่เกิดขึ้น ศาลามองว่ากระบวนการพิจารณาทางอาญา (Criminal proceedings) และกระบวนการพิจารณาทางแพ่ง (Civil proceedings) ต้องแยกจากกัน ดังที่ศาลในสหราชอาณาจักรได้วินิจฉัยไว้หลายกรณี นอกจากนี้เหตุผลที่ศาลวินิจฉัยในคดี Pinochet มีฐานมาจาก United Nation Convention against Torture 1984 ซึ่งไม่มีความเกี่ยวข้องกับคดีนี้³¹⁶

ศาลาดำเนินการพิจารณากฎหมายภายในและพบว่า ตามที่อิตาลีได้อ้างถึงการแก้ไขกฎหมายของสหรัฐอเมริกาที่มีชื่อว่า United States Foreign Sovereign Immunities Act 1996 อันมีเนื้อหายกเว้นการให้ความคุ้มกันในการกระทำบางประเภทที่ได้กำหนดไว้ เช่น การทรมาน และการสังหารโดยปราศจากกระบวนการทางกฎหมาย (Extra-judicial killings) โดยการกระทำของรัฐที่รัฐบาลสหรัฐอเมริกาพิจารณาว่าเป็นรัฐที่ให้การสนับสนุนการก่อการร้าย³¹⁷ ในกรณีนี้

³¹⁵ Ibid, para.86

“Italy is aware of the view according to which war crimes and crimes against humanity could not be considered to be sovereign acts for which the State is entitled to invoke the defence of sovereign immunity . . . While Italy acknowledges that in this area the law of State immunity is undergoing a process of change, it also recognizes that it is not clear at this stage whether this process will result in a new general exception to immunity — namely a rule denying immunity with respect to every claim for compensation arising out [of] international crimes.”

³¹⁶ Ibid, para.87

³¹⁷ Ibid, para.88

ศาลาเห็นว่า การแก้ไขกฎหมายของสหรัฐอเมริกาไม่มีความคล้ายคลึงกันกับกฎหมายของรัฐอื่นๆ และไม่มีรัฐใดเลยที่ออกกฎหมายจำกัดความคุ้มกันของรัฐด้วยเหตุของความรุนแรงของการกระทำ (Gravity of acts)³¹⁸

ต่อมาศาลาได้มาพิจารณาอนุสัญญาฯระหว่างประเทศ ก็ไม่พบว่ามีข้อจำกัดในการใช้ความคุ้มกันของรัฐโดยการอ้างถึงความรุนแรงของการกระทำใน European Convention on State Immunity 1972 หรือ United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property 2004 หรือ Inter-American Draft Convention on Jurisdictional Immunity of States และหากได้พิจารณาถึงคำอธิบายของคณะกรรมการระหว่างประเทศในการร่าง United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property 2004 จะพบว่า เมื่อปี ค.ศ. 1999 คณะกรรมการระหว่างประเทศได้จัดตั้ง Working Group ขึ้นมาโดยมีหน้าที่พิจารณาแนวทางการพัฒนาของกฎหมายความคุ้มกันของรัฐ ซึ่งในภาคผนวกของรายงาน Working Group มีการพูดถึงประเด็นปัญหานี้ด้วยว่า “ในกรณีของการเสียชีวิตหรือการบาดเจ็บต่อบุคคลที่เป็นมาจากการกระทำของรัฐจากการละเมิดกฎเกณฑ์สิทธิมนุษยชนที่มีลักษณะเป็นกฎหมายลักษณะเด็ดขาดเป็นประเด็นที่ไม่ควรละทิ้ง”³¹⁹ อย่างไรก็ตาม ในกรณีนี้ท้ายที่สุดแล้วก็ไม่มีการแก้ไขลงไปในตัวบทของอนุสัญญาฯ ในเวลาต่อมาได้มีการถกเถียงกันใน Sixth Committee แต่ก็ไม่มีรัฐใดแนะนำให้ข้อจำกัดเรื่องกฎหมายลักษณะเด็ดขาด (jus cogens) ควรจะถูกบัญญัติลงไปใอนุสัญญาฯ ศาลาจึงเห็นว่าตามประวัติศาสตร์ที่ผ่านมาระบุได้ว่ารัฐต่างๆ ไม่ได้พิจารณาให้กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศจำกัดความคุ้มกันของรัฐตามที่อิตาลีได้กล่าวอ้างมา³²⁰

หลังจากที่ศาลาได้พิจารณาอนุสัญญาฯระหว่างประเทศแล้ว ศาลาเห็นสมควรว่าควรจะพิจารณาคำพิพากษาของศาลระหว่างประเทศด้วยเช่นเดียวกัน ศาลายกคำพิพากษา European Court of Human Rights ในคดี Al-Adsani v. United Kingdom ขึ้นมา ซึ่งมีความในคำพิพากษาดอนหนึ่งว่า

“... if allegedly performed by a State which the United States Government has “designated as a State sponsor of terrorism”

³¹⁸ Ibid, para.89

³¹⁹ Ibid, para.89

“in the case of death or personal injury resulting from acts of a State in violation of human rights norms having the character of jus cogens” and stated that this issue was one which should not be ignored”

³²⁰ Ibid, para.89

“ศาลไม่เห็นว่าเป็นตราสารกฎหมายระหว่างประเทศ ศาล หรือปัจจัยอื่นๆ ที่ปรากฏต่อศาลจะยืนยันหลักฐานให้สรุปได้ว่ารัฐไม่อาจใช้ความคุ้มกันได้อีกต่อไปจากการฟ้องร้องทางแพ่งในศาลของประเทศอื่นที่การกระทำเป็นการทรมานตามที่ได้ถูกกล่าวหา”³²¹

จากใจความในตอนนี้องค์พิพากษาเห็นได้ชัดว่าศาล European Court of Human Rights ก็ยังคงไม่ยอมรับแนวคิดที่ว่ารัฐไม่มีสิทธิที่จะใช้ความคุ้มกันในกรณีที่เกี่ยวข้องกับการละเมิดกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศหรือกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศอย่างรุนแรง

หนึ่งปีให้หลังจากคำพิพากษาคดี Al-Adsani v. United Kingdom ได้มีคำพิพากษาในคดี Kalogeropoulou and Others v. Greece and Germany ซึ่งศาลได้ยกคำฟ้องเกี่ยวกับการปฏิเสธของรัฐบาลกรีซที่จะบังคับตามคำพิพากษาศาลในคดี Distomo ศาลได้ระบุว่า

“ศาลไม่พบข้อยุติที่ว่า มีการยอมรับกันในกฎหมายระหว่างประเทศของแนวคิดที่ว่ารัฐไม่ได้รับสิทธิความคุ้มกันอันเกี่ยวข้องกับข้อเรียกร้องทางแพ่งสำหรับค่าเสียหายที่ฟ้องต่อรัฐในอีกรัฐหนึ่งจากเหตุอาชญากรรมต่อมวลมนุษยชาติ”³²²

จากเหตุผลที่ศาลฯได้กล่าวมา ศาลฯวินิจฉัยว่าภายใต้กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศดังที่ปรากฏอยู่ในปัจจุบัน รัฐไม่ถูกกีดกันให้ใช้ความคุ้มกันโดยเหตุผลที่ถูกกล่าวหาว่าได้กระทำการละเมิดกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศหรือกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศอย่างร้ายแรง ศาลฯขอเน้นย้ำตรงนี้ด้วยว่า ศาลฯวินิจฉัยเฉพาะแต่กรณีความคุ้มกันของรัฐจากเขตอำนาจของศาลรัฐอื่น ปัญหาที่เกี่ยวกับความคุ้มกันจะใช้กับกระบวนการพิจารณาทางอาญา (Criminal proceedings) ของเจ้าหน้าที่ของรัฐ (Official of the State) หรือไม่ ไม่ใช่ประเด็นที่ศาลฯจะพิจารณาในคดีนี้³²³

กรณีความรุนแรงของการทำละเมิด ศาลฯใช้การให้เหตุผลเช่นเดียวกับประเด็นการละเมิดภายในดินแดนของรัฐที่มีการพิจารณาคดี กล่าวคือ ศาลฯพิจารณาจากแนวปฏิบัติ

³²¹ Ibid, para.90

“... the Court is unable to discern in the international instruments, judicial authorities or other materials before it any firm basis for concluding that, as a matter of international law, a State no longer enjoys immunity from civil suit in the courts of another State where acts of torture are alleged.”

³²² Ibid, para.90

“The Court does not find it established, however, that there is yet acceptance in international law of the proposition that States are not entitled to immunity in respect of civil claims for damages brought against them in another State for crimes against humanity.”

³²³ Ibid, para.91

ของรัฐว่ามีการยอมรับแนวคิดนี้ตามที่อิตาลีได้โต้แย้งมาหรือไม่ ซึ่งศาลฯระบุว่า นอกเหนือจากคำพิพากษาในศาลอิตาลีแล้ว ก็ไม่มีแนวปฏิบัติของรัฐอื่นใดเลยที่จะยืนยันแนวคิดข้อยกเว้นความคุ้มกันของรัฐจากความรุนแรงของการทำละเมิด ยิ่งไปกว่านั้น อิตาลียังแสดงความล็งเล็งพัฒนาของแนวคิดนี้เมื่อศาลฯได้ตั้งคำถามแก่อิตาลี ศาลฯยังได้พิจารณา ECSI และ UNCIS แต่ก็ไม่พบข้อจำกัดในการใช้ความคุ้มกันตามแนวคิดที่อิตาลีเสนอมา อีกทั้งเมื่อไปดูคำพิพากษาศาลระหว่างประเทศระดับภูมิภาคอย่างศาลสิทธิมนุษยชนยุโรป (European Court of Human Rights: ECtHR) ก็พบว่า ศาลดังกล่าวได้ปฏิเสธแนวคิดนี้เช่นเดียวกัน โดยให้เหตุผลจากการไม่มีอยู่ของแนวปฏิบัติของรัฐ ศาลฯในคดีนี้จึงวินิจฉัยในข้อโต้แย้งนี้ว่าฟังไม่ขึ้น

2) ความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายลักษณะเด็ดขาด (jus cogens) กับกฎเกณฑ์ในเรื่องความคุ้มกันของรัฐ (State immunity)

ประเด็นที่สองที่ศาลฯจะต้องวินิจฉัยคือ กฎหมายลักษณะเด็ดขาด (jus cogens) มีสถานะเหนือกว่ากฎเกณฑ์ในเรื่องความคุ้มกันของรัฐ (State immunity) หรือไม่ หากเป็นดังเช่นข้อโต้แย้งของอิตาลีจริง ผลของสถานะที่อยู่เหนือกว่านี้จะทำให้ความคุ้มกันของรัฐไม่สามารถใช้ได้หรือไม่ ทั้งข้อเท็จจริงพบว่าเยอรมนีได้ละเมิดกฎหมายลักษณะเด็ดขาดจริงในช่วงสงครามโลกครั้งที่ 2

ศาลฯเห็นว่าข้อโต้แย้งนี้ตั้งอยู่บนสมมติฐานที่ว่ามีการขัดกัน (Conflict) ระหว่างกฎหมายลักษณะเด็ดขาดและกฎเกณฑ์ของกฎหมายจารีตประเพณีที่ให้รัฐหนึ่งให้ความคุ้มกันกับอีกรัฐหนึ่ง อย่างไรก็ตาม ศาลฯมีความเห็นว่าการขัดกันเช่นว่าไม่มีอยู่จริง ซึ่งในคดีนี้การละเมิดกฎหมายลักษณะเด็ดขาดคือ กฎเกณฑ์ของกฎหมายการขัดกันทางอาวุธ (Law of armed conflict) ที่ห้ามสังหารพลเมือง (Civilians) ในดินแดนที่มีการยึดครอง (Occupied territory) รวมถึงในเรื่องการเคลื่อนย้าย (Deportation) พลเมืองไปเป็นแรงงานทาส (Slave labour) และการเคลื่อนย้ายนักโทษสงครามไปเป็นแรงงานทาส

ศาลฯยืนยันว่า ไม่มีการขัดกันของหลักเกณฑ์ทั้งสอง เพราะหลักเกณฑ์ทั้งสองนำมาใช้ในปัญหาที่แตกต่างกัน กฎเกณฑ์ของความคุ้มกันของรัฐมีลักษณะเป็นสับัญญัติ (Procedural) และถูกจำกัดเพียงแค้ใช้กำหนดว่าศาลในรัฐหนึ่งสามารถใช้อำนาจเหนือรัฐอื่นได้หรือไม่ นอกจากนี้ หลักเกณฑ์ในเรื่องความคุ้มกันของรัฐไม่ได้ใช้ในการวินิจฉัยว่าการกระทำที่เกิดขึ้นชอบหรือไม่ชอบด้วยกฎหมาย ด้วยเหตุนี้เองการใช้กฎหมายร่วมสมัย (Contemporary law) ในเรื่องความคุ้มกันของรัฐกับกระบวนการพิจารณาที่เกี่ยวข้องกับเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นในช่วงปี ค.ศ. 1943-1945 ไม่ถือเป็นการละเมิดหลักการที่ว่า กฎหมายไม่ควรใช้บังคับย้อนหลังที่จะทำไปสู่การวินิจฉัยปัญหาเรื่องความชอบด้วยกฎหมาย (Legality) และความรับผิดชอบ (Responsibility) เพราะเนื่องจากการใช้ความ

คุ้มกันไม่ได้เข้าไปแต่ต้องในเรื่องสารบัญญัติ (Substantive) เช่นเดียวกันกับการยอมรับการใช้ความคุ้มกันของรัฐต่างประเทศ ก็ไม่ได้ถือว่าเป็นการยอมรับว่าการกระทำนั้นชอบด้วยกฎหมาย³²⁴

ทั้งนี้ มีข้อโต้แย้งกันในกระบวนการพิจารณาคดีนี้ว่าไม่มีกฎเกณฑ์ใดที่มีอยู่ในปัจจุบันจะไม่นำเรื่องกฎหมายลักษณะเด็ดขาดมาใช้ เพราะหากไม่นำมาใช้แล้วก็จะถือเสมือนเป็นการขัดขวางการบังคับใช้ของกฎหมายลักษณะเด็ดขาดนั่นเอง อย่างไรก็ตาม ศาลฯไม่เห็นข้อมูลที่จะสนับสนุนข้อโต้แย้งนี้ ศาลฯชี้ให้เห็นว่ากฎหมายลักษณะเด็ดขาดเป็นกฎเกณฑ์ที่ไม่อาจทำให้เสื่อมเสียได้ (No derogation permitted) แต่กฎเกณฑ์ที่ระบุถึงขอบเขตการใช้เขตอำนาจก็ไม่ได้ทำให้กฎเกณฑ์ที่เป็นเนื้อหาสาระ (Substantive) ซึ่งมีอยู่ในสถานะของกฎหมายลักษณะเด็ดขาดต้องเสื่อมเสียไป³²⁵ นอกจากนี้ ศาลฯเคยวินิจฉัยไว้ใน 2 คดีด้วยกัน คือ ในคดี *Armed Activities (Democratic Republic of Congo v. Rwanda)* ที่ศาลวินิจฉัยไว้ว่า “ข้อเท็จจริงที่กฎเกณฑ์นั้นมีสถานะเป็นกฎหมายลักษณะเด็ดขาดไม่ได้ทำให้ศาลฯมีเขตอำนาจที่ศาลฯไม่ได้มีอยู่”³²⁶ กล่าวคือ แม้ว่าจะเป็นกรกระทำที่ละเมิดกฎหมายลักษณะเด็ดขาด ศาลฯก็ไม่มีเขตอำนาจที่จะรับคดีไว้พิจารณา เนื่องจากไม่มีบทบัญญัติใดๆให้อำนาจศาลฯในการรับพิจารณาการกระทำเป็นการละเมิดกฎหมายลักษณะเด็ดขาด อีกคดีหนึ่งคือ คดี *Arrest Warrant (Democratic Republic of Congo v. Belgium)* ที่ศาลวินิจฉัยไว้ว่า “ข้อเท็จจริงที่ว่ารัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศถูกกล่าวหาว่าทำการละเมิดทางอาญา (Criminal violations) ต่อกฎเกณฑ์ที่ไม่เป็นที่สงสัยเลยว่ามีลักษณะเป็นกฎหมายลักษณะเด็ดขาดไม่ได้กีดกันให้คงไว้ใช้สิทธิที่มีอยู่ภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศที่จะให้ความคุ้มกันแก่รัฐมนตรี”³²⁷

จะเห็นได้ว่าศาลฯได้แยกระหว่างกฎหมายสารบัญญัติ (Substantive law) และกฎหมายสบัญญัติ (Procedural law) ออกจากกัน เพราะในมุมมองของศาลฯเห็นว่ากฎหมายทั้งสองประเภทนี้เป็นคนละประเภทและมีลักษณะการใช้ที่แตกต่างกัน หลักกฎหมายในเรื่องความคุ้มกัน แม้จะถูกใช้เป็นเกราะป้องกันไม่ให้มีการดำเนินคดีกับการกระทำใดก็ตามที่เป็นการละเมิดกฎหมาย

³²⁴ Ibid, para.93

³²⁵ Ibid, para.95

³²⁶ Ibid, para.95

“it held that the fact that a rule has the status of jus cogens does not confer upon the Court a jurisdiction which it would not otherwise possess.”

³²⁷ Ibid, para.95

“the Court held, albeit without express reference to the concept of jus cogens, that the fact that a Minister for Foreign Affairs was accused of criminal violations of rules which undoubtedly possess the character of jus cogens did not deprive the Democratic Republic of the Congo of the entitlement which it possessed as a matter of customary international law to demand immunity on his behalf”

ลักษณะเด็ดขาด แต่นั่นไม่ได้หมายความว่าในทางเนื้อหาสาระแล้วผู้ที่กระทำการละเมิดกฎหมายนั้น จะไม่มีความผิดแต่อย่างใด

ศาลฯ ได้พิจารณาแนวปฏิบัติของรัฐ (State practice) โดยดูจากคำพิพากษาศาลภายในประเทศต่างๆ และพบว่ามีการวินิจฉัยว่าผลกระทบของกฎหมายลักษณะเด็ดขาดที่ส่งผลให้ไม่สามารถใช้ความคุ้มกันของรัฐได้นั้นถูกปฏิเสธโดยศาลภายในหลายประเทศ เช่น สหราชอาณาจักร แคนาดา สโลวีเนีย นิวซีแลนด์ กรีซ (เฉพาะคดี Margellos ของศาลสูงพิเศษกรีซ) และคดีในศาลสิทธิมนุษยชนยุโรป (European Court of Human Rights) ด้วยเช่นเดียวกัน ศาลฯ ยังพบว่ายังมีเพียงอิตาลีประเทศเดียวเท่านั้นที่ศาลภายในมีคำพิพากษาว่ากฎหมายลักษณะเด็ดขาดมีสถานะเหนือกว่ากฎหมายความคุ้มกันของรัฐ นอกจากนี้ ไม่มีกฎหมายภายในของประเทศใดที่จำกัดการใช้ความคุ้มกันของรัฐจากกรณีที่มีการละเมิดกฎหมายลักษณะเด็ดขาด³²⁸

ด้วยเหตุที่ศาลฯ ได้อธิบายมาข้างต้น ศาลฯ วินิจฉัยในประเด็นนี้ว่าข้อสันนิษฐานที่ว่ากระบวนการพิจารณาในศาลอิตาลีที่มีความเกี่ยวข้องกับการละเมิดกฎหมายลักษณะเด็ดขาดไม่มีผลกระทบต่อการใช้ความคุ้มกันของรัฐภายใต้กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ³²⁹

สำหรับประเด็นความสัมพันธ์ระหว่างความคุ้มกันของรัฐกับกฎหมายลักษณะเด็ดขาด ศาลฯ ตั้งประเด็นว่า ข้อโต้แย้งของอิตาลีขึ้นอยู่กับสมมติฐานของการขัดกันระหว่างกฎเกณฑ์ภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ 2 กฎเกณฑ์ กล่าวคือ ความคุ้มกันของรัฐกับกฎหมายลักษณะเด็ดขาด อย่างไรก็ตาม ศาลฯ ไม่เชื่อว่าจะมีการขัดกันเกิดขึ้นจริง โดยศาลฯ ใช้การให้เหตุผลตามที่ศาลฯ นี้เคยได้วินิจฉัยมาในคดี *Case Concerning Armed Activities in the Territory of the Congo New (New Application)* (Congo v. Rwanda)

“ศาลฯ พิจารณาตั้งที่ได้เคยมีโอกาสนั้นย้ำแล้วว่า ลักษณะของพันธกรณีที่ผูกพันเป็นการทั่วไป (*erga omnes*) และกฎเกณฑ์ในเรื่องความยินยอมในเขตอำนาจเป็นสิ่งที่ไม่เหมือนกันและข้อเท็จจริงที่สิทธิและพันธกรณีที่ผูกพันเป็นการทั่วไปอันเป็นปัญหากันในข้อพิพาทไม่สามารถให้เขตอำนาจแก่ศาลฯ เพื่อรับพิจารณาข้อพิพาทได้ ... หลักการนี้ใช้กับความสัมพันธ์ระหว่างกฎเกณฑ์ที่ไม่อาจเปลี่ยนแปลงเป็นอย่างอื่นได้ของกฎหมายระหว่างประเทศทั่วไป (*jus cogens*) และกฎเกณฑ์ในเรื่องเขตอำนาจศาลฯ ข้อเท็จจริงที่ข้อพิพาทเกี่ยวกับการปฏิบัติตามกฎเกณฑ์ที่มีลักษณะเช่นว่า (*jus cogens*) ในคดีนี้อันเกี่ยวข้องกับข้อห้ามการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ไม่สามารถให้ฐานเขตอำนาจของศาลฯ ที่จะรับพิจารณาข้อพิพาทได้”³³⁰

³²⁸ Ibid, para.96

³²⁹ Ibid, para.97

³³⁰ Case Concerning Armed Activities in the Territory of the Congo New (New Application) (Congo v. Rwanda), International Court of Justice, (2002), para.64

และในคดี *Arrest Warrant (Congo v. Belgium)* ศาลฯระบุไว้

“ความคุ้มกันจากเขตอำนาจทางอาญาและความรับผิดทางอาญาของปัจเจกชนเป็นแนวคิดที่แยกออกจากกัน ในขณะที่ความคุ้มกันจากเขตอำนาจมีลักษณะบัญญัติ ความรับผิดทางอาญาเป็นปัญหาเกี่ยวกับกฎหมายสารบัญญัติ ความคุ้มกันจากเขตอำนาจอาจขัดขวางการดำเนินคดีในระยะเวลาหนึ่งหรือการละเมิดบางประเภท อย่างไรก็ตาม ความคุ้มกันจากเขตอำนาจไม่ได้ทำให้บุคคลที่ต้องมีความรับผิดทางอาญานั้นต้องพ้นผิดไป”³³¹

จากแนวคำพิพากษาของทั้งสองคดีนี้ ทำให้ศาลฯในคดีนี้วินิจฉัยว่า ความคุ้มกันจากเขตอำนาจของรัฐกับกฎหมายลักษณะเด็ดขาดไม่ได้ขัดกันตามที่อิตาลีกล่าวอ้าง เนื่องจากความคุ้มกันของรัฐมีลักษณะเป็นกฎหมายสารบัญญัติ ในขณะที่กฎหมายลักษณะเด็ดขาดมีลักษณะเป็นกฎหมายสารบัญญัติ กฎหมายทั้งสองประเภทนี้จึงแยกออกจากกัน การให้ความคุ้มกันของรัฐจากการฟ้องร้องคดีไม่ได้หมายความว่ารัฐนั้นจะพ้นความรับผิด ยิ่งไปกว่านั้น ศาลฯยังพิจารณาแนวปฏิบัติของรัฐเพิ่มเติมและพบว่า แทบทุกคดีในศาลภายในปฏิเสศแนวคิดข้อยกเว้นความคุ้มกันของรัฐจากการละเมิดกฎหมายลักษณะเด็ดขาด มีเพียงศาลภายในอิตาลีศาลเดียวเท่านั้นที่ยอมรับแนวคิดนี้ ศาลฯจึงไม่อาจสรุปได้ว่า การละเมิดกฎหมายลักษณะเด็ดขาดส่งผลให้รัฐไม่อาจใช้ความคุ้มกันได้ อนึ่ง ประเด็นนี้ก่อให้เกิดการถกเถียงและข้อท้าทายจำนวนมาก ซึ่งจะได้ทำการศึกษาต่อไปในบทที่ 4

3) ข้อโต้แย้งเรื่องหนทางสุดท้าย (Last Resort)

ศาลฯพิจารณาในประเด็นสุดท้ายตามที่อิตาลีได้ให้เหตุผลมาว่า การที่อิตาลีปฏิเสศการให้ความคุ้มกันแก่เยอรมนีก็เพราะว่าความพยายามของกลุ่มบุคคลต่างๆที่เรียกร้องให้มีการ

“The Court observes, however, as it has already had occasion to emphasize, that “the erga omnes character of a norm and the rule of consent to jurisdiction are two different things” ... and that the mere fact that rights and obligations erga omnes may be at issue in a dispute would not give the Court jurisdiction to entertain that dispute. The same applies to the relationship between peremptory norms of general international law (jus cogens) and the establishment of the Court’s jurisdiction: the fact that a dispute relates to compliance with a norm having such a character, which is assuredly the case with regard to the prohibition of genocide, cannot of itself provide a basis for the jurisdiction of the Court to entertain that dispute.”

³³¹ Arrest Warrant (Congo v. Belgium), International Court of Justice, (2002), para.60

“Immunity from criminal jurisdiction and individual criminal responsibility are quite separate concepts. While jurisdictional immunity is procedural in nature, criminal responsibility is a question of substantive law. Jurisdictional immunity may well bar prosecution for a certain period or for certain offences; it cannot exonerate the person to whom it applies from all criminal responsibility.”

คดีใช้ค่าเสียหายอันเกิดจากการกระทำของเยอรมนีไม่ประสบความสำเร็จและล้มเหลวในทุกๆศาล

สำหรับประเด็นนี้ศาลฯได้อธิบายว่า เยอรมนีดำเนินบทบาทสำคัญในการออกมาตรการเพื่อชดใช้ค่าเสียหายที่เกิดขึ้นกับเหยื่อชาวอิตาลี อย่างไรก็ตาม เยอรมนีตัดสินใจที่จะจำกัดขอบเขตการชดใช้ค่าเสียหาย โดยไม่ชดใช้ค่าเสียหายให้กับนักโทษทหารอิตาลี (Italian military internees) จากเหตุผลที่หากเป็นนักโทษสงครามแล้วถูกบังคับไปเป็นแรงงานบังคับไม่มีสิทธิได้รับการชดใช้ค่าเสียหาย แม้ว่าในข้อเท็จจริงนักโทษทหารอิตาลีเกือบทั้งหมดถูกเยอรมนีปฏิเสธสถานะนักโทษสงคราม มิหนำซ้ำ ในปี ค.ศ. 2001 เยอรมนีก็ได้ออกกฎหมายปฏิเสธการชดใช้ค่าเสียหายแก่นักโทษทหารอิตาลี เพราะเยอรมนีเชื่อว่าคนเหล่านี้มีสถานะนักโทษสงคราม³³²

ศาลฯเห็นว่าเหตุการณ์เช่นนี้เป็นเรื่องที่น่าแปลกใจ (Surprise) และศาลฯรู้สึกเสียใจ (Regret) ที่เยอรมนีตัดสินใจปฏิเสธการชดใช้ค่าเสียหายให้กับเหยื่อสงครามเหล่านี้เพียงเหตุผลที่ว่า ผู้คนเหล่านี้ได้รับสถานะตามกฎหมาย แม้ในข้อเท็จจริงเยอรมนีต่างหากที่เป็นฝ่ายปฏิเสธความคุ้มครอง (Protection) ตามสถานะกฎหมายที่ผู้คนเหล่านี้ควรจะได้รับ³³³

อย่างไรก็ตาม ศาลฯได้เคยวินิจฉัยไว้แล้วว่า ความคุ้มกันอาจเป็นการขัดขวางการใช้เขตอำนาจ แต่ความคุ้มกันไม่เปลี่ยนแปลงการใช้กฎเกณฑ์ที่เป็นเนื้อหาสาระ (Substantive rules) ของกฎหมายระหว่างประเทศ (*Arrest Warrant (Democratic Republic of Congo v. Belgium)*) ดังนั้น ศาลฯจึงจะต้องระบุว่ารัฐมีสิทธิที่จะยกความคุ้มกันต่อศาลของรัฐอื่นหรือไม่ ซึ่งเป็นเรื่องที่แยกกันโดยสิ้นเชิงกับเรื่องความรับผิดชอบระหว่างประเทศ (International responsibility) และรวมถึงเรื่องที่ว่ารัฐมีพันธกรณีที่จะต้องชดใช้ค่าเสียหายหรือไม่³³⁴ เมื่ออ่านคำอธิบายของศาลฯพบว่า ศาลฯยังคงยืนยันเช่นเดิมว่ากฎหมายสารบัญญัติ (Substantive law) กับกฎหมายสบัญญัติ (Procedural law) จะต้องใช้แยกส่วนกัน แม้ว่าศาลฯจะตระหนักดีว่าข้อเท็จจริงเยอรมนีปฏิเสธการให้ความคุ้มครองต่อบุคคลที่เป็นนักโทษสงคราม แต่นั่นก็เป็นเรื่องในทางสารบัญญัติ ซึ่งศาลฯจะไม่วินิจฉัยในคดีนี้ ศาลฯจะวินิจฉัยแค่ประเด็นที่เกี่ยวกับเรื่องความคุ้มกันของรัฐเท่านั้น

ศาลฯไม่อาจยอมรับข้อโต้แย้งของอิตาลีที่กล่าวหาเยอรมนีได้ในประเด็นนี้ เนื่องจากศาลฯไม่พบแนวปฏิบัติของรัฐ (State practice) ที่จะแสดงให้เห็นว่ากฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศให้ความคุ้มกันของรัฐโดยอาศัยการมีอยู่ของวิธีการอื่นที่มีประสิทธิภาพ (Effective alternative means) ในการชดใช้ค่าเสียหาย และศาลฯก็ไม่พบการออกกฎหมายภายใน แนวคำ

³³² Jurisdictional Immunities of the States (Germany v. Italy: Greece intervening), para.99

³³³ Ibid, para.99

³³⁴ Ibid, para.100

พิพากษาของศาลภายใน รวมทั้งอนุสัญญาฯระหว่างประเทศที่มีการกำหนดเงื่อนไขการให้ความคุ้มกันตามที่ได้กล่าวมาด้วยเช่นกัน³³⁵

จากเหตุผลที่ศาลฯได้กล่าวมา ศาลฯวินิจฉัยว่าข้อโต้แย้งของอิตาลีในประเด็นนี้ฟังไม่ขึ้น แต่ศาลฯไม่ใช่ไม่รู้ว่าคุณคุ้มกันของรัฐจากเขตอำนาจของเยอรมนีอาจขัดขวางการใช้ค่าเสียหายที่เรียกร้องผ่านทางกระบวนการศาล และศาลฯได้ตั้งท้ายไว้ว่า ข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นกับนักโทษทหารอิตาลี (Italian military internees) ตามที่ศาลฯได้อธิบายตอนต้น รวมถึงการเรียกร้องสิทธิของชาวอิตาลีในศาลภายในที่ยังไม่ได้ข้อยุติ ควรจะไปเจรจากันระหว่างรัฐที่มีส่วนเกี่ยวข้อง³³⁶

ข้อโต้แย้งเรื่องหนทางสุดท้าย (Last resort) เป็นข้อโต้แย้งที่เสนอขึ้นมาโดยอิตาลี ศาลฯพิจารณาประเด็นนี้โดยการดูแนวปฏิบัติของรัฐเช่นเดิม และศาลฯก็ได้ข้อสรุปดังเช่นประเด็นอื่นๆในคดี กล่าวคือ ไม่มีแนวปฏิบัติรัฐใดเลย ทั้งคำพิพากษา ตราสารระหว่างประเทศ กฎหมายภายในที่ปฏิเสธความคุ้มกันของรัฐจากการที่ปัจเจกชนไม่ได้รับการเยียวยาอย่างมีประสิทธิภาพ ทั้งนี้ ศาลฯได้แสดงความประหลาดใจและเสียใจกับสิ่งที่เกิดขึ้น อย่างไรก็ตาม แม้ว่าเยอรมนีจะมีความรับผิดชอบ แต่จากการให้เหตุผลของศาลฯในข้อที่ 2) กล่าวคือ การให้ความคุ้มกันของรัฐเป็นคนละกรณีกับความรับผิดชอบของรัฐ ซึ่งในคดีนี้เยอรมนีมีสิทธิที่จะได้รับความคุ้มกันตามกฎหมายระหว่างประเทศ

4) ผลกระทบรวมของพฤติการณ์ที่เกิดขึ้น (Combined Effect of the Circumstances)

สำหรับประเด็นนี้อิตาลีเสนอเพิ่มเติมต่อศาลฯในขั้นตอนกระบวนการพิจารณาทางวาจา (Oral proceedings) หมายความว่าของอิตาลีให้การต่อศาลฯว่า กรณี 1), 2) และ 3) ที่อิตาลีได้เสนอไปนั้นจำเป็นต้องพิจารณาร่วมกัน เพราะทั้ง 3 กรณี กล่าวคือ ความรุนแรงของการละเมิด (Gravity of violation) สถานะของหลักเกณฑ์ที่ถูกละเมิด และการสิ้นสุดหนทางที่จะชดใช้ค่าเสียหาย โดยทั้ง 3 กรณีนี้ศาลอิตาลีใช้ในการอธิบายการปฏิเสธให้ความคุ้มกันต่อเยอรมนี

ศาลฯเห็นว่า ตามที่ศาลฯได้วินิจฉัยมาก่อนหน้า ไม่มีกรณีใดเลยที่จะสามารถใช้เป็นเหตุผลมาอธิบายการกระทำของศาลอิตาลีได้เลยแม้แต่กรณีเดียวและไม่มีแนวปฏิบัติของรัฐ (State practice) ที่จะสนับสนุนข้อเสนองานพิจารณาทั้ง 3 กรณีของอิตาลีรวมกัน ศาลฯเห็นว่ากรณีที่อิตาลีต้องการให้พิจารณาผลกระทบรวมของพฤติการณ์ที่เกิดขึ้น (Combined effect of the circumstances) นั้นก็เพราะว่า ศาลภายในควรให้ความสมดุลกับปัจจัยต่างๆ (Factors) และชั่งน้ำหนักให้เหมาะสมสำหรับพฤติการณ์อันหลากหลาย (Various circumstances) ที่อาจจะใช้อธิบาย

³³⁵ Ibid, para.101

³³⁶ Ibid, para.103-104

การใช้เขตอำนาจของศาลภายในได้ อย่างไรก็ตามศาลฯเห็นว่าหากทำเช่นนี้แล้วจะเป็นการเพิกเฉยต่อลักษณะทั่วไปของความคุ้มกันของรัฐ³³⁷

ภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ ความคุ้มกันของรัฐเป็นสิทธิของรัฐต่างประเทศ (Foreign State) โดยศาลภายในมีหน้าที่จะต้องระบุในตอนต้นกระบวนการพิจารณาว่ารัฐมีสิทธิในการใช้ความคุ้มกันหรือไม่ก่อนที่จะเข้าไปพิจารณาเนื้อหาสาระของคดี ดังนั้น ศาลฯวินิจฉัยว่า การให้ความคุ้มกันไม่สามารถขึ้นอยู่กับการใช้อำนาจเพื่อให้เกิดความสมดุล (Balancing exercise) ในสถานการณ์เฉพาะเจาะจง (Specific circumstances) ในแต่ละคดี³³⁸

ศาลฯสรุปประเด็นการยื่นฟ้องดำเนินคดีต่อประเทศเยอรมนีโดยชาวอิตาลีในศาลภายในอิตาลี ศาลฯวินิจฉัยว่าการกระทำของศาลอิตาลีที่ปฏิเสธความคุ้มกันของเยอรมนีที่มีสิทธิอุปโภคตามกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ อิตาลีได้ละเมิดพันธกรณีต่อเยอรมนี³³⁹

3.2.2.2 การที่ศาลอิตาลีวินิจฉัยให้นำเอาคำพิพากษาศาลประเทศกรีซสามารถนำมาบังคับคดีได้ในประเทศอิตาลี

ประเด็นต่อมาเป็นกรณีที่เยอรมนีได้กล่าวหาอิตาลีว่าได้ละเมิดพันธกรณีระหว่างประเทศที่จะให้ความคุ้มกันของรัฐแก่เยอรมนี จากกรณีในปี ค.ศ. 1995 ทายาทโดยชอบธรรมของเหยื่อผู้ได้รับความเสียหายจากการสังหารหมู่ของฝ่ายเยอรมนีในหมู่บ้าน Distomo อันมีที่ตั้งอยู่ในประเทศกรีซได้ยื่นคำฟ้องต่อศาลชั้นต้น (Court of First Instance of Livadia) โดยมีเยอรมนีเป็นจำเลย ในคดีนี้ทายาทโดยชอบธรรมของเหยื่อผู้ได้รับความเสียหายเรียกร้องให้เยอรมนีชดเชยค่าเสียหายอันเกิดจากการกระทำในช่วงปี ค.ศ. 1944 เมื่อศาลชั้นต้นกรีซได้พิจารณาคดีเสร็จสิ้น จึงมีคำพิพากษาให้เยอรมนีชดเชยค่าเสียหายให้แก่ทายาทโดยชอบธรรม แม้ว่าเยอรมนีจะยื่นอุทธรณ์ต่อศาลสูงกรีซ แต่ก็ถูกศาลสูงกรีซยกคำอุทธรณ์ และยังมีคำสั่งให้เยอรมนีจ่ายค่าใช้จ่ายในกระบวนการอุทธรณ์อีกด้วย อย่างไรก็ตาม แม้ว่าศาลกรีซจะมีคำพิพากษาออกมา แต่การบังคับคดีตามคำพิพากษานั้นไม่สามารถทำได้ในกรีซ เนื่องจากการบังคับคดีกับรัฐต่างประเทศจำเป็นต้องได้รับการยินยอมจากรัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรมเสียก่อน ทายาทโดยชอบธรรมของเหยื่อผู้ได้รับความเสียหายจึงนำคดีไปขอให้ศาลเยอรมนีบังคับคดีตามคำพิพากษาศาลกรีซ แต่ก็ไม่สำเร็จเนื่องจากศาลเยอรมนีเห็นว่าเยอรมนีมีความคุ้มกันของรัฐ คำพิพากษาศาลกรีซจึงไม่สามารถบังคับคดีได้ ท้ายที่สุด ทายาทโดยชอบธรรมของเหยื่อผู้ได้รับความเสียหายจึงนำคำพิพากษาศาลกรีซไปขอบังคับคดีที่ศาลอิตาลี โดยมีคำขอให้ศาลอิตาลีออกนุมัติบัตร (Exequatur) เพื่อให้สามารถนำคำพิพากษามาบังคับคดีได้ในอิตาลี ซึ่งสุดท้ายแล้วศาลอิตาลียอมให้บังคับคดีได้³⁴⁰ อันเป็นเหตุให้เยอรมนีกล่าวหาอิตาลีว่าการที่ศาลอิตาลี

³³⁷ Ibid, para.106

³³⁸ Ibid, para.107

³³⁹ Ibid, para.107

³⁴⁰ Ibid, para.121

ยอมให้ทนายทโดยชอบธรรมของเหยื่อผู้ได้รับความเสียหายนำคำพิพากษาศาลกรีกมาบังคับคดีได้ในอิตาลีเป็นการละเมิดความคุ้มกันของรัฐจากเขตอำนาจที่เยอรมนีมีสิทธิที่จะอุปโลก

3.2.2.2.1 คำฟ้องโจทก์

เยอรมนีให้เหตุผลต่อศาลฯว่า คำพิพากษาของศาลอุทธรณ์อิตาลี (Florence Court of Appeal) ที่อนุญาตให้สามารถบังคับตามคำพิพากษาของศาลกรีกได้นั้นเป็นการละเมิดความคุ้มกันของรัฐจากเขตอำนาจของเยอรมนีด้วยเหตุผลเดียวกันที่เยอรมนีได้ยกขึ้นมา ก่อนหน้านี้เกี่ยวกับประเด็นในการพิจารณาของอิตาลีเกี่ยวอาชญากรรมสงคราม (War crimes) ที่เกิดขึ้นในอิตาลีช่วงปี ค.ศ. 1943-1945 และคำพิพากษาของศาลกรีกโดยลักษณะขอคำพิพากษาเอง เป็นการละเมิดความคุ้มกันของรัฐจากเขตอำนาจ³⁴¹

3.2.2.2.2 คำให้การจำเลย

ทางฝั่งของอิตาลีอธิบายว่า จากเหตุผลเดียวกับที่อิตาลีได้ระบุไว้แล้ว³⁴² อิตาลียืนยันว่าไม่มีมีการละเมิดความคุ้มกันของรัฐจากเขตอำนาจของเยอรมนี ไม่ว่าจะเป็นส่วนของคำพิพากษาของศาลกรีกโดยลักษณะของคำพิพากษาเองหรือว่าจะเป็นศาลอิตาลีที่ยอมให้นำคำพิพากษาของศาลกรีกมาบังคับได้ในอิตาลี³⁴³

3.2.2.2.3 คำวินิจฉัยของศาล

ศาลฯพิจารณาเบื้องต้นในประเด็นนี้ก่อนว่า ข้อกล่าวอ้างของเยอรมนีในประเด็นสุดท้ายนี้ต้องแยกโดยสิ้นเชิงกับเรื่องที่ได้มีเสนอขึ้นมาต่อศาลฯในอีกกรณีหนึ่ง³⁴⁴ สำหรับประเด็นนี้ศาลฯจะไม่พิจารณาเรื่องการบังคับยึดทรัพย์ เช่น การยึด ‘Villa Vigoni’ ว่ามีการละเมิดความคุ้มกันจากการบังคับคดี (Immunity from enforcement) หรือไม่ แต่ศาลฯจะพิจารณาว่าคำพิพากษาของศาลอิตาลีที่ได้ประกาศให้คำพิพากษาของศาลกรีกสามารถนำมาบังคับได้เป็นการก่อให้เกิดการละเมิดความคุ้มกันของรัฐจากเขตอำนาจ (Jurisdictional immunity) ของเยอรมนีหรือไม่ เนื่องจากรูปแบบของความคุ้มกันทั้งสองมีการแบ่งแยกกันอย่างชัดเจน³⁴⁵

ศาลฯเห็นว่าในกรณีนี้มีความยุ่งยากซับซ้อน สาเหตุมาจากข้อเท็จจริงที่ว่าศาลอิตาลีไม่ได้ถูกขอให้มีคำพิพากษาโดยตรงไปยังรัฐต่างประเทศที่อ้างความคุ้มกันของรัฐจากเขตอำนาจ (ในที่นี้คือเยอรมนี) แต่เป็นการให้บังคับตามคำพิพากษาที่ได้มีการวินิจฉัยมาแล้วโดยศาลของ

³⁴¹ Ibid, para.122

³⁴² โปรดดูหัวข้อ 3.2.2.1.2, หน้า 104-106

³⁴³ Jurisdictional Immunities of the States (Germany v. Italy: Greece intervening), para.123

³⁴⁴ โปรดดูหัวข้อ 3.2.3.1, หน้า 133-137

³⁴⁵ Jurisdictional Immunities of the States (Germany v. Italy: Greece intervening), para.124

รัฐอื่น (ในที่นี้คือกรีซ) ที่คิดว่าตนมีอำนาจในการไต่สวนและใช้กฎเกณฑ์ที่ใช้ในความคุ้มกันของรัฐจากเขตอำนาจของรัฐจำเลย³⁴⁶ ซึ่งในคดีนี้คู่พิพาททั้งสองโต้เถียงกันว่า ในกรณีศาลภายในออกอนุมติบัตรถือว่าเป็นการเคารพความคุ้มกันของรัฐที่สามแล้วหรือไม่ โดยอาศัยเหตุผลเพียงแค่ว่า ความคุ้มกันนั้นได้รับการเคารพแล้วจากศาลต่างประเทศที่ได้ให้คำพิพากษาในประเด็นแห่งคดีต่อรัฐที่สาม หรือประเด็นที่คู่กรณีทำให้เกิดคำถามต่อศาลที่ว่าศาลอุทธรณ์อิตาลี (Florence Court of Appeal) ได้ละเมิดความคุ้มกันของรัฐจากเขตอำนาจของเยอรมนีจากการประกาศให้คำพิพากษาของศาลกรีซสามารถบังคับได้แล้วหรือไม่ โดยอาศัยเพียงเหตุผลที่ว่าคำพิพากษาของศาลกรีซนั้นได้ละเมิดความคุ้มกันของรัฐจากเขตอำนาจอยู่แล้ว³⁴⁷

อนึ่ง ศาลามองว่าไม่มีอะไรที่จะห้ามศาลภายในที่จะวินิจฉัยตรวจสอบคำพิพากษาก่อนที่จะมีการออกอนุมติบัตรว่า คำพิพากษาศาลต่างประเทศละเมิดความคุ้มกันของรัฐหรือไม่ อย่างไรก็ตาม ในคดีนี้ศาลต้องกำหนดประเด็นจากมุมมองที่แตกต่างอันมีนัยยะสำคัญยิ่ง (Significantly different viewpoint) ในความเห็นของศาลเห็นว่า ไม่มีความจำเป็นที่จะวินิจฉัยในปัญหาที่ว่าคำพิพากษาของศาลกรีซนั้นละเมิดความคุ้มกันของรัฐหรือไม่และนอกจากนี้ศาลก็ไม่สามารถจะวินิจฉัยได้ด้วย เพราะจะเป็นการวินิจฉัยในสิทธิ (Rights) และพันธกรณี (Obligations) ของรัฐที่ไม่ได้มีสถานะเป็นคู่ความในการพิจารณาคดีนี้ ดังนั้นประเด็นที่ศาลจะพิจารณาตามจุดประสงค์ของคดีนี้คือ ศาลอิตาลีได้เคารพความคุ้มกันของรัฐของเยอรมนีจากการยอมให้มีการออกอนุมติบัตรหรือไม่³⁴⁸

โดยสภาพของอนุมติบัตรเองนั้นเป็นการใช้บังคับกับรัฐที่สาม จริงอยู่ที่ว่าจุดประสงค์ของกระบวนการในการใช้อันุมติบัตรไม่ใช่เป็นการวินิจฉัยในประเด็นแห่งคดีของข้อพิพาทที่เกิดขึ้น แต่เป็นเพียงการอนุญาตให้คำพิพากษาที่ได้มีการวินิจฉัยในประเด็นแห่งคดีแล้วสามารถนำมาบังคับได้ในอีกประเทศหนึ่งนอกเหนือจากประเทศที่พิพาทคดี นอกจากนี้แล้วยังไม่ใช่หน้าที่ของศาลที่ออกอนุมติบัตรที่จะมีหน้าที่ตรวจสอบอีกครั้ง (Re-examine) ในเนื้อหาสาระของคำพิพากษาที่ได้ตัดสินมาแล้ว แม้กระนั้นข้อเท็จจริงยังคงเป็นเช่นเดิมไม่ว่าจะเป็นการอนุญาตหรือปฏิเสธอนุมติบัตรก็ตาม คือศาลยังคงใช้อำนาจทางเขตอำนาจ (Jurisdictional power) ซึ่งกระทบต่อรัฐที่สาม³⁴⁹ แม้ว่าการใช้อำนาจดังกล่าวจะเป็นการใช้อำนาจผ่านทางคำพิพากษาศาลต่างประเทศก็ตาม ดังนั้น กระบวนการพิจารณาที่ศาลจะพิจารณาตามที่ผู้ร้องมาจึงถือได้ว่าเป็นการกระทำต่อรัฐที่สามที่อยู่ภายใต้เงื่อนไขของคำพิพากษาต่างประเทศ

³⁴⁶ Ibid, para.125

³⁴⁷ Ibid, para.126

³⁴⁸ Ibid, para.127

³⁴⁹ Ibid, para.128

ตามข้อที่ 6 ของ United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property ระบุว่า

“กระบวนการพิจารณาต่อศาลของรัฐจะถูกพิจารณาว่าเป็นการดำเนินคดีต่อรัฐหากรัฐอื่นนั้น

(a) ถูกระบุชื่อเป็นคู่กรณีในกระบวนการพิจารณา; หรือ
(b) ไม่ได้ถูกระบุชื่อในกระบวนการพิจารณา แต่กระบวนการพิจารณามีผลกระทบต่อทรัพย์สิน สิทธิ ผลประโยชน์ หรือกิจกรรมของรัฐอื่น”³⁵⁰

เมื่อนำบทบัญญัตินี้มาใช้กับกระบวนการพิจารณาออกอนุมติบัตร จะเห็นได้ว่าเข้าหลักเกณฑ์ตามบทบัญญัติ ซึ่งเป็นสาเหตุให้เยอรมนีมีสิทธิที่จะคัดค้านคำวินิจฉัยของศาลอุทธรณ์อิตาลี และในข้อเท็จจริงเยอรมนีก็ได้มีการคัดค้านต่อศาลอิตาลีแล้วแต่ไม่สำเร็จ³⁵¹ หน้าที่ของศาลคือศาลต้องพิจารณาว่ารัฐที่เป็นจำเลยมีความคุ้มกันของรัฐจากเขตอำนาจภายใต้กระบวนการพิจารณาออกอนุมติบัตรหรือไม่ แต่ศาลอิตาลีไม่ได้ทำ³⁵² จากการกระทำของอิตาลีที่วินิจฉัยให้คำพิพากษาของศาลกรีซสามารถบังคับได้ในอิตาลี ถือว่าเป็นการละเมิดความคุ้มกันของเยอรมนี ซึ่งหากยึดถือเหตุผลตามที่ฝ่ายอิตาลีได้ให้มาแล้ว อิตาลีมีพันธกรณีที่จะให้ความคุ้มกันแก่เยอรมนี

จากเหตุผลทั้งหมดที่ได้กล่าวมา ศาลฯวินิจฉัยว่าคำพิพากษาของศาลอุทธรณ์อิตาลี (Florence Court of Appeal) ก่อให้เกิดการละเมิดความคุ้มกันจากเขตอำนาจของเยอรมนีที่อิตาลีมีหน้าที่จะต้องเคารพ³⁵³

การให้เหตุผลของศาลฯในประเด็นนี้โดยการหยิบเอาข้อที่ 6 ของ UNCIS ขึ้นมาเป็นฐานกฎหมายในการวินิจฉัย จากข้อเท็จจริงที่ศาลอิตาลีมีคำสั่งออกอนุมติบัตร (Exequatur) เพื่อให้หน้าคดีของศาลกรีซมาบังคับได้ในอิตาลี ศาลฯเห็นว่า จากข้อที่ 6 ที่กำหนดให้กระบวนการพิจารณาในศาลภายในจะถือว่าเป็นการดำเนินคดีต่อรัฐหากรัฐอื่นนั้น ‘ไม่ได้ถูกระบุชื่อในกระบวนการพิจารณา แต่กระบวนการพิจารณามีผลกระทบต่อทรัพย์สิน สิทธิ ผลประโยชน์ หรือกิจกรรมของรัฐอื่น’ ด้วยเหตุนี้เอง หากพิจารณาจากการออกอนุมติบัตรยอมกระทบกระเทือนต่อสิทธิและทรัพย์สินของเยอรมนี เพราะผลของคำพิพากษาศาลกรีซประสงค์ที่จะบังคับคดีกับเยอรมนี แม้ว่าศาลอิตาลีจะ

³⁵⁰ Ibid, para.129

“A proceeding before a court of a State shall be considered to have been instituted against another State if that other State : (a) is named as a party to that proceeding ; or (b) is not named as a party to the proceeding but the proceeding in effect seeks to affect the property, rights, interests or activities of that other State.”

³⁵¹ Ibid, para.129

³⁵² Ibid, para.130

³⁵³ Ibid, para.133

ไม่ได้พิพากษาเยอรมนีเอง แต่เพียงการนำคำพิพากษาของศาลอื่นมาบังคับก็ถือได้ว่าเป็นการดำเนินคดีต่อรัฐอื่นตามความหมายข้อที่ 6 ของ UNCIS แล้ว จึงถือได้ว่าอิตาลีละเมิดความคุ้มกันของเยอรมนี

3.2.3 ประเด็นการละเมิดความคุ้มกันของรัฐจากการบังคับคดี (Immunity from Execution)

3.2.3.1 การบังคับทรัพย์สินของประเทศเยอรมนีอันมีที่ตั้งแห่งทรัพย์สินนั้นอยู่ในดินแดนของประเทศอิตาลี

สาเหตุของการวินิจฉัยในประเด็นนี้เนื่องจากเมื่อวันที่ 7 มิถุนายน ค.ศ. 2007 คนชาติกรีซนำเอาคำพิพากษาของศาลอุทธรณ์อิตาลี (Florence Court of Appeal) ที่พิพากษาให้สามารถนำคำพิพากษาของศาลชั้นต้นกรีซ (Court of First Instance of Livadia) สามารถนำมาบังคับได้ในอิตาลี โดยคนชาติกรีซที่ได้นำคำพิพากษามาบังคับได้ในอิตาลีทำการลงทะเบียนกับสำนักทะเบียนที่ดินของอิตาลี (Italian Land Registry) ในเขต Como เพื่อทำการยึด ‘Villa Vigoni’ อันเป็นทรัพย์สินของเยอรมนีที่ตั้งอยู่ในดินแดนของอิตาลี

3.2.3.1.1 คำฟ้องโจทก์

เยอรมนีให้เหตุผลกับศาลฯว่าการบังคับเอา ‘Villa Vigoni’ อันเป็นทรัพย์สินของเยอรมนีเป็นการละเมิดความคุ้มกันจากการบังคับคดี (Immunity from enforcement) ซึ่งความคุ้มกันนี้เยอรมนีมีสิทธิอุทธรณ์ได้ตามกฎหมายระหว่างประเทศ นอกจากนี้ อิตาลีก็ไม่ได้หาคำอธิบายต่อการกระทำดังกล่าว แต่ตรงกันข้ามอิตาลีได้แสดงเจตนาต่อศาลฯว่า อิตาลีไม่มีข้อคัดค้านใดๆกับคำวินิจฉัยของศาลที่จะผูกพันอิตาลีในการประกันว่าการยึดเอา ‘Villa Vigoni’ ที่ถูกลงทะเบียนไว้กับสำนักทะเบียนที่ดินจะถูกยกเลิก³⁵⁴ กล่าวคือ อิตาลีไม่ได้แย้งใดๆในประเด็นนี้ และจะยอมรับคำสั่งของศาลฯที่จะกำหนดมาตรการใดๆก็ตามที่ส่งผลต่อการยึดทรัพย์สินของเยอรมนี

ข้อโต้แย้งนี้ของเยอรมนีแตกต่างออกไปจากข้อโต้แย้งอื่น กล่าวคือ เป็นการกล่าวหาว่าอิตาลีละเมิดความคุ้มกันของรัฐจากการบังคับคดี (Immunity from execution) ซึ่งแยกออกจากความคุ้มกันของรัฐจากเขตอำนาจ (Immunity from jurisdiction) เนื่องจากคนชาติกรีซนำคำพิพากษาศาลกรีซมาบังคับคดีในอิตาลี และได้ดำเนินการเอาคำพิพากษานั้นไปบังคับกับสำนักทะเบียนที่ดินของอิตาลีเพื่อเข้าทำการยึด ‘Villa Vigoni’ ทั้งนี้ เยอรมนียกข้อต่อสู้ว่า การยึดทรัพย์สินของอิตาลีเป็นการละเมิดความคุ้มกันของรัฐจากการบังคับคดี โดยอ้างข้อที่ 19 ของ UNCIS ที่ห้ามมีมาตรการบังคับคดีต่อทรัพย์สินของรัฐต่างประเทศที่ไม่ได้ใช้ในวัตถุประสงค์ทางพาณิชย์ ถึงแม้ข้อที่ 19 ยังไม่มีผลบังคับใช้ในปัจจุบัน แต่ก็สะท้อนถึงกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ

³⁵⁴ Ibid, para.110

3.2.3.1.2 คำให้การจำเลย

จำเลยไม่ได้โต้แย้งในประเด็นนี้

3.2.3.1.3 คำวินิจฉัยของศาล

ศาลฯพิจารณาเบื้องต้นในประเด็นนี้ก่อนว่า การที่อิตาลีไม่ได้โต้แย้งในเรื่องความชอบด้วยกฎหมายระหว่างประเทศของมาตรการที่ใช้บังคับกับทรัพย์สินของเยอรมนีไม่ได้ทำให้ข้อพิพาทนั้นหมดไป ข้อพิพาทยังคงมีอยู่สำหรับเยอรมนีและอิตาลีเช่นเดิม เพราะเหตุที่ว่าอิตาลีไม่ได้ยอมรับอย่างเป็นทางการว่าการบังคับยึด ‘Villa Vigoni’ ทำให้เกิดมาตรการที่ไม่สอดคล้องกับพันธกรณีระหว่างประเทศ และอิตาลีไม่ได้หยุดมาตรการดังกล่าว³⁵⁵ เพียงแต่หยุดเอาไว้ชั่วคราวตามผลของ Decree-Law No. 63 of 28 April 2010, Law No. 98 of 23 June 2010 และ Decree-Law No. 216 of 29 December 2011 ที่ให้หยุดพักการบังคับยึดทรัพย์สินของเยอรมนีไว้ก่อนชั่วคราว จนกว่าศาลฯจะมีคำพิพากษา ซึ่ง Decree-Law เหล่านี้ยังไม่มีผลเป็นการยกเลิกการบังคับยึดทรัพย์สินของเยอรมนี³⁵⁶ นอกจากนี้แล้วอิตาลียังให้การต่อศาลฯเพิ่มเติมอีกว่า ฝ่ายนิติบัญญัติของอิตาลีได้อำนาจในการระงับการบังคับยึดทรัพย์สินของเยอรมนีไว้ชั่วคราว เพื่อที่จะรอคำตัดสินของศาลฯ และหากศาลฯมีคำวินิจฉัยว่าอิตาลีไม่ได้ละเมิดพันธกรณีระหว่างประเทศตามที่เยอรมนีกล่าวอ้าง อิตาลีจะทำการบังคับยึดทรัพย์สินของเยอรมนีเช่นเดิม³⁵⁷

ศาลฯเห็นว่าความคุ้มกันจากการบังคับคดี (Immunity from enforcement) ที่รัฐสามารถอุปโภคได้ในกรณีที่เกี่ยวข้องกับทรัพย์สิน (Property) ที่ตั้งอยู่ในดินแดนของรัฐต่างประเทศมีลักษณะและขอบเขตที่ไปไกลมากกว่าความคุ้มกันจากเขตอำนาจรัฐ (Jurisdictional immunity) ที่รัฐสามารถได้รับในศาลต่างประเทศ แม้ว่ากรณีคำพิพากษาถูกตัดสินออกมาโดยชอบด้วยกฎหมายต่อรัฐต่างประเทศจากกรณีที่คู่พิพาทไม่สามารถอ้างความคุ้มกันจากเขตอำนาจได้ ก็ไม่ได้หมายความว่ารัฐที่ไม่เห็นด้วยกับคำพิพากษานั้นสามารถตกอยู่ภายใต้มาตรการบังคับทรัพย์สินบนดินแดนของรัฐที่พิจารณาคดี (Forum state) หรือเทียบได้ในกรณีเช่นเดียวกันกับกรณีการสละความคุ้มกัน (Waiver of immunity) จากเขตอำนาจต่อศาลต่างประเทศ ก็ไม่ได้ทำให้รัฐที่สละความคุ้มกันจากเขตอำนาจได้สละความคุ้มกันจากการบังคับตามคำพิพากษาจากทรัพย์สินที่อยู่ในดินแดนของต่างประเทศไปด้วย³⁵⁸ จากกรณีที่กล่าวมาสามารถสรุปได้ว่าความคุ้มกันของรัฐที่รัฐสามารถอุปโภคได้นั้น สามารถแยกได้คือ ความคุ้มกันจากเขตอำนาจและความคุ้มกันจากการบังคับคดี ซึ่งทั้ง 2 กรณีนี้ไม่ถือว่าเป็นการใช้สิทธิประเภทเดียวกัน ทั้งนี้กฎเกณฑ์ของกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ

³⁵⁵ Ibid, para.112

³⁵⁶ Ibid, para.111

³⁵⁷ Ibid, para.112

³⁵⁸ Ibid, para.113

เป็นที่เข้าใจกันทั่วไปแล้วว่าความคุ้มกันของรัฐจากเขตอำนาจและความคุ้มกันจากการบังคับคดีนั้นมีความแตกต่างกัน รวมถึงมีการใช้แยกกันด้วยในทั้งสองกรณี

สำหรับคดีนี้ศาลตั้งประเด็นวินิจฉัยว่าการบังคับ ‘Villa Vigoni’ อันเป็นทรัพย์สินของเยอรมนีที่ตั้งอยู่ในดินแดนอิตาลีเป็นเหตุให้เกิดการละเมิดความคุ้มกันของเยอรมนีโดยวิธีการบังคับตามคำพิพากษาหรือไม่ โดยในประเด็นความชอบด้วยกฎหมายระหว่างประเทศของมาตรการบังคับยึดทรัพย์สินดังกล่าวจะต้องแยกจากกฎเกณฑ์ที่ใช้กับความคุ้มกันในเรื่องเขตอำนาจในกรณีที่ศาลอิตาลียินยอมให้สามารถนำคำพิพากษาของศาลกรีซมาบังคับได้ในอิตาลี³⁵⁹

ศาลาพิจารณาว่า ตามข้อสนับสนุนที่เยอรมนีอ้างมาว่าข้อที่ 19 ของ United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property ที่ระบุว่า

“มาตรการบังคับคดีภายหลังคำพิพากษา เช่น การอายัด, การยึด หรือการบังคับ ต่อทรัพย์สินของรัฐไม่สามารถนำมาใช้ได้กับการพิจารณาคดีของอีกศาลหนึ่ง เว้นแต่และยกเว้นในขอบเขตที่ว่า

(a) รัฐได้แสดงเจตนายินยอมอย่างชัดแจ้งให้สามารถใช้มาตรการนั้นได้โดย

(i) ความตกลงระหว่างประเทศ;

(ii) ความตกลงทางอนุญาโตตุลาการ หรือสัญญาที่เป็นลายลักษณ์

อักษร; หรือ

(iii) การประกาศต่อศาล หรือการติดต่อเป็นลายลักษณ์อักษร

ภายหลังจากที่ข้อพิพาทระหว่างคู่พิพาทได้เกิดขึ้น; หรือ

(b) รัฐได้มีการจัดสรรทรัพย์สินที่มีการกำหนดไว้เพื่อใช้เป็นวัตถุในกระบวนการพิจารณา; หรือ

(c) เป็นที่ยอมรับว่าทรัพย์สินนั้นถูกใช้โดยเฉพาะเจาะจงหรือโดยตั้งใจเพื่อการใช้สอยของรัฐสำหรับจุดประสงค์อื่นใดนอกเหนือจากวัตถุประสงค์ที่ไม่เป็นไปในทางพาณิชย์และทรัพย์สินนั้นตั้งอยู่ในดินแดนของรัฐที่มีการพิจารณาคดีที่เป็นผู้ออกมาตรการการบังคับภายหลังคำพิพากษา และอาจบังคับเอาได้กับทรัพย์สินที่มีความเชื่อมโยงกับภาวะซึ่งเกี่ยวข้องกับการพิจารณาที่เกิดขึ้น”³⁶⁰

³⁵⁹ Ibid, para.114

³⁶⁰ Ibid, para.116

“No post-judgment measures of constraint, such as attachment, arrest or execution, against property of a State may be taken in connection with a proceeding before a court of another State unless and except to the extent that:

(a) the State has expressly consented to the taking of such measures as indicated:

(i) by international agreement;

เยอรมนีเห็นว่าแม้สนธิสัญญาดังกล่าวจะยังไม่มีผลบังคับใช้ในปัจจุบัน แต่ร่างบทบัญญัติข้อที่ 19 นี้มาจากกฎเกณฑ์ที่มีอยู่ภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ โดยเนื้อหาของบทบัญญัติถูกพูดถึงในขณะร่างว่ามีผลผูกพัน ดังนั้น บทบัญญัตินี้เป็นการสะท้อนถึงกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ³⁶¹ ศาลามองว่าตอนที่ United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property ได้มีการร่างขึ้น บทบัญญัติเหล่านี้มีการถกเถียงกันอย่างยาวนานและยากลำบาก ศาลาเห็นว่าไม่มีความจำเป็นในคดีนี้ที่จะอธิบายว่าข้อที่ 19 ตามที่เยอรมนีได้ยกขึ้นมามีการสะท้อนถึงกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศหรือไม่³⁶²

สำหรับศาลา ณ ที่นี้ต้องการเพียงแค่ว่าจะค้นหาว่ามีเงื่อนไขอย่างน้อย 1 เงื่อนไขที่จะทำให้การบังคับยึดทรัพย์สินของเยอรมนีที่เป็นของรัฐต่างประเทศนั้นสามารถทำได้ ซึ่งได้แก่ ทรัพย์สินดังกล่าวจะต้องถูกนำไปใช้ในการแสวงหากำไรหรือรัฐที่เป็นเจ้าของทรัพย์สินได้แสดงเจตนายินยอมอย่างชัดเจนที่จะให้ใช้มาตรการบังคับเอาทรัพย์สิน หรือรัฐได้มีการจัดสรรทรัพย์สินที่ใช้เพื่อเป็นสินทรัพย์ในการชำระหนี้ตามคำพิพากษาโดยเฉพาะ หลักเกณฑ์เหล่านี้ศาลาได้ดูจากแนวปฏิบัติของประเทศต่างๆ เช่น เยอรมนี สวิสเซอร์แลนด์ สหราชอาณาจักร และสเปน³⁶³

ศาลาเห็นว่าในคดีนี้ ทรัพย์สินที่อยู่ภายใต้มาตรการบังคับเอาทรัพย์สินนั้นถูกใช้ในวัตถุประสงค์ของรัฐซึ่งไม่ได้ถูกนำไปใช้ในการแสวงหากำไรใดๆทั้งสิ้น ส่วน ‘Villa Vigoni’ เองเป็นเพียงศูนย์กลางทางวัฒนธรรม (Cultural centre) ที่มีเจตนาในการสนับสนุนการแลกเปลี่ยนวัฒนธรรม (Cultural exchange) ระหว่างเยอรมนีและอิตาลี ‘Villa Vigoni’ จัดตั้งและบริหารตามความตกลงระหว่างสองรัฐบาลและได้ทำบันทึกแลกเปลี่ยน (Exchange of notes) ในวันที่ 21 เมษายน ค.ศ. 1986³⁶⁴ นอกจากนี้อิตาลียังให้รายละเอียดต่อศาลาว่า ‘Villa Vigoni’ เป็นศูนย์กลางแห่งความเป็นเลิศสำหรับความร่วมมือของชาวอิตาลีและเยอรมนีในเรื่องการวิจัย วัฒนธรรม รวมถึงการศึกษา และอิตาลียังยอมรับด้วยว่าอิตาลีมีส่วนร่วมโดยตรงในโครงสร้างการจัดการระหว่างรัฐทั้ง

(ii) by an arbitration agreement or in a written contract; or

(iii) by a declaration before the court or by a written communication after a dispute between the parties has arisen; or

(b) the State has allocated or earmarked property for the satisfaction of the claim which is the object of that proceeding ; or

(c) it has been established that the property is specifically in use or intended for use by the State for other than government non-commercial purposes and is in the territory of the State of the forum, provided that post-judgment measures of constraint may only be taken against property that has a connection with the entity against which the proceeding was directed.”

³⁶¹ Ibid, para.115

³⁶² Ibid, para.117

³⁶³ Ibid, para.118

³⁶⁴ Ibid, para.119

สอง อีกประเด็นหนึ่งคือข้อเท็จจริงปรากฏว่า เยอรมนีก็ไม่ได้มีการให้การยินยอม (Consent) หรือให้ ‘Villa Vigoni’ เป็นทรัพย์สินที่ใช้ในการพิจารณาคดีแต่อย่างใด

จากเหตุผลที่ศาลฯ ได้กล่าวมาทั้งหมด ศาลฯ วินิจฉัยว่าการลงทะเบียนเพื่อบังคับยึด ‘Villa Vigoni’ ถือเป็น การละเมิดพันธกรณีระหว่างประเทศในเรื่องความคุ้มกันที่เยอรมนีมีสิทธิอุปโภค และอิตาลีมีหน้าที่ที่จะต้องเคารพสิทธินั้น³⁶⁵

ศาลฯ เริ่มต้นการให้เหตุผลในประเด็นนี้โดยอธิบายหลักความคุ้มกันของรัฐภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ โดยความคุ้มกันของรัฐมีด้วยกัน 2 ประเภท คือ 1. ความคุ้มกันจากเขตอำนาจ และ 2. ความคุ้มกันจากการบังคับคดี ทั้งนี้ หากรัฐสูญเสียความคุ้มกันจากเขตอำนาจไปแล้ว ไม่ได้หมายความว่ารัฐได้สูญเสียความคุ้มกันจากการบังคับคดีไปด้วย ถือได้ว่าความคุ้มกันทั้งสองประเภทเป็นการใช้สิทธิต่างประเภทกัน ศาลฯ กลับมาพิจารณาข้อโต้แย้งของเยอรมนีที่อ้างข้อที่ 19 ของ UNCIS ขึ้นมา อย่างไรก็ตาม ศาลฯ กลับเห็นว่าไม่มีความจำเป็นต้องพิจารณาว่าข้อที่ 19 นี้ สะท้อนเป็นกฎหมายจารีตประเพณีตามที่เยอรมนีกล่าวอ้างหรือไม่ ศาลฯ ใช้แนวปฏิบัติของรัฐที่มีอยู่ กล่าวคือ การพิจารณาเงื่อนไขที่ว่าทรัพย์สินที่ถูกยึดนั้นใช้เพื่อวัตถุประสงค์ทางพาณิชย์หรือไม่ หรือทรัพย์สินนั้นถูกจัดสรรเพื่อให้เป็นทรัพย์สินสำหรับการชำระหนี้หรือไม่ และเมื่อพิจารณาจากข้อเท็จจริง ‘Villa Vigoni’ ใช้เป็นเพียงศูนย์กลางทางวัฒนธรรม โดยไม่ได้มีวัตถุประสงค์เพื่อใช้ในทางพาณิชย์แต่อย่างใด การบังคับคดีของอิตาลีจึงเป็นการละเมิดความคุ้มกันของรัฐจากการบังคับคดีของเยอรมนี

โดยสรุป คำพิพากษาในคดีนี้ศาลฯ ยังคงยืนยันสถานะเดิมในเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างความคุ้มกันของรัฐกับกฎหมายลักษณะเด็ดขาดตามคดี *Arrest Warrant* และ *Armed Activities in the Territory of the Congo* ที่วินิจฉัยให้หลักความคุ้มกันของและกฎหมายลักษณะเด็ดขาดเป็นกฎหมายที่มีลักษณะต่างกัน กล่าวคือ ความคุ้มกันของรัฐเป็นกฎหมายสับัญญัติ (Procedural law) ในขณะที่กฎหมายลักษณะเด็ดขาดเป็นกฎหมายสารบัญญัติ (Substantive law) ยิ่งไปกว่านั้น ศาลฯ ในคดีนี้ยังได้เน้นย้ำถึงแนวปฏิบัติของรัฐที่ปรากฏอยู่ในปัจจุบันว่ารัฐส่วนใหญ่ยังไม่ยอมรับแนวคิดข้อยกเว้นความคุ้มกันของรัฐจากการละเมิดกฎหมายลักษณะเด็ดขาด แม้ว่าจะมีการโต้เถียงกันในความสัมพันธ์ของกฎหมายทั้งสองประเภทและมีแนวโน้มการพัฒนาของกฎหมายระหว่างประเทศด้านสิทธิมนุษยชนมากยิ่งขึ้น แต่ศาลฯ ยังคงยืนยันตามแนวคำวินิจฉัยเดิมที่ได้มีการวินิจฉัยมา และถึงแม้ว่าจำเลย กล่าวคือ ฝ่ายอิตาลี จะเสนอหลักการละเมิดภายในดินแดน (Territorial tort) เพิ่มเติมเป็นข้อต่อสู้ในคดีเพื่อให้เป็นข้อยกเว้นความคุ้มกันของรัฐ อย่างไรก็ตาม ศาลฯ เห็นว่าแนวปฏิบัติของรัฐในเรื่องข้อยกเว้นจากการละเมิดภายในดินแดนยังไม่มีน้ำหนักเพียงพอที่จะปฏิเสธความคุ้มกันจากการกระทำของกองกำลังทหารเยอรมนีได้แต่อย่างใด ซึ่งการวินิจฉัยในประเด็นนี้ เป็นครั้งแรกที่ศาลฯ ได้มีโอกาสพูดถึงหลักการละเมิดภายในดินแดน และแม้จะมีแนวคิดหรือข้อโต้แย้งจำนวนมากใน

³⁶⁵ Ibid, para.120

ประเด็นนี้ ศาลฯยังคงยึดถือการพิจารณาแนวปฏิบัติของรัฐที่ศาลฯเห็นว่าเกี่ยวข้อง ทำให้ข้อโต้แย้งของอิตาลีในประเด็นนี้ฟังไม่ขึ้นด้วยเช่นเดียวกัน

ด้วยเหตุนี้ จึงนำมาสู่ข้อสรุปที่ว่าปัจเจกชนไม่สามารถเรียกร้องให้รัฐต่างประเทศที่ละเมิดกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศอย่างร้ายแรงทำการชดใช้ค่าเสียหายได้ เพราะรัฐต่างประเทศยังคงได้รับความคุ้มกันตามกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ การยืนยันของศาลฯเช่นนี้ส่งผลกระทบให้เกิดข้อโต้แย้งและนำไปสู่ข้อท้าทายในอนาคต รวมไปถึงการแสวงหาวิธีการหรือกลไกพิเศษอื่นใดเพื่อให้ปัจเจกชนได้รับการชดใช้ค่าเสียหายอย่างเป็นธรรมและเหมาะสม



บทที่ 4

ข้อท้าทายต่อการใช้หลักความคุ้มกันของรัฐในกรณีการละเมิดกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศอย่างร้ายแรงและหนทางในการเยียวยาปัจเจกชนจากการอาศัยกลไกอื่นโดยไม่ให้ความคุ้มกันของรัฐเป็นอุปสรรค

เมื่อคำพิพากษาศาลยุติธรรมระหว่างประเทศยืนยันว่า ความคุ้มกันของรัฐเป็นหลักกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศและทุกรัฐมีพันธกรณีที่จะต้องเคารพ ส่งผลให้ปัจเจกชนไม่สามารถใช้สิทธิในการเรียกร้องให้รัฐที่ละเมิดกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศอย่างร้ายแรงชดใช้ค่าเสียหายได้ ปัญหาที่เกิดขึ้นคือ ปัจเจกชนหมดหนทางที่จะได้รับการเยียวยา เนื่องจากปัจเจกชนได้พยายามเรียกร้องผ่านรัฐที่กระทำละเมิดแล้วแต่ไม่ประสบผลสำเร็จ จึงมีความจำเป็นต้องนำมาฟ้องเป็นคดีในศาลภายในของตนเองโดยมีรัฐต่างประเทศเป็นจำเลย ซึ่งจากการศึกษาก็พบว่ามักถูกปฏิเสธอยู่เสมอเพราะรัฐต่างประเทศสามารถอุปโลกความคุ้มกันของรัฐได้ตามกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ

ในบทที่ 4 จึงจะทำการศึกษาถึงข้อท้าทายต่อการใช้หลักความคุ้มกันของรัฐในกรณีการละเมิดกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศอย่างร้ายแรงซึ่งถือได้ว่าเป็นการละเมิดกฎหมายที่ได้รับความสถานะเป็นกฎหมายลักษณะเด็ดขาด รวมถึงความสัมพันธ์ระหว่างความคุ้มกันของรัฐกับกฎหมายอื่นภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ โดยในบทนี้จะอธิบายถึงข้อท้าทายต่างๆที่มีอยู่ผ่านแนวคิดของนักวิชาการด้านนิติศาสตร์ บทบัญญัติภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ คดีที่ศาลภายในหรือศาลระหว่างประเทศเคยวินิจฉัย พร้อมทั้งวิเคราะห์และให้ความคิดเห็นถึงความเป็นไปได้ของข้อท้าทายที่อาจเป็นไปได้ในอนาคต อีกทั้งจะทำการศึกษาวิธีการและกลไกพิเศษอื่นๆที่สร้างขึ้นโดยอาศัยกฎหมายภายใน ความตกลงระหว่างรัฐ ข้อมติขององค์การสหประชาชาติ เพื่อให้ปัจเจกชนสามารถเรียกร้องสิทธิได้โดยไม่ให้ความคุ้มกันของรัฐเข้ามาเป็นอุปสรรคขัดขวาง

4.1 ข้อท้าทายจากความสัมพันธ์ระหว่างหลักความคุ้มกันของรัฐกับกฎหมายลักษณะเด็ดขาด

หัวข้อนี้จะทำการศึกษาถึงความสัมพันธ์ระหว่างหลักความคุ้มกันของรัฐกับกฎหมายลักษณะเด็ดขาด เนื่องจากเป็นประเด็นสำคัญที่มีการยกขึ้นมาใช้ต่อสู้ในศาลภายในและศาลระหว่างประเทศในหลายคดี โดยข้อท้าทายในแต่ละประเด็นนั้นจะทำการชี้แจงนำหนักถึงความเป็นไปได้ที่ศาลภายในควรจะปฏิเสธการให้ความคุ้มกันของรัฐเมื่อมีการละเมิดกฎหมายลักษณะเด็ดขาดเกิดขึ้น

4.1.1 แนวความคิดในเรื่องการกระทำที่เป็นการละเมิดกฎหมายลักษณะเด็ดขาดไม่ถือว่าเป็นการกระทำของรัฐ (acta jure imperii)

แนวคิดนี้มีหลักการที่ว่า การละเมิดใดก็ตามที่เป็นการละเมิดต่อกฎหมายลักษณะเด็ดขาดไม่อาจยอมรับได้ว่าเป็นการกระทำทางอธิปไตย (Sovereign acts) เนื่องจากรัฐที่กระทำละเมิดไม่ได้ให้ความสำคัญแก่กฎเกณฑ์ที่ประชาคมระหว่างประเทศทั้งหมดสร้างขึ้นมาเพื่อปกป้องคุ้มครองผลประโยชน์ของประชาคมระหว่างประเทศ ดังนั้น การกระทำใดๆของรัฐที่เป็นการละเมิดกฎหมายเด็ดขาดจึงถือว่าตกอยู่นอกขอบเขตการกระทำของรัฐโดยแท้ (acta jure imperii) ซึ่งโดยทั่วไปแล้วควรจะได้รับ ความคุ้มกัน แต่เมื่อการกระทำที่เกิดขึ้นไม่ตกอยู่ในขอบเขตของการกระทำของรัฐโดยแท้ รัฐจึงไม่ควรได้รับความคุ้มกันเช่นเดียวกันกรณีการกระทำของรัฐเชิงพาณิชย์ (acta jure gestionis)³⁶⁶

อย่างไรก็ตาม การให้เหตุผลเช่นนี้เป็นการยากที่หลักการนี้จะสอดคล้องไปได้กับหลักการให้ความคุ้มกันของรัฐในปัจจุบัน เพราะเมื่อใดก็ตามที่รัฐถูกฟ้องเป็นคดีในศาลต่างประเทศ เบื้องต้นศาลจะต้องพิจารณาก่อนว่าการกระทำของรัฐที่ถูกฟ้องนั้นเป็นการกระทำโดยใช้อำนาจอธิปไตย (jure imperii) หรือเป็นเพียงการกระทำของบุคคลตามกฎหมายธรรมดาเท่านั้น (jure gestionis) ซึ่งโดยหลักการทั่วไปแล้วการกระทำแบบใช้อำนาจอธิปไตยจะได้รับความคุ้มกันตามกฎหมายระหว่างประเทศ ด้วยเหตุนี้ เมื่อรัฐละเมิดกฎหมายลักษณะเด็ดขาด โดยลักษณะของการกระทำเองไม่สามารถเปลี่ยนจากการกระทำทางอธิปไตยไปสู่การกระทำของรัฐเชิงพาณิชย์ได้ การละเมิดที่เกิดขึ้นก็ยังคงเป็นการกระทำโดยการอำนาจของรัฐเช่นเดิม³⁶⁷

³⁶⁶ Sevrine Knuchel, State Immunity and The Promise of Jus Cogens, Northwestern Journal of International Law (2012): p164

“It is often maintained that violations of jus cogens cannot be recognized as sovereign acts, since the violating state disregarded the one set of norms established by the community of states as a whole to safeguard its interests. State actions violating jus cogens would fall outside the category of state conduct protected by immunity (acta jure imperii); therefore, states ought not be granted immunity, as is the case with commercial transactions, for example.”

³⁶⁷ Ibid, p.164

“This reasoning seems difficult to reconcile with the current categorizations governing the grant of immunity. When a state is impleaded before a foreign court, this court has to examine whether the state acted in the exercise of its sovereign powers (jure imperii) or like an ordinary legal person (jure gestionis): only the former category of acts are immune under international law. However, the abuse of sovereign prerogatives, as when the state violates jus cogens, “does not in itself transform sovereign acts into acta jure gestionis.” Such abuse is still performed in pursuance of the state’s governmental authority.”

เมื่อพิจารณาจาก Draft Articles on Responsibilities of States for Internationally Wrongful Acts ข้อที่ 9 ระบุไว้ชัดเจนว่า

“การกระทำขององค์กรของรัฐ หรือของบุคคล หรือขององคภาวะที่ได้รับมอบอำนาจในการใช้เป็นส่วนประกอบของอำนาจรัฐจะถูกพิจารณาว่าเป็นการกระทำของรัฐภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ หากการกระทำขององค์กร บุคคล หรือองคภาวะนั้นกระทำไปในการใช้อำนาจของรัฐ แม้ว่าการกระทำจะเกินกว่าอำนาจที่มีหรือเป็นการขัดคำสั่ง”³⁶⁸

หากพิจารณาจากบทบัญญัตินี้แล้ว การกระทำใดๆก็ตามที่แสดงออกโดยผ่านการใช้อำนาจของรัฐก็นับว่าเป็นการกระทำของรัฐทั้งสิ้น แนวคิดที่จะแยกการกระทำที่เป็นละเมิดกฎหมายลักษณะเด็ดขาดออกจากการกระทำของรัฐโดยแท้จึงมีความเป็นไปได้ยาก

มีตัวอย่างจากศาลภายในที่วินิจฉัยให้การกระทำที่เป็นการละเมิดกฎหมายลักษณะเด็ดขาดไม่อาจพิจารณาได้เป็นการกระทำของรัฐ อย่างไรก็ตาม คำวินิจฉัยของศาลที่จะกล่าวต่อไปนี้เป็นกรณีความคุ้มกันเฉพาะบุคคล (Individual immunity) ในฐานะของเจ้าหน้าที่รัฐ (State officials) ในกรณีอาชญากรรมที่เกิดขึ้นเป็นการละเมิดกฎหมายลักษณะเด็ดขาด อาชญากรรมนั้นก็ไม่สามารถเป็นส่วนหนึ่งการปฏิบัติงานของรัฐโดยทั่วไป (Normal state function) และอาชญากรรมเหล่านั้นไม่สามารถพิจารณาได้ว่าเป็นการกระทำของเจ้าหน้าที่ตามวัตถุประสงค์ของความคุ้มกันตามเนื้อหาสาระ (Immunity *ratione materiae*)

คดีที่มีเคยตัดสินได้แก่ คดี Eichmann ในศาลสูงอิสราเอล โดยอัยการรัฐฟ้องว่า Eichmann เป็นอดีตเจ้าหน้าที่ของนาซีและมีส่วนเกี่ยวข้องกับอาชญากรรมสงคราม (War crimes) และอาชญากรรมต่อมวลมนุษยชาติ (Crime against humanity) ศาลได้วินิจฉัยว่า “การกระทำที่น่าสะพรึงกลัวเช่นว่าอยู่นอกเหนือเขตอำนาจอธิปไตยของรัฐ (Sovereign jurisdiction) ที่ได้สั่งการหรือให้สัตยาบันว่าจะทำ บุคคลใดก็ตามที่มีส่วนร่วมในการกระทำเช่นว่าต้องรับผิดชอบเป็นการส่วนตัวและไม่สามารถหลบซ่อนโดยการใช้สถานะของเจ้าหน้าที่ตามภาระหน้าที่หรือภารกิจ” เช่นเดียวกันคดี Pinochet No.3 ผู้พิพากษา Lord Hutton ระบุว่า “การทรมานได้ไม่เป็นการปฏิบัติหน้าที่ของประมุขแห่งรัฐ (Head of state) ดังนั้น ความคุ้มกันที่ Pinochet มีสิทธิในฐานะอดีตประมุขแห่งรัฐไม่สามารถอุปโภคและไม่สามารถใช้ได้กับการกระทำที่เป็นการทรมาน”³⁶⁹ ทั้งนี้ ควรระบุไว้ในส่วนนี้ด้วย

³⁶⁸ Draft Articles on Responsibilities of States for Internationally Wrongful Acts, article 9

“The conduct of an organ of a State or of a person or entity empowered to exercise elements of the governmental authority shall be considered an act of the State under international law if the organ, person or entity acts in that capacity, even if it exceeds its authority or contravenes instructions.”

³⁶⁹ Sevrine Knuchel, State Immunity and The Promise of Jus Cogens, Northwestern Journal of International Law (2012): p163

ว่า ในคดี Pinochet มีผู้พิพากษาหลายคนให้ความเห็นต่างกันไปและไม่มีคำพิพากษากลาง มีเพียงข้อสรุปที่ตรงกันคือ Pinochet ไม่ได้ได้รับความคุ้มกันจากหน้าที่ (Immunity *materiae*)

นอกจากแนวคิดที่ได้กล่าวมาข้างต้น หากพิจารณาจากความเห็นแย้งของผู้พิพากษาศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ Cancado Trindade ในคดี Jurisdictional Immunities of the State จะพบแนวคิดที่มีลักษณะคล้ายกันกับกรณีที่มีการละเมิดกฎหมายลักษณะเด็ดขาดไม่สามารถนับเป็นการกระทำของรัฐได้ โดย Trindade ได้ให้เหตุผลไว้ว่า ไม่มีความจำเป็นต้องแยกระหว่างการกระทำของรัฐโดยแท้หรือการกระทำของรัฐเชิงพาณิชย์ หากการละเมิดที่เกิดขึ้นเป็นการละเมิดกฎหมายสิทธิมนุษยชนและกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศอย่างร้ายแรง การแยกระหว่างการกระทำของรัฐโดยแท้และการกระทำของรัฐเชิงพาณิชย์เป็นแค่เศษเหลือของหลักการดั้งเดิม (Remnant of traditional doctrines) ซึ่งไม่เพียงพอที่จะใช้ในการทดสอบปัญหาการละเมิดกฎหมายลักษณะเด็ดขาด รัฐนั้นจะอ้างความคุ้มกันจากการทำลายล้าง (Exterminate) ความเป็นมนุษย์ (Human beings) ไม่ได้ และรัฐจะหลีกเลี่ยงผลที่ตามมาทางกฎหมายโดยการใช้ความคุ้มกันของรัฐเป็นโล่กำบังก็ไม่ได้เช่นเดียวกัน ยิ่งไปกว่านั้น ปัจเจกชนเป็นผู้ทรงสิทธิตามกฎหมายระหว่างประเทศ (Subjects of international law) ไม่ใช่เป็นแค่ตัวกระทำการ (Actors) ด้วยเหตุนี้ เมื่อใดก็ตามที่หลักการทางกฎหมายไม่นำมาใช้ด้วยแล้ว ผลที่ตามและผลลัพธ์คือความหายนะ (Catastrophic) ปัจเจกชนจึงเป็นผู้ถือสิทธิ (*titulaires*) และเป็นผู้ที่รับหน้าที่โดยตรงจากกฎหมายระหว่างประเทศ³⁷⁰

การพัฒนาของหลักความคุ้มกันของรัฐเป็นการดูถูกดูแคลนอย่างไม่เหมาะสม และเป็นละเอียดอย่างไม่มีควมรับผิดชอบต่อสถานะของบุคคลที่เป็นมนุษย์ในกฎหมายระหว่างประเทศ ประวัติศาสตร์แสดงให้เห็นว่าอาชญากรรมสงครามและอาชญากรรมต่อมวลมนุษยชาติที่ทำโดยปัจเจก

“The claim that *jus cogens* violations are by nature excluded from the category of immune conduct was also made with regard to the individual immunity of state officials: since these crimes can never be part of “normal state functions,” they would not qualify as “official” acts for the purpose of immunity *ratione materiae*. A number of national courts appear to endorse this argument. For example, in a case against a former Nazi officer involving war crimes and crimes against humanity, the Supreme Court of Israel held that because “such odious acts...are completely outside the ‘sovereign jurisdiction’ of the State that ordered or ratified their commission...those who participated in such acts must personally account for them and cannot shelter behind the official character of their task or mission, or behind the ‘Laws’ of the State by virtue of which they purported to act.” In the Pinochet case, two of the Law Lords supported this position. For example, Lord Hutton stated that “the commission of acts of torture is not a function of head of State, and therefore in this case the immunity to which Senator Pinochet is entitled as a former head of State does not arise in relation to, and does not attach to, acts of torture.”

³⁷⁰ Dissenting Opinion of Judge Cancado Trindade, para.177-180

ชนผ่านการสนับสนุนโดยรัฐ ผ่านการใช้คำหรือภาษาไปอย่างผิดๆ ผ่านการใช้ทรัพยากรของรัฐหรือเครื่องมือเครื่องมือของรัฐเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ของนโยบายรัฐ (State policies) ดังนั้น ปัจเจกชนที่กระทำความผิดรวมถึงรัฐที่ต้องมีความรับผิดชอบจึงไม่อาจแยกออกจากกันได้ ด้วยเหตุนี้ จึงไม่มีพื้นที่สำหรับการอ้างความคุ้มกันของรัฐจากอาชญากรรมอันร้ายแรงดังกล่าว³⁷¹ ด้วยเหตุผลข้างต้นจึงนำมาสู่ข้อสรุปว่าการกระทำที่เป็นการละเมิดอาชญากรรมระหว่างประเทศและเป็นการละเมิดกฎหมายลักษณะเด็ดขาดถือเป็นการละเมิดของรัฐ (delicta imperii) ไม่ใช่การกระทำของรัฐโดยแท้หรือการกระทำของรัฐเชิงพาณิชย์³⁷²

ด้วยความเคารพต่อการให้เหตุผลของผู้พิพากษา Trindade อย่างไรก็ตาม ยังมีข้อสงสัยบางประการในการให้เหตุผล เช่น ปัจเจกชนเป็นผู้ทรงสิทธิตามกฎหมายระหว่างประเทศหรือไม่ ในปัจจุบันก็ยังมีกรณีและให้ข้อสรุปที่แตกต่างกันออกไป แม้ว่าหลักการละเมิดของรัฐ (delicta imperii) ตามที่ได้เสนอมานี้จะเป็นหลักการที่น่ารับฟังและเป็นประโยชน์อย่างมากต่อผู้ที่ได้รับความเสียหายจากการละเมิดกฎหมายลักษณะเด็ดขาด แม้กระนั้น กฎหมายระหว่างประเทศ กฎหมายภายใน หรือแนวปฏิบัติของรัฐก็ยังไม่มื่อน้ำหนักเพียงพอที่จะสนับสนุนแนวคิดนี้ ผู้เขียนเห็นว่าการให้เหตุผลของท่านในส่วนนี้มีลักษณะเป็นความเห็นหรือข้อเสนอในการวินิจฉัยประเด็นนี้เท่านั้น ความเป็นไปได้ อาจเกิดขึ้นในอนาคต แต่หากพิจารณาจากบริบทของกฎหมายระหว่างประเทศในปัจจุบัน ยังคงเป็นการยากที่จะเกิดขึ้น

4.1.2 ความเป็นไปได้ของการละเมิดกฎหมายลักษณะเด็ดขาดถือว่าการสละความคุ้มกันของของรัฐโดยปริยาย (Implied Waiver)

เหตุผลอีกกรณีหนึ่งที่จะใช้ในการปฏิเสธความคุ้มกันของรัฐอาจมาจากความเป็นไปได้ที่รัฐสละความคุ้มกันของรัฐโดยปริยาย เนื่องการละเมิดที่เกิดขึ้นเป็นการละเมิดกฎหมายลักษณะเด็ดขาด โดยทั่วไปแล้วภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ รัฐอาจสละความคุ้มกันโดยปริยายได้หากรัฐที่ถูกฟ้องดำเนินคดีมีความประสงค์อันชัดแจ้งที่จะยอมรับการสละความคุ้มกันเช่นว่า ดังปรากฏใน United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property ข้อที่ 8 และ 9 ระบุว่า หากรัฐเป็นคนเริ่มต้นกระบวนการพิจารณาเอง หรือกรณีที่รัฐเข้าร้องสอด (Intervention) หรือดำเนินการใดๆที่เป็นการประสงค์จะเข้ามาในกระบวนการพิจารณา³⁷³ เช่นนี้แล้ว

³⁷¹ Ibid, para.181-183

³⁷² Ibid, para.184

³⁷³ United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property, article 8(1)

“A State cannot invoke immunity from jurisdiction in a proceeding before a court of another State if it has:

(a) itself instituted the proceeding; or

จะถือว่ารัฐได้สละความคุ้มกันโดยปริยาย อย่างไรก็ตามในอนุสัญญาฯดังกล่าวไม่มีบทบัญญัติที่ใช้สำหรับการสละความคุ้มกันโดยปริยายอันเนื่องมาจากการละเมิดกฎหมายลักษณะเด็ดขาด แม้กระนั้นแนวคิดที่ว่าเมื่อใดก็ตามรัฐได้ละเมิดกฎหมายลักษณะเด็ดขาด รัฐที่กระทำการละเมิดนั้นไม่สามารถอ้างความคุ้มกันของรัฐได้ถูกเสนอเป็นแนวคิดโดยนักวิชาการจำนวนหนึ่ง และมีการนำแนวคิดนี้ไปใช้ในคำวินิจฉัยของศาลภายใน โดยมีเนื้อหาในข้อเสนอว่า

“การมีอยู่ของระบบกฎหมายที่รัฐจะต้องไม่ละเมิดเป็นการกล่าวโดยปริยายได้ว่าเมื่อใดก็ตามที่การกระทำของรัฐเป็นการละเมิดกฎหมายเช่นว่า การกระทำนั้นไม่สามารถพิจารณาได้ว่าเป็นการกระทำอธิปไตย เมื่อการกระทำของรัฐไม่สามารถพิจารณาได้ว่าเป็นการกระทำอธิปไตยแล้วรัฐก็ไม่มีสิทธิที่จะยกความคุ้มกันทางอธิปไตยขึ้นได้ ดังนั้น ในการยอมรับกลุ่มของกฎหมายที่ไม่อาจยกเว้นเป็นอย่างอื่นได้ รัฐต่างๆถือว่ายอมรับโดยปริยายที่จะสละความคุ้มกันเมื่อใดก็ตามที่รัฐเหล่านั้นละเมิดกฎหมายที่ไม่อาจยกเว้นได้เหล่านี้”³⁷⁴

การให้เหตุผลเช่นนี้ปรากฏในคำวินิจฉัยคดี Prefecture of Voiotia ในศาลกรีซ เช่นเดียวกันโดยคำวินิจฉัยผู้พิพากษาเสียงข้างมากระบุว่า

“สิทธิที่จะได้รับความคุ้มกันถูกละโดยปริยายเมื่อใดก็ตามที่เป็นที่ยุติว่าการกระทำนั้นเป็นการละเมิดกฎหมายลักษณะเด็ดขาด”³⁷⁵

ขณะที่คดี Ferrini ในศาลสูงอิตาลีปฏิเสธการให้เหตุผลว่าหากรัฐละเมิดกฎหมายลักษณะเด็ดขาดจะถือว่าเป็นการสละความคุ้มกันโดยปริยาย โดยศาลมองว่าการให้เหตุผลเช่นนี้ไม่มี ความแม่นยำมากพอที่จะตีความได้ว่ารัฐมีเจตนาที่จะสละความคุ้มกันอย่างแท้จริง

(b) intervened in the proceeding or taken any other step relating to the merits. However, if the State satisfies the court that it could not have acquired knowledge of facts on which a claim to immunity can be based until after it took such a step, it can claim immunity based on those facts, provided it does so at the earliest possible moment.”

³⁷⁴ Adam Belsky, Mark Merva, Naomi Roht-Arriaza, Implied Waiver under the FSIA: A Proposed Exception to Immunity for Violations of Peremptory Norms of International Law, California Law Review (1989): p394

“The existence of a system of rules that states may not violate implies that when a state acts in violation of such a rule, the act is not recognized as a sovereign act. When a state act is no longer recognized as sovereign, the state is no longer entitled to invoke the defense of sovereign immunity. Thus, in recognizing a group of peremptory norms, states are implicitly consenting to waive their immunity when they violate one of these norms.”

³⁷⁵ Case note of Prefecture of Voiotia v. Germany, p.515

“Furthermore, the right to immunity was tacitly waived wherever it could be established that the acts in question had been performed in violation of the rules of jus cogens”

“การประกาศสละสิทธิในความคุ้มกันไม่สามารถที่จะอนุมานโดยใช้ฐานของการคาดเดาที่เป็นนามธรรมได้ แต่หากต้องวางอยู่ในฐานของข้อเท็จจริงที่เป็นรูปธรรมและแน่ชัดที่เปิดเผยให้เห็นว่ารัฐมีเจตนาที่แน่นอนที่จะสละความคุ้มกัน”³⁷⁶

ด้วยเหตุผลดังกล่าวมาข้างต้น ศาลในคดี Ferrini จึงสรุปประเด็นนี้ว่า การละเมิดกฎหมายลักษณะเด็ดขาดไม่ถือว่าเป็นการสละความคุ้มกันโดยปริยาย ยิ่งไปกว่านั้น ข้อเท็จจริงในคดี Ferrini พบว่าเยอรมนีได้ใช้สิทธิในการยื่นคำร้องเพื่อขอความคุ้มกันหลายครั้ง ซึ่งเป็นเครื่องยืนยันว่าฝ่ายเยอรมนีไม่ได้ต้องการสละสิทธิความคุ้มกันแต่อย่างใด

แนวคิดเรื่องการสละความคุ้มกันโดยปริยายมีการยกขึ้นเป็นข้อกล่าวอ้างในศาลภายในสหรัฐอเมริกาเป็นจำนวนมาก อย่างไรก็ตาม ทฤษฎีนี้ถูกปฏิเสธโดยศาลภายในอย่างต่อเนื่องเนื่องจากกฎหมาย Foreign States Immunities Act 1985 ซึ่งเป็นกฎหมายเกี่ยวกับความคุ้มกันของรัฐต่างประเทศในสหรัฐอเมริกามีบทบัญญัติกำหนดไว้ว่าการที่รัฐต่างประเทศจะสละความคุ้มกันได้นั้น จะต้องมียุทธศาสตร์ที่หนักแน่น (Strong evidence) เพื่อที่จะพิสูจน์เจตนาของรัฐต่างประเทศในการสละสิทธิความคุ้มกัน ซึ่งการที่รัฐละเมิดกฎหมายลักษณะเด็ดขาดไม่เพียงพอที่จะเป็นไปตามเงื่อนไขที่กฎหมายบัญญัติ³⁷⁷ เช่นเดียวกับคดี Ferrini ในศาลสูงอิตาลีที่ได้วางหลักว่า เจตนาของรัฐในการสละสิทธิความคุ้มกันในบริบทของการละเมิดกฎหมายลักษณะเด็ดขาดดูเหมือนจะไม่สามารถนำมาใช้ได้ เพราะเป็นการยากที่จะพิสูจน์เจตนาของรัฐเมื่อมีการละเมิดกฎหมายพื้นฐานของกฎหมายระหว่างประเทศว่ารัฐนั้นไม่ประสงค์จะถูกฟ้องเป็นคดีในศาลจากอาชญากรรมที่รัฐนั้นได้ก่อขึ้น³⁷⁸ นอกจากนี้การยอมรับของรัฐในการกระทำผิดของรัฐเองนั้นไม่สามารถใช้ยอมรับโดยปริยายได้ว่ารัฐมี

³⁷⁶ Sevrine Knuchel, State Immunity and The Promise of Jus Cogens, Northwestern Journal of International Law (2012): p167

“a renunciation [to immunity] cannot be construed on the basis of abstract conjecture, but must be based on concrete, ascertained facts which disclose a definite intention to ‘renounce.’”

³⁷⁷ Ibid, p167

“The fiction that a state implicitly waives its entitlement to immunity when it violates jus cogens has been asserted repeatedly before U.S. courts. However, as explained further, this theory was uniformly rejected on the grounds that the implied waiver provision in the statute governing foreign sovereign immunity had to be narrowly construed and required “strong evidence” of the state’s intention to waive its immunity, which could not be satisfied by the act of violation alone.”

³⁷⁸ Ibid, p.167

“the Italian Supreme Court in Ferrini, establishing a state’s willingness to waive its immunity in this context seems unworkable because it is difficult to conceive that a state which violates fundamental norms of international law would later indicate an intention to be sued for its crimes.”

เจตนาที่จะเข้าสู่กระบวนการพิจารณาเช่นเดียวกัน ตัวอย่างเช่น กรณีการฟ้องร้องทางแพ่ง (Civil action) คดี Smith v. Socialist People's Libyan Arab Jamahiriya ในสหรัฐอเมริกา ที่ฝ่ายลิเบียยอมรับว่ามีส่วนร่วมในการวางระเบิดเครื่องบินพลเรือนและอาจเป็นการละเมิดกฎหมายลักษณะเด็ดขาด อย่างไรก็ตาม การยอมรับเช่นว่าไม่ได้เป็นการสละความคุ้มกันโดยปริยายแต่อย่างใด³⁷⁹

กรณีการสละความคุ้มกันโดยปริยายนอกเหนือไปจากแนวคิดในเรื่องการละเมิดหลักกฎหมายเด็ดขาดแล้ว มีนักวิชาการเสนออีกแนวคิดหนึ่งว่า การสละความคุ้มกันโดยปริยายนั้นปรากฏอยู่แล้วในสนธิสัญญาระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับการปกป้องสิทธิมนุษยชน โดยแนวคิดที่ว่านี้เกิดจากนักวิชาการบางส่วนโต้แย้งว่า เมื่อใดก็ตามที่รัฐให้สัตยาบันกับสนธิสัญญาสิทธิมนุษยชนที่กำหนดพันธกรณีที่จะให้การเยียวยาอันมีประสิทธิภาพ (Effective remedies) ถือได้ว่ารัฐได้สละความคุ้มกันโดยปริยายต่อศาลภายใน เนื่องจากรัฐได้ตกลงที่จะผูกพันตามมาตรฐานทางกฎหมายที่บัญญัติไว้ในสนธิสัญญา³⁸⁰

ผู้เขียนเห็นว่า การให้เหตุผลตามแนวความคิดนี้จะเป็นไปได้ยากหรือเป็นไปได้ไม่ได้เลย เนื่องจากกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศเกี่ยวกับความคุ้มกันของรัฐในปัจจุบันที่ได้สะท้อนผ่าน UNCIS กำหนดว่าการที่รัฐจะสละความคุ้มกันได้นั้นจะต้องชัดเจนเพียงพอที่จะแสดงให้เห็นเจตนาได้ว่ารัฐต่างประเทศที่ถูกฟ้องร้องดำเนินคดีนั้นประสงค์ที่จะสละความคุ้มกัน ในกรณีการเข้าเป็นภาคีตราสารระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับสิทธิมนุษยชนไม่อาจถือได้ว่าเป็นการแสดงเจตนาอย่างชัดเจนในการสละความคุ้มกัน แต่เป็นเพียงความประสงค์ของรัฐที่จะปฏิบัติตามพันธกรณีที่เฉพาะเจาะจงตามตราสารระหว่างประเทศที่ได้เข้าร่วม หากการเข้าเป็นภาคีของตราสารระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องสิทธิมนุษยชนทำให้รัฐต้องสูญเสียความคุ้มกันของรัฐไป อาจส่งผลให้ในอนาคตรัฐต่างๆ ไม่ยินยอมที่จะเข้าเป็นภาคีในตราสารระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับสิทธิมนุษยชน

³⁷⁹ Ibid, p.167

“A state’s acknowledgment of its wrongdoing does not imply its willingness to stand trial either. In a U.S. civil action, for instance, Libya conceded for the purpose of its appeal that its alleged participation in the bombing of a passenger aircraft would be a violation of jus cogens, but disputed the conclusion that such violation demonstrated an implied waiver of its immunity.”

³⁸⁰ Bianchi A, Denying State Immunity to Violations of Human Rights, Austrian Journal of Public International Law, p.227-228

“Beyond jus cogens, the implied waiver argument has also been sustained in relation to international treaties protecting human rights. Some commentators have argued that a state’s ratification of a human rights treaty with an obligation to provide for effective remedies would amount to an implied waiver of immunity before domestic courts, as the state has agreed to be bound by the legal standards set forth in the treaty”

4.1.3 กฎหมายลักษณะเด็ดขาด (jus cogens) มีลำดับศักดิ์ทางกฎหมายเหนือหลักความคุ้มกันของรัฐ

จากคำวินิจฉัยของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศพบว่า ศาลฯไม่ยอมรับแนวคิดเรื่องลำดับศักดิ์ของกฎหมาย เพราะเห็นว่ากฎหมายลักษณะเด็ดขาดกับกฎหมายความคุ้มกันของรัฐนั้นเป็นกฎหมายคนละประเภทกัน กล่าวคือ กฎหมายลักษณะเด็ดขาดเป็นกฎหมายสารบัญญัติ (Substantive law) ส่วนหลักความคุ้มกันของรัฐเป็นกฎหมายสบัญญัติ (Procedural law) ศาลฯได้ทำการตรวจสอบ ค้นหาแนวปฏิบัติของรัฐต่างๆในเรื่องนี้ผ่านคำพิพากษาศาลภายใน และพบว่าแนวคิดในเรื่องกฎหมายลักษณะเด็ดขาดมีลำดับศักดิ์ทางกฎหมายสูงกว่าหลักความคุ้มกันของรัฐต่างถูกปฏิเสธโดยศาลภายในหลายประเทศ มีเพียงแค่อิตาลีซึ่งเป็นคู่ความในคดีนี้เท่านั้นที่วินิจฉัยให้รัฐไม่สามารถอุปโลกความคุ้มกันได้ เนื่องจากการละเมิดที่เกิดขึ้นเป็นการละเมิดกฎหมายลักษณะเด็ดขาดซึ่งเป็นกฎหมายที่มีลำดับศักดิ์สูงที่สุดภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ

แนวคิดเรื่องลำดับศักดิ์ทางกฎหมายไม่ได้เพิ่งถือกำเนิดเริ่มต้นมาจากข้อโต้แย้งของโจทก์ในศาลภายในอิตาลี แต่ลำดับศักดิ์ทางกฎหมายภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศนั้นมีการถกเถียงกันมาอย่างยาวนาน โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายลักษณะเด็ดขาดกับหลักความคุ้มกันของรัฐ จุดเริ่มต้นของการถกเถียงแนวคิดนี้มีจุดกำเนิดมาจากสหรัฐอเมริกาผ่านคดี Amerada Hess Shipping Corp v. Republic of Argentina ในคดีดังกล่าว โจทก์ฟ้องเรียกค่าเสียหายจากจำเลย ด้วยเหตุที่จำเลยระเบิดเรือบรรทุกน้ำมันของโจทก์ในปี ค.ศ. 1982 โดยเครื่องบินรบของอาเจนตินาระหว่างสงคราม Falklands/Malvinas เนื่องจากเหตุเกิดในทะเลหลวง (High seas) โจทก์อ้างเขตอำนาจต่อศาลสหรัฐอเมริกาว่าอาเจนตินาละเมิดกฎหมายระหว่างประเทศ อย่างไรก็ตาม ศาลสูงตีความ Foreign Sovereign Immunities Act 1976 (FSIA) ว่า

“FSIA ให้ฐานทางกฎหมายในการใช้เขตอำนาจเหนือรัฐต่างประเทศในศาลสหรัฐอเมริกา และไม่ปรากฏข้อยกเว้นใดได้รับการอธิบายสำหรับกฎหมายนี้ที่จะใช้กับข้อเท็จจริงของคดีนี้”³⁸¹

³⁸¹ Xiaodong Yang, Jus Cogen and State Immunity, New Zealand Yearbook of International Law (2006): p156

“The US Supreme Court, interpreting the US Foreign Sovereign Immunities Act of 1976 (FSIA), in *Anerada Hess*, drew "the plain implication that immunity is granted in those cases involving alleged violations of international law that do not come within one of the FSIA's exceptions". In that case, the plaintiff brought a claim for damages for the bombing of an oil tanker (which later had to be scuttled) in 1982 by Argentine military aircraft during the Falklands/Malvinas War between the UK and Argentina. Since the incident had taken place on the high seas, jurisdiction was claimed on the basis that the attack was in violation of the law of nations. The US Supreme Court granted immunity on the grounds that "the FSIA provides the

นอกจากนี้ ศาลสูงระบุต่อไปว่าศาลสหรัฐอเมริกาสามารถพิจารณาคดีที่ยื่นฟ้องต่อรัฐต่างประเทศได้ก็ต่อเมื่อสภาองเกรสได้ตรากฎหมายข้อยกเว้นไว้ใน FSIA อย่างชัดเจนเท่านั้น การฟ้องร้องที่เกี่ยวข้องกับการโจมตีทางอาวุธ (Armed attack) ต่อเรือในทะเลหลวงไม่ใช่กรณีที่สภาองเกรสมุ่งประสงค์ให้ศาลสหรัฐอเมริกาใช้เขตอำนาจ ดังนั้น ศาลจึงวินิจฉัยว่าอาเจนตินาได้รับความคุ้มกันของรัฐภายใต้ FSIA³⁸²

ภายหลังจากการตัดสินคดีนี้มีบทความชื่อว่า *Implied Waiver Under the FSIA: A Proposed Exception to Immunity for Violations of Peremptory Norms of International Law* ผู้เขียนบทความนี้เสนอว่า รัฐสูญเสียสิทธิในความคุ้มกันของรัฐภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศเมื่อใดก็ตามที่รัฐทำความเสียหายให้แก่ปัจเจกชนโดยการละเมิดกฎหมายลักษณะเด็ดขาด ทฤษฎีที่ได้มีการเสนอเริ่มต้นจากสมมติฐานที่ว่าโครงสร้างของกฎหมายระหว่างประเทศได้เปลี่ยนแปลงไปภายหลังจากการพิจารณาคดีที่ Nuremberg โดยเฉพาะอย่างยิ่งการปรากฏขึ้นของกฎหมายลักษณะเด็ดขาด (Rise of jus cogens)³⁸³

“นับตั้งแต่ Nuremberg กฎหมายระหว่างประเทศได้ยอมรับแนวคิดเรื่องกฎหมายลักษณะเด็ดขาดในฐานะแหล่งที่มาแรกของกฎเกณฑ์ทางกฎหมายจากระดับระหว่างประเทศสู่ระดับภายในของรัฐ กฎหมายลักษณะเด็ดขาดนำกลับมาซึ่งแนวคิดกฎหมายธรรมชาติซึ่งมีผลผูกพันโดยไม่ต้องคำนึงถึงเจตนารมณ์ของรัฐอธิปไตย เพราะว่ากฎเกณฑ์ของกฎหมายลักษณะเด็ดขาดอยู่นเหนือกว่า

sole basis for obtaining jurisdiction over a foreign state in the courts of this country, and that none of the enumerated exceptions to the Act applies to the facts of this case.”

³⁸² Lee Caplan, *State Immunity, Human Rights and Jus Cogens: A Critique of the Normative Hierarchy Theory*, *The American Journal of International Law* (2003): p.766

“Moreover, the Court held that American courts may hear suits against foreign states only where Congress has explicitly provided a statutory exception to the FSIA's general rule of immunity.’ A suit involving an armed attack against a ship on the high seas was not one over which Congress had intended the courts to exercise jurisdiction, the Court found, and thus it rejected the plaintiffs' claim.”

³⁸³ Ibid, p766

“The Court's restrictive interpretation of the FSIA's exceptions to immunity prompted a group of three law students to publish an inventive Comment in 1991 entitled *Implied Waiver Under the FSIA: A Proposed Exception to Immunity for Violations of Peremptory Norms of International Law*.’ The authors propose that states lose all entitlement to state immunity under international law when they injure individuals in violation of jus cogens norms. Their theory starts from the premise that, following the Nuremberg trials, the structure of international law changed; in particular, the "rise of jus cogens" placed substantial limitations on state conduct in the name of peaceful international relations.”

*Positivist laws หรือ Voluntary laws ตามลำดับศักดิ์ กฎหมายลักษณะเด็ดขาดจึงจำกัดเสรีภาพของรัฐในการใช้อำนาจทางอธิปไตยของรัฐ*³⁸⁴

ยิ่งไปกว่านั้น ผู้เขียนบทความเห็นว่าข้อสันนิษฐานของความคุ้มกันของรัฐมาจากผลผลิตของอำนาจอธิปไตยของรัฐโดยมีรากฐานมาจากรัฐอธิปไตยต่างเท่าเทียมกันและเป็นเอกราชด้วยเหตุนี้ รัฐอธิปไตยจึงไม่สามารถผูกพันโดยกฎหมายต่างประเทศ (Foreign Law) หากปราศจากการยินยอมของรัฐนั้นๆ อย่างไรก็ตาม เมื่อความคุ้มกันของรัฐไม่ใช่กฎเกณฑ์ที่ไม่อาจยกเว้นเป็นอย่างอื่นได้ เมื่อมีการใช้ความคุ้มกันเพื่อป้องกันในกรณีที่มีการละเมิดกฎหมายลักษณะเด็ดขาด รัฐต่างๆ จึงต้องยอมให้เจตนารมณ์ทั่วไป (General will) ของประชาคมระหว่างประเทศ³⁸⁵ กล่าวคือ รัฐไม่อาจใช้ความคุ้มกันของรัฐได้

*“เพราะกฎหมายลักษณะเด็ดขาดมีความหมายว่า ชุดของกฎเกณฑ์ที่ซึ่งรัฐจะต้องไม่ทำให้เสื่อมเสีย การกระทำของรัฐในการละเมิดกฎเกณฑ์เช่นว่า จะไม่ได้รับการยอมรับในฐานะการกระทำทางอธิปไตยโดยประชาคมรัฐ และรัฐที่กระทำละเมิด ด้วยเหตุดังกล่าว ไม่อาจอ้างสิทธิในความคุ้มกันทางอธิปไตยสำหรับการกระทำของรัฐเอง”*³⁸⁶

³⁸⁴ Adam Belsky, Mark Merva, Naomi Roht-Arriaza, Implied Waiver Under the FSIA: A Proposed Exception to Immunity for Violations of Peremptory Norms of International Law, California Law Review (1989): p386

“Since Nuremberg, international law has come to recognize the concept of jus cogens as the primary source of such legal norms external to States. Jus cogens then has revived the natural law idea of a law binding irrespective of the will of the sovereign states. Because jus cogens norms are hierarchically superior to the positivist or voluntary laws of consent, they absolutely restrict the freedom of the state in the exercise of its sovereign powers.”

³⁸⁵ Lee Caplan. State Immunity, Human Rights and Jus Cogens: A Critique of the Normative Hierarchy Theory, The American Journal of International Law (2003): p.766

“This conclusion has ramifications for the doctrine of state immunity, the authors argue. Their theory turns on the assumption that state immunity is a product of state sovereignty, resting "on the foundation that sovereign states are equal and independent and thus cannot be bound by foreign law without their consent. "Since state immunity is not a peremptory norm, when invoked in defense of a violation of jus cogens, it must yield to "the 'general will' of the international community of states.”

³⁸⁶ Adam Belsky, Mark Merva, Naomi Roht-Arriaza, Implied Waiver Under the FSIA: A Proposed Exception to Immunity for Violations of Peremptory Norms of International Law, California Law Review (1989): p377

“Because jus cogens, by definition, is a set of rules from which states may not derogate, a state act in violation of such a rule will not be recognized as a sovereign act by the community of states, and the violating state therefore may not claim the right of sovereign immunity for its actions.”

เมื่อทฤษฎีลำดับศักดิ์ทางกฎหมายได้ถูกตีพิมพ์ออกมาก็ได้ส่งผลกระทบต่อแนวคิดประเทศในยุโรป เช่น Antonio Cassese ได้แสดงความเห็นว่า “กฎเกณฑ์ที่ไม่อาจยกเว้นเป็นอย่างอื่นได้ (Peremptory norms) หรือกฎหมายลักษณะเด็ดขาดนั้น อาจส่งผลกระทบต่อความคุ้มกันของรัฐจากเขตอำนาจของรัฐต่างประเทศ กฎเกณฑ์ที่ไม่อาจยกเว้นเป็นอย่างอื่นได้อาจถอนความคุ้มกันเช่นว่าได้” โดยการสนับสนุนความเห็นนี้ Cassese อ้างความเห็นแย้งของผู้พิพากษา Wald ในคดี *Prinz v Federal Republic of Germany*³⁸⁷ นอกจากนี้ Andrea Bianchi ให้ความเห็นว่า “การอาศัยกฎเกณฑ์ในเรื่องลำดับศักดิ์ในระบบกฎหมายระหว่างประเทศเป็นข้อโต้แย้งที่เป็นไปได้ที่จะไม่ให้ความคุ้มกันสำหรับการละเมิดอย่างร้ายแรงต่อกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ” เมื่อพิจารณาจากแนวคิดจากฝั่งยุโรปมีลักษณะใกล้เคียงและคล้ายคลึงกับฝั่งสหรัฐอเมริกา กล่าวคือ กฎหมายลักษณะเด็ดขาดเป็นกฎหมายที่มีลำดับศักดิ์สูงสุดและอยู่เหนือหลักความคุ้มกันของรัฐที่เป็นเพียงแต่กฎเกณฑ์ลำดับสอง (Secondary norm) รองลงมาเท่านั้น ดังนั้น รัฐต่างประเทศไม่อาจอ้างความคุ้มกันของรัฐได้หากมีการละเมิดกฎหมายลักษณะเด็ดขาด³⁸⁸

อย่างไรก็ตาม มีนักวิชาการที่ให้ความเห็นทั้งสนับสนุนและเห็นแย้งกับความแนวคิดที่ว่ากฎหมายลักษณะเด็ดขาดอยู่เหนือหลักความคุ้มกันของรัฐ หากพิจารณาจากคำพิพากษาศาลยุติธรรมระหว่างประเทศในคดี *Jurisdictional Immunities of the State* จะพบว่าศาลฯไม่เชื่อว่ากฎหมายลักษณะเด็ดขาดอยู่เหนือหลักความคุ้มกันของรัฐ สาเหตุมาจากกฎหมายทั้งสองชนิดนี้เป็นกฎหมายคนประเภทกัน

“ในความเห็นของศาลฯ อย่างไรก็ตาม ไม่มีการขัดกันเกิดขึ้นระหว่างกฎหมายลักษณะเด็ดขาดกับกฎเกณฑ์ในเรื่องความคุ้มกันของรัฐ เนื่องจากกฎเกณฑ์สองชุดนี้ใช้ระบุปัญหาที่แตกต่างกัน กฎเกณฑ์เรื่องความคุ้มกันของรัฐมีลักษณะเป็นสบัญญัติและถูกจำกัดเพียงแค่การระบุว่า

³⁸⁷ Lee Caplan. *State Immunity, Human Rights and Jus Cogens: A Critique of the Normative Hierarchy Theory*, *The American Journal of International Law* (2003): p.768

“Though it originated in the United States, the normative hierarchy theory has had a substantial impact in the countries of continental Europe. For instance, in his treatise on public international law, Professor Cassese writes that “peremptory norms [or jus cogens] may impact on State immunity from the jurisdiction of foreign States, in that they may remove such immunity.” In support, he cites, among other sources, Judge Wald's dissent in *Prinz v. Federal Republic of Germany*”

³⁸⁸ *Ibid*, p.768

“Professor Bianchi states that “[r]eliance on the hierarchy of norms in the international legal system is a viable argument to assert non-immunity for major violations of international human rights.” The European brand of the theory is nearly identical in concept to its American predecessor: because jus cogens, a primary norm, is hierarchically superior to state immunity, a secondary norm, a foreign state is not immune for violations of human rights norms of a peremptory nature.”

รัฐอาจใช้เขตอำนาจกับรัฐอื่นได้หรือไม่ กฎเกณฑ์เรื่องความคุ้มกันไม่สามารถจะใช้กับปัญหาที่ว่า การกระทำอันเป็นเหตุให้มีการพิจารณาคดีว่าชอบหรือไม่ชอบด้วยกฎหมายหรือไม่”³⁸⁹

เมื่อเป็นกฎหมายคนละประเภทกัน การขัดกัน (Conflict) ระหว่างกฎหมายทั้งสองชนิดนี้จึงไม่มีทางจะเกิดขึ้นได้ เพราะกฎหมายลักษณะเด็ดขาดเป็นกฎหมายสารบัญญัติซึ่งโดยลักษณะแล้วครอบคลุมอยู่แค่เนื้อหาสาระของกฎหมาย ในทางตรงกันข้าม หลักกฎหมายความคุ้มกันเป็นกฎหมายสบัญญัติซึ่งมีหน้าที่เพียงบอกว่ารัฐที่พิจารณาคดีมีอำนาจในการพิจารณารัฐต่างประเทศที่ถูกฟ้องหรือไม่ หลักกฎหมายความคุ้มกันไม่ได้เข้าไปเปลี่ยนแปลงเนื้อหาสาระของข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นแต่อย่างใด ดังนั้น เมื่อไม่มีการขัดกันระหว่างกฎหมายเกิดขึ้น กฎหมายลักษณะเด็ดขาดจะอยู่เหนือหลักความคุ้มกันของรัฐนั้นไม่อาจจะเป็นไปได้

Hazel Fox แสดงความเห็นถึงความสัมพันธ์ระหว่างความคุ้มกันของรัฐกับกฎหมายลักษณะเด็ดขาดว่า “ความคุ้มกันของรัฐเป็นกฎเกณฑ์ทางสบัญญัติที่เกี่ยวกับเขตอำนาจของศาลภายใน ความคุ้มกันของรัฐไม่สามารถไปถึงกฎหมายสารบัญญัติและไม่ขัดแย้งกับข้อห้ามที่มีสถานะเป็นกฎหมายลักษณะเด็ดขาด แต่ความคุ้มกันของรัฐเป็นเพียงแค่การเปลี่ยนการละเมิดกฎหมายลักษณะเด็ดขาดใดๆก็ตามให้ไปประจบบข้อพิพาทด้วยหนทางอื่น เมื่อเป็นเช่นนั้น ไม่มีเนื้อหาสาระบัญญัติในคำร้องสบัญญัติของความคุ้มกันของรัฐที่ซึ่งกฎหมายลักษณะเด็ดขาดสามารถเข้ามาทำลายได้”³⁹⁰ จากความเห็นข้างต้น การให้เหตุผลของ Fox มีลักษณะไปในทางเดียวกันกับคำพิพากษาศาลยุติธรรมระหว่างประเทศคือ เมื่อไม่มีการขัดกันระหว่างกฎหมายทั้งสองประเภทแล้ว แนวคิดการขัดกันของกฎเกณฑ์ทั้งสองจึงไม่สามารถจะเป็นไปได้

Carlos Esposito ให้ความเห็นหลังจากที่ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศมีคำพิพากษาระบุว่า ในกฎหมายทั่วไปซึ่งรวมไปถึงกฎหมายระหว่างประเทศก็ต่างมีลักษณะเป็นใยแมงมุมที่ไม่มีรอยต่อ (Seamless web) กล่าวคือ กฎหมายไม่ได้ประกอบด้วยการแยกเป็นระบบว่าส่วนไหนเป็น

³⁸⁹ Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening), para.93

“There is no conflict between those rules and the rules on State immunity. The two sets of rules address different matters. The rules of State immunity are procedural in character and are confined to determining whether or not the courts of one State may exercise jurisdiction in respect of another State. They do not bear upon the question whether or not the conduct in respect of which the proceedings are brought was lawful or unlawful.”

³⁹⁰ Hazel Fox. The Law of State Immunity, Second Edition, (New York: Oxford University Press, 2008).

“State immunity is a procedural rule going to the jurisdiction of a national court. It does not go to substantive law; it does not contradict a prohibition contained in a jus cogens norm but merely diverts any breach of it to a different method of settlement. Arguably, then, there is no substantive content in the procedural plea of State immunity upon which a jus cogens mandate can bite.”

สารบัญญัติหรือสบัญญัติ³⁹¹ ดังนั้น ผลของการละเมิดกฎหมายลักษณะเด็ดขาดจึงส่งผลกระทบต่อความคุ้มกันของรัฐ นอกจากนี้ Esposito มองว่ากฎหมายลักษณะเด็ดขาดมีมิติในทางสบัญญัติด้วย (Procedural dimensions) ซึ่งนั่นจะทำให้ผู้ที่ตีความการใช้ความคุ้มกันของรัฐตีความให้สอดคล้องกับความสงบเรียบร้อย (Public order) ที่สร้างขึ้นภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ และแนวคิดนี้ควรจะนำมาใช้เพื่อที่จะหยุดการละเมิดกฎหมายลักษณะเด็ดขาด ยิ่งไปกว่านั้น ข้อที่ 41 ของ Draft Articles on Responsibilities of States for Internationally Wrongful Acts ที่กำหนดให้รัฐต้องร่วมมือกัน (Cooperate) และไม่ยอมรับการกระทำที่เป็นการละเมิดกฎหมายที่ไม่อาจยกเว้นเป็นอย่างอื่นได้ แสดงให้เห็นว่ามีการกำหนดวิธีการซึ่งเป็นพันธกรณีทางสบัญญัติผ่านกฎหมายระหว่างประเทศเพื่อที่จะป้องกันความอยู่เหนือที่สุด (Primacy) และความมีประสิทธิภาพ (Effectiveness) จากการถูกทำลายโดยความคุ้มกันของรัฐ³⁹² Esposito เป็นหนึ่งในนักวิชาการที่เห็นว่าการขัดกันระหว่างกฎหมายลักษณะเด็ดขาดกับหลักความคุ้มกันของรัฐ และการขัดกันนี้เองทำให้กฎหมายลักษณะเด็ดขาดอยู่เหนือหลักความคุ้มกันของรัฐ เพราะกฎหมายลักษณะเด็ดขาดเป็นกฎหมายที่ประชาคมระหว่างประเทศยอมรับ รัฐต่างๆจึงมีหน้าที่ร่วมมือ ป้องกัน และไม่ยอมรับการกระทำที่เป็นการละเมิดกฎหมายลักษณะเด็ดขาด

เช่นเดียวกับ Kimberry Trapp กับ Alex Mills ให้ความเห็นว่าเป็นระบบกฎหมายภายใน การแบ่งระหว่างกฎหมายสารบัญญัติกับกฎหมายสบัญญัติมีการถกเถียงกันอย่างมาก แต่มีการยอมรับว่ากฎหมายสบัญญัติอาจนำไปสู่ความยุติธรรมทางสารบัญญัติได้ โดยเฉพาะการที่จะให้หรือปฏิเสธการเยียวยาแก่ผู้ร้อง ทั้งสองยกคำกล่าวของ Lord Chamberlayne ในหนังสือ ‘A Treatise on the Modern Law of Evidence’ ที่ระบุว่า ‘การแยกระหว่างกฎหมายสารบัญญัติกับสบัญญัติเป็นเรื่องที่แต่งขึ้น (Artificial) และไม่มีจริง (Illusory) โดยเนื้อแท้แล้ว มันไม่มีอยู่จริง’³⁹³ นอกจากนี้ ทั้งสองอ้างความเห็นแย้งของผู้พิพากษาในคดี *Arrest Warrant* ระบุว่า “ในมุมมองของความเกลียดชังที่มีอยู่ทั่วโลกต่ออาชญากรรมเหล่านี้ ความคุ้มกันเช่นว่าจำเป็นจะต้องถูกยกยอรับด้วยข้อจำกัด โดยเฉพาะเมื่อมีเหตุที่ทำให้เชื่อว่าอาชญากรรมที่เกิดขึ้นได้รับการประณามอย่างเป็นทางการในอนุสัญญาระหว่าง

³⁹¹ Carlos Esposito, *Jus Cogens and Jurisdictional Immunities of the State at International Court of Justice: A Conflict Does Exist*, Italian Yearbook of International Law (2012), p11

³⁹² Ibid, p.12

³⁹³ Kimberry Trapp and Alex Mills, *Smooth Runs the Water where the Brook is Deep: The obscured Complexities of Germany v. Italy*, Cambridge Journal of International and Comparative Law (2012): p.160-161

“In domestic legal systems, this distinction has long been the subject of critique which recognises that ‘procedural’ rules may go to the heart of substantive justice, in facilitating or denying a remedy to a claimant. In his 1911 book ‘A Treatise on the Modern Law of Evidence’, for example, Chamberlayne famously remarked that “[t]he distinction between substantive and procedural law is artificial and illusory. In essence, there is none.”

ประเทศต่างๆ”³⁹⁴ และคดีสำคัญอย่าง Pinochet ในศาลสหราชอาณาจักรที่ศาลสรุปว่า อย่างน้อยใน Torture Convention ลักษณะสารบัญญัติกับสบัญญัติมีความเชื่อมโยงกัน รัฐได้ยอมรับโดยปริยายว่าข้อห้ามทางสารบัญญัติในเรื่องการทรมานให้ผลทางสบัญญัติ³⁹⁵ แม้ว่าศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ จะปฏิเสธการให้เหตุผลในคดี Pinochet เพียงเพราะคดีดังกล่าวเป็นการพิจารณาทางอาญา (Criminal proceeding) ส่วนคดีที่เกิดขึ้นระหว่างเยอรมนีกับอิตาลีเป็นคดีทางแพ่ง (Civil proceeding) ทั้งสองมองว่า กรณีนี้ยังสามารถถกเถียงกันได้สำหรับเรื่องวิวัฒนาการของกฎหมาย ระหว่างประเทศทางอาญานั้นควรหรือไม่ควรนำมาใช้ในทางแพ่ง แต่จะอ้างหรือสันนิษฐานเอาเลย ไม่ได้ว่า 2 แนวคิดนี้เป็นแยกอิสระจากกัน³⁹⁶ ทั้งสองสรุปว่า การบอกว่าไม่มีความเชื่อมโยงโดย ธรรมชาติ (Inherent link) ระหว่างแนวคิดเรื่องกฎหมายลักษณะเด็ดขาดและการปฏิบัติตามกฎหมายส บัญญัติถือเป็นการหลีกเลี่ยงประเด็นสำคัญ โดยการคิดเอาเองว่าขอบเขตของกฎหมายที่เป็นสาร บัญญัติต้องถูกแยกออกจากวิธีการสบัญญัติที่สามารถจะบังคับและทำให้กฎหมายสารบัญญัติมี ประสิทธิภาพ³⁹⁷

ด้านผู้พิพากษา Trindade ได้พูดถึงเรื่องลำดับศักดิ์ของกฎหมายไว้ในความเห็นแย้ง ด้วยเช่นเดียวกัน และได้แสดงความเห็นว่า กฎหมายลักษณะเด็ดขาดมีลำดับศักดิ์สูงสุด (Primacy) ใน

³⁹⁴ Joint Separate Opinion of Judges Higgins, Kooijmans and Buergenthal, para.79

“In view of the worldwide aversion to these crimes, such immunities have to be recognized with restraint, in particular when there is reason to believe that crimes have been committed which have been universally condemned in international conventions.”

³⁹⁵ Kimberry Trapp and Alex Mills, Smooth Runs the Water where the Brook is Deep: The obscured Complexities of Germany v. Italy, Cambridge Journal of International and Comparative Law (2012): p.160-161

“Even before then, the House of Lords in Pinochet had concluded that, at least in the Torture Convention, substance and procedure were linked. States had implicitly agreed that the substantive prohibition on torture entailed procedural consequences, including an exception to state immunity in respect of criminal prosecutions for torture”

³⁹⁶ Ibid, p.161

“The Court dismissed the relevance of the Pinochet decision because it dealt with questions of immunity in the context of criminal proceedings, but this dismissal rather begs the question. Both civil and criminal immunity are forms of state immunity; it may certainly be debated whether developments in the criminal context should or should not inform developments in the civil context, but it cannot be claimed or assumed that the two are conceptually independent.”

³⁹⁷ Ibid, p.162

“To suggest that there is no “inherent” link between the concept of ius cogens and its procedural implications simply avoids the central issue—whether there ought to be such a link—by preconceiving the scope of the norm as a purely substantive question, divorced from any questions of its means of implementation or effectiveness.”

กฎหมายระหว่างประเทศ เมื่อใดที่ปราศจากความสูงที่สุดของกฎหมายลักษณะเด็ดขาด กฎหมายระหว่างประเทศก็จะมีอนาคตที่น่าสยดสยอง (Grim future) เป็นสิ่งที่ทำให้ Trindade ยอมรับไม่ได้ที่ความหวังทั้งหมดที่จะเห็นโลกใบนี้ดีขึ้นจะต้องสูญสลายไป³⁹⁸ ความพยายามของผู้พิพากษาเสียงข้างมากในคดี Jurisdictional Immunities of the State ที่พยายามจะใช้แนวคำพิพากษาของศาลและแนวปฏิบัติในการออกกฎหมายภายในที่ไม่สอดคล้องกัน เป็นการใช้ลักษณะของแนวคิดปฏิฐานนิยม (Positivism) ซึ่งไม่ชัดเจนพอที่จะให้ความคุ้มกันในกรณีของอาชญากรรมระหว่างประเทศ การให้เหตุผลของผู้พิพากษาเสียงข้างมากโดยใช้กฎหมายภายในที่มีจำนวนเล็กน้อย ในความเห็นของ Trindade ไม่เพียงพอที่จะให้ความคุ้มกันจากการละเมิดกฎหมายสิทธิมนุษยชนและกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศได้ วิธีการของนักกฎหมายสายปฏิฐานนิยม (Positivist) จะนำไปสู่ความล้าสมัย (Fossilization) ของกฎหมายระหว่างประเทศและก่อให้เกิดความด้อยพัฒนา (Underdevelopment) อย่างต่อเนื่อง การใช้คำทางกฎหมายอย่าง ‘Primary rules’ หรือ ‘Secondary rules’, ‘Procedural rules’ หรือ ‘Substantive rules’ เป็นแต่เพียงการเล่นคำ แล้วคุณค่าที่แท้จริงของกฎหมายเหล่านี้อยู่ที่ไหน?³⁹⁹ Trindade อธิบายต่อไปว่า กระบวนการทางกฎหมาย (Legal procedural) ไม่ใช่จุดจบในลักษณะของกระบวนการทางกฎหมายเท่านั้น แต่เป็นแค่วิธีการที่จะให้ได้มาซึ่งความยุติธรรมและการใช้เนื้อหาสาระ (Substantive) คือขั้นตอนสุดท้ายที่จะทำให้ความยุติธรรมเกิดขึ้น⁴⁰⁰ การที่ผู้พิพากษาเสียงข้างมากระบุว่า ไม่มีการขัดกันระหว่างกฎหมายลักษณะเด็ดขาดกับความคุ้มกันของรัฐนั้น เป็นการสันนิษฐานที่ใช้คำฟุ่มเฟือย (Tautological assumption) ทั้งที่ข้อเท็จจริงมันมีการขัดกันอยู่และการให้เหตุผลของผู้พิพากษาเสียงข้างมากนำไปสู่สิ่งที่เรียกว่า การวิเคราะห์อย่างไร้เหตุผล (Groundless deconstruction) ของกฎหมายลักษณะเด็ดขาด⁴⁰¹ ท้ายที่สุด Trindade ชี้ให้เห็นว่า กรณีนี้ไม่ใช่ครั้งแรกที่เกิดขึ้น ในช่วง 10 ปีที่ผ่านมาของคำพิพากษาศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ ทั้งคดี *Arrest Warrant* และ *Armed Activities on the Territory of the Congo* ศาลฯอยู่ในช่วงที่มีโอกาสจะให้ความสนใจกฎหมายลักษณะเด็ดขาดอย่างที่ควรจะได้รับ แต่การวิเคราะห์ของศาล โดยเฉพาะในคดี Jurisdictional Immunities of the State ก่อให้เกิดความสูญเสียไม่ใช่แค่ปัจเจกชนผู้ได้รับความเสียหาย แต่รวมถึงกฎหมายระหว่างประเทศร่วมสมัยด้วยเช่นเดียวกัน ในความเข้าใจของ Trindade ไม่มีสิ่งที่เรียกว่า อภิสัทสิทธิ์ (Prerogative) หรือ สิทธิพิเศษ (Privilege) ในความคุ้มกันของรัฐในกรณีที่เป็นอาชญากรรมระหว่างประเทศ เช่น การสังหารหมู่พลเรือน การส่งพลเรือนและนักโทษสงครามไปเป็นแรงงานทาส สิ่งเหล่านี้เป็นการละเมิดอย่างร้ายแรงและถูกห้ามอย่างเด็ดขาดโดยกฎหมายลักษณะเด็ดขาดที่ซึ่งความคุ้มกันของรัฐนำมาใช้อ้างไม่ได้⁴⁰²

³⁹⁸ Dissenting Opinion of Judge Cancado Trindade, para.288

³⁹⁹ Ibid, para.294

⁴⁰⁰ Ibid, para.295

⁴⁰¹ Ibid, para.296

⁴⁰² Ibid, para.297

นอกจาก 2 แนวคิดที่ได้กล่าวมา ยังมีผู้เสนอทฤษฎีที่สร้างความประหลาดใจให้กับผู้เขียน โดยทฤษฎีดังกล่าวมาจาก Lee M. Caplan เขาอธิบายว่าความคุ้มกันของรัฐไม่ใช่กฎเกณฑ์ที่เกิดขึ้นมาจากหลักการพื้นฐานของกฎหมายระหว่างประเทศ เช่น ความเท่าเทียมกันของรัฐ (State equality) หรือหลักการอย่าง ‘*par in parem non habet imperium*’ หรือ ‘Equals have no sovereignty over each other’⁴⁰³ แนวปฏิบัติของรัฐต่างๆในการสละเขตอำนาจตัดสินคดี (Adjudicatory jurisdiction) เพื่อที่จะสร้างความคุ้มกันได้ก่อให้เกิดกฎเกณฑ์ที่มีผลผูกพันผ่านวิวัฒนาการของกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศในฐานะส่วนที่สำคัญ (Core body) ที่สุดหนึ่งเดียวของการกระทำของรัฐ หากรัฐต่างประเทศได้รับความคุ้มกันจากการกระทำใดๆก็ตาม นั่นเป็นเพราะความคุ้มกันนั้นถูกกำหนดโดยนโยบายภายใน (Domestic policies) ของรัฐที่มีการพิจารณาคดีหรือภายใต้ความตกลงของบางรัฐด้วยกันเอง เช่น ตาม European Convention on State Immunity ดังนั้น หลักความคุ้มกันของรัฐกับกฎหมายลักษณะเด็ดจึงไม่มีการปะทะกันเกิดขึ้น⁴⁰⁴ กล่าวโดยสรุป Caplan เห็นว่า หลักความคุ้มกันของรัฐไม่ได้มาจากกฎหมายระหว่างประเทศ แต่มาจากความประสงค์ของศาลที่พิจารณาคดีอยู่ว่าจะให้หรือไม่ให้ความคุ้มกันของรัฐหรืออาจมาจากนโยบายภายในของประเทศนั้นๆ อาจกล่าวได้ว่า Caplan ต้องการที่จะแก้ไขปัญหานี้โดยการตัดความคุ้มกันของรัฐออกไปจากระบบกฎหมายระหว่างประเทศ อย่างไรก็ตาม แนวคิดของ Caplan ถูกตอบโต้โดย Xiandong Yang ว่า การยืนยันว่าความคุ้มกันของรัฐไม่ได้มาจากกฎหมายระหว่างประเทศนั้นขัดกับความเห็นส่วนใหญ่อันเป็นที่ยอมรับกันภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศในปัจจุบัน และขัดต่อแนวคิดของ Caplan เองด้วย⁴⁰⁵ เนื่องจากในบทความของ Caplan มีการพูดถึง ‘... กฎเกณฑ์ระหว่างประเทศในเรื่องความคุ้มกันของรัฐมีอยู่’ (An international rule of state immunity exists) หรือ

⁴⁰³ Lee Caplan, State Immunity, Human Rights and Jus Cogens: A Critique of the Normative Hierarchy Theory, *The American Journal of International Law* (2003): p.768

“[S]tate immunity is not a norm that arises from a fundamental principle of international law, such as state equality, or from the latter’s purported theoretical derivative, the maxim *par in parem non habet imperium*”

⁴⁰⁴ *Ibid*

“the practice by states of waiving adjudicatory jurisdiction to create immunity privileges has created binding norms through the development of international custom as to only a core body of state conduct.... If a foreign state receives immunity protection for such conduct, it is because that protection is afforded by the domestic policies of the forum state or, in the case of a few select states, pursuant to the European Convention. Accordingly, the norms of state immunity and *jus cogens* do not clash at all insofar as human rights violations are concerned.”

⁴⁰⁵ Xiandong Yang, *Jus Cogen and State Immunity*, *New Zealand Yearbook of International Law* (2006): p175

“Caplan tries to solve the problem simply by writing off State immunity. However, his assertion that State immunity does not derive from international law is contrary to the established consensus under current international law,’ contrary to US law,’ and indeed contrary to himself.”

‘ขอบเขตของกฎเกณฑ์ระหว่างประเทศในเรื่องความคุ้มกันของรัฐ’ (Scope of the international rule of state immunity) เป็นต้น การอธิบายให้เหตุผลจึงขัดแย้งกันเอง

ทฤษฎีลำดับศักดิ์ของกฎหมายไม่ได้เป็นเพียงแต่ทฤษฎีที่ถกเถียงกันเฉพาะกลุ่มนักวิชาการเท่านั้น มีการนำทฤษฎีนี้ไปเป็นข้อต่อสู้ในศาลภายใน ปรากฏเป็นคดีจำนวนหนึ่งเช่นเดียวกัน อย่างไรก็ตาม ผลลัพธ์ของการวินิจฉัยของศาลภายในจำนวนมากยังคงเห็นว่า กฎหมายลักษณะเด็ดขาดไม่ใช่ข้อยกเว้นของความคุ้มกันของรัฐ⁴⁰⁶ ผู้เขียนเห็นว่าหากพิจารณาคดีทั้งหมดจะพบว่า ศาลภายในยังมีแนวปฏิบัติที่ชัดเจนในเรื่องการให้ความคุ้มกันของรัฐต่อรัฐต่างประเทศ แม้ว่าการกระทำของรัฐต่างประเทศจะเป็นละเมิดกฎหมายลักษณะเด็ดขาดก็ตาม คดีต่างๆ เหล่านี้อาจพิสูจน์ได้ว่าในปัจจุบันยังไม่กฎเกณฑ์ภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศที่บังคับให้รัฐต้องปฏิเสธความคุ้มกันสำหรับการละเมิดกฎหมายลักษณะเด็ดขาด ทั้งนี้ เป็นที่น่าสนใจว่าในบางคดี เช่น *Al-Adsani v. United Kingdom* แสดงให้เห็นถึงการปะทะกันทางทฤษฎีระหว่างกฎหมายลักษณะเด็ดขาดกับหลักความคุ้มกันของรัฐด้วยคำวินิจฉัย 9 เสียงต่อ 8 เสียง กระนั้น แนวคิดเรื่องลำดับศักดิ์ของกฎหมายที่ให้กฎหมายใดๆ ก็ตามที่เป็นกฎเกณฑ์ที่ไม่อาจยกเว้นเป็นอย่างอื่นได้อยู่เหนือหลักความคุ้มกันของรัฐก็ยังคงเป็นความเห็นเท่านั้น เพราะในคดีดังกล่าว เสียงข้างมากไม่ได้ยอมรับทฤษฎีลำดับศักดิ์ของกฎหมาย แนวคิดนี้จึงเปิดช่องให้มีการถกเถียงกันต่อไปและคงเพียงได้แต่รอให้มีการนำมาปรับใช้ในอนาคต

4.1.4 การกระทำที่ขัดขวางต่อกฎหมายลักษณะเด็ดขาด (jus cogens) ถือเป็นความร่วมมือ (Complicity) ในการละเมิดกฎหมายลักษณะเด็ดขาด

ความเป็นไปได้ของแนวคิดนี้มาจาก ILC Draft Articles on Responsibilities of States for Internationally Wrongful Acts ที่กำหนดหน้าที่ของรัฐที่จะต้องไม่ยอมรับการละเมิดกฎเกณฑ์ที่ไม่อาจยกเว้นเป็นอย่างอื่นได้ (Peremptory norms) และจะต้องไม่ให้ความช่วยเหลือรัฐที่ได้กระทำการละเมิดนั้น⁴⁰⁷ การให้ความคุ้มกันอาจนับได้ว่าเป็นการร่วมกระทำความผิด (Complicity) ในการละเมิดกฎหมายลักษณะเด็ดขาดและต้องมีความรับผิดชอบต่อรัฐที่ได้รับความเสียหาย ในกรณีเช่นว่านี้เคยมีคดีตัดสินคือจากศาลสูงอิตาลีในคดี *Ferrini* ที่ปฏิเสธการให้ความคุ้มกันของรัฐแก่เยอรมนีจากการกระทำของเยอรมนีในช่วงสงครามโลกครั้งที่ 2 และมีคดีที่ตัดสินโดยใช้เหตุผลใกล้เคียงกันคือคดีในศาลจังหวัด *Voiotia* โดยศาลชั้นต้นของกรีซระบุว่า⁴⁰⁸

⁴⁰⁶ โปรดดูหัวข้อ 2.4, หน้า 68-83

⁴⁰⁷ Draft Articles on Responsibilities of States for Internationally Wrongful Acts, article 40-41

⁴⁰⁸ Sevrine Knuchel, *State Immunity and The Promise of Jus Cogens*, *Northwestern Journal of International Law* (2012): p163

“... granting immunity would amount to complicity with the jus cogens violation and engage the responsibility of the forum state. The Italian Court of Cassation made a note of this

“การยอมรับความคุ้มกันของรัฐสำหรับการกระทำที่เป็นปฏิปักษ์ต่อกฎหมายระหว่างประเทศที่ไม่อาจยกเว้นเป็นอย่างอื่นได้ (Peremptory international law) นับได้ว่าเป็นการร่วมกระทำผิดโดยศาลภายในที่สนับสนุนการกระทำที่ถูกประณามอย่างรุนแรงโดยสังคมระหว่างประเทศ”⁴⁰⁹

อย่างไรก็ตามแนวคิดนี้ก็ยังคงมีปัญหา เนื่องจาก Draft Articles on Responsibilities of States for Internationally Wrongful Acts กำหนดให้รัฐต้องรับผิดชอบในทางระหว่างประเทศเมื่อรัฐนั้นช่วยเหลือ (Aid) สนับสนุน (Assist) จัดการ (Direct) ควบคุม (Control) หรือบังคับ (Coerce) รัฐอื่นในการกระทำผิดระหว่างประเทศ โดยมีเงื่อนไขว่ารัฐนั้นจะต้องทำลงไป โดยรับรู้ถึงสถานการณ์ของการกระทำผิดระหว่างประเทศที่เกิดขึ้น กรณีที่ศาลมีคำวินิจฉัยออกมา เป็นการยากที่จะสามารถพิจารณาได้ว่ารัฐนั้นได้มีส่วนเข้าไปช่วยเหลือหรือสนับสนุนการกระทำผิดดังกล่าว ทั้งนี้ Draft Articles on Responsibilities of States for Internationally Wrongful Acts ยังได้กำหนดและเน้นย้ำหน้าที่เฉพาะเจาะจง (Particular duty) ของรัฐที่จะไม่ยอมรับว่าการกระทำที่รัฐหนึ่งได้ละเมิดกฎเกณฑ์ที่ไม่อาจยกเว้นเป็นอย่างอื่นได้ แต่สำหรับการให้ความคุ้มกันของรัฐโดยศาลที่พิจารณาคดีอยู่ไม่ได้อยู่ในหน้าที่เฉพาะเจาะจงตามที่บัญญัติไว้ และการให้ความคุ้มกันก็ไม่ได้เป็นยอมรับการกระทำที่เกิดขึ้นว่าชอบด้วยกฎหมาย เพราะหลักการความคุ้มกันของรัฐมีลักษณะเป็นสบัญญัติ (Procedural rule) ซึ่งไม่ได้ส่งผลกระทบต่อการวินิจฉัยในเนื้อหาที่มีลักษณะเป็นสารบัญญัติ (Substantive rule)⁴¹⁰

point in support of its decision to deny Germany’s immunity for crimes committed during World War II.80 Similarly, in Prefecture of Voiotia, the Greek Court of First Instance”

⁴⁰⁹ Ibid, p.163

“the recognition of immunity for an act contrary to peremptory international law would amount to complicity of the national court to the promotion of an act strongly condemned by the international public order.”

⁴¹⁰ Ibid, p.164

“The Draft Articles on State Responsibility stipulate that a state is internationally responsible when it aids, assists, directs, controls or coerces another state into committing an internationally wrongful act, on the condition that it does so “with knowledge of the circumstances of the internationally wrongful act.” A subsequent decision on adjudication, however, can hardly be considered an active participation in that wrongful act. In case of “serious breach by a State of an obligation arising under a peremptory norm of general international law,” the Draft Articles on State Responsibility also emphasize the particular duty of states to not “recognize as lawful” the situation created by such a breach. But the grant of immunity by the forum state does not amount to recognizing that the alleged acts were lawful: state immunity is a procedural rule, with no prejudice as to the determination of the substantive legal questions”

4.2 ข้อท้าทายจากความสัมพันธ์ระหว่างหลักความคุ้มกันของรัฐกับกฎหมายระหว่างประเทศ

เมื่อข้อท้าทายจากความสัมพันธ์ของหลักความคุ้มกันของรัฐกับกฎหมายลักษณะเด็ดขาดไม่สามารถสะท้อนให้เห็นถึงกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศที่จะปฏิเสธความคุ้มกันของรัฐจากการละเมิดกฎหมายลักษณะเด็ดขาดได้ หัวข้อนี้จะทำการศึกษาค้นคว้าถึงข้อท้าทายจากความสัมพันธ์ระหว่างหลักความคุ้มกันของรัฐกับกฎหมายลักษณะเด็ดขาดภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ โดยที่กฎหมายเหล่านี้มีการนำมาใช้ได้แย้งทั้งในศาลภายในและศาลระหว่างประเทศเพื่อให้ศาลที่กำลังพิจารณาคดีซึ่งนำหน้ากระหว่างความคุ้มกันของรัฐกับเกณฑ์ต่างๆที่ได้มีการยกขึ้นกล่าวอ้างมาเพื่อให้ศาลปฏิเสธความคุ้มกันของรัฐ

4.2.1 ข้อโต้แย้งในข้อยกเว้นความคุ้มกันของรัฐจากการละเมิดภายในดินแดน (Territorial tort)

หลักละเมิดภายในดินแดนของรัฐที่มีการพิจารณาคดีถูกยกขึ้นมาโดยฝ่ายอิตาลีในคดี Jurisdictional Immunities of the State ว่า หากมีการละเมิดภายในดินแดนของศาลที่มีการพิจารณาคดีอยู่ ซึ่งการละเมิดนั้นส่งผลให้เกิดความตาย การบาดเจ็บต่อบุคคล หรือความเสียหายต่อทรัพย์สินที่สามารถจับต้องได้ รัฐต่างประเทศที่ถูกฟ้องเป็นคดีไม่สามารถอ้างความคุ้มกันภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศได้ อย่างไรก็ตาม ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศเห็นว่า ตราสารระหว่างประเทศ กฎหมายภายใน แนวคำพิพากษาของศาลที่ปรากฏอยู่ในปัจจุบันแสดงให้เห็นว่า หลักละเมิดภายในดินแดนไม่สามารถนำมาใช้กับการกระทำของกองกำลังทหารได้ ทำให้เยอรมนียังคงได้รับความคุ้มกันของรัฐเช่นเดิม

เบื้องต้น คำวินิจฉัยของศาลฎีกาโต้แย้งโดยผู้พิพากษา Giorgio Gaja⁴¹¹ ที่เห็นว่า บทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับความคุ้มกันในระดับระหว่างประเทศและภายในประเทศยังไม่มีที่ชัดเจนมากพอ นอกจากนี้แนวปฏิบัติผ่านคำตัดสินของรัฐต่างๆก็ยังมีแนวคิดในการวินิจฉัยที่แตกต่างกันออกไป การให้เหตุผลเพื่อนำไปสู่ข้อสรุปของศาลฯจึงยังไม่มีที่ชัดเจนมากเพียงพอที่จะชี้ให้เห็นได้ว่าแนวปฏิบัติของรัฐต่างๆมีความสอดคล้องกัน และมีนักวิชาการจำนวนหนึ่งเห็นคล้อยกับผู้พิพากษา Gaja โดยมองว่า ขอบเขตของข้อยกเว้นในเรื่องการละเมิดภายในดินแดนยังเป็นเรื่องที่มีการถกเถียงกันอยู่ เนื่องจากบางประเทศก็ให้ความคุ้มกัน แต่บางประเทศก็ไม่ให้ความคุ้มกันจากการละเมิดภายในดินแดน ยิ่งไปกว่านั้น บางประเทศมีขอบเขตไปไกลกว่าแค่การละเมิดแบบธรรมดา เช่น ในสหรัฐอเมริกาที่ยอมรับกรณีที่เป็นการลอบสังหารทางการเมืองไม่สามารถอ้างความคุ้มกันได้ ด้วย

⁴¹¹ โปรดดูหัวข้อที่ 3.2.2.1.1, หน้า 115-118

ความไม่ชัดเจนในแนวปฏิบัติของแต่ละรัฐ และข้อถกเถียงอันหลากหลายในความชัดเจนของหลักละเมิดภายในดินแดน ซ้อยกเว้นในเรื่องนี้จึงเสมือนกับพื้นที่ที่ยังไม่มีความชัดเจน (Twilight zone)⁴¹²

Markus Krajewski กับ Christopher Singer เห็นว่า การให้เหตุผลของศาลฯ เรื่องการละเมิดภายในดินแดนแสดงให้เห็นว่าซ้อยกเว้นความคุ้มกันของรัฐกรณีนี้ไม่ได้ถูกสร้างมาเพื่อใช้กับกรณีอาชญากรรมสงครามหรือกรณีอื่นใดที่มีความร้ายแรงที่สามารถเทียบเท่าได้ อย่างไรก็ตาม ความรุนแรงของการละเมิดในระดับนี้ศาลฯอาจจะนำมาเป็นข้ออ้างเพื่อไม่ให้ความคุ้มกันของรัฐก็ได้ และแม้ว่าหลักการละเมิดภายในดินแดนจะไม่ใช้กับกิจกรรมของกองกำลังทหาร แต่ศาลฯก็อาจจะปรับใช้กับกรณีค่าเสียหายจากสงคราม (War damages) ก็ได้ โดยศาลฯไม่จำเป็นต้องเจาะจงเฉพาะอาชญากรรมสงคราม ทั้งสองเห็นว่าการให้เหตุผลของศาลฯมีฐานจากความเข้าใจของนักกฎหมายสายปฏิฐานนิยม (Positivist) นั้นหมายความว่า トラบใดที่ยังไม่มีแนวปฏิบัติของรัฐที่เพียงพอ แนวปฏิบัตินั้นก็ไม่สามารถเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายระหว่างประเทศได้ กระนั้น แนวปฏิบัติของรัฐและความรู้สึกร่วมกันเป็นกฎหมาย (opinion juris) สามารถตีความได้หลากหลาย เช่น ข้อเท็จจริงตามคดีที่มีรัฐเพียง 2 รัฐประกาศว่า United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property ไม่ส่งผลกระทบต่อความคุ้มกันของกองกำลังทหาร กรณีนี้สามารถตีความแบบศาลได้ว่าประเทศส่วนใหญ่ยอมรับว่ากองกำลังทหารยังได้รับความคุ้มกันอยู่ หรืออาจตีความได้อีกวิธีว่ามีเพียงแค่ 2 รัฐเท่านั้นที่ยอมรับ ซึ่งน้อยกว่าที่จะได้รับการยอมรับให้เป็นแนวปฏิบัติของรัฐ⁴¹³ ทั้งสองพยายามจะชี้ให้เห็นว่า ศาลฯมีทางเลือกที่จะวินิจฉัยให้ความคุ้มกันของรัฐไม่สามารถใช้ได้ในการละเมิดภายในดินแดน และสามารถเลี่ยงประเด็นไปพูดถึงค่าเสียหายจากสงครามแทน

เช่นเดียวกับ Kimberley N. Trapp กับ Alex Mills ที่เห็นว่าหลักฐานที่ศาลฯใช้เพื่อนำไปสู่ข้อสรุปของประเด็นนั้นไม่ชัดเจนและไม่เพียงพอ กรณีที่ศาลฯระบุว่ากฎหมายภายในเกี่ยวกับความคุ้มกันของรัฐมีเพียงสหราชอาณาจักรและสิงคโปร์เท่านั้นที่กำหนดอย่างชัดเจนว่า การกระทำของกองกำลังทหารได้รับความคุ้มกันภายใต้กฎหมายความคุ้มกันของรัฐ แต่นั่นไม่ได้หมายความว่ากองกำลังทหารดังกล่าวจะได้รับความคุ้มกันแบบเด็ดขาด เนื่องจากกองกำลังทหารจะต้องอยู่ภายใต้กฎหมายเฉพาะอีกทีหนึ่ง ซึ่งในกรณีนี้สามารถเห็นได้ชัดจากกฎหมายของแคนาดา ออสเตรเลีย และอิสราเอล โดยทั้ง 3 ประเทศนี้แยกการกระทำของกองกำลังทหารออกจากกฎหมายความคุ้มกันของรัฐ แต่จะครอบคลุมไปถึงการกระทำใดบ้างจะถูกกำหนดโดย Status of Forces Agreements (SOFAs) ซึ่งโดยทั่วไปความตกลงนี้จะกำหนดว่ากองกำลังทหารได้รับความคุ้มกันจากกรณีใดบ้างใน

⁴¹² Paul Christoph Bornkamm, State Immunity Against Claims Arising from War Crimes: The Judgment of the International Court of Justice in Jurisdictional Immunities of the State, German Law Journal (2012), p.779

⁴¹³ Markus Krajewski and Christopher Singer, Should Judges be Front-Runners? The ICJ, State Immunity and the Protection of Fundamental Human Rights, Max Planck Yearbook of United Nations Law (2012), p.21

ดินแดน ด้วยเหตุนี้เอง แนวปฏิบัติของรัฐไม่ได้แสดงให้เห็นว่ากองกำลังทหารจะได้รับความคุ้มกันเสมอไป แต่ความคุ้มกันของรัฐของกองกำลังทหารต่างประเทศจะได้รับจากกฎหมายเฉพาะ⁴¹⁴

นอกจากนี้ทั้งสองยังตั้งคำถามกับคุณค่าของคำพิพากษาคดี McElhinney ที่ศาลฯใช้อ้างในคดีว่า ในคดีดังกล่าวศาลไอร์แลนด์ปฏิเสธการมีอยู่ของข้อยกเว้นการละเมิดภายในดินแดนด้วยเหตุผลที่ว่า ยังไม่มีกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศใดกำหนดข้อยกเว้นดังกล่าว สิ่งที่น่าสงสัยคือในคำวินิจฉัยของคดี McElhinney ระบุว่า “กฎหมายภายในไม่สามารถใช้เป็นหลักฐานว่ากฎหมายระหว่างประเทศจะเป็นเช่นไรได้ โดยกฎหมายภายในคือหลักฐานของแต่รัฐและไม่ใช้หลักฐานของกฎหมายระหว่างประเทศโดยทั่วไป”⁴¹⁵ นอกจากนี้การที่ศาลฯหาแนวปฏิบัติของรัฐ เช่น คำพิพากษาในฝรั่งเศส สโลวีเนีย และโปแลนด์ จากการวินิจฉัยให้เยอรมนีได้รับความคุ้มกันของรัฐจากการกระทำของรัฐในช่วงสงครามโลกครั้งที่ 2 อย่างก็ตาม ศาลฯอาจมองข้ามคดี Letelier ในศาลสหรัฐอเมริกาไปโดยข้อเท็จจริงของคดีนี้คืออดีตเอกอัครราชทูตชิลีประจำสหรัฐอเมริกาถูกระเบิดที่ติดไว้ในรถเสียชีวิตทายาทของ Letelier จึงยื่นฟ้องเรียกค่าเสียหายต่อรัฐบาลชิลี เนื่องจากคนสังหารเป็นเจ้าหน้าที่ของชิลี ซึ่งในคดีนี้เองศาลสหรัฐอเมริกาไม่ให้ความคุ้มกันแก่รัฐบาลชิลี แม้ว่าจะเป็นการกระทำของเจ้าหน้าที่รัฐก็ตาม ด้วยความหลากหลายของแนวปฏิบัติ ผู้เขียนทั้งสองจึงเห็นว่า ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศเลือกแนวปฏิบัติของรัฐที่ศาลฯต้องการมาโดยไม่คำนึงถึงแนวปฏิบัติอื่นๆ⁴¹⁶

ผู้เขียนเห็นว่า จากการพิจารณาของศาลฯ ได้มีการยกบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องขึ้นมาใช้เพื่อเป็นฐานทางกฎหมาย กล่าวคือ ข้อที่ 11 ของ ECSI ซึ่งผู้เขียนเห็นด้วยว่าข้อบทนี้ไม่สามารถนำมาบังคับใช้ได้เนื่องจาก ECSI มีบทบัญญัติยกเว้น (Saving clause) สำหรับการกระทำของกองกำลังทหารต่างประเทศอยู่ อย่างไรก็ตาม ศาลฯยังได้หยิบยกข้อที่ 12 ของ UNCIS ขึ้นมาด้วยเช่นเดียวกัน ทั้งนี้ UNCIS ไม่มีบทบัญญัติยกเว้นเหมือนกับ ECSI ยิ่งไปกว่านั้นหากพิจารณาจากคำอธิบายของ ILC ไม่ได้แยกการกระทำที่เกิดขึ้นภายใต้ข้อที่ 12 ว่าจะเป็นการกระทำของรัฐโดยแท้ (acta jure imperii) หรือการกระทำของรัฐเชิงพาณิชย์ (acta jure gestionis) กล่าวคือ สามารถใช้บังคับได้ทั้ง 2 กรณี อีกทั้ง ILC ยังยกตัวอย่างคดีที่เกี่ยวกับการสังหารผู้นำทางการเมือง Letelier v. Republic of Chile ขึ้นมาเป็นตัวอย่าง ซึ่งศาลฯสามารถใช้ดุลยพินิจไปในทางเดียวกับ ILC ก็ได้ แต่ศาลฯได้พิจารณาไปในทิศทางอื่น

⁴¹⁴ Kimberley N. Trapp and Alex Mills, Smooth Runs the Water where the Brook is Deep: The obscured Complexities of Germany v. Italy, Cambridge Journal of International and Comparative Law (2012): p.156-157

⁴¹⁵ Ibid

“Domestic statutes cannot be used as evidence of what international law is: statutes are evidence of the domestic law in the individual states and not evidence of international law generally”

⁴¹⁶ Ibid, p.158

ท้ายที่สุด ผู้เขียนเห็นว่าคำวินิจฉัยของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศในประเด็น ข้อยกเว้นการละเมิดภายในดินแดนยังมีความน่าสงสัย ดังเช่นที่ผู้พิพากษา Gaja กล่าวไว้ในตอนต้นว่า ข้อยกเว้นความคุ้มกันของรัฐจากการละเมิดภายในดินแดนนั้นกำลังอยู่ในช่วงการพัฒนาของกฎหมาย ทำให้ยังไม่มีคำตอบที่แน่ชัดว่า แนวปฏิบัติใดเป็นที่ยุติแน่นอน เมื่อพิจารณาจากตรรกะระหว่างประเทศก็พบว่า มีจำนวนรัฐภาคีสมาชิกในตราสารที่เกี่ยวข้องกับความคุ้มกันของรัฐน้อยมากเมื่อเทียบกับ สัดส่วนประเทศที่มีอยู่บนโลก หรือเมื่อพิจารณาจากกฎหมายภายในของรัฐที่ร่างขึ้นมาเฉพาะเกี่ยวกับ ความคุ้มกันของรัฐก็ยังคงมีความแตกต่างกันในเนื้อหาสาระบางส่วน ยิ่งไปกว่านั้น แนวปฏิบัติจากคำ พิพากษาของศาลภายในก็มีจำนวนไม่มากและมีการให้เหตุผลในการวินิจฉัยแตกต่างกันออกไป บทสรุปของศาลามีทิศทางไปในแนวคิดของนักกฎหมายสายปฏิฐานนิยม ซึ่งในแง่หนึ่งอาจส่งผลให้ วิวัฒนาการของกฎหมายระหว่างประเทศหยุดหรือช้าลง และทำให้ผู้ได้รับความเสียหายหมดหนทางที่ จะได้รับการชดเชยค่าเสียหายอย่างเหมาะสม

4.2.2 ความสำคัญของสิทธิในการเข้าถึงความยุติธรรม (Right of access to justice) กับการไม่ถูกดำเนินคดีโดยการใช้ความคุ้มกันของรัฐ

สิทธิในการเข้าถึงความยุติธรรม (Right of Access to Justice) หรือสิทธิในการ เข้าถึงศาล (Right of access to court) มีบทบัญญัติปรากฏอยู่ในหลายตราสารระหว่างประเทศ ตัวอย่างเช่น ข้อที่ 8 และ 10 ของปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (Universal Declaration of Human Rights) หรือข้อที่ 3 ของกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง (International Covenant on Civil and Political Rights) อย่างไรก็ตาม บทบัญญัติในข้อที่ 6(1) ของ European Convention on Human Rights เป็นบทบัญญัติเดียวที่มีการนำมาใช้เป็นข้อต่อสู้ ในศาลระหว่างประเทศอย่างศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปและมีนัยยะสำคัญคือ ศาลได้พิจารณา ความสัมพันธ์ระหว่างสิทธิในการเข้าถึงความยุติธรรมและหลักความคุ้มกันของรัฐ โดยข้อที่ 6(1) ระบุว่า

“เพื่อความมุ่งประสงค์ของสิทธิและพันธกรณีของพลเมืองหรือการแจ้งข้อกล่าวหาทางอาญาต่อบุคคล บุคคลมีสิทธิได้รับการพิจารณาที่ยุติธรรมและเปิดเผยภายในระยะเวลาที่เหมาะสมโดยศาลที่เป็นอิสระและมีความยุติธรรมอันจัดตั้งขึ้นตามกฎหมาย คำพิพากษาจะต้องถูก ประกาศอย่างเปิดเผย แต่สื่อและสาธารณชนอาจถูกแยกออกจากขั้นตอนการพิจารณาทั้งหมดหรือ บางส่วนในกรณีที่มีผลประโยชน์เกี่ยวกับ ศีลธรรม ความสงบเรียบร้อยของประชาชน หรือความมั่นคง ของรัฐในสังคมประชาธิปไตย...”⁴¹⁷

⁴¹⁷ European Convention on Human Rights, article 6(1)

“In the determination of his civil rights and obligations or of any criminal charge against him, everyone is entitled to a fair and public hearing within a reasonable time by an independent and impartial tribunal established by law. Judgment shall be pronounced publicly but the press and public may be excluded from all or part of the trial in the interests of morals, public order or

ข้อบทนี้เป็นข้อกำหนดให้รัฐที่เป็นภาคีของอนุสัญญาฉบับนี้จะต้องปฏิบัติตามพันธกรณีในการให้สิทธิแก่ปัจเจกชนในรัฐของตนให้สามารถที่จะเข้าถึงความยุติธรรมได้ โดยรัฐมีหน้าที่จะต้องปฏิบัติตามโดยใช้วิธีใดก็ตามที่เห็นว่าสอดคล้องเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ตามพันธกรณีในอนุสัญญาฯ อย่างไรก็ตาม ปัญหาที่เกิดขึ้นคือ ในกรณีที่ปัจเจกชนฟ้องรัฐต่างประเทศในศาลภายในรัฐต่างประเทศมักจะยกหลักความคุ้มกันของรัฐขึ้นมาเพื่อปกป้องไม่ให้ปัจเจกชนสามารถดำเนินคดีต่อรัฐต่างประเทศได้ หากศาลภายในวินิจฉัยให้รัฐต่างประเทศได้รับความคุ้มกัน คำถามที่เกิดขึ้นคือ ในกรณีเช่นนี้สิทธิในการเข้าถึงความยุติธรรมที่รัฐมีพันธกรณีต้องปฏิบัติตามอนุสัญญาฯจะถือได้ว่ารัฐนั้นได้ละเมิดพันธกรณีนี้แล้วหรือไม่ ในกรณีเช่นนี้เอง ศาลสิทธิมนุษยชนยุโรป (European Court of Human Rights: ECtHR) ได้เคยวินิจฉัยไว้ในคดี Al-Adsani v. UK, Forgary v. UK, McElhinney v. Ireland และ Jones v. UK โดยทั้ง 4 คดีนี้เป็นกรณีที่ปัจเจกชนยื่นฟ้องต่อรัฐต่างประเทศเพื่อเรียกร้องค่าเสียหายทางแพ่งจากการกระทำของรัฐต่างประเทศ แต่ศาลภายในระบุว่ารัฐต่างประเทศที่ถูกฟ้องมีความคุ้มกันตามกฎหมายระหว่างประเทศ โจทก์ทั้ง 4 คดีจึงยื่นฟ้องต่อ ECtHR โดยกล่าวหาว่ารัฐที่ให้ความคุ้มกันแก่รัฐต่างประเทศละเมิดพันธกรณีตามข้อที่ 6(1) จากการปฏิเสธการเข้าถึงศาล

ECtHR ระบุว่า ข้อ 6(1) ของ European Convention on Human Rights หรือสิทธิในการเข้าถึงศาลไม่ได้มีลักษณะเด็ดขาด (Absolute) แต่สามารถตกอยู่ใต้ข้อจำกัดบางประการ (Certain limitations) เนื่องจากสิทธิในการเข้าถึงศาลโดยลักษณะของสิทธิสามารถกำหนดได้โดยรัฐด้วยเหตุนี้เอง รัฐภาคีสามารถใช้อำนาจในระดับหนึ่งในการกำหนดสิทธิในการเข้าถึงศาลได้⁴¹⁸ และศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปในคดีเหล่านี้ได้สร้างหลักเกณฑ์ขึ้นมาว่า ข้อจำกัดในการเข้าถึงศาลไม่ได้ทำลายความสำคัญของสิทธิในการเข้าถึงความยุติธรรมหากเป็นไปตามเงื่อนไข คือ ประการแรก เป็นการแสวงหาเป้าประสงค์ที่ชอบธรรม (Legitimate aim) และประการที่สอง มีความสัมพันธ์ที่เหมาะสมในความได้สัดส่วน (Proportionality) ระหว่างวิธีการที่ใช้และเป้าประสงค์ที่ได้แสวงหา โดยทั้ง 2 หลักการสามารถอธิบายได้ดังนี้

1) การแสวงหาเป้าประสงค์ที่ชอบธรรม (Legitimate aim)

ศาลเห็นว่าหลักความคุ้มกันของรัฐเป็นแนวคิดที่ได้รับการยอมรับภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศซึ่งมีที่มาจากหลัก *par in parem non habet imperium* และเป็นที่ยอมรับกันว่ารัฐมี

national security in a democratic society, where the interests of juveniles or the protection of the private life of the parties so require, or to the extent strictly necessary in the opinion of the court in special circumstances where publicity would prejudice the interests of justice.”

⁴¹⁸ Al-Adsani v. UK, para.53, Forgary v. UK, para.33, McElhinney v. Ireland, para.34, Jones v. UK, para.186

“The right of access to a court is not, however, absolute, but may be subject to limitations; these are permitted by implication since the right of access by its very nature calls for regulation by the State. In this respect, the Contracting States enjoy a certain margin of appreciation”

ข้อจำกัดบางประการในการใช้เขตอำนาจ รัฐจำเลยได้พยายามแสวงหาเป้าประสงค์ที่ชอบธรรมโดยการปฏิบัติตามกฎหมายระหว่างประเทศเพื่อที่จะสนับสนุนอัยาศัยไมตรี (Comity) และความสัมพันธ์อันดีระหว่างรัฐผ่านการเคารพอำนาจอธิปไตยของรัฐ⁴¹⁹

2) มีความสัมพันธ์ที่เหมาะสมในความได้สัดส่วน (Proportionality) ระหว่างวิธีการที่ใช้และเป้าประสงค์ที่แสวงหา

ศาลเริ่มต้นวางหลังการความได้สัดส่วนด้วยการอธิบายถึงการตีความสนธิสัญญาตามข้อ 31(3)(c) Vienna Convention on the Law of Treaties ซึ่งกำหนดว่าการตีความสนธิสัญญาจะต้องคำนึงถึงกฎเกณฑ์แห่งกฎหมายระหว่างประเทศที่ใช้บังคับเกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างรัฐภาคีด้วย และการตีความควรจะทำให้สอดคล้องกับกฎเกณฑ์อื่นๆของกฎหมายระหว่างประเทศ ซึ่งรวมถึงกฎเกณฑ์ที่เกี่ยวข้องกับการให้ความคุ้มกันของรัฐ⁴²⁰ ศาลสรุปโดยใช้การพิจารณาระหว่างอนุสัญญากับหลักความคุ้มกันของรัฐโดยระบุว่า “มาตรการที่ได้ใช้โดยรัฐภาคีสมาชิกอนุสัญญาที่ซึ่งสะท้อนกฎเกณฑ์ที่ได้รับการยอมรับโดยทั่วไปในกฎหมายระหว่างประเทศคือเมืองในเรื่องความคุ้มกันของรัฐไม่สามารถพิจารณาได้โดยหลักการว่าเป็นการกำหนดข้อจำกัดที่ไม่ได้สัดส่วนในสิทธิการเข้าถึงศาลตามข้อที่ 6(1)”⁴²¹

⁴¹⁹ Al-Adsani v. UK, para.54, Forgary v. UK, para.34, McElhinney v. Ireland, para.35, Jones v. UK, para.188

“The Court must first examine whether the limitation pursued a legitimate aim. It notes in this connection that sovereign immunity is a concept of international law, developed out of the principle *par in parem non habet imperium*, by virtue of which one State shall not be subject to the jurisdiction of another State. The Court considers that the grant of sovereign immunity to a State in civil proceedings pursues the legitimate aim of complying with international law to promote comity and good relations between States through the respect of another State’s sovereignty.”

⁴²⁰ Al-Adsani v. UK, para.55, Forgary v. UK, para.35, McElhinney v. Ireland, para.36

“The Court must next assess whether the restriction was proportionate to the aim pursued. It reiterates that the Convention has to be interpreted in the light of the rules set out in the Vienna Convention on the Law of Treaties of 23 May 1969, and that Article 31 § 3 (c) of that treaty indicates that account is to be taken of “any relevant rules of international law applicable in the relations between the parties”

⁴²¹ Al-Adsani v. UK, para.56, Forgary v. UK, para.36, McElhinney v. Ireland, para.37, Jones v. UK, para.189

“It follows that measures taken by a High Contracting Party which reflect generally recognised rules of public international law on State immunity cannot in principle be regarded as imposing a disproportionate restriction on the right of access to a court as embodied in Article 6(1)”

จากหลักการข้างต้น ทำให้ทั้ง 4 คดีที่มีการยื่นฟ้องใน ECtHR ถูกยกฟ้องทั้งหมด โดยศาลเห็นว่า การที่รัฐให้ความคุ้มครองแก่รัฐต่างประเทศเป็นพันธกรณีภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ และไม่ได้เป็นการละเมิดสิทธิในการเข้าถึงความยุติธรรมภายใต้ข้อที่ 6(1) เนื่องจากการให้ความคุ้มครองเป็นการแสวงหาเป้าประสงค์ที่ชอบธรรม กล่าวคือ เป็นการปฏิบัติตามกฎหมายระหว่างประเทศและเพื่อรักษาความสัมพันธ์อันดีระหว่างประเทศ นอกจากนี้ การตีความข้อที่ 6(1) ต้องตีความให้สอดคล้องกับบทบัญญัติอื่นๆของกฎหมายระหว่างประเทศด้วยซึ่งในที่นี้คือ หลักความคุ้มครองของรัฐ จึงถือว่าการปฏิเสธการเข้าถึงความยุติธรรมในคดีทั้ง 4 ได้สัดส่วนที่เหมาะสม

กล่าวโดยสรุป ECtHR ยืนยันว่าการที่ศาลภายในให้รัฐต่างประเทศสามารถใช้ความคุ้มครองได้ แม้ว่าการใช้ความคุ้มครองนั้นจะเป็นการขัดขวางการเข้าถึงความยุติธรรมของปัจเจกชนที่ฟ้องรัฐต่างประเทศเพื่อเรียกร้องค่าเสียหายจากการกระทำที่เกิดขึ้นก็ตาม โดยศาลวางหลักว่าหากการให้ความคุ้มครองเป็นการแสวงหาเป้าประสงค์ที่ชอบธรรม (Legitimate aim) และได้สัดส่วน (Proportionality) ก็ไม่ถือว่ารัฐที่ให้ความคุ้มครองได้ละเมิดพันธกรณีตามอนุสัญญาฯแต่อย่างใด

ประเด็นเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างการเข้าถึงความยุติธรรมกับหลักความคุ้มครองของรัฐ ผู้พิพากษา Trindade ได้แสดงความเห็นแย้งไว้ด้วยเช่นเดียวกัน โดยเปรียบเทียบระหว่าง ECtHR กับ Inter-American Court of Human Rights (IACtHR) ว่า แทนที่ ECtHR ควรจะใช้แนววินิจฉัยในการให้เหตุผลเช่นเดียวกับ IACtHR ซึ่งเห็นว่าสิทธิในการเข้าถึงความยุติธรรมเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานที่แท้จริง (True fundamental right) ที่ไม่อาจจะพิจารณาให้มีข้อจำกัดได้⁴²² ECtHR สามารถที่จะวินิจฉัยมาในแนวทางนี้ได้โดยพิจารณาจากสิทธิในการเข้าถึงความยุติธรรมตามข้อที่ 6(1) และสิทธิในการได้รับการเยียวยาอย่างมีประสิทธิภาพตามข้อที่ 13 ของ ECHR โดยให้ความสนใจไปที่สาระสำคัญของสิทธิในการเข้าถึงความยุติธรรม แทนที่จะเป็นการยอมรับให้มีข้อจำกัด หาก ECtHR อธิบายเช่นนี้ ความคุ้มครองของรัฐก็คงไม่อาจจะใช้ได้อย่างที่ ECtHR ได้ตัดสินมา⁴²³

Trindade มองว่าข้อที่ 6(1) และข้อที่ 13 ไม่อาจถูกจำกัดได้ด้วยความคุ้มครองของรัฐ มิเช่นนั้นแล้ว รัฐอื่นๆก็สามารถละเมิดสิทธิมนุษยชนหรือมนุษยธรรมอย่างร้ายแรงได้และหลุดพ้นจากความผิดทั้งที่ได้เกิดขึ้นโดยการใช้หลักความคุ้มครอง รัฐภาคีของอนุสัญญาฯมีความผูกพันตามข้อที่ 6(1) และข้อที่ 13 ที่จะให้การเยียวยาภายในอย่างมีประสิทธิภาพ (Effective domestic remedies) ในกระบวนการพิจารณาที่ยุติธรรมและมีหลักประกันว่าจะเป็นไปตามกระบวนการทางกฎหมายในทุกๆ สถานการณ์ สิ่งนี้เองที่เรียกว่า นิติธรรม (Rule of law) ซึ่งถูกกล่าวถึงในอารัมภบทของอนุสัญญาฯ ดังนั้น ความคุ้มครองของรัฐจึงไม่สามารถเอามาใช้ได้ในที่นี้ ที่แห่งใดไม่มีสิทธิในการเข้าถึงความยุติธรรม

⁴²² Dissenting Opinion of Judge Antonio Trindade, para.216

⁴²³ Ibid, para.218

ที่แห่งนั้นไม่มีสิ่งที่เรียกว่าระบบกฎหมาย (Legal system) การเข้าถึงความยุติธรรมเป็นสิ่งที่จำเป็น และหลีกเลี่ยงไม่ได้ และจะต้องไม่ถูกจำกัดด้วยความคุ้มกันของรัฐ⁴²⁴

Trindade สรุปว่า ไม่สำคัญว่าการกระทำที่เป็นการละเมิดสิทธิมนุษยชนอย่างร้ายแรงนั้นจะเป็นการกระทำของรัฐโดยแท้ (acta jure imperii) หรือจะเป็นการกระทำเชิงพาณิชย์ (acta jure gestionis) ไม่ว่าการกระทำดังกล่าวจะเกิดขึ้นในรัฐที่มีการพิจารณาคดี (Forum state) หรือไม่ได้เกิดในพื้นที่ดังกล่าวก็ตาม การใช้ภาษาดั้งเดิม (Traditional language) เหล่านี้เป็นสิ่งแปลกปลอมสำหรับปัจจุบันที่เราอาศัยอยู่ อาจกล่าวได้ว่า รัฐไม่อาจจะหนีพ้นการเยียวยาจากการละเมิดสิทธิขั้นพื้นฐานของมนุษย์ เช่น การเข้าถึงความยุติธรรมไปได้⁴²⁵

นอกจากศาลระหว่างประเทศระดับภูมิภาคอย่างศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปจะได้วินิจฉัยประเด็นสิทธิในการเข้าถึงความยุติธรรมกับความคุ้มกันของรัฐ ศาลภายในแคนาดาก็เคยได้วินิจฉัยประเด็นนี้ในลักษณะเดียวกัน ข้อเท็จจริงคือ มีการละเมิดกฎหมายลักษณะเด็ดขาดเกิดขึ้น แต่จะมีความแตกต่างกันตรงที่กฎหมายที่ถูกนำมากล่าวอ้างในศาลเท่านั้น โดยในคดี Kazemi Estate v. Iran ข้อเท็จจริงเบื้องต้นคือ Kazemi คนชาติแคนาดาเดินทางไปยังอิหร่านเพื่อถ่ายภาพและหาข่าว ได้ถูกเจ้าหน้าที่ของอิหร่านจับกุมและซ้อมทรมานจนเสียชีวิต ทายาทของ Kazemi จึงยื่นฟ้องแพ่งต่ออิหร่านเป็นคดีในศาลภายในแคนาดา⁴²⁶ โดยประเด็นหนึ่งที่เกี่ยวข้องกับการเข้าถึงความยุติธรรมคือ ความคุ้มกันของรัฐตาม SIA ขัดต่อข้อที่ 2(e) ของ Canadian Bill of Rights ที่ระบุไว้หรือไม่ ข้อบทดังกล่าวมีเนื้อหาระว่า

“ไม่มีกฎหมายใดของแคนาดาจะสามารถถูกตีความหรือถูกใช้เพื่อ ... กีดกันบุคคลในสิทธิที่จะได้รับการพิจารณาอย่างเป็นธรรมตามหลักการความยุติธรรมขั้นพื้นฐาน (Fundamental justice) เพื่อพิจารณาสีทธิหรือพันธกรณีของเขา”⁴²⁷

โจทก์ในคดีอ้างว่า SIA ไม่ได้ทำให้สิทธิในเนื้อหาสาระ (Substantive rights) สิ้นสุดลง แต่เป็นเพียงการสร้างอุปสรรคทางกระบวนการ (Procedural bar) และอุปสรรคทางกระบวนการนี้เองไม่สอดคล้องกับความยุติธรรมที่ได้มีการรับประกันไว้ในข้อที่ 2(e)⁴²⁸

⁴²⁴ Ibid, para.219

⁴²⁵ Ibid, para.220

⁴²⁶ โปรดดูหัวข้อ 2.4.1, หน้า 75-76

⁴²⁷ Canadian Bill of Rights, article 2(e)

“No law of Canada shall be construed or applied so as to ... deprive a person of the right to a fair hearing in accordance with the principles of fundamental justice for the determination of his rights and obligation.”

⁴²⁸ Kazemi Estate v. Iran, The Supreme Court of Canada, para.112

อัยการสูงสุดแคนาดา (Attorney general of Canada) ในฐานะจำเลยโต้แย้งว่า Bill of Rights คุ่มครองสิทธิที่มีอยู่เมื่อตอนมีการผ่านกฎหมายฉบับนี้ในปี ค.ศ. 1960 ซึ่งในขณะนั้นเอง รัฐต่างประเทศอุปโลกความคุ้มกันแบบเด็ดขาด ดังนั้น จึงไม่ปรากฏสิทธิที่จะฟ้องรัฐต่างประเทศได้สำหรับการละเมิดที่เกิดขึ้นในต่างประเทศ ข้อกล่าวหาของโจทก์ที่บอกว่า ข้อที่ 2(e) ให้สิทธิในการฟ้องรัฐได้ฟังไม่ขึ้น⁴²⁹ นอกจากนี้ อัยการสูงสุดยังอธิบายต่อไปว่า ข้อที่ 2(e) ไม่ได้ให้สิทธิในการเข้าถึงศาล (Access to courts) หรือสิทธิในการฟ้องร้อง (Right to sue) แต่เป็นเพียงสิทธิทางกระบวนการที่จะได้รับในกระบวนการยุติธรรมทั่วไป (Natural justice) ภายใต้ขอบเขตของกระบวนการพิจารณาคดีที่มีอยู่ (Existing adjudicative process) เมื่อใดก็ตามที่ไม่มีกระบวนการที่มีอยู่ (Existing process) เกิดขึ้น หรือศาลแคนาดาถูกขัดขวางโดยกฎหมายจากการใช้เขตอำนาจพิจารณา (Adjudicative jurisdiction) ข้อที่ 2(e) ไม่ใช่บังคับ⁴³⁰ ศาลพิจารณาแล้วเห็นพ้องกับข้อโต้แย้งของอัยการสูงสุดแคนาดา

“ศาลเห็นด้วยกับอัยการสูงสุดแคนาดา ข้อโต้แย้งอันเนื่องมาจากข้อที่ 2(e) ของ Bill of Rights ควรถูกปฏิเสธ เพราะข้อที่ 2(e) ไม่ได้สร้างสิทธิได้ด้วยตนเองที่ผู้ร้องจะได้รับการพิจารณาอย่างเป็นธรรมเมื่อกฎหมายไม่ได้อนุญาตให้ดำเนินกระบวนการพิจารณาคดี ... ข้อที่ 2(e) จะประกันกระบวนการที่เป็นธรรมก็ต่อเมื่อกระบวนการนั้นได้เกิดขึ้นในแคนาดาแล้วเท่านั้น”⁴³¹

กล่าวโดยสรุป ศาลแคนาดาเห็นว่าข้อที่ 2(e) ให้สิทธิที่จะเข้าถึงความยุติธรรมก็ต่อเมื่อกระบวนการพิจารณาคดีได้เกิดขึ้นแล้วในศาล การใช้ความคุ้มกันของรัฐตาม SIA เป็นสิ่งที่เข้ามาขัดขวางศาลไม่ให้กระบวนการพิจารณาคดีนั้นเริ่มต้นได้ นอกจากนี้ การมีอยู่ของความคุ้มกันของรัฐทำให้แคนาดาไม่มีเขตอำนาจตั้งแต่ต้นที่จะเริ่มพิจารณาคดี ดังนั้น ข้อที่ 2(e) จึงไม่สามารถใช้ได้ เพราะข้อบทนี้จะประกันสิทธิของผู้ร้องได้ก็ต่อเมื่อเข้าสู่กระบวนการพิจารณาคดีแล้วเท่านั้น

ผู้เขียนเห็นว่า จากแนวคำพิพากษาศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปและศาลภายในแคนาดาที่เกี่ยวข้องกับความสัมพันธ์ระหว่างความคุ้มกันของรัฐกับการเข้าถึงความยุติธรรม ศาลยังคงเห็นว่าการใช้สิทธิในการเข้าถึงความยุติธรรมนั้นมีอยู่จำกัด ไม่ได้เป็นสิทธิที่มีลักษณะเด็ดขาด (Absolute) และการใช้สิทธิดังกล่าวมานี้ต้องสอดคล้องกับกฎเกณฑ์ภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศอื่นๆด้วย ซึ่งในกรณีนี้คือหลักความคุ้มกันของรัฐ การวินิจฉัยเช่นนี้แสดงให้เห็นชัดเจนว่า ศาลยังให้ความสำคัญกับ

⁴²⁹ Ibid, para.113

⁴³⁰ Ibid, para.114

⁴³¹ Ibid, para.116,118

“I agree with the Attorney General of Canada that the challenge based on s. 2(e) of the Bill of Rights should be dismissed on the basis that s. 2(e) does not create a self-standing right to a fair hearing where the law does not otherwise allow for an adjudicative process ... Rather, s. 2(e) guarantees a fair procedure only when a process is already in place in Canada to determine individuals' rights.”

การเคารพอำนาจอธิปไตยของรัฐ และมีความสำคัญมากกว่าสิทธิของปัจเจกชนที่ควรจะได้รับ การเยียวยาชาติใช้ค่าเสียหายโดยการเข้าถึงกระบวนการยุติธรรมภายในรัฐ แนวคิดเช่นนี้จะทำให้ปัจเจกชน ถูกปฏิเสธความยุติธรรมอย่างต่อเนื่องและหมดหนทางที่จะได้รับการเยียวยาจากรัฐที่กระทำการ ละเมิด

4.2.3 การใช้หลักเขตอำนาจสากล (Universal jurisdiction) ในทางอาญาและทางแพ่ง เพื่อปฏิเสธหลักความคุ้มกันของรัฐ

หลักการเรื่องเขตอำนาจสากล (Universal jurisdiction) หมายความว่า หลักการ ทางกฎหมายที่อนุญาตหรือประสงคิให้รัฐดำเนินกระบวนการพิจารณาทางอาญาอันเกี่ยวเนื่องอาชญา กรรมบางประเภท โดยไม่คำนึงถึงสถานที่เกิดอาชญากรรมและสัญชาติของผู้ก่ออาชญากรรมหรือ ลักษณะของผู้เสียหาย⁴³² เหตุผลเบื้องหลังของหลักการนี้เนื่องมาจากอาชญากรรมบางประเภทนั้น เป็นอันตรายต่อผลประโยชน์ระหว่างประเทศ ดังนั้น รัฐต่างๆมีความผูกพันที่จะดำเนินกระบวนการ พิจารณาต่อผู้กระทำความผิด โดยไม่ต้องพิจารณาถึงสถานที่เกิดอาชญากรรมและสัญชาติของผู้ก่อ อาชญากรรมหรือลักษณะของผู้เสียหาย กล่าวคือ หลักการเขตอำนาจสากลอนุญาตให้มีการพิจารณาคดีอาชญากรรมระหว่างประเทศที่สร้างขึ้นโดยทุกคน ทุกๆที่ บนโลกใบนี้⁴³³

หลักการนี้ถูกสะท้อนไว้ในบทบัญญัติธรรมนูญกรุงโรม (Rome Statute) ตาม อารัมภบทได้ระบุว่า

“ยืนยัน ว่าอาชญากรรมที่ร้ายแรงที่สุดซึ่งอยู่ในความห่วงใยของประชาคมระหว่าง ประเทศโดยรวมจะต้องไม่ถูกปล่อยไปโดยมิได้รับการลงโทษ และการฟ้องร้องดำเนินคดีอย่างมี ประสิทธิภาพต้องได้รับการประกันโดยการใช้มาตรการระดับชาติ และโดยการเสริมสร้างความร่วมมือ ระหว่างประเทศ”⁴³⁴

ธรรมนูญฉบับนี้ได้จัดตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศ (International Criminal Court) ขึ้นมา โดยมีจุดประสงค์เพื่อเป็นศาลพิจารณาดำเนินคดีทางอาญาตามฐานความผิดที่ได้ กำหนดไว้ในธรรมนูญกรุงโรม กล่าวคือ การฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ (Genocide) อาชญากรรมสงคราม (War

⁴³² The Scope and Application of the Principle of Universal Jurisdiction, the Report of the Sixth Committee A/65/452-Res 64/117

“a legal principle allowing or requiring a state to bring criminal proceedings in respect of certain crimes irrespective of the location of the crime and the nationality of the perpetrator or the victim”

⁴³³ Ibid

⁴³⁴ ธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศ, กรมสนธิสัญญาและกฎหมาย: กระทรวงการ ต่างประเทศ

crimes) อาชญากรรมต่อมวลมนุษยชาติ (Crimes against humanity) และอาชญากรรมอันเป็นการรุกราน (Aggression) โดยฐานความผิดทั้ง 4 ประเภทนี้ได้รับสถานะกฎหมายลักษณะเด็ดขาดและเป็นที่ยอมรับภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ

ทั้งนี้ ภายใต้ข้อที่ 27 กำหนดไว้ชัดเจนว่าความคุ้มกันภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศไม่สามารถนำมาขัดขวางเขตอำนาจศาลฯได้

“1. ให้ใช้ธรรมนูญศาลฯ นี้บังคับต่อบุคคลทุกคนอย่างเท่าเทียมกัน โดยปราศจากการแบ่งแยกใดๆบนพื้นฐานของสถานะทางการ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง สถานะทางการในฐานะประมุขของรัฐ หรือผู้นำรัฐบาล สมาชิกของรัฐบาลหรือรัฐสภา ผู้แทนที่ได้รับการเลือกตั้ง หรือเจ้าหน้าที่รัฐบาล ไม่ได้รับการยกเว้นจากความรับผิดชอบอาญาตามธรรมนูญศาลฯ นี้ไม่ว่ากรณีใด และจะไม่เป็นมูลเหตุให้ลดหย่อนโทษ

2. ความคุ้มกันหรือระเบียบว่าด้วยวิธีพิจารณาความพิเศษซึ่งอาจติดอยู่กับสถานะทางการของบุคคล ไม่ว่าจะตามกฎหมายภายในของรัฐหรือกฎหมายระหว่างประเทศ ต้องไม่ขัดขวางการใช้เขตอำนาจศาลฯ เหนือบุคคล เช่นว่า”⁴³⁵

ปัญหามีอยู่ว่า ธรรมนูญกรุงโรมใช้กับการกระทำทางอาญาเท่านั้น ขอบเขตของธรรมนูญฉบับนี้ไม่ขยายไปถึงทางแพ่งแต่อย่างใด แม้ว่าข้อเท็จจริงในคดี Jurisdictional Immunities of the State จะเป็นการละเมิดกฎหมายลักษณะเด็ดขาดและเป็นการละเมิดตามฐานความผิดตามที่บัญญัติไว้ในธรรมนูญฯ แต่คดีตามข้อเท็จจริงเป็นคดีฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายทางแพ่ง ดังนั้น หลักเขตอำนาจศาลตามที่บัญญัติไว้จึงเป็นไปไม่ได้ และต่อให้ธรรมนูญฉบับนี้บังคับใช้ได้จริง ก็เกิดปัญหาเรื่องเขตอำนาจเหนือเวลา (Ratione temporaris) เพราะมีบทบัญญัติกำหนดไว้ในข้อที่ 11 ว่า “ศาลฯ มีเขตอำนาจเฉพาะกับอาชญากรรมซึ่งกระทำขึ้นหลังจากที่ธรรมนูญศาลฯนี้มีผลบังคับใช้” ซึ่งก็คือ ค.ศ. 2002 แต่ข้อเท็จจริงของคดี Jurisdictional Immunities of the State เกิดขึ้นเมื่อ ค.ศ. 1943-1945

หลักเขตอำนาจศาลไม่ได้มีปรากฏอยู่ในบทบัญญัติของธรรมนูญกรุงโรมเท่านั้น ยังมีอนุสัญญาฉบับอื่นที่ให้เขตอำนาจศาลแก่รัฐที่จะใช้อำนาจดำเนินการนำตัวผู้กระทำความผิดมาลงโทษ เช่น ในข้อที่ 2 ของ Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CAT) ระบุไว้ว่า

“1. รัฐภาคีแต่ละรัฐจะต้องใช้มาตรการทางนิติบัญญัติ ทางปกครอง ทางศาล หรือมาตรการอื่นใดที่มีประสิทธิภาพในการป้องกันการกระทำการทรมานภายใต้เขตอำนาจของรัฐตนเอง”⁴³⁶

⁴³⁵ เรื่องเดียวกัน, ข้อที่ 27

แม้ว่าจะไม่ได้กำหนดไว้ชัดเจนว่ารัฐมีเขตอำนาจสากลเหมือนกรณีที่บัญญัติไว้ในธรรมนูญกรุงโรม แต่บทบัญญัติของ CAT มีจุดประสงค์เพื่อให้รัฐใช้มาตรการใดๆก็ตามที่มีประสิทธิภาพในการที่จะนำตัวผู้กระทำการทรมานมาลงโทษหากบุคคลผู้นั้นอยู่ในเขตอำนาจของตน บทบัญญัตินี้จึงเสมือนการสร้างพันธกรณีโดยปริยายว่ารัฐภาคีมีเขตอำนาจสากลที่จะใช้มาตรการใดๆกับผู้กระทำการทรมาน ทั้งนี้ มีศาลภายในอย่าง House of Lords ของสหราชอาณาจักรได้ตัดสินคดี Ex Parte Pinochet No.3 ไว้เกี่ยวกับเขตอำนาจสากลจาก CAT ซึ่งคดีนี้มีความสำคัญต่อแนวปฏิบัติต่อสหราชอาณาจักรและอาจส่งผลกระทบต่อแนวปฏิบัติของรัฐอื่นๆด้วยเช่นเดียวกัน

Ex Parte Pinochet No.3

เป็นคดีระหว่างอดีตผู้นำชิลี Augusto Pinochet ยื่นฟ้องต่อ Commissioners of Police for Metropolis เพื่อให้เพิกถอนการส่ง Pinochet เป็นผู้ร้ายข้ามแดนไปตามหมายจับของประเทศสเปน ข้อเท็จจริงเบื้องต้นมีอยู่ว่า ในปี ค.ศ. 1973 เกิดรัฐประหารในชิลี ซึ่งผู้นำคือ Pinochet หลังจากนั้นเป็นต้นมา Pinochet ดำรงตำแหน่งประธานาธิบดีชิลีจนกระทั่งปี ค.ศ. 1990 ในระหว่างที่ดำรงตำแหน่งนั้นข้อเท็จจริงไม่เป็นที่สงสัยเลยว่า การกระทำที่เลวร้ายได้เกิดในชิลี ไม่ว่าจะเป็นการทรมาน ฆาตกรรม การหายสาบสูญโดยหาสาเหตุไม่ได้ แม้ว่า Pinochet จะไม่ได้ถูกกล่าวหาว่าเป็นผู้ทำ แต่ Pinochet ให้การสนับสนุน วางแผน และรับรู้สิ่งที่เกิดขึ้นตลอดมา⁴³⁷

ปี ค.ศ. 1998 Pinochet เดินทางมายังสหราชอาณาจักรเพื่อเข้ารับการรักษา เมื่อเจ้าหน้าที่ของสเปนทราบจึงพยายามหาทางให้มีการส่ง Pinochet เป็นผู้ร้ายข้ามแดนมายังสเปนโดยการตั้งข้อกล่าวหาจำนวนมาก ซึ่งข้อกล่าวหาส่วนใหญ่ไม่เกี่ยวข้องกับสเปน ในวันที่ 16 ตุลาคม ค.ศ. 1998 หมายจับระหว่างประเทศ (International warrant) ได้ถูกออกโดยสเปน วันเดียวกันเจ้าหน้าที่ตำรวจในลอนดอนดำเนินการจับกุม Pinochet ที่โรงพยาบาล ด้าน Pinochet จึงยื่นคำร้องต่อศาลเพื่อให้มีการเพิกถอนหมายจับ ศาลวินิจฉัยให้เพิกถอนหมายจับ เพราะ Pinochet มีความคุ้มกันอย่างไรก็ตาม The Crown Prosecution Service ในฐานะตัวแทนรัฐบาลสเปนยื่นอุทธรณ์คำสั่งศาลกลับคำวินิจฉัยศาลชั้นต้น เพราะ Pinochet ไม่ได้ความคุ้มกันจากอาชญากรรมภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ ด้าน Pinochet ยื่นคำร้องต่อศาลว่า ผู้พิพากษาคนหนึ่งในองค์คณะชั้นอุทธรณ์มีอคติเพราะปฏิบัติงานในฐานะเลขาธิการของ Amnesty International ในวันที่ 15 มกราคม ค.ศ. 1999 ศาลมีคำสั่งให้คำวินิจฉัยในชั้นอุทธรณ์ไม่มีผลด้วยเหตุผลที่องค์คณะไม่ได้มีการจัดตั้งอย่างเหมาะสม การพิจารณาจึงต้องเริ่มต้นใหม่ในชั้นอุทธรณ์⁴³⁸

⁴³⁶ Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, United Nation Human Rights, article 2(1)

“1. Each State Party shall take effective legislative, administrative, judicial or other measures to prevent acts of torture in any territory under its jurisdiction.”

⁴³⁷ Regina v. Bartle and the Commissioner of Police for the Metropolis and Others Ex Parte Pinochet, House of Lord

⁴³⁸ Ibid

ประเด็นสำคัญและเกี่ยวข้องในที่นี่ที่จะทำการศึกษาคือ Pinochet ได้รับความคุ้มกันจากการถูกส่งผู้ร้ายข้ามแดนหรือไม่ ทางฝ่าย Pinochet เห็นว่า แม้จะเป็นอดีตประมุขของรัฐ แต่ความคุ้มกันก็ยังคงมีอยู่เนื่องจากการกระทำที่เกิดขึ้นเกิดในช่วงระยะเวลาที่ดำรงตำแหน่ง อย่างไรก็ตาม ผู้พิพากษาไม่เห็นด้วย

Lord Hope of Craighead เห็นว่า ข้อห้ามในการทรมานได้รับสถานะกฎหมายลักษณะเด็ดขาดแล้ว และ CAT มีผลบังคับใช้ใน ค.ศ. 1987 ด้วยเหตุนี้ CAT จึงไม่ให้รัฐภาคีอ้างความคุ้มกันจากหน้าที่ (Immunity *materiae*) ในกรณีที่มีการกล่าวหาว่ามีการทรมานอย่างเป็นระบบและจำนวนมากเกิดขึ้น นอกจากนี้ Lord Hope ยกคำอธิบายของ Sir Arthur Watts ที่อธิบายไว้ ณ Hague Lectures ว่า “ความรับผิดชอบของปัจเจกชนสำหรับอาชญากรรมระหว่างประเทศ หลังจากที่ได้พิจารณาดราสารระหว่างประเทศจำนวนมาก ไม่เป็นที่สงสัยเลยว่ากฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศให้ประมุขของรัฐต้องรับผิดชอบเป็นการส่วนบุคคลหากมีหลักฐานเพียงพอว่าได้มีการสั่งหรือลงมือให้กระทำอาชญากรรมระหว่างประเทศเช่นว่า ประมุขของรัฐยังคงได้รับความคุ้มกันเมื่อใดก็ตามที่ยังอยู่ในตำแหน่ง (Immunity *personae*) แต่ความคุ้มกันจากหน้าที่ (Immunity *materiae*) จะไม่ได้รับหลังจากที่ได้พ้นตำแหน่งแล้ว” ทั้งนี้ Lord Hope ไม่เชื่อว่า CAT ให้มีการละความคุ้มกันโดยปริยายแต่อย่างใด แต่มองว่าเป็นพันธกรณีที่ได้รับการยอมรับโดยจารีตประเพณีระหว่างประเทศในกรณีที่มีการละเมิดอาชญากรรมระหว่างประเทศที่ร้ายแรงเกิดขึ้นนับตั้งแต่วันที่ชิลีได้ให้สัตยาบันใน CAT และเป็นพันธกรณีที่มีความเข้มแข็งพอที่จะเอาชนะความคุ้มกันจากหน้าที่ได้ Lord Hope สรุปว่า ความคุ้มกันจากหน้าที่ของ Pinochet สูญเสียไปในวันที่ 30 ตุลาคม 1988 ซึ่งเป็นวันที่ชิลีให้สัตยาบัน CAT เช่นเดียวกับสเปนที่ให้สัตยาบันในปี ค.ศ. 1987 และสหราชอาณาจักรให้สัตยาบันในวันที่ 8 ธันวาคม ค.ศ. 1988 สหราชอาณาจักรจึงมีเขตอำนาจตามพันธกรณีที่กำหนดไว้ใน CAT⁴³⁹

Lord Browne-Wilkinson เห็นว่า CAT ที่ชิลี สเปน และสหราชอาณาจักรเป็นภาคนั้นให้เขตอำนาจสากลทั่วโลก (Worldwide universal jurisdiction) บทบัญญัติข้อที่ 2 ของ CAT ประสงค์ให้รัฐภาคีอนุสัญญาทุกรัฐห้ามการทรมานและทำให้การทรมานเป็นสิ่งที่ผิดกฎหมาย Lord Wilkinson มองว่า จะเป็นไปได้อย่างไรที่จุดประสงค์ของกฎหมายระหว่างประเทศจะกำหนดให้การปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าหน้าที่รัฐสามารถกระทำการบางอย่างที่กฎหมายระหว่างประเทศห้ามไว้ได้ นอกจากนี้ลักษณะที่สำคัญของอาชญากรรมระหว่างประเทศอย่างการทรมานตามข้อที่ 1 ของ CAT จะต้องเกิดขึ้นโดยการส่งเสริมหรือการยินยอมหรือการยอมรับโดยไม่ได้แย้งโดยเจ้าหน้าที่รัฐหรือบุคคลอื่นที่ปฏิบัติหน้าที่ในฐานะของเจ้าหน้าที่ ด้วยเหตุผลนี้ จำเลยที่ถูกกล่าวหาทุกคนในคดีเกี่ยวกับการทรมานจะต้องเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐทั้งสิ้น หากอดีตประมุขของรัฐได้รับความคุ้มกันก็หมายความว่าบุคคลที่ควรจะต้องรับผิดชอบมากที่สุดสามารถหนีความรับผิดชอบได้ แต่ในทางกลับกัน ผู้ที่ได้รับคำสั่ง เช่น หัวหน้ากรมตำรวจหรือเจ้าหน้าที่ทหารชั้นผู้น้อยที่ปฏิบัติตามคำสั่งของอดีตประมุขของรัฐกลายเป็นผู้ที่ต้องรับผิดชอบ

⁴³⁹ Regina v. Bartle and the Commissioner of Police for the Metropolis and Others Ex Parte Pinochet, House of Lord (Lord Hope of Craighead)

แทน Lord Wilkinson จึงเห็นว่าเป็นสิ่งที่เป็นไปได้ที่จะยอมรับ ท้ายที่สุด หากการปฏิบัติตามพันธกรณีของ CAT แล้วทำให้การปฏิบัติหน้าที่ในตำแหน่งสามารถได้รับความคุ้มกันจากหน้าที่ (Immunity *materiae*) จะก่อให้เกิดผลลัพธ์ที่แปลกประหลาดและถ้าบุคคลใดก็ตามที่ปฏิบัติหน้าที่ของรัฐได้รับความคุ้มกันเสมอ ผลที่ได้คือทุกคดีของผู้ที่ถูกกล่าวหาว่ากระทำการทรมานในทุกประเทศก็จะไม่สามารถดำเนินคดีกับผู้กระทำผิดได้จนกว่าซีลีจะยอมสละความคุ้มกัน ซึ่งแน่นอนว่าจะเป็นการขัดต่อวัตถุประสงค์หลักของ CAT ที่ร่างขึ้นมาเพื่อสร้างระบบที่จะไม่ให้มีที่หลบภัย (Safe haven) แก่ผู้กระทำการทรมาน⁴⁴⁰

Lord Hutton เห็นว่า สหราชอาณาจักรไม่มีเขตอำนาจเหนือการทรมานที่เกิดขึ้นก่อน ค.ศ. 1988 เพราะสหราชอาณาจักรยังไม่ได้เป็นภาคีของ CAT แต่ในกรณีของการทรมานที่เกิดขึ้นหลัง ค.ศ. 1988 Lord Hutton พิจารณาว่า CAT ได้กำหนดพันธกรณีไว้ชัดเจนว่า รัฐภาคีมีหน้าที่ดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีกับผู้กระทำการทรมาน ซึ่งรวมถึงการส่งผู้ร้ายข้ามแดนด้วยเช่นเดียวกัน Lord Hutton จึงเห็นว่าบทบัญญัติมีเจตนาชัดเจนที่เจ้าหน้าที่ของรัฐหนึ่งที่กระทำการทรมานควรจะถูกดำเนินคดีหากปรากฏตัวอยู่ในรัฐใดรัฐหนึ่งที่เป็นภาคีอนุสัญญา แต่กระนั้น Lord Hutton กลับมองว่า การทรมานไม่ใช่หน้าที่ของประมุขของรัฐ เพราะกฎหมายระหว่างประเทศห้ามการทรมาน ดังนั้น ประมุขของรัฐจะอ้างความคุ้มกันจากหน้าที่ไม่ได้ เนื่องจากการทรมานอยู่นอกขอบเขตของหน้าที่⁴⁴¹

Lord Saville of Newdigate เห็นว่า อดีตประมุขของรัฐไม่สามารถได้รับความคุ้มกันส่วนบุคคล (Immunity *personae*) เพราะได้พ้นจากตำแหน่งไปเรียบร้อยแล้ว แต่อดีตประมุขของรัฐยังได้ความคุ้มกันจากการกระทำใดๆก็ตามที่เกิดขึ้นขณะเป็นมุขของรัฐอยู่ (Immunity *materiae*) นอกจากนี้ CAT ระบุว่า “อนุสัญญานี้ใช้กับการกระทำการทรมานที่เกิดขึ้นโดยการส่งเสริมหรือการยินยอมหรือการยอมรับโดยไม่ได้แย้งโดยเจ้าหน้าที่รัฐ หรือบุคคลอื่นที่ปฏิบัติหน้าที่ในฐานะของเจ้าหน้าที่” ซึ่งหมายความว่า การทรมานจะเกิดขึ้นได้โดยเจ้าหน้าที่รัฐเท่านั้น ดังนั้น ประมุขของรัฐก็ต้องตกอยู่ในฐานะเจ้าหน้าที่ของรัฐด้วยตามความหมายของอนุสัญญาฯ อย่างไรก็ตาม รัฐภาคี CAT ตกกลงร่วมกันแล้วว่า รัฐภาคีอื่นๆสามารถใช้เขตอำนาจเหนือเจ้าหน้าที่ผู้ทรมาน (Official tortures) ที่อยู่ในดินแดนของรัฐได้ โดยอาศัยการส่งผู้ร้ายข้ามแดนหรือการส่งตัวให้แก่เจ้าหน้าที่เพื่อการดำเนินคดี ดังนั้น การใช้ความคุ้มกันในความเห็นของ Lord Saville จึงไม่สอดคล้องกับอนุสัญญาฯ ยิ่งไปกว่านั้น ซีลี สเปน และสหราชอาณาจักรต่างเป็นภาคีของ CAT ประเทศทั้ง 3 จึงอยู่ใน

⁴⁴⁰ Regina v. Bartle and the Commissioner of Police for the Metropolis and Others Ex Parte Pinochet, House of Lord (Lord Browne-Wilkinson)

⁴⁴¹ Regina v. Bartle and the Commissioner of Police for the Metropolis and Others Ex Parte Pinochet, House of Lord (Lord Hutton)

พันธกรณีที่จะไม่ให้ความคุ้มกันจากหน้าที่ (Immunity *materiae*) แก่เจ้าหน้าที่ผู้ทรمانที่ถูกกล่าวหา⁴⁴²

Lord Millett เห็นว่า คดีนี้ไม่ใช่ความคุ้มกันส่วนบุคคล (Immunity *personae*) เพราะโดยทั่วไปความคุ้มกันประเภทนี้มากับตำแหน่งที่ปฏิบัติหน้าที่ เช่น ประมุขของรัฐ หัวหน้ารัฐบาล รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศ อย่างไรก็ตาม Pinochet ได้พ้นจากตำแหน่งประมุขของรัฐไปแล้ว ความคุ้มกันประเภทนี้จึงไม่สามารถนำมาใช้ได้ ความคุ้มกันที่เกี่ยวข้องกับคดีนี้คือความคุ้มกันจากหน้าที่ (Immunity *materiae*) ซึ่งเป็นความคุ้มกันจากการกระทำของเจ้าหน้าที่หรือการกระทำของรัฐ และเนื่องจากข้อกล่าวหาที่ปรากฏเป็นข้อกล่าวหาในการกระทำระหว่างที่ Pinochet เป็นประมุขของรัฐ Lord Millett มองว่า อาชญากรรมที่ถูกห้ามตามกฎหมายระหว่างประเทศจะได้รับเขตอำนาจสากลก็ต่อเมื่อ ประการแรก การกระทำนั้นขัดต่อกฎเกณฑ์ที่ไม่สามารถยกเว้นเป็นอย่างอื่นได้ ประการที่สอง การกระทำนั้นรุนแรงในระดับที่นับได้ว่าเป็นการโจมตีต่อคำสั่งทางกฎหมายระหว่างประเทศ (International legal order) รัฐต่างๆมีเขตอำนาจภายใต้กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศที่จะใช้เขตอำนาจนอกอาณาเขต (Extra-territorial jurisdiction) ในกรณีที่เกี่ยวข้องกับอาชญากรรมระหว่างประเทศที่เข้าเกณฑ์ทั้งสองกรณีที่ได้กล่าวมา Lord Millett เห็นว่าการใช้การทรمانในฐานะเครื่องมือของรัฐมีสถานะเช่นเดียวกันกับโจรสลัด (Piracy) อาชญากรรมสงคราม (War crimes) และอาชญากรรมต่อความสงบ (Crimes against peace) ก่อน ค.ศ. 1984 แล้ว ดังนั้น ศาลสหราชอาณาจักรมีเขตอำนาจนอกอาณาเขตในกรณีการทรمانในคดีนี้และไม่จำเป็นต้องอาศัยอำนาจของกฎหมายภายในแต่อย่างใด อย่างไรก็ตาม การวินิจฉัยจะต้องตัดสินจากกฎหมาย ซึ่งก็คือ Section 134 ของ Criminal Justice Act 1988 อันเป็นกฎหมายที่อนุวัติการมาจาก CAT เมื่อพิจารณาแล้วพบว่า กฎหมายฉบับนี้ไม่ใช่บังคับย้อนหลัง ดังนั้น Pinochet จึงถูกส่งเป็นผู้ร้ายข้ามแดนไม่ได้หากพิจารณาจากการกระทำก่อนที่กฎหมายจะมีผลบังคับใช้ใน ค.ศ. 1988 แม้กระนั้น บทบัญญัติใน Section 134 ทำให้ศาลมีเขตอำนาจนอกอาณาเขตกับการกระทำหลังจากที่กฎหมายฉบับนี้มีผลบังคับใช้ ซึ่งนั่นหมายถึงการสมรู้ร่วมคิดในการสังหารบุคคลของ Pinochet หลัง ค.ศ. 1988 Lord Millett มองว่า ถ้าความคุ้มกันจากหน้าที่ในฐานะอดีตประมุขของรัฐสามารถอ้างได้ Section 134 ก็เสมือนเป็นเพียงแค่กระดาษเปล่า Section 134 และ CAT ต่างให้สิทธิแก่รัฐภาคีที่จะดำเนินการส่งตัวผู้ร้ายข้ามแดน และเมื่อชิลีในฐานะรัฐภาคีที่จะต้องปฏิบัติตาม CAT แต่กลับปฏิเสธที่จะทำ สหราชอาณาจักรและสเปนก็มีหน้าที่ที่จะปฏิบัติตามพันธกรณีเอง⁴⁴³

Lord Phillips of Worth Matravers เห็นว่า หาก Pinochet ยังคงเป็นประมุขของรัฐอยู่ สหราชอาณาจักรก็ไม่สามารถทำอะไรได้ แต่ในปัจจุบัน Pinochet ไม่ได้เป็นประมุขของรัฐแล้ว

⁴⁴² Regina v. Bartle and the Commissioner of Police for the Metropolis and Others Ex Parte Pinochet, House of Lord (Lord Saville of Newdigate)

⁴⁴³ Regina v. Bartle and the Commissioner of Police for the Metropolis and Others Ex Parte Pinochet, House of Lord (Lord Millett)

ซึ่งทั้ง Pinochet และซีลีต่างยอมรับว่า Pinochet ไม่ได้ความคุ้มกันส่วนบุคคล (Immunity personae) แต่ได้ความคุ้มกันจากหน้าที่ (Immunity materiae) เพราะการทรมานเกิดขึ้นขณะที่ยังดำรงตำแหน่งอยู่ หลังจากที่ Lord Phillips ได้พิจารณากฎหมายระหว่างประเทศจำนวนมากและพบว่า มีอาชญากรรมบางประเภทที่มีความรุนแรงขนาดทำให้เกิดความเสียหายต่อจิตสำนึกของมวลมนุษยชาติ และอาชญากรรมเหล่านี้ไม่สามารถยอมให้เกิดขึ้นได้ในประชาคมระหว่างประเทศด้วยเหตุนี้ การใช้เขตอำนาจนอกราชอาณาจักรจึงควรมีอยู่เพื่อดำเนินคดีกับปัจเจกชนที่กระทำความผิด แม้ว่าปัจเจกชนจะอยู่นอกดินแดนที่การกระทำนั้นเกิดขึ้นก็ตาม Lord Phillips มองว่า อาชญากรรมระหว่างประเทศและการใช้เขตอำนาจนอกราชอาณาจักรเป็นสิ่งใหม่ที่เกิดขึ้นในกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีเมือง และความคุ้มกันจากหน้าที่ไม่สามารถที่จะสอดคล้องกับหลักการทั้งสองนี้ได้ หลักการใช้เขตอำนาจนอกราชอาณาจักรอยู่เหนือหลักการที่ว่ารัฐหนึ่งไม่ควรแทรกแซงกิจการภายในของอีกรัฐหนึ่งนั้นก็เพราะเมื่อใดก็ตามที่มีอาชญากรรมระหว่างประเทศเกิดขึ้น หลักการใช้เขตอำนาจนอกราชอาณาจักรจะอยู่เหนือกว่าเสมอ ยิ่งไปกว่านั้น หากพิจารณาจาก CAT ที่สร้างพันธกรณีให้รัฐภาคีต้องดำเนินคดีหรือส่งผู้ร้ายข้ามแดนกับบุคคลที่กระทำการที่ได้บัญญัติห้ามไว้ในอนุสัญญาฯ หากหลักความคุ้มกันจากหน้าที่สามารถนำมาใช้ได้ อนุสัญญาฯ เองก็จะไม่มีความสอดคล้องกับการใช้ความคุ้มกันจากหน้าที่ซึ่งหากเป็นเช่นนี้ Lord Phillips เห็นว่า รัฐภาคีอนุสัญญาฯ ต้องปฏิบัติตามพันธกรณีบนสมมติฐานที่ว่าไม่มีความคุ้มกันจากหน้าที่ใดที่จะสามารถสอดคล้องกับการทรมานและอาชญากรรมที่ขัดต่อกฎหมายระหว่างประเทศได้⁴⁴⁴

โดยสรุป ศาลวินิจฉัยว่า Pinochet ไม่ได้รับความคุ้มกันจากกระบวนการพิจารณาทางอาญา เนื่องจากข้อกล่าวหาที่ว่ามีการกระทำการทรมานเกิดขึ้น อนุสัญญาฯ CAT ถูกใช้เป็นหลักในการวินิจฉัย โดยผู้พิพากษาแต่ละคนให้เหตุผลที่แตกต่างกันออกไป ทั้งนี้จากกล่าวได้ว่า CAT ได้สร้างพันธกรณีให้รัฐภาคีอนุสัญญาฯ ในการดำเนินคดีหรือส่งผู้ร้ายข้ามแดนหากมีการกระทำที่เป็น การละเมิดฐานความผิดตามอนุสัญญาฯ พันธกรณีนี้ได้สร้างเขตอำนาจสากลขึ้นมาเพื่อที่จะดำเนินการกระบวนการพิจารณาทางอาญากับผู้ที่ถูกกล่าวหา และเมื่อใดก็ตามที่มีการอ้างความคุ้มกันขึ้นมา กรณี่ที่เป็นความคุ้มกันส่วนบุคคล (Immunity personae) ผู้พิพากษาส่วนใหญ่ยังเห็นว่า บุคคลที่ดำรงตำแหน่งอยู่ยังคงสามารถได้รับความคุ้มกันแบบเด็ดขาดเช่นเดิม แต่กรณี่ที่บุคคลที่ถูกกล่าวหาพ้นจากตำแหน่งความคุ้มกันส่วนบุคคลก็จะเปลี่ยนไปเป็นความคุ้มกันจากหน้าที่ (Immunity materiae) โดยความคุ้มกันนี้จะครอบคลุมเฉพาะการกระทำในขณะที่ดำรงตำแหน่งเท่านั้น อย่างไรก็ตาม ผู้พิพากษาส่วนมากมองว่า แม้การทรมานจะเกิดขึ้นขณะที่ Pinochet ดำรงตำแหน่งประมุขของรัฐ แต่การให้ความคุ้มกันจากหน้าที่ไม่สอดคล้องกับพันธกรณีตาม CAT ที่ทั้งซีลี, สเปน และสหราชอาณาจักรเป็นภาคี ผู้พิพากษาส่วนใหญ่ให้การสนับสนุนเหตุผลด้วยการอธิบายถึงความรุนแรงของการกระทำอาชญากรรมระหว่างประเทศโดยยกแนวคิดของนักกฎหมายระหว่างประเทศเป็นหลัก ประกอบกับแนวคำพิพากษาศาลภายใน โดยเฉพาะอย่างยิ่งคดี Eichman ในศาลอิสราเอล ประกอบ

⁴⁴⁴ Regina v. Bartle and the Commissioner of Police for the Metropolis and Others Ex Parte Pinochet, House of Lord (Lord Phillips of Worth Matravers)

กับแนวคำพิพากษาจากศาลเนือร์นแบร์ก (Nuremberg trials) จะมีแต่ก็เพียง Lord Hoffman เท่านั้นที่เห็นว่า การทรมานไม่ใช่การกระทำของเจ้าหน้าที่รัฐ เพราะการทรมานถูกห้ามโดยกฎหมายระหว่างประเทศ เมื่อไม่ใช่การกระทำของเจ้าหน้าที่รัฐ ความคุ้มกันจากหน้าที่ที่ไม่มีอยู่ Pinochet จะอ้างความคุ้มกันหรือสละความคุ้มกันไม่ได้ เพราะกฎหมายระหว่างประเทศไม่ได้ให้ความคุ้มกันกับการกระทำที่เป็นการทรมานอยู่แล้ว

ผู้เขียนเห็นว่าปัญหาของคดี Pinochet คือคดีนี้เป็นคดีที่เกี่ยวข้องกับ ‘ความคุ้มกันทางอาญาของอดีตประมุขของรัฐ’ ซึ่งประมุขของรัฐจะสามารถใช้ความคุ้มกันได้ก็ต่อเมื่ออยู่ในตำแหน่งหน้าที่เท่านั้น กรณีที่พ้นจากตำแหน่งมาแล้วความคุ้มกันก็ยังคงอยู่ แต่จะครอบคลุมเฉพาะการกระทำในขณะดำรงอยู่ในตำแหน่งเท่านั้น เมื่อนำมาเปรียบเทียบกับคดี Jurisdictional Immunities of the State ซึ่งเป็นกรณี ‘ความคุ้มกันของรัฐจากการฟ้องร้องทางแพ่ง’ ที่มีความแตกต่างกันในประเภทของความคุ้มกัน เพราะในคดีเป็นการฟ้องแพ่งต่อรัฐต่างประเทศโดยตรงเพื่อเรียกร้องค่าเสียหาย ไม่ใช่เป็นการฟ้องคดีทางอาญาต่อบุคคลใดบุคคลหนึ่ง โดยทั่วไปแล้วหลักการเขตอำนาจสากลถูกสร้างขึ้นมาเพื่อป้องกันไม่ให้ผู้ที่กระทำความผิดอาชญากรรมร้ายแรงสามารถหนีรอดจากการถูกนำตัวมาดำเนินการพิจารณาได้โดยใช้ความคุ้มกัน อย่างไรก็ตาม หลักการของเขตอำนาจสากลไม่มีเจตนาที่จะสร้างมาเพื่อใช้กับความรับผิดทางแพ่งของรัฐ ผู้เขียนมีความเห็นตรงกับคำพิพากษาบางส่วนในคดี Jurisdictional Immunities of the State ที่ศาลระบุว่า

“ศาลฯเห็นว่าคดี Pinochet ที่เกิดขึ้นในศาลสหราชอาณาจักรเกี่ยวกับความคุ้มกันของอดีตประมุขของรัฐ (Former head of state) จากเขตอำนาจทางอาญา (Criminal jurisdiction) ไม่ใช่ความคุ้มกันของรัฐในกระบวนการพิจารณาที่เกี่ยวกับการรับผิดชอบต่อค่าความเสียหาย (Damages) ที่เกิดขึ้น ศาลฯมองว่ากระบวนการพิจารณาทางอาญา (Criminal proceedings) และกระบวนการพิจารณาทางแพ่ง (Civil proceedings) ต้องแยกจากกัน ดังที่ศาลในสหราชอาณาจักรได้วินิจฉัยไว้หลายกรณี นอกจากนี้เหตุผลที่ศาลวินิจฉัยในคดี Pinochet มีฐานมาจาก United Nation Convention against Torture 1984 ซึ่งไม่มีความเกี่ยวข้องกับคดีนี้”⁴⁴⁵

⁴⁴⁵ Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening), International Court of Justice, para.87

“Pinochet concerned the immunity of a former Head of State from the criminal jurisdiction of another State, not the immunity of the State itself in proceedings designed to establish its liability to damages. The distinction between the immunity of the official in the former type of case and that of the State in the latter case was emphasized by several of the judges in Pinochet ... Moreover, the rationale for the judgment in Pinochet was based upon the specific language of the 1984 United Nations Convention against Torture, which has no bearing on the present case.”

เขตอำนาจศาลที่กล่าวมาข้างต้นทั้งหมดนั้นเป็นเขตอำนาจศาลทางอาญา ซึ่งเป็นที่ชัดเจนแล้วว่า ไม่สามารถนำมาใช้ได้กับการฟ้องร้องทางแพ่ง คำถามสำคัญที่ตามมาก็คือ แล้วเขตอำนาจศาลทางแพ่ง (Universal civil jurisdiction) มีอยู่บนโลกใบนี้หรือไม่ เมื่อทำการศึกษาแล้วพบว่า ในสหรัฐอเมริกา มีกฎหมายที่ชื่อว่า Alien Tort Statute (ATS) เป็นกฎหมายที่ออกโดยสภาองเกรสในปี ค.ศ. 1789 และเป็นหนึ่งในกฎหมายไม่กี่ฉบับของสหรัฐอเมริกาที่มีอายุเกินกว่า 200 ปีที่ยังมีการนำมาใช้ในปัจจุบัน โดยบทบัญญัติของกฎหมายฉบับนี้มีเพียงแค่ 1 ข้อบทเท่านั้นระบุว่า

“ศาลมีเขตอำนาจเหนือการฟ้องคดีแพ่งใดๆ ที่ยื่นมาโดยคนต่างด้าวสำหรับการละเมิดที่เป็นการกระทำละเมิดต่อกฎหมายระหว่างประเทศหรือสนธิสัญญาของสหรัฐอเมริกา”⁴⁴⁶

กฎหมายฉบับนี้ได้รับการชื่นชมจาก Antonio Cassese ว่า ATS เป็นกฎหมายที่เข้ามาเติมเต็มช่องว่างให้กับปัจเจกชนเมื่อใดก็ตามที่องค์ภาวะระหว่างประเทศ (International entity) หรือรัฐไม่ให้ปัจเจกชนสามารถเข้าถึงศาลได้ อย่างไรก็ตาม Cassese แสดงความกังวลด้วยว่า “ลักษณะทางแพ่งของ ATS จะสร้างความอันตรายให้แก่ศาลสหรัฐอเมริกาในการสร้างเขตอำนาจของศาลเองให้เป็นผู้พิพากษาสากล (Universal judges) ในความโหดร้ายที่กระทำขึ้นในต่างประเทศ อาจทำให้สหรัฐอเมริกาเป็นลัทธิจักรวรรดินิยมทางมนุษยธรรม (Humanitarian imperialism)”⁴⁴⁷ ด้านฝ่ายต่อต้าน ATS อ้างว่า กฎหมายระหว่างประเทศไม่มีการยอมรับเขตอำนาจศาลทางแพ่ง ทฤษฎีกฎหมายระหว่างประเทศไม่ได้สร้างพันธกรณีให้รัฐจะต้องใช้เขตอำนาจในทางแพ่งในกรณีสิทธินอกอาณาเขต (Extraterritorial)⁴⁴⁸

หนึ่งในคดีสำคัญที่ศาลสูงสหรัฐอเมริกาได้วินิจฉัยคือ *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum Co.* ในปี ค.ศ. 2013 ซึ่งมีความเกี่ยวข้องกับ ATS โดยตรงเนื่องจากโจทก์ได้ยื่นคำฟ้องต่อศาลว่า ศาลมีเขตอำนาจตาม ATS แม้ว่าการกระทำที่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่โจทก์นั้นจะเกิดขึ้นภายนอกดินแดนของสหรัฐอเมริกาก็ตาม อย่างไรก็ตาม ศาลปฏิเสธเหตุผลของโจทก์

Kiobel v. Royal Dutch Petroleum Co.

เป็นคดีระหว่าง Esther Kiobel คนชาติไนจีเรียที่ขอลี้ภัยในสหรัฐอเมริกาได้ยื่นคำฟ้องเป็นคดีต่อบริษัท Royal Dutch Petroleum ข้อเท็จจริงของคดีมีอยู่ว่า โจทก์ซึ่งเป็นคนชาติ

⁴⁴⁶ Alien Tort Statute, 28 U.S.C. §1350

“The district courts shall have original jurisdiction of any civil action by an alien for a tort only, committed in violation of the law of nations or a treaty of the United States.”

⁴⁴⁷ Vivian Grosswald Curran, *Mass Torts and Universal Jurisdiction*, University of Pennsylvania Journal of International Law (2013), p.800

“the danger for courts of [the United States] of setting themselves up as universal judges of atrocities committed abroad, a sort of humanitarian imperialism”

⁴⁴⁸ Ibid

ไนจีเรียและเข้ามาลี้ภัยในสหรัฐอเมริกาได้ยื่นฟ้องบริษัท Royal Dutch Petroleum เป็นจำเลยในศาลชั้นต้น (United States District Court for the Southern District of New York) กล่าวหาจำเลยว่า ในขณะที่โจทก์อาศัยอยู่ในไนจีเรีย จำเลยและบริษัท Shell Transport and Trading Company มีที่ทำการใหญ่อยู่ในเนเธอร์แลนด์และอังกฤษตามลำดับ ได้ตั้งบริษัทลูกร่วมกันระหว่าง 2 บริษัทที่มีชื่อว่า Shell Petroleum Development of Nigeria Ltd. (SPDC) ดำเนินกิจการอยู่ในไนจีเรียเพื่อทำการสำรวจและแสวงหาน้ำมัน⁴⁴⁹

คำฟ้องของโจทก์ระบุว่าผู้คนที่อาศัยอยู่ในบริเวณที่มีการสำรวจและแสวงหาน้ำมัน ออกมาต่อต้านบริษัท SPDC ด้วยเหตุผลทางด้านสิ่งแวดล้อม แต่หลังจากนั้นจำเลยได้ขอความช่วยเหลือจากรัฐบาลไนจีเรียให้จัดการสลายการประท้วงต่อต้าน ในคำฟ้องโจทก์กล่าวหาว่าตำรวจและทหารของไนจีเรียทำการโจมตีหมู่บ้านที่โจทก์อาศัยอยู่ รวมทั้งมีการทุบตี การฆ่า ช่มชืด ขโมย และจับผู้ที่อยู่อาศัยในหมู่บ้าน โจทก์เห็นว่าจำเลยมีส่วนช่วยเหลือในการกระทำความผิดโดยการให้อาหาร อุปกรณ์ ค่าแรง รวมถึงอำนวยความสะดวกด้านการขนส่งแก่กองกำลังไนจีเรีย⁴⁵⁰ หลังจากที่เกิดเหตุการณ์สลายการประท้วง โจทก์ขอลี้ภัยมายังสหรัฐอเมริกาและได้รับอนุญาตให้อยู่อย่างถูกต้องตามกฎหมาย โจทก์จึงได้ยื่นฟ้องต่อจำเลยโดยอาศัยอำนาจตาม Alien Tort Statute (ATS) และขอให้ศาลวินิจฉัยให้มีการเยียวยาโจทก์ภายใต้กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ โดย ATS บัญญัติให้

“ศาลมีเขตอำนาจเหนือการฟ้องคดีแพ่งใดๆ ที่ยื่นมาโดยคนต่างด้าวสำหรับการละเมิดที่เป็นการกระทำละเมิดต่อกฎหมายระหว่างประเทศหรือสนธิสัญญาของสหรัฐอเมริกา”

โจทก์บรรยายฟ้องว่าจำเลยได้ทำการละเมิดกฎหมายระหว่างประเทศโดยให้ความช่วยเหลือรัฐบาลไนจีเรียในการกระทำความผิด ศาลชั้นต้นเห็นว่าจำเลยได้ทำการละเมิดต่อโจทก์จริงแต่ไม่ใช่ทุกข้อกล่าวหาตามที่โจทก์ได้ฟ้องมา ท้ายที่สุดศาลชั้นต้นเปิดโอกาสให้จำเลยสามารถอุทธรณ์ได้โดยออกเป็นคำสั่งอนุญาตให้อุทธรณ์⁴⁵¹

เมื่อคดีมาถึงศาลอุทธรณ์ (Appeal Court of Second Circuit) ศาลยกฟ้องจำเลยทั้งหมดในทุกข้อกล่าวหาตามคำฟ้องโดยให้เหตุผลว่ากฎหมายระหว่างประเทศยังไม่มีมารับรองในเรื่องความรับผิดของบริษัท (Corporate Liability) และศาลสูง (Supreme Court of United States) ได้ทำการพิจารณาเบื้องต้นแล้วว่าให้ทั้งสองฝ่ายมีสิทธิฎีกาคำพิพากษาศาลอุทธรณ์ขึ้นมาที่ศาลสูง โดยประเด็นที่ศาลสูงจะวินิจฉัยคือ “ATS นั้นอนุญาตให้ศาลยอมรับมูลคดีอันเกิดจากการละเมิดกฎหมายระหว่างประเทศที่เกิดในดินแดนของรัฐอื่นที่ไม่ใช่สหรัฐอเมริกาหรือไม่”⁴⁵²

⁴⁴⁹ Kiobel v. Royal Dutch Petroleum Co., Supreme Court of the United States, p.1

⁴⁵⁰ Ibid, p.2

⁴⁵¹ Ibid

⁴⁵² Ibid, p.3

ศาลสูงเริ่มต้นด้วยการพูดถึงที่มาของ ATS ว่าเป็นกฎหมายที่ผ่านโดยสภาองเกรส (Congress) ในปี ค.ศ. 1789 โดยที่ ATS ให้ศาลแขวงมีเขตอำนาจในการรับคดีบางชนิด แต่ไม่ได้กำหนดไว้ชัดเจนว่าจะต้องมีมูลคดีเป็นเช่นไร อย่างไรก็ตาม สภาองเกรสก็ไม่ได้ต้องการให้กฎหมายฉบับนี้ใช้ไม่ได้ในทางปฏิบัติ การที่จะให้ศาลมีเขตอำนาจตามกฎหมายฉบับนี้จะต้องเป็นมูลคดีที่มีความเหมาะสม และข้อเท็จจริงนั้นต้องเป็นการละเมิดกฎหมายระหว่างประเทศ ประเด็นที่ต้องพิจารณาในคดีนี้คือ ข้อกล่าวหาของโจทก์สามารถอ้าง ATS ได้หรือไม่ ในเมื่อการกระทำนั้นเกิดขึ้นในดินแดนต่างประเทศ โดยในประเด็นนี้จำเลยโต้แย้งข้อกล่าวหาของโจทก์ว่า ATS ไม่สามารถใช้ครอบคลุมถึงการกระทำในดินแดนต่างประเทศได้ โดยอ้างหลักการ “ข้อสันนิษฐานอันเกี่ยวกับสิทธินอกอาณาเขต (Presumption against extraterritorial)” (ต่อไปนี้จะเรียกว่า ข้อสันนิษฐาน) ซึ่งเป็นหลักการที่มีความหมายว่า

“เมื่อกฎหมายไม่ได้ระบุไว้ชัดเจนในเรื่องการใช้สิทธินอกอาณาเขต (Extraterritorial) นั้นแปลว่าไม่มี”⁴⁵³

ศาลฯ เห็นว่าข้อสันนิษฐานนี้มีขึ้นเพื่อป้องกันการกระทบกระทั่งกันอย่างไม่ตั้งใจระหว่างกฎหมายของสหรัฐอเมริกา กับกฎหมายของรัฐอื่นๆ ซึ่งอาจส่งผลกระทบต่อความไม่ลงรอยกันทางระหว่างประเทศได้ ATS เองเป็นกฎหมายที่เกี่ยวกับการใช้เขตอำนาจ และ ATS ให้ศาลสามารถพิจารณามูลคดีบางประเภทได้ โดยต้องมีฐานจากบรรทัดฐานที่แน่ชัดของกฎหมายระหว่างประเทศ ซึ่งศาลฯ ในคดี Sosa ได้เคยวินิจฉัยแล้วว่า “ศาลฯ มีความจำเป็นที่จะต้องระมัดระวังในการพิจารณาว่า คำร้องประเภทใดบ้างที่ศาลฯ จะสามารถนำมาพิจารณาได้บ้างหากใช้เขตอำนาจตาม ATS” โดยการพิจารณาว่าจะรับหรือไม่รับคดีอาจดูได้จากข้อเท็จจริงตามคดี Sosa ที่จำกัดศาลให้รับพิจารณามูลคดีเพียงแค่ว่าข้อกล่าวหาในการละเมิดกฎหมายระหว่างประเทศที่มีลักษณะเฉพาะ เป็นสากลและเป็นพันธกรณีที่จะต้องปฏิบัติ ดังนั้น หลักการที่สำคัญสำหรับข้อสันนิษฐานนี้คือ ศาลมีเขตอำนาจที่จำกัดในการรับฟ้องคดีภายใต้ ATS⁴⁵⁴

อย่างไรก็ตาม โจทก์โต้แย้งว่าแม้ข้อสันนิษฐานจะใช้ตามที่จำเลยอ้าง แต่ตัวบทประวัติศาสตร์ และความมุ่งประสงค์ของ ATS สามารถโต้แย้งข้อสันนิษฐานนี้ได้ ศาลเห็นว่า จริ่งอยู่ที่สภาองเกรสในปี ค.ศ. 2006 ได้ออกกฎหมายระบุว่าต้องการให้กฎหมายของสหรัฐอเมริกาใช้กับการกระทำที่เกิดขึ้นในต่างประเทศด้วย (เช่น การฆ่าล้างเผ่าพันธุ์) แต่การจะโต้แย้งข้อสันนิษฐานที่จำเลยได้อ้างมา ATS จำเป็นจะต้องแสดงให้เห็นอย่างชัดเจนว่า บทบัญญัติมีการระบุอย่างชัดเจนในเรื่องสิทธินอกอาณาเขต ศาลเห็นว่าไม่มีถ้อยคำใดใน ATS ที่ระบุว่า สภาองเกรสมีความประสงค์ให้มูลคดีสามารถใช้สิทธินอกอาณาเขตได้ ATS เองครอบคลุมถึงการกระทำของคนต่างด้าวในกรณีการละเมิด

⁴⁵³ Ibid, p.4

“[w]hen a statute gives no clear indication of an extraterritorial application, it has none,”

⁴⁵⁴ Ibid, p.4-6

กฎหมายระหว่างประเทศ แต่ไม่ได้ระบุถึงการใช้สิทธินอกอาณาเขตและคำว่า “คำฟ้องแพ่งใดๆ” (any civil actions) ในบทบัญญัติก็ไม่ได้ใช้กับการละเมิดที่เกิดในต่างประเทศ และไม่ว่าจะเป็นคำว่า ‘any’ หรือ ‘every’ ก็ไม่สามารถจะโต้แย้งข้อสันนิษฐานของจำเลยได้

ต่อมาโจทก์โต้แย้งว่าสภาองเกรสขณะร่างกฎหมายระบุให้การละเมิดที่ว่าหมายถึงสามารถใช้อำนาจเหนือ Transitory torts⁴⁵⁵ ที่เกิดในดินแดนต่างประเทศได้ โจทก์จึงยกหลักกฎหมาย Common-law ที่ให้ศาลใช้เขตอำนาจเหนือ Transitory torts ที่เกิดในต่างประเทศได้อย่างไรก็ตาม ศาลฯเห็นว่าหลัก Transitory tort จะทำให้ศาลมีเขตอำนาจก็ต่อเมื่อมูลคดีจะต้องเกิดขึ้นในดินแดนที่มีการละเมิดเกิดขึ้น กล่าวคือต้องเป็นการละเมิดที่เกิดขึ้นในดินแดนของศาลที่มีการยื่นฟ้องคดี และในคดี Sosa ศาลได้ชี้ว่า ไม่ใช่ศาลมีเขตอำนาจที่จะรับฟ้องคดีที่ให้อำนาจตามกฎหมายต่างประเทศหรือกฎหมายระหว่างประเทศ แต่ประเด็นคือศาลมีอำนาจที่จะรับประเด็นแห่งคดีภายใต้กฎหมายสหรัฐอเมริกาเพื่อที่จะบังคับตามบรรทัดฐานของกฎหมายระหว่างประเทศต่างหาก ดังนั้น การอ้างในเรื่อง Transitory tort ของโจทก์ไม่ได้แสดงให้เห็นว่า สภาองเกรสหมายถึงมูลคดีต่างๆที่รวมไปถึงการกระทำในดินแดนต่างประเทศด้วย⁴⁵⁶

นอกจากนี้หากพิจารณาจากเบื้องหลังทางประวัติศาสตร์ที่ ATS ถูกสร้างขึ้นใน คดี Sosa ศาลวินิจฉัยว่าการที่สภาองเกรสผ่าน ATS ก็เพื่อจะเอามาใช้กับ

1. การละเมิดบุคคลผู้ได้รับอนุญาตจากรัฐให้เดินทางเข้าผ่านเข้า-ออกดินแดน (Violation of safe conduct)
2. การล่วงละเมิดเอกอัครราชทูต (Infringement of ambassadors)
3. โจรสลัด (Piracy)

ทั้งนี้ ใน 2 กรณีแรกไม่มีความเกี่ยวข้องกับการใช้สิทธินอกอาณาเขต เนื่องจากก่อนจะมี ATS ออกมา มีเหตุการณ์ละเมิดกฎหมายระหว่างประเทศในสหรัฐอเมริกา 2 กรณี และภายหลังจากการผ่าน ATS ก็มีอีก 2 กรณีเกิดขึ้น โดยทั้ง 2 กรณีก่อนและหลังเป็นกรณีตามหลักในเรื่องการละเมิดบุคคลผู้ได้รับอนุญาตจากรัฐให้เดินทางเข้าผ่านเข้า-ออกดินแดน (Violation of safe conduct) และการล่วงละเมิดเอกอัครราชทูต (Infringement of ambassadors) ซึ่งไม่ได้แสดงให้เห็นว่า สภาองเกรสต้องการให้ใช้กับการกระทำที่เกิดขึ้นในต่างประเทศ (เพราะทั้ง 4 กรณีเกิดขึ้นในดินแดนสหรัฐอเมริกา) นอกจากนี้ อีกกรณีหนึ่งของการละเมิดกฎหมายระหว่างประเทศที่สภาองเกรสสร้างขึ้นสำหรับ ATS คือ โจรสลัด (Piracy) โดยโจทก์เห็นว่า สภาองเกรสมุ่งประสงค์จะให้ ATS ให้เขตอำนาจศาลต่อการกระทำของโจรสลัดโดยคาดหวังว่า ATS จะใช้กับการกระทำที่เกิดขึ้น

⁴⁵⁵ ทฤษฎีที่มีแนวคิดมาจากคดี Mostyn v. Fabrigas (1774) ในศาลสหราชอาณาจักร โดยฝ่ายโจทก์ในคดีนี้เสนอว่า สหรัฐอเมริกามีเขตอำนาจเหนือบุคคลที่กระทำละเมิดซึ่งพบตัวในดินแดนสหรัฐอเมริกา แม้ว่าการละเมิดที่เกิดขึ้นจะเกิดภายนอกดินแดนสหรัฐอเมริกาก็ตาม

⁴⁵⁶ Kiobel v. Royal Dutch Petroleum Co., Supreme Court of the United States, p.7-8

ต่างประเทศด้วย เนื่องจากศาลเคยวินิจฉัยว่า ทะเลหลวงนั้นเป็นดินแดนต่างประเทศ ศาลเห็นว่าการใช้กฎหมายสหรัฐอเมริกาต่อโจรสลัดไม่ได้เป็นการกำหนดเขตอำนาจทางอธิปไตยของสหรัฐอเมริกาต่อการกระทำที่เกิดขึ้นภายในเขตอำนาจทางดินแดนของรัฐอื่น เพราะโจรสลัดด้วยลักษณะของการกระทำไม่ว่าจะไปพบที่ไหน โดยรัฐไหนก็ตาม เป็นหน้าที่ของรัฐที่จะบังคับใช้กฎหมาย เพราะโจรสลัดไม่ได้ทำกิจกรรมในเขตอำนาจโดยอยู่แล้ว ศาลไม่เห็นว่าการมีอยู่ของมูลคดีในเรื่องโจรสลัดจะเพียงพอที่จะสรุปได้ว่าการกระทำนั้นจะตกอยู่ภายใต้ ATS และถือว่าเป็นการกระทำที่เกิดขึ้นในดินแดนของรัฐอื่น⁴⁵⁷

โจทก์โต้แย้งในประเด็นต่อไปว่าในปี ค.ศ. 1795 มีความเห็นของรัฐมนตรีกระทรวงยุติธรรม (Attorney General) วิลเลียม เบรดฟอร์ด ได้ให้ความเห็นว่ากรณีที่มีชาวอเมริกันบางส่วนเข้าร่วมกับกองเรือรบของฝรั่งเศสในสงครามระหว่างฝรั่งเศสกับสหราชอาณาจักรในเซียร์รา ลีโอน (Sierra Leone) และชาวอเมริกาเหล่านั้นได้โจมตีคนของสหราชอาณาจักร ทั้งที่สหรัฐอเมริกาประกาศขอเป็นประเทศที่เป็นกลางไม่เข้าข้างฝ่ายใด ทูตของสหราชอาณาจักรจึงทำการประท้วง เบรดฟอร์ด ตอบกลับว่า “...บุคคลที่ได้รับความเสียหายหากต้องการการเยียวยาจากการฟ้องแพ่งสามารถฟ้องได้ในศาลสหรัฐอเมริกา” และ “... เขตอำนาจได้ถูกมอบให้ต่อศาลทั้งหลายในทุกกรณีที่คนต่างด้าวฟ้องละเมิดต่อการกระทำที่เป็นการละเมิดกฎหมายระหว่างประเทศ หรือสนธิสัญญาของสหรัฐอเมริกา” จากคำกล่าวนี้เองทำให้โจทก์เห็นว่านี่คือจุดเริ่มต้นของ ATS ที่ให้เขตอำนาจศาลกับการกระทำที่เกิดขึ้นนอกประเทศสหรัฐอเมริกา จำเลยโต้แย้งในประเด็นนี้ โดยเห็นว่าตอนที่ เบรดฟอร์ด พูดนั้นหมายถึงบริบทในสงคราม และการกระทำที่เกิดขึ้นในทะเลหลวง และสนธิสัญญาในขณะนั้นให้สามารถใช้สิทธินอกอาณาเขตได้ นอกจากนี้ Solicitor General ก็เคยให้ความเห็นว่า ATS สามารถยกขึ้นมาได้เฉพาะการกระทำที่ไม่ได้เกิดในรัฐต่างประเทศ⁴⁵⁸

ศาลเห็นว่า แม้ว่ารัฐมนตรีเบรดฟอร์ด จะให้ความเห็นชัดเจนแต่ศาลจะไม่นำมาใช้ในคดีนี้ ไม่ว่าจะความหมายที่แท้จริงของคำกล่าวนั้นจะเป็นอย่างไรก็ตาม ความเห็นของรัฐมนตรีเบรดฟอร์ด ไม่เพียงพอที่จะโต้แย้งน้ำหนักเกี่ยวกับข้อสันนิษฐานได้ ท้ายที่สุด ศาลมองว่าไม่มีข้อบ่งชี้ใดๆที่จะสันนิษฐานว่า ATS ผ่านสภาองเกรสมาเพื่อให้ศาลของสหรัฐอเมริกาเป็นที่อำนวยความสะดวกสำหรับการบังคับใช้กฎหมายระหว่างประเทศ และเป็นไปไม่ได้ที่จะคาดเดาเอาว่า สภาองเกรสในขณะนั้นต้องการให้ประเทศสาธารณรัฐที่ด้อยประสบการณ์อย่างสหรัฐอเมริกาเป็นประเทศแรกที่ใช้อำนาจเช่นนี้ และแน่นอนว่าคูพิพาทไม่ได้เสนอพยานหลักฐานว่ามีชาติใดจะทำเช่นเดียวกันนี้ ทั้งนี้ไม่มีหลักฐานใดปรากฏในบริบททางประวัติศาสตร์ว่า สภาองเกรสตั้งใจให้ ATS ครอบคลุมถึงการกระทำที่เกิดขึ้นในดินของรัฐต่างประเทศ นอกจากนี้แล้วหากศาลยอมรับข้อโต้แย้งของโจทก์อาจกล่าวโดยปริยายได้ว่ารัฐอื่นๆก็สามารถใช้กฎหมายเพื่อนำชาวอเมริกันขึ้นศาลไหนก็ได้เช่นเดียวกัน ข้อ

⁴⁵⁷ Ibid, p.9-10

⁴⁵⁸ Ibid, p.11-12

สันนิษฐานตามที่จำเลยอ้างจะคุ้มกันศาลสหรัฐอเมริกาเพื่อไม่ให้เกิดผลที่ตามมาทางนโยบายระหว่างประเทศ และควรให้เป็นหน้าที่ของฝ่ายการเมืองจะเหมาะสมกว่า⁴⁵⁹

ศาลจึงวินิจฉัยว่า ข้อสันนิษฐานอันเกี่ยวกับสิทธินอกอาณาเขต (Presumption against extraterritoriality) ใช้กับข้อกล่าวหาภายใต้ ATS และไม่มีสิ่งใดใน ATS โต้แย้งข้อสันนิษฐานนี้ ข้อเท็จจริงตามที่โจทก์กล่าวอ้างทั้งหมดและการกระทำที่เกี่ยวข้องทั้งหมดเกิดนอกสหรัฐอเมริกาทั้งสิ้น และต่อให้ข้อกล่าวอ้างในมีความเกี่ยวข้องกับสหรัฐอเมริกา ความเกี่ยวข้องนั้นจะต้องเพียงพอที่จะกำหนดข้อสันนิษฐานเช่นว่า บริษัทต่างๆโดยทั่วไปแล้วมีอยู่ในหลายประเทศและก็จะเป็นการเกินไปที่จะพูดว่าการมีอยู่ของบริษัทในที่ไหนๆนั้นเพียงพอที่จะสันนิษฐานว่ามีความเกี่ยวข้องกับสหรัฐอเมริกาอย่างแท้จริง ด้วยเหตุผลที่ได้กล่าวมาข้างต้น ศาลสูงวินิจฉัยยืนตามศาลอุทธรณ์⁴⁶⁰

โดยสรุป ศาลสูงสหรัฐอเมริกายืนยันว่า ATS ไม่ใช่กับการกระทำที่เกิดขึ้นนอกอาณาเขตของสหรัฐอเมริกา โดยคดีนี้ยังคงต้องใช้เป็นบรรทัดฐานในการตัดสินของศาลภายในสหรัฐอเมริกาต่อไป เนื่องจากเป็นคดีล่าสุดที่เกี่ยวกับเขตอำนาจของ ATS ที่ขึ้นมาพิจารณาถึงศาลสูง ดังนั้น ทฤษฎีเรื่องเขตอำนาจสากลทางแพ่งจึงยังคงเป็นได้แค่เพียงทฤษฎีต่อไปเช่นเดิม

ผู้เขียนเห็นว่า เขตอำนาจสากลทางแพ่งยังเป็นแนวคิดที่เป็นไปได้ยาก เพราะแนวคิดนี้เป็นเสมือนกับการก้าวล่วงอำนาจอธิปไตยของรัฐอย่างชัดเจน นอกจากนี้ ปัญหาจากคดีตัวอย่างนี้ก็คือ เป็นคดีระหว่างปัจเจกชนกับนิติบุคคลประเภทบริษัท ซึ่งหากข้อเท็จจริงเปลี่ยนแปลงไปว่าเป็นการกระทำของรัฐ ผลของคดีนี้อาจจะเปลี่ยนแปลงและแตกต่างออกไป เพราะรัฐต่างประเทศที่ถูกฟ้องร้องย่อมต้องอ้างหลักความคุ้มกันของรัฐขึ้นมา ทำให้ศาลที่พิจารณาคดี ในกรณีนี้คือศาลสหรัฐอเมริกาต้องพิจารณากฎหมายภายในที่เกี่ยวข้องกับความคุ้มกันของรัฐ ซึ่งหากพิจารณาจากแนวคำพิพากษาของศาลสหรัฐอเมริกาที่ได้ทำการศึกษานในบทที่ 2 หัวข้อ 2.4 จะได้ข้อสรุปที่ชัดเจนว่า รัฐต่างประเทศยังคงได้รับความคุ้มกันของรัฐ แม้การละเมิดที่เกิดขึ้นจะเป็นการละเมิดต่อกฎเกณฑ์ที่ได้รับสถานะเป็นกฎหมายลักษณะเด็ดขาดก็ตาม

4.2.4 แนวคิดภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศในการให้สิทธิปัจเจกชนยกกฎหมายภายใต้สนธิสัญญาขึ้นมาเพื่อปกป้องสิทธิ

ข้อถกเถียงนี้เกิดในปี ค.ศ. 2001 และ ค.ศ. 2004 เมื่อศาลยุติธรรมระหว่างประเทศได้มีคำพิพากษาคดี LaGrand และ Avena ตามลำดับ โดยทั้งสองคดีนี้มีความเกี่ยวข้องกับข้อที่ 36 ของ Vienna Convention on Consular Relations 1969 (VCCR) ข้อเท็จจริงของทั้งสองคดีมีความคล้ายคลึงกัน เนื่องจากสหรัฐอเมริกาตกเป็นจำเลยของทั้งสองคดีและถูกกล่าวหาในประเด็นที่มี

⁴⁵⁹ Ibid, p.12-14

⁴⁶⁰ Ibid, p.14

ลักษณะเหมือนกัน ข้อเท็จจริงเบื้องต้นมีอยู่ว่า สหรัฐอเมริกาจับกุมคนชาติเยอรมนีในคดี LaGrand และคนชาติเม็กซิโกในคดี Avena โดยตั้งข้อกล่าวหาเป็นคดีอาญาแก่ผู้ถูกจับกุม อย่างไรก็ตาม สหรัฐอเมริกาไม่ได้แจ้งให้ทางกงสุลของรัฐผู้ถูกจับกุมทราบตามข้อที่ 36 ของ VCCR ที่ได้บัญญัติว่า

“1. เพื่ออำนวยความสะดวกแก่การปฏิบัติหน้าที่กงสุลในส่วนเกี่ยวกับคนชาติของรัฐผู้ส่ง

(a) เจ้าหน้าที่กงสุลมีเสรีภาพที่จะสื่อสารและเข้าถึงคนชาติของรัฐผู้ส่ง คนชาติของรัฐผู้ส่งจะมีเสรีภาพเช่นเดียวกันในส่วนที่เกี่ยวกับการสื่อสารและการเข้าถึงเจ้าหน้าที่กงสุลของรัฐผู้ส่ง

(b) ถ้าคนชาติของรัฐผู้ส่งร้องขอ เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจของรัฐผู้รับจะต้องแจ้งให้สถานทำการกงสุลของรัฐผู้ส่งทราบโดยไม่ชักช้า ถ้าคนชาติของรัฐนั้นถูกจับกุม หรือถูกขังไว้ในเรือนจำ หรือถูกควบคุมตัวระหว่างการดำเนินคดี หรือถูกกักขังในลักษณะอื่นใดภายในเขตกงสุล การสื่อสารใดที่มีถึงสถานทำการทางกงสุลโดยบุคคลที่ถูกจับกุมที่อยู่ในเรือนจำที่ถูกควบคุม หรือที่ถูกกักขังนั้น เจ้าหน้าที่ดังกล่าวจะต้องส่งต่อไปโดยไม่ชักช้าด้วยเจ้าหน้าที่ดังกล่าวจะต้องแจ้งให้บุคคลที่เกี่ยวข้องทราบโดยไม่ชักช้าถึงสิทธิของบุคคลนั้นตามอนุวรรคนี

(c) เจ้าหน้าที่กงสุลมีสิทธิเข้าเยี่ยมคนชาติของรัฐผู้ส่งซึ่งอยู่ในเรือนจำ ถูกควบคุมหรือถูกกักขัง สนทนาและติดต่อทางหนังสือกับคนชาติดังกล่าว และจัดให้มีผู้แทนทางกฎหมายของบุคคลเช่นว่านี้ เจ้าหน้าที่กงสุลมีสิทธิเข้าเยี่ยมคนชาติของรัฐผู้ส่งคนใดซึ่งอยู่ในเรือนจำ ถูกควบคุม หรือถูกกักขังในเขตของตนตามคำพิพากษาของศาลด้วย อย่างไรก็ตาม เจ้าหน้าที่กงสุลต้องงดเว้นการดำเนินการแทนคนชาติซึ่งอยู่ในเรือนจำ ถูกควบคุม หรือถูกกักขัง ถ้าคนชาติผู้นั้นคัดค้านการกระทำเช่นว่านั้นโดยชัดแจ้ง

2. สิทธิที่อ้างถึงในวรรค 1 ของข้อนี้ จะต้องใช้ให้สอดคล้องกับกฎหมายและข้อบังคับของรัฐผู้รับ ภายใต้เงื่อนไขว่ากฎหมายและข้อบังคับดังกล่าวต้องให้ผลอย่างเต็มที่ต่อความมุ่งประสงค์ที่ได้มุ่งประสาทสิทธิไว้ตามข้อนี้”⁴⁶¹

เมื่อสหรัฐอเมริกาล้มเหลวที่จะปฏิบัติตาม VCCR ฝ่ายญาติของผู้ที่ถูกจับกุมจึงพยายามแจ้งไปยังสถานทูตและสถานกงสุล ประกอบกับการร้องต่อศาลภายในสหรัฐอเมริกาโดยยกข้อที่ 36 ของอนุสัญญาขึ้นมาว่า ผู้ถูกจับกุมมีสิทธิที่จะได้รับคำปรึกษาและคำแนะนำจากกงสุลของชาติตน อย่างไรก็ตาม ศาลสหรัฐอเมริกาปฏิเสธ ฝ่ายเยอรมนีในคดี LaGrand และฝ่ายเม็กซิโกในคดี Avena จึงยื่นคำฟ้องต่อศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ กล่าวหาสหรัฐอเมริกาว่าละเมิดพันธกรณีตามข้อที่ 36 ของอนุสัญญาและฝ่ายเยอรมนียังกล่าวหาสหรัฐอเมริกาต่อด้วยว่าได้ละเมิดสิทธิของปัจเจกชน (Individual rights) ที่ VCCR ได้ให้ไว้ตามข้อที่ 36(1)(a) และ 36(1)(b)⁴⁶² เยอรมนีได้ให้เหตุผล

⁴⁶¹ อนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุล ค.ศ. 1963, กรมการกงสุล: กระทรวงการต่างประเทศ, ข้อที่ 36

⁴⁶² LaGrand, The International Court of Justice, para.38

ประกอบว่า สิทธิตามข้อที่ 36 (1)(b) เป็นสิทธิของปัจเจกชนของทุกชาติภาคีสมาชิกอนุสัญญาฯ ที่เข้าไปยังดินแดนของรัฐอื่น ทั้งนี้ ความหมายทั่วไป (Ordinary meaning) ของข้อที่ 36 (1)(b) ได้มีการพูดถึง “สิทธิ” ของ “บุคคลที่เกี่ยวข้อง” (Person concerned) เช่นคนต่างประเทศที่ถูกจับกุมหรือคุมขัง เยอรมนีอธิบายเพิ่มเติมว่าบริบทของข้อที่ 36 สนับสนุนข้อกล่าวอ้างนี้ เนื่องจากมีการสร้างความสัมพันธ์ที่เกี่ยวข้องกับรัฐผู้รับ รัฐผู้ส่ง และปัจเจกชน เยอรมนียังได้เสนอเอกสารเตรียมร่าง (Travaux préparatoires) ของ VCCR ขึ้นมาสนับสนุนการตีความ และเห็นว่า ภายใต้ United Nation Declaration on the Human Rights of Individuals Who Are Not Nationals of the Country which They Live ตามมติของ UNGA ที่ 40/144 ค.ศ. 1985 ยืนยันว่า สิทธิในการเข้าถึงกงสุลสร้างสิทธิของปัจเจกชนและเป็นสิทธิมนุษยชนของคนต่างด้าว (Aliens) ด้วยเช่นกัน⁴⁶³

ฝ่ายสหรัฐอเมริกาโต้แย้งว่า สิทธิในการแจ้งและเข้าถึงกงสุลตาม VCCR เป็นสิทธิของรัฐเท่านั้น ไม่ใช่สิทธิของปัจเจกชน แม้ว่าสิทธิเหล่านี้จะให้ประโยชน์แก่ปัจเจกชนโดยการยอมให้รัฐเสนอแก่ผู้ที่ถูกจับกุมสามารถได้รับความช่วยเหลือจากกงสุลได้ แต่สหรัฐอเมริกาเห็นว่าการปฏิบัติต่อปัจเจกชนภายใต้อนุสัญญาฯ มีความเชื่อมโยงและมาจากสิทธิของรัฐที่ปฏิบัติหน้าที่ผ่านเจ้าหน้าที่กงสุล นอกจากนี้ เอกสารเตรียมร่างของ VCCR ในความเห็นของสหรัฐอเมริกาไม่ได้สะท้อนถึงความเห็นที่ตรงกันว่าข้อที่ 36 ให้สิทธิแก่ปัจเจกชน⁴⁶⁴

เมื่อศาลยุติธรรมระหว่างประเทศได้พิจารณาประเด็นนี้แล้วมีคำวินิจฉัยว่า สหรัฐอเมริกาได้ละเมิดพันธกรณีตามข้อที่ 36 เพราะไม่ยอมแจ้งถึงการจับกุมไปยังกงสุลโดยทันทีตามข้อที่ 36(1)(b) และยังวินิจฉัยต่อไปอีกว่า

“จากข้อความของบทบัญญัตินี้ ศาลวินิจฉัยว่า ข้อที่ 36(1) สร้างสิทธิของปัจเจกชนซึ่งตามข้อที่ 1 ของ Optional Protocol สามารถถูกยกขึ้นมายังศาลยุติธรรมระหว่างประเทศได้โดยรัฐของบุคคลที่ถูกคุมขัง และสิทธิของปัจเจกชนตามอนุสัญญาฯ ได้ถูกละเมิดในคดีนี้”⁴⁶⁵

เช่นเดียวกับกับคดี Avena ที่ศาลฯ ได้วินิจฉัยว่าข้อที่ 36(1) สร้างสิทธิของปัจเจกชน โดยศาลฯ ได้อ้างคำวินิจฉัยในคดี LaGrand⁴⁶⁶ จากคำพิพากษาทั้งสองคดีชี้ให้เห็นถึงสิทธิของปัจเจกชน

⁴⁶³ Ibid, para.75

⁴⁶⁴ Ibid, para.76

⁴⁶⁵ Ibid, para.77

“Based on the text of these provisions, the Court concludes that Article 36, paragraph 1, creates individual rights, which, by virtue of Article 1 of the Optional Protocol, may be invoked in this Court by the national State of the detained person. These rights were violated in the present case.”

⁴⁶⁶ Case Concerning Avena and Other Mexican Nationals, The International Court of Justice, para.40

ภายใต้ VCCR เนื่องจากอนุสัญญาฉบับนี้กำหนดให้ปัจเจกชนผู้ถูกจับกุม ถูกขัง หรือถูกควบคุมโดยรัฐผู้รับสามารถใช้สิทธิร้องขอคำปรึกษาจากกงสุลของรัฐผู้ส่งได้ เมื่อใดก็ตามที่รัฐผู้รับไม่ปฏิบัติตามจะถือว่าละเมิดพันธกรณีตามอนุสัญญา

จากคำพิพากษาทั้งสองคดีที่ระบุว่า VCCR สร้างสิทธิของปัจเจกชน ดังนั้น จะเป็นไปได้หรือไม่ที่กฎหมายระหว่างประเทศได้สร้างพันธกรณีทั่วไปแก่รัฐที่จะให้ปัจเจกชนอ้างสิทธิหรือประโยชน์จากสนธิสัญญาในศาลภายในได้ เพราะในเมื่อปัจเจกชนมีสิทธิตามสนธิสัญญา ปัจเจกชนจึงสามารถยกบทบัญญัติของสนธิสัญญาขึ้นมากล่าวอ้างต่อรัฐได้ อย่างไรก็ตาม หากพิจารณาจากคำพิพากษาจะพบว่าศาลาภิวัตน์วินิจฉัยเฉพาะขอบเขตของ VCCR เท่านั้นซึ่งเป็นประเด็นสำคัญของคดีทั้งสอง แม้ว่า VCCR จะสร้างสิทธิของปัจเจกชนตามที่ศาลาภิวัตน์วินิจฉัย แต่สิทธิดังกล่าวก็เป็นเพียงสิทธิที่ให้ปัจเจกชนนั้นร้องขอต่อรัฐผู้รับให้ดำเนินการแจ้งไปยังกงสุลของรัฐผู้ส่งเจ้าของสัญชาติปัจเจกชนในการขอรับความช่วยเหลือ สนับสนุน ดำเนินการด้านคดีและกฎหมายตามที่กำหนดไว้ในอนุสัญญาเท่านั้น ศาลาภิวัตน์ไม่ได้บอกอย่างชัดเจนว่า ปัจเจกชนมีสิทธิที่จะยกบทบัญญัติในอนุสัญญาใดๆก็ตามขึ้นมากล่าวอ้างในศาลภายในได้โดยตรงแต่อย่างใด ยิ่งไปกว่านั้น หากมีความเป็นไปได้ที่ปัจเจกชนสามารถยกบทบัญญัติในอนุสัญญาขึ้นมากล่าวอ้างได้ ก็อาจจะทำให้เกิดคดีจำนวนมากโดยปัจเจกชนยื่นฟ้องต่อศาลภายใน และยังไม่นับถึงความซับซ้อนของการใช้ความคุ้มครองกันของรัฐในกรณีที่ปัจเจกชนยื่นฟ้องต่อรัฐต่างประเทศ นอกเหนือไปจากคำพิพากษา 2 คดีนี้แล้ว ไม่มีสนธิสัญญาใดที่มีบทบัญญัติชัดเจนที่ระบุให้ปัจเจกชนสามารถกล่าวอ้างบทบัญญัติในสนธิสัญญาขึ้นมาในศาลภายในได้ รวมไปถึงกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ หลักกฎหมายทั่วไป หรือมุมมองของผู้เชี่ยวชาญกฎหมายระหว่างประเทศที่สนับสนุนแนวคิดนี้เช่น⁴⁶⁷

ผู้เขียนเห็นว่า ในปัจจุบันแม้จะไม่มีแนวปฏิบัติของรัฐที่จะสนับสนุนแนวคิดนี้ แต่กฎหมายระหว่างประเทศกำลังพัฒนาไปอย่างต่อเนื่อง โดยเฉพาะอย่างยิ่งจากแรงกดดันภายใต้กระแสโลกาภิวัตน์ที่สนับสนุนสิทธิของปัจเจกชนมากขึ้นหากเทียบกับสมัยอดีตในช่วงก่อนสงครามโลกครั้งที่ 2 อีกทั้งยังมีความเป็นไปได้ที่มุมมองหนึ่งของการเปลี่ยนแปลงที่เกิดขึ้นจะได้รับการยอมรับในฐานะพันธกรณีทั่วไปภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศเพื่อให้รัฐอนุญาตให้ศาลภายในรับคำร้องของปัจเจกชนที่มีข้อพิพาทในการตีความหรือการใช้สนธิสัญญาที่คุ้มครองสิทธิของปัจเจกชนได้ คำพิพากษาคดี LaGrand และ Avena ทำให้เกิดความสนใจและเกิดการกระตุ้นให้เกิดการพัฒนากฎหมายระหว่างประเทศ และเหตุผลในคดีนี้ควรได้รับการรับฟังและได้รับการพิจารณาว่าการให้สิทธิปัจเจกชนในการอ้างบทบัญญัติในสนธิสัญญานั้นจะมีความเป็นไปได้หรือไม่ในอนาคต⁴⁶⁸

⁴⁶⁷ Sean D. Murphy, Does International Law Obligate States to Open their National Courts to Persons for the Invocation of Treaty Norms that Protect or Benefit Persons?, George Washington University Law School (2013)

⁴⁶⁸ Ibid

4.3 การสร้างกลไกภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศและกฎหมายภายในเพื่อให้มีการชดใช้ค่าเสียหายแก่ปัจเจกชนที่ถูกละเมิดกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศอย่างร้ายแรงโดยไม่ให้ความคุ้มครองของรัฐเป็นอุปสรรค

แม้ว่าการศึกษาข้อท้าทายที่ผ่านมาจะพบทศวรรษที่น่าผิดหวังว่า ยังไม่มีกฎหมายใดภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศที่จะมีน้ำหนักเพียงพอในการปฏิเสธความคุ้มครองของรัฐจากการละเมิดกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศได้ อย่างไรก็ตาม ปัจเจกชนยังมีวิธีการและหนทางอื่นในการเรียกร้องต่อรัฐให้ชดใช้ค่าเสียหายจากการละเมิดที่เกิดขึ้นได้ผ่านวิธีการหรือกลไกพิเศษที่จัดตั้งขึ้นภายใต้กฎหมายภายใน ความตกลงระหว่างรัฐ หรือข้อมติของคณะมนตรีความมั่นคงแห่งสหประชาชาติ โดยวิธีการหรือกลไกเหล่านี้ไม่มีความคุ้มครองของรัฐเข้ามาเป็นอุปสรรคในการเรียกร้องสิทธิ และถึงแม้ว่าวิธีการหรือกลไกเหล่านี้มีข้อจำกัดบางประการ แต่ถือได้ว่าเป็นการกำหนดแนวทางของรัฐต่างๆ ในการชดใช้ค่าเสียหายแก่ปัจเจกชนได้อย่างเหมาะสมและยุติธรรม

4.3.1 การจัดตั้งกลไกพิเศษภายใต้การตรากฎหมายภายในเพื่อกำหนดแนวทางของรัฐที่เหมาะสมในการชดใช้ค่าเสียหายแก่ปัจเจกชน

กรณีแรกจะทำการศึกษากฎหมายภายในของรัฐเพื่อจัดตั้งกลไกพิเศษเพื่อเข้ามารับผิดชอบการชดใช้ค่าเสียหายให้แก่ปัจเจกชน รวมทั้งการพิจารณาแนวทางและคำแนะนำที่ได้ผ่านการลงมติรับรองจากสมัชชาแห่งสหประชาชาติ (General Assembly) ในการสร้างกลไกพิเศษขึ้นมา

4.3.1.1 การกำหนดแนวทางปฏิบัติของรัฐโดยใช้หลักการพื้นฐานและแนวทางว่าด้วยเรื่องสิทธิที่จะได้รับการเยียวยาและได้รับการชดเชยสำหรับเหยื่อการละเมิดอย่างร้ายแรงของกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศและการละเมิดอย่างร้ายแรงของกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ (Basic Principle and Guidelines on the Right to Remedy and Reparation for Victims of Gross Violations of International Human Rights Law and Serious Violations of International Humanitarian Law)

ในปี ค.ศ. 1989 คณะอนุกรรมการ (Sub-Commission) เรื่อง Prevention of Discrimination and Protection of Minorities ได้เริ่มต้นทำการศึกษเกี่ยวกับสิทธิที่จะกลับสู่สภาพเดิม (Restitution) การชดใช้ค่าเสียหาย (Compensation) และการฟื้นฟู (Rehabilitation) สำหรับผู้ได้รับความเสียหายจากการละเมิดสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐาน ด้วยมุมมองที่จะแสวงหาความเป็นไปได้ของการพัฒนาหลักการพื้นฐาน (Basic principle) และแนวทาง (Guidelines) ในเรื่องดังกล่าว การศึกษาเริ่มต้นในช่วงที่มีการเปลี่ยนแปลงของการเมืองในหลายทวีปด้วยความคาดหวังในการพัฒนาสิทธิมนุษยชนที่เพิ่มมากขึ้น ซึ่งช่วงเวลาเดียวกันนี้มีการสร้างกลไกความยุติธรรมช่วงเปลี่ยนผ่าน (Transitional justice mechanisms) ในหลายๆ ประเทศ

การฟื้นฟูความยุติธรรมเป็นสิ่งที่สามารถกล่าวโดยปริยายได้ว่า ทำให้เกิดความมุ่งประสงค์ที่เพิ่มมากขึ้นในเรื่องความรับผิดชอบทางอาญาของผู้ละเมิดสิทธิมนุษยชนอย่างร้ายแรง รวมไปถึงการชดใช้ค่าเสียหายให้กับผู้ที่ถูกละเมิด การพัฒนาหลักการพื้นฐานและแนวทางนี้ใช้เวลาในการปรึกษาและเจรจารวมทั้งสิ้น 15 ปี ผลลัพธ์ที่ได้คือ UNGA ได้ลงมติยอมรับ Basic Principle and Guidelines on the Right to Remedy and Reparation for Victims of Gross Violations of International Human Rights Law and Serious Violations of International Humanitarian Law (Basic Principle and Guidelines) ด้วยคะแนนเสียงเอกฉันท์ในปี ค.ศ. 2005⁴⁶⁹

เนื้อหาของ Basic Principle and Guidelines มีความครอบคลุมถึงเรื่องการเยียวยา (Remedy) โดยมีฐานมาจากหลักการทั่วไปของกฎหมายระหว่างประเทศ รวมไปถึงวิวัฒนาการในปัจจุบันในกฎหมายระหว่างประเทศ ทั้งนี้ ความมุ่งประสงค์ของ Basic Principle and Guidelines ก็เพื่ออธิบายถึงขอบเขตของสิทธิในการได้รับการเยียวยาและได้รับการชดใช้ค่าเสียหาย และเพื่อให้มีการพัฒนาเกิดขึ้นในอนาคตในเรื่องเกี่ยวกับการเยียวยาทางกระบวนการ (Procedural remedies) และการชดใช้ค่าเสียหายทางเนื้อหา (Substantive reparations) และที่สำคัญ ตราสารฉบับนี้ไม่ได้อธิบายหรือกำหนดว่าอะไรก่อให้เกิดการละเมิดกฎหมายสิทธิมนุษยชนและกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ เพียงแต่อธิบายถึงผลทางกฎหมาย กล่าวคือ สิทธิและหน้าที่ที่เกิดขึ้นมาจากการละเมิดเช่นว่า นอกจากนี้ Basic Principle and Guidelines ยังสร้างกระบวนการและกลไกที่เหมาะสมให้รัฐปฏิบัติตามสิทธิและหน้าที่ที่ได้กำหนดไว้⁴⁷⁰

ประเด็นสำคัญจากบทบัญญัติของ Basic Principle and Guidelines ที่มีความเกี่ยวข้องกับข้อท้าทายในการแสวงหาความเป็นไปได้ที่รัฐจะให้การเยียวยาหรือชดใช้ค่าเสียหายแก่ปัจเจกชนโดยที่ไม่ให้ความคุ้มกันของรัฐเข้ามาเป็นอุปสรรคคือย่อหน้าที่ 12 ระบุว่า

“ผู้ได้รับความเสียหายจากการละเมิดกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศอย่างร้ายแรงหรือได้รับความเสียหายจากการละเมิดกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศอย่างร้ายแรงจะต้องได้รับการเข้าถึงที่เท่าเทียมกันในการเยียวยาทางศาลที่มีประสิทธิภาพภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ การเยียวยาอื่นที่เหมาะสมรวมถึงการเข้าถึงหน่วยงานทางปกครองและ

⁴⁶⁹ Theo van Boven, The United Nations Basic Principle and Guidelines on the Right to Remedy and Reparation for Victims of Gross Violations of International Human Rights Law and Serious Violations of International Humanitarian Law, United Nations Audiovisual Library of International Law, para.1

⁴⁷⁰ The Redress Trust, A Handbook on the Basic Principles and Guidelines on the Right to a Remedy and Reparation, p.10

หน่วยงานอื่นใด เช่นเดียวกับการเข้าถึง กลไก วิธีการ และกระบวนการที่ดำเนินการตามกฎหมายภายใน”⁴⁷¹

อาจกล่าวได้ว่า ในกรณีที่มีการละเมิดอย่างร้ายแรง การไม่ให้การเยียวยาทางศาลถือว่า รัฐไม่ได้ปฏิบัติตามพันธกรณีภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ ซึ่งหมายความว่า แม้ผู้ได้รับความเสียหายจะสามารถยื่นคำร้องเพื่อขอให้ชดใช้ค่าเสียหายจากกระบวนการทางปกครองแล้ว ผู้ได้รับความเสียหายควรจะมีสิทธิในกฎหมายที่จะฟ้องร้องต่อปัจเจกชนหรือรัฐเป็นคดีแพ่งในศาลด้วยเช่นเดียวกัน⁴⁷²

Basic Principle and Guidelines เสนอแนวทางให้รัฐให้สิทธิปัจเจกชนในการเข้าถึงความยุติธรรม โดยศาลภายในถือเป็นหนึ่งในหนทางการเยียวยาและการชดใช้ค่าเสียหายที่สำคัญหน่วยงานหนึ่งของรัฐ อย่างไรก็ตาม ปัจเจกชนที่ถูกรัฐละเมิดกฎหมายสิทธิมนุษยชนหรือกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศเมื่อเริ่มต้นการฟ้องร้องต่อรัฐเพื่อขอให้รัฐชดใช้ค่าเสียหาย ก็มักจะจบลงด้วยการถูกกีดกันไม่ให้เข้าถึงความยุติธรรมผ่านการใช้ความคุ้มกันของรัฐ ส่งผลให้ผู้ได้รับความเสียหายจำนวนมากถูกทิ้งให้ไม่ได้รับการเยียวยา ถึงแม้ว่า ข้อความที่กำหนดไว้ใน Basic Principle and Guidelines จะไม่ได้พูดถึงชัดเจน แต่หากใช้การตีความอย่างกว้างและพิจารณาจากจุดประสงค์ของตราสารฉบับนี้ ก็สามารถพิจารณาได้ว่าตราสารฉบับนี้มีเจตนาที่จะให้รัฐยอมให้ปัจเจกชนสามารถฟ้องร้องในทางแพ่งได้โดยไม่ให้ความคุ้มกันของรัฐขึ้นมาเป็นอุปสรรค

สอดคล้องกับแนวคิดของผู้พิพากษา Abdulqawi Yusuf ที่ได้เขียนความเห็นแย้ง (Dissenting opinion) ในคำพิพากษาคดี Jurisdictional Immunities of the State โดยเห็นว่า ในโลกปัจจุบัน การใช้ความคุ้มกันของรัฐเพื่อขัดขวางสิทธิในการเข้าถึงความยุติธรรมและสิทธิที่จะได้รับการเยียวยาอย่างมีประสิทธิภาพอาจถูกมองว่าเป็นการใช้ความคุ้มกันของรัฐอย่างผิดๆ⁴⁷³ และ การใช้ความคุ้มกันโดยตีความในทางที่ขัดกับบริบทของกฎหมายระหว่างประเทศร่วมสมัย

⁴⁷¹ Annex of Basic Principle and Guidelines on the Right to Remedy and Reparation for Victims of Gross Violations of International Human Rights Law and Serious Violations of International Humanitarian Law, United Nations Audiovisual Library of International Law, Resolution adopted by the General Assembly on 16 December 2005, para.12

“A victim of a gross violation of international human rights law or of a serious violation of international humanitarian law shall have equal access to an effective judicial remedy as provided for under international law. Other remedies available to the victim include access to administrative and other bodies, as well as mechanisms, modalities and proceedings conducted in accordance with domestic law. Obligations arising under international law to secure the right to access justice and fair and impartial proceedings shall be reflected in domestic laws”

⁴⁷² The Redress Trust, A Handbook on the Basic Principles and Guidelines on the Right to a Remedy and Reparation, p.31-32

⁴⁷³ Dissenting Opinion of Judge Yusuf, para.29

(Contemporary international law) ไม่สามารถใช้ได้⁴⁷⁴ ผู้พิพากษา Yusuf ได้ยกหลักการของ Basic Principle and Guidelines ขึ้นมา โดยมองว่าในย่อหน้าที่ 12 สะท้อนให้เห็นถึงการพัฒนาของกฎหมายระหว่างประเทศที่จะให้ผู้ได้รับความเสียหายสามารถเข้าถึงการเยียวยาทางศาลได้ และได้นำคำอธิบายบทบัญญัติของ Basic Principle and Guidelines ขึ้นมา⁴⁷⁵ มีเนื้อหาสาระว่า

“จากจุดเริ่มต้นของ *Basic Principle and Guidelines* มีฐานมาจากกฎหมายความรับผิดชอบของรัฐ ... มีการโต้แย้งจากบางรัฐบาลว่า ข้อบทในเรื่องความรับผิดชอบของรัฐ (Articles on State responsibility) ร่างขึ้นมาจากความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับรัฐและไม่ใช้กับความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับปัจเจกชน ข้อโต้แย้งนี้ถูกโต้ตอบว่ารัฐบาลเหล่านี้เพิกเฉยในวิวัฒนาการทางประวัติศาสตร์นับตั้งแต่สงครามโลกครั้งที่สองในเรื่องสิทธิมนุษยชนที่กลายมาเป็นส่วนหนึ่งของการเปลี่ยนแปลงของกฎหมายระหว่างประเทศและได้รับการผลักดันโดยสนธิสัญญาสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศที่ได้รับการให้สัตยาบันเป็นจำนวนมาก รัฐบาลเหล่านี้ยังเพิกเฉยหน้าที่ในการให้การเยียวยาที่ได้รับการยอมรับเป็นวงกว้างว่าสิทธิในการได้รับการเยียวยาจากการละเมิดสิทธิมนุษยชนอย่างร้ายแรงเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ”⁴⁷⁶

ผู้พิพากษา Yusuf พยายามจะชี้ให้เห็นว่า กฎหมายระหว่างประเทศในยุคปัจจุบันมีการยอมรับสิทธิของปัจเจกชนมากยิ่งขึ้น แนวคิดแบบเก่าที่กำหนดว่ากฎหมายระหว่างประเทศเป็นความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับรัฐนั้นได้มีวิวัฒนาการเปลี่ยนไปตามยุคสมัยแล้ว และแนวคิดใหม่ที่เกิดขึ้นมาคือ สิทธิของปัจเจกชนที่จะได้รับการเยียวยาหรือชดเชยค่าเสียหายจากกระทำของรัฐ โดยการเรียกร้องสิทธิไม่จำเป็นจะต้องให้รัฐเป็นฝ่ายเรียกร้องแทนปัจเจกชนเท่านั้น แต่ปัจเจกชนเองสามารถเรียกร้องได้โดยตรงต่อรัฐที่ก่อให้เกิดความเสียหาย และรัฐมีหน้าที่ที่จะให้การเยียวยาหรือชดเชยค่าเสียหายอย่างเหมาะสม ไม่ให้มีอุปสรรคใดมาขวางกั้นปัจเจกชน โดยเฉพาะอย่างยิ่งความคุ้มกันของรัฐ ในการเข้าถึงสิทธิที่เขาหรือเธอนั้นควรจะได้รับ

⁴⁷⁴ Ibid, para.30

⁴⁷⁵ Ibid, para.31

⁴⁷⁶ Ibid, para.32

“From the outset the Principles and Guidelines were based on the law of State responsibility ... It was argued, however, by some Governments that the Articles on State responsibility were drawn up with inter-State relations in mind and would not per se apply to relations between States and individuals. This argument was countered in that it ignored the historic evolution since the Second World War of human rights having become an integral and dynamic part of international law as endorsed by numerous widely ratified international human rights treaties. It was also said to ignore that the duty of affording remedies for governmental misconduct was so widely acknowledged that the right to an effective remedy for violations of human rights and a fortiori of gross human rights violations, may be regarded as forming part of customary international law.”

ผู้เขียนเห็นว่า ปัญหาของ Basic Principle and Guidelines คือ ภายใต้อารัมภบท (Preamble) ได้กำหนดไว้ดังนี้

“เน้นย้ำว่า *Basic Principle and Guidelines* ไม่ได้ให้พันธกรณีทางกฎหมายระหว่างประเทศหรือกฎหมายภายใน แต่เป็นการอธิบายถึง กลไก วิธี กระบวนการ และการดำเนินการสำหรับการปฏิบัติตามพันธกรณีทางกฎหมายที่มีอยู่แล้วภายใต้กฎหมายสิทธิมนุษยชนและกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศที่ส่งเสริมเติมเต็มกัน แม้ว่าจะแตกต่างกันในกฎเกณฑ์ก็ตาม”⁴⁷⁷

เมื่อพิจารณาจากข้อความข้างต้นจะพบว่า Basic Principle and Guidelines ไม่ได้สร้างกฎเกณฑ์ใหม่ แต่เป็นเพียงการเน้นย้ำกฎหมายและมาตรฐานที่มีอยู่เพื่อที่จะให้แต่ละรัฐสนับสนุนและพัฒนาไม่ว่าจะเป็นบริบทภายในประเทศ ภูมิภาค หรือระหว่างประเทศก็ตาม ด้วยเหตุนี้ อาจทำให้เกิดความสงสัยว่า หาก Basic Principle and Guidelines เป็นเพียง ‘แนวทาง’ ให้รัฐปฏิบัติตาม ดังนั้น รัฐจะไม่ปฏิบัติก็ได้ เพราะจากอารัมภบทที่กำหนดไว้ด้วยภาษาที่ชัดเจนว่า ไม่ได้ให้พันธกรณีทางกฎหมายระหว่างประเทศหรือแม้กระทั่งกฎหมายภายใน ตราสารนี้จึงเป็นเสมือนกับการรวบรวมแนวทางที่รัฐ ‘ควรจะ’ ปฏิบัติเท่านั้น ซึ่งนับตั้งแต่ปี ค.ศ. 2005 จวบจนถึงปัจจุบันก็ยังไม่เห็นแนวปฏิบัติของรัฐใดที่มีการอ้างถึง Basic Principle and Guidelines จะพบก็เพียงแต่แนวคิดทางทฤษฎีที่อ้างและสนับสนุนถึงเท่านั้น

ผู้เขียนมีความเชื่อว่า ผู้พิพากษา Yusuf ตระหนักถึงอารัมภบทของ Basic Principle and Guidelines นี้เป็นอย่างดี จึงอธิบายให้เหตุผลในความเห็นแย้งสนับสนุนหลักการที่รัฐควรจะให้ปัจเจกชนเข้าถึงความยุติธรรมและได้รับการชดเชยค่าเสียหายจากการละเมิดกฎหมายสิทธิมนุษยชนและกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ โดยเสริมต่อไปว่า ใน Report of the United Nations Commission on Darfur ระบุไว้ว่า

“ปัจจุบัน เมื่อใดก็ตามที่การละเมิดสิทธิมนุษยชนอย่างรุนแรงเกิดขึ้นและการละเมิดนั้นนับได้ว่าเป็นอาชญากรรมระหว่างประเทศ กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศไม่ได้กำหนดความรับผิดชอบทางอาญาแก่ปัจเจกชนที่กระทำการละเมิดนั้น แต่ยังคงกำหนดพันธกรณีให้รัฐที่

⁴⁷⁷ Annex of Basic Principle and Guidelines on the Right to Remedy and Reparation for Victims of Gross Violations of International Human Rights Law and Serious Violations of International Humanitarian Law, United Nations Audiovisual Library of International Law, Resolution adopted by the General Assembly on 16 December 2005

“Emphasizing that the Basic Principles and Guidelines contained herein do not entail new international or domestic legal obligations but identify mechanisms, modalities, procedures and methods for the implementation of existing legal obligations under international human rights law and international humanitarian law which are complementary though different as to their norms”

ซึ่งผู้กระทำการละเมิดนั้นเป็นคนชาติ หรือเป็นการกระทำขององค์กรโดยนิตินัย (de jure) หรือพฤตินัย (de facto) ต้องชดใช้ค่าเสียหาย (ซึ่งรวมไปถึงค่าเสียหายเป็นตัวเงิน) สำหรับความเสียหายที่เกิดขึ้น”⁴⁷⁸

Yusuf มองว่า ในการพิจารณาว่าศาลภายในสมควรให้ความคุ้มกันของรัฐหรือไม่ ควรจะทำการประเมินก่อนว่า หากศาลภายในได้ให้ความคุ้มกันไปแล้วจะกลายเป็นการกีดกันสิทธิของปัจเจกชนหรือไม่ โดยในคดี Jurisdictional Immunities of the State คือ นักโทษทหารอิตาลี (Italian military internees)⁴⁷⁹ ความคุ้มกันของรัฐไม่ใช่คุณค่าที่ไม่สามารถเปลี่ยนแปลงได้ (Immutable value) การปรับเปลี่ยนของหลักการความคุ้มกันของรัฐเป็นไปตามวิวัฒนาการของสังคมระหว่างประเทศ ข้อยกเว้นในความคุ้มกันของรัฐค่อยๆถูกสร้างขึ้นอย่างช้าๆในช่วงศตวรรษที่ผ่านมา ซึ่งข้อยกเว้นส่วนมากนั้นสะท้อนให้เห็นถึงการให้น้ำหนักในการคุ้มครองสิทธิของปัจเจกชนที่จะฟ้องร้องต่อรัฐ⁴⁸⁰ การให้หรือปฏิเสธความคุ้มกันของรัฐโดยศาลภายใน โดยเฉพาะอย่างยิ่งคดีที่เกี่ยวข้องกับอาชญากรรมระหว่างประเทศ ซึ่งในกฎหมายเรื่องความคุ้มกันของรัฐ (รวมไปถึงข้อยกเว้น) นั้นยังไม่มีคำแนะนำชัดเจนและเป็นที่ยุติ ศาลฯจะต้องมีการประเมินเนื้อหาสาระด้วยเพื่อที่จะดูว่าความคุ้มกันของรัฐนั้นได้ส่งผลกระทบต่อคุณค่าและหลักการอื่นด้วยหรือไม่⁴⁸¹ ดังเช่นที่อิตาลีได้ให้การต่อศาลว่า หากอิตาลีให้ความคุ้มกันของรัฐกับเยอรมนี ก็จะเป็นการปฏิเสธความยุติธรรมต่อผู้ได้รับความเสียหายจำนวนมาก⁴⁸²

เมื่อใดก็ตามที่มีการขัดกันระหว่างความคุ้มกันของรัฐกับการชดใช้ค่าเสียหายที่เกิดจากการละเมิดกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ ผู้พิพากษา Yusuf เสนอว่า มีรายงาน (Report) และข้อมติ (Resolution) ของ Institut de Droit International ในหัวข้อ “The Fundamental Rights of the Person and the Immunity from Jurisdiction of States” จากการประชุมที่ Naples Sessions of the Institut ปี ค.ศ. 2009 โดย Lady Hazel Fox ระบุว่า

“ความยากลำบากอีกกรณีหนึ่งเกิดขึ้นเกี่ยวกับความคุ้มกันของรัฐ กล่าวคือ มีความไม่สมเหตุสมผล (Illogical) หรือมีสิ่งที่ไม่สามารถอธิบายทางศีลธรรมที่มีความเป็นไปได้

⁴⁷⁸ Dissenting Opinion of Judge Yusuf, para.33

“at present, whenever a gross breach of human rights is committed which also amounts to an international crime, customary international law not only provides for the criminal liability of the individuals who have committed that breach, but also imposes an obligation on the States of which the perpetrators are nationals, or for which they acted as de jure or de facto organs, to make reparations (including compensation) for the damage done”

⁴⁷⁹ Ibid, para.34

⁴⁸⁰ Ibid, para.35

⁴⁸¹ Ibid, para.36

⁴⁸² Ibid, para.39

(Possibly morally unjustifiable) หรือไม่ว่า เจ้าหน้าที่ที่เป็นปัจเจกชนอาจจะอยู่ภายใต้การดำเนินการพิจารณาในศาลภายใน แต่รัฐที่สั่งการกระทำนั้นอาจจะได้รับความคุ้มกันของรัฐจากกระบวนการพิจารณาทางแพ่งสำหรับการชดใช้ค่าเสียหายจากผลของอาชญากรรมนั้น”⁴⁸³

หลังจากการประชุมมีการออกข้อมติของรายงานดังกล่าว โดยได้ข้อสรุปเรื่อง “การขัดกันระหว่างความคุ้มกันจากเขตอำนาจของรัฐและเจ้าหน้าที่ของรัฐและคำฟ้องใดๆที่เกิดขึ้นจากอาชญากรรมระหว่างประเทศ” ทั้งสิ้น 2 ข้อ คือ ข้อหนึ่ง การถอนความคุ้มกันของรัฐจากการพิจารณาในศาลภายในเป็นหนทางหนึ่งที่จะให้ได้มาซึ่งการชดใช้ค่าเสียหายที่มีประสิทธิภาพจากการละเมิดอาชญากรรมระหว่างประเทศ และข้อที่สอง ความคุ้มกันของรัฐไม่ควรสร้างอุปสรรคต่อการชดใช้ค่าเสียหายที่เหมาะสมแก่ผู้ได้รับความเสียหายที่ได้ถูกระบุในข้อมตินี้⁴⁸⁴

ผู้พิพากษา Yusuf เชื่อว่า ถ้อยแถลงเหล่านี้สะท้อนสถานะปัจจุบันของกฎหมายระหว่างประเทศในเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างความคุ้มกันของรัฐและการใช้สิทธิเรียกร้องให้มีการชดใช้ค่าเสียหายที่เกิดขึ้นจากการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายในภาวะขัดกันทางอาชญา ความคุ้มกันของรัฐจึงไม่ควรเป็นอุปสรรคต่อการชดใช้ค่าเสียหายในกรณีที่ไม่หลงเหลือหนทางใดที่จะสามารถเรียกให้รัฐชดใช้ค่าเสียหายได้⁴⁸⁵

แม้ว่าอารัมภบทของ Basic Principle and Guidelines จะกล่าวไว้ชัดเจนว่า มาตรการฉบับนี้ไม่ได้สร้างพันธกรณีระหว่างประเทศหรือภายในรัฐ เพียงแต่เป็นแนวทางให้รัฐปฏิบัติตามเท่านั้น อย่างไรก็ตาม จากความเห็นแย้งของผู้พิพากษา Yusuf ทำให้ผู้เขียนมีความเชื่อว่า มาตรการฉบับนี้สะท้อนถึงวิวัฒนาการของกฎหมายระหว่างประเทศที่รัฐควรจะให้ปัจเจกชนสามารถเข้าถึงความยุติธรรมตั้งแต่เริ่มต้นของกระบวนการ เช่น การฟ้องร้องคดีต่อศาลภายใน ไปจนถึงปลายทางของกระบวนการ เช่น การได้รับการชดใช้ค่าเสียหายจากรัฐ และปัจเจกชนก็ควรมีสติที่จะได้รับการเยียวยาหรือชดใช้ค่าเสียหายในกรณีที่ไม่หลงเหลือหนทางใดๆที่จะใช้สิทธิได้อีกต่อไป จริงอยู่ที่ตราสารฉบับนี้เป็นแค่เพียงแนวทางให้รัฐสามารถเลือกปฏิบัติ แต่เชื่อว่าแนวคิดที่ปรากฏอยู่ในตราสารนั้นจะเป็นสิ่งที่เป็นไปได้เสียทีเดียว ในทางกลับกันแนวคิดดังกล่าวกลายเป็นจุดเริ่มต้นที่สำคัญของการพัฒนากฎหมายระหว่างประเทศที่สร้างความเป็นไปได้ให้กับปัจเจกชนที่จะได้รับการชดใช้ค่าเสียหายจากรัฐที่ทำการละเมิดกฎหมายสิทธิมนุษยชนหรือกฎหมายมนุษยธรรมอย่างร้ายแรง และแนวคิดนี้ได้รับการสนับสนุนผ่านองค์กรต่างๆระดับระหว่างประเทศหรือหน่วยงานด้านกฎหมายระหว่าง

⁴⁸³ Ibid, para.40

“a further difficulty arose as regards State immunity, namely whether it was illogical and possibly morally unjustifiable that an individual official might currently be subject to criminal persecution in national courts but that the State which ordered the acts might be sheltered by immunity from civil proceedings for reparation for the consequences of such crimes”

⁴⁸⁴ Ibid, para.41

⁴⁸⁵ Ibid, para.42

ประเทศเพื่อที่จะให้เกิดการเปลี่ยนแปลง หรืออย่างน้อยที่สุด ส่งผลกระทบต่อกฎหมายระหว่างประเทศในปัจจุบัน

4.3.1.2 การตรากฎหมายภายในเพื่อชดใช้ค่าเสียหายจากการละเมิดกฎหมายมนุษยธรรมและสิทธิมนุษยชนในโคลอมเบีย

กรณีศึกษาในโคลอมเบียนั้นมีลักษณะพิเศษแตกต่างไปจากระบบของประเทศอื่นที่จัดตั้งขึ้นหลังการขัดกันทางอาวุธ กล่าวคือ โคลอมเบียอาศัยการตรากฎหมายภายในเพื่อจัดการกับความเสียหายที่เกิดขึ้นระหว่างการปะทะกันของฝ่ายรัฐบาลและฝ่ายต่อต้าน อย่างไรก็ตาม กลไกที่เกิดขึ้นมีความซับซ้อนและขาดแรงจูงใจในการปฏิบัติตามอันเนื่องมาจากฝ่ายการเมือง

เดิมทีโคลอมเบียมีความโดดเด่นในเรื่องประชาธิปไตยมาอย่างยาวนาน จนกระทั่งต้องเผชิญกับสงครามกลางเมือง (Civil war) ซึ่งกินเวลายาวนานหลายสิบปีนับตั้งแต่ทศวรรษที่ 1960 ทั้งนี้ กองกำลังหลักที่ต่อต้านรัฐบาลได้แก่ Revolutionary Armed Forces of Colombia (Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia: FARC) และ National Liberation Army (Ejército de Liberación Nacional: ELN) โดยในปี ค.ศ. 1990 รัฐบาลเริ่มเจรจาสันติภาพกับ FARC แต่ประสบกับความล้มเหลวตอนปี ค.ศ. 2002 เพราะ FARC ไม่ยอมหยุดยิงตามที่ตกลงไว้ อีกทั้งระหว่างปี ค.ศ. 1990 มีการรวมอำนาจของกลุ่มกองกำลังต่างๆ ในชื่อว่า United Self-Defense Forces of Colombia (Autodefensas Unidas de Colombia: AUC) ด้วยสาเหตุที่ปราศจากความเชื่อมั่นในกองกำลังทหารของรัฐและระบบยุติธรรม การจัดตั้งกองกำลังนี้ขึ้นมาก็เพื่อปกป้องตนเองจากกองกำลังต่อต้านรัฐบาล อย่างไรก็ตาม ในดินแดนที่ AUC ควบคุม มีการสังหารผู้คนที่แตกต่างกันจำนวนมาก ไม่ว่าจะเป็นฝ่ายซ้าย (Left-wing) หัวหน้าชุมชน ผู้นำสหภาพ หรือบุคลากรในหน่วยงานต่างๆ ซึ่งตามรายงานพบว่าช่วงระหว่างปี ค.ศ. 1996-2001 การสังหารหมู่ 66% เกิดจากฝีมือของ AUC ด้วยเหตุที่มีกองกำลังหลายฝ่ายก่อให้เกิดวิกฤตการณ์มนุษยธรรมในโคลอมเบีย และจากการประเมินของ Amnesty International คาดการณ์ว่ามีผู้เสียชีวิตสูงถึง 60,000 คน ในช่วงปี ค.ศ. 1985-2003⁴⁸⁶

ในเดือนสิงหาคม ค.ศ. 2002 Alvaro Uribe ขึ้นดำรงตำแหน่งประธานาธิบดี พร้อมเริ่มต้นเปิดการเจรจาระหว่าง AUC ซึ่งส่งผลคือความตกลงหยุดยิง สาเหตุที่ AUC ยินยอมเป็นเพราะแรงกดดันจากนานาชาติที่มองว่า AUC เป็นกลุ่มก่อการร้ายและการที่สหรัฐอเมริกาต้องการตัวผู้นำ AUC ไปดำเนินคดีในข้อหาค้ายาเสพติด ยิ่งไปกว่านั้น ธรรมนูญกรุงโรม (Rome Statute) มีผลบังคับใช้ ซึ่งโคลอมเบียก็ได้ให้สัตยาบันไปเรียบร้อยแล้ว การเจรจาส่งผลให้รัฐบาลพยายามออกกฎหมายชื่อว่า Alternative Justice ซึ่งแท้ที่จริงแล้วเป็นความประสงค์ที่จะ

⁴⁸⁶ Christine Evans, *The Rights to Reparation in International Law for Victims of Armed Conflict*, Cambridge University Press, 2012, p.204-207

นิรโทษกรรมให้กับผู้กระทำผิดและไม่มีบทบัญญัติเกี่ยวกับการชดใช้ค่าเสียหาย ทำให้กฎหมายฉบับนี้ไม่ได้รับการยอมรับจากแทบทุกภาคส่วน จากแรงกดดันบังคับให้รัฐบาลต้องร่างกฎหมายฉบับนี้ใหม่ และเปลี่ยนชื่อเป็น Justice and Peace Law 975 (La Ley de Justicia y Paz)⁴⁸⁷

Justice and Peace Law 975 ได้กำหนดหลักการชดใช้ค่าเสียหายไว้ค่อนข้างชัดเจน โดยมีการอ้างถึงตราสารระหว่างประเทศบางฉบับ รวมถึง Basic Principles on the Right to Reparation แต่แท้จริงแล้วก็เพื่อทำให้ผู้ได้รับความเสียหายประทับใจ เพราะกฎหมายฉบับนี้มีข้อบกพร่องเกี่ยวกับการรับผิดชอบของผู้กระทำผิดให้รับผิดชอบในอัตราโทษที่ไม่ได้สัดส่วนกับความรุนแรงที่เกิดขึ้น อีกทั้งกฎหมายฉบับนี้ไม่มีการพูดถึงความรับผิดชอบของรัฐที่จะชดใช้ค่าเสียหาย แต่ให้สมาชิกของกลุ่มติดอาวุธเป็นผู้ชดใช้ค่าเสียหาย ซึ่งแสดงให้เห็นถึงความย้อนแย้งกับหลักการที่ปรากฏอยู่ใน Basic Principles on the Right to Reparation ซึ่งระบุว่า ‘รัฐจะต้องให้การชดใช้ค่าเสียหายแก่ผู้ได้รับความเสียหายสำหรับการกระทำหรือเหตุการณ์ที่สามารถพิจารณาได้ว่าเป็นการกระทำของรัฐ และก่อให้เกิดการละเมิดอย่างร้ายแรง’ ปัญหาอีกกรณีหนึ่งคือเงื่อนไข (Requirement) การได้รับชดใช้ค่าเสียหาย กล่าวคือ การชดใช้ค่าเสียหายจะจ่ายได้ก็ต่อเมื่อบุคคลผู้กระทำความผิดได้รับการตัดสิน หรือผู้ได้รับความเสียหายมีหลักฐานพิสูจน์ว่าความรับผิดชอบเป็นของกองกำลังทหารกลุ่มใดกลุ่มหนึ่ง หากเป็นไปตามเงื่อนไขดังกล่าว ผู้ได้รับความเสียหายสามารถยื่นคำร้องต่อ Reparation Fund for Victims ได้ ซึ่งนับตั้งแต่มีการออกกฎหมายฉบับนี้ มีผู้ยื่นคำร้องถึง 300,000 ราย และในปลายปี ค.ศ. 2010 มีเพียง 2 คดีเท่านั้นที่มีการตัดสิน⁴⁸⁸

ทั้งนี้ ภายใต้ Justice and Peace Law 975 มีการกำหนดให้จัดตั้ง National Commission for Reparations and Reconciliation (Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación: CNRR) โดยมีหน้าที่ 1. ประกันสิทธิของผู้ได้รับความเสียหายและประกันว่าผู้เสียหายเหล่านี้จะเข้าถึงกระบวนการทางศาล 2. เสนอรายงานต่อสาธารณะเกี่ยวกับการเกิดขึ้นของกลุ่มติดอาวุธ 3. ดำเนินการติดตามและประเมินความก้าวหน้าในการร่วมมือและปฏิบัติงานกับเจ้าหน้าที่เพื่อที่จะประกันว่าจะมีการปลดอาวุธสมาชิกกลุ่มติดอาวุธที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย 4. เสนอคำแนะนำในการชดใช้ค่าเสียหายพร้อมกับดำเนินการติดตามการปฏิบัติงานและนำเสนอรายงานต่อรัฐบาลหลังจากได้ดำเนินการเป็นระยะเวลา 2 ปี 5. ประสานงานในกิจกรรมของ Regional Commissions for Property Restitution อย่างไรก็ตาม CNRR มีคณะกรรมการเป็นชนชาติโคลอมเบียทั้งหมดตามความประสงค์ของประธานาธิบดี และส่วนใหญ่เป็นตัวแทนจากรัฐบาล ส่งผลให้หลายหน่วยงานรวมทั้ง NGOs ปฏิเสธที่จะร่วมงานด้วย เพราะเห็นว่า CNRR ถูกทำให้เป็นการเมือง (Politicized)⁴⁸⁹

⁴⁸⁷ Ibid, 211-212

⁴⁸⁸ Ibid, 214-215

⁴⁸⁹ Ibid, 217-218

ความพยายามในการให้ผู้ที่ได้รับความเสียหายได้รับการชดเชยค่าเสียหายอย่างเหมาะสมไม่ได้จบลงที่ CNRR ด้านรัฐบาลโคลอมเบียภายใต้แรงกดดันจากหน่วยงานภายใน NGOs และที่สำคัญที่สุด Inter-American Commission on Human Rights (IACHR) จึงยอมออก Decree 1290 เพื่อจัดตั้ง Administrative Programme โดยมีวัตถุประสงค์ในการชดเชยค่าเสียหายเป็นตัวเงินเป็นหลัก อย่างไรก็ตาม NGOs และองค์กรอื่นต่างวิจารณ์ว่าการออก Decree ฉบับนี้ไม่ได้ทำการปรึกษาในทางสาธารณะใดๆเลย นอกจากนี้หลายฝ่ายยังกังวลว่าจะเกิดการทับซ้อนระหว่างหน่วยงานและเกิดความสับสนต่อผู้ที่ได้รับความเสียหาย รวมไปถึงการไม่ระบุถึงบุคคลที่สมควรได้รับการชดเชยก่อนเป็นอันดับแรก แม้กระนั้น ในช่วงต้นปี ค.ศ. 2010 ปีจเอกชน 10,500 รายที่ได้รับร้องขอตาม Decree ได้รับค่าเสียหายและยังมีการแบ่งประเภทผู้ที่จะได้รับค่าเสียหายก่อน 3 ประเภท กล่าวคือ เด็กที่ถูกบังคับเกณฑ์ทหาร ผู้ได้รับความเสียหายจากกบฏระเบิด และผู้ได้รับความเสียหายจากความรุนแรงทางเพศ

นับได้ว่า Administrative Programme ที่จัดตั้งขึ้นตาม Decree 1290 สร้างความหวังให้กับผู้ที่ได้รับความเสียหายในระดับหนึ่ง แม้ว่าจะเป็นก้าวเล็กๆของการพัฒนาในการชดเชยค่าเสียหายแก่ปีจเอกชน ทั้งนี้ เมื่อประธานาธิบดี Juan Manuel Santos Calderón เข้าสู่อำนาจ ได้ประกาศถึงความจำเป็นทางการเมืองในการสนับสนุนกฎหมายที่ครอบคลุมถึงการชดเชยค่าเสียหายให้แก่ปีจเอกชน อีกทั้งยังได้รับการผลักดันจากองค์กรต่างๆ ในเดือนมิถุนายน ค.ศ. 2011 Law 1448 on Victims' Right to Comprehensive Reparation and Land Restitution ได้รับการรับรองโดยสภาโคลอมเบียและประธานาธิบดีได้ลงนามประกาศใช้กฎหมายต่อหน้าเลขาธิการสหประชาชาติ เนื้อหาสาระสำคัญคือการชดเชยค่าเสียหายที่เกิดขึ้น อีกทั้งยังระบุถึงการยอมรับถึงความรับผิดชอบของรัฐ รวมถึงการไม่ตัดสิทธิของผู้ร้องในการนำคดีไปฟ้องต่อศาลให้เสียหาย ยิ่งไปกว่านั้น มีการกล่าวถึงสิทธิในการได้รับคืนที่ดินของผู้ได้รับความเสียหาย ซึ่งเป็นประเด็นที่สำคัญและถกเถียงกันมาอย่างยาวนานในโคลอมเบีย⁴⁹⁰

กลไกของโคลอมเบียแตกต่างกับกลไกอื่นๆที่ได้จัดตั้งขึ้นในหลายประเทศอย่างชัดเจน เนื่องจากอาศัยการตรากฎหมายภายในเพื่อจัดการกับปัญหาต่างๆที่เกิดขึ้น ทั้งนี้ กลไกที่เกิดขึ้นมุ่งเน้นไปที่การชดเชยค่าเสียหายเป็นหลัก โดยได้พิจารณาถึงความรับผิดชอบของผู้กระทำผิดในสัดส่วนที่น้อยมากหากนำมาเปรียบเทียบกัน เมื่อได้พิจารณาปัญหาต่างๆที่เกิดขึ้นจะพบว่า อุปสรรคส่วนใหญ่มาจากแรงจูงใจทางการเมืองทั้งสิ้น กฎหมายที่ตราออกมาต่างมีปัญหาทั้งถ้อยคำและการนำไปปฏิบัติ อีกทั้งยังไม่ได้การยอมรับอย่างกว้างขวางเพราะมีการสอดแทรกอำนาจให้กับประธานาธิบดีในการอภัยโทษผู้กระทำผิด สำหรับหลักเกณฑ์หรือเงื่อนไขในการชดเชยค่าเสียหายที่กำหนดก็เกิดขึ้นได้ยากหรือช้าในความเป็นจริง เนื่องจากรัฐไม่ยอมรับผิดจากการกระทำที่เกิดขึ้นและให้ผู้ที่ได้รับความเสียหายได้รับการชดเชยจากบุคคลที่กระทำผิดแทน ในขณะเดียวกัน หากพิจารณาในระดับระหว่างประเทศ โคลอมเบียเป็นประเทศเดียวที่มีการขัดกันทางอาวุธอย่างรุนแรงแต่

⁴⁹⁰ Ibid, 219-220

สหประชาชาติมีบทบาทน้อยมากกับเหตุการณ์ที่เกิดขึ้น ไม่มีมติคณะมนตรีความมั่นคงแห่งสหประชาชาติออกมาประณามหรือตอบโต้การใช้กำลังของแต่ละฝ่าย ด้วยเหตุนี้ ยิ่งทำให้ไม่มีความจำเป็นจะต้องพูดถึงภารกิจสันติภาพของสหประชาชาติเฉกเช่นเดียวกับกรณีในติมอร์ตะวันออก หน่วยงานระหว่างประเทศที่มีบทบาทในการผลักดันให้เกิดสันติภาพในโคลอมเบียกลายเป็นกลุ่ม NGOs เสียเป็นส่วนใหญ่ อย่างไรก็ตาม พัฒนาการท้ายที่สุดทำให้เห็นความหวังที่จะเกิดขึ้นในโคลอมเบีย ซึ่งก็คือปัจจัยทางการเมืองที่ผลักดันให้เกิดการชดใช้ค่าเสียหายอย่างเป็นระบบและเป็นธรรม

4.3.2 การกำหนดกลไกพิเศษเพื่อชดใช้ค่าเสียหายแก่ปัจเจกชนผ่านความตกลงระหว่างรัฐกับรัฐ

กรณีที่สองเป็นการทำความตกลงระหว่างรัฐกับรัฐผ่านความยินยอมของรัฐที่พิพาท รวมไปถึงการสนับสนุนขององค์การระหว่างประเทศเพื่อจัดตั้งกลไกขึ้นมาจัดการอย่างเป็นระบบในการแสวงหาข้อเท็จจริง และการชดใช้ค่าเสียหายให้แก่รัฐและปัจเจกชน

4.3.2.1 การสร้าง Eritrea-Ethiopia Claims Commission ภายใต้ความตกลง Algiers Agreement

เอริเทรียและเอธิโอเปียเป็นประเทศเพื่อนบ้านมีพรมแดนติดกัน ทั้งสองประเทศนี้ตั้งอยู่บริเวณตะวันออกเฉียงเหนือของทวีปแอฟริกา เดิมทีเอริเทรียเป็นจังหวัดหนึ่งของเอธิโอเปีย แต่มีกลุ่มต่อต้านการปกครองของเอธิโอเปียเกิดขึ้นทำให้เกิดสงครามกลางเมืองระหว่าง Eritrea Liberation Front (ELF) กับรัฐบาลเอธิโอเปีย ต่อมาในปี ค.ศ. 1993 ประชาชนเอริเทรียได้ลงประชามติเพื่อแยกตัวเป็นเอกราชจากเอธิโอเปีย ทั้งสองประเทศต่างใช้ชีวิตกันอย่างปกติสุขจนกระทั่งปี ค.ศ. 1998 เมื่อทั้งสองประเทศเปิดศึกสงครามกันระหว่างพรมแดน การต่อสู้เริ่มต้นในช่วงพฤษภาคม ค.ศ. 1998 เมื่อทั้งสองประเทศต่างพยายามอ้างสิทธิเหนือดินแดนที่ชื่อว่า Badme ซึ่งตั้งอยู่บริเวณชายแดนของทั้งสองประเทศ ต่างฝ่ายต่างกล่าวหาอีกฝ่ายเป็นผู้ที่เริ่มการต่อสู้ก่อน โดยฝ่ายเอริเทรียให้เหตุผลว่าเป็นการยึดครองภายใน (Domestic occupation) ส่วนฝ่ายเอธิโอเปียระบุว่าเป็นการต่อสู้เนื่องมาจากการรุกรานของเอริเทรีย ภายในหนึ่งเดือนของการต่อสู้ ความรุนแรงได้ขยายการต่อสู้ไปทั้งบริเวณเขตแดนของทั้งสองประเทศ ต่อมาในปีเดียวกัน Organization of African Unity (OAU) และ UNSC ต่างเห็นแล้วว่า การต่อสู้ระหว่างทั้งสองประเทศมีความรุนแรงอย่างมาก จึงพยายามหาทางระงับข้อพิพาทของทั้งสองประเทศ ในวันที่ 17 ธันวาคม ค.ศ. 1998 OAU ได้ร่างกรอบความตกลง (Framework agreement) ขอให้เอริเทรียถอนทหารบริเวณ Badme เพื่อให้สหประชาชาติเข้าไปกำหนดเขตแดน แต่เอริเทรียไม่ยอมรับข้อเสนอ เพราะเชื่อว่าการยอมรับข้อเสนอ

จะถือเป็นการยอมรับว่าดินแดนเป็นของเอธิโอเปีย ความรุนแรงระหว่างทั้งสองประเทศจึงดำเนินต่อไป⁴⁹¹

ช่วงต้นปี ค.ศ. 1999 การต่อสู้ระหว่างสองประเทศเข้าสู่สงครามเต็มรูปแบบ เลขาธิการสหประชาชาติติดต่อผู้นำของทั้งสองประเทศให้มีการเจรจากันและแก้ไขปัญหาลงอย่างสันติ แต่ความพยายามนี้ไม่สำเร็จ จนกระทั่ง 27 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 1999 เอริเทรียยอมรับข้อเสนอตามที่ OAU ได้ร่างกรอบความตกลงไว้ แต่ในครั้งนี้อธิโอเปียเป็นฝ่ายปฏิเสธที่จะยอมรับข้อเสนอดังกล่าว อีกทั้งเอธิโอเปียขอให้เอริเทรียยอมรับโดยอัตโนมัติว่าดินแดนที่พิพาทกันอยู่นั้นเป็นของเอธิโอเปีย ท้ายที่สุด วันที่ 17 พฤษภาคม ค.ศ. 2000 UNSC รับข้อมติที่ 1298 กำหนดมาตรการคว่ำบาตรและจำกัดการค้าต่อทั้งสองประเทศ ในเดือนมิถุนายน ค.ศ. 2000 ทั้งสองประเทศเริ่มต้นการเจรจาความตกลงหยุดยิง โดยการเจรจาดังกล่าวนำมาสู่ความตกลงสันติภาพ (Peace agreement) ในเดือนธันวาคม ค.ศ. 2000 และเกิดเป็นความตกลงที่เป็นที่รู้จักกันในชื่อ ‘Algiers Agreement’ เนื่องจากทั้งสองประเทศได้ลงนามกันใน Algiers ทั้งนี้ ความตกลงดังกล่าวทั้งสองประเทศไม่ได้เปิดเผยรายละเอียดใดๆเกี่ยวกับการเจรจาออกสู่สาธารณะ แต่เป็นที่ทราบกันว่ามีตัวแทนหลายฝ่ายเข้าร่วมการเจรจาดังกล่าว เช่นผู้เจรจาและที่ปรึกษาทางกฎหมายของเอริเทรียและเอธิโอเปีย, ผู้เชี่ยวชาญกฎหมายจาก Permanent Court of Arbitration, ตัวแทนจาก UNCC และหน่วยงานอื่นๆที่เกี่ยวข้องกับการเรียกร้องค่าเสียหายขนาดใหญ่ ความตกลงนี้เป็นผลของแรงกดดันและความพยายามจากประชาคมระหว่างประเทศที่จะยุติการขัดกันระหว่างทั้งสองประเทศลง⁴⁹²

เนื้อหาของ Algiers Agreements กำหนดให้มีการสร้างองค์กรขึ้นมา 3 องค์กรด้วยกัน กล่าวคือ หน่วยงานอิสระที่สร้างขึ้นภายใต้ OAU เพื่อแสวงหาที่มาของการขัดกันระหว่างทั้งสองประเทศ, คณะกรรมาธิการปักปันเขตแดน (Boundary Commission) ที่มีความเป็นกลางเพื่อปักปันเขตแดนบริเวณที่พิพาทของทั้งสองประเทศ และคณะกรรมการที่มีความเป็นกลางเพื่อรับพิจารณาข้อเรียกร้องในการชดเชยค่าเสียหายจากการละเมิดกฎหมายระหว่างประเทศ (Eritrea-Ethiopia Claims Commission: EECC) และเนื่องจากเอริเทรียและเอธิโอเปียต่างยื่นคำร้องต่อ EECC มาเป็นจำนวนมาก EECC จึงตัดสินใจที่จะแยกคำร้องออกเป็น 6 ประเภทด้วยกัน กล่าวคือ

“ประเภทที่หนึ่ง: คำร้องของบุคคลธรรมดาสำหรับกรณีการถูกขับไล่ออกโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายจากประเทศหรือภูมิลำเนาที่อยู่

ประเภทที่สอง: คำร้องของบุคคลธรรมดาสำหรับการถูกย้ายออกจากภูมิลำเนาที่อยู่โดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย

⁴⁹¹ Ari Dybnis, Was the Eritrea-Ethiopia Claims Commission Merely a Zero-Sum Game?: Exposing the Limits of Arbitration in Resolving Violent Transnational Conflict, Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review (2011), p.257-258

⁴⁹² Ibid, page.258-259

ประเภทที่สาม: คำร้องของนักโทษสงครามสำหรับการบาดเจ็บอันเกิดจากการปฏิบัติโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย

ประเภทที่สี่: คำร้องของพลเรือนสำหรับการกักขังโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย และการบาดเจ็บอันเกิดขึ้นในระหว่างที่กักขัง

ประเภทที่ห้า: คำร้องของบุคคลที่สูญเสีย ได้รับความเสียหาย หรือได้รับบาดเจ็บนอกเหนือไปจากกรณีในประเภทที่ 1-4

ประเภทที่หก: คำร้องของรัฐบาลสำหรับความสูญเสีย ความเสียหาย หรือการบาดเจ็บที่เกิดขึ้น”⁴⁹³

ภายหลังจากที่คณะกรรมการสิทธิการได้รับคำร้องและได้ทำการวินิจฉัยคำร้องของทั้งสองประเทศเสร็จสิ้น คณะกรรมการสิทธิการจึงออก Partial Awards ในช่วงปี ค.ศ. 2003-2005 เป็นจำนวนมากออกมา โดยวินิจฉัยประเด็นแห่งคดี (Merits) ทั้งหมดแล้วพบว่า มีการละเมิดพันธกรณีตามกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศและกฎหมายระหว่างประเทศอื่นๆจากทั้งสองประเทศ

คณะกรรมการสิทธิการวินิจฉัยว่า เจริเทรียรุกรานโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายในดินแดนที่ได้รับการควบคุมโดยเอธิโอเปีย (jus ad bellum) สังหารหรือยอมให้สังหารพลเรือนโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย ข่มขืนและลักพาตัวพลเรือน ปล้นทรัพย์สิน ทำลายสถานที่ทางศาสนา ทำลายสถานที่สาธารณะและสถานที่ที่เป็นโครงสร้างพื้นฐาน ทำร้ายหรือให้การปฏิบัติที่ไม่เหมาะสมแก่นักโทษสงครามเอธิโอเปีย และล้มเหลวที่จะให้ความคุ้มครองที่เหมาะสมแก่พลเรือนที่ถูกจับไล่ทางด้านเอธิโอเปีย คณะกรรมการสิทธิการวินิจฉัยว่า เอธิโอเปียล้มเหลวที่จะให้การคุ้มครองและการปฏิบัติที่เหมาะสมแก่นักโทษสงครามเอธิเทรีย มีความผิดที่สนับสนุนให้มีการปล้นและทำลายทรัพย์สิน และมีความผิดผิดที่กักขังหรือจับไล่พลเรือนอย่างไม่เหมาะสม⁴⁹⁴

⁴⁹³ Decision 2, Eritrea-Ethiopia Compensation Commission Decision

“The Commission has decided that claims may be filed in the following six categories:
 Category 1—Claims of natural persons for unlawful expulsion from the country of their residence;
 Category 2—Claims of natural persons for unlawful displacement from their residence;
 Category 3—Claims of prisoners of war for injuries suffered from unlawful treatment;
 Category 4—Claims of civilians for unlawful detention and for injuries suffered from unlawful treatment during detention;
 Category 5—Claims of persons for loss, damage or injury other than those covered by the other categories;
 Category 6—Claims of Governments for loss, damage or injury”

⁴⁹⁴ Michael J. Matheson, The Damage Awards of the Eritrea-Ethiopia Claims Commission, The Law and Practice of International Courts and Tribunals 9 (2010), p.2-3

เมื่อคณะกรรมการวินิจฉัย Partial Awards เสร็จสิ้น ในวันที่ 17 สิงหาคม ค.ศ. 2009 คณะกรรมการจึงมีคำวินิจฉัยสุดท้าย (Final Awards) ออกมาเพื่อกำหนดค่าชดเชยค่าเสียหายของแต่ละประเทศที่จะต้องจ่ายให้แก่กัน คณะกรรมการวินิจฉัยให้เอริเทรียได้รับค่าชดเชยค่าเสียหายทั้งสิ้น 163,520,865 ดอลลาร์สหรัฐฯ และวินิจฉัยให้เอธิโอเปียได้รับค่าชดเชยค่าเสียหายทั้งสิ้น 174,036,520 ดอลลาร์สหรัฐฯ เมื่อหักลบกันแล้วเท่ากับว่า เอริเทรียจะต้องจ่ายเงินให้กับเอธิโอเปียเป็นเงิน 10,515,655 ดอลลาร์สหรัฐฯ

ก่อนหน้านี้คำวินิจฉัยในส่วนต่างๆจะออกมาจาก EECG ผู้สังเกตการณ์จำนวนหนึ่งเห็นว่ากลไกของ EECG ไม่น่าจะสำเร็จลุล่วงไปได้อย่างรวดเร็ว เนื่องจากคณะกรรมการปักปันเขตแดนได้วินิจฉัยให้ดินแดนบริเวณ Badme เป็นของเอริเทรีย แม้ว่าทั้งสองฝ่ายจะยอมรับในเบื้องต้นตามเนื้อหารายงานที่คณะกรรมการได้ทำขึ้น แต่เมื่อทั้งสองฝ่ายได้เข้าไปปักปันเขตแดนในบริเวณดังกล่าว ฝ่ายเอธิโอเปียกลับไม่ยอมรับและทำจดหมายถึงเลขาธิการสหประชาชาติว่า คำวินิจฉัยของคณะกรรมการไม่ชอบด้วยกฎหมายอย่างสิ้นเชิง ฝ่ายเอริเทรียตอบโต้ด้วยการปฏิเสธที่จะให้ปักปันเขตแดนเพิ่มเติมจากที่ได้ทำการปักปันไปแล้วในเบื้องต้น ทางด้านคณะกรรมการยังคงยืนยันคำวินิจฉัยเช่นเดิม การปักปันเขตแดนระหว่างทั้งสองประเทศจึงยังไม่ได้ข้อสรุป⁴⁹⁵ ต่อมารัฐบาลเอริเทรียไม่พอใจที่เอธิโอเปียปฏิเสธ จึงหยุดให้ความร่วมมือกับ United Nations Mission in Eritrea and Ethiopia (UNMEE) ซึ่งเป็นองค์กรที่ตั้งขึ้นมาเพื่อติดตามผลการดำเนินงานของทั้งสองประเทศ เอริเทรียสั่งห้ามไม่ให้เครื่องบินของ UNMEE บินผ่าน ด้วยเหตุนี้ UNSC จึงรับข้อมติที่ 1827 เพื่อยุบองค์กร UNMEE และขอให้ทั้งสองประเทศยับยั้งการใช้การข่มขู่ รวมไปถึงการใช้กำลังซึ่งกันและกัน แต่ทั้งสองประเทศก็ยังเพิกเฉย อย่างไรก็ตาม EECG ก็ยังคงปฏิบัติงานต่อไปในการพิจารณาคำร้องให้เสร็จสิ้น⁴⁹⁶

เมื่อ EECG มีคำวินิจฉัยให้แต่ละฝ่ายชดเชยค่าเสียหาย ผู้สังเกตการณ์ต่างมองว่าเป็นจำนวนเงินที่น้อยกว่าความเสียหายที่เกิดขึ้น และแม้แต่คณะกรรมการก็ยอมรับว่าจำนวนเงินที่วินิจฉัยให้ไม่เพียงพอ เนื่องจากคณะกรรมการมีข้อจำกัดหลายอย่างในการวินิจฉัย ยิ่งไปกว่านั้น จำนวนเงินที่วินิจฉัยให้จะถูกส่งมอบให้แก่รัฐ ไม่ได้เป็นการให้แก่ปัจเจกชนผู้ร้องโดยตรง ทำให้เกิดปัญหาว่าจำนวนเงินที่ได้รับมาซึ่งน้อยกว่าที่ควรจะได้รับจะไปถึงมือของปัจเจกชนผู้ร้องจริงหรือไม่ ท้ายที่สุด รัฐบาลเอธิโอเปียแสดงความไม่พึงพอใจต่อคำวินิจฉัยของคณะกรรมการ ส่วนรัฐบาลเอริเทรียยอมรับกลไกทุกอย่างที่เกิดขึ้นจาก Algiers Agreement แต่ตั้งข้อสงวนเกี่ยวกับจำนวนเงินที่ต้องชำระและแสดงความไม่พึงพอใจต่อบทบาทของประชาคมระหว่างประเทศที่เข้ามามีส่วนในการขัดกัน ด้วยเหตุนี้เองทำเอริเทรียจึงพยายามแยกตัวออกจากประชาคมระหว่างประเทศ

⁴⁹⁵ Ari Dybnis, Was the Eritrea-Ethiopia Claims Commission Merely a Zero-Sum Game?: Exposing the Limits of Arbitration in Resolving Violent Transnational Conflict, Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review (2011), p.263

⁴⁹⁶ Ibid, p.264

จากการแสดงจุดยืนของทั้งสองประเทศทำให้ไม่มีการปักปันเขตแดนเกิดขึ้นและไม่มีการจ่ายเงินค่าชดเชยค่าเสียหายด้วยเช่นกัน ระยะเวลาการทำงานกว่าสิบปีขององค์กรภายใต้ Algiers Agreement จึงไม่สามารถเป็นผลสำเร็จในทางปฏิบัติได้⁴⁹⁷

4.3.2.2 ความตกสันติภาพเพื่อจัดตั้ง Historical Clarification Commission

ในกัวเตมาลา

คณะกรรมการการแสวงหาความจริง (Truth Commission) หรือเรียกอีกชื่อหนึ่งว่า Historical Clarification Commission (CEH) ที่เกิดขึ้นในกัวเตมาลานั้นนับได้ว่าเป็นคณะกรรมการการแสวงหาความจริงแรกๆที่ได้รับการสนับสนุนจากประชาคมระหว่างประเทศ เนื่องจากรายงานที่ผลิตโดยคณะกรรมการการแสวงหาความจริงนั้นเต็มไปด้วยข้อสรุปและการเสนอคำแนะนำ (Recommendation) ที่ครอบคลุมและมีเนื้อหาที่ก้าวหน้าโดยใช้หลักกฎหมายสิทธิมนุษยชนเป็นฐานกฎหมายหลักในการวินิจฉัยความรับผิดชอบ อย่างไรก็ตาม ในทางปฏิบัติของรัฐบาลกัวเตมาลา การเอาคำแนะนำของ CEH ไปดำเนินการกลับเป็นไปอย่างเชื่องช้าและไม่ได้ศักยภาพอย่างที่ควรจะเป็น อันมีสาเหตุมาจากหลายประการ ซึ่งจะได้ทำการศึกษาในส่วนตัวไป

จุดเริ่มต้นดั้งเดิมของการขัดกันทางอาวุธ (Armed conflict) ในกัวเตมาลา มาจากปัญหาการแบ่งแยกทางเชื้อชาติ (Racial) และสังคม (Social) ของกลุ่มชนพื้นเมืองส่วนใหญ่ในกัวเตมาลา ยิ่งไปกว่านั้น การขัดกันทางอาวุธในกัวเตมาลา ยังเป็นผลมาจากนโยบายในช่วงสงครามเย็นของสหรัฐอเมริกา เพราะในปี ค.ศ. 1954 การรัฐประหารที่สนับสนุนโดย Central Intelligence Agency (CIA) ได้ทำการขับไล่ประธานาธิบดีที่มาจากการเลือกตั้ง ทำให้ในเวลาต่อมา กัวเตมาลาปกครองด้วยเผด็จการทหารมาอย่างต่อเนื่องและหากพิจารณาบทบาทของสหรัฐอเมริกาจะเห็นได้ชัดว่าได้เข้ามาสนับสนุนทางการทหารอยู่บ่อยครั้ง ต่อมา มีขบวนการต่อต้านเกิดขึ้น นำโดยชาวนานักเรียน สมาชิกสหภาพแรงงาน ขบวนการฝ่ายซ้าย ก่อให้เกิดเป็นกลุ่มกองโจร (Guerilla) อย่างไรก็ตาม รัฐบาลกัวเตมาลาได้ดำเนินนโยบายกำจัดขบวนการต่อต้านเหล่านี้เป็นวงกว้าง มีการสังหารหมู่เกิดขึ้นมากกว่าหนึ่งร้อยครั้ง หมู่บ้านถูกเผาทำลาย ผู้หญิงถูกข่มขืน ผู้หญิงท้องถูกทรมาณจนเสียชีวิตหรือแม้กระทั่งเด็กถูกฆ่าต่อหน้าพ่อ-แม่ตัวเอง ในปี ค.ศ. 1985 รัฐธรรมนูญกัวเตมาลาใหม่ได้ประกาศใช้ เป็นสาเหตุให้มีประธานาธิบดีที่มาจากการเลือกตั้งในครั้งแรกในรอบยี่สิบกว่าปี รัฐธรรมนูญฉบับนี้ก่อให้เกิดองค์กรสำคัญสององค์กร กล่าวคือ 1. Congressional Human Rights Commission และ 2. Human Rights Ombudsman ซึ่งองค์กรที่ 2 นี้มีหน้าที่ในการสืบหาการละเมิดที่เกิดขึ้นและสนับสนุนการฟ้องร้องทางกฎหมาย อย่างไรก็ตาม แม้จะตั้งองค์กรทั้งสองขึ้นมา ความรุนแรงและการละเมิดสิทธิมนุษยชนยังเกิดขึ้นเช่นเดิม⁴⁹⁸

⁴⁹⁷ Ibid, 274-275

⁴⁹⁸ Christine Evans, *The Rights to Reparation in International Law for Victims of Armed Conflict*, Cambridge University Press, 2012, p.147

จนกระทั่งช่วงปลายทศวรรษที่ 1980 การเจรจาสันติภาพจึงเกิดขึ้นระหว่างรัฐบาลกัวเตมาลา กับกลุ่มกองโจร (Unidad Revolucionaria Nacional Guatemalteca: URNG) ผ่านการไกล่เกลี่ยโดยสหประชาชาติเข้ามาเป็นคนกลาง ส่งผลให้เกิดความตกลงสันติภาพจำนวนมากถึง 13 ฉบับ โดยเนื้อหาสำคัญปรากฏอยู่ในความตกลงหลายฉบับแตกต่างกันออกไป เช่น การสนับสนุนสิทธิมนุษยชน การปฏิรูปกระบวนการทางกฎหมาย การตั้งรกรากใหม่ให้กับบุคคลที่ถูกขับไล่ ปลดกำลังของกองโจร การลดขนาดและการปรับโครงสร้างกองทัพ และการจัดการกับสถานะของชนพื้นเมือง ทั้งนี้ ความตกลงหลายฉบับมีการอ้างถึงสิทธิมนุษยชน ซึ่งรวมไปถึงประเด็นที่ทับซ้อนกันในสิทธิของผู้ได้รับความเสียหายจากการขัดกันทางอาวุธด้วย⁴⁹⁹

อนึ่ง ความตกลงที่มีชื่อว่า Comprehensive Agreement on Human Rights เป็นความตกลงที่มีผลบังคับใช้เลยทันทีหลังจากได้มีการลงนาม โดยความตกลงฉบับนี้ยืนยันถึงพันธกรณีที่จะยุติการไม่ต้องรับผิด (Impunity) และยอมรับว่าเป็นหน้าที่ทางมนุษยธรรม (Humanitarian duty) ในการชดใช้ค่าเสียหาย และ/หรือ ช่วยเหลือผู้ได้รับความเสียหายจากการละเมิด โดยการชดใช้ค่าเสียหายเช่นว่าจะเกิดขึ้นโดยมาตรการของรัฐบาลและโครงการสำหรับพลเรือน โดยพิจารณาถึงลักษณะทางเศรษฐกิจและสังคม (Socio-economic) ให้บุคคลที่มีความจำเป็นอย่างมากได้สิทธิรับการชดใช้ค่าเสียหายก่อน ซึ่งอาจพิจารณาจากสถานะทางเศรษฐกิจและสังคมของบุคคลนั้นๆ⁵⁰⁰

ความตกลงอีกฉบับหนึ่งได้จัดตั้งคณะกรรมการการแสวงหาความจริงขึ้นมา ใช้ชื่อว่า Historical Clarification Commission (CEH) โดยมีวัตถุประสงค์ที่จะให้ปฏิบัติงานในการแสวงหาความจริงตลอดระยะเวลา 30 ปี ของการขัดกันทางอาวุธ กล่าวคือ ตั้งแต่ต้นทศวรรษที่ 1960 จนถึงวันที่มีการลงนามความตกลงสันติภาพในปี ค.ศ. 1996 นอกจากนี้ ยังมีการลงนามความตกลงที่มีชื่อว่า Agreement on the Basis for the Legal Integration of the URNG ซึ่งทำขึ้นในปีเดียวกันกับความตกลงจัดตั้งคณะกรรมการการแสวงหาความจริง ได้ทำการย้ำความสำคัญของ CEH ที่จะประกันว่าความจริงจะต้องได้รับการรับรู้เพื่อที่จะหลีกเลี่ยงการเกิดซ้ำของเหตุการณ์อีก โดยในย่อหน้าที่ 19 ของความตกลงระบุว่า

“บนหลักการที่การละเมิดสิทธิมนุษยชนจะทำให้ผู้ได้รับความเสียหายได้รับสิทธิที่จะได้รับการเยียวยาและเป็นการกำหนดหน้าที่แก่รัฐในการชดใช้ค่าเสียหาย National Reconciliation Act จะกำหนดองค์กรของรัฐเพื่อรับผิดชอบในการปฏิบัติตามนโยบายสาธารณะในการชดใช้ค่าเสียหายสำหรับการช่วยเหลือแก่ผู้เสียหายจากการถูกละเมิดสิทธิมนุษยชน องค์กรดังกล่าวจะได้รับการพิจารณาจัดตั้งโดยคำแนะนำของ Clarification Commission”⁵⁰¹

⁴⁹⁹ Ibid

⁵⁰⁰ Comprehensive Agreement on Human Rights, Section VIII

⁵⁰¹ Agreement on the Basis for the Legal Integration of the URNG

จะเห็นได้ว่าประเด็นการชดใช้ค่าเสียหายปรากฏอยู่ในหลายความตกลง ก็เพื่อยืนยันหลักการว่าเป็นหน้าที่ของรัฐที่ต้องให้การชดใช้ค่าเสียหายแก่ผู้ได้รับความเสียหาย โดยการชดใช้ความเสียหายนี้จะเกิดขึ้นก็ต่อเมื่อ CEH ได้จัดตั้งขึ้นและมีการปฏิบัติงานเพื่อแสวงหาผู้กระทำการละเมิด ซึ่งข้อเท็จจริงปรากฏว่า CEH ได้จัดตั้งขึ้นในปี ค.ศ. 1997 มีภารกิจในระยะเวลา 2 ปี ในการดำเนินการต่างๆตามที่ได้กำหนดไว้ก่อนที่ในขั้นตอนสุดท้ายจะทำการส่งรายงานสุดท้าย (Final report) CEH มีโครงสร้างด้วยสมาชิกจำนวนมากกว่า 250 ชีวิต ประกอบไปด้วยผู้เชี่ยวชาญในด้านต่างๆแตกต่างกันออกไป มีการจัดตั้งสำนักงานถึง 14 แห่งเพื่อใช้ในการแสวงหาข้อมูลในทุกๆด้าน พร้อมกับให้ความร่วมมือกับหน่วยงานอื่นๆที่เข้ามาช่วยเหลือหรือเป็นส่วนหนึ่งของการปฏิบัติงานสืบสวนสอบสวนเพื่อหาข้อเท็จจริง⁵⁰²

เมื่อวันที่ 25 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 1999 รายงานสุดท้ายของ CEH ได้ถูกเผยแพร่ต่อสาธารณะชน จากการปฏิบัติของ CEH ได้ข้อสรุปว่าประชาชนประมาณ 200,000 คน เสียชีวิตหรือหายสาบสูญ โดยในจำนวนนี้ 80% เป็นชาวมายัน (Mayan) และการละเมิดที่เกิดขึ้นกว่า 90% เป็นฝีมือของเจ้าหน้าที่รัฐ (State agents) ซึ่งจำนวนที่ CEH ได้สรุปออกมานั้นสูงเกินกว่าขอบเขตที่องค์การระหว่างประเทศหรือองค์กรสิทธิมนุษยชนภายในกัวเตมาลาได้ประเมินเอาไว้ ยิ่งไปกว่านั้น ข้อสรุปหนึ่งของรายงานฉบับนี้ยืนยันด้วยว่า ช่วงปี ค.ศ. 1981 และ 1983 ผู้นำเผด็จการ Rios Montt ได้ดำเนินนโยบายฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ (Genocide) ดังนั้น กัวเตมาลาจึงต้องรับผิดชอบต่อการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ที่เกิดขึ้นต่อประชาชนชาวมายัน โดย CEH ได้อ้างบทบัญญัติของ Genocide Convention เพื่อเป็นฐานในการสนับสนุนให้รัฐต้องรับผิดชอบ⁵⁰³

นอกเหนือจากส่วนข้อสรุป CEH ยังได้เสนอคำแนะนำ (Recommendation) เพื่อให้เป็นแนวทางให้แก่ฝ่ายได้ปฏิบัติ ตัวอย่างเช่น คำแนะนำให้ทั้งสองฝ่ายขอโทษอย่างเป็นทางการ การให้กำหนดวันรำลึกถึงเหตุการณ์ที่เกิดขึ้น การตั้งอนุสาวรีย์ และที่สำคัญที่สุดคือการจัดตั้งโครงการชดใช้ค่าเสียหายแห่งชาติ (National Reparation Programme) ตามเจตนารมณ์ของความตกลงที่ทำขึ้นในหลายฉบับ ทั้งนี้ โครงการชดใช้ค่าเสียหายจะต้องวางอยู่บนหลักการที่เกี่ยวกับการกลับสู่สภาพเดิม (Restitution) การชดใช้เป็นตัวเงิน (Compensation) การฟื้นฟู (Rehabilitation) การทำให้พึงพอใจ (Satisfaction) ของผู้ได้รับความเสียหาย นอกจากนี้ ยังมี การแนะนำถึงมาตรการชดใช้ค่าเสียหาย (Reparatory measures) กล่าวคือ อาจชดใช้

“On the principle that any violation of human rights entitles the victim to obtain redress and imposes on the State the duty to make reparation, the Act shall assign to a State body responsibility for implementing a public policy of compensation for and/or assistance to the victims of human rights violations. The body in question shall take into consideration the recommendations to be formulated in that regard by the Clarification Commission.”

⁵⁰² Christine Evans, *The Rights to Reparation in International Law for Victims of Armed Conflict*, Cambridge University Press, 2012, p.151

⁵⁰³ *Ibid*, p.153

ค่าเสียหายเป็นรายบุคคลหรือเป็นรายกลุ่มก็ได้ ยิ่งไปกว่านั้น ยังควรกำหนดหลักเกณฑ์ให้สิทธิก่อนแก่บุคคลบางประเภท เช่น ผู้สูงอายุ หญิงหม้าย เด็ก หรือบุคคลที่เห็นว่าได้รับความเสียหายเปรียบในทางใดทางหนึ่ง และท้ายที่สุด โครงการชดใช้ค่าเสียหายนี้ควรดำเนินการอย่างน้อย 10 ปีเป็นอย่างต่ำ⁵⁰⁴

คำแนะนำอีกกรณีหนึ่งที่เกี่ยวข้องกับการชดใช้ค่าเสียหายคือ กรณีการหายสาบสูญจำนวนมากระหว่างการขัดกันทางอาวุธ คำแนะนำนี้ระบุว่า ควรมีการจัดตั้ง National Commission for the Search of Disappeared Children และรัฐบาลกัวเตมาลาควรออกกฎหมายเพื่อประกาศให้บุคคลที่สูญหายโดยการบังคับสามารถได้รับการชดใช้ค่าเสียหายได้โดยชอบด้วยกฎหมาย ไม่ว่าจะเรียกร้องโดยครอบครัวหรือญาติก็ตาม⁵⁰⁵

เมื่อคำแนะนำได้ถูกเปิดเผยต่อสาธารณะ ฝ่ายรัฐบาลของกัวเตมาลาลังเลที่จะปฏิบัติตามคำแนะนำ ไม่ว่าจะเป็นการไม่ยอมรับในข้อสรุปของ CEH และไม่ยอมขอโทษอย่างเป็นทางการ รวมถึงไม่ยอมจัดตั้งองค์กรขึ้นมาตามคำแนะนำ อย่างไรก็ตาม ในปี ค.ศ. 2003 หน่วยงานชื่อ National Programme for Reparation (PNR) ได้ถูกจัดตั้งขึ้นผ่านพระราชกำหนดของฝ่ายบริหาร (Executive decree) ทั้งๆที่ในความเป็นจริงแล้วควรจะเป็นการออกกฎหมายโดยฝ่ายนิติบัญญัติ ด้วยเหตุนี้เอง จึงทำให้ PNR ขาดฐานทางกฎหมายและส่งผลให้โครงการนี้สามารถเปลี่ยนแปลงได้ง่ายขึ้นอยู่กับการเปลี่ยนแปลงทางการเมืองในกัวเตมาลา ซึ่งจากข้อมูลท้ายสุดในปี ค.ศ. 2011 ก็ยังไม่มีกฎหมายใดจากฝ่ายนิติบัญญัติจัดตั้งองค์กรที่เหมือนหรือคล้ายกับ PNR ขึ้นมาแต่อย่างใด ยิ่งไปกว่านั้น การเจรจาระหว่างรัฐบาลกับกลุ่มกองโจร URNG ก็มีลักษณะเป็นการต่อรองทางการเมือง เนื่องจาก URNG ไม่ใช่ฝ่ายที่มีอำนาจมากนัก แม้แต่อำนาจทางการเมืองของกลุ่มนี้ก็มีอยู่อย่างจำกัด และสาเหตุที่ทั้งสองฝ่ายสามารถเจรจาความตกลงสันติภาพได้ก็เป็นเพราะบทบาทของสหประชาชาติและประชาคมระหว่างประเทศ ไม่ใช่ด้วยอำนาจการต่อรองของฝ่าย URNG แต่อย่างใด⁵⁰⁶

ยิ่งไปกว่านั้น ในทางการปฏิบัติตามโครงการ PNR ที่จัดตั้งมาก็มีอุปสรรคซึ่งโดยทั่วไปแล้วเป็นเรื่องเอกสารของผู้ได้รับความเสียหาย เพราะหลายคนไม่ได้ลงทะเบียนตอนเกิด อันมีสาเหตุมาจากผู้ได้รับความเสียหายส่วนใหญ่เป็นชนพื้นเมืองที่อยู่ในดินแดนห่างไกล อีกทั้งข้อมูลทะเบียนจำนวนมากถูกเผาทำลายระหว่างการขัดกันทางอาวุธ การดำเนินกระบวนการต่างๆก็เป็นไปอย่างล่าช้า จากระยะเวลาเริ่มต้นจัดตั้ง PNR จนถึงปี ค.ศ. 2008 มีการชดใช้ค่าเสียหายไปแล้วทั้งสิ้นเพียง 3,700 คนเท่านั้น⁵⁰⁷ ด้วยเหตุนี้ จึงมีปัจเจกชนผู้ได้รับความเสียหายจำนวนหนึ่งนำคดีไปฟ้องศาล Inter-American Court of Human Rights (IACtHR) เป็นจำนวนมากเกินกว่า 200 คดี ทำให้รัฐบาลกัวเตมาลาตัดสินใจที่จะเจรจาไกลเกลี่ยเพื่อชดใช้ค่าเสียหายในหลายๆคดี และจากการศึกษา

⁵⁰⁴ Ibid, p.154

⁵⁰⁵ Ibid

⁵⁰⁶ Ibid, 156-157

⁵⁰⁷ Ibid, 159

พบว่าในบางคดีที่ IACtHR ได้มีคำพิพากษาออกมา รัฐบาลกัวเตมาลาที่ยอมปฏิบัติตาม และระหว่าง Universal Periodic Review ของกัวเตมาลาที่จัดขึ้นโดย Human Rights Council ในพฤษภาคม ค.ศ. 2008 ภายหลังจากตัวแทนหลายประเทศสอบถามถึงการชดใช้ค่าเสียหายจากการละเมิดที่เกิดขึ้น ตัวแทนของกัวเตมาลายืนยันความผูกพันของรัฐในการยอมรับความรับผิดชอบจากการละเมิดกฎหมายสิทธิมนุษยชนที่เกิดขึ้น และระบุด้วยว่างบประมาณของรัฐในการชดใช้ค่าเสียหายจะถูกเปลี่ยนโครงสร้างใหม่เพื่อที่จะชดใช้ค่าเสียหายให้ได้อย่างครอบคลุมทั้งด้านการเงิน วัฒนธรรม กฎหมาย สภาพจิตใจผ่าน PNR⁵⁰⁸

ผู้เขียนเห็นว่า กลไกคณะกรรมการแสวงหาความจริง (Truth commission) โดย Historical Clarification Commission (CEH) ในกัวเตมาลานั้นประสบความสำเร็จในระดับหนึ่ง CEH ได้ออกข้อสรุปและคำแนะนำที่เป็นประโยชน์ เป็นที่ยอมรับ และเกินกว่าความคาดหวังของประชาคมระหว่างประเทศ อีกทั้งรูปแบบกระบวนการในการจัดกับปัญหาต่างๆเป็นไปอย่างมีระดับขั้นตอนและครอบคลุมในทุกๆส่วน คำแนะนำที่ CEH แลกออกมาก็มีเนื้อหาครอบคลุมในการจัดการกับปัญหาต่างๆที่เกิดขึ้นในระหว่างการขัดกันทางอาวุธ ปัญหาที่เกิดขึ้นมาจากการไม่ยอมปฏิบัติตามคำแนะนำโดยฝ่ายรัฐบาล อันมีสาเหตุมาจากสภาวะทางการเมือง การเปลี่ยนผ่านของอำนาจ ส่งผลให้คำแนะนำบางส่วนของ CEH ไม่ได้ถูกนำมาปฏิบัติอย่างแท้จริง อย่างไรก็ตาม จากการศึกษาพบว่า รัฐบาลกัวเตมาลาที่มีการชดใช้ค่าเสียหายไปบางส่วนแม้จะเป็นจำนวนที่น้อยหากคิดตามสัดส่วนก็ตาม ทั้งนี้รัฐบาลกัวเตมาลาที่มีแนวโน้มที่จะชดใช้ค่าเสียหายที่เหลืออยู่ให้กับผู้ที่ได้รับความเสียหาย ซึ่งยังคงต้องเฝ้าสังเกตการณ์ต่อไปว่ารัฐบาลกัวเตมาลาจะดำเนินการตามคำแนะนำเดิมของ CEH ผ่าน PNR หรือจะเป็นการจัดตั้งหน่วยงานหรือองค์กรใหม่ขึ้นมาดูแลการชดใช้ค่าเสียหาย

4.3.2.3 ความตกลงสันติภาพเพื่อจัด Truth and Reconciliation Commission ในเซียร์รา ลีอง

การจัดตั้งคณะกรรมการแสวงหาความจริง (Truth Commission) ในเซียร์รา ลีองเป็นที่จับตาของประชาคมระหว่างประเทศ เนื่องมาจากมีการจัดตั้งศาลพิเศษ (Special Court for Sierra Leon) ทำงานควบคู่กันไปด้วย ทั้งนี้ ถือเป็นครั้งแรกในประวัติศาสตร์และไม่มีแนวปฏิบัติในอดีตมาก่อน อย่างไรก็ตาม หลายฝ่ายแสดงความกังวลมากกว่าจะคาดหวังว่าการดำเนินการควบคู่กันไปทั้งสององค์กรนี้จะประสบความสำเร็จ

การขัดกันทางอาวุธ (Armed conflict) ในเซียร์รา ลีอง เกิดขึ้นใน ค.ศ. 1991 เมื่อกลุ่มติดอาวุธ (Armed group) นำโดย Foday Sankoh ในชื่อ Revolutionary United Front (RUF) ได้รับการสนับสนุนจากไลบีเรีย (Liberia) เริ่มทำการโจมตีรัฐบาลเซียร์รา ลีอง ซึ่งวัตถุประสงค์ของ RUF คือต้องการจะขับไล่อำนาจพลพรรคเดียวที่ครองอำนาจมาอย่างยาวนานถึง 30 ปี

⁵⁰⁸ Ibid, 162

ระยะเวลาผ่านไปไม่นาน ฝ่าย RUF ได้รับชื่อเสียงในทางที่ไม่ดีว่านิยมการปฏิบัติที่โหดร้าย กล่าวคือ การตัดอวัยวะเพื่อให้ศัตรูพิการ การเกณฑ์เด็กมาเป็นทหาร และความรุนแรงทางเพศ ในช่วงระยะเวลาการขัดกันทางอาวุธนี้เอง Civil Defence Forces (CDF) ได้ถูกจัดตั้งขึ้นเพื่อสนับสนุนกองกำลังแห่งชาติเซียร์รา ลีโอน (National armed forces) และเช่นเดียวกับ RUF กองกำลังทั้งสองนี้ใช้ปฏิบัติการที่โหดร้ายต่อพลเรือนด้วยเช่นเดียวกัน⁵⁰⁹

ปี ค.ศ. 1996 มีความพยายามที่จะสร้างสันติภาพให้เกิดขึ้นระหว่างรัฐบาลกับ RUF ผ่านการเจรจาที่ Abidjan ต่อมาในปี ค.ศ. 1997 รัฐบาลที่เริ่มต้นการเจรจาถูกขับไล่โดยการรัฐประหาร ประกอบการแปรพักตร์ของกลุ่มติดอาวุธและการย้ายฝั่งของกองทหารฝ่ายรัฐบาลเก่า ส่งผลให้เซียร์รา ลีโอน อยู่ในสภาวะโกลาหล (Chaos) อย่างไรก็ตาม ประชาคมระหว่างประเทศไม่ได้ให้ความสนใจ จนกระทั่ง ต้นปี ค.ศ. 1998 กองกำลังของ Economic Community of the West African State Monitoring Group (ECOMOG) เข้าแทรกแซงรัฐบาลทหารและคืนสิทธิให้แก่รัฐบาลพลัดถิ่น (Exiled government) ที่ถูกรัฐประหาร สหประชาชาติจึงจัดตั้งภารกิจกองกำลังไม่ติดอาวุธ (Unarmed United Nations mission: UNOMSIL) ขึ้นมาเพื่อเฝ้าดูการปลดอาวุธของแต่ละฝ่าย แต่พอถึงช่วงมกราคม ค.ศ. 1999 ฝ่าย RUF และ Armed Forces Revolution Council (AFRC) ดำเนินการบุกโจมตีเมืองหลวงของเซียร์รา ลีโอน ส่งผลให้ประชาชนเสียชีวิตจำนวนมาก สิ่งก่อสร้างถูกทำลายอย่างรุนแรง และทำให้ RUF และ AFRC ยึดครองประเทศเซียร์รา ลีโอน ได้ถึง 2 ใน 3 ส่วน⁵¹⁰

การเจรจาระหว่างรัฐบาลกับ RUF เกิดขึ้นอีกครั้งในเดือนมิถุนายน ค.ศ. 1999 ซึ่งการเจรจาในครั้งนี้ส่งผลให้เกิดเป็นความตกลงสันติภาพชื่อว่า Lomé Peace Agreement ทั้งนี้ ความตกลงได้มีการระบุถึงการจัดตั้ง Truth and Reconciliation Commission (TRC) ซึ่งมีเนื้อหาสาระว่า

“TRC จะได้รับการจัดตั้งเพื่อจัดการปัญหาการไม่ต้องถูกลงโทษ การทำลายวงจรรของความรุนแรง การให้เวทีสำหรับผู้ได้รับความเสียหายและผู้กระทำความผิดในการละเมิดสิทธิมนุษยชนเพื่อให้บอกเล่าถึงเรื่องราวที่เกิดขึ้น การได้เห็นสถานการณ์ที่ชัดเจนจากอดีตเพื่ออำนวยความสะดวกให้เกิดการเยียวยาและการฟื้นฟูอย่างแท้จริง ... TRC จะจัดการกับปัญหาเกี่ยวกับการละเมิดสิทธิมนุษยชนตั้งแต่จุดเริ่มต้นของการขัดกันของชาวเซียร์รา ลีโอนในปี ค.ศ. 1991 ... TRC จะให้คำแนะนำในมาตรการที่จะนำไปปฏิบัติเพื่อการฟื้นฟูผู้ได้รับความเสียหายจากการละเมิดสิทธิมนุษยชน ... และจะส่งรายงานให้กับรัฐบาลเพื่อนำไปปฏิบัติตามทันทีตามคำแนะนำของ TRC ภายในระยะเวลาไม่เกิน 12 เดือนนับตั้งแต่ได้เริ่มปฏิบัติงาน”⁵¹¹

⁵⁰⁹ Ibid, p.165

⁵¹⁰ Ibid, p.165-166

⁵¹¹ Lomé Peace Accord, article XXVI

“1. A Truth and Reconciliation Commission shall be established to address impunity, break the cycle of violence, provide a forum for both the victims and perpetrators of human

เมื่อพิจารณาจากบทบัญญัติจะพบว่า ความตกลงฉบับนี้ไม่ได้มีการพูดถึง ถ้อยคำเฉพาะเจาะจงของการชดใช้ค่าเสียหาย (Reparation) ไว้โดยตรง มีแต่เพียงการพูดถึงการฟื้นฟูในข้อที่ XXVII ซึ่งระบุว่า

“รัฐบาล โดยการใช้อำนาจผ่าน *National Commission for Resettlement, Rehabilitation and Reconstruction* ด้วยการสนับสนุนจากประชาคมระหว่างประเทศ จะให้ทรัพยากรทางการเงินและทางเทคนิคที่เหมาะสมสำหรับการฟื้นฟู การสร้างขึ้นมาใหม่ และการพัฒนาหลังสงคราม”⁵¹²

อย่างไรก็ตาม ในข้อที่ XXIX ได้กำหนดให้รัฐบาลด้วยการสนับสนุนของประชาคมระหว่างประเทศ จะต้องออกแบบและดำเนินการโครงการเพื่อการฟื้นฟูผู้ได้รับความเสียหายจากสงคราม และจากวัตถุประสงค์นี้ กองทุนพิเศษ (Special fund) จะได้รับการจัดตั้ง⁵¹³ แม้ว่าถ้อยคำใน Lome Peace Agreement จะไม่ได้พูดถึงบทบาทหน้าที่ของ TRC โดยตรงในการให้คำแนะนำเรื่องการชดใช้ค่าเสียหาย แต่ความตกลงเสนอให้มีการจัดตั้งกองทุนพิเศษขึ้นมาแทน ซึ่งแนวคิดนี้ได้รับการสนับสนุนจากองค์การสิทธิมนุษยชนภายในเซียร์รา ลีโอนเป็นจำนวนมาก และภาคีความตกลงทั้งสองก็ยอมรับในการจัดตั้งกองทุนพิเศษเช่นเดียวกัน⁵¹⁴

rights violations to tell their story, get a clear picture of the past in order to facilitate genuine healing and reconciliation.

2. In the spirit of national reconciliation, the Commission shall deal with the question of human rights violations since the beginning of the Sierra Leonean conflict in 1991.

This Commission shall, among other things, recommend measures to be taken for the rehabilitation of victims of human rights violations.

3. Membership of the Commission shall be drawn from a cross-section of Sierra Leonean society with the participation and some technical support of the International Community. This Commission shall be established within 90 days after the signing of the present Agreement and shall, not later than 12 months after the commencement of its work, submit its report to the Government for immediate implementation of its recommendations.”

⁵¹² Ibid, article XXVII

“1. The Government, through the National Commission for Resettlement, Rehabilitation and Reconstruction and with the support of the International Community, shall provide appropriate financial and technical resources for post-war rehabilitation, reconstruction and development.”

⁵¹³ Ibid, XXIX

“The Government, with the support of the International Community, shall design and implement a programme for the rehabilitation of war victims. For this purpose, a special fund shall be set up.”

⁵¹⁴ Christine Evans, *The Rights to Reparation in International Law for Victims of Armed Conflict*, Cambridge University Press, 2012, p.167

จนกระทั่งในเดือนพฤษภาคม ค.ศ. 2000 Foday Sankoh ถูกจับกุม ทำให้รัฐบาลของเซียร์รา ลีโอนตัดสินใจร้องขอความช่วยเหลือจากสหประชาชาติในการนำสมาชิกของ RUF เข้าสู่กระบวนการยุติธรรม ด้วยเหตุนี้เองจึงนำไปสู่การจัดตั้งศาลพิเศษแห่งเซียร์รา ลีโอน (Special Court of Sierra Leone) โดยรัฐบาลในปี ค.ศ. 2002 อย่างไรก็ตาม ศาลพิเศษนี้ดำเนินการทับซ้อนกับหน้าที่ของ TRC ทำให้ผู้สังเกตการณ์ต่างแสดงความกังวลถึงความทับซ้อนกันของ 2 องค์กรที่ไม่เคยเกิดขึ้นในอดีตและเป็นตัวอย่างมาก่อน ยิ่งไปกว่านั้น เลขานุการสหประชาชาติส่งจดหมายแสดงความกังวลไปยังคณะมนตรีความมั่นคงแห่งสหประชาชาติว่า ‘ความระมัดระวังต้องได้รับการพิจารณาเพื่อที่จะประกันว่าศาลพิเศษและ TRC จะดำเนินการไปในทางส่งเสริมเติมเต็มและสนับสนุนซึ่งกันและกัน และเคารพถึงสถานะที่แตกต่างกันแต่มีหน้าที่ที่เกี่ยวข้องกัน’⁵¹⁵ ด้านองค์การนอกภาครัฐ (Non-governmental organization: NGOs) ต่างแสดงความกังวลถึงความทับซ้อนกันในหน้าที่ของทั้งสององค์กร และได้ทำการเสนอให้ทำความเข้าใจให้เห็นชัดถึงความสัมพันธ์ของทั้งสององค์กร ในท้ายที่สุด ไม่มีความตกลงใดเกิดขึ้น อีกทั้งอัยการศาลพิเศษยังประกาศต่อสาธารณะว่าจะไม่ร้องขอข้อมูลจาก TRC ด้วยอำนาจที่ทับซ้อนกันเช่นนี้ ปัญหาหนึ่งที่เกิดขึ้นคือการชดใช้ค่าเสียหาย กล่าวคือ เมื่อมีผู้ได้รับความเสียหายยื่นประเด็นเกี่ยวกับการเรียกร้องค่าเสียหายให้ศาลพิเศษได้พิจารณา แต่ศาลพิเศษกลับมอบประเด็นเกี่ยวกับการเรียกร้องค่าเสียหายส่งกลับไปให้ TRC ซึ่งโดยอำนาจตามความตกลงแล้ว TRC มีอำนาจเพียงเสนอคำแนะนำเท่านั้น ด้วยเหตุนี้ จึงส่งผลให้ผู้ได้รับความเสียหายสับสนกับกระบวนการยุติธรรมที่เกิดขึ้น และไม่รู้ว่ทั้งสององค์กรนี้จะสามารถให้มาตรการเกี่ยวกับการชดใช้ค่าเสียหายได้อย่างไรบ้าง⁵¹⁶

ภายหลังจากการปฏิบัติงานได้ 2 ปี TRC ได้เสนอรายงานสุดท้าย (Final report) ต่อสาธารณะในเดือนตุลาคม ค.ศ. 2004 ประกอบไปด้วยเนื้อหาหลายตอน เช่น ที่มาของความขัดแย้ง การละเมิดที่ส่งผลต่อการใช้ชีวิตของเด็กและผู้หญิง ทั้งนี้ ประเด็นสำคัญที่เกี่ยวข้องคือการได้รับการชดใช้ค่าเสียหาย โดยรายงานระบุถึงกลุ่มของผู้ได้รับความเสียหาย 5 ประเภท ซึ่งกลุ่มคนเหล่านี้ถือได้ว่าได้รับความเสียหายอย่างร้ายแรง กล่าวคือ 1. ผู้ถูกตัดอวัยวะ 2. ผู้ทุพพลภาพจากสงคราม 3. เหยื่อของความรุนแรงทางเพศ 4. เด็ก และ 5. หญิงหม้ายจากสงคราม โดย TRC เห็นว่ากลุ่มคนเหล่านี้ควรได้รับประโยชน์จากโครงการชดใช้ค่าเสียหาย (Reparation programme) ที่มุ่งประสงค์ในเบื้องต้นในการฟื้นฟู นอกจากนี้ TRC ยังเห็นว่าผู้ได้รับความเสียหายทุกคนควรมีสิทธิในรูปแบบบางประเภทของการชดใช้ค่าเสียหาย โดยการกำหนดของ TRC ได้กำหนดจากแนวปฏิบัติที่เป็นไปได้เนื่องจากทรัพยากรที่มีอยู่อย่างจำกัด มีการเสนอว่า โครงการชดใช้ค่าเสียหายควรจะรวมไปถึงการประกันสุขภาพ (Health care) เงินเบี้ยหวัด (Pension) การศึกษา (Education) การฝึกฝนทักษะ (Skill training) และโครงการปล่อยกู้ดอกเบี้ยต่ำ (Micro-credit) เช่นเดียวกับการชดใช้ค่าเสียหายทางสังคมและเชิงสัญลักษณ์⁵¹⁷

⁵¹⁵ Ibid, 174

⁵¹⁶ Ibid, 174-175

⁵¹⁷ Ibid, 178

ในส่วนของกองทุนพิเศษตามข้อที่ XXIX ของ Lome Peace Agreement ทาง TRC ได้ทำคำแนะนำให้จัดตั้ง Special Fund for War Victims และเสนอให้จัดหางบประมาณจากการขายทรัพยากรแร่ที่เป็นรายได้หลักของประเทศ รวมไปถึงการสนับสนุนจากผู้บริจาคและทรัพย์สินที่ยึดได้จากบุคคลที่ถูกพิพากษาให้รับผิด นอกจากนี้ TRC ยังได้พูดถึงความรับผิดชอบของรัฐ (State responsibility) ในคำแนะนำโดยการอ้างบทบัญญัติสิทธิมนุษยชนและแนวคำพิพากษาที่ให้ชดใช้ค่าเสียหายมีเนื้อหาสาระว่า

“คณะกรรมการยอมรับทัศนะที่ว่า รัฐมีพันธกรณีทางกฎหมายในการชดใช้ค่าเสียหายสำหรับการละเมิดที่เกิดขึ้นโดยตัวกระทำที่เป็นรัฐและตัวกระทำที่เป็นเอกชน คณะกรรมการมีความเห็นว่าผู้ได้รับความเสียหายทุกคนควรได้รับการปฏิบัติอย่างเท่าเทียมกัน เสมอกัน และเป็นธรรม ด้วยลักษณะของการขัดกันในเซียร์รา ลีองไม่ได้มีความเป็นไปได้เสมอไปที่จะระบุถึงผู้กระทำผิดหรือกลุ่มที่ผู้กระทำผิดเหล่านั้นสังกัดอยู่ แต่รัฐมีพันธกรณีที่รับประกันการได้รับสิทธิมนุษยชน ... และการเยียวยาต้องเกิดขึ้นกับผู้ได้รับความเสียหาย ... หากรัฐบาลล้มเหลวที่จะใช้ความระมัดระวังตามความเหมาะสมในการตอบโต้หรือป้องกันการละเมิดสิทธิมนุษยชน เช่นนั้นแล้วรัฐต้องรับผิดชอบทั้งในทางกฎหมายและในทางศีลธรรม”⁵¹⁸

หลังจากที่มีการให้คำแนะนำที่ปรากฏอยู่ในรายงานสุดท้าย อย่างไรก็ตาม รัฐบาลมีความลังเลที่จะปฏิบัติตาม ประธานาธิบดีปฏิเสธที่จะขอโทษอย่างเป็นทางการต่อสาธารณะ และต้องใช้เวลาเกือบ 1 ปี ที่รัฐบาลจะยอมรับรายงานของ TRC โดยการยอมรับในหลักการ แต่ไม่ได้ระบุว่าจะทำอย่างไรต่อไปในการปฏิบัติตามคำแนะนำ ทั้งนี้ ส่วนที่รัฐบาลละเลยและไม่ให้ความสนใจมากที่สุดคือการชดใช้ค่าเสียหาย จากคำแนะนำของ TRC ระบุให้รัฐบาลใช้ National Commission for Social Action (NaCSA) ซึ่งเป็นองค์กรที่มีอยู่แล้วดูแลเรื่องการชดใช้ค่าเสียหายทางฝ่ายรัฐบาลไม่มีความแน่ใจที่จะตั้ง Special Fund for War Victims แต่ในปี ค.ศ. 2006 รัฐบาลก็ยอมรับที่จะใช้ NaCSA เพื่อดูแลโครงการชดใช้ค่าเสียหายแทน แม้จะได้ข้อสรุปตามคำแนะนำของ TRC แต่กระบวนการในการบริหารจัดการกองทุนเป็นไปอย่างช้า และจากรายงานของ United Nations Development Programs (UNDP) พบว่า เซียร์รา ลีองเป็นประเทศที่มีอัตราการพัฒนาต่ำ

⁵¹⁸ Ibid, p.179

“The Commission took the view that the State has a legal obligation to provide reparations for violations committed by both State actors and private actors. The Commission is of the opinion that all victims should be treated equally, fairly and justly. Given the nature of the conflict in Sierra Leone, it was not always possible to identify the perpetrators or the groups they belonged to. States have an obligation to guarantee the enjoyment of human rights ... and that reparations are made to victims ... If governments fail to apply due diligence in responding adequately to, or in structurally preventing human rights violations, then they are legally and morally responsible.”

มาก รัฐบาลจึงไม่มีเงินเพียงพอที่จะสนับสนุน ทำได้เพียงร้องขอความช่วยเหลือจากต่างประเทศ เท่านั้น⁵¹⁹

ช่วงปี ค.ศ. 2005 คณะกรรมการสร้างสันติภาพแห่งสหประชาชาติ (UN Peace Building Commission) จัดตั้งขึ้น โดยมีวัตถุประสงค์หนึ่งคือการสนับสนุนเงินทุนผ่าน Peace Building Fund (PBF) เพื่อใช้สนับสนุนการสร้างสันติภาพภายหลังสงคราม ด้วยเหตุนี้ เซียร์รา ลีโอนจึงเป็นหนึ่งในประเทศที่ถูกคัดเลือกให้ได้รับทุนจากกองทุนดังกล่าวเป็นจำนวน 3 ล้านเหรียญสหรัฐ ส่งผลให้ Special Fund for War Victims เกิดขึ้นในปี ค.ศ. 2009 ทำให้ผู้ได้รับความเสียหายกว่า 20,000 คนได้รับการชดเชยค่าเสียหายในรูปแบบของการช่วยเหลือทางการแพทย์และการให้เงินเป็นจำนวนเล็กน้อยประมาณ 100 เหรียญสหรัฐ⁵²⁰

ผู้เขียนเห็นว่า ปัญหาของคณะกรรมการแสวงหาความจริงของเซียร์รา ลีโอนมีปัญหาตั้งแต่เริ่มต้น เนื่องจากเนื้อหาของสาระที่ระบุไว้ใน Lome Peace Agreement มีขอบเขตที่กว้างเกินกว่าคณะกรรมการแสวงหาความจริงจะทำได้ ยิ่งไปกว่านั้น การไม่ระบุถึงถ้อยคำที่ชัดเจนในการชดเชยค่าเสียหายทำให้เกิดปัญหาที่จะตามมาในการตีความถ้อยคำอื่นที่ระบุเอาไว้ นอกจากนี้ยังมีการวิพากษ์วิจารณ์ถึงกระบวนการในการสัมภาษณ์พยานที่ไม่เป็นความลับและยังเปิดเผยต่อสาธารณะ ส่งผลให้พยานจำนวนมากกลัวว่าจะได้รับอันตรายจากฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง ปัญหาอีกกรณีหนึ่งคือการจัดตั้งศาลพิเศษ (Special Court for Sierra Leon) ขึ้นมา ทำให้สององค์กรหลักนี้มีอำนาจที่ทับซ้อนกัน อีกทั้งยังแสดงความไม่ชัดเจนในหน้าที่ขององค์กรตัวเองผ่านการโต้เถียงระหว่างคณะกรรมการและเจ้าหน้าที่ของศาล รวมไปถึงการผลักภาระหน้าที่กันไปมา และปัญหาสุดท้ายเกิดขึ้นจากการเมืองและเศรษฐกิจภายในประเทศส่งผลให้การจัดตั้งกองทุนตามคำแนะนำไม่ประสบความสำเร็จในตอนต้น รัฐบาลมีเจตนาที่จะไม่ปฏิบัติตามคำแนะนำตั้งแต่คณะกรรมการแสวงหาความจริงได้ออกคำแนะนำมาตั้งแต่ต้น และตัดสินใจเสี่ยงให้ไปใช้หน่วยงานที่มีข้อจำกัดอย่าง NaCSA แทนที่จะตั้ง Special Fund for War Victims ขึ้นมาใหม่ และแม้จะตั้งสำเร็จได้ในตอนสุดท้ายด้วยความช่วยเหลือของ PBF ซึ่งส่งผลให้เกิดการชดเชยค่าเสียหายอย่างเป็นรูปธรรมในเซียร์รา ลีโอน แต่กรณีนี้ไม่สามารถจะมั่นใจได้ว่าจะสร้างความยั่งยืนให้กับกองทุนได้ เพราะเงินช่วยเหลือมีอยู่อย่างจำกัดและเสมือนเป็นการผลักภาระไปให้ PBF ทั้งๆที่ในความเป็นจริงแล้วควรจะเป็นหน้าที่ของรัฐบาล

4.3.3 การสร้างกลไกพิเศษโดยอาศัยข้อมติขององค์การสหประชาชาติเพื่อชดเชยค่าเสียหายแก่ผู้ถูกละเมิด

กรณีสุดท้ายเป็นกลไกที่ถูกสร้างขึ้นโดยข้อมติขององค์การสหประชาชาติ ซึ่งเข้ามามีบทบาทสำคัญในกรณีที่มีการละเมิดร้ายแรงอย่างมากและมีลักษณะเป็นวงกว้าง กลไกนี้เกิดขึ้นได้

⁵¹⁹ Ibid, p.181-182

⁵²⁰ Ibid, p.183

ค่อนข้างยาก แต่มีประสิทธิภาพสูงกว่ากลไกอื่นๆ เนื่องจากมีคนกลางเข้ามากำหนดโครงสร้างให้การปฏิบัติงานเป็นไปอย่างมีระบบ และเป็นกลไกที่พิสูจน์แล้วว่า มีปัจเจกชนจำนวนมากได้รับการชดใช้ค่าเสียหายอย่างเหมาะสม

4.3.3.1 การจัดตั้ง United Nations Compensation Committee ภายใต้มติ คณะมนตรีความมั่นคงแห่งสหประชาชาติจากกรณีสงครามอิรัก-คูเวต

ต้นกำเนิดของ United Nations Compensation Committee (UNCC) มีเหตุมาจากการรุกรานของฝ่ายอิรัก (Iraq) ที่เข้าไปยึดครองดินแดนคูเวต (Kuwait) ก่อให้เกิดเป็นสงครามอ่าว (Gulf war) ส่งผลให้ชาติตะวันตกอย่างสหรัฐอเมริกา แคนาดา อังกฤษ ฝรั่งเศส รวมถึงชาติในตะวันออกกลางอย่าง ซาอุดีอาระเบีย กาตาร์ โอมาน ฯลฯ ที่ต่อต้านการรุกรานของประธานาธิบดีซัดดัม ฮุสเซน (Saddam Hussein) และเป็นพันธมิตรสำคัญของสหรัฐอเมริกาเข้าเป็นกองกำลังร่วม (Coalition forces) ต่อสู้กับอิรักด้วยเช่นเดียวกัน ผลจากสงครามคืออิรักเป็นฝ่ายพ่ายแพ้สงคราม แต่ผลที่ตามมาคือความเสียหายจำนวนมาก ไม่ว่าจะเป็นจากฝ่ายคูเวตหรือฝ่ายกองกำลังร่วมชาติอื่นๆหลายประเทศ ด้วยเหตุนี้สหประชาชาติจึงมีความจำเป็นที่จะต้องจัดตั้ง UNCC ขึ้นมา เพื่อให้ผู้ที่ได้รับความเสียหายสามารถเรียกร้องสิทธิเพื่อให้ได้รับค่าชดใช้ค่าเสียหายได้

ก่อนที่สงครามจะสิ้นสุดลงในวันที่ 3 เมษายน ค.ศ. 1991 คณะมนตรีความมั่นคงแห่งสหประชาชาติ (United Nations Security Council: UNSC) ได้อาศัยอำนาจตาม Chapter VII ของกฎบัตรสหประชาชาติออกมติที่ 674/1990 แจ้งให้อิรักทราบ ว่า “ภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ อิรักจะต้องรับผิดชอบสำหรับการสูญเสีย ความเสียหาย หรือการบาดเจ็บที่เกิดขึ้นต่อ คูเวตและรัฐที่สาม รวมถึงคนชาติและบรรษัทของรัฐดังกล่าว อันมีเหตุมาจากการรุกรานและการเข้ายึดครองคูเวตโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย”⁵²¹ และในวันที่ 2 มีนาคม ค.ศ. 1991 UNSC ได้ยื่นข้อเรียกร้องในข้อมติว่า “อิรักต้องยอมรับโดยหลักการในความรับผิดชอบของตนภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ”⁵²²

และในวันที่ 3 เมษายน ค.ศ. 1991 UNSC ออกข้อมติที่ 687/1991 เป็นข้อมติที่กำหนดให้มีการหยุดยิง (Cease-fire) และระบุด้วยว่า

“โดยไม่เป็นการกระทบต่อหนี้สินและพันธกรณีของอิรักที่เกิดขึ้นก่อน 2 สิงหาคม ค.ศ. 1990 ซึ่งจะถูกกำหนดผ่านกลไกทั่วไป อิรักจะต้องรับผิดชอบภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศสำหรับการสูญเสีย ความเสียหาย รวมไปถึงความเสียหายทางสิ่งแวดล้อมและการหมดไปซึ่ง

⁵²¹ United Nations Security Council Resolution 674, para.8

⁵²² United Nations Security Council Resolution 686, para.2(b)

ทรัพยากรธรรมชาติ หรือความเสียหายต่อรัฐบาลต่างประเทศ คนชาติและบริษัท อันเป็นผลมาจากการรุกรานและยึดครองคูเวตโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย”⁵²³

นอกจากนี้ข้อมติของ UNSC เสนอให้มีการตั้งกองทุน (Fund) ขึ้นมาเพื่อนำมาชดเชยค่าเสียหายจากการสูญเสีย ความเสียหาย และการบาดเจ็บที่เกิดขึ้น และให้มีการจัดตั้งคณะกรรมการธิการ (Commission) เพื่อเข้ามาควบคุมดูแลการจ่ายค่าชดเชยค่าเสียหายด้วยเช่นเดียวกัน⁵²⁴ ต่อมา UNSC ออกข้อมติที่ 692/1991 จัดตั้งให้มีกองทุนขึ้นมาโดยใช้ชื่อว่า United Nations Compensation Fund และคณะกรรมการที่จะเข้ามาดูแลกองทุนดังกล่าวชื่อว่า United Nations Compensation Committee⁵²⁵

สำหรับเงินที่จะนำมาเข้ากองทุนเพื่อจะนำมาชดเชยค่าเสียหายนั้น UNSC ได้กำหนดส่วนแบ่งจากการจำหน่ายน้ำมันของอิรักเพื่อนำมาเข้ากองทุนและเพื่อใช้เป็นค่าใช้จ่ายในคณะกรรมการธิการ UNSC ได้ลงมติยอมรับตามคำแนะนำของเลขาธิการสหประชาชาติ (Secretary general) ที่ระบุว่า ให้นำรายได้ของการส่งออกน้ำมันปิโตรเลียม (Petroleum) และผลิตภัณฑ์จากน้ำมันปิโตรเลียม (Petroleum products) จำนวน 30% ของมูลค่าการขายประจำปีเพื่อนำมาสนับสนุนกองทุน⁵²⁶ สาเหตุที่ UNSC ตัดสินใจใช้ตัวเลขที่ 30% เนื่องจากเป็นตัวเลขประมาณการค่าใช้จ่ายต่างๆของกองทัพอิรักก่อนสงครามอ่าว⁵²⁷

ต่อมาตามคำแนะนำของเลขาธิการสหประชาชาติในเรื่องการจัดตั้งคณะกรรมการที่ส่งไปยัง UNSC ให้ลงมติรับรอง ระบุว่า

“คณะกรรมการไม่ใช่ศาลหรืออนุญาโตตุลาการที่คู่ความจะต้องขึ้นพิจารณา คณะกรรมการเป็นองค์กรทางการเมือง (Political organ) ทำหน้าที่ในการแสวงหา

⁵²³ United Nations Security Council Resolution 687, para.16

“... Iraq, without prejudice to the debts and obligations of Iraq arising prior to 2 August 1990, which will be addressed through the normal mechanisms, is liable under international law for any direct loss, damage, including environmental damage and the depletion of natural resources, or injury to foreign Governments, nationals and corporations, as a result of Iraq’s unlawful invasion and occupation of Kuwait.”

⁵²⁴ Ibid, para.18

⁵²⁵ United Nations Security Council Resolution 692, para.3

⁵²⁶ United Nations Security Council Resolution 705, para.2

⁵²⁷ Gregory Townsend, The Iraq Claims Process: A Progress Report on the United Nations Compensation Commission and U.S. Remedies, Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review, p.980

ข้อเท็จจริงในการตรวจสอบข้อเรียกร้อง พิสูจน์ความชอบด้วยกฎหมาย ประเมินการสูญเสีย จัดสรร การชำระเงิน และแก้ปัญหาข้อเรียกร้องที่พิพาท”⁵²⁸

UNCC ประกอบไปด้วยองค์กรอื่นๆอีกทั้งสิ้นอีก 4 องค์กร กล่าวคือ Governing Council, Committee on Administrative Matters, Executive Secretary and Secretariat และ Commissioners and Three-Commissioner โดยภายหลังการจัดตั้งองค์กร ต่างๆเสร็จสิ้น คณะกรรมาธิการได้รับคำร้องจำนวนมากกว่า 2,640,000 ฉบับ เพื่อขอค่าชดใช้ ค่าเสียหายที่เกิดขึ้น เมื่อคิดเป็นจำนวนเงินแล้วมีมูลค่าสูงเกิน 340 ล้านเหรียญดอลลาร์สหรัฐฯ โดยผู้ ยื่นคำร้องประกอบไปด้วยหลากหลายประเภท เช่น รัฐบาล 96 ประเทศยื่นคำร้องแทนปัจเจกชน บริษัทที่มีสัญชาติของรัฐนั้นๆ นอกจากนี้ยังมีองค์กรของสหประชาชาติ เช่น United Nation High Commissioner for Refugees (UNHCR), United Nation Development Programme (UNDP) และ United Nation Relief and Work Agency for Palestine Refugees in the Near East (UNRWA) สามารถยื่นคำร้องแทนปัจเจกชนที่ไม่ได้อยู่ในสถานะที่จะให้ยื่นคำร้องได้ผ่านช่องทางของ รัฐบาลตนเอง⁵²⁹ ทั้งนี้ เพื่อความสะดวกและการดำเนินการของการเรียกร้องสิทธิ Governing Council จึงได้แยกประเภทของคำร้องออกเป็นทั้งสิ้น 6 ประเภท กล่าวคือ คำร้องประเภท ‘A’ – ‘F’ โดยการเรียกร้องสิทธิที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศจะเห็นได้ชัดเจนจากคำร้อง ประเภท ‘A’, ‘B’, และ ‘C’

ผู้เขียนเห็นว่า กลไกของ UNCC เป็นกลไกพิเศษที่จัดตั้งขึ้นมาโดยมติคณะ มนตรีความมั่นคงแห่งสหประชาชาติเพื่อจัดการกับการละเมิดพันธกรณีระหว่างประเทศของอิรัก ทั้งนี้ เมื่อพิจารณาจากโครงสร้าง หลักเกณฑ์ และอำนาจหน้าที่ของ UNCC พบว่าเป็นกลไกที่ค่อนข้างได้ผล ในระดับหนึ่ง เนื่องจาก UNCC สามารถหาแหล่งกองทุนได้จากมูลค่าน้ำมันปิโตรเลียมที่อิรักมีอยู่เป็น จำนวนมาก แต่สมมติในกรณีที่ UNCC ต้องจัดตั้งเพื่อแก้ไขปัญหาการชดใช้ค่าเสียหายในประเทศที่มี ทรัพยากรธรรมชาติหรือผลผลิตที่มูลค่าไม่สูงเท่าอิรักอาจส่งผลกระทบต่อการทำงานของระบบได้ นอกจากนี้ปัญหายังหนึ่งคือ UNCC ไม่ให้ปัจเจกชนสามารถเรียกร้องสิทธิได้โดยตรงต่อ คณะกรรมการพิจารณาคำร้อง UNCC ยังจำกัดให้ปัจเจกชนยังต้องใช้สิทธิเรียกร้องผ่านรัฐของตนเอง หรือผ่านองค์กรระหว่างประเทศเพื่อที่จะให้ได้รับการชดใช้ค่าเสียหาย อย่างไรก็ตาม ในตอนเริ่มต้น การจัดตั้ง UNCC ผู้สังเกตการณ์ต่างมองว่า UNCC น่าจะเป็นอีกองค์กรหนึ่งที่ล้มเหลวในทางปฏิบัติที่ จะสามารถชดใช้ค่าเสียหายให้กับผู้ที่ได้รับความเสียหายได้ แม้กระนั้น UNCC ได้แสดงให้เห็นแล้วว่า

⁵²⁸ Fred Wooldrdge and Oluffemi Elias ,Humanitarian Considerations in the Work of the United Nations Compensation Commission, International Review of the Red Cross (2003), p.557

“The Commission is not a court or an arbitral tribunal before which the parties appear; it is a political organ that performs an essentially factfinding function of examining claims, verifying their validity, evaluating losses, assessing payments and resolving disputed claims.”

⁵²⁹ Fred Wooldrdge and Oluffemi Elias ,Humanitarian Considerations in the Work of the United Nations Compensation Commission, International Review of the Red Cross (2003), p.562

ถึงจะมีอุปสรรคมากมายในการดำเนินการขององค์กร แต่อย่างน้อยก็มิได้มีผู้ที่ได้รับชดใช้ค่าเสียหายเป็นเงินจำนวนมาก โดยการจ่ายเงินขั้นแรก (First phase) ของ UNCC สามารถจ่ายให้กับรัฐบาลต่างๆได้เป็นจำนวนถึง 3,252,377,997.09 เหรียญดอลลาร์สหรัฐฯ โดยทั้งหมดมาจากคำร้องของปัจเจกชนที่ยื่นผ่านรัฐทั้งสิ้น 1,498,119 คำร้อง ทั้งหมดนี้เป็นคำร้องประเภท 'A', 'B' และ 'C'⁵³⁰ ยิ่งไปกว่านั้นในวันที่ 25 มิถุนายน ค.ศ. 2003 UNCC สามารถจัดการกับคำร้องได้เกือบถึง 2,600,000 คำร้อง และจ่ายเงินไปแล้วคิดเป็นจำนวน 46 ล้านเหรียญดอลลาร์สหรัฐฯ⁵³¹

4.3.3.2 การจัดตั้ง Commission for Reception, Truth and Reconciliation ภายใต้ข้อมติของ United Nations Transitional Administration in East Timor ในติมอร์ตะวันออก

กระบวนการเปลี่ยนผ่านความยุติธรรมในติมอร์มีความคล้ายคลึงกับเซียร์รา ลีโอน กล่าวคือ มีกลไกในการจัดการกับปัญหาทั้งสิ้น 2 กลไก โดยกลไกหนึ่งเป็นความพยายามที่จะนำตัวผู้กระทำผิดเข้าสู่กระบวนการยุติธรรมทางอาญา และอีกกลไกหนึ่งเป็นการเสาะแสวงหาข้อมูลเพื่อให้เห็นภาพรวมของการละเมิดที่เกิดขึ้นและสามารถนำไปสู่การแสวงหาความจริง ต้นเหตุ หรือปัญหาที่เป็นสาเหตุของการเกิดการขัดกันทางอาวุธขึ้น อย่างไรก็ตาม กลไกของเซียร์รา ลีโอนเกิดขึ้นด้วยความรีบร้อนและไม่เป็นระบบ ในขณะที่กลไกของติมอร์นั้นพบว่าประสบความสำเร็จในเชิงการจัดตั้งองค์กรมากในระดับหนึ่ง ทั้งยังได้การยอมรับจากประชาคมระหว่างประเทศและองค์กรภายในของประเทศติมอร์ แม้ว่าในตอนท้ายจะมีอุปสรรคในการนำไปปฏิบัติจากฝ่ายการเมืองก็ตาม

การขัดกันทางอาวุธในติมอร์หากจะพูดถึงแหล่งที่มาที่แท้จริงแล้วเกิดจากการปลดปล่อยอาณานิคมของโปรตุเกส หลังจากที่โปรตุเกสได้ให้อิสระแก่ติมอร์หลังจากยึดเป็นอาณานิคมมากกว่า 400 ปี ในช่วงปลาย ค.ศ. 1975 อินโดนีเซียเข้าบุกรุกและยึดครองติมอร์แทนที่ตลอดระยะเวลา 24 ปีที่อินโดนีเซียยึดครอง เป็นการปกครองโดยใช้อำนาจทหารกดขี่ข่มเหง ในขณะที่ใครก็ตามที่ต้องสงสัยว่าให้การสนับสนุนการเคลื่อนไหวเพื่อปลดแอกติมอร์ก็จะถูกจับไปทรมานหรือสังหาร มีการประเมินว่าในช่วงระยะเวลาดังกล่าวประชากร 1 ใน 4 ของติมอร์ กล่าวคือ ประมาณ 200,000 คนเสียชีวิตระหว่างการยึดครอง ต่อมาเมื่อประธานาธิบดี Suharto แห่งอินโดนีเซียพ้นจากตำแหน่ง ประธานาธิบดีรักษาการ Habibbi อนุญาตให้มีการลงประชามติในติมอร์ในปี ค.ศ. 1999 โดยให้สหประชาชาติเข้ามาเป็นผู้จัด อย่างไรก็ตาม การรักษาความปลอดภัยเป็นความรับผิดชอบของกองกำลังอินโดนีเซีย (TNI) เมื่อผลประชามตินับเสร็จสิ้น ประชาชนติมอร์ลงคะแนน 78.5% เพื่อแยกเป็นรัฐอิสระจากอินโดนีเซีย ผลลัพธ์นี้เป็นสิ่งที่ฝ่ายทหารของอินโดนีเซียคาดไม่ถึงและไม่ยอมรับผลประชามติ ในทางกลับกัน กองกำลังทหารอินโดนีเซียดำเนินการล้างแค้นต่อพลเรือนติมอร์ ส่งผลให้

⁵³⁰ Fred Wooldrdge and Oluffemi Elias ,Humanitarian Considerations in the Work of the United Nations Compensation Commission, International Review of the Red Cross (2003), p.569

⁵³¹ Ibid, p.580

ผู้คนจำนวนกว่า 500,000 ต้องพลัดถิ่น มีการคาดการณ์ว่าพลเรือนประมาณ 1,400 ถูกสังหาร ผู้หญิงจำนวนหลักร้อยถูกข่มขืน ที่อยู่อาศัยกว่า 60,000 หลังถูกเผาทำลาย⁵³²

เพื่อตอบโต้ความรุนแรงที่เกิดขึ้น คณะมนตรีความมั่นคงแห่งสหประชาชาติ รับข้อมติที่ 1272 ภายใต้ Chapter VII ของกฎบัตรสหประชาชาติในวันที่ 25 ตุลาคม ค.ศ. 1999 สร้างภารกิจรักษาสันติภาพในนาม United Nations Transitional Administration in East Timor (UNTAET) โดยให้มีอำนาจบริหารและปกครองในดินแดนที่เข้าไปปฏิบัติภารกิจ ในระยะเวลาปฏิบัติงานมีการทำรายงานหลายฉบับขึ้นมาโดยส่วนใหญ่กล่าวถึงความรับผิดชอบของ TNI เป็นหลัก จนกระทั่งในเดือนมิถุนายน ค.ศ. 2000 UNTAET ออกข้อบังคับ (Regulation) ที่ 2000/15 จัดตั้ง Special Panels for Serious Crime เพื่อที่จะจัดการกับผู้กระทำความผิดและนำตัวมาดำเนินคดี อย่างไรก็ตาม หน่วยงานนี้มีข้อจำกัดหลายประการ ทั้งยังถูกวิพากษ์วิจารณ์จากบทบาทหน้าที่ของ อัยการที่ตั้งข้อหาเขาไปกว่าความเป็นจริง อีกทั้งยังขาดแคลนผู้เชี่ยวชาญ เกิดอุปสรรคปัญหาด้านการสื่อสารและทักษะ เมื่อการปฏิบัติงานของ Special Panels for Serious Crime ล้มเหลวที่จะนำตัวผู้กระทำความผิดมาลงโทษ จึงมีการเสนอให้มีการตั้งคณะกรรมการแสวงหาความจริง (Truth Commission) จากหลายฝ่าย UNTAET จึงรับข้อบังคับที่ 2001/10 ในเดือนมิถุนายน ค.ศ. 2001 เพื่อจัดตั้ง Commission for Reception, Truth and Reconciliation (CAVR คำย่อภาษาโปรตุเกส)⁵³³ ซึ่งมีหน้าที่คือ

- (a) สืบสวนการละเมิดสิทธิมนุษยชนในการขัดกันทางการเมืองในติมอร์
- (b) แสวงหาความจริงเกี่ยวกับการละเมิดสิทธิมนุษยชนในอดีต
- (c) รายงานลักษณะของการละเมิดสิทธิมนุษยชนและระบุถึงปัจจัยที่อาจนำไปสู่การละเมิดเช่นว่า
- (d) ระบุถึงแนวปฏิบัติและนโยบายที่จำเป็นจะต้องกล่าวถึงเพื่อป้องกันการละเมิดสิทธิมนุษยชนซ้ำในอนาคต ไม่ว่าจะมาจากฝ่ายที่เป็นตัวกระทำการที่เป็นรัฐหรือไม่ใช่รัฐ
- (e) ส่งรายงานการละเมิดสิทธิมนุษยชนให้แก่ Office of the General Prosecutor พร้อมกับคำแนะนำเพื่อให้ดำเนินคดีกับผู้กระทำละเมิดตามสมควร
- (f) ช่วยเหลือในการฟื้นกลับมาซึ่งศักดิ์ศรีของผู้ได้รับความเสียหาย
- (g) สนับสนุนการปรองดองสมานฉันท์
- (h) สนับสนุนการยอมรับและการกลับเข้าร่วมกลุ่มใหม่ของปัจเจกชนที่เป็นผู้ก่อให้เกิดความเสียหายแก่ประชาคมของปัจเจกชนนั้น โดยใช้กลไกผ่านคณะกรรมการที่จัดการกับ

⁵³² Christine Evans, *The Rights to Reparation in International Law for Victims of Armed Conflict*, Cambridge University Press, 2012, p.187

⁵³³ *Ibid*, p.189-190

การละเมิดที่ไม่รุนแรง ผ่านการอำนวยความสะดวกของกลไกในการปรองดองสมานฉันท์โดยประชาชนนั้นๆ”⁵³⁴

แม้ว่าเนื้อหาในข้อบังคับจะไม่มีการระบุการชดเชยค่าเสียหาย แต่คณะกรรมการพิจารณาว่า การชดเชยค่าเสียหายเป็นมุมมองส่วนหนึ่งในการ ‘ช่วยเหลือในการฟื้นฟูกลับมาซึ่งศักดิ์ศรีของผู้ได้รับความเสียหาย’ ตาม (f) ของข้อบังคับนี้ ในท้ายที่สุด หลังจากประกาศเอกราชอย่างเป็นทางการ รัฐธรรมนูญฉบับใหม่ของติมอร์ได้ยอมรับข้อบังคับในการจัดตั้ง CAVR ไว้ใน Section 162 โดยถือเป็นองค์กรอิสระภายใต้รัฐธรรมนูญและไม่อยู่ภายใต้การควบคุมหรือสั่งการของสมาชิกคณะรัฐมนตรี CAVR เริ่มดำเนินการในเดือนเมษายน ค.ศ. 2002 มีระยะเวลาการทำงาน 2 ปี แต่สามารถต่ออายุได้ ยิ่งไปกว่านั้น CAVR ได้รับเงินบริจาคจากต่างประเทศมากกว่าที่ Special Panels for Serious Crime ได้รับ ทำให้การปฏิบัติงานเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ⁵³⁵

CAVR ได้ทำการจัดตั้งหน่วยงานที่ไม่เคยมีแบบอย่างมาก่อนในอดีตขึ้นมาทั้งสิ้น 2 หน่วยงาน ซึ่งเมื่อพิจารณาจากผลลัพธ์ที่ได้แล้วพบว่า เป็นหน่วยงานที่ประสบความสำเร็จอย่างมาก อีกทั้งกระบวนการผ่านหน่วยงานทั้ง 2 นี้ยังพิสูจน์ถึงเจตจำนงและความพยายามของคณะกรรมการแสวงหาความจริงที่ต้องการจะคืนสันติภาพอย่างยั่งยืนให้กับติมอร์ ไม่ใช่เพียงการทำคำแนะนำหรือชดเชยค่าเสียหายเพื่อให้อุปการะอย่างรวดเร็ว ทั้ง 2 หน่วยงานนี้ประกอบไปด้วย

1. Community Reconciliation Process (CRP) หน่วยงานนี้มีหน้าที่สร้างความสมานฉันท์และทำให้ผู้กระทำผิดในฐานะความผิดที่โทษไม่หนักได้รับการลงโทษอย่าง

⁵³⁴ UNTAET/REG/2001/10, 2001

“(a) inquiring into human rights violations that have taken place in the context of the political conflicts in East Timor;

(b) establishing the truth regarding past human rights violations;

(c) reporting the nature of the human rights violations that have occurred and identifying the factors that may have led to such violations;

(d) identifying practices and policies, whether of State or non-State actors which need to be addressed to prevent future recurrences of human rights violations.

(e) the referral of human rights violations to the Office of the General Prosecutor with recommendations for the prosecution of offences where appropriate;

(f) assisting in restoring the human dignity of victims;

(g) promoting reconciliation;

(h) supporting the reception and reintegration of individuals who have caused harm to their communities through the commission of minor criminal offences and other harmful acts through the facilitation of community based mechanisms for reconciliation; and”

⁵³⁵ Christine Evans, *The Rights to Reparation in International Law for Victims of Armed Conflict*, Cambridge University Press, 2012, p.191-192

เหมาะสม ส่วนผู้กระทำความผิดในกรณีการละเมิดอย่างร้ายถูกแยกออกจากการพิจารณาของหน่วยงานนี้ การปฏิบัติงานตามหน้าที่ของ CRP ต้องใช้ความร่วมมือของชุมชนในการยอมรับผู้กระทำผิดกลับเข้าสู่ชุมชน โดยผู้กระทำผิดต้องยอมรับในความผิดและขอโทษต่อชุมชน ยิ่งไปกว่านั้นผู้กระทำผิดต้องปฏิบัติหน้าที่โดยการให้บริการแก่ชุมชน เข้าร่วมในการฟื้นฟูทรัพย์สิน คืนทรัพย์สินที่ขโมยไป หรือชำระเงินคืนในจำนวนที่ไม่มาก เป็นต้น จากการดำเนินการพบว่ามีผู้กระทำผิดสูงถึง 30,000 ยอมรับผิดและเข้าร่วมกับ CRP⁵³⁶

2. Victim Support Division (VSD) เป็นการสร้างเครือข่ายผ่านเขตปกครองต่างๆโดยให้กลุ่มคนรากหญ้า (Grassroots) ดำเนินการแสวงหาคำจากผู้ได้รับความเสียหาย เนื่องจากเป็นคนในชุมชนเดียวกันและมีความใกล้ชิดกัน มีการจัดให้มีกระบวนการรับฟัง (Hearing) เพื่อที่จะฟื้นฟูศักดิ์ศรีของผู้ได้รับความเสียหาย อีกทั้งยังมีการช่วยเหลือทางด้านจิตใจผ่านการสัมมนาเชิงปฏิบัติการ (Workshop) เป็นกลุ่มเล็กๆสำหรับผู้หญิงที่ไม่ต้องการเปิดเผยตัว พร้อมกับติดต่อหน่วยงานหรือ NGOs เพื่อขอความช่วยเหลือด้านการดูแลสุขภาพจิตของผู้ได้รับความเสียหาย ถือได้ว่า VSD เป็นหน่วยงานแรกที่ไม่เคยเกิดขึ้นมาก่อน ทั้งยังได้รับการสนับสนุนจำนวนมาก และเป็นหน่วยงานที่คณะกรรมการการแสวงหาความจริงในประเทศอื่นมองข้าม⁵³⁷

ประเด็นสำคัญในส่วนของการชดเชยค่าเสียหาย CAVR ได้สร้าง Urgent Reparation Scheme ขึ้นมาเบื้องต้นเพื่อช่วยเหลือผู้ได้รับความเสียหายอย่างหนักและไม่อาจช่วยเหลือตัวเองได้จากการละเมิดสิทธิมนุษยชนระหว่างปี ค.ศ. 1974-1999 ทั้งนี้ มาตรการชดเชยค่าเสียหายนี้มีอยู่อย่างจำกัดและให้ได้เพียงบุคคลบางประเภทเท่านั้น เช่น ผู้รอดชีวิตจากการทรมาน ผู้หญิงที่ถูกข่มขืน ผู้ทุพพลภาพ เป็นต้น อย่างไรก็ตาม Urgent Reparation Scheme มีความสำคัญในเชิงสัญลักษณ์ในการยืนยันสิทธิของผู้ได้รับความเสียหาย สำหรับการชดเชยค่าเสียหายที่มีการให้นั้นอยู่ในรูปแบบการดูแลสุขภาพทางการแพทย์และทางสภาพจิตใจ อีกทั้งยังมีอุปกรณ์สำหรับผู้ทุพพลภาพและการให้เงินฉุกเฉินประมาณ 200 เหรียญสหรัฐ โดยการชำระเงินขึ้นตรงกับ Trust Fund of East Timor ในกำกับของธนาคารโลก (World Bank) อนึ่ง Urgent Reparation Scheme เป็นมาตรการที่ไม่ได้ส่งผลต่อการได้รับการชดเชยค่าเสียหายอย่างเต็มจำนวนและไม่ถือว่าเป็นการฟื้นฟูอย่างเต็มรูปแบบ แต่เป็นเพียงการให้ความช่วยเหลือเบื้องต้นเท่านั้น⁵³⁸

วันที่ 31 ตุลาคม ค.ศ. 2005 รายงานสุดท้าย (Final report) ได้ส่งถึงประธานาธิบดี Xanana Gusmao ประกอบไปด้วยเนื้อหาจำนวนมากเกี่ยวกับข้อสรุปของการชดกันที่เกิดขึ้น ซึ่งมีสาเหตุมาจากการรุกรานของอินโดนีเซียเป็นหลัก นอกจากนี้ในส่วนของคำแนะนำมีการกล่าวถึงอินโดนีเซียโดยเฉพาะเจาะจงให้ยอมรับผิดกับการกระทำที่เกิดขึ้นและต้องชดเชยค่าเสียหาย

⁵³⁶ Ibid, 193

⁵³⁷ Ibid

⁵³⁸ Ibid, 194-195

คำแนะนำยังเสนอให้รัฐบาลติมอร์จัดตั้งกองทุน (Fund) โดยให้บุคคล 6 ประเภทสมควรได้รับการชดใช้ค่าเสียหายก่อน กล่าวคือ ผู้ถูกทรมาน ผู้ได้รับความรุนแรงทางเพศ ผู้ทุพพลภาพทั้งทางร่างกายและจิตใจ หญิงหม้าย เด็ก และชุมชนที่ได้รับผลกระทบอย่างรุนแรง โดยเงินที่จะนำมาสนับสนุนกองทุนนั้นมาจากงบประมาณชาติ (National budget) CAVR ย้ำต่อไปด้วยว่าอินโดนีเซียต้องรับผิดชอบในการชดใช้ค่าเสียหาย เช่นเดียวกับสหราชอาณาจักรและฝรั่งเศสที่ให้การสนับสนุนประธานาธิบดี Suharto และโปรตุเกสควรช่วยเหลือด้านการเงินเนื่องจากมีบริษัทขายอาวุธให้แก่อินโดนีเซียระหว่างการยึดครองติมอร์⁵³⁹

เป็นที่คาดหมายตั้งแต่ต้นแล้วว่า ประธานาธิบดี Xanana Gusmao จะปฏิเสธคำแนะนำของ CAVR ด้วยเหตุผลเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างประเทศและความไม่แน่ใจที่จะประกาศให้อินโดนีเซียต้องรับผิดชอบตามคำแนะนำที่ได้ส่งมา แม้ประธานาธิบดี Xanana Gusmao จะแสวงหาหนทางอื่นโดยการเจรจากับอินโดนีเซีย แต่ก็ไม่ได้รับการตอบรับตามที่คาดหวัง อีกทั้งสหประชาชาติปฏิเสธที่เข้าร่วมการเจรจาระหว่างติมอร์กับอินโดนีเซีย เพราะอินโดนีเซียประสงค์ที่จะนิรโทษกรรมให้กับผู้ที่ต้องรับผิดชอบที่หลบหนีอยู่ในประเทศ ติมอร์ถูกสหประชาชาติและประชาคมระหว่างประเทศกดดันอย่างหนัก จนกระทั่งปี ค.ศ. 2008 สภาผู้แทนราษฎรติมอร์ยอมรับคำแนะนำของ CAVR และสนับสนุนข้อเสนอในการจัดตั้งรูปแบบการชดใช้ค่าเสียหาย อย่างไรก็ตาม ด้วยสถานะทางการเมืองทำให้ไม่มีการสนับสนุนประเด็นนี้เท่าที่ควร ในเดือนมิถุนายน ค.ศ. 2010 ร่างกฎหมายเกี่ยวกับการชดใช้ค่าเสียหายได้ส่งไปถึงสภาติมอร์ และเช่นเดิม ด้วยสถานะทางการเมืองของติมอร์ทำให้กระบวนการพิจารณาต้องพักไว้ชั่วคราว⁵⁴⁰

ผู้เขียนเห็นว่ากระบวนการแสวงหาความจริงของติมอร์นั้นเป็นไปอย่างมีระบบและมีประสิทธิภาพ แม้ว่าจะมีการจัดตั้งหน่วยงานเพิ่มเติมเข้ามาโดยที่เป็นหน่วยงานที่ไม่เคยเกิดขึ้นมาก่อนในอดีต แต่ก็ได้พิสูจน์แล้วว่าส่งผลดีมากกว่าผลเสียดังเช่นกรณีการจัดตั้ง Special Court for Sierra Leon ที่มุ่งประเด็นแต่เรื่องความรับผิดชอบของบุคคลเป็นเรื่องสำคัญ อย่างไรก็ตาม การพิจารณาย่อมต้องชั่งน้ำหนักระหว่างความรับผิดชอบของบุคคลกับความสำเร็จในการเยียวยาผู้ได้รับความเสียหาย ในตอนต้น UNTAET ประสงค์เพียงจะนำผู้กระทำผิดมาลงโทษ เป็นเหตุให้องค์กร Special Panels for Serious Crime ที่จัดตั้งขึ้นมาจึงประสบความล้มเหลวและทำให้ปัจเจกชนไม่ได้รับการชดใช้ค่าเสียหายอย่างเหมาะสม จากบทเรียนดังกล่าว UNTAET จึงจัดตั้งคณะกรรมการแสวงหาความจริงขึ้นมาแทน ซึ่งปฏิบัติหน้าที่ได้อย่างครอบคลุมและเข้าใจบริบทของสังคมที่กำลังเผชิญกับปัญหา นอกจากนี้การจัดตั้ง Community Reconciliation Process และ Victim Support Division (VSD) เสมือนเป็นการเยียวยาผู้ได้รับความเสียหายในรูปแบบหนึ่ง อีกทั้งยังส่งผลถึงความยั่งยืนของสันติภาพในประเทศ ยิ่งไปกว่านั้น การช่วยเหลือตามแผน Urgent Reparation Scheme ถือเป็นการเยียวยาให้แก่ผู้ได้รับความเสียหายเบื้องต้นและเป็นการยืนยันในสิทธิของผู้ได้รับ

⁵³⁹ Ibid, 196-198

⁵⁴⁰ Ibid, 199-201

ความเสียหายที่จะได้รับการชดใช้ ท้ายที่สุด แม้ CAVR จะให้คำแนะนำแก่รัฐบาลในการจัดตั้งกองทุน ดังเช่นประเทศอื่นๆที่เกิดการขัดกันทางอาวุธ แต่ด้วยปัญหาทางด้านการเมืองทำให้คำแนะนำที่มีเจตนาคุ้มครองผู้ได้รับความเสียหายนั้นไม่สามารถนำมาปฏิบัติได้ กระนั้น จากบทบาทของ CAVR อาจส่งผลให้เกิดการยอมรับในสิทธิที่จะได้รับการชดใช้ค่าเสียหาย ซึ่งถือเป็นก้าวสำคัญของการพัฒนากฎหมายระหว่างประเทศ

จากการศึกษาข้อท้าทายในบทที่ 4 สะท้อนให้เห็นถึงกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศที่ยังไม่มีการยอมรับข้อยกเว้นความคุ้มกันของรัฐในกรณีการละเมิดกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศอย่างร้ายแรง ซึ่งกฎเกณฑ์ที่ถูกละเมิดนั้นได้รับสถานะเป็นกฎหมายลักษณะเด็ดขาด อย่างไรก็ตาม หากพิจารณาคำพิพากษาศาลยุติธรรมระหว่างประเทศในคดี Jurisdictional Immunities of the States ยังคงพบว่าศาลอาศัยกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศโดยการพิจารณาแนวปฏิบัติของรัฐต่างๆเป็นจำนวนมาก ซึ่งอาจหมายความว่า หากในอนาคตรัฐต่างๆมีทิศทางในการวินิจฉัยไม่ให้ความคุ้มกันของรัฐต่อกรณีการละเมิดกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศอย่างร้ายแรง แนวโน้มของศาลอาจเปลี่ยนแปลงไปได้

สำหรับกรณีความสัมพันธ์ระหว่างความคุ้มกันของรัฐกับกฎเกณฑ์อื่นภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ จากการศึกษานโยบายของรัฐยังไม่มื่อนำหนักเพียงพอที่จะใช้เป็นข้อยกเว้นความคุ้มกันของรัฐในคดีการฟ้องร้องให้ชดใช้ค่าเสียหายจากการละเมิดที่เกิดขึ้น กระนั้นในบางกฎเกณฑ์ เช่น การเข้าถึงความยุติธรรม (Access to justice) หรือการอ้างสิทธิในตราสารระหว่างประเทศ หากในอนาคตมีการยอมรับสิทธิปัจเจกชนมากยิ่งขึ้น หลักเกณฑ์เหล่านี้อาจส่งผลให้ศาลภายในปฏิเสธความคุ้มกันของรัฐได้ เนื่องจากโดยสภาพของหลักความคุ้มกันของรัฐเป็นการขัดขวางสิทธิของปัจเจกชนผู้เรียกร้องสิทธิในการเข้าถึงศาลโดยสภาพ ซึ่งความเป็นไปได้เหล่านี้จำเป็นต้องอาศัยแนวปฏิบัติของรัฐและพัฒนาการของกฎหมายระหว่างประเทศควบคู่กันไป

ท้ายที่สุด แม้ว่าผลลัพธ์จากการศึกษาความสัมพันธ์ระหว่างหลักความคุ้มกันของรัฐกับกฎหมายลักษณะเด็ดขาดและกฎเกณฑ์อื่นภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศจะนำมาสู่ความน่าผิดหวัง กระนั้นภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศยังมีกลไกพิเศษอื่นๆที่สามารถทำหน้าที่ชดใช้ค่าเสียหายให้แก่ปัจเจกชนได้ ไม่ว่าจะเป็นการสร้างกลไกผ่านกฎหมายภายใน ความตกลงระหว่างรัฐ หรือข้อมติองค์การสหประชาชาติ ซึ่งจากการศึกษาทั่วโลกที่จัดตั้งขึ้นมาเป็นกรณีพิเศษ เช่น คณะกรรมาธิการแสวงหาความจริง ศาลพิเศษ กองทุน หรือหน่วยงานใดที่รับผิดชอบในการชดใช้ค่าเสียหายพบว่า แร่งขับเคลื่อนทางการเมืองเป็นสิ่งสำคัญอย่างมาก แม้ว่ากลไกพิเศษจะปฏิบัติหน้าที่ได้อย่างสมบูรณ์แบบมีระบบการจัดการที่ดี มีทรัพยากรเงินหรือบุคคลที่เพียงพอ มีผู้เชี่ยวชาญเฉพาะด้าน ทั้งนี้ กลไกเหล่านี้ทำได้เพียงทำข้อสรุปและคำแนะนำให้แก่รัฐบาลไปปฏิบัติตามเท่านั้น ซึ่งหากในทางปฏิบัติรัฐบาลลังเลหรือปฏิเสธที่จะปฏิบัติตามย่อมส่งผลให้ผู้ได้รับความเสียหายไม่สามารถเรียกร้องให้มีการชดใช้ค่าเสียหายได้ อีกปัจจัยหนึ่งที่สำคัญคือ แร่งกดดันระหว่างประเทศ จะสังเกตเห็นได้ว่าหากสหประชาชาติเข้ามามีบทบาทโดยการออกข้อมติจะทำให้ระบบหรือกลไกต่างๆที่จัดตั้งขึ้นมี

เสถียรภาพเพียงพอที่จะดำเนินการต่อไปอย่างราบรื่นได้ อีกทั้งยังทำให้ได้รับความสนใจจากแหล่งเงินทุนระหว่างประเทศในการสนับสนุนกลไกต่างๆให้ดำเนินการต่อไปได้อย่างคล่องตัว

กลไกทั้งหมดเหล่านี้ หากนำมาเปรียบเทียบกับผู้ได้รับความเสียหายระหว่างสงครามโลกครั้งที่ 2 ดังเช่นกรณีข้อเท็จจริงตามคดี Jurisdictional Immunities of the State แล้ว ก็สามารถจัดตั้งขึ้นมาได้ ทั้งนี้ ขึ้นอยู่กับความตกลงของประเทศคู่กรณีที่จะแสวงหาระบบหรือเงื่อนไขของกลไกที่จะจัดตั้งขึ้น สำหรับกรณีการอาศัยข้อมติคณะมนตรีความมั่นคงแห่งสหประชาชาติดังเช่นกรณีของติมอร์ตะวันออกคงเป็นเรื่องที่เป็นไปได้ยากหรือเป็นไปได้เลย อีกทั้งเมื่อพิจารณาจากทรัพยากรที่มั่งคั่งทั้งด้านการเงินและบุคลากรของเยอรมนี การสร้างกลไกเหล่านี้ให้มีประสิทธิภาพคงไม่ใช่เรื่องยากแต่อย่างใด แม้ว่าเหตุการณ์สงครามโลกครั้งที่ 2 จะได้สิ้นสุดมานาน แต่ยังคงเหลือปัจเจกชนที่ไม่ได้รับการชดเชยค่าเสียหายอยู่ ซึ่งหากพิจารณาจากเกณฑ์ด้านสิทธิมนุษยชนที่กำลังเกิดขึ้นในปัจจุบัน รัฐไม่ควรที่จะกีดกันให้ปัจเจกชนผู้ได้รับความเสียหายเหล่านั้นต้องถูกทิ้งให้ไม่ได้รับการชดเชย



บทที่ 5

บทสรุปและข้อเสนอแนะ

5.1 บทสรุป

จากการศึกษาได้ข้อสรุปว่า หลักการทั่วไปในกฎหมายระหว่างประเทศมีการยอมรับสิทธิปัจเจกชนในฐานะผู้ได้รับสิทธิในการชดเชยค่าเสียหายมากยิ่งขึ้น ในขณะที่ตราสารระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศนั้นกลับพบปัญหาว่า เมื่อใดก็ตามรัฐที่ทำสงครามฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งหรือทั้งสองฝ่ายละเมิดทบัญญัติที่ได้มีการกำหนดห้ามเอาไว้ รัฐที่ทำการละเมิดย่อมมีความรับผิดชอบจะต้องเยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้น แต่เมื่อสภาวะการขัดกันทางอาวุธ (Armed conflict) สิ้นสุดลง รัฐที่ทำสงครามมักเจรจากันและทำสนธิสัญญาสันติภาพ (Peace treaty) ขึ้นมาเพื่อจัดการกับค่าปฏิกรรมสงคราม (War reparation) ที่เกิดขึ้น ซึ่งโดยทั่วไปแล้วการเยียวยาผ่านการชดเชยค่าเสียหายมักจะชำระเป็นเงินก้อนให้แก่รัฐเพื่อนำไปแบ่งปันหรือจัดสรรให้ตามความเหมาะสม แม้กระนั้น ยังมีปัจเจกชนผู้ได้รับความเสียหายจำนวนหนึ่งยังไม่ได้รับการชดเชยค่าเสียหาย ด้วยเหตุนี้เมื่อปัจเจกชนไม่สามารถเรียกร้องต่อรัฐของตนเองได้ จึงมีความจำเป็นต้องนำคดีขึ้นฟ้องต่อศาลเป็นคดีแพ่งเพื่อเรียกร้องให้รัฐต่างประเทศที่ทำการละเมิดกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศชดเชยค่าเสียหายที่เกิดขึ้น โดยการยกบทบัญญัติในอนุสัญญากรุงเฮกฉบับที่ 4 ค.ศ. 1907 (Hague Convention VI 1907) และพิธีสารเพิ่มเติมอนุสัญญาเจนีวา ค.ศ. 1949 ฉบับที่ 1 (Additional Protocol I of Geneva Convention 1949) ขึ้นมาเพื่อเรียกร้องสิทธิ อย่างไรก็ตาม ศาลภายในมีแนวคำวินิจฉัยไปในทางเดียวกันว่า ปัจเจกชนไม่ใช่ผู้ทรงสิทธิตามกฎหมายระหว่างประเทศจึงไม่สามารถอ้างบทบัญญัติในอนุสัญญาได้ หรือในบางกรณีศาลวินิจฉัยว่า สนธิสัญญาสันติภาพที่ได้ทำขึ้นนั้นได้สละสิทธิปัจเจกชนไปตั้งแต่ต้นแล้ว แม้ว่าจะมีความเห็นของนักวิชาการด้านนิติศาสตร์จำนวนหนึ่งเห็นว่า อนุสัญญาทั้งสองฉบับให้สิทธิปัจเจกชนในการเรียกร้องให้รัฐมีการเยียวยาจากการละเมิดกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ ถึงกระนั้น แนวปฏิบัติของศาลภายในในปัจจุบันยังไม่มีการยอมรับข้อเสนอดังกล่าวมาข้างต้น

นอกจากนี้ ยังมีอีกอุปสรรคหนึ่งที่สำคัญนอกเหนือจากอุปสรรคที่ได้กล่าวมาข้างต้น กล่าวคือ ความคุ้มกันของรัฐ (State Immunity) เนื่องจากความคุ้มกันของรัฐเข้ามามีบทบาทเมื่อปัจเจกชนยื่นฟ้องต่อรัฐต่างประเทศเป็นคดีในศาลภายใน รัฐมักอ้างความคุ้มกันของรัฐขึ้นมาเพื่อปฏิเสธกระบวนการพิจารณาคดี เพราะความคุ้มกันของรัฐเป็นหลักกฎหมายระหว่างประเทศอันมีแนวคิดมาจาก รัฐแต่ละรัฐบนโลกใบนี้ ไม่ว่าจะขนาดเล็กหรือใหญ่ ประชากรจะมากหรือน้อยเพียง รัฐทั้งหลายเหล่านี้มีอำนาจอธิปไตย (Sovereignty) มีเอกราช (Independence) มีความเสมอภาค (Equality) และมีศักดิ์ศรี (Dignity) เท่าเทียมกัน รัฐแต่ละรัฐจึงไม่สมควรที่จะใช้อำนาจทางนิติบัญญัติ ตุลาการ

หรือบริหารต่อรัฐใดรัฐหนึ่ง มิเช่นนั้นแล้วอาจก่อให้เกิดผลเสียต่อความสัมพันธ์ระหว่างรัฐด้วยกัน ด้วยเหตุนี้ รัฐต่างประเทศที่ถูกฟ้องจึงมีสิทธิในการใช้ความคุ้มกันของรัฐ และรัฐที่พิจารณามีหน้าที่ที่จะต้องให้ความคุ้มกันของรัฐแก่รัฐต่างประเทศที่ถูกฟ้อง ดังนั้น คดีที่ปัจเจกชนยื่นฟ้องรัฐต่างประเทศเพื่อเรียกร้องค่าเสียหายจากการละเมิดกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศอย่างร้ายจึงถูกความคุ้มกันของรัฐขัดขวางเสมอมา และทำให้ศาลภายในไม่สามารถพิจารณาประเด็นแห่งคดี (Merit) ส่งผลให้ศาลภายในจึงไม่มีโอกาสที่จะพิจารณาสีทธิของปัจเจกชนตามข้อบทรุสนัญญาที่เกี่ยวกับกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ

อย่างไรก็ตาม ในช่วงระยะเวลาหลายปีที่ผ่านมาประเด็นสำคัญเกิดขึ้น กล่าวคือ กรณีความสัมพันธ์ระหว่างหลักความคุ้มกันของรัฐในคดีแพ่งกับกฎหมายลักษณะเด็ดขาด (jus cogens) เนื่องจากมีบทความวิชาการจำนวนหนึ่งเสนอแนวคิดในการปฏิเสธความคุ้มกันของรัฐเมื่อมูลคดีที่เกิดขึ้นเป็นการละเมิดกฎหมายลักษณะเด็ดขาด สาเหตุเพราะกฎหมายลักษณะเด็ดขาดนั้นเป็นกฎหมายที่มีลำดับศักดิ์สูงสุด และเป็นกฎเกณฑ์ที่ไม่สามารถเปลี่ยนแปลงเป็นอื่นได้ ในขณะที่ความคุ้มกันของรัฐเป็นกฎเกณฑ์ที่มีลำดับศักดิ์ต่ำกว่า ดังนั้น การอ้างความคุ้มกันของรัฐในกรณีที่มีการละเมิดกฎหมายลักษณะเด็ดขาดจึงไม่สามารถอ้างได้ แนวคิดนี้ส่งผลให้มีปัจเจกชนจำนวนหนึ่งนำไปใช้เป็นข้อต่อสู้ในศาลภายใน ทั้งนี้ จากการศึกษาแนวปฏิบัติโดยพิจารณาจากตราสารระหว่างประเทศเกี่ยวกับความคุ้มกันของรัฐจากเขตอำนาจและการบังคับคดี กล่าวคือ United Convention on Jurisdictional Immunities of State and Their Property 2004 ซึ่งเป็นอนุสัญญาฉบับแรกที่มีลักษณะเป็นสากล (Universal) โดยคณะกรรมการกฎหมายระหว่างประเทศ (International Law Commission) ได้ร่างขึ้นมาจากการพิจารณาตราสารระหว่างประเทศอื่นและแนวปฏิบัติเป็นจำนวนมากจนออกมาเป็นอนุสัญญาฉบับนี้ แม้กระนั้น อนุสัญญาฉบับนี้ไม่สามารถแสดงให้เห็นถึงข้อยกเว้นความคุ้มกันของรัฐจากการละเมิดกฎหมายลักษณะเด็ดขาดได้ นอกจากนี้ จากการศึกษาคำพิพากษาของศาลภายในก็ได้ผลสรุปไปในทางเดียวกัน คือ ศาลภายในยังคงปฏิเสธข้อโต้แย้งจากแนวคิดการละเมิดกฎหมายลักษณะเด็ดขาดเป็นข้อยกเว้นความคุ้มกันของรัฐ

จนกระทั่งในปี ค.ศ. 2000 ศาลภายในกรีซมีคำวินิจฉัยในคดี Distomo โดยโจทก์ซึ่งเป็นการทนายทของผูได้รับความสะดวกจากการกระทำของเยอรมนีในช่วงสงครามโลกครั้งที่ 2 ยื่นคำฟ้องเป็นคดีแพ่งต่อเยอรมนี กล่าวหาว่า ในช่วงระยะเวลาดังกล่าวกองกำลังทหาร (Armed forces) ของเยอรมนีเข้ายึดดินแดนส่วนหนึ่งในกรีซและทำการสังหารหมู่ผู้คนจำนวนมากในหมู่บ้าน Distomo ทนายทของผู้ตายจึงยื่นคำฟ้องต่อศาลเพื่อให้เยอรมนีชดใช้ค่าเสียหายจากการกระทำที่เกิดขึ้น ด้านเยอรมนีที่ตกเป็นจำเลยของคดีนี้จึงใช้ความคุ้มกันของรัฐ แต่กระนั้น ศาลภายในกรีซปฏิเสธ โดยเห็นว่าการกระทำของเยอรมนีเป็นการละเมิดกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศอย่างร้ายแรงและเป็นการละเมิดกฎเกณฑ์ที่ได้รับสถานะเป็นกฎหมายลักษณะเด็ดขาด (jus cogens) เยอรมนีจึงไม่สามารถอ้างความคุ้มกันของรัฐได้ คำวินิจฉัยนี้สอดคล้องกับคำวินิจฉัยของศาลอิตาลีในปี ค.ศ. 2004 ในคดี Ferrini เป็นกรณีที่คนชาติอิตาลียื่นคำฟ้องเป็นคดีแพ่งต่อเยอรมนี กล่าวหาว่า กองกำลังทหารของเยอรมนีช่วง ค.ศ. 1943-1945 บังคับให้ Ferrini ไปเป็นแรงงานบังคับ (Forced labor) ซึ่งถือเป็นการละเมิด

กฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ ซึ่งเป็นกฎเกณฑ์ที่ได้รับสถานะเป็นกฎหมายลักษณะเด็ดขาด ส่งผลให้ Ferrini ได้รับความเสียหาย เยอรมนีจึงมีความรับผิดชอบต้องใช้ค่าเสียหายที่เกิดขึ้น เช่นเดียวกับกับจุดยืนของเยอรมนีในคดี Distomo เยอรมนีอ้างความคุ้มกันของรัฐ อย่างไรก็ตาม ศาลสูงอิตาลีปฏิเสธที่จะให้ความคุ้มกัน โดยเห็นว่า การกระทำที่เป็นอาชญากรรมระหว่างประเทศ (International crime) และการกระทำที่ละเมิดกฎหมายลักษณะเด็ดขาดไม่สามารถอ้างความคุ้มกันได้

ทั้งสองกรณีนี้ถือเป็นกรณีแรกที่ศาลสูงภายในปฏิเสธความคุ้มกันของรัฐอันเนื่องมาจากการละเมิดกฎหมายลักษณะเด็ดขาด อย่างไรก็ตาม เยอรมนีผู้เป็นฝ่ายแพ้คดีไม่ได้ปฏิบัติตามคำพิพากษาของทั้งสองศาลแต่อย่างใด ในทางกลับกัน เยอรมนียื่นคำฟ้องต่อศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ (International Court of Justice) เป็นคดี Jurisdictional Immunities of the State กล่าวหาอิตาลีว่า อิตาลีละเมิดพันธกรณีระหว่างประเทศที่จะให้ความคุ้มกันจากเขตอำนาจและการบังคับคดีกับเยอรมนี จนกระทั่งในปี ค.ศ. 2012 ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศมีคำพิพากษาว่า อิตาลีได้ละเมิดพันธกรณีระหว่างประเทศในการให้ความคุ้มกันของรัฐจากเขตอำนาจและการบังคับคดีตามที่เยอรมนีได้กล่าวหาจริง และอิตาลีมีหน้าที่ต้องหยุดการกระทำดังกล่าว โดยศาลพิจารณาจากตรัสสารระหว่างประเทศและแนวปฏิบัติของรัฐพบว่า ในปัจจุบัน ภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศยังไม่มีข้อยกเว้นความคุ้มกันของรัฐจากการละเมิดกฎหมายลักษณะเด็ดขาด นอกจากนี้ ศาลยังเห็นว่า หลักความคุ้มกันของรัฐนั้นมีลักษณะเป็นกฎหมายสับัญญัติ (Procedural law) ในขณะที่กฎหมายลักษณะเด็ดขาดนั้นมีลักษณะเป็นกฎหมายสารบัญญัติ (Substantive law) ดังนั้น เมื่อกฎหมายทั้งสองมีลักษณะที่แตกต่างกัน จึงไม่มีการขัดกันเกิดขึ้นระหว่างกฎหมายทั้งสอง

คำพิพากษาในคดีนี้ก่อให้เกิดเสียงวิพากษ์วิจารณ์ในแง่ลบเป็นจำนวนมาก เหตุเพราะนักนิติศาสตร์หลายคนเชื่อว่า กฎหมายลักษณะเด็ดขาดเป็นกฎหมายที่มีลำดับศักดิ์สูงที่สุด ยิ่งไปกว่านั้น ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศควรวินิจฉัยให้สอดคล้องกับพัฒนาของกฎหมายระหว่างประเทศในปัจจุบันที่มีแนวโน้มคุ้มครองสิทธิของปัจเจกชนมากขึ้น ดังนั้น จึงมีการเสนอแนวคิด ทฤษฎีต่างๆ เพื่อโต้แย้งคำพิพากษาศาลยุติธรรมระหว่างประเทศในคดีนี้ และถือเป็นการให้แนวทางที่ศาลภายในหรือศาลระหว่างประเทศอื่นจะสามารถนำไปใช้ในการให้เหตุผลในการปฏิเสธความคุ้มกันได้ในอนาคต

จากการศึกษาข้อท้าทายต่างๆ ที่ปรากฏผ่านแนวคิดหรือทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับความสัมพันธ์ระหว่างหลักความคุ้มกันของรัฐกับกฎหมายลักษณะเด็ดขาดและกฎเกณฑ์อื่นภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศพบว่า ยังไม่มีแนวคิดหรือทฤษฎีใดมีน้ำหนักเพียงพอที่จะปฏิเสธความคุ้มกันของรัฐจากการละเมิดกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศอย่างร้ายแรง ซึ่งเป็นกฎเกณฑ์ที่ได้รับสถานะกฎหมายลักษณะเด็ดขาดได้ เนื่องจากแนวคิดหรือทฤษฎีที่ปรากฏยังไม่สามารถสะท้อนแนวปฏิบัติของรัฐที่ชัดเจนและมีความสอดคล้องเป็นไปในทำนองเดียวกันได้ อย่างไรก็ตาม จากการศึกษายังพบว่า ยังคงมีกลไกอื่นที่สามารถทำให้ปัจเจกชนได้รับความเสียหายจากการละเมิดกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศอย่างร้ายแรงได้รับการเยียวยา เช่น การใช้หลักการพื้นฐานและแนวทางว่าด้วยเรื่องสิทธิที่จะ

ได้รับการเยียวยาและได้รับการชดเชยสำหรับเหยื่อการละเมิดอย่างร้ายแรงของกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศและการละเมิดอย่างร้ายแรงของกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ (Basic Principle and Guidelines on the Right to Remedy and Reparation for Victims of Gross Violations of International Human Rights Law and Serious Violations of International Humanitarian Law) โดยเป็นการเสนอหนทางให้รัฐยอมรับสิทธิของปัจเจกชนในการเข้าถึงที่เท่าเทียมกันในการเยียวยาทางศาลที่มีประสิทธิภาพภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ ซึ่งการเยียวยาที่เหมาะสมนี้รวมไปถึงการเข้าถึงหน่วยงานทางปกครองและหน่วยงานอื่นใด เช่นเดียวกับการเข้าถึงกลไก วิธีการ และกระบวนการที่ดำเนินการตามกฎหมายภายใน หรือในกรณีการจัดตั้งคณะกรรมการ (Committee) ขึ้นมาโดยใช้มติคณะมนตรีความมั่นคงแห่งสหประชาชาติ เช่น United Nations Compensation Committee ที่ได้มีการจัดตั้งขึ้นมาหลังสงครามอิรัก-คูเวต หรือ การทำความตกลงระหว่างรัฐ-รัฐ ดังเช่น Algiers Agreement ระหว่างเอริเทรีย-เอธิโอเปีย, Historical Clarification Commission ในกัวเตมาลา, Truth and Reconciliation Commission ในเซียร์รา ลีอง, Commission for Reception, Truth and Reconciliation ในติมอร์ตะวันออก หรือการตรากฎหมายภายในขึ้นจากตัวอย่างของโคลอมเบียเพื่อจัดตั้งองค์กรไต่สวนคดีหนึ่งขึ้นมาจัดการดูแลค่าเสียหายที่เกิดขึ้นหลังจากการสภาวะการขัดกันทางอาวุธสิ้นสุดลง

อย่างไรก็ตาม เป็นที่น่ากังวลว่ากลไกต่างๆ เหล่านี้ต่างมีข้อจำกัดที่แตกต่างกันออกไป เช่น หลักการพื้นฐานและแนวทางว่าด้วยเรื่องสิทธิที่จะได้รับการเยียวยาและได้รับการชดเชยสำหรับเหยื่อการละเมิดอย่างร้ายแรงของกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศและการละเมิดอย่างร้ายแรงของกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศนั้นเป็นแค่แนวทางให้รัฐนำไปปฏิบัติ ไม่ได้มีสภาพบังคับใช้ เช่นเดียวกับสนธิสัญญา หรือการจัดตั้งคณะกรรมการโดยใช้มติคณะมนตรีความมั่นคงแห่งสหประชาชาติก็เป็นการจัดตั้งขึ้นเป็นกรณีเฉพาะ ซึ่งหากอาศัยอำนาจจากคณะมนตรีความมั่นคงแห่งสหประชาชาติกับเหตุสงครามในอดีต กล่าวคือ สงครามโลกครั้งที่ 2 นั้นคงไม่สามารถเป็นไปได้อย่างง่ายดายหรือจัดตั้งองค์กรขึ้นมาจัดการดูแลค่าเสียหายที่เกิดขึ้นหลังจากการสภาวะการขัดกันทางอาวุธสิ้นสุดลงตาม Algiers Agreement ที่จากข้อเท็จจริงพิสูจน์แล้วว่าไม่ได้ผลและไม่มีประสิทธิภาพมากพอจะจัดการกับปัญหาต่างๆที่เกิดขึ้นได้ ทั้งนี้ กลไกพิเศษของกัวเตมาลา, เซียร์รา ลีอง, ติมอร์ตะวันออกและโคลอมเบีย หากพิจารณาอย่างถี่ถ้วนแล้วพอจะมีความเป็นไปได้ที่จะเกิดขึ้นในการชดเชยค่าเสียหายจากการละเมิดกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ ถึงกระนั้น ไม่สามารถปฏิเสธได้เลยว่าจำเป็นต้องอาศัยบทบาททางการเมืองภายในรัฐเพื่อขับเคลื่อนให้กลไกเหล่านี้ประสบความสำเร็จ ในท้ายที่สุดแล้ว หนทางที่ดีที่สุดเพื่อที่จะให้ปัจเจกชนได้รับการเยียวยาจากการละเมิดกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศคือ การตกลงระหว่างรัฐกับรัฐที่จะชดเชยค่าเสียหายที่เกิดขึ้นและจำเป็นต้องมีองค์กรที่เป็นกลางเข้ามาจัดสรรค่าเสียหายที่ได้รับมาอย่างเหมาะสมและยุติธรรม

ความคุ้มกันของรัฐไม่ใช่คุณค่าที่ไม่สามารถเปลี่ยนแปลงได้ ต่างกับคุณค่าของความเป็นมนุษย์ที่ไม่มีใครสามารถพรากเอาไปได้ นับตั้งแต่มีการกำเนิดหลักการนี้ขึ้นมา ความคุ้มกันของรัฐต้องเผชิญกับการเปลี่ยนแปลงมากมายเพื่อให้มีความสอดคล้องกับยุคสมัย และทุกรัฐต่างตระหนักดีถึงความ

เปลี่ยนแปลงนั้นเป็นอย่างดี ไม่ต่างกับวิวัฒนาการของกฎหมายระหว่างประเทศในปัจจุบันที่มีแนวโน้มคุ้มครองสิทธิของปัจเจกชนและให้ความสำคัญกับคุณค่าของความเป็นมนุษย์มากยิ่งขึ้น ความคุ้มกันของรัฐเปรียบเสมือนอุปสรรคกีดขวางไม่ให้ปัจเจกชนได้ใช้สิทธิที่พึงจะได้รับในฐานะมนุษย์คนหนึ่ง โดยเฉพาะอย่างยิ่งการได้รับการเยียวยาจากการละเมิดกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศอย่างร้ายแรง และแม้ว่าคำพิพากษาศาลยุติธรรมระหว่างประเทศจะเสมือนเป็นการแทรกแซงพัฒนาการของกฎหมายที่ใหม่ของจารีตประเพณีระหว่างประเทศ และเสมือนเป็นการหยุดเวลาของการพัฒนากฎหมายระหว่างประเทศไปอีกหลายช่วงระยะเวลาหนึ่ง กระนั้น ศาลภายในและศาลระหว่างประเทศในระดับภูมิภาคอื่นยังมีความสามารถที่จะเป็นผู้นำในการเปลี่ยนแปลงและสร้างกฎหมายระหว่างประเทศขึ้นมาได้ การเปลี่ยนแปลงเกิดขึ้นเป็นธรรมชาติอยู่เสมอ ไม่ว่าจะเป็นไปอย่างช้าหรือเร็วก็ตาม

5.2 ข้อเสนอแนะ

จากการศึกษาข้อท้าทายต่างๆผ่านแนวคิดหรือทฤษฎีที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างหลักความคุ้มกันของรัฐกับการละเมิดกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศอย่างร้ายแรง ซึ่งเป็นกฎหมายที่ได้รับความสถานะกฎหมายลักษณะเด็ดขาด และความสัมพันธ์ระหว่างหลักความคุ้มกันของรัฐกับกฎหมายอื่นภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศพบว่า ยังไม่มีข้อท้าทายใดที่จะมีน้ำหนักมากเพียงพอที่จะปฏิเสธความคุ้มกันของรัฐได้ เนื่องจากข้อท้าทายต่างๆต้องอาศัยสถานะกฎหมายระหว่างประเทศ กล่าวคือ ต้องเป็นกฎหมายที่มาจากสนธิสัญญา กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ หลักกฎหมายทั่วไป คำพิพากษาหรืองานของนักวิชาการด้านนิติศาสตร์ที่ได้รับการยอมรับ ยิ่งไปกว่านั้น คำพิพากษาศาลยุติธรรมระหว่างประเทศในคดี Jurisdictional Immunities of the State จะยังคงเป็นบรรทัดฐานในการวินิจฉัยคดีไปอีกช่วงระยะเวลาหนึ่ง

กระนั้น หนทางสำหรับการแก้ไขปัญหาให้ปัจเจกชนได้รับการเยียวยาจากการละเมิดกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศอย่างร้ายแรงได้ก็คือ

ประการแรก จัดตั้งคณะกรรมการร่วม (Joint committee) ขึ้นมา โดยอาจจัดตั้งขึ้นตามสนธิสัญญาสันติภาพ (Peace treaty) หรือสนธิสัญญาต่างหากที่แยกออกมาจากสนธิสัญญาสันติภาพ เพื่อดำเนินการพิจารณาเยียวยาและชดเชยค่าเสียหายให้กับปัจเจกชนที่ได้รับความเสียหายจากการละเมิดกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ ทั้งนี้ ลักษณะและการดำเนินการของคณะกรรมการร่วมอาจใช้หลักเกณฑ์ที่มีความคล้ายคลึงกับ United Nations Compensation Committee ก็ได้ เพราะโดยภาพรวมของ United Nations Compensation Committee ถือเป็นองค์กรที่จัดตั้งขึ้นมาแล้วประสบความสำเร็จในการชดเชยค่าเสียหายให้แก่ปัจเจกชนในระดับหนึ่ง อย่างไรก็ตาม คณะกรรมการร่วมนี้ควรมีตัวแทนที่จะเข้ามาเป็นกรรมการจากทั้งสองฝ่ายในสงครามเพื่อตกลงกัน นอกจากนี้ยังควรมีตัวแทนจากองค์การสหประชาชาติเข้ามามีส่วนร่วมด้วย คณะกรรมการร่วมมีหน้าที่ในการกำหนดเงื่อนไข กฎเกณฑ์ วิธีการและจัดการรับคำร้องของปัจเจกชนที่ได้รับความเสียหายจากการละเมิดกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ เมื่อได้รับคำร้องแล้วมีหน้าที่วินิจฉัย

ข้อเท็จจริงที่ปรากฏ พร้อมกับประเมินความเสียหายที่ปัจเจกชนนั้นสมควรจะได้รับ อนึ่ง ระยะเวลาการทำงานของคณะกรรมการร่วมไม่ควรจะถูกจำกัด เพราะภายหลังจากสงคราม คู่สงครามทั้งสองฝ่ายต่างสูญเสียทรัพยากรไปเป็นจำนวนมาก การจะหาเงินเพื่อมาชดใช้ค่าเสียหายในทันทีเป็นไปได้ยาก หากมีการกำหนดให้ระยะเวลาการดำเนินงานของคณะกรรมการมีจำกัด ผลลัพธ์ย่อมจบลงด้วยความล้มเหลว

ประการที่สอง รัฐต่างประเทศที่ถูกปัจเจกชนฟ้องร้องดำเนินทางแพ่งจากการละเมิดกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศควรสละความคุ้มกัน โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีข้อเท็จจริงเป็นที่ประจักษ์แน่ชัดแล้วว่ารัฐที่ถูกกล่าวหาได้ละเมิดตามที่กล่าวหาจริง ดังเช่นข้อเท็จจริงในคดี Ferrini ในศาลอิตาลีหรือในคดี Distomo ในศาลกรีซที่ฝ่ายเยอรมนียอมรับต่อศาลทั้งสองคดีว่าการละเมิดเกิดขึ้นจริงโดยฝ่ายเยอรมนี ข้อเสนอแนะข้อนี้ง่ายที่สุดในทางทฤษฎี แต่ยากที่สุดในทางปฏิบัติ เพราะรัฐต่างประเทศอาจกลัวว่า หากรัฐทำการสละความคุ้มกันของรัฐแล้วในคดีหนึ่ง ปัจเจกชนอีกจำนวนมากที่ยังไม่ได้รับการชดใช้ค่าเสียหายจากรัฐก็จะนำคดีมาฟ้องต่อศาลเป็นจำนวนมาก ซึ่งจะส่งผลกระทบต่อรัฐต่างประเทศและรัฐที่ทำการพิจารณาคดี

ประการที่สาม ฝ่ายนิติบัญญัติและศาลภายในจะต้องเป็นผู้นำในการสร้างกฎหมายระหว่างประเทศผ่านแนวปฏิบัติของรัฐ เนื่องจากกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศจะเกิดขึ้นได้ ส่วนหนึ่งจะต้องอาศัยแนวปฏิบัติของรัฐต่างๆ ที่สอดคล้องกันเป็นส่วนมากจึงจะทำให้แนวปฏิบัตินั้นมีสถานะเป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศได้ ทั้งนี้ ฝ่ายนิติบัญญัติก็สามารถสร้างแนวปฏิบัติได้ เพราะในปัจจุบันมีประเทศจำนวนหนึ่งที่ตรากฎหมายเกี่ยวกับความคุ้มกันของรัฐขึ้นมาใช้ในประเทศของตนเอง แน่แน่นอนว่าในบางประเทศมีปัจเจกชนยกกฎหมายลักษณะเด็ดขาดขึ้นเป็นข้อต่อสู้เพื่อไม่ให้รัฐสามารถอุปโลกความคุ้มกันได้ เช่น สหรัฐอเมริกาและแคนาดา อย่างไรก็ตาม ศาลไม่เห็นด้วยกับข้อต่อสู้เรื่องกฎหมายลักษณะเด็ดขาด แต่ได้เปิดช่องทางเอาไว้ในหลายคดีด้วยกันว่า หากกฎหมายภายในเกี่ยวกับความคุ้มกันของรัฐประสงค์ที่จะกำหนดข้อยกเว้นความคุ้มกันจากการละเมิดกฎหมายลักษณะเด็ดขาดนั้นเป็นหน้าที่ของสภาที่จะกำหนด หมายความว่า สภาของแต่ละรัฐมีอำนาจในการกำหนดข้อยกเว้นดังกล่าวก็ได้ นอกเหนือจากฝ่ายนิติบัญญัติที่จะสร้างแนวปฏิบัติของรัฐแล้วฝ่ายศาลก็สามารถทำได้ โดยการใช้หลักการเดียวกันกับคดี Ferrini หรือคดี Distomo อย่างไรก็ตาม ข้อเสนอแนะข้อนี้ไม่อาจเกิดขึ้นได้ภายในระยะเวลาสั้นๆ ยังคงต้องใช้ระยะเวลาอีกยาวนานกว่ารัฐต่างๆ จะยอมรับแนวปฏิบัตินี้

ประการที่สี่ สร้างกลไกใหม่ภายในของรัฐตาม Basic Principle and Guideline ที่ระบุไว้ว่า

“ผู้ได้รับความเสียหายจากการละเมิดกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศอย่างร้ายแรง หรือได้รับความเสียหายจากกฎหมายสิทธิมนุษยชนอย่างร้ายแรงจะต้องได้รับการเข้าถึงที่เท่าเทียมกันในการเยียวยาทางศาลที่มีประสิทธิภาพภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ การเยียวยาอื่นที่เหมาะสม

รวมไปถึงการเข้าถึงหน่วยงานทางปกครองและหน่วยงานอื่นใด เช่นเดียวกับการเข้าถึง กลไก วิธีการ และกระบวนการที่ดำเนินการตามกฎหมายภายใน เพื่อบรรลุวัตถุประสงค์ดังกล่าว รัฐควร

(d) จัดให้มีวิธีการทางกงสุล ทางการทูต ทางกฎหมายที่เหมาะสมเพื่อที่จะประกันว่าปัจเจกชนสามารถใช้สิทธิในการได้รับการเยียวยาจากการละเมิดกฎหมายสิทธิมนุษยชนและกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศอย่างร้ายแรง”⁵⁴¹

กลไกที่จะสร้างขึ้นต้องสร้างโดยเจตจำนงของรัฐที่จะให้ปัจเจกชนที่ได้รับความเสียหายจากการละเมิดกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศอย่างร้ายแรงสามารถใช้กลไกที่รัฐตั้งขึ้นมาได้ โดยรัฐคำนึงถึงหลักการด้านสิทธิมนุษยชนและมนุษยธรรมเป็นที่ตั้งสำคัญ กลไกนี้อาจตั้งภายหลังจากสงครามเสร็จสิ้นเป็นระยะเวลาไม่นาน แต่ยังมีปัจเจกชนที่ยังถูกทิ้งไว้ไม่ได้รับการชดใช้ค่าเสียหายหรือหมดหนทางที่จะได้รับการเยียวยา

ข้อเสนอแนะทั้งหมดเหล่านี้ มีรากฐานที่สำคัญร่วมกันอย่างหนึ่งคือ การคำนึงถึงสิทธิของปัจเจกชนที่ได้รับความเสียหายจากการละเมิดกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศอย่างร้ายแรงของรัฐ ปัจเจกชนบางส่วนไม่ได้ประสงค์ที่จะเข้าร่วมสงคราม แต่หากเมื่อสงครามเกิดขึ้นแล้วก็เป็นสิ่งที่หลีกเลี่ยงไม่ได้ กฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศจึงถูกสร้างขึ้นมาเพื่อคุ้มครองบุคคลที่ไม่มีส่วนร่วมในสงคราม และกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศยังกำหนดให้สิทธิปัจเจกชนในการได้รับการเยียวยาและชดใช้ค่าเสียหาย ในทางกลับกัน ความคุ้มกันของรัฐถูกสร้างขึ้นโดยหลักการที่คำนึงความเท่าเทียมกันของรัฐและความสัมพันธ์ระหว่างประเทศโดยไม่ได้คำนึงถึงสิทธิของปัจเจกชนที่รัฐควรจะทำให้การคุ้มครองแต่อย่างใด และหลักการนี้เองเป็นสิ่งกีดขวางไม่ให้ปัจเจกชนเข้าถึงความยุติธรรมที่บุคคลหนึ่งควรจะได้รับ การแสวงหาหนทางเพื่อให้ปัจเจกชนได้รับการเยียวยาอย่างเหมาะสมและให้ความยุติธรรมที่ปัจเจกชนสมควรจะได้รับจึงเป็นสิ่งสำคัญที่สังคมระหว่างประเทศควรตระหนักและควรให้ความสำคัญมากกว่าที่เป็นอยู่ในปัจจุบัน

⁵⁴¹ Annex of Basic Principle and Guidelines on the Right to Remedy and Reparation for Victims of Gross Violations of International Human Rights Law and Serious Violations of International Humanitarian Law, United Nations Audiovisual Library of International Law, Resolution adopted by the General Assembly on 16 December 2005, para.12

“A victim of a gross violation of international human rights law or of a serious violation of international humanitarian law shall have equal access to an effective judicial remedy as provided for under international law. Other remedies available to the victim include access to administrative and other bodies, as well as mechanisms, modalities and proceedings conducted in accordance with domestic law. Obligations arising under international law to secure the right to access justice and fair and impartial proceedings shall be reflected in domestic laws

(d) Make available all appropriate legal, diplomatic and consular means to ensure that victims can exercise their rights to remedy for gross violations of international human rights law or serious violations of international humanitarian law.”

รายการอ้างอิง

ภาษาไทย

หนังสือ

จาตุรนต์ ธีระวัฒน์, กฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ (คณะกรรมการกาชาดระหว่างประเทศ (ICRC). 2550).

จุมพต สายสุนทร, กฎหมายระหว่างประเทศเล่ม 2 (สำนักพิมพ์วิญญูชน. 2554).

วิทยานิพนธ์

วรวิวัฒน์ จันทร์รัตนสิริ, “แนวทางการดำเนินการของประเทศไทยในการเข้าเป็นภาคีอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยความคุ้มกันของรัฐและทรัพย์สินจากเขตอำนาจศาล ค.ศ. 2004: ศึกษาเปรียบเทียบจากกฎหมายและคำพิพากษาของศาลต่างประเทศ” (2555) จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย).

อริรัตน์ ยงคะอักษร, “ความรับผิดขององค์การระหว่างประเทศ: ศึกษาการกระทำของกองกำลังสหประชาชาติในปฏิบัติเพื่อสันติภาพ กรณีคำตัดสินของศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปคดี ‘Behrami’ และคดี ‘Saramati’” (2556) จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย).

ตราสารระหว่างประเทศ

กฎบัตรสหประชาชาติ (กรมองค์การระหว่างประเทศ: กระทรวงการต่างประเทศ).

ธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศ (กรมสนธิสัญญาและกฎหมาย: กระทรวงการต่างประเทศ 2544).

อนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุล (กรมการกงสุล: กระทรวงการต่างประเทศ).

English

Books

ROSANNE VAN ALEEBEEK, THE IMMUNITY OF STATES AND THEIR OFFICIALS IN INTERNATIONAL CRIMINAL LAW AND INTERNATIONAL HUMAN RIGHTS LAW (Oxford University Press. 2008).

ANDREW DICKINSON, et al., STATE IMMUNITY SELECTED MATERIALS AND COMMENTARY (Oxford University Press. 2004).

ANTONIO CASSESE, INTERNATIONAL LAW (SECOND EDITION) (Oxford University Press. 2005).

CHRISTINE EVANS, THE RIGHT TO REPARATION IN INTERNATIONAL LAW FOR VICTIMS OF ARMED CONFLICT (Cambridge University Press. 2012).

HAZEL FOX, THE LAW OF STATE IMMUNITY (SECOND EDITION) (Oxford University Press. 2008).

ROSALYN HIGGINS, *THEMES AND THEORIES: SELECTED ESSAYS, SPEECHES, AND WRITINGS IN INTERNATIONAL LAW* (Oxford University Press. 2009).

REDRESS TRUST, *IMPLEMENTING VICTIMS' RIGHTS A HANDBOOK ON THE BASIC PRINCIPLES AND GUIDELINES ON THE RIGHT TO A REMEDY AND REPARATION* (2006).

XIAODONG YANG, *STATE IMMUNITY IN INTERNATIONAL LAW* (Cambridge University Press. 2015).

Articles

Geneva Academy, *What Amounts to 'A Serious Violation of International Human Rights Law'?*, ACADEMY BRIEFING NO.6 UNIVERSITY OF GENEVA (2014).

Adam C. Belsky, et al., *Implied Waiver under the FSIA: A Proposed Exception to Immunity for Violations of Peremptory Norms of International Law*, CALIFORNIA LAW REVIEW (1989).

Dapo Akande, *International Law Immunity and International Criminal Court*, AMERICAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW (2004).

M. Cherif Bassiouni, *Accountability for Violations of International Humanitarian Law*, DIAKONIA (2013).

Lucas Bastin, *Case Note: International Law and the International Court of Justice's Decision in Jurisdictional Immunities of the State*, MELBOURNE JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW (2012).

Paul Christoph Bornkamm, *State Immunity Against Claims Arising from War Crimes: The Judgment of the International Court of Justice in Jurisdictional Immunities of the States*, GERMAN LAW JOURNAL (2012).

Enzo Cannizzaro, *Is There An Individual Right to Reparation? Some Thoughts on the ICJ Judgment in the Jurisdictional Immunities Case*, ESSAYS IN HONOUR OF PROFESSOR PIERRE-MARIE DUPUY (2014).

Lee Caplan, *State Immunity, Human Rights, and Jus Cogens*, THE AMERICAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW (2003).

Pietro di Ciaccio, *Case Note A Torturer's Manifesto? Impunity through Immunity in Jones v The Kingdom of Saudi Arabia*, SYDNEY LAW REVIEW (2008).

Diana Contreras-Garduno, *Defining Beneficiaries of Collective Reparations: The Experience of the IACtHR*, AMSTERDAM LAW FORUM (2012).

James Crawford, *The ILC's Articles on Diplomatic Protection*, SOUTH AFRICAN YEARBOOK OF INTERNATIONAL LAW (2006).

Vivian Grosswald Curran, *Mass Torts and Universal Jurisdictional*, UNIVERSITY OF PENNSYLVANIA JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW (2013).

John Dugard, *Diplomatic Protection and Human Rights: The Draft Articles of International Law Commission*, AUSTRALIAN YEARBOOK OF INTERNATIONAL LAW (2005).

Ari Dybnis, *Was the Eritrea-Ethiopia Claims Commission Merely a Zero-Sum Game?: Exposing the Limits of Arbitration in Resolving Violent Transnational Conflict*, LOYOLA OF LOS ANGELES INTERNATIONAL AND COMPARATIVE LAW REVIEW (2011).

Fred Wooldridge and Olufemi Elias, *Humanitarian Considerations in the Work of the United Nations Compensation Commission*, INTERNATIONAL REVIEW OF RED CROSS (2003).

Carlos Esposito, *Jus Cogens and Jurisdictional Immunities of States at the International Court of Justice: A Conflict Does Exist*, ITALIAN YEARBOOK OF INTERNATIONAL LAW (2012).

Paolo Gaeta, *Are Victims of Serious Violations of International Humanitarian Law Entitled to Compensation?*, (2010).

Emanuela-Chiara Gillard, *Reparation for Violations of International Humanitarian Law*, INTERNATIONAL REVIEW OF THE RED CROSS (2003).

Christopher Greenwood, *Sources of International Law: An Introduction*, UNITED NATIONS OFFICE OF LEGAL AFFAIRE.

Hazel Fox, *In Defense of State Immunity: Why UN Convention on State Immunity is Important*, 55 INTERNATIONAL AND COMPARATIVE LAW QUARTERLY (2006).

Seong Phil Hong, *Remedying "Enforced Sexual Slavery: Validating Victims" Reparation Claims against Japan*, JOURNAL OF EAST AND ASIA INTERNATIONAL LAW (2013).

Amnesty International, *Germany v. Italy: The Right to Deny State Immunity When Victims Have No Other Recourse*, AMNESTY INTERNATIONAL PUBLICATION (2011).

Thora A. Johnson, *A Violation of Jus Cogens Norms as an Implicit Waiver of Immunity under the Federal Sovereign Immunities Act*, MARYLAND JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW (1995).

Frits Kalshoven, *State Responsibility for Warlike Acts of the Armed Forces from Article 3 of Hague Convention IV to Article 91 of Additional Protocol of 1977 and Beyond*, INTERNATIONAL AND COMPARATIVE LAW QUARTERLY (1991).

Chimene I. Keitner, *Germany v. Italy and the Limit of Horizontal Enforcement: Some Reflection from A United States Perspective*, JOURNAL OF INTERNATIONAL CRIMINAL OF JUSTICE (2013).

Sevrine Knuchel, *State Immunity and the Promise of Jus Cogens*, NORTHWESTERN JOURNAL OF INTERNATIONAL HUMAN RIGHTS (2011).

- Sue R. Lee, *Comforting the Comfort Women: Who Can Make Japan Pay?*, UNIVERSITY OF PENNSYLVANIA JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW (2003).
- David Leys, *Diplomatic Protection and Individual Rights: A Complementary Approach*, HARVARD INTERNATIONAL LAW JOURNAL ONLINE (2016).
- Michael J. Matheson, *The Damage Awards of the Eritrea-Ethiopia Claims Commission*, THE LAW AND PRACTICE OF INTERNATIONAL COURTS AND TRIBUNALS (2010).
- Ricardi Pisillo Mazzeschi, *Reparation Claims by Individuals for State Breaches of International Humanitarian Law and Human Rights: An Overview*, JOURNAL OF INTERNATIONAL CRIMINAL JUSTICE (2003).
- Francis E. McGovern, *Dispute System Design: The United Nations Compensation Commission*, HARVARD NEGOTIATION LAW REVIEW (2009).
- Lorna McGregor, *Torture and State Immunity: Deflecting Impunity, Distorting Sovereignty*, THE EUROPEAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW (2008).
- Leslie McKay, *A New Task on Antiterrorism: Smith v. Socialist People's Libyan Arab Jamahiriya*, AMERICAN UNIVERSITY INTERNATIONAL LAW REVIEW (1997).
- Kimberley N. Trapp and Alex Mills, *Smooth Runs the Water where the Brook is Deep: The Obscured Complexities of Germany v. Italy*, CAMBRIDGE JOURNAL OF INTERNATIONAL AND COMPARATIVE LAW (2012).
- David D. Caron and Brian Morris, *The UN Compensation Commission: Practical Justice, not Retribution*, EUROPEAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW (2002).
- Sean D. Murphy, *Does International Law Obligate State to Open their National Courts to Persons for the Invocation of Treaty Norms that Protect or Benefit Persons?*, GEORGE WASHINGTON UNIVERSITY LAW SCHOOL (2013).
- Giuseppe Nesi, *The Quest for a 'Full' Execution of the ICJ Judgment in Germany v. Italy*, JOURNAL OF INTERNATIONAL CRIMINAL OF JUSTICE (2013).
- John M. Niehuss, *International Law : Sovereign Immunity : The First Decade of Tate Letter Policy*, THE MICHIGAN LAW REVIEW (1962).
- Rafael Nieto-Navia, *International Peremptory Norms (Jus Cogens) and International Humanitarian Law*, MAN'S INHUMANITY TO MAN: ESSAYS ON INTERNATIONAL LAW IN HONOR OF ANTONIO CASSESE (2003).
- Taihei Okada, *The "Comfort Women" Case: Judgment of April 27, 1998, Shimonoseki Branch, Yamaguchi Prefectural Court, Japan*, PACIFIC RIM LAW & POLICY JOURNAL (1999).
- Alexander Orakhelashvili, *The Position of the Individual in International Law*, 31 CALIFORNIA WESTERN INTERNATIONAL LAW JOURNAL (2001).

Alexander Orakhelashvili, *State Immunity in National and International Law: Three Recent Cases Before the European Court of Human Rights*, LEIDEN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW (2002).

Jelena Pejic, *The European Court of Human Rights' Al-Jedda judgment: the Oversight of International Humanitarian Law*, INTERNATIONAL REVIEW OF RED CROSS (2011).

Xavier Philippe, *The Principle of Universal Jurisdiction and Complementarity: how do the two principles intermesh?*, INTERNATIONAL REVIEW OF THE RED CROSS (2006).

Michele Potesta, *State Immunity and Jus Cogens Violations: The Alien Tort Statute against the Backdrop of the Latest Developments in the Law of Nations*, BERKELEY JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW (2010).

Dahai Qi, *State Immunity, China and Its Shifting Position*, CHINESE JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW (2008).

Markus Rau, *State Liability for Violations of International Humanitarian Law – The Distomo Case Before the German Federal Constitutional Court*, GERMAN LAW JOURNAL (2005).

Mathias Reimann, *A Human Rights Exception to Sovereign Immunity: Some Thoughts on Princz v. Federal Republic of Germany*, MICHIGAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW (1995).

Megan Hagler and Francisco Rivera, *Bamaca Velasquez v. Guatemala: An Expansion of the Inter-American System's Jurisprudence on Reparations*, HUMAN RIGHTS BRIEF (2002).

Elke Schwager, *The Right to Compensation for Victims of an Armed Conflict*, CHINESE JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW (2005).

Dinah Shelton, *Normative Hierarchy in International Law*, THE AMERICAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW (2006).

Markus Krajewski and Christopher Singer, *Should Judges be Front-Runners? The ICJ, State Immunity and the Protection of Fundamental Human Rights*, MAX PLANCK YEARBOOK OF UNITED NATIONS LAW (2012).

Stefan Talmon, *Jus Cogens after Germany v. Italy: Substantive and Procedural Rules Distinguished*, BONN RESEARCH PAPERS ON PUBLIC INTERNATIONAL LAW (2012).

Eriko Tamura, *The Isayeva Cases of the European Court of Human Rights: The Application of International Humanitarian Law and Human Rights Law in Non-International Armed Conflict*, CHINESE JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW (2011).

Christian Tomuchat, *The International Law of State Immunity and Its Development by National Institute*, VANDREBILT JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW (2011).

Etsuro Totsuka, *Commentary on a Victory for "Comfort Women": Japan's Judicial Recognition of Military Sexual Slavery*, (1999).

Gregory Townsend, *The Iraq Claims Process: A Progress Report on the United Nations Compensation Commission & U.S. Remedies*, LOYOLA OF LOS ANGELES INTERNATIONAL AND COMPARATIVE LAW REVIEW (1995).

Sayuri Umeda, *Japan WWII POW and Forced Labor Compensation Cases*, LAW LIBRARY OF CONGRESS (2008).

Alfred von Vandross, *Forbidden Treaties in International Law*, THE AMERICAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW (1937).

Alfred von Vandross, *Jus Dispositivum and Jus Cogens in International Law*, THE AMERICAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW (1966).

Pasquale De Sena and Francesca De Vittor, *State Immunity and Human Rights: The Italian Supreme Court Decision on the Ferrini Case*, THE EUROPEAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW (2005).

Emmanuel Voyiakis, *Access to Court v. State Immunity*, INTERNATIONAL AND COMPARATIVE LAW QUARTERLY (2003).

Lee Walker, *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy; Greece intervening) (Judgment) (International Court of Justice, General List No 143, 3 February 2012)*, AUSTRALIAN INTERNATIONAL LAW JOURNAL (2013).

Eva Wiesinger, *State Immunity from Enforcement Measures*, UNIVERSITY OF VIENNA (2006).

Xiaodong Yang, *Jus Cogens and State Immunity*, NEW ZEALAND YEARBOOK OF INTERNATIONAL LAW (2006).

Liesbeth Zegveld, *The Inter-American Commission on Human Rights and International Humanitarian Law: A Comment on the Tablada Case*.

Liesbeth Zegveld, *Remedies for Victims of Violations of International Humanitarian Law*, INTERNATIONAL REVIEW OF THE RED CROSS (2003).

Predrag Zenovic, *Human Rights Enforcement via Peremptory Norms – A Challenge to State Sovereignty*, (2012).

International Instruments

Agreement between the Government of the Federal Democratic Republic of Ethiopia and the Government of the State of Eritrea.

American Convention on Human Rights "Pact of San Jose, Costa Rica".

Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (United Nations Human Rights ed.).

European Convention on Human Rights.

Potsdam Agreement.

Protocol of Amendment to the Charter of the Organization of American States (Protocol of Buenos Aires).

Rome Statute of International Criminal Court.

The United Nations Basic Principle and Guidelines on the Right to a Remedy and Reparation for Victims of Gross Violations of International Human Rights and Serious Violations of International Humanitarian Law (United Nations Human Rights ed.).

Treaty of Peace with Italy (Paris Peace Treaty).

Treaty of Peace with Japan (San Francisco Treaty).

United Nations Charter (United Nations ed.).

Hague Convention IV (1907).

Geneva Convention I-IV (1949).

Vienna Convention on Diplomatic Relations (United Nations ed., 1961).

Vienna Convention on Consular Relations (United Nations ed., 1963).

European Convention on State Immunity (1972).

Explanatory Report of European Convention on State Immunity (1972).

Draft articles on Jurisdictional Immunities of States and Their Property with Commentaries (1991).

Additional Protocol I of Geneva Convention with Commentaries (1997).

Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts with Commentaries (2001).

United Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property (2004).

Draft articles on Diplomatic Protection with Commentaries (2006).

Domestic Laws

Alien Tort Statute of United States.

Canada State Immunity Act.

Canadian Bill of Rights.

United States Foreign State Immunity Act.

United Kingdom State Immunity Act.

Cases

- Aksoy v. Turkey, (European Court of Human Rights).
- Al-Jedda v. The United Kingdom, (European Court of Human Rights).
- Al-Adsani v. The United Kingdom, (European Court of Human Rights).
- Aydin v. Turkey, (European Court of Human Rights).
- Bámaca-Velásquez v. Guatemala, (Inter-American Court of Human Rights).
- Bouzari v. Islamic Republic of Iran, (Court of Appeal for Ontario, Canada).
- Forgatry v. The United Kingdom, (European Court of Human Rights).
- Goldstar v. United States, (United States Court of Appeal, Fourth Circuit).
- Hamdi v. Rumsfeld, (United States Court of Appeal, Fourth Circuit).
- Handel v. Artukovic, (United States District Court of California).
- Hwang Geum Joo et al v. Japan, (United States District Court for the District of Columbia).
- Isayeva, Yusupova and Bazayeva v. Russia, (European Court of Human Rights).
- Jones and Others v. The United Kingdom, (European Court of Human Rights).
- Kazemi Estate v. Iran, (Supreme Court of Canada).
- Kiobel v. Royal Dutch Petroleum Co., (Supreme Court of the United States).
- McCann and Others v. United Kingdom, (European Court of Human Rights).
- McElhinney v Ireland, (European Court of Human Rights).
- Prefecture of Voiotia v. Germany (Distomo Massacre Case), (Court of Cassation, Greece).
- Princz v. Federal Republic of Germany, (United States District Court for the District of Columbia).
- Regina v. Bartle and the Commissioner of Police for the Metropolis and Others Ex Parte Pinochet, (House of Lord).
- Ryuichi Shimoda et al v. The State, (District Court of Tokyo).
- Sampson v. Federal Republic of Germany, (United States Court of Appeal, Seventh Circuit).
- Siderman Blake v. Republic of Argentina, (United States Court of Appeal, Ninth Circuit).
- Smith v. Socialist People's Libyan Arab Jamahiriya, (United States Court of Appeal, Second Circuit).
- Tablada v. Argentina, (Inter-American Commission of Human Rights).
- The Attorney-General of the Government of Israel v. Eichman, (Supreme Court of Israel).
- The Exchange v. McFaddon, (Supreme Court of United States).

Forgatry v. The United Kingdom, (European Court of Human Rights).

Velasquez-Rodriguez v. Honduras, (Inter-American Court of Human Rights).

Mavrommatis Palestine Concessions Case (Jurisdiction), (Permanent International Court of Justice).

Case Concerning the Factory of Chorzow, (Permanent Court of International Justice).

Nottebohm Case, (International Court of Justice).

North Sea Continental Shelf (Germany v. Denmark and Germany v. Netherland), (International Court of Justice).

Barcelona Traction Case, (International Court of Justice).

Continental Shelf (Libyan Arab Jamahiriya v. Malta), (International Court of Justice).

Case Concerning Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States), (International Court of Justice).

LaGrand, (International Court of Justice).

Case Concerning Armed Activities in the Territory of the Congo New (New Application) (Congo v. Rwanda), (International Court of Justice).

Case Concerning the Arrest Warrant, (International Court of Justice).

Case Concerning Avena and Other Mexican Nationals, (International Court of Justice).

The Supreme Court decision of 29 October 2010, Ref. No. IV CSK 465/09 in the case brought by Winicjusz N. against the Federal Republic of Germany and the Federal Chancellery for payment, (Supreme Court of Poland).

Dissenting Opinion of Judge Abdulqawi A. Yusuf (Jurisdictional Immunities of the State), (International Court of Justice).

Dissenting Opinion of Judge Ad Hoc Giorgio Gaja (Jurisdictional Immunities of the State), (International Court of Justice).

Dissenting Opinion of Judge Cancado Trindade (Jurisdictional Immunities of the State), (International Court of Justice).

Jurisdictional Immunities of the State, (International Court of Justice).

Others

Decision 2 (Eritrea-Ethiopia Compensation Commission Decision ed.).

The Scope and Application of the Principle of Universal Jurisdiction, the Report of the Sixth Committee A/65/452-Res 64/117.

Resolution 674 (Security Council of United Nations ed., 1990).

Resolution 687 (Security Council of United Nations ed., 1991).

Resolution 689 (Security Council of United Nations ed., 1991).

Resolution 692 (Security Council of United Nations ed., 1991).

Resolution 699 (Security Council of United Nations ed., 1991).

Resolution 705 (Security Council of United Nations ed., 1991).

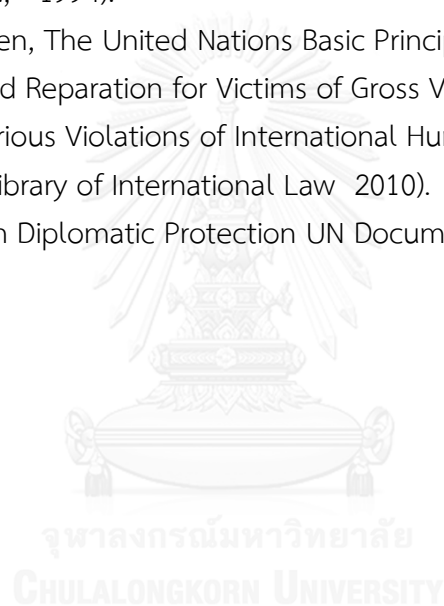
Decision 11 "Eligibility for Compensation of the Members of Allied Coalition Armed Forces" (Decision of Governing Council ed., 1992).

Decision 14 "Establishment of the UNCC Committee on Administrative Matters" (Decision of Governing Council ed., 1993).

Decision 18 "Distribution of Payments and Transparency" (Decision of Governing Council ed., 1994).

Theo van Boven, The United Nations Basic Principle and Guidelines on the Right to a Remedy and Reparation for Victims of Gross Violations of International Human Rights and Serious Violations of International Humanitarian Law (United Nations Audiovisual Library of International Law 2010).

First Report on Diplomatic Protection UN Document A/CN.4/506 and Add.1.





ภาคผนวก

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
CHULALONGKORN UNIVERSITY

ประวัติผู้เขียนวิทยานิพนธ์

นายรัฐฉัตร เพ็ชรนารี เกิดเมื่อวันที่ 15 พฤษภาคม พ.ศ. 2533 ที่จังหวัด กรุงเทพมหานคร สำเร็จการศึกษาชั้นมัธยมศึกษาจากโรงเรียนทิวธาภิเศก และสำเร็จการศึกษาหลักสูตรนิติศาสตร์บัณฑิต มหาวิทยาลัยกรุงเทพ เมื่อปี พ.ศ. 2554

