

REDRESS

Seeking Reparation for Torture Survivors

การชดเชยผู้เสียหายจากการทรมาน ให้ได้รับการเยียวยา การนำหลักสากลว่าด้วยการทรมานมาใช้ภายในประเทศ

แนวปฏิบัติระดับประเทศเพื่อการบังคับใช้
อนุสัญญาต่อต้านการทรมาน
และการปฏิบัติหรือการลงโทษอื่นที่โหดร้าย
ไร้มนุษยธรรม หรือ ที่ร้ายกาจ

มกราคม 2549



REDRESS

Seeking Reparation for Torture Survivors

การชดเชย

ผู้เสียหายจากการทรมานให้ได้รับการเยียวยา

การนำหลักสากลว่าด้วยห้ามการทรมานมาใช้ภายในประเทศ

แนวปฏิบัติระดับประเทศเพื่อการบังคับใช้อนุสัญญา
ต่อต้านการทรมาน และการปฏิบัติหรือการลงโทษอื่น
ที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรม หรือ ที่ร้ายกาจ

มกราคม 2549



INTERNATIONAL
COMMISSION
OF JURISTS



THE REDRESS TRUST

3rd Floor, 87 Vauxhall Walk, London SE11 5HJ

Tel: +44 (0)20 7793 1777 Fax: +44 (0)20 7793 1719

Registered Charity Number 1015787, A Limited Company in England
Number 2274071

info@redress.org (general correspondence)

URL: www.redress.org

ขอขอบคุณ สถานทูตสวิสเซอร์แลนด์ประจำประเทศไทย ที่ให้การสนับสนุนการแปลครั้งนี้



Schweizerische Eidgenossenschaft
Confédération suisse
Confederazione Svizzera
Confederaziun svizra

**Federal Department of
Foreign Affairs FDFA**

คำนำ

อนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการต่อต้านการทรมาน (UN Convention against Torture) ถือเป็นความสำเร็จครั้งสำคัญของการรณรงค์ระดับโลกเพื่อต่อต้านการทรมาน และการปฏิบัติหรือการลงโทษอื่นที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรม หรือที่ย่ำยีศักดิ์ศรี และเป็นเครื่องมือสำคัญเพื่อต่อต้านการทรมานอย่างมีประสิทธิภาพ อนุสัญญาฉบับนี้เป็นอนุสัญญาสิทธิมนุษยชนที่รัฐภาคีได้ให้สัตยาบันถึง 141 รัฐ ซึ่งถือว่ามากที่สุดฉบับหนึ่ง อย่างไรก็ตาม แม้ว่าอนุสัญญาฉบับนี้มีผลบังคับใช้มาตั้งแต่ปี 2530 หรือ เกือบยี่สิบปีที่ผ่านมา แต่การทรมานยังคงเกิดขึ้นทั่วไปในหลายประเทศทั่วโลก นอกจากนี้ อนุสัญญาฉบับนี้ยังกำหนดให้รัฐต้อง “ดำเนินมาตรการต่างๆ ทางนิติบัญญัติ ทางบริหาร ทางตุลาการหรือมาตรการอื่นๆ ที่มีประสิทธิผลเพื่อป้องกันมิให้เกิดการกระทำการทรมาน” ถึงอย่างนั้นก็ยังมีความสำคัญในกฎหมายระดับประเทศซึ่งเกี่ยวข้องกับการปฏิบัติตามพันธกรณีของอนุสัญญา และช่องว่างจากการปฏิบัติของพนักงานเจ้าหน้าที่ในหลายประเทศทั่วโลก

องค์กร REDRESS จัดทำคู่มือฉบับนี้ขึ้นมาเพื่อส่งเสริมและช่วยเหลือให้รัฐภาคีสามารถปฏิบัติตามมาตรฐานและพันธกรณีระหว่างประเทศซึ่งมีอยู่ในอนุสัญญาฉบับนี้อย่างเต็มที่ และเพื่อให้มีการนำหลักสากลว่าด้วยห้ามการทรมานมาใช้ภายในประเทศ การห้ามการทรมานจะมีผลบังคับใช้อย่างจริงจังในระดับประเทศก็ต่อเมื่อมีการปฏิบัติตามสิทธิต่าง ๆ ตามที่ปรากฏในอนุสัญญาอย่างจริงจัง

รัฐหลายแห่งมีบทบัญญัติตามรัฐธรรมนูญหรือประมวลกฎหมายอาญาซึ่งห้ามการทรมาน อย่างไรก็ตาม ในหลายกรณี บทบัญญัติเหล่านั้นและหลักนิติศาสตร์ระดับชาติที่คับแคบส่งผลให้มีการตีความกรอบกฎหมายต่อต้านการทรมานที่ไม่รอบด้าน และนำไปสู่การปฏิบัติที่ไม่สม่ำเสมอและมีการใช้ในบางโอกาสเท่านั้น อย่างไรก็ตาม การเน้น “ตัวอย่างความสำเร็จ” ซึ่งมีไม่มากนักจะช่วย

ให้เห็นถึงการขาดแคลนกรอบทางกฎหมายที่เหมาะสม จะนำไปสู่การปฏิบัติที่
สม่ำเสมอเพื่อให้เกิดการป้องกันการทรمان ความรับผิดชอบ และการชดเชยที่
เกี่ยวข้อง

จากสภาการณดังกล่าว จึงมีการจัดทำคู่มือฉบับนี้เพื่อส่งเสริมการรณรงค์
ให้มีการบังคับใช้ข้อบัญญัติต่อต้านการทรمانอย่างเต็มที่และมีประสิทธิภาพใน
ระดับประเทศ และทั้งมุ่งส่งเสริมและช่วยเหลือให้รัฐดำเนินการดังกล่าวให้เกิด
ผลสำเร็จ คู่มือนี้ได้รับการออกแบบเพื่อให้รัฐบาลมีข้อมูลที่จำเป็นเพื่อการ
เปลี่ยนแปลงกฎหมาย ให้มีการบังคับใช้ข้อห้ามการทรمان และเพื่อช่วยให้
ผู้พิพากษาทำการตัดสินใจโดยอ้างอิงมาตรฐานสากลที่เกี่ยวข้องได้ ทั้งยังตั้งใจ
ให้เป็นเครื่องมือสำหรับกลุ่มสิทธิมนุษยชน ทนายความ และผู้สนับสนุนการ
ปฏิรูปกฎหมาย ที่มุ่งทำงานให้เกิดการเยียวยาทางศาลในคดีการทรมาน

คู่มือฉบับนี้

- ทบทวนและวิเคราะห์พันธกรณีของรัฐ
- ตรวจสอบตัวอย่างการบังคับใช้กฎหมายที่เป็นอยู่ และ
- เสนอกรอบการปฏิรูปกฎหมายที่เป็นรูปธรรมเพื่อให้มีการบังคับใช้ข้อ
ห้ามการทรมานได้อย่างเป็นจริง
- ทั้งมีการวิเคราะห์การปฏิบัติของศาลในการนำมาตราฐานสากลซึ่งห้าม
การทรมานมาใช้ แม้ว่าจุดเน้นจะอยู่ที่การปฏิบัติของรัฐภาคีให้เป็นไป
ตามอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการต่อต้านการทรมาน แต่
รายงานยังนำเสนอการปฏิบัติของรัฐอื่น ๆ ซึ่งสอดคล้องกับการห้าม
การทรมาน ทั้งในฐานะที่เป็นรัฐภาคีต่อสนธิสัญญาสิทธิมนุษยชนอื่น ๆ
หรือเป็นไปตามหลักกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ

คู่มือฉบับนี้เป็นการวิเคราะห์และรายงานการปฏิบัติของรัฐภาคีที่นำเสนอ
ต่อคณะกรรมการสหประชาชาติว่าด้วยการต่อต้านการทรมาน การรายงานต่อ
หน่วยงานสิทธิมนุษยชนทั้งระดับประเทศ ภูมิภาค และสากล รวมทั้งข้อมูลจาก
การสำรวจเป็นการเฉพาะในการปฏิบัติในหลายประเทศขององค์กร REDRESS ทั้ง
ยังได้รับข้อมูลที่เ็นประโยชน์อย่างเท่าเทียมกันจากบุคคล องค์กร และสถาบัน
ต่าง ๆ อย่างกว้างขวาง

คำขอบคุณ

คู่มือฉบับนี้เป็นผลงานวิจัยและเขียนของ Lutz Oette โดยมี Matthew Anstee และ Carla Ferstman เป็นบรรณาธิการผู้แก้ไขต้นฉบับ

REDRESS ขอขอบคุณความช่วยเหลือของผู้มีส่วนร่วมในการวิจัยเพื่อจัดทำคู่มือฉบับนี้ได้แก่ Evgeniy Abdullaev, UNDP Human Rights Advisor, Uzbekistan; Sharof Azizov, OSCE, Croatia; Audrey Blot, France; Professor Peter Burns, University of British Columbia, Canada, former Chair of the UN Committee against Torture; Maria Socorro I. Diokno, FLAG, Philippines; Kathryn Dovey, Lawyer, UK; Professor Malcolm Evans, University of Bristol, UK; Alison Fulton, UK; Hauwa Ibrahim, Lawyer, Nigeria; Bela Ita-Salomon, Germany; Sameer Jarrah, Arab World Center for Democracy Development & Human Rights, Jordan; Attorney Lamorena, Commission on Human Rights, Philippines; Lirette Louw, Department for Justice, South Africa; Atef El-Marakby, Lawyer, Egypt; Ashraf Milad, Lawyer, Egypt; Poppy Mosseson, UK; Atty. Emmanuel C. Neri, Legal and Investigation Office, Commission on Human Rights, Philippines; Jean Baptiste Niyizurugero, APT, Geneva, Switzerland; John-Green Odada, Lawyer, UK; Marek Pietschmann, Lawyer, Johanniter International Assistance, Berlin, Germany; Arturo Requesens, Lecturer, Universidad de la Ciudad de México; Atty. Rene V. Sarmiento, Sarmiento Law Center, Philippines; Olga Shepeleva, Nizhny Novgorod Committee against Torture, “Demos” Research Centre for Civil Society, Russia; Advocate A. Stelling, Senior State Law Adviser, Department of

Justice and Constitutional Development, South Africa; Carla Fiorella F. Reyes Terán, Legal Defense Unit of the Commission of Human Rights, Lima, Peru; Areli Valencia Vargas, Legal Advisor, Constitutional Court of Peru; Antonio R. Villasor, Peace and Human Rights Coordinator, Asian Cultural Forum on Development, Philippines; Aaron Watkins, UK; Anna Wilkowska, Lawyer, Poland; Joaquin Zuckerberg, Lawyer, Argentina, Canada (currently legal counsel for the Consent and Capacity Board, Province of Ontario, Toronto, Canada), the Human Rights Litigation Working Group of the Faculty of Law, University of Toronto, Canada, headed by Ioana Bala, Larissa Ruderman and Caroline Wawzonek และโดยเฉพาะ Ioana Bala ซึ่งให้ความช่วยเหลืออย่างมาก

สารบัญ

หน้า

I. เกริ่นนำ	12
II. ข้อสรุปว่าด้วยพันธกรณีของรัฐในการปฏิบัติตามอนุสัญญา	15
1. กฎหมายภายในประเทศจะต้องสอดคล้องกับพันธกรณีของรัฐที่มีต่ออนุสัญญาต่อต้านการทรมาน	16
2. การปฏิบัติในประเทศจะต้องสอดคล้องกับพันธกรณีของรัฐที่มีต่ออนุสัญญา	17
3. ความล้มเหลวในการไม่ผนวกสนธิสัญญาและ/หรือกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศเข้าเป็นส่วนหนึ่งของระบบกฎหมายภายในประเทศนำมาซึ่งความรับผิดชอบของรัฐ	18
III. วิธีการและขั้นตอนในการนำอนุสัญญาไปปฏิบัติให้เป็นจริง	21
1. บทนำว่าด้วยการนำสนธิสัญญาไปบังคับใช้ให้เกิดผลตามกฎหมายภายในประเทศ	21
2. บทบาทของตุลาการในการปฏิบัติตามพันธกรณีระหว่างประเทศ	27
3. รูปแบบการบังคับใช้กฎหมาย	32
3.1 กฎหมายต่อต้านการทรมานที่ออกเป็นการเฉพาะ	32
3.2 การแก้ไขกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่	39
3.3 การประเมินรูปแบบต่างๆของกฎหมายที่ออกตามอนุสัญญา	41
4. การไม่มีกฎหมายที่ออกตามอนุสัญญาหรือมีไม่เพียงพอ	43
IV. พันธกรณีของรัฐตามบทบัญญัติของอนุสัญญา	46
1. เกริ่นนำ	46
2. รัฐต้องกำหนดให้การกระทำทรมานเป็นความผิดทางอาญา	46

สารบัญ

	หน้า	
2.1	ควรรกำหนดความผิดเฉพาะสำหรับการทรมาน และให้มีการลงโทษอย่างเหมาะสม	46
2.2	นิยามการทรมาน	47
2.3	คำสั่งของผู้บังคับบัญชาไม่อาจใช้อ้างเป็นข้อแก้ตัวได้	53
3.	สถานะของกฎหมายห้ามการทรมาน	54
4.	รัฐต้องดำเนินมาตรการที่มีประสิทธิภาพเพื่อป้องกันการทรมาน	57
4.1	รัฐต้องคุ้มครองผู้ถูกคุมขังให้ปลอดภัยจากการทรมาน และการปฏิบัติที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรม หรือที่ย่ำยีศักดิ์ศรี	57
4.2	รัฐจะต้องดำเนินมาตรการเพื่อป้องกันการลงโทษที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรม หรือย่ำยีศักดิ์ศรี อันเป็นผลมาจากการทำหน้าที่หรือการรู้เห็นเป็นใจของเจ้าพนักงานของรัฐ	64
4.3	รัฐจะต้องให้การศึกษากับเจ้าพนักงานผู้บังคับใช้กฎหมายและทบทวนหลักเกณฑ์การสอบสวน อย่างเป็นระบบ	67
4.4	รัฐควรจัดตั้งหน่วยงานอิสระที่ทำงานอย่างมีประสิทธิภาพเพื่อตรวจสอบสถานที่คุมขัง	68
5.	รัฐจะต้องไม่บังคับส่งตัว เคลื่อนย้าย หรือส่งกลับบุคคลไปยังประเทศที่บุคคลนั้นเสี่ยงจะได้รับการทรมาน (การไม่ผลักดันกลับ Non-refoulement)	70
6.	คำให้การที่ได้จากการทรมานจะใช้อ้างเป็นพยานหลักฐานไม่ได้	78
7.	สิทธิของบุคคลที่จะร้องเรียนและหน้าที่ของรัฐที่จะสอบสวน	84

สารบัญ

หน้า

7.1	สิทธิในการร้องทุกข์	84
7.2	ภาระหน้าที่ที่จะต้องสอบสวน	85
8.	กำจัดอุปสรรคที่ขัดขวางการฟ้องร้องดำเนินคดี	91
8.1	การนิรโทษกรรมเป็นการละเมิดพันธกรณีในการสอบสวนและฟ้องร้องดำเนินคดีต่อการทรมาน	92
8.2	ตำแหน่งทางการไม่ใช่สาระสำคัญ	98
8.3	อายุความไม่อาจนำมาใช้กับการทรมานได้	99
8.4	การบังคับใช้หลักความชอบด้วยกฎหมายไม่ควรเป็นอุปสรรคต่อการฟ้องร้องดำเนินคดี อาชญากรรมที่ถือเป็นอาชญากรรมตามกฎหมายระหว่างประเทศ	101
9.	การชดเชยต่อการทรมาน	102
9.1	รัฐจะต้องกำหนดขั้นตอนเพื่อให้ได้รับการชดเชยอย่างมีประสิทธิภาพ	103
9.2	รัฐจะต้องกำหนดรูปแบบการชดเชยที่เพียงพอเหมาะสม และสอดคล้องกับระดับความรุนแรงของอาชญากรรมและความทุกข์ทรมานทางร่างกายและจิตใจที่เกิดขึ้น	107
9.3	การชดเชยต่อการทรมานในช่วงที่มีการเปลี่ยนผ่านทางการเมือง	111
10.	พันธกรณีเกี่ยวกับการทรมานซึ่งเกิดขึ้นในประเทศที่สาม	114
10.1	รัฐจะต้องดำเนินการฟ้องร้องคดีหรือส่งบุคคลเป็นผู้ร้ายข้ามแดน	114
10.2	การเยียวยาทางแพ่งสำหรับการทรมานซึ่งเกิดขึ้นในต่างประเทศ	118

สารบัญ

หน้า

V. การมีส่วนร่วมอย่างสร้างสรรค์กับคณะกรรมการต่อต้าน	121
 การทรมานแห่งสหประชาชาติ	
1. กำหนดส่งรายงานของรัฐภาคี	121
2. การร้องเรียนโดยปัจเจกบุคคลและการร้องเรียนโดยรัฐภาคี	125
3. กระบวนการไต่สวน	126
VI. ข้อค้นพบทั้งหมดและข้อเสนอแนะ	128
1. ปัจจัยที่มีผลในการนำกฎหมายไปปฏิบัติให้สำเร็จ	128
1.1 การสนับสนุนทางการเมือง	128
1.2 ผู้มีบทบาทจากหลายภาคส่วน	130
1.3 นำตัวอย่างที่ดีของการบังคับใช้อนุสัญญา มาปฏิบัติ	135
2. ขั้นตอนการปฏิบัติเพื่อส่งเสริมและดำเนินการปฏิรูปกฎหมาย	139
2.1 การจัดลำดับ : ควรปฏิรูปกฎหมายก่อนหรือ หลังจากให้สัตยาบันหรือภาคยานุวัติ	139
2.2 จำแนกพันธกรณีของรัฐภาคีตามอนุสัญญา	141
2.3 การวิเคราะห์กฎหมายภายในและความสอดคล้อง กับพันธกรณีของอนุสัญญา	142
2.4 การจำแนกประเภทกฎหมายที่จำเป็นที่ต้องการ ปฏิรูป และรูปแบบของกฎหมายที่ต้องบัญญัติ ตามอนุสัญญา	142
2.5 การร่างกฎหมายที่จำเป็น	143
2.6 การรับรองกฎหมายโดยรัฐสภาและการประกาศ ในราชกิจจานุเบกษา	144

สารบัญ

	หน้า
2.7 การติดตามผล การประกันให้มีการบังคับใช้อย่างมีประสิทธิภาพหลังจากมีการออกกฎหมายแล้ว	144
2.8 ข้อเสนอแนะ	145
3. ส่งเสริมการบังคับใช้มาตรฐานระหว่างประเทศอย่างอื่นซึ่งห้ามการทรمانในหลักนิติศาสตร์ของประเทศ	147
3.1 การประเมินการบังคับใช้มาตรฐานระหว่างประเทศของฝ่ายตุลาการ	149
3.2 เหตุผลที่ไม่สามารถนำมาตราฐานระหว่างประเทศว่าด้วยข้อห้ามการทรมานมาปฏิบัติอย่างได้ผลในหลักนิติศาสตร์ภายในประเทศ	150
3.3 การส่งเสริมบทบาทของตุลาการในการปฏิบัติตามมาตรฐานระหว่างประเทศ	155
3.4 บทสรุปของข้อเสนอแนะ	157

I. เกริ่นนำ

การทรมานเป็นเรื่องที่ได้รับการประณามในระดับสากล และในทางปฏิบัติไม่มีประเทศใดที่สนับสนุนการทรมานหรือต่อต้านการจัดการทรมาน นอกจากอนุสัญญาต่อต้านการทรมานแล้ว ข้อ 5 ของปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (Universal Declaration of Human Rights) และ ข้อ 7 ของกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง (International Covenant on Civil and Political Rights) ยังห้ามทรมานอย่างชัดเจน ในอนุสัญญายุโรปว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐาน (the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedom) ภูมิภาคแอฟริกาว่าด้วยสิทธิมนุษยชนและสิทธิประชาชน (the African Charter on Human and Peoples' Rights) และอนุสัญญาแห่งทวีปอเมริกาว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (American Convention on Human Rights) ก็มีบทบัญญัติว่าด้วยการห้ามทรมานเช่นกัน

การห้ามทรมานเป็นหลักการพื้นฐานของกฎหมายมนุษยธรรมด้วย ซึ่งเป็นกลไกควบคุมการปฏิบัติของรัฐภาคีในระหว่างความขัดแย้งที่ใช้อาวุธ ยกตัวอย่างเช่น ข้อ 3 สามัญของอนุสัญญาเจนีวาห้าม “ความรุนแรงที่กระทำต่อชีวิตและบุคคล โดยเฉพาะการฆาตกรรมทุกรูปแบบ การตัดอวัยวะ การปฏิบัติที่โหดร้ายและการทรมาน” รวมทั้ง “การละเมิดศักดิ์ศรีของบุคคล โดยเฉพาะการปฏิบัติที่ดูหมิ่นหรือเหยียดศักดิ์ศรี” ข้อ 31 ของอนุสัญญาเจนีวาฉบับที่ 4 ห้ามการใช้กำลังเพื่อให้ได้มาซึ่งข้อมูลสารสนเทศ โดยระบุว่า “จะต้องไม่มีการใช้วิธีบังคับทางกายหรือทางใจต่อบุคคลผู้ได้รับการคุ้มครอง ทั้งนี้เพื่อให้ได้ข้อมูลสารสนเทศจากเขาหรือจากบุคคลที่สาม” นอกจากนั้น กฎหมายจารีตประเพณี

ระหว่างประเทศยังกำหนดข้อห้ามการทรมาน ให้เป็นกฎหมายบังคับเด็ดขาด (jus cogens) ซึ่งถือเป็นบทบัญญัติสูงสุดของกฎหมายจารีตประเพณี และมีความสำคัญเหนือสนธิสัญญาและกฎหมายจารีตประเพณีอื่นใด (ยกเว้นกฎหมายที่มีสถานะเป็น jus cogens เช่นกัน)¹

ในวันที่ 10 ธันวาคม 2527 หลังจากที่คณะทำงานเฉพาะกิจทำกร่างกฎหมายเป็นเวลาเจ็ดปี ที่ประชุมสมัชชาสหประชาชาติมีมติเป็นเอกฉันท์เพื่อรับรองมติฉบับที่ 39/46 ว่าด้วยอนุสัญญาต่อต้านการทรมาน และการปฏิบัติ หรือการลงโทษอื่นที่โหดร้ายไร้มนุษยธรรม หรือที่ย่ำยีศักดิ์ศรี (ซึ่งเรียกว่า “อนุสัญญา”) และเปิดให้มีการลงนามหรือให้สัตยาบัน อนุสัญญานับนี้มีผลบังคับใช้เมื่อวันที่ 26 มิถุนายน 2530 หนึ่งเดือนหลังจากวันที่ 20 ได้ให้สัตยาบัน ทั้งยังเป็นกฎหมายระหว่างประเทศที่มีผลบังคับใช้อย่างเบ็ดเสร็จฉบับแรกซึ่งสนับสนุนการต่อสู้เพื่อขัดขวางการทรมาน และยังเป็นอนุสัญญาสิทธิมนุษยชนที่มีประเทศต่าง ๆ ให้สัตยาบันมากที่สุด กล่าวคือ 141 รัฐภาคีจนถึง 13 ธันวาคม 2548

เนื้อหาในอนุสัญญากำหนดนิยามการทรมานว่า

“การกระทำใดก็ตามโดยเจตนาที่ทำให้เกิดความเจ็บปวดหรือความทุกข์ทรมานอย่างสาหัส ไม่ว่าจะทางกายหรือทางจิตใจต่อบุคคลใดบุคคลหนึ่งเพื่อความมุ่งประสงค์ที่จะให้ได้มาซึ่งข้อสนเทศหรือคำสารภาพจากบุคคลนั้นหรือจากบุคคลที่สาม การลงโทษบุคคลนั้น สำหรับการกระทำ ซึ่งบุคคลนั้นหรือบุคคลที่สามกระทำหรือถูกสงสัยว่าได้กระทำหรือเป็นการข่มขู่ให้กลัวหรือเป็นการบังคับขู่เข็ญบุคคลนั้นหรือบุคคลที่สามหรือเพราะเหตุผลใดใด บนพื้นฐานของการเลือกปฏิบัติ ไม่ว่าจะเป็นในรูปแบบใด เมื่อความเจ็บปวดหรือความทุกข์ทรมานนั้นกระทำโดยหรือด้วยการยุยง หรือโดยความยินยอม หรือรู้เห็นเป็นใจของเจ้าพนักงานของรัฐ หรือของบุคคลอื่นซึ่งปฏิบัติหน้าที่ในตำแหน่งทางการ ทั้งนี้ไม่

1 โปรดดูโดยเฉพาะ ICTY, *Prosecutor v. Furundžija*, paras.144 and 153-157. [หมายเหตุ: รายละเอียดเพิ่มเติมของเชิงอรรถอยู่ในสารบัญ ในภาค 7 ของคู่มือฉบับนี้]

รวมถึงความเจ็บปวดหรือความทุกข์ทรมานที่เกิดจาก หรืออัน
เป็นผลปกติจาก หรืออันสืบเนื่องมาจากการลงโทษทั้งปวงที่ชอบ
ด้วยกฎหมาย”

อนุสัญญาฉบับนี้แบ่งออกเป็นสามส่วน นอกเหนือจากบทนำที่มีห้าย่อหน้า
ภาค 1 (ข้อ 1-16) ว่าด้วยบทบัญญัติที่เป็นเนื้อหาหลักอันประกอบด้วยการ
อธิบายนิยามของการทรมาน บทบัญญัติว่าด้วยเขตอำนาจทางอาญาที่เป็นสากล
ที่มีต่อผู้กระทำการทรมาน และความหมายของหลักการส่งตัวผู้ร้ายข้ามแดน หรือ
หลักการส่งฟ้องคดีหรือไม่ก็ส่งตัวเป็นผู้ร้ายข้ามแดน (aut dedere aut punier)
ภาค 2 (ข้อ 17-24) ครอบคลุมถึงการบังคับใช้บทบัญญัติซึ่งกำหนดให้มีการจัด
ตั้งคณะกรรมการเพื่อเป็นหน่วยงานตรวจสอบดูแล ประกอบด้วยผู้เชี่ยวชาญที่เป็น
อิสระ 10 คนซึ่งได้รับการแต่งตั้งจากรัฐภาคี และทำหน้าที่ด้วยศักยภาพ
ของตนเอง มิได้เป็นผู้แทนของรัฐภาคี ทั้งนี้เพื่อให้มีการปฏิบัติหน้าที่ได้อย่างมี
ประสิทธิภาพ ภาค 3 (ข้อ 25-33) ประกอบด้วยเนื้อหาเกี่ยวกับการให้สัตยาบัน
การมีผลบังคับใช้ การแก้ไขบทบัญญัติและข้อสงวนสองข้อที่เกี่ยวข้องกับการทำ
หน้าที่ของคณะกรรมการและอำนาจในทางศาลเพื่อยุติข้อพิพาท

II. ข้อสรุปว่าด้วยพันธกรณีของรัฐ ในการปฏิบัติตามอนุสัญญา

โดยทั่วไปแล้วสนธิสัญญาระหว่างประเทศหรือระดับภูมิภาค รวมทั้ง สนธิสัญญาสิทธิมนุษยชน อย่างเช่นอนุสัญญาต่อต้านการทรมานมักประกอบด้วยเนื้อหา 2 ส่วน คือ พันธกรณีของรัฐและสิทธิและเสรีภาพของปัจเจกบุคคลที่ต้องปฏิบัติตามบทบัญญัติดังกล่าว หากรัฐเห็นชอบต่อมาตรฐานของอนุสัญญาสิทธิมนุษยชนดังกล่าว รัฐมีพันธกรณีต้องปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้ในอนุสัญญาฉบับนั้น สนธิสัญญาสิทธิมนุษยชน เรียกร้องให้รัฐภาคีกำหนดมาตรการต่าง ๆ เพื่อให้มีการบังคับใช้มาตรฐานเหล่านี้ และจะต้องให้คำตอบในกรณีที่มีการตั้งข้อกล่าวหา

รัฐภาคีต่อสนธิสัญญาย่อมมีพันธะทางกฎหมายที่จะต้องปฏิบัติตามพันธกรณีในสนธิสัญญาดังกล่าว รัฐภาคีจะต้องปฏิบัติตามพันธกรณีเหล่านี้อย่างสุจริตใจ (หลักการของ *Pacta sunt servanda*) รัฐซึ่งปฏิบัติตามสนธิสัญญาไม่อาจอ้างกฎหมายภายในประเทศ (ไม่ว่าจะเป็นรัฐธรรมนูญ การตรากฎหมายแห่งชาติที่จัดทำขึ้นในรูปแบบต่างๆ เช่น พระราชกฤษฎีกา ประกาศคณะปฏิวัติ พระราชกำหนด ฯลฯ คำพิพากษาของศาล หรือ การกระทำทางปกครอง) ใด ๆ เพื่อสนับสนุนการไม่ปฏิบัติตามพันธกรณีเหล่านี้ ซึ่งเป็นเหมือนสิ่งที่จะต้องกระทำตามกฎหมายที่รัฐมีหน้าที่ต้องปฏิบัติตามเงื่อนไขในสนธิสัญญาฉบับนั้น²

2 โปรดดูข้อ 26 และ 27 ของอนุสัญญาเวียนว่าด้วยกฎหมายแห่งสนธิสัญญา

1. กฎหมายภายในประเทศจะต้องสอดคล้องกับพันธกรณีของรัฐที่มีต่ออนุสัญญาต่อต้านการทรมาน

รัฐภาคีจะต้องดูแลให้กฎหมายภายในประเทศสอดคล้องกับพันธกรณีภายใต้อนุสัญญาฉบับนี้³

ด้วยเหตุดังกล่าว รัฐจึงมีหน้าที่แก้ไขกฎหมาย และหากจำเป็นต้องดำเนินการเพื่อให้มีการปฏิบัติให้ได้จริงตามพันธกรณีในอนุสัญญาฉบับนั้น⁴ ยกตัวอย่างเช่น ถ้ากฎหมายภายในประเทศของรัฐภาคีไม่กำหนดบทลงโทษสำหรับการทรมาน หรือยกเว้นไม่ให้เจ้าหน้าที่ระดับสูงต้องได้รับการสอบสวน หรือถูกดำเนินคดีเมื่อกระทำการทรมาน ในกรณีดังกล่าวรัฐมีพันธกรณีจะต้องจัดทำกฎหมายขึ้นใหม่หรือแก้ไขกฎหมายเดิมเพื่อให้เป็นไปตามเงื่อนไขของอนุสัญญา

รัฐมีอำนาจที่จะกำหนดขั้นตอนที่จะผนวกสนธิสัญญาเข้ากับกฎหมายภายในประเทศ รวมทั้งดูแลให้มีการปฏิบัติตามพันธกรณีของสนธิสัญญาอย่างมีประสิทธิภาพ⁵ ขั้นตอนการบังคับใช้จะขึ้นอยู่กับโครงสร้างของรัฐธรรมนูญ และการเมืองที่เป็นอยู่ และโครงสร้างเหล่านี้แตกต่างกันไปแต่ละรัฐ ที่เหมือนกันมีอยู่น้อยมาก

3 ข้อ 26 เฟ็งอั้ง

4 *Exchange of Greek and Turkish Populations*, p.20, Permanent Court of International Justice (1925) โปรดสังเกตว่าสนธิสัญญาฉบับอื่นก็ประกอบด้วยข้อห้ามการทรมานอย่างเช่นกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง (ICCPR) รวมทั้งกฎหมายสิทธิมนุษยชนระดับภูมิภาคอื่น ๆ

5 โปรดดู Ingelse, *Committee against Torture*, p.259 and ECHR, *Case of Swedish Engine Drivers' Union v. Sweden*, para.50 และโปรดดูจุดยืนของรัฐบาลสหรัฐฯ UN Doc. HRI/CORE/1/Add.49, para.139 ในบางกรณีสนธิสัญญามีบทบังคับให้รัฐภาคีจะต้องผนวกบทบัญญัติในสนธิสัญญาไว้ในกฎหมายในประเทศ และ/หรือกำหนดให้มีสถานะพิเศษ อย่างเช่น ข้อ 5 ของอนุสัญญาว่าด้วยการป้องกันและลงโทษอาชญากรรมล้างเผ่าพันธุ์ ปี 1948 ซึ่งกำหนดให้รัฐจะต้อง “ตรากฎหมายที่จำเป็น” เพื่อให้อนุสัญญามีผลบังคับใช้

2. การปฏิบัติในประเทศจะต้องสอดคล้องกับพันธกรณีของรัฐที่มีต่ออนุสัญญา

อนุสัญญานับนี้เป็นสนธิสัญญาเชิงรุกซึ่งไม่เพียงกำหนดให้รัฐภาคีต้องดูแลมิให้กรอบกฎหมายภายในประเทศของตน กระทำการที่เข้าข่ายการทรمانเท่านั้น หากยังต้องงดเว้นจากการกระทำใดๆ ที่เข้าข่ายการทรمانด้วย โดยเฉพาะอย่างยิ่งการกำหนดให้รัฐมีมาตรการเฉพาะเพื่อให้สามารถปฏิบัติตามข้อห้ามการทรمانได้ รวมทั้งมาตรการเชิงบวกเพื่อป้องกัน ได้แก่ การดูแลให้มีกลไกอย่างเพียงพอและมีประสิทธิภาพเพื่อสอบสวนข้อกล่าวหาว่ามีการทรمان ในกรณีที่มีพยานหลักฐานสนับสนุนข้อกล่าวหาอย่างเพียงพอ และให้ดำเนินการฟ้องร้องคดี อนุสัญญานับนี้ยังกำหนดให้มีการชดเชยและการเยียวยาสำหรับผู้เสียหายและครอบครัวอย่างมีประสิทธิภาพ

นัยที่รัฐไม่เพียงต้องรับผิดชอบงดเว้นการทรمانเท่านั้น แต่ยังต้องคุ้มครองบุคคลให้ปลอดภัยพ้นจากการละเมิดสิทธิมนุษยชนด้วย ปรากฏในข้อ 2(1) ของอนุสัญญาซึ่งระบุว่า “ให้รัฐภาคีแต่ละรัฐดำเนินมาตรการต่างๆ ทางนิติบัญญัติ ทางบริหาร ทางตุลาการหรือมาตรการอื่นๆ ที่มีประสิทธิผลเพื่อป้องกันมิให้เกิดการกระทำการทรمانในอาณาเขตใดซึ่งอยู่ภายใต้เขตอำนาจรัฐของตน” พันธกรณีดังกล่าวกำหนดเงื่อนไขที่รัฐต้องปฏิบัติตามในสองลักษณะ ได้แก่ หน้าที่ที่จะต้องงดเว้นการกระทำและหน้าที่ที่จะต้องคุ้มครอง ในส่วนแรกเป็นพันธกรณีเชิงลบ กล่าวคือการงดเว้นจากการกระทำบางประการ ในส่วนหลังเป็นพันธกรณีเชิงบวก กล่าวคือการกระทำเพื่อให้บุคคลไม่ถูกละเมิดสิทธิ

กล่าวอีกแง่หนึ่ง การออกกฎหมายห้ามการทรمانยังไม่พอ รัฐยังจะต้องกำกับให้มีหน่วยงานที่มีความสามารถในการบังคับใช้กฎหมาย ให้มีอำนาจหน้าที่ มีทรัพยากร และการอบรมอย่างเพียงพอ เพื่อให้สามารถดำเนินงานอย่างมีประสิทธิภาพและเป็นกลาง ในคดีระหว่างวาเลซ โรดริเกซกับฮอนดูรัส (Velasquez Rodriguez v. Honduras Case) ศาลสิทธิมนุษยชนแห่งทวีปอเมริกาใต้วินิจฉัยว่า รัฐภาคีไม่เพียงมีพันธกรณีต้องไม่ละเมิดสิทธิที่ประกาศไว้เท่านั้น หากอนุสัญญาแห่งทวีปอเมริกายัง “กำหนดให้รัฐภาคีมีขั้นตอนอย่างเหมาะสมเพื่อป้องกันไม่ให้เกิดสถานการณ์ที่จะเป็นอันตรายอย่างยิ่งต่อสิทธิที่

ได้รับการคุ้มครองนั้น”⁶ พันธกรณีในการตรวจสอบ หมายถึง การที่รัฐจะต้องดูแลให้มีมาตรการป้องกันเชิงกฎหมายที่เพียงพอและมีการปฏิบัติเพื่อแก้ปัญหาและปราบปรามการทรมาน ทั้งยังกำหนดมาตรการที่ควรจะเป็นให้รัฐต้องปฏิบัติตามด้วย

นอกจากนี้ หน่วยงานสูงสุดที่มีอำนาจหน้าที่ควรประเมินการทรมานทุกรูปแบบที่เกิดขึ้นอย่างเปิดเผย ไม่ว่าจะเกิดขึ้นในเวลาใดก็ตาม ดังที่ผู้รายงานพิเศษสหประชาชาติว่าด้วยการทรมานระบุไว้ว่า “หน่วยงานที่มีอำนาจหน้าที่ควรที่จะไปตรวจเยี่ยมสถานที่ตำรวจ สถานควบคุมตัวก่อนการพิจารณาคดี และเรือนจำต่างๆ ซึ่งเป็นที่ทราบกันดีว่ามีการกระทำเช่นนั้น โดยไม่มีการแจ้งล่วงหน้า ทั้งยังควรให้มีการรณรงค์ในวงกว้างเพื่อให้ประชาชน โดยเฉพาะกลุ่มชายขอบและกลุ่มเสี่ยงในสังคมตระหนักถึงสิทธิของตนเองที่เกี่ยวข้องกับการจับกุม คุมขัง โดยเฉพาะสิทธิในการร้องเรียนต่อการปฏิบัติที่ได้รับจากการกระทำของเจ้าพนักงานผู้บังคับใช้กฎหมาย”⁷

3. ความล้มเหลวในการไม่ผนวกสนธิสัญญาและ/หรือกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศเข้าเป็นส่วนหนึ่งของระบบกฎหมายภายในประเทศนำมาซึ่งความรับผิดชอบของรัฐ

โดยหลักเกณฑ์ทั่วไปนั้น รัฐต้องรับผิดชอบต่อการกระทำใดๆ หรือการละเว้นการกระทำที่เชื่อว่าเป็นผลจากการกระทำของตนภายใต้บังคับของกฎหมายระหว่างประเทศ และการกระทำที่เป็นการละเมิดต่อพันธกรณีระหว่างประเทศ⁸ พันธกรณีตามอนุสัญญาฉบับนี้ประกอบด้วยมาตรการเชิงบวกอย่างเช่น การห้ามการทรมานและการห้ามนำคำให้การที่ได้จากการทรมานไปใช้ประกอบการตัดสินของศาล รวมทั้งพันธกรณีที่เจตนาเว้นการกระทำบางอย่าง เช่น การให้ส่งตัวบุคคลเป็นผู้ร้ายข้ามแดนหรือการส่งตัวบุคคลไปยังรัฐซึ่งมีเหตุผลเชื่อได้ว่าจะทำให้บุคคลดังกล่าวได้รับการทรมาน

6 Inter-Am. Ct. H.R. *Velasquez Rodriguez v. Honduras*, para. 187

7 ไปรอดดู ข้อเสนอแนะทั่วไปโดยผู้รายงานพิเศษว่าด้วยการทรมาน เอกสารสหประชาชาติ E/CN.4/2003/68, para. 26

8 ไปรอดดู Articles 1 & 2 ILC Draft Articles on State Responsibility

ไม่มีหลักเกณฑ์ทั่วไปที่ระบุว่า ถ้ารัฐไม่สามารถดูแลให้กฎหมายของตนมีเนื้อหาสอดคล้องกับพันธกรณีระหว่างประเทศแล้ว ซึ่งถือเป็นการละเมิดพันธกรณีดังกล่าว จะทำให้รัฐต้องรับผิดชอบอย่างไร อย่างไรก็ตาม การไม่มีกฎหมายเพื่อบังคับใช้พันธกรณีดังกล่าวอาจทำให้เกิดการละเมิดพันธกรณีได้ทั้งในกรณีที่สนธิสัญญากำหนดอย่างชัดเจนให้รัฐต้องออกเป็นกฎหมาย หรือในกรณีที่ระบุว่า การไม่บังคับใช้กฎหมายถือว่าเป็นการไม่ปฏิบัติตามพันธกรณี⁹ ภายใต้ต้นุสัญญาฉบับนี้การออกกฎหมายใหม่หรือการแก้ไขหรือการยกเลิกหรือการเปลี่ยนแปลงกฎหมายเดิมเป็นสิ่งที่อาจจะต้องทำให้สามารถปฏิบัติตามพันธกรณีบางประการ ยกตัวอย่างเช่น การออกกฎหมายโดยเฉพาะให้การทรมานเป็นความผิดตามกฎหมายอาญา หรือ การออกมาตรการทางกฎหมายเพื่อป้องกันการทรมานซึ่งเป็นพันธกรณีทั่วไป เป็นต้น การไม่ปฏิบัติตามขั้นตอนดังกล่าวเพื่อให้ต้นุสัญญามีผลบังคับใช้และเหตุที่ไม่สามารถบังคับใช้บทบัญญัติเหล่านั้นย่อมอาจทำให้เกิดการละเมิดต้นุสัญญาได้

ในกรณีที่รัฐฝ่าฝืนพันธกรณีตามกฎหมายระหว่างประเทศ รัฐยังคงมีหน้าที่ต้องปฏิบัติตามความรับผิดชอบที่มีต่อพันธกรณีนั้นต่อไป¹⁰ ทั้งนี้เพื่อหาทางยุติการกระทำผิดดังกล่าว เพื่อให้หลักประกันว่าจะไม่มีการกระทำผิดซ้ำ และเพื่อเป็นการชดเชยในกรณีที่เหมาะสม¹¹

9 โปรตดูหลักการทั่วไป Brownlie, *Principles*, p.35 และในแง่การทรมานโปรตดู ICTY, *Prosecutor v. Furund_ija, para.150*: “โดยปกติแล้ว การดูแลหรือการออกกฎหมายในประเทศซึ่งไม่สอดคล้องกับหลักเกณฑ์สากลย่อมก่อให้เกิดความรับผิดชอบของรัฐและทำให้เกิดข้อร้องเรียนให้มีการยุติและการชดเชย (lato sensu) เฉพาะในกรณีที่มีการนำกฎหมายดังกล่าวไปบังคับใช้ ในทางตรงข้าม ในกรณีการทรมาน การที่รัฐบังคับใช้หรือออกกฎหมายที่ขัดแย้งต่อข้อห้ามสากลที่ไม่ให้มีการทรมาน ย่อมทำให้รัฐเกิดความรับผิดชอบต่อสากล คุณค่าของเสรีภาพจากการทรมานยิ่งใหญ่มิฉะนั้นเหตุให้รัฐต้องป้องกันไม่ให้มีกฎหมายในประเทศใดๆ ซึ่งจะอนุญาตหรือยอมให้มีการทรมานเกิดขึ้น หรือมีส่วนทำให้เกิดการทรมานขึ้นไม่ว่าในระดับใดก็ตาม”

10 ข้อ 29 อนุสัญญาเวียนหนว่าด้วยกฎแห่งสนธิสัญญา

11 ข้อ 30 และ 31 ILC Draft Articles on State Responsibility

โดยทั่วไปแล้วหน้าที่ดังกล่าวเป็นสิ่งที่ต้องกระทำต่อรัฐซึ่งเป็นผู้เสียหาย¹² ในกรณีที่มีการละเมิดสิทธิมนุษยชนเช่นการทรมาน รัฐซึ่งเป็นฝ่ายกระทำมีหน้าที่ที่จะทำเช่นนั้น รวมทั้งการชดเชยต่อผู้เสียหายที่เป็นบุคคล และโดยที่ข้อห้ามการทรมานเป็นบรรทัดฐานเด็ดขาด ตามกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ (jus cogens) ที่มีต่อประชาคมนานาชาติโดยรวม (erga omnes)¹³

12 ข้อ 42 เฟ็งอ้าง

13 ข้อ 48 เฟ็งอ้าง

III. วิธีการและขั้นตอนในการนำอนุสัญญาไปปฏิบัติให้เป็นจริง

1. บทนำว่าด้วยการนำสนธิสัญญาไปบังคับใช้ให้เกิดผลตามกฎหมายภายในประเทศ

การนำพันธกรณีระหว่างประเทศไปผนวกในกฎหมายระดับประเทศนั้นขึ้นอยู่กับระบบกฎหมายของประเทศนั้น

โดยทั่วไปแล้วการผนวกเนื้อหาของอนุสัญญากับกฎหมายภายในประเทศมีสองรูปแบบใหญ่ ๆ กล่าวคือ การให้สัตยาบันต่ออนุสัญญาโดยตรงและการประกาศใช้อนุสัญญาในราชกิจจานุเบกษา หรือ ในทางอ้อมด้วยการนำไปบังคับใช้ในรูปกฎหมาย ระบบกฎหมายของรัฐในกรณีนี้อาจแบ่งได้หลายๆ เป็นสองกลุ่ม ได้แก่ “ระบบกฎหมายเดี่ยว” และ “ระบบกฎหมายคู่” แม้ว่าเส้นแบ่งของทั้งสองระบบจะไม่ชัดเจนเสมอไป และรัฐต่างๆ ก็มีวิธีการทำงานไม่ค่อยเหมือนกัน ข้อแตกต่างโดยพื้นฐานนี้เป็นแนวคิดเบื้องต้นที่มีประโยชน์ในการประเมินขั้นตอนการบังคับใช้กฎหมายภายในประเทศให้สอดคล้องกับอนุสัญญา รวมทั้งสถานะของสนธิสัญญาระหว่างประเทศในระบบกฎหมายภายในประเทศและบทบาทของตุลาการ

เป็นที่สังเกตว่าในทางปฏิบัติแล้ว ไม่ว่าจะ เป็นระบบกฎหมายแบบใดรูปแบบการนำไปปฏิบัติในประเทศเป็นสิ่งที่ต้องทำไม่ว่าจะโดยผ่านการออกกฎหมาย การให้รับรองของรัฐสภา หรือ การประกาศในราชกิจจานุเบกษา

(ก) การบังคับใช้สนธิสัญญาระหว่างประเทศให้บรรลุผลในประเทศที่มีระบบกฎหมายเดี่ยว

ตามระบบกฎหมายเดี่ยวจะมองว่ากฎหมายระหว่างประเทศและกฎหมายภายในประเทศอยู่ภายใต้ระบบกฎหมายเดียวกัน โดยที่กฎหมาย

ระหว่างประเทศมีสถานะเหนือกว่า¹⁴ ตามระบบบทฤษฎีกฎหมายเดียว สนธิสัญญาระหว่างประเทศที่มีผลผูกพันต่อรัฐย่อมมีผลผูกพันโดยอัตโนมัติต่อระบบกฎหมายภายในประเทศ หลังจากมีการให้สัตยาบันและการประกาศในราชกิจจานุเบกษาแล้ว (doctrine of adoption) บทบัญญัติของสนธิสัญญาอาจสามารถนำมาใช้ได้โดยตรงโดยหน่วยงานที่มีอำนาจหน้าที่และกาล ทั้งนี้ขึ้นอยู่กับเนื้อหาของสนธิสัญญานั้นๆ

ในประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายเดียว ไม่มีรูปแบบการปฏิบัติในการจัดลำดับความสำคัญของสนธิสัญญา หลายประเทศในละตินอเมริกา สนธิสัญญาระหว่างประเทศมีสถานะเหนือกว่ากฎหมายภายใน เช่น ชิลี¹⁵ ประเทศอื่นๆ เช่น ฝรั่งเศส โครเอเชีย และญี่ปุ่น สนธิสัญญาระหว่างประเทศมีศักดิ์เหนือกว่ากฎหมายระดับพระราชบัญญัติ แต่ต่ำกว่ารัฐธรรมนูญ¹⁶ สุดท้ายในบางประเทศอย่างเช่น อียิปต์และจอร์เจีย สนธิสัญญาระหว่างประเทศมีสถานะเท่าเทียมกับกฎหมายระดับพระราชบัญญัติ และอาจมีการออกกฎหมายเพื่อรองรับอีกชั้นหนึ่งได้¹⁷

(ข) การบังคับใช้สนธิสัญญาระหว่างประเทศให้บรรลุผลในประเทศที่มีระบบกฎหมายคู่

14 โปรดดูโดยเฉพาะ Kelsen, Principles, pp. 553 et seq., และสำหรับภาพรวมของการถกเถียงเรื่องนี้ โปรดดู Brownlie, Principles, pp.31 et seq.

15 โปรดดูข้อ 5(2) รัฐธรรมนูญประเทศชิลี ค.ศ. 1980 และ Chile, UN Doc. CAT/C/39/Add.14 and Corr.1, para.3 และโปรดดูข้อ 46 รัฐธรรมนูญประเทศกัวเตมาลา ค.ศ. 1985 และข้อ 93 และ 94 รัฐธรรมนูญประเทศโคลัมเบีย ค.ศ. 1991 ตามลำดับ ในขณะที่รัฐธรรมนูญประเทศเปรู ค.ศ. 1979 ให้สถานะสูงสุดต่อกฎหมายระหว่างประเทศ โดยเฉพาะสนธิสัญญาที่เกี่ยวข้องกับสิทธิมนุษยชน ในกรณีที่เกิดความขัดแย้งกับกฎหมายระหว่างประเทศ (ข้อ 101 และ 105) แต่ในรัฐธรรมนูญปี 1993 ไม่มีการระบุบทบัญญัติในลักษณะดังกล่าว

16 โปรดดูข้อ 140 รัฐธรรมนูญโครเอเชีย ปี 1990 และข้อ 55 รัฐธรรมนูญฝรั่งเศสปี 1958 และโปรดดู Japan, UN Doc. CCPR/C/115/Add.3, para.9

17 โปรดดูข้อ 151 รัฐธรรมนูญอียิปต์ปี 1971 และข้อ 6(2) และ 7 รัฐธรรมนูญจอร์เจียปี 1995

ระบบกฎหมายคู่จะมองว่ากฎหมายระหว่างประเทศและกฎหมายภายในประเทศเป็นกฎหมายที่แตกต่างกันอย่างสิ้นเชิงสองระบบ สนธิสัญญาระหว่างประเทศอาจกลายเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายภายในประเทศได้ในกรณีที่มีการนำเนื้อหาหม่าบัญญัติเป็นกฎหมาย หรือในกรณีที่กฎหมายภายในประเทศฉบับอื่นบังคับไว้ กระบวนการนี้เรียกว่า กฎหลักของการเปลี่ยนแปลง (doctrine of transformation) ประเทศที่มีระบบกฎหมายคู่ส่วนใหญ่จะเป็นประเทศที่มีกฎหมายจารีตประเพณีอย่างเช่น สหราชอาณาจักร¹⁸ ออสเตรเลีย¹⁹ แคนาดา²⁰ อินเดีย²¹ และแซมเบีย²² รวมทั้งในประเทศแถบสแกนดิเนเวีย²³ และรัฐอื่นๆ อย่างเช่น เวียดนาม²⁴

ในประเทศซึ่งใช้ระบบกฎหมายคู่ การออกกฎหมายมักทำในรูปการออกเป็นกฎหมายใหม่หรือการแก้ไขกฎหมายเดิมที่มีอยู่ ในบางครั้งบทบัญญัติของ

-
- 18 โปรดดู United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland, UN Doc. HRI/CORE/1/Add.5/Rev.2, para.142
 - 19 โปรดดู Australia, UN Doc. HRI/CORE/1/Add.44, para.169
 - 20 โปรดดู Canada, UN Doc. HRI/CORE/1/Add.91, paras.136 et seq
 - 21 มาตรา 253 รัฐธรรมนูญอินเดียปี 1950 และ Entry 14 of the Union List of the Seventh Schedule. See also *State of Madras v G.G. Menon and People's Union for Civil Liberties v Union of India*, 1954. สำหรับข้อเสนอที่ว่า บทบัญญัติบางประการของสนธิสัญญาระหว่างประเทศมีผลบังคับใช้ได้โดยตัวเอง โปรดดู Shah, J., Sep.Op., in *Maganbhai Ishwarbhai Union of India*, 1969, and comments by Verma, *International Law*, p. 632
 - 22 Zambia, UN Doc. HRI/CORE/1/Add.22/Rev.1, para.69
 - 23 โปรดดูอย่างเช่น Sweden, UN Doc. HRI/CORE/1/Add.4/Rev.1, para.77; Denmark, UN Doc. HRI/CORE/1/Add.58, para.103 and Finland, UN Doc. HRI/CORE/1/Add.59, para.43 (ในขณะที่ในทางทฤษฎีบางประเทศมีระบบกฎหมายคู่ แต่ในทางปฏิบัติกลับใช้ระบบกฎหมายเดี่ยวอย่างเช่น ฟินแลนด์ ทั้งนี้เนื่องจากมักมีการผนวกเนื้อหาของสนธิสัญญาสากล in blanco โดยเป็นการผนวกกฎหมายทั้งฉบับในรูปของพระราชบัญญัติที่ออกโดยรัฐสภาหรือพระราชกำหนดของประธานาธิบดี)
 - 24 โปรดดู Vietnam, UN Doc. CCPR/C/VNM/2001/2/Add.1, paras.6 and 33 ซึ่งดูเหมือนจะแสดงนัยของระบบกฎหมายคู่

สนธิสัญญาอาจไม่สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญ เป็นเหตุให้ต้องมีการแก้ไขรัฐธรรมนูญและทำให้เกิดขึ้นตอนที่ยาวนานและยุ่งยาก

สถานะของสนธิสัญญาระหว่างประเทศที่ถูกรับเข้าไว้ในระบบกฎหมายภายในประเทศจะขึ้นอยู่กับสถานะของกฎหมายที่ออกตามสนธิสัญญานั้น ในบางกรณีก็มีสถานะเท่าเทียมกับกฎหมายอื่น เช่น รัฐธรรมนูญ อย่างเช่น ในหมวดว่าด้วยสิทธิ ของรัฐธรรมนูญอัฟริกาใต้ หรือ โดยการออกเป็นกฎหมายใหม่อย่างเช่น กรณีของ พระราชบัญญัติชาวศรีลังกาว่าด้วยอนุสัญญาต่อต้านการทรมาน ปี 1994²⁵ หรือโดยผ่านการแก้ไขกฎหมายเดิม เช่น การเพิ่มคุณสมบัติการกระทำการทรมานไว้ในประมวลกฎหมายอาญาของประเทศ กฎหมายที่ถูกผนวกไว้ในกฎหมายเดิมหรือกฎหมายใหม่ มักมีเนื้อหาที่อาจเปลี่ยนแปลงแก้ไขได้เช่นเดียวกับการแก้ไขกฎหมายอย่างอื่น ๆ ในประเทศ ด้วยเหตุดังกล่าว อาจมีการแก้ไขกฎหมายซึ่งมีผลครอบคลุมถึงกฎหมายที่ออกตามสนธิสัญญาได้ แม้ว่ากรณีเช่นนั้นมักไม่ค่อยจะเกิดขึ้น

บางประเทศจะใช้ทั้งระบบกฎหมายเดี่ยวและคู่ผสมผสานกัน ยกตัวอย่างในสหรัฐอเมริกา และอัฟริกาใต้ มีการถือว่าบทบัญญัติในสนธิสัญญา “มีผลบังคับใช้โดยตัวเอง (self-executing)” และสามารถนำไปใช้ได้โดยตรงภายหลังจากที่รัฐสภาลงมติรับรองการให้สัตยาบันแล้ว²⁶

25 โปรดดูพระราชบัญญัติสิทธิมนุษยชนสหราชอาณาจักรปี 1998 ในบางกรณีรัฐย่อยของสหรัฐฯ หรือสหภาพก็อาจรับรองเป็นกฎหมายได้ อย่างเช่น พระราชบัญญัติห้ามการทรมานของเขตปกครองยูกอนปี 1988 ในประเทศแคนาดา

26 USA: UN Doc. HRI/CORE/1/Add.49, paras.134 et seq. แม้ว่าแต่เดิมอัฟริกาใต้เป็นประเทศที่มีระบบกฎหมายคู่ แต่ก็ได้เปลี่ยนเป็นระบบกฎหมายเดี่ยวเมื่อต้นทศวรรษ 1990 และในปัจจุบันดูเหมือนจะมีการผสมผสานระบบกฎหมายทั้งสองระบบอย่างชัดเจน ปรากฏในมาตรา 231(4) ของรัฐธรรมนูญปี 1996 ที่บัญญัติว่า “ความตกลงระหว่างประเทศใดๆ จะมีสถานะเป็นกฎหมายในสาธารณรัฐ ได้ภายหลังจากที่มีการออกเป็นกฎหมายภายในแล้ว แต่ในขณะที่เดียวกันให้ถือว่าความตกลงใดๆ ที่ผ่านการรับรองของรัฐสภาแล้วก็เป็นกฎหมายโดยตัวเอง เว้นแต่มีเนื้อหาไม่สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญหรือพระราชบัญญัติที่ออกโดยรัฐสภา โปรดดู Dugard, *International Law*, pp.77-92

(ค) เปรียบเทียบระหว่างระบบกฎหมายเดี่ยวและระบบกฎหมายคู่

แม้ว่าระบบกฎหมายเดี่ยวจะมีน้ำหนักมากกว่าในแง่ การนำกฎหมายระหว่างประเทศไปใช้ในประเทศได้เลย แต่ก็ทำให้เกิดความยุ่งยากในทางปฏิบัติเช่นกัน โดยทั่วไปแล้ว ศาลจะนำสนธิสัญญาระหว่างประเทศมาใช้ในกรณีที่เป็นบทบัญญัติซึ่ง “มีผลบังคับใช้โดยตัวเอง” หลักการกฎหมายซึ่ง “มีผลบังคับใช้โดยตัวเอง” เป็นสิ่งที่พัฒนาขึ้นในสหรัฐฯ²⁷ และมีหลายประเทศทั่วโลกนำไปประยุกต์ใช้ในรูปแบบต่างๆ²⁸ โดยสรุป ศาลจะเป็นผู้ตัดสินว่าบทบัญญัติในสนธิสัญญานั้นเป็นสิ่งที่สามารถจะนำไปใช้ได้โดยตรงหรือไม่ อย่างเช่น เป็นการคุ้มครองสิทธิของบุคคลหรือเป็นข้อห้ามอย่างชัดเจน หรือเป็นบทบัญญัติที่รัฐจะต้องดำเนินการเพิ่มเติม เพื่อให้กฎหมายมีผลบังคับใช้ได้จริง²⁹ ในทางปฏิบัติแล้วศาลในประเทศที่มีระบบกฎหมายเดี่ยวมักไม่ต้องการตีความ ให้บทบัญญัติในสนธิสัญญาที่มีผลบังคับใช้โดยตัวเอง และมักไม่นำบทบัญญัติของสนธิสัญญาระหว่างประเทศมาใช้โดยตรง แนวโน้มดังกล่าวสะท้อนให้เห็นค่านิยมของศาลที่

27 Foster v Neilson, 1829, แม้จะไม่มีการใช้คำว่า “มีผลบังคับใช้โดยตัวเอง” แต่ก็ถือว่าคดีนี้เป็นต้นตอให้เกิดการจำแนกความแตกต่างระหว่างสนธิสัญญาที่มีผลบังคับใช้โดยตัวเองกับสนธิสัญญาที่ไม่มีผลบังคับใช้โดยตัวเอง โปรดดูการวิเคราะห์อย่างแหลมคมต่อระบบกฎหมายในสหรัฐฯ ว่าด้วยอนุสัญญาต่อต้านการทรมาน Rosati, United Nations Convention Against Torture, pp. 533-577

28 โปรดดู France, Daillier/Pellet, *Droit International Public*, pp.232 et seq

29 Conforti, *International Law*, p.27. และโปรดดู Cyprus, *Malachtou v. Aloneftis*, 1986 “...การที่สนธิสัญญาจะมีสถานะเป็นกฎหมายที่นำมาใช้ได้จะต้องเป็นสนธิสัญญาที่มีผลบังคับใช้โดยตัวเอง...ในกรณีเช่นนั้นอนุสัญญาอาจเป็นกฎหมายที่มีผลบังคับใช้โดยตัวเองและศาลอาจนำมาใช้ได้ และเป็นกรับรองสิทธิของบุคคล ซึ่งมีผลควบคุมหรือส่งผลกระทบต่อความสัมพันธ์ของประชาชนในประเทศ ระหว่างบุคคลด้วยกันเองและระหว่างบุคคลกับรัฐหรือหน่วยงานของรัฐ บทบัญญัติซึ่งไม่ได้กำหนดสิทธิขึ้นมาโดยตัวเอง หรือไม่ได้กำหนดพันธกรณีของบุคคล หรือประโยชน์ของบุคคล และไม่มีกฎหมายรับรอง หรือไม่ระบุถึงการกระทำหรือการละเว้นการกระทำของหน่วยงานของรัฐ ย่อมถือว่าไม่มีผลบังคับใช้โดยตัวเอง...คำถามที่ว่าสนธิสัญญามีผลบังคับใช้โดยตัวเองหรือไม่ จึงขึ้นอยู่กับ การเขียนถ้อยความในอนุสัญญานั้น ขึ้นอยู่กับบทบัญญัติในอนุสัญญาและบทบัญญัติของกฎหมายที่เกี่ยวข้องในประเทศนั้นๆ”

มักจะเลือกใช้กฎหมายภายใน ซึ่งอาจเป็นเพราะความไม่คุ้นเคยกับกฎหมายระหว่างประเทศและความไม่มั่นใจเกี่ยวกับลักษณะทางกฎหมายของสนธิสัญญาที่ “มีผลบังคับใช้โดยตัวเอง”³⁰ ผลในทางปฏิบัติก็คือ แม้แต่ในประเทศที่มีระบบกฎหมายเดี่ยว ในหลายกรณีรัฐก็ต้องออกกฎหมายภายในมารับรองสนธิสัญญา

สำหรับประเทศที่มีระบบกฎหมายคู่ จะต้องมีการผนวกเนื้อหาของสนธิสัญญาให้เข้ากับกฎหมายภายในเสมอ อย่างเช่น การแก้ไขกฎหมายเดิมหรือการออกกฎหมายใหม่ เว้นแต่ว่ากฎหมายและการปฏิบัติเดิมสอดคล้องกับพันธกรณีตามสนธิสัญญาอยู่แล้ว รัฐภาคีมักอ้างว่ากฎหมายของตนสอดคล้องอย่างเต็มที่กับพันธกรณีตามสนธิสัญญาอยู่แล้ว อย่างไรก็ตาม กลไกตรวจสอบสนธิสัญญาอย่างเป็นทางการ เช่น คณะกรรมการสหประชาชาติว่าด้วยการต่อต้านการทรมานมักไม่เห็นด้วย และมักพบว่า มีข้อบกพร่องของระบบกฎหมายภายใน³¹ รัฐที่มีระบบกฎหมายคู่หลายแห่งกลับล้มเหลวในการไม่รับเอากฎหมายไปบังคับใช้ให้เกิดผลใดๆ เลย ส่งผลให้ไม่มีการนำอนุสัญญาฉบับนี้ไปประยุกต์ใช้ภายในประเทศ

ศาลในประเทศที่มีระบบกฎหมายคู่ มักถูกห้ามไม่ให้นำสนธิสัญญาระหว่างประเทศไปบังคับใช้โดยตรง อย่างไรก็ตาม ศาลมักพิจารณาหน้าที่ของรัฐตามสนธิสัญญาที่เกี่ยวข้อง ในการตีความบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญและกฎหมายระดับพระราชบัญญัติ เพื่อป้องกันไม่ให้มีการตีความกฎหมายที่ขัดต่อพันธกรณีของรัฐต้องปฏิบัติตาม³² ศาลยังมีภารกิจที่จะต้องนำหลักการของกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศมาใช้ ซึ่งโดยทั่วไปแล้วถือเป็นส่วนหนึ่ง

30 โปรดดู อย่างเช่น Daillier/Pellet, *Droit International Public*, pp.232 et seq. and at V, 3.2. *infra*

31 โปรดดู *infra*, at III, 4.

32 ข้อ 233 ของรัฐธรรมนูญอัฟริกาใต้ปี 1996 ระบุว่า “เมื่อต้องมีการตีความกฎหมาย ศาลจะต้องใช้วิธีตีความกฎหมายที่เหมาะสมและสอดคล้องกับกฎหมายระหว่างประเทศ แทนที่จะตีความในลักษณะที่ไม่สอดคล้องกับกฎหมายระหว่างประเทศ” ข้อ 39(1)

ของกฎหมายภายในประเทศ³³ ซึ่งรวมถึงข้อห้ามต่อการทรمانที่มีผลผูกพันรัฐ ไม่ว่าจะมีการผนวกเนื้อหาของอนุสัญญาเข้ากับกฎหมายภายในหรือไม่ก็ตาม

2. บทบาทของตุลาการในการปฏิบัติตามพันธกรณีระหว่างประเทศ

ฝ่ายตุลาการมีบทบาทสำคัญที่จะคุ้มครองสิทธิและพันธกรณีตามที่ปรากฏในสนธิสัญญาระหว่างประเทศ ศาลในแต่ละรัฐย่อมมีความสามารถในการบังคับใช้สนธิสัญญาและมาตรฐานสิทธิมนุษยชนแตกต่างกันขึ้นอยู่กับระบบกฎหมายที่เป็นอยู่ ดังที่ตั้งข้อสังเกตข้างต้นว่าระบบกฎหมายเดี่ยวและคู่ยังคงมีความแตกต่างกันในขั้นพื้นฐาน

ศาลในระบบกฎหมายเดี่ยวอาจนำบทบัญญัติในสนธิสัญญามาใช้ได้โดยตรง ในกรณีที่เห็นว่าผลบังคับใช้โดยตัวเอง แม้ว่าบทบัญญัติดังกล่าวจะขัดกับกฎหมายภายในก็ตาม ในกรณีที่เห็นว่าบทบัญญัตินั้นไม่มีผลบังคับใช้โดยตัวเอง ศาลจะไม่นำมาใช้จนกว่าจะมีการผนวกรวมเข้ากับกฎหมายภายใน ศาลอาจใช้บทบัญญัติจากสนธิสัญญาเป็นแนวทางเพื่อตีความกฎหมายด้วย³⁴

ศาลในระบบกฎหมายคู่อาจใช้กฎหมายระหว่างประเทศเพื่อเป็นแนวทางในการตีความบทบัญญัติตามรัฐธรรมนูญหรือกฎหมายอื่นๆ ในกรณีที่ไม่มีกฎหมายซึ่งห้ามการนำหลักเกณฑ์ของกฎหมายระหว่างประเทศมาใช้เป็น

“เมื่อมีการตีความพระราชบัญญัติสิทธิ ศาล องค์ตุลาการ หรือองค์คณะใด ๆ (ก) จะต้องส่งเสริมคุณค่าที่เป็นพื้นฐานของสังคมเปิดและสังคมประชาธิปไตยที่มีพื้นฐานอยู่บนศักดิ์ศรีของมนุษย์ ความเท่าเทียม และเสรีภาพ (ข) จะต้องให้ความสำคัญกับกฎหมายระหว่างประเทศ และ (ค) อาจให้ความสำคัญกับกฎหมายต่างประเทศ” และโปรดดูตัวอย่างเช่น Iceland, UN Doc. CAT/C/37/Add.2, 9 June 1998, para.24; Mauritius, UN Doc. CAT/C/SR.213, 1 May 1995, para.3 and Norway, UN Doc. CAT/C/SR.123, 8 February 1993, para.4.

33 โปรดดูอย่างเช่น ในสหรัฐอเมริกา *Henfield's Case*, 11 F. Cas. 1099, 1101 (C.C.D. Pa. 1793) and *The Paquete Habana*, 175 U.S. 677, 700 (1900) และคำพิพากษาของศาลฎีกาอินเดียในคดี *Gramophone Co. of India Ltd v Birendra Bahadur Pandey*, 1984, p. 671

34 โปรดดู Conforti, *National Courts*, pp.7 et seq

แนวทางในการตีความอย่างชัดเจน³⁵ ในรายงานศึกษาเรื่อง *International Law and its Sources* โดยคณะกรรมการด้านกฎหมายนิวยอร์กได้ ได้รับความเห็นชอบโดยมติ 12 ต่อ 0 ได้ระบุรายการเพิ่มเติมที่ประการที่จะช่วยให้ศาลใช้ประโยชน์จากสนธิสัญญาระหว่างประเทศได้ กล่าวคือ การใช้เป็นพื้นฐานของรัฐธรรมนูญ ใช้เป็นเหตุผลในการตัดสินตามหลักกฎหมายจารีตประเพณี ใช้เป็นคำแถลงเกี่ยวกับกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศซึ่งกลายเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายภายในโดยอัตโนมัติ และใช้เป็นหลักฐานสนับสนุนนโยบายสาธารณะ³⁶

ในกรณีทั่วไป ศาลในระบบกฎหมายทุกประเภทมักปฏิบัติหน้าที่บนสมมติฐานที่ว่า กฎหมายภายในสอดคล้องกับพันธกรณีระหว่างประเทศของประเทศ และมักมีการตีความกฎหมายภายในให้สอดคล้องกับพันธกรณีดังกล่าว³⁷

35 โปรดดู Lord Bingham in *Regina v Lyons and Others*, 2002, para.13 “...เป็นความจริงดังที่อัยการสูงสุดยืนยันว่า กฎหมายระหว่างประเทศที่ไม่มีการผนวกรวมเข้ากับกฎหมายภายในย่อมไม่ให้สิทธิโดยตรงต่อบุคคลที่จะนำมาใช้ในศาลในประเทศได้ แต่แม้ว่ากฎหมายระหว่างประเทศและกฎหมายภายในมีความแตกต่างกันในด้านเนื้อหาและการนำมาบังคับใช้ เราก็ควรถือว่ากฎหมายทั้งสองมีส่วนหนุนเสริมกันและไม่แปลกแยกจากกัน และไม่เป็นปรปักษ์ต่อกัน แม้ก่อนที่จะมีพระราชบัญญัติสิทธิมนุษยชนปี 1998 อนุสัญญาฉบับนี้ก็มิมีอิทธิพลในทางขึ้นอย่างกว้างขวางต่อการตัดสินคดีในประเทศนี้ ส่งผลกระทบต่อการตีความกฎหมายที่กำกวม การกำหนดแนวทางในการวินิจฉัย และเป็นพื้นฐานให้เกิดการพัฒนากฎหมายจารีตประเพณี ข้าพเจ้าสนับสนุนสิ่งที่คุณแอมเมอร์สันยืนยันอย่างหนักแน่นตามข้อมูลจากหลายแหล่งว่า ประสิทธิภาพของอนุสัญญาขึ้นอยู่กับความภักดีที่รัฐภาคีมีต่อพันธกรณีที่ตนให้ไว้ และขึ้นอยู่กับความพร้อมของหน่วยงานปฏิบัติทั้งหลาย (ไม่ว่าจะเป็นฝ่ายนิติบัญญัติ บริหาร หรือตุลาการ) ในรัฐภาคีที่จะต้องแสวงหาทางปฏิบัติให้สอดคล้องกับอนุสัญญาเท่าที่ตนเองมีอิสระที่จะกระทำเช่นนั้น”

36 New Zealand Law Commission, *Guide to International Law*, p.23

37 โปรดดู Heyns and Viljoen, *Impact of UN Human Rights Treaties*, p.8

การปฏิบัติ

ในทางปฏิบัติ ศาลในหลายระบบกฎหมายมีความตระหนักและความพร้อมมากขึ้น ที่จะนำมาตรฐานสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศมาใช้ ศาลได้นำสนธิสัญญามาใช้โดยตรง นำตัวบทกฎหมายภายในที่มีการปรับตามบทบัญญัติในสนธิสัญญามาใช้ และมีการอ้างอิงถึงบทบัญญัติในสนธิสัญญาเพื่อใช้ในการตีความกฎหมาย³⁸ ศาลยังได้รับเสียงเรียกร้องมากขึ้นให้พิจารณาการปฏิบัติตามคำวินิจฉัยของคณะกรรมการตามสนธิสัญญาระหว่างประเทศด้วย³⁹

แนวโน้มในการปฏิบัติยังแยกเป็นส่วนๆ แม้ว่าศาลในประเทศที่มีระบบกฎหมายคู่ โดยเฉพาะประเทศในเครือจักรภพ ที่รวมถึง ออสเตรเลีย แคนาดา อินเดีย อัฟริกาใต้ และสหราชอาณาจักร ได้นำมาตรฐานสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศมาใช้ แต่หลักการในทางนิติศาสตร์ยังไม่ลงตัว และยังคงมีการโต้เถียงอย่างต่อเนื่องโดยเฉพาะในบรรดาผู้พิพากษาและทนายความเกี่ยวกับน้ำหนักที่ควรจะให้กับมาตรฐานเหล่านี้⁴⁰ ในประเทศอื่นๆ ศาลแทบจะไม่ให้ความสำคัญเท่ากับมาตรฐานสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศเลย⁴¹

38 เพิ่งอ้างหน้า 18 โดยเฉพาะอย่างยิ่งออสเตรเลีย แคนาดา โคลัมเบีย ฟินแลนด์ สเปน และอัฟริกาใต้ ซึ่งเป็นประเทศที่มักมีการใช้สนธิสัญญาระหว่างประเทศเพื่อเป็นเครื่องมือในการตีความกฎหมาย และโปรดดู Jayawickrama, *Judicial Application of Human Rights Law*, pp.166 et seq. and Conforti/Francioni, *Enforcing International Human Rights*. See for regional developments, Adjami, *African Courts*, pp. 103-167 and Mendez/Mariezcurrena, *Human Rights in Latin America*

39 International Law Association, *Final Report*

40 โปรดดูตัวอย่างเช่น สำหรับประเทศออสเตรเลีย Charlesworth et al., *Deep Anxieties and Lacey, Judicial Discretion*

41 โปรดดูผลการศึกษาเชิงเปรียบเทียบของ Heyns and Viljoen, *Impact of UN Human Rights Treaties* หน้า 18 ตัวอย่างระดับภูมิภาค โปรดดู Danilenko, *Implementation of International Law in CIS States* สำหรับกรณีประเทศในเครือจักรภพ โปรดดู Commonwealth Human Rights Case Law Database maintained by Interights, www.interights.org

หลักฐานของศาลในการนำบทบัญญัติของสนธิสัญญาาระหว่างประเทศมาใช้ในประเทศที่มีระบบกฎหมายเดียว ก็ไม่ชัดเจน ซึ่งเป็นที่น่าประหลาดใจ ทั้งนี้ เพราะประเทศเหล่านั้นย่อมสามารถนำบทบัญญัติมาใช้ได้โดยตรง⁴² แม้ว่าศาลในหลายรัฐแสดงท่าทีคล้อยตามที่จะนำบทบัญญัติของสนธิสัญญามาใช้ในการพิจารณาคดีในประเทศ โดยเฉพาะอย่างยิ่งกรณีของอาร์เจนตินา เบลเยียม และโคลัมเบีย⁴³ แต่ศาลในอีกหลายรัฐกลับไม่ทำเช่นนั้น โดยเฉพาะหลายประเทศในแอฟริกา⁴⁴

ผู้พิพากษาและฝ่ายต่างๆ ได้ใช้ความพยายามต่างๆ นานาเพื่อสร้างความเข้าใจและส่งเสริมการนำมาตราฐานสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศมาใช้กับกฎหมายภายในประเทศ ในปี 2531 ที่ประชุมระดับสูงของผู้พิพากษาซึ่งจัดขึ้นโดยองค์การ Interights และสำนักเลขาธิการเครือจักรภพ ได้มีมติรับรอง “หลักการบังกอลอร์” ซึ่งกระตุ้นให้ฝ่ายตุลาการมีบทบาทเข้มแข็งมากขึ้นในการนำกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศมาใช้ในศาลภายในประเทศ⁴⁵ หลักการดังกล่าวมีส่วนช่วยส่งเสริมการเปลี่ยนแปลงอย่างมากของทัศนคติของศาล

42 โปรดดูตัวอย่างเช่น การศึกษาการนำกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมืองมาปฏิบัติ Harland, Status of the International Covenant on Civil and Political Rights หน้า 196 และ 197 และโปรดดูตัวอย่างของ Decaux, Role of French Judges, pp.111 et seq

43 โปรดดูหลักนิติศาสตร์ของศาลในอาร์เจนตินาและเบลเยียม สำหรับกรณีของโคลัมเบีย โปรดดูกรณีศึกษาของ Heyns and Viljoen, *Impact of UN Human Rights Treaties*, pp.163 et seq.

44 อย่างเช่น ในกรณีประเทศอัลจีเรีย โมร็อกโก และตูนิเซีย โปรดดูรายงานของประเทศต่างๆ เหล่านี้ได้จากเอกสารของคณะกรรมการสหประชาชาติเพื่อต่อต้านการทรมาน CAT/C/25/Add.8; CAT/C/66/Add.1 and CAT/C/20/Add.7 รายงานของรัฐภาคีอื่น ๆ ได้แก่ กรณีของบรูไน โอเวอร์ไซด์ และมาลี ซึ่งไม่ได้ทำการจัดส่งเป็นเวลาหลายปีแล้ว ไม่มีรายงานว่าศาลในประเทศเหล่านี้ได้นำอนุสัญญาบังคับใช้เลย

45 โปรดดูหลักการบังกอลอร์ http://www.thecommonwealth.org/shared_asp_files/uploadedfiles/%7BA2407AAC-A477-491D-ABA4-A2CADF227E2B%7D_BANGALORE%20PRINCIPLES.pdf

ในประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายจารีตประเพณีหลายแห่ง⁴⁶ การนำหลักการดังกล่าวมาประกาศใช้ในปี 2541 สะท้อนถึงการเปลี่ยนแปลงดังกล่าว โดยการอ้างถึงหน้าที่ของฝ่ายตุลาการและผู้มีวิชาชีพด้านกฎหมาย ที่จะตีความและบังคับใช้รัฐธรรมนูญและกฎหมายปกติอื่นๆ รวมทั้งการพัฒนากฎหมายจารีตประเพณีให้สอดคล้องกับกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ และการดูแลให้มีการปฏิบัติตามสิทธิขั้นพื้นฐานอย่างจริงจัง “ในชีวิตประจำวันของประชาชน”⁴⁷

ความพยายามครั้งต่อมาได้เกิดขึ้น ในปี 2536⁴⁸ จัดโดยสถาบันกฎหมายระหว่างประเทศ และการจัดประชุมเกี่ยวกับตุลาการที่ประเทศฟีจีในปี 2547 หัวข้อ “การเข้าถึงความยุติธรรมในโลกที่กำลังเปลี่ยนแปลง”⁴⁹ จัดโดยสมาคมกฎหมายระหว่างประเทศ⁵⁰ ในระดับภูมิภาคก็มีความพยายามที่จะส่งเสริมความเข้มแข็งแก่ศักยภาพของศาลภายในประเทศ ที่จะนำกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศมาบังคับใช้⁵¹ ความก้าวหน้าเหล่านี้บ่งบอกถึงความตระหนัก

46 โปรดดู Kirby, *Bangalore Principles*

47 INTERIGHTS, *Developing Human Rights Jurisprudence*

48 Resolution of the Institute of International Law, *The Activities of National Judges and the International Relation of their State, Session of Milan, 1993*
http://www.idiil.org/idiE/resolutionsE/1993_mil_01_en.PDF

49 ที่ประชุมรับรองแถลงการณ์ระบุว่าด้วยหลักการความเป็นอิสระของตุลาการและการเข้าถึงความยุติธรรม โดยเน้นย้ำ “ความสำคัญยิ่งขั้นของกฎหมายสิทธิมนุษยชนสากลในหลักนิติศาสตร์ทั้งปวง” และเรียกร้องให้ผู้พิพากษา “ใช้กฎหมายดังกล่าวในการตีความและการปฏิบัติตามกฎหมายภายในประเทศ” Judicial Colloquium in Suva, <http://www.interights.org/pubs/Online%20Fiji%20Colloquium%20Report.doc>

50 สมาคมกฎหมายระหว่างประเทศได้ทำการศึกษาอย่างรอบด้าน และตีพิมพ์รายงานเมื่อปี 2547 โดยเน้นที่การส่งเสริมให้ศาลในประเทศนำคำวินิจฉัยของกลไกสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศมาบังคับใช้ โปรดดู International Law Association, *Final Report*

51 โปรดดูตัวอย่าง เช่น กรณีของอัฟริกา An-Na'im, *Universal Rights, Local Remedies* และโปรดดูการอ้างอิงสิทธิมนุษยชนและความเป็นอิสระของตุลาการของสหภาพอัฟริกา *Memorandum of Understanding on Security, Stability, Development and Cooperation in Africa* สำหรับยุโรปโปรดดูงานขององค์กรเพื่อความมั่นคง

(ข้อ 51 ต่อหน้าถัดไป)

และความต้องการมากขึ้นของผู้พิพากษา ทนายความ นักวิชาการ องค์กรภาคประชาสังคม และฝ่ายอื่นๆ ที่จะส่งเสริมการบังคับใช้กฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ ในศาลภายในประเทศ

3. รูปแบบการบังคับใช้กฎหมาย

ดังที่กล่าวข้างต้น รัฐส่วนใหญ่ต้องการให้มีการผนวกเนื้อหาของอนุสัญญาเข้ากับกฎหมายภายใน เพื่อให้มีผลบังคับใช้ โดยกฎหมายที่ออกตามอนุสัญญาดังกล่าวอาจได้รับการรับรองก่อนหน้าหรือหลังจากที่อนุสัญญามีผลบังคับใช้ โดยวิธีให้สัตยาบันหรือการภาคยานุวัติ ซึ่งอาจมีได้สามรูปแบบได้แก่

- การออกกฎหมายต่อต้านการทรมานเป็นการเฉพาะ โดยมุ่งให้มีการบังคับใช้อนุสัญญาอย่างรอบด้านหรือเพียงบางส่วน
- การแก้ไขกฎหมายที่มีอยู่ รวมทั้งการยกเลิกกฎหมายที่ไม่สอดคล้องกับอนุสัญญา ทั้งนี้เพื่อให้กฎหมายมีความสอดคล้องกับอนุสัญญา และ
- รูปแบบที่ผสมผสาน อย่างเช่น การรับรองกฎหมายต่อต้านการทรมานเป็นการเฉพาะ ทั้งนี้โดยเป็นทั้งการผนวกเนื้อหาของอนุสัญญาและการแก้ไขกฎหมายเดิม

3.1 กฎหมายต่อต้านการทรมานที่ออกเป็นการเฉพาะ

(ก) กฎหมายต่อต้านการทรมานที่บังคับใช้เนื้อหาในอนุสัญญาทั้งฉบับ กรณีที่มีการออกเป็นกฎหมายซึ่งครอบคลุมเนื้อหาของอนุสัญญาทั้งฉบับ

51 ต่อ

และความร่วมมือในยุโรป (OSCE) และสภายุโรป (Council of Europe) สำหรับประเทศในตะวันออกกลาง โปรดดู Qabbani, *International Human Rights Texts in the Arab World*, pp.12 et seq. สำหรับเอเชียใต้ South Asian Judicial Colloquium Series on Enforcing Human Rights and Access to Justice facilitated by the Commonwealth Human Rights Initiative and Interights <http://www.humanrightsinitiative.org/jc/default.htm> สำหรับละตินอเมริกา โปรดดูงานของ Center for Justice and International Law, www.cejil.org

มักไม่ค่อยเกิดขึ้น ทั้งนี้เป็นเพราะรัฐในระบบกฎหมายเดี่ยวยังมักอ้างว่าได้ปฏิบัติตามพันธกรณีของตนแล้ว โดยการให้สัตยาบันและประกาศใช้อนุสัญญาในราชกิจจานุเบกษา⁵² ในขณะที่ประเทศในระบบกฎหมายคู่มีมักจะออกกฎหมายต่อต้านการทรมานเฉพาะ ทั้งนี้เพื่อบังคับใช้เนื้อหาบางส่วนของอนุสัญญาหรือแก้ไขกฎหมายเดิม⁵³

กฎหมายที่ออกเพื่อบังคับใช้อนุสัญญาเป็นขั้นตอนที่ทำให้อนุสัญญาทั้งฉบับกลายเป็นส่วนหนึ่งของระบบกฎหมายภายในประเทศ และมีผลผูกพันต่อหน่วยงานของรัฐทั้งปวง ทั้งยังช่วยป้องกันความไม่สอดคล้องกันระหว่างกฎหมายภายในกับตัวบทของอนุสัญญา อย่างไรก็ตาม การผนวกเนื้อหาของพันธกรณีในอนุสัญญาให้ปรากฏในกฎหมายภายในก็เป็นเรื่องหนึ่ง แต่การนำพันธกรณีไปปฏิบัติอย่างมีประสิทธิภาพก็เป็นอีกเรื่องหนึ่ง ในหลายกรณีเราจำเป็นต้องมีขั้นตอนเพิ่มเติมเพื่อให้สามารถปฏิบัติตามพันธกรณีเหล่านี้ได้ อย่างเช่น พันธกรณีที่จะต้องป้องกันการทรมานหรือการกักขังโดยไม่สุจริต การร้องเรียนและการสอบสวนที่เพียงพอและมีประสิทธิภาพ

นอกจากนั้น การบังคับใช้เนื้อหาในอนุสัญญาทั้งฉบับอาจทำให้เกิดความซ้ำซ้อนกับกฎหมายภายใน ซึ่งเป็นกฎหมายที่สอดคล้องกับพันธกรณีตามสนธิสัญญาอยู่แล้ว⁵⁴ แม้ในกรณีที่กฎหมายเดิมไม่สอดคล้องกับพันธกรณีทั้งหมดทางเลือกที่ดีกว่าน่าจะเป็นการแทรกข้อแก้ไขลงในกฎหมายเดิม แทนที่จะ

52 โปรดดูตัวอย่างเช่น รายงานของประเทศเลบานอนใน REDRESS, *Reparation for Torture* กรณีของประเทศโตโก UN Doc. CAT/C/5/Add.33 โดยเฉพาะย่อหน้าที่ 58 (เป็นรายงานที่อยู่ในการพิจารณาของคณะกรรมการต่อต้านการทรมานสมัยประชุมที่ 36 พฤษภาคม 2549) และ UN Doc. CCPR/CO/76/TGO, para.6 โปรดดูตัวอย่างเพิ่มเติม แม้จะมีการปฏิรูปเมื่อเร็ว ๆ นี้ในกรณีของอาร์มีเนีย UN Doc. CAT/C/43/Add.3, para.10 and UN Doc. A/56/44, paras.33-39

53 โปรดดู III, 3.1 (ii), *infra*

54 โปรดดูตัวอย่างเช่น กรณีไอร์แลนด์ UN Doc. HRI/CORE/1/Add.15/Rev.1, para.34 ซึ่งเป็นเหตุผลที่อธิบายว่าเหตุใดไอร์แลนด์จึงไม่นำกติการระหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมืองมาผนวกกับกฎหมายของตนโดยตรง

ออกเป็นกฎหมายใหม่ ทั้งนี้เพื่อให้เกิดความสอดคล้องและสม่ำเสมอกับระบบกฎหมายทั้งหมด เหตุผลดังกล่าวเป็นพื้นฐานให้รัฐส่วนใหญ่มักเลือกที่จะปฏิรูปกฎหมายบางส่วน แทนที่จะนำเนื้อหาอนุสัญญาทั้งฉบับมาออกเป็นกฎหมายใหม่ฉบับเดียว ดังที่จะอธิบายเพิ่มเติมด้านล่าง

(ข) กฎหมายต่อต้านการทรมานที่บังคับใช้เนื้อหาบางส่วนของอนุสัญญา

การออกกฎหมายต่อต้านการทรมานที่บังคับใช้เนื้อหาบางส่วนของอนุสัญญา มักเป็นผลมาจากการศึกษาความสอดคล้องของกฎหมายเดิมกับพันธกรณีของรัฐภายใต้อนุสัญญา ในสภาพการณ์ดังกล่าว กฎหมายที่เกิดจากการศึกษาย่อมเป็นเป้าหมายในการทำงาน รัฐอาจสั่งการให้มีการศึกษาดังกล่าวโดยถือเป็นส่วนหนึ่งของกระบวนการให้สัตยาบัน หรือหลังจากนั้น อย่างเช่น ในกรณีของออสเตรเลีย เม็กซิโก เนเธอร์แลนด์ และศรีลังกา⁵⁵ ในอีกกรณีหนึ่ง กฎหมายต่อต้านการทรมานที่เกิดขึ้นอาจเป็นผลมาจากการศึกษาของคณะกรรมการสหประชาชาติว่าด้วยการต่อต้านการทรมาน โดยเป็นส่วนหนึ่งของการทำงานเพื่อกำกับดูแลการปฏิบัติของรัฐให้เป็นไปตามอนุสัญญา หลังจากให้สัตยาบันหรือภาคยานุวัติแล้ว อย่างไรก็ตาม กฎหมายต่อต้านการทรมานที่บังคับใช้เนื้อหาเพียงบางส่วนของอนุสัญญา อาจไม่ได้เกิดจากกระบวนการ

55 โปรดดู the Australian Crimes (Torture) Act of 1988; the Mexican Federal Act to Prevent and Punish Torture of 1991; the Netherlands Act of 29 September 1988 for the implementation of the Convention against Torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment, later repealed by the International Crimes Act of 19 June 2003; and the Sri Lankan Convention against Torture and other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment Act, No.22 of 1994. See also the Torture Prohibition Act of 1988 of Yukon Territory in Canada and the Crimes of Torture Act of 1989 in New Zealand. An example of such anti-torture legislation not implementing the Convention but instead giving effect to domestic constitutional provisions is Nepal, see the Nepalese Torture Compensation Act and Article 14 (4) of the Nepalese Constitution of 1990

ศึกษาอย่างมีเป้าหมายเพื่อให้มีเนื้อหาสอดคล้องกับอนุสัญญาทั้งฉบับ แต่อาจเป็นผลมาจากการขาดเจตจำนงของรัฐภาคีที่จะปฏิบัติตามพันธกรณีทุกประการตามอนุสัญญา

โดยปกติแล้วกฎหมายที่ออกมามักมีเงื่อนไขจำกัด ยกตัวอย่างเช่น พระราชบัญญัติโอนสัญชาติต่อต้านการทรมานของศรีลังกา ซึ่งกำหนดให้การทรมานเป็นความผิดเฉพาะ กำหนดเขตอำนาจระหว่างประเทศของการทรมาน และกำหนดให้การทรมานเป็นการกระทำผิดที่ต้องส่งบุคคลเป็นผู้ร้ายข้ามแดน และรัฐบาลจะต้องให้ความช่วยเหลือต่อเจ้าพนักงานที่มีอำนาจของรัฐอื่นในการดำเนินกระบวนการทางอาญาที่เกี่ยวข้องจากการทรมานนั้น ในขณะที่พระราชบัญญัติห้ามการทรมานของเขตปกครองยูคอน กลับครอบคลุมเฉพาะประเด็นเกี่ยวกับความรับผิดชอบทางแพ่งของเจ้าพนักงานและผู้บังคับบัญชาเท่านั้น กฎหมายอื่นๆ อย่างเช่น พระราชบัญญัติอาชญากรรมต่อการทรมานของนิวซีแลนด์ผสมผสานระหว่างความรับผิดชอบอาญากับการชดเชยทางแพ่ง การผนวกเป็นกฎหมายในรูปแบบอื่นมักเกี่ยวข้องกับการทรมานที่เกิดขึ้นในต่างประเทศ อย่างเช่น ในกรณีพระราชบัญญัติอาชญากรรม (การทรมาน) ของออสเตรเลีย ซึ่งกำหนดให้การทรมานเป็นประเด็นที่มีเขตอำนาจศาลระหว่างประเทศ แม้จะมีขอบเขตจำกัด

สำหรับสหรัฐฯ น่าจะเป็นประเทศที่มีกฎหมายซึ่งมีเนื้อหาครอบคลุมมากที่สุด⁵⁶ โดยได้ออกกฎหมายกำหนดเขตอำนาจศาลระหว่างประเทศสำหรับการทรมาน (แม้จะมีขอบเขตจำกัด)⁵⁷ และกำหนดให้มีกระบวนการทางแพ่งต่อการทรมานที่เกิดขึ้นในต่างประเทศ⁵⁸ กำหนดให้มีการบำบัดฟื้นฟูผู้รอดชีวิตจากการทรมานในรูปแบบของการสนับสนุนศูนย์ฟื้นฟูบำบัดในประเทศและต่างประเทศ⁵⁹ และ

56 USA, UN Doc. CAT/C/28/Add.5 and UN Doc. CAT/C/48/Add.3

57 The Torture Act of 2000, 18 U.S.C. §§ 2340, 2340A, and 2340B

58 The Torture Act of 2000, 18 U.S.C. §§ 2340, 2340A, and 2340B

59 Torture Victims Relief Act of 1998, Act 30 October 1998, P.L. 105-320, 112 Stat. 3016 (Effective 1 October 2003)

ยังมีหลักเกณฑ์ที่สนับสนุนอนุสัญญา⁶⁰ ในกรณีเงื่อนไขการส่งบุคคลเป็นผู้ร้ายข้ามแดน

การออกกฎหมายต่อต้านการทรมานที่บังคับใช้เนื้อหาบางส่วนของอนุสัญญามีข้อได้เปรียบหลายประการ เพราะช่วยให้รัฐบาลสามารถศึกษาเพื่อจำแนกว่ากฎหมายส่วนใดที่จำเป็นต้องแก้ไข ในขณะที่เดียวกันเป็นการเน้นย้ำความสำคัญของกฎหมายต่อต้านการทรมาน โดยการผนวกการปฏิรูปทั้งหมดไว้ใน “กฎหมายต่อต้านการทรมาน” เป็นการเฉพาะ จุดอ่อนของวิธีการนี้ได้แก่ความเสี่ยงที่จะไม่สามารถปฏิบัติตามพันธกรณีทั้งหมดของอนุสัญญาได้ ซึ่งอาจเกิดขึ้นเนื่องจากเหตุผลดังต่อไปนี้

- รัฐอาจตีความพันธกรณีตามสารบัญญัติแตกต่างจากคณะกรรมการสหประชาชาติว่าด้วยการต่อต้านการทรมานและ/หรือกลไกระหว่างประเทศและศาล

กรณีนี้อาจส่งผลให้เกิดกฎหมายต่อต้านการทรมานที่บกพร่อง โดยเฉพาะในแง่ของนิยามการทรมานที่ใช้ อยู่ นิยามที่ปรากฏใน พระราชบัญญัติการทรมานของสหรัฐฯ⁶¹ ที่ออกเมื่อปี ค.ศ. 2000 มีความหมายที่แคบกว่านิยามในอนุสัญญามาก⁶¹ ในขณะที่นิยามการทรมานที่ปรากฏในพระราชบัญญัติเพื่อป้องกันและลงโทษการทรมานของเม็กซิโกหรือพระราชบัญญัติอนุสัญญาต่อ

60 โปรดดู Regulation 22 C.F.R. Part 95.1 (Implementation of torture convention in extradition cases), effective as of 26 February 1999, issued by the Department of State to implement the Convention Against Torture and Other Cruel, Inhuman, or Degrading Treatment or Punishment, as required by section 2242 of the Foreign Affairs Reform and Restructuring Act of 1998, Public Law 105-277.

61 โปรดดูนิยามการทรมานตามบันทึกช่วยจำที่รับรองโดย Legal Office of Legal Council กระทรวงยุติธรรมในปี 2545 และ 2547 USA, UN Doc. CAT/C/48/Add.3, para.13

ด้านการทรมานของศรีลังกา สอดคล้องอย่างเต็มที่กับข้อ 1 ของอนุสัญญา⁶² ตัวอย่างต่อมาเกี่ยวข้องกับขอบเขตของเขตอำนาจระหว่างประเทศในพระราชบัญญัติอาชญากรรม (การทรมาน) ของออสเตรเลีย ซึ่งไม่สอดคล้องกับเงื่อนไขของอนุสัญญา

- รัฐอาจมองว่าระบบกฎหมายของตนมีความสอดคล้องกับอนุสัญญาอยู่แล้ว

ตัวอย่างเช่นกรณีของศรีลังกา พระราชบัญญัติที่ออกโดยศรีลังกาไม่มีเนื้อหาที่อนุญาตให้ผู้เสียหายเรียกร้องค่าชดเชยเนื่องจากการทรมาน และไม่มีกฎหมายอื่นใดที่คุ้มครองสิทธิในส่วนดังกล่าว⁶³ ในรายงานต่อคณะกรรมการสหประชาชาติว่าด้วยการต่อต้านการทรมาน รัฐบาลศรีลังกาอ้างว่ามีบทบัญญัติตามรัฐธรรมนูญเพื่อการชดเชยและการเยียวยาอยู่แล้ว⁶⁴ แม้ว่าในทางปฏิบัติศาลสูงจะมีความพยายามพัฒนาหลักนิติศาสตร์เพื่อการตระหนักในเรื่องค่าชดเชยอันเนื่องมาจากการทรมาน แต่ก็มีข้อจำกัดอยู่มาก และค่าเสียหายก็ไม่ได้สอดคล้องกับการใช้กรอบด้านสิทธิมนุษยชนเป็นฐาน แต่เป็นการตัดสินโดย

62 นิยามตามที่ปรากฏในข้อ 1 ของอนุสัญญา “เพื่อความมุ่งประสงค์ของอนุสัญญานี้ คำว่า “การทรมาน” หมายถึง การกระทำใดก็ตามโดยเจตนาที่ทำให้เกิดความเจ็บปวดหรือความทุกข์ทรมานอย่างสาหัส ไม่ว่าจะทางกายหรือทางจิตใจต่อบุคคลใดบุคคลหนึ่งเพื่อความมุ่งประสงค์ที่จะให้ได้มาซึ่งข้อสนเทศหรือคำสารภาพจากบุคคลนั้นหรือจากบุคคลที่สาม การลงโทษบุคคลนั้น สำหรับการกระทำ ซึ่งบุคคลนั้นหรือบุคคลที่สามกระทำ หรือถูกสงสัยว่าได้กระทำหรือเป็นการข่มขู่ให้กลัวหรือเป็นการบังคับขู่เข็ญบุคคลนั้นหรือบุคคลที่สามหรือเพราะเหตุผลใดใด บนพื้นฐานของการเลือกปฏิบัติ ไม่ว่าจะเป็นในรูปใด เมื่อความเจ็บปวดหรือความทุกข์ทรมานนั้นกระทำโดยหรือด้วยการขู่ข่ม หรือด้วยความยินยอม หรือรู้เห็นเป็นใจของเจ้าพนักงานของรัฐ หรือของบุคคลอื่นซึ่งปฏิบัติหน้าที่ในตำแหน่งทางการ ทั้งนี้ไม่รวมถึงความเจ็บปวดหรือความทุกข์ทรมานที่เกิดจากหรืออันเป็นผลปกติจาก หรืออันสืบเนื่องมาจากการลงโทษทัณฑ์ขบด้วยกฎหมาย”

63 กฎหมายที่มีอยู่ในปัจจุบันได้แก่ Crown Liability Act ซึ่งไม่ได้ช่วยส่งเสริมให้มีการชดเชย โปรดดู REDRESS, *Responses*, pp.70 and 72

64 โปรดดู UN Doc. CAT/C/28/Add.3, 21 November 1997, in particular paras.128 et seq

ใช้ดุลยพินิจส่วนตัว⁶⁵ จึงเป็นเรื่องที่เหมาะสมมากกว่าที่จะกำหนดให้มีสิทธิในการชดเชยเป็นการเฉพาะ ตัวอย่างต่อมาได้แก่เซเนกัล โดยที่ศาลเซเนกัลปฏิเสธที่จะกำหนดเขตอำนาจระหว่างประเทศในคดี Habré⁶⁶ ซึ่งตรงข้ามกับคำยืนยันก่อนหน้านี้ของรัฐบาลที่บอกว่า “บทบัญญัติ (ที่อ้างถึงข้อ 5 ของอนุสัญญา) ไม่ได้เป็นอุปสรรคต่อการฟ้องร้องคดีข้อหาการทรมานที่เกิดขึ้นในเซเนกัลหรือต่างประเทศ ดังนั้นจึงมีความสอดคล้องกับอนุสัญญาต่อต้านการทรมาน”⁶⁷

- หน่วยงานระดับต่าง ๆ กันของรัฐบาลในระบบสหพันธรัฐอาจไม่มีพันธกรณีร่วมกันที่จะปฏิรูป

ในระดับประเทศ รัฐบาลกลาง ในระบบสหพันธรัฐอาจให้สัตยาบันอนุสัญญา แต่รัฐท้องถิ่นอาจมีอำนาจที่จะออกกฎหมายที่ครอบคลุมเนื้อหาทั้งหมดหรือเพียงบางส่วนของอนุสัญญาหรือดำเนินการให้มีการปฏิรูปอย่างกว้างขวาง รัฐท้องถิ่นซึ่งรับผิดชอบต่องานตำรวจและความรับผิดชอบจากการประพฤตมิชอบของตำรวจ อย่างเช่น กรณีของออสเตรเลีย แคนาดา เยอรมนี เม็กซิโก และสหรัฐฯ อาจไม่มีทัศนคติที่สนับสนุนการปฏิรูปเช่นเดียวกับรัฐบาลกลาง แม้จะเห็นชอบให้ปฏิบัติตามอนุสัญญาก็ตาม ตัวอย่างเช่นในเม็กซิโก ซึ่งมีพระราชบัญญัติของรัฐบาลกลางที่ป้องกันและลงโทษการทรมาน แต่ก็มีผลบังคับใช้เฉพาะตำรวจจากส่วนกลางเท่านั้น และไม่มีกลไกจากส่วนกลางที่จะส่งเสริมการบังคับใช้มาตรฐานสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศในระดับท้องถิ่น เป็นเหตุให้รัฐระดับท้องถิ่นส่วนใหญ่ ไม่กำหนดความผิดเป็นการเฉพาะสำหรับการทรมานในกรณีที่ผู้ทรมานเป็นเจ้าหน้าที่ตำรวจของรัฐ และส่งผลให้เกิดช่องว่างในการปฏิบัติ⁶⁸

65 โปรดดู REDRESS, *Responses*, pp.68 et seq.

66 โปรดดู *infra*, at IV, 10.1.

67 Senegal, UN Doc. CAT/C/17/Add.14, para.42

68 ในประเทศเม็กซิโก ประมวลกฎหมายอาญาลฉบับใหม่ซึ่งครอบคลุมนิยามของการทรมาน และมีความใกล้เคียงกับนิยามที่ปรากฏในอนุสัญญาทวีปอเมริกาว่าด้วยการป้องกันและลงโทษการทรมาน ซึ่งมีการรับรองที่กรุงเม็กซิโกซิตีเมื่อปี 2545 ในขณะที่รัฐอื่น ๆ ยังคงไม่ได้กำหนดความผิดฐานการทรมานเป็นการเฉพาะแม้จนปัจจุบัน

- บทบัญญัติในกฎหมายที่ออกตามอนุสัญญาก่อให้เกิดผลลัพธ์ที่ไม่คาดหมาย และทำให้ไม่สามารถบรรลุผลที่ต้องการ

ยกตัวอย่างเช่น พระราชบัญญัติอนุสัญญาต่อต้านการทรมานของศรีลังกา จนถึงปัจจุบันส่งผลให้มีการดำเนินการฟ้องร้องเพียงสองคดี มีผู้ระบุว่าสาเหตุส่วนหนึ่งมาจากการกำหนดโทษจำคุกขั้นต่ำห้าปีสำหรับการทรมาน ซึ่งบางส่วนมีความเห็นว่าค่อนข้างไม่ยืดหยุ่นและไม่คำนึงถึงคดีที่มีความรุนแรงน้อยกว่า⁶⁹

- การไม่สามารถดำเนินมาตรการเชิงโครงสร้างที่จำเป็นและการปฏิรูปในเชิงปฏิบัติเพื่อให้สามารถบังคับใช้บทบัญญัติอย่างมีประสิทธิภาพ

ส่วนหนึ่งอาจเป็นผลมาจากความบกพร่องอย่างร้ายแรงในขั้นตอนการสอบสวนคดีการทรมาน อย่างเช่น ที่เกิดขึ้นในจอร์เจีย เม็กซิโก และศรีลังกา โดยเฉพาะสิ่งที่เป็นผลมาจากความไม่เป็นกลางของหน่วยงานสืบสวนสอบสวน การคุ้มครองพยานและผู้เสียหาย และการเข้าถึงการตรวจร่างกายภายในเวลาที่เหมาะสม⁷⁰ ความบกพร่องเหล่านี้ส่งผลให้เกิดช่องว่างอย่างมาก ระหว่างจำนวนของคดีการทรมานที่ได้รับรายงาน และจำนวนของคดีที่มีการสืบสวนสอบสวนและดำเนินการฟ้องร้องจริง⁷¹

3.2 การแก้ไขกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่

วิธีการที่แพร่หลายที่สุดในการผนวกเนื้อหาของอนุสัญญาในกฎหมายภายในได้แก่การแก้ไขกฎหมายหลายฉบับที่มีอยู่เพื่อให้สามารถบังคับใช้สารบัญญัติของอนุสัญญา ขั้นตอนนี้มักเกิดขึ้นหลังจากมีการประเมินว่ากฎหมายที่มีอยู่สอดคล้องกับพันธกรณีที่มีต่ออนุสัญญาหรือไม่ และต้องมีกรแก้ไขกฎหมายฉบับใด

69 โปรดดู REDRESS, Responses, pp.68 et seq

70 โปรดดู REDRESS/Article 42 สำหรับกรณีศึกษาของประเทศจอร์เจีย ส่วนกรณีศึกษาของเม็กซิโกและศรีลังกาโปรดดู REDRESS, Reparation for Torture

71 เติ้งอ่าง

ส่วนใหญ่แล้วการปฏิรูปกฎหมายเช่นนี้เน้นไปที่การกำหนดให้ข้อห้าม การทรมานเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานตามรัฐธรรมนูญ และให้มีการกำหนดความผิด เฉพาะของการทรมานในกฎหมายอาญา รวมทั้งการกำหนดบทบัญญัติที่ เกี่ยวข้องกับการฟ้องร้องคดีหรือการส่งบุคคลเป็นผู้ร้ายข้ามแดนสำหรับการ ทรมานที่เกิดขึ้นในต่างประเทศ แม้ว่าจะมีการดำเนินการในส่วนนี้้น้อยกว่าส่วน แรก⁷² การปฏิรูปที่สำคัญในส่วนอื่นเกี่ยวข้องกับการนำมาตรการป้องกันการ ทรมานมาใช้ อย่างเช่น ข้อห้ามว่าด้วยการไม่พลัดต้นกลับ (หมายถึงการไม่พลัด ต้นบุคคลให้ไปสู่สถานที่ที่อาจมีความเสี่ยงต่อการได้รับการทรมาน) ดังที่ปรากฏ ในกฎหมายเกี่ยวกับคนเข้าเมืองหรือกฎหมายการเนรเทศ และกฎหมายที่ เกี่ยวข้องกับการไม่อนุญาตให้นำหลักฐานที่ได้มาจากการทรมานมาใช้ ตามที่ ปรากฏในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาหรือกฎหมายอื่น ๆ การ ปฏิรูปในส่วนอื่นประกอบด้วยการพัฒนาการสืบสวนสอบสวนในคดีการทรมาน และการออกกฎหมายที่อาจนำมาใช้เพื่อเรียกร้องค่าชดเชยเนื่องจากการทรมาน

การแก้ไขกฎหมายในลักษณะเช่นนี้มีประโยชน์เพราะช่วยให้รัฐมีความ ยืดหยุ่นในการปรับแต่งระบบกฎหมายที่มีอยู่ แทนที่จะต้องยกเครื่องกฎหมาย ทั้งหมดเพื่อให้สอดคล้องกับพันธกรณีตามสนธิสัญญา วิธีการดังกล่าวช่วยให้ เกิดความสอดคล้องและมีประสิทธิภาพ ทั้งนี้โดยมีพื้นฐานมาจากการสำรวจ กฎหมายที่มีอยู่อย่างรอบด้าน และ/หรือการกำหนดระบบที่ช่วยแก้ไขปัญหา ความบกพร่องที่มีอยู่ทั้งในตัวกฎหมายและการปฏิบัติ

จุดอ่อนที่สำคัญของกฎหมายที่เป็นเป้าหมายที่ต้องการการแก้ไข มีความ คล้ายคลึงกับการออกกฎหมายต่อต้านการทรมานเป็นการเฉพาะเพื่อบังคับใช้ เนื้อหาตามอนุสัญญาซึ่งได้เน้นให้เห็นแล้ว หากปราศจากกระบวนการตรวจสอบ กฎหมายอย่างถี่ถ้วน การแก้ไขกฎหมายเช่นนี้มีความเสี่ยงที่จะเป็นเพียงการแก้ ปัญหาแบบลูปหน้าปะจมูกและมีข้อบกพร่อง กระบวนการดังกล่าวยังต้องขึ้นอยู่กับเจตจำนงและทรัพยากร เหตุผลซึ่งทำให้รัฐภาคีไม่กำหนดมาตรการที่รอบ ด้านเพื่อปรับปรุงให้ระบบกฎหมายของตนสอดคล้องกับอนุสัญญา ก็เนื่องมา

72 ทั้งนี้ตามข้อมูลจากการสำรวจรายงานรัฐภาคีที่เสนอต่อคณะกรรมการต่อต้านการ ทรมานและการศึกษาเชิงเปรียบเทียบของ REDRESS ที่ปรากฏในคู่มือฉบับนี้

จากการแก้ปัญหาในลักษณะชั่วคราว ยกตัวอย่างเช่น กรณีที่รัฐบาลต้องกำหนดโทษในความผิดฐานการทรมาน อันเป็นผลมาจากการประท้วงของประชาชน⁷³ และการบังคับใช้อันเป็นผลมาจากแรงกดดันของหน่วยงานระดับภูมิภาคหรือระหว่างประเทศ อย่างเช่น ในกรณีของคอเคซัสและเอเชียกลาง⁷⁴ กฎหมายที่รับรองส่วนใหญ่มีกว้างขึ้นตามความจำเป็นของประเทศ และความเข้าใจที่มีต่อความหมายของการทรมาน แทนที่จะจัดทำขึ้นตามมาตรฐานระหว่างประเทศทั้งหมดที่เกี่ยวข้อง⁷⁵ การแก้ไขกฎหมายยังอาจมีความสำคัญต่อสาธารณะน้อยกว่า เมื่อเทียบกับการออกเป็นชุดกฎหมายเพื่อต่อต้านการทรมาน

3.3 การประเมินรูปแบบต่าง ๆ ของกฎหมายที่ออกตามอนุสัญญา

จากการสำรวจรูปแบบต่าง ๆ ของการออกกฎหมายตามอนุสัญญาชี้ให้เห็นว่า ไม่มีแบบใดที่มีประสิทธิภาพมากที่สุด แม้ว่าการออกเป็นกฎหมายต่อต้านการทรมานโดยเฉพาะเป็นสิ่งที่มีมักได้รับการชมเชย แต่รัฐก็อาจมีเหตุผลที่ดีพอที่สนับสนุนการแก้ไขกฎหมายเดิมแทนที่จะออกเป็นกฎหมายต่อต้านการทรมานโดยเฉพาะ โอกาสที่แต่ละประเทศจะบังคับใช้กฎหมายได้อย่างดีที่สุดขึ้นอยู่กับโครงสร้างของระบบกฎหมายที่เป็นอยู่ รวมทั้งคำถามทางการเมืองอย่างเช่น ความเร่งด่วนของปัญหา ไม่ว่าจะมีการเลือกวิธีการใด วิธีการที่เลือกก็ควรเหมาะสมที่สุดที่ช่วยให้เกิดการปฏิบัติและการบังคับใช้อนุสัญญาได้อย่างดีที่สุดสำหรับประเทศนั้น ๆ การสำรวจชี้ให้เห็นว่า คุณภาพของกฎหมายที่ออกตามอนุสัญญาและมาตรการที่กำหนดเพื่อกำกับให้มีการบังคับใช้กฎหมาย เป็นปัจจัยสำคัญสุดเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ดังกล่าวแทนที่จะเป็นรูปแบบการปฏิบัติ

ในบทก่อนหน้าชี้ให้เห็นข้อบกพร่องร้ายแรงของกฎหมายซึ่งอาจอ้างว่าเป็นการออกกฎหมายเพื่อให้ปฏิบัติตามอนุสัญญาหรือเป็นกฎหมายที่รัฐอ้างว่า

73 โปรตดูกรณีของบราซิล UN Doc. CAT/C/9/Add.16, para.63 อย่างไรก็ตาม อาจเป็นผลมาจากสภาพการณ์ที่นำไปสู่การรับรองกฎหมาย No.9.455/97 ซึ่งยังมีข้อบกพร่องอยู่ และเป็นเหตุให้นิยามของการทรมานยังไม่สอดคล้องกับข้อ 1 ของอนุสัญญา

74 โปรตดูรายชื่อประเทศในบทที่ II, 2

75 เติ้งอั่ง

ออกมาตามอนุสัญญา เหตุผลสำคัญซึ่งทำให้การปฏิรูปกฎหมายไม่ช่วยให้เกิดการปฏิบัติตามพันธกรณีของอนุสัญญาได้แก่ รูปแบบการปฏิรูปที่ทำกันแบบชั่วคราว กฎหมายหลายฉบับถูกร่างขึ้นมาโดยแทบไม่ให้ความสนใจต่อบทของอนุสัญญา รวมทั้งสิทธิและพันธกรณีที่เกี่ยวข้อง สิ่งเหล่านี้เกิดขึ้นเนื่องจากวัตถุประสงค์ของการรับรองกฎหมายไม่ใช่เพื่อให้มีการบังคับใช้ อนุสัญญาอย่างจริงจัง แต่เป็นผลมาจากแรงผลักดันอย่างอื่น หรือรัฐต้องการปฏิรูปกฎหมายเนื่องจากเป็นช่วงเปลี่ยนผ่านทางการเมือง

แม้ในกรณีที่มีการออกกฎหมายด้วยวัตถุประสงค์ชัดเจนที่จะบังคับใช้ อนุสัญญา รัฐต่าง ๆ ก็มักใช้วิธีการที่ลำเอียงและมีการจัดทำกฎหมายให้สอดคล้องกับจารีตกฎหมายของตน หรือสอดคล้องกับความเข้าใจต่อการทรมานของตน แทนที่จะใช้ต่อบทของอนุสัญญา⁷⁶ ส่งผลให้การปฏิรูปที่เกิดขึ้นมักเป็นแบบลูปหน้าปะจมูกและลำเอียง ทำให้ไม่มีการบังคับใช้อย่างเต็มที่และ ไม่มีการปฏิบัติตามต่อบททั้งหมดของอนุสัญญา ตัวอย่างเช่น การมีกฎหมาย กำหนดความผิดทางอาญาของการทรมานแต่กลับไม่มีการปฏิรูปกระบวนการ ร้องเรียนและกลไกการชดเชย หรือในทางกลับกัน อาจมีการออกกฎหมายเพื่อ ให้มีการชดเชยจากการทรมาน แต่กลับไม่มีกฎหมายและกลไกเพื่อกำหนด ความรับผิดชอบที่เกิดจากการทรมาน เป็นต้น นอกจากนี้ ในประเทศที่เป็นระบบ สหพันธรัฐ มักมีการออกกฎหมายต่อต้านการทรมานในระดับของประเทศเท่านั้น หรือเฉพาะในระดับของรัฐ (ท้องถิ่น) ทำให้เกิดช่องว่างในการปฏิบัติ นอกจากนี้ ในแง่ของการจัดการกับปัญหาการละเมิดสิทธิมนุษยชนในอดีต มาตรการ การชดเชยหลายประการไม่ได้นำไปสู่การเยียวยาและการชดเชยอย่างมี ประสิทธิภาพสำหรับผู้เสียหายจากการทรมาน และไม่มีการดำเนินการเพื่อ เอาผิดทางอาญาต่อผู้ปฏิบัติอย่างเต็มที่ ทั้งนี้เป็นเพราะเงื่อนไขทางการเมืองที่ ขัดขวางการปฏิบัติตามอนุสัญญาอย่างเต็มที่⁷⁷ อย่างเช่น การออกกฎหมาย

76 อย่างเช่น ในกรณีของสหรัฐฯ โปรดดู 3.1 (ii) ตัวอย่างเฉพาะบางประเทศ

77 ตัวอย่างเช่น ในกรณีของประเทศต่าง ๆ ซึ่งมีระดับความรุนแรงของปัญหาแตกต่างกัน ได้แก่ อาร์เจนตินา บราซิล ชิลี และเปรู รวมทั้งไนจีเรีย อัฟริกาใต้ อินโดนีเซีย และ ฟิลิปปินส์ สำหรับข้อมูลเพิ่มเติมเกี่ยวกับการศึกษาประเทศเหล่านี้โปรดดู REDRESS, *Reparation for Torture*.

นิรโทษกรรมสำหรับประเทศที่มีการเปลี่ยนผ่านทางการเมือง เช่น อาร์เจนตินา ชิลี และอัฟริกาใต้ และมาตรการชดเชยซึ่งครอบคลุมกลุ่มผู้เสียหายจากการละเมิดสิทธิมนุษยชนเพียงบางกลุ่ม แต่ไม่รวมถึงผู้เสียหายจากการทรมานอย่างในชิลี เปรู และอดีตประเทศคอมมิวนิสต์หลายประเทศ ซึ่งจะมีการกล่าวถึงในรายละเอียดด้านล่าง⁷⁸

4. การไม่มีกฎหมายที่ออกตามอนุสัญญาหรือมีไม่เพียงพอ

รัฐหลายแห่งไม่ดำเนินการออกกฎหมายหรือดำเนินการแต่ไม่เพียงพอเพื่อให้มีการผนวกเนื้อหาของอนุสัญญา⁷⁹ การสำรวจข้อสังเกตเชิงสรุปของคณะกรรมการต่อต้านการทรมานระหว่างปี 2536-2548 ชี้ให้เห็นว่า มีอยู่หลายครั้งที่คณะกรรมการกระตุ้นให้รัฐภาคีส่วนใหญ่ดำเนินการปฏิรูปเชิงกฎหมายและอื่นๆ ทั้งนี้เพื่อให้สามารถปฏิบัติตามสารบัญญัติที่เป็นพันธกรณีตามอนุสัญญา หลังจากพบว่าประเทศต่าง ๆ เหล่านี้มีข้อบกพร่องในการผนวกเนื้อหาของอนุสัญญาและการบังคับใช้จริง⁸⁰ แม้จะมีข้อเสนอดังกล่าว รัฐบางแห่งก็ยังยืนยันว่าไม่จำเป็นต้องมีการปฏิรูปเพื่อให้กฎหมายภายในสอดคล้องกับอนุสัญญา และมีหลายครั้งที่แสดงความไม่เห็นด้วยอย่างเปิดเผยต่อคณะกรรมการต่อต้านการทรมาน⁸¹ การไม่ยอมปฏิบัติตามข้อเสนอแนะของคณะกรรมการต่อต้านการ

78 At IV, 9.3

79 ดังจะเห็นได้จากข้อสังเกตเชิงสรุปของคณะกรรมการต่อต้านการทรมานที่มีต่อรายงานของรัฐภาคี และโปรดดูกรณีศึกษาของประเทศต่าง ๆ ใน Heyns and Viljoen, *Impact of UN Human Rights Treaties* และ REDRESS, *Reparation for Torture*.

80 โปรดดูข้อเสนอแนะที่สำคัญของคณะกรรมการต่อต้านการทรมานใน UN Doc. A/49/44, para.93; Israel, UN Doc. CAT/C/XXVII/Concl.5; Mauritius, UN Doc. A/54/44, paras.118-123, para.123; United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland, UN Doc. CAT/C/CR/33/3, paras.5 (a), (b) and (d); Uruguay, UN Doc. A/52/44, paras.81-94, para.93 and Venezuela, UN Doc.CAT/C/CR/29/2, para.11 (a)

81 สหราชอาณาจักร UN Doc. CAT/C/67/Add.2, para.30 คณะกรรมการต่อต้านการทรมานไม่เห็นด้วยกับรัฐบาลอังกฤษและมีข้อเสนอแนะให้รัฐภาคีแก้ไขข้อ 134(4) ของ

(ข้อ 81 ต่อหน้าถัดไป)

ทรมานทำลายประสิทธิภาพของอนุสัญญา เหตุผลที่รัฐไม่ยอมปฏิบัติตามแตกต่างกันไป แต่ดูเหมือนว่ารัฐบาลหลายแห่งไม่ยอมกำหนดกฎหมายให้สอดคล้องกับอนุสัญญา เนื่องจากไม่เห็นว่าเป็นประเด็นที่มีความสำคัญเร่งด่วน⁸² สิ่งเหล่านี้

81 (ต่อ)

พระราชบัญญัติความยุติธรรมทางอาญาให้สอดคล้องกับข้อกำหนดในอนุสัญญาต่อต้านการทรมาน โปรโตคอล UN Doc. CAT/C.CR/33/3, paras.4 (a) (ii) and 5 (a) อีกกรณีหนึ่งคือ เดนมาร์ก ในขณะที่นอร์เวย์กำหนดโทษความผิดเฉพาะสำหรับการทรมานในกฎหมายอาญาของตนเมื่อเร็ว ๆ นี้ แต่เดนมาร์กปฏิเสธที่จะกำหนดให้มีโทษความผิดการทรมานในประมวลกฎหมายของทหาร แม้ว่าในช่วงที่ผ่านมาจะถูกกระตุ้นโดยคณะกรรมการต่อต้านการทรมานหลายครั้ง เดนมาร์กแย้งว่าการทำเช่นนั้นจะมีผลเพียงในเชิงสัญลักษณ์ ทั้งนี้เพราะตามกฎหมายที่มีอยู่ รัฐก็สามารถลงโทษพฤติกรรมการทรมานได้แล้ว โปรโตคอล BBC Monitoring Europe, 11 April 2005 (text of a report taken from Politiken website, Copenhagen, 10 April 2005) และสุดท้ายโปรโตคอลดูจียินของอิตาลีที่มีต่อ “ปัญหาการนำอาชญากรรมต่อการทรมานมาใช้ในประมวลกฎหมายอาญาของอิตาลี” UN Doc. CAT/C/44/Add.2, paras.7 et seq.

82 อย่างเช่น ในฟิลิปปินส์ (ซึ่งเข้าเป็นภาคีของอนุสัญญาต่อต้านการทรมาน ในปี 2529) กฎหมายซึ่งเสนอโดยสมาชิกรัฐสภาหลายฉบับ (House Bill No.2302 by Congressman Reginaldo N. Tilanduca and Senate Bills 2481 by Sen. Sergio Osme๑a III และ 2484 by Sen. Francis Pangilinan) ซึ่งมุ่งกำหนดความผิดทางอาญาต่อการทรมานจนถึงโทษจำคุกตลอดชีวิต และ House Bill 2855 of Cong. Loreta Ann Rosales ที่กำหนดให้มีการชดเชยต่อผู้เสียหายจากการทรมาน) ยังคงบรรจุอยู่ในวาระรอการพิจารณาเป็นเวลากหลายปี เนื่องจากสมาชิกรัฐสภาหลายคนเชื่อว่าความผิดเกี่ยวกับการทำร้ายร่างกายและการฆ่าคนโดยไม่เจตนาที่มีอยู่ในประมวลกฎหมายอาญามันฉบับปรับปรุงใหม่ของฟิลิปปินส์ มีเนื้อหาเพียงพอที่จะห้ามการทรมานแล้ว โปรโตคอลการประเมินที่แตกต่างกันในรายงานของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งฟิลิปปินส์เกี่ยวกับพระราชบัญญัติฉบับที่ 2302 ในช่วงที่ผ่านมา Renato “Ka Rene” B. Magtubo ได้เสนอพระราชบัญญัติหมายเลข 3359 “พระราชบัญญัติกำหนดโทษเกี่ยวกับการทรมานและการปฏิบัติหรือการลงโทษอื่นที่โหดร้ายไร้มนุษยธรรม หรือที่ย่ำยีศักดิ์ศรี และเพื่อวัตถุประสงค์อื่น ๆ” ซึ่งเป็นการผนวกเนื้อหาโดยสารบัญญัติของอนุสัญญาต่อต้านการทรมาน ในแอฟริกาใต้ มีการจัดทำร่างกฎหมายกำหนดความผิดต่อการทรมานเมื่อกลางปี 2548 โดยหน่วยงานของรัฐบาล เจ็ดปีหลังจากที่รัฐบาลแอฟริกาใต้ให้สัตยาบันอนุสัญญา

เกิดขึ้นในกรณีที่ไม่มีแรงจูงใจในประเทศหรือระหว่างประเทศหรือไม่มีแรงกดดันอย่างเพียงพอ และเป็นสิ่งที่ดูเหมือนจะตรงข้ามกับความพยายามของรัฐที่เข้าเป็นภาคีของธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศ หรือในกรณีที่รัฐกำหนดให้มีแรงจูงใจที่จะปฏิบัติตามพันธกรณีด้านสิทธิมนุษยชน โดยมีการกำหนดเป็นเงื่อนไขเบื้องต้นสำหรับการเข้าเป็นสมาชิกสหภาพยุโรป หรือในกรณีที่รัฐต้องแก้ไขกฎหมายบางส่วนทั้งนี้เพื่อให้สอดคล้องกับคำพิพากษาของศาลระดับภูมิภาค⁸³

83 อย่างเช่น กรณีศาลสิทธิมนุษยชนแห่งทวีปอเมริกา ซึ่งได้กำหนดแนวปฏิบัติที่มีผลบังคับให้รัฐภาคีต้องออกมาตรการด้านกฎหมายเพื่อให้มีการชดเชยต่อการละเมิดโปรตุเกส Cassel, *Impact of the Jurisprudence*

IV. พันธกรณีของรัฐตามบทบัญญัติของอนุสัญญา

1. เกริ่นนำ

เนื้อหาในส่วนนี้เป็นการสำรวจพันธกรณีต่าง ๆ ที่ปรากฏในอนุสัญญา รวมถึงยังกล่าวถึงวิธีการต่าง ๆ ที่ช่วยให้สามารถปฏิบัติตามพันธกรณีเหล่านี้ในระดับประเทศ โดยการยกตัวอย่างการปฏิบัติของรัฐซึ่งชี้ให้เห็นทั้งกรณีที่มีการปฏิบัติตามพันธกรณี หรือไม่มีการปฏิบัติตาม และมีการวิเคราะห์บทบาทของตุลาการในการนำอนุสัญญามาใช้โดยตรง หรือโดยการประยุกต์ใช้ หรือโดยการนำอนุสัญญามาใช้เป็นแนวทางตีความกฎหมายภายในด้วย

2. รัฐต้องกำหนดให้การทรมานเป็นความผิดทางอาญา

2.1 ควรกำหนดความผิดเฉพาะสำหรับการทรมานและให้มีการลงโทษอย่างเหมาะสม

ควรมีการกำหนดและจำแนกการทรมานเป็นความผิดเฉพาะที่มีโทษรุนแรงในกฎหมายแห่งชาติ⁸⁴ ความผิดฐานการทรมานควรมีลักษณะเฉพาะ และมีมูลฐานความผิดเฉพาะ การนำความผิดฐานการทรมานไปรวมไว้เป็นส่วนหนึ่งของความผิดทั่วไป (อย่างเช่น การทำร้ายร่างกายอย่างรุนแรง การใช้

84 ข้อ 4 ของอนุสัญญาระบุว่า “ให้รัฐภาคีแต่ละรัฐประกันว่าการกระทำทรมานทั้งปวงเป็นความผิดตามกฎหมายอาญาของตน ให้ใช้หลักการเดียวกันนี้บังคับสำหรับการพยายามกระทำการทรมาน และสำหรับการกระทำโดยบุคคลใดที่เป็นการสมรู้ร่วมคิด หรือการมีส่วนร่วมในการทรมานด้วย ให้รัฐภาคีแต่ละรัฐทำให้ความผิดเหล่านี้เป็นความผิดที่มีโทษ ซึ่งมีระวางโทษที่เหมาะสมกับความร้ายแรงของการกระทำเหล่านั้น”

อำนาจโดยมิชอบ) แสดงถึงความไม่ตระหนักถึงลักษณะอันน่าเกลียดชังของ อาชญากรรมเช่นนี้ และทำให้เกิดความยุ่งยากในการที่รัฐจะติดตามและรายงาน คดีที่เกี่ยวข้อง รวมทั้งการแก้ปัญหาอย่างมีประสิทธิภาพเพื่อแก้ไขปัญหาการ ทรมานที่รุนแรง

รัฐทั้งหลายจะต้องกำหนดระวางโทษที่เหมาะสมกับความร้ายแรงของการ ทรมาน⁸⁵ โทษที่เบาเกินไปจะไม่ช่วยป้องกันไม่ให้เกิดการทรมาน ในขณะที่โทษ ที่ไม่ยืดหยุ่นและรุนแรงไป อย่างเช่น การกำหนดโทษจำคุกขั้นต่ำเจ็ดปี อาจส่ง ผลให้ศาลไม่ต้องการนำกฎหมายมาใช้ หรือไม่สอดคล้องกับเงื่อนไขของแต่ละ กรณี⁸⁶ การปฏิบัติของคณะกรรมการต่อต้านการทรมานชี้ให้เห็นว่า การกำหนด โทษในลักษณะเชิงป้องกันมักมีความเหมาะสมแล้ว⁸⁷

2.2 นิยามการทรมาน

วิธีการที่มีประสิทธิภาพมากที่สุดเพื่อให้การทรมานทุกประเภทเป็นสิ่งผิด กฎหมาย ได้แก่ การเพิ่มนิยามการทรมานให้สอดคล้องกับข้อ 1 ของอนุสัญญา การเพิ่มนิยามที่ชัดเจนของการทรมานในกฎหมายภายในที่เกี่ยวข้อง ช่วยลด โอกาสที่ศาลจะไม่ตีความกฎหมายให้สอดคล้องกับข้อกำหนดระหว่างประเทศ ใน กรณีที่รัฐไม่นำนิยามในข้อ 1 มาผนวกใช้ทั้งหมด ย่อมทำให้เกิดปัญหาในการ จำแนกการกระทำอย่างแน่นอน ยกตัวอย่างเช่น โดยทั่วไปแล้วมักมีการแยก การทรมานที่ส่งผลกระทบต่อจิตใจล้วน ๆ ออกจากอาชญากรรมประเภทอื่น ๆ หรือการกำหนดเงื่อนไขค่อนข้างแคบสำหรับการกระทำที่ถือเป็นการทรมาน

85 ข้อ 4(2) อนุสัญญาต่อต้านการทรมาน สำหรับระวางโทษที่ถือว่าเบาเกินไป โปรตุเกสกรณี ของรัสเซีย เคอร์เจกิสถาน และอุเบกิสถาน ซึ่งไม่มีกฎหมายห้ามการทรมานที่กำหนด โทษจำคุกสูงกว่าห้าปีเลย

86 อย่างเช่นในกรณีของศรีลังกา อ้างแล้ว, III, 3.1.

87 Ingelse, *Committee against Torture*, p.342 คณะกรรมการต่อต้านการทรมาน ไม่ได้กำหนดหลักเกณฑ์ว่าด้วยระวางโทษจำคุกขั้นต่ำหรือสูงสุด แต่ได้ระบุถึงขอบเขต ของโทษที่เหมาะสม โดยในด้านหนึ่งชี้ว่าโทษจำคุก 3-5 ปี ถือว่าไม่เพียงพอ แต่ใน อีกด้านหนึ่งถ้ามีการกำหนดระวางโทษรุนแรงเกินไป ก็อาจเป็นเหตุทำให้ไม่มีการ ฟ้องร้องดำเนินคดี

อย่างเช่น กำหนดว่าต้องเป็นความรุนแรงที่กระทำ “อย่างเป็นระบบ”⁸⁸

องค์ประกอบพื้นฐานของนิยามการทรมานตามอนุสัญญาที่ตั้งต่อไปนี้

กระทำโดยเจตนา: เป็นการกระทำโดยเจตนาของ

ลักษณะของอันตราย: ความเจ็บปวดหรือความทุกข์ทรมานอย่าง
สาหัส ไม่ว่าจะทางกายหรือทางจิตใจต่อบุคคลใด
บุคคลหนึ่ง

อนุสัญญาไม่ได้ระบุชุดของการกระทำที่ถือว่ามีความรุนแรงมากเพียงพอเพื่อให้สอดคล้องกับเงื่อนไขของนิยามที่กำหนดว่าเป็น “ความรุนแรง” ทั้งนี้เพราะระดับความรุนแรงของการกระทำจะต้องถูกวิเคราะห์ในบริบทที่เกิดขึ้น รวมทั้งผลกระทบที่มีต่อผู้เสียหาย และเพราะการระบุรายการของการทรมานรูปแบบต่าง ๆ จนหมดสิ้นนั้นเป็นสิ่งที่ทำไม่ได้ โชคร้ายที่มีการปฏิบัติอย่างเลวร้ายรูปแบบใหม่ ๆ เกิดขึ้นเสมอ หรือมี “เทคนิคการสอบสวนที่พัฒนาขึ้น” ซึ่งเข้าข่ายเป็นการทรมาน อย่างไรก็ตาม ศาลและ

88 โปรดดูข้อ 119 ในประมวลกฎหมายอาญามีเนียบ ปี 2546 และข้อกังวลของคณะกรรมการต่อต้านการทรมานที่มีต่อร่างประมวลกฎหมายอาญา UN Doc. A/56/44, paras.33-39, para.37 และข้อ 133 ของประมวลกฎหมายอาญาอาเซอร์ไบจาน Azerbaijan, UN Doc. CAT/C/CR/30/1, para.5 “...นิยามการทรมานในประมวลกฎหมายอาญฉบับใหม่ไม่สอดคล้องอย่างเต็มที่กับข้อ 1 ของอนุสัญญา เนื่องจากด้วยเหตุผลต่าง ๆ ข้อ 133 ยกเว้นการระบุถึงเป้าประสงค์ของการทรมานตามที่กำหนดไว้ในอนุสัญญา กำหนดให้การทรมานต้องเป็นการทำร้ายอย่างเป็นระบบ หรือการกระทำด้วยความรุนแรงอย่างอื่น และไม่กำหนดความผิดทางอาญาต่อเจ้าหน้าที่ซึ่งแสดงความยินยอมในทางอ้อมให้มีการทรมาน”

กลไกด้านสนธิสัญญาระหว่างประเทศมากมาย ได้พิจารณาว่าการปฏิบัติบางอย่างเข้าข่ายการทรมาน และยอมรับว่าการทรมานหมายถึงการกระทำต่อร่างกายหรือต่อจิตใจก็ได้ ข้อ 7 ของกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมืองระบุอย่างชัดเจนถึงข้อห้ามไม่ให้บังคับบุคคลให้เข้ารับการทดลองทางการแพทย์หรือวิทยาศาสตร์โดยปราศจากความยินยอมพร้อมใจ ในขณะที่ศาลสิทธิมนุษยชนแห่งยุโรปได้พิจารณาหลักเกณฑ์เหล่านี้ และยืนยันว่าการกระทำใด ๆ จะเป็นการทรมานหรือไม่ขึ้นอยู่กับปัจจัยหลายประการ ทั้งระยะเวลาของการกระทำผลกระทบทางร่างกายหรือจิตใจ และเพศ อายุ และสุขภาพของผู้เสียหาย รวมทั้งระดับของความรุนแรงด้วย⁸⁹ ศาลระดับประเทศหลายแห่งในแอฟริกา เอเชีย และแคริบเบียน ยืนยันว่า การใช้ไซ้ตรวนและการผูกเหล็กที่ข้อเท้า และการขังเดี่ยวผู้ต้องขังในที่ที่มีแสงสว่างตลอดเวลา และมีการปิดตาย เป็นการละเมิดข้อห้ามต่อการทรมาน⁹⁰

89 ECHR, *Ireland v. United Kingdom*, paras. 162, 167. See also Selmouni v. France, para.101

90 โปรดดู *Namunjepo & Ors v. The Commanding Officer*, Namibia, Supreme Court, 2000 [referring to Namibia's accession to the Convention against Torture and the ICCPR and the UN Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners]; *Blanchard & Others v. Minister of Justice*, Legal and Parliamentary Affairs & Anor, Supreme Court, Zimbabwe, 2000 [referring to provisions in the ECHR and ICCPR, jurisprudence by the European

(ข้อ 90 ต่อหน้าถัดไป)

มีความมุ่งหมาย
โดยเฉพาะเพื่อ:

ที่จะให้ได้มาซึ่งข้อสนเทศหรือคำสารภาพจาก บุคคลนั้นหรือจากบุคคลที่สาม หรือ เพื่อการ ลงโทษบุคคลนั้น สำหรับการกระทำ ซึ่งบุคคล นั้นหรือบุคคลที่สามกระทำหรือถูกสงสัยว่าได้ กระทำหรือเป็นการข่มขู่ให้กลัวหรือเป็นการ บังคับขู่เข็ญบุคคลนั้นหรือบุคคลที่สามหรือ เพราะเหตุผลใดใด บนพื้นฐานของการเลือก ปฏิบัติไม่ว่าโดยรูปแบบใด

การกระทำที่ถือเป็นการทรมานจะต้องเป็นการ กระทำเพื่อความมุ่งประสงค์บางอย่าง (อย่าง เช่น เป็นการทำให้ลงโทษ ข่มขู่คุกคามให้ได้ มาซึ่งข้อมูลสนเทศ...) ⁹¹

เป็นการปฏิบัติหน้าที่
ในฐานะเจ้าพนักงาน
ของรัฐ:

เป็นการกระทำโดยหรือโดยการยุยง หรือ โดยความยินยอม หรือรู้เห็นเป็นใจของเจ้า พนักงานของรัฐ หรือของบุคคลอื่นซึ่งปฏิบัติ หน้าที่ในตำแหน่งทางราชการ

90 (ต่อ)

Court of Human Rights and the UN Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners] and *Harding v Superintendent of Prisons & Anor*, St Lucia, High Court, 2000 [referring to the definition of torture developed by the European Court of Human Rights in the case of *Ireland v. UK*]. See also *Prem Shankar Shula v. Delhi Administration*, 1980 โดยที่ศาลฎีกาอินเดีย ตีความสิทธิขั้นพื้นฐานและยืนยันว่าการใส่กุญแจมือผู้ต้องขังเป็นประจำถือเป็นการ ละเมิดสิทธิขั้นพื้นฐาน โดยอ้างถึงข้อ 5 ของปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (ข้อ ห้ามต่อการทรมาน) และข้อ 10 ของกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและ สิทธิทางการเมือง (การปฏิบัติต่อบุคคลที่ถูกคุมขังด้วยมนุษยธรรมและการเคารพต่อ คักดิ์ศรีของเขา)

91 ECHR, *Ilhan v. Turkey*, (2000), para. 85

ในกรณีนี้รวมถึงการกระทำของเจ้าพนักงาน ตำรวจ ทหาร หรือผู้คุมในเรือนจำ อย่างไรก็ตาม ในบางสภาพการณ์ รัฐก็อาจละเมิดพันธกรณี ซึ่งห้ามการทรมาน หากไม่สามารถป้องกันไม่ให้เกิดการทรมานหรือการปฏิบัติอย่างเลวร้าย ขึ้น กฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศและกฎหมายอาญาระหว่างประเทศกำหนดนิยามที่แตกต่างจากอนุสัญญาต่อต้านการทรมานอยู่บ้าง กล่าวคือ กฎหมายทั้ง 2 ฉบับไม่ครอบคลุมถึงการมีส่วนร่วมของบุคคลอื่นซึ่งปฏิบัติหน้าที่ ในตำแหน่งทางการ และกระทำให้เกิดความเจ็บปวดหรือความทุกข์ทรมานอย่างสาหัส ซึ่งเป็นเงื่อนไขที่ถือว่าเป็นการทรมาน

ไม่เป็นผลสืบเนื่องมาจากการลงโทษทั้งปวงที่ชอบด้วยกฎหมาย

เว้นแต่เป็นความเจ็บปวดหรือความทรมานที่เกิดขึ้น อันเป็นผลปกติหรือเป็นผลสืบเนื่องจากการลงโทษที่ชอบด้วยกฎหมาย

แม้ว่าสนธิสัญญาและตัวบทระหว่างประเทศหลายฉบับให้ความเห็นว่าการทรมาน “ไม่รวมถึงความเจ็บปวดหรือความทรมานที่เกิดขึ้น อันเป็นผลปกติ หรือเป็นผลสืบเนื่องจากการลงโทษที่ชอบด้วยกฎหมาย”⁹² ในปี 2535

92 ข้อ 1 อนุสัญญาต่อต้านการทรมาน ข้อ 2(2) อนุสัญญาแห่งทวีปอเมริกาว่าด้วยการป้องกันและลงโทษการทรมาน ซึ่งระบุไว้ว่า “แนวคิดเกี่ยวกับการทรมานจะไม่ครอบคลุมถึงความเจ็บปวดหรือความทรมานที่เกิดขึ้น อันเป็นปกติหรือเป็นผลสืบเนื่องมาจากมาตรการที่ชอบด้วยกฎหมาย ในกรณีที่มาตรการเหล่านั้นไม่ได้เป็นการกระทำหรือการใช้วิธีการตามที่มีการอ้างถึงในข้อนี้”

คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแถลงในความเห็นทั่วไปว่าการห้ามการทรมานและการปฏิบัติอย่างเลวร้าย “ต้องครอบคลุมถึงการลงโทษทางกายด้วย”⁹³ “และอาจรวมถึงการลงโทษที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรม หรือที่ย่ำยีศักดิ์ศรี หรือเพื่อเป็นการทรมานด้วย”⁹⁴

มีข้อสังเกตในอนุสัญญาว่า นิยามของการทรมานจะต้อง “ไม่มีอคติต่อเครื่องมีระหว่างประเทศหรือกฎหมายภายในใดที่มี หรืออาจจะมิพบัญญัติที่ใช้บังคับได้ในขอบเขตที่กว้างกว่า”⁹⁵ นั้นย่อมาหมายความว่า รัฐภาคีทั้งหลายต้องกำหนดให้นิยามการทรมานในกฎหมายของตนมีนัยกว้างขวางอย่างน้อยเท่ากับที่ปรากฏในข้อ 1 ของอนุสัญญา ยกตัวอย่างเช่น อนุสัญญาแห่งทวีปอเมริกาว่าด้วยการป้องกันและลงโทษการทรมาน ได้กำหนดความหมายของการทรมานไว้กว้างกว่าที่ปรากฏในอนุสัญญาขององค์การสหประชาชาติเสียอีก ทั้งนี้โดยระบุว่า การทรมานหมายรวมถึง “การใช้วิธีการใดๆ ต่อบุคคลโดยมุ่งประสงค์ที่จะทำลายความเป็นบุคคลของผู้เสียหาย หรือเพื่อลดทอนศักยภาพทางร่างกายหรือจิตใจของเขา แม้จะไม่ทำให้เกิดความเจ็บปวดทางกายหรือความทรมานทางใจก็ตาม”⁹⁶ ธรรมเนียมกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศ ได้ขยายนิยามที่ปรากฏในอนุสัญญาสหประชาชาติออกมาเล็กน้อย ทั้งนี้โดยไม่ได้ระบุอย่างชัดเจนว่าจะต้องมีความยินยอม หรือรู้เห็นเป็นใจของเจ้าพนักงานของรัฐ หรือของบุคคลอื่นซึ่งปฏิบัติหน้าที่ในตำแหน่งทางการ แต่ได้นิยามว่าการทรมาน เป็นองค์ประกอบอย่างหนึ่งของอาชญากรรมต่อมนุษยชาติ โดยเป็นการ “กระทำโดยเจตนาเพื่อให้เกิดความเจ็บปวดหรือความทุกข์ทรมานอย่าง

93 Human Rights Committee, General Comment 20, 1992, para. 5

94 มติคณะกรรมการสิทธิมนุษยชน แห่งสหประชาชาติ ที่ 2000/43 และ รายงานของผู้รายงานพิเศษแห่งสหประชาชาติว่าด้วยการทรมาน, UN Doc. E/CN.4/1997/7, para. 6

95 ข้อ 1 ย่อหน้าที่ 2

96 อนุสัญญาแห่งทวีปอเมริกาว่าด้วยการป้องกันและลงโทษการทรมาน ข้อ 2

สาเหตุ ไม่ว่าจะเป็นทางกายหรือทางจิตใจต่อบุคคลที่ถูกคุมขัง หรือบุคคลที่ถูกควบคุมตัวในฐานะเป็นผู้ต้องหา เว้นแต่ว่า การทรมานนั้นไม่ครอบคลุมถึงความเจ็บปวดหรือความทรมานที่เกิดขึ้น อันเป็นปกติหรือเป็นผลสืบเนื่องจากการลงโทษที่ชอบด้วยกฎหมาย”⁹⁷

2.3 คำสั่งของผู้บังคับบัญชาไม่อาจใช้อ้างเป็นข้อแก้ตัวได้

รัฐส่วนใหญ่ มักให้ความสนใจโดยเฉพาะต่อประเด็นที่ว่า เป็น “คำสั่งจากผู้บังคับบัญชา” ซึ่งได้กล่าวมาแล้วว่าไม่สามารถนำมาใช้เป็นข้ออ้างเพื่อให้สามารถกระทำการทรมานได้ อันที่จริง พนักงานเจ้าหน้าที่มีหน้าที่ที่จะต้องขัดคำสั่งผู้บังคับบัญชาที่สั่งการให้มีการทรมาน ในหลายกรณี การที่เจ้าหน้าที่จะต้องหลีกเลี่ยงการทรมานแม้จะมีคำสั่งให้ทำ อาจไม่สอดคล้องกับหน้าที่โดยพื้นฐานของพนักงานเจ้าหน้าที่ โดยเฉพาะอย่างยิ่งหากเจ้าหน้าที่อยู่ในโครงสร้างการบังคับบัญชาที่เข้มงวดอย่างเช่น กรณีของตำรวจหรือทหาร และเป็นสิ่งที่ยากจะกระทำได้ในโครงสร้างการบังคับบัญชาที่ปกป้องตนเองและคับแคบ การนำบทบัญญัตินี้ไปปฏิบัติไม่เพียงต้องเกิดจากการปฏิรูปกฎหมายเท่านั้น หากยังจะต้องมีคำสั่งจากฝ่ายบริหารอย่างชัดเจน รวมทั้งการมีกลไกกำกับดูแลที่เป็นอิสระและมีประสิทธิภาพ ทั้งนี้เพื่อให้ความคุ้มครองต่อเจ้าหน้าที่ระดับล่างในกรณีที่เผชิญกับข้อขัดแย้งเช่นนี้⁹⁸

3. สถานะของกฎหมายห้ามการทรมาน

พันธกรณีซึ่งห้ามการทรมานนี้เป็นเนื้อหาที่บังคับเด็ดขาด⁹⁹ ซึ่งหมายความว่า เป็นข้อห้ามที่ไม่มีข้อยกเว้นหรือข้อจำกัด ไม่ว่าจะเป็นช่วงเวลาของสถานการณ์ฉุกเฉิน สงคราม หรือในการต่อสู้กับการก่อการร้าย หรืออาชญากรรมอย่าง

97 ข้อ 7(2) (e) *ธรรมนูญกรุงโรม*

98 โปรตดู Greece, U.N. Doc. CAT/C/CR/33/2, para.6 (g)

99 ข้อห้ามการทรมานมีสถานะเป็นกฎหมายบังคับ (jus cogens) ตามกฎหมายระหว่างประเทศ ซึ่งหมายถึงว่ารัฐไม่สามารถยกเลิกเพิกถอนพันธกรณีที่เป็นข้อห้ามดังกล่าวได้ ดังที่ระบุไว้ในข้อ 2(2) ของอนุสัญญา ข้อ 4 ของกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง รวมทั้งเป็นที่ยอมรับในที่ต่าง ๆ อย่างเช่น ศาลอาญาเฉพาะ

(ข้อ 99 ต่อหน้าถัดไป)

เป็นระบบ¹⁰⁰ ทั้งยังเป็นข้อห้ามที่ไม่อาจมีการโอนอ่อนผ่อนตามเงื่อนไขอย่างอื่น
อย่างเช่น ประโยชน์แห่งรัฐ¹⁰¹ ในความเห็นทั่วไปที่ 20 ว่าด้วยข้อ 7 ของกติกา
ดังกล่าว คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนได้เน้นถึงลักษณะที่ไม่อาจยกเลิกเพิก
ถอนของบทบัญญัตินี้ว่า

“ตัวบทในข้อ 7 ไม่อนุญาตให้มีข้อจำกัด คณะกรรมการเน้นย้ำว่า แม้ใน
สถานการณ์ฉุกเฉินอย่างเช่นที่อ้างถึงในข้อ 4 ของกติกา ย่อมไม่อาจ
อนุญาตให้มีการยกเลิกเพิกถอนบทบัญญัติตามข้อ 7 ได้ และจะต้องยังคง
ปฏิบัติตามบทบัญญัติดังกล่าว ในทำนองเดียวกัน คณะกรรมการตั้ง
ข้อสังเกตว่า ไม่มีเหตุผลหรือเงื่อนไขใด ๆ ที่อาจนำมาอ้างเพื่อให้มีการ
ละเมิดข้อ 7 ไม่ว่าด้วยเหตุผลใด รวมทั้งการอ้างว่าเป็นคำสั่งจากผู้บังคับ
บัญชา หรือเป็นคำสั่งจากทางการ”¹⁰²

99 (ต่อ)

กึ่งระหว่างประเทศในกรณีของอดีตประเทศยูโกสลาเวียในคดี *The Prosecutor v. Anto Furundzija* paras.153-4 “...สืบเนื่องจากความสำคัญของคุณค่าที่ต้องการคุ้มครอง (การห้ามการทรมาน) ได้พัฒนาจนถึงขั้นเป็นบรรทัดฐานบังคับหรือเป็นกฎหมายบังคับ (*jus cogens*) กล่าวคือเป็นบรรทัดฐานที่มีสถานะสูงกว่ากฎหมายสนธิสัญญาหรือแม้กระทั่ง “กฎหมายจารีตประเพณีทั่วไป” ...เป็นที่ชัดเจนว่าคุณลักษณะการเป็นกฎหมายบังคับของข้อห้ามต่อการทรมานเป็นการตอกย้ำความเห็นที่ว่าข้อห้ามดังกล่าวได้กลายเป็นมาตรฐานขั้นพื้นฐานที่สุดอย่างหนึ่งสำหรับประชาคมนานาชาติ นอกจากนั้น ข้อห้ามดังกล่าวยังได้รับการออกแบบเพื่อให้เกิดผลในเชิงป้องกัน กล่าวคือเป็นสัญญาแต่โดยสมาชิกประชาคมนานาชาติและบุคคลที่ถูกพวกเขาใช้อำนาจควบคุมว่า ข้อห้ามการทรมานเป็นคุณค่าเด็ดขาด ซึ่งไม่มีผู้ใดสามารถหลีกเลี่ยงไม่ปฏิบัติตามได้”

100 โปรดดู CAT, *Arana v. France*, para.11.5; Statement by the Committee against Torture UN Doc.CAT/C/XXVII/Misc.7; Russian Federation, UN Doc. CAT/C/CR/28/4, para.4 and judgments of the European Court of Human Rights in the case of *Selmouni v. France*, para.95, *Chahal v. UK*, para.79 and *Aydin v. Turkey*, para 81

101 โปรดดูตัวอย่างกรณีประเทศแคนาดา *Suresh v. Canada*, [2002], para.58

102 General Comment No. 20, 10/3/1992 (para 3)

มักมีผู้อ้างเหตุผลเพื่อสร้างความชอบธรรมให้กับการใช้การทรมาน หรือการปฏิบัติอย่างเลวร้ายในการต่อสู้กับลัทธิก่อการร้าย รัฐบางแห่งได้อ้าง “ประโยชน์ต่อความมั่นคงภายใน” ในการละเมิดบทบัญญัติเพื่อคุ้มครองสิทธิมนุษยชน รวมทั้งข้อห้ามที่มีต่อการทรมาน และการปฏิบัติหรือการลงโทษอื่นที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรม หรือที่ย่ำยีศักดิ์ศรี ถึงอย่างนั้น อนุสัญญาก็มีตัวบทที่ชัดเจนในประเด็นนี้ และหน่วยงานระดับระหว่างประเทศและภูมิภาคหลายแห่งได้เน้นย้ำถึงลักษณะที่ห้ามการทรมานโดยเด็ดขาด แม้ในกรณีที่เป็นการเผชิญหน้ากับลัทธิก่อการร้าย ดังที่แมรี โรบินสัน อดีตข้าหลวงใหญ่สิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติ อธิบายว่า “หลักประกันด้านความมั่นคงในระยะยาวเพียงหนึ่งเดียวคือการกำกับดูแลให้มีการเคารพต่อสิทธิมนุษยชนและกฎหมายมนุษยธรรม”¹⁰³ คณะกรรมการสหประชาชาติว่าด้วยการต่อต้านการทรมานยังย้ำเตือนรัฐภาคีถึงลักษณะที่ไม่อาจยกเลิกเพิกถอนของพันธกรณีในอนุสัญญาฉบับนี้ ศาลสิทธิมนุษยชนแห่งยุโรปก็ได้ระบุว่า

“ข้อ 3 ... ส่งเสริมคุณค่าพื้นฐานที่สุดอย่างหนึ่งของสังคมประชาธิปไตย ศาลตระหนักดีถึงความยุ่งยากที่รัฐสมัยใหม่ต้องเผชิญในการคุ้มครองชุมชนให้ปลอดภัยจากความรุนแรงของการก่อการร้าย อย่างไรก็ตาม แม้ในสภาพการณ์ดังกล่าว อนุสัญญาก็มีข้อห้ามการทรมานโดยเด็ดขาด และการปฏิบัติหรือการลงโทษอื่นที่ไร้มนุษยธรรม หรือที่ย่ำยีศักดิ์ศรี โดยไม่คำนึงว่าผู้เสียหายจะมีการพฤติกรรมอย่างไร ที่ต่างจากสารบัญญัติในอนุสัญญาและในพิธีสารเลือกรับหมายเลข 1 และ 4... ข้อ 3... ไม่ได้กำหนดข้อยกเว้นและข้อยกเลิกเพิกถอนที่อาจทำได้ตามข้อ 15.. แม้ในสภาพที่เกิดสถานการณ์ฉุกเฉินที่คุกคามต่อชีวิตของประชาชาติ...”¹⁰⁴

103 M. ROBINSON, statement at 59th session of UNHRC, 20 March 2002, in REDRESS, *Terrorism, counter- terrorism and torture*, July 2004, p.3

104 ECHR, *Chahal v. the United Kingdom*, para. 79

เนื่องจากพันธกรณีซึ่งห้ามการทรมานเป็นบทบังคับเด็ดขาด กฎหมายใดที่ห้ามการทรมานก็ควรได้รับการคุ้มครองไม่ให้ถูกยกเลิกเพิกถอนโดยบทบัญญัติของรัฐสภาหรือคำสั่งของศาลเช่นกัน¹⁰⁵ วิธีการที่ดีที่สุดเพื่อให้เกิดผลดังกล่าวก็คือ การกำหนดให้ข้อห้ามการทรมานอยู่ในรัฐธรรมนูญ ซึ่งย่อมมีสถานะสูงกว่ากฎหมายอื่นและมีผลผูกพันต่อศาล¹⁰⁶ อาจมีการแทรกบทบัญญัติที่ห้ามการทรมานไว้ในรัฐธรรมนูญ หรืออาจให้รัฐธรรมนูญมีบทบัญญัติที่ระบุว่าสนธิสัญญาสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศมีผลผูกพันต่อกฎหมายภายใน¹⁰⁷ ทางเลือกอีกทางหนึ่งก็คือ การกำหนดข้อห้ามไว้ในตราสารสิทธิมนุษยชนทั่วไป ซึ่งอาจมีสถานะทางกฎหมายเหนือกว่ากฎหมายทั่วไป ท้ายที่สุด หากมีการออกกฎหมายโดยมีเนื้อหาซึ่งมีข้อห้ามดังกล่าว กฎหมายนั้นสามารถได้รับการปกป้อง ด้วยการกำหนดมาตรการที่ยุ้งยากในการแก้ไขหรือยกเลิก มากกว่า

105 เจื่อนไซเช่นนี้จำเป็นหรือไม่ขึ้นอยู่กับสถานะของกฎหมายระหว่างประเทศในระบบกฎหมายของรัฐนั้น ๆ ในทำนองเดียวกัน สนธิสัญญาที่รัฐลงนามอาจมีสถานะสูงกว่าหรือเท่ากับรัฐธรรมนูญ หรืออยู่ระหว่างรัฐธรรมนูญกับกฎหมายระดับพระราชบัญญัติ หรืออยู่ในระดับเดียวกับพระราชบัญญัติ ในกรณีที่ไม่มีการอ้างอิงถึงกฎหมายระหว่างประเทศ โดยทั่วไปแล้วศาลจะเป็นผู้ตัดสินว่าจะมีการนำกฎหมายระหว่างประเทศมาใช้หรือไม่ และสนธิสัญญาสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศจะมีสถานะอย่างไร อย่างเช่นอนุสัญญาฉบับนี้ โปรดดู อ้างแล้ว at II.

106 อย่างน้อย 97 ประเทศจากบรรดาประเทศต่าง ๆ ที่ให้สัตยาบันอนุสัญญาต่อต้านการทรมาน ได้กำหนดข้อห้ามดังกล่าวอย่างชัดเจนในรัฐธรรมนูญหรือกฎหมายฉบับอื่นของตน รัฐธรรมนูญของหลายประเทศอย่างเช่น บราซิล อินโดนีเซีย และไนจีเรีย ระบุอย่างชัดเจนถึงสิทธิขั้นพื้นฐานที่ไม่อาจยกเลิกเพิกถอนได้ที่จะปลอดพ้นจากการทรมานและการปฏิบัติอย่างเลวร้ายรูปแบบอื่น โปรดดูข้อ 5 ของรัฐธรรมนูญประเทศบราซิล UN Doc. CAT/C/9/Add.16, para.51; Articles 28 (g) และข้อ 28 I (1) รัฐธรรมนูญอินโดนีเซีย และข้อ 34(I) (a) และ 45 ของรัฐธรรมนูญไนจีเรีย

107 ดังที่เห็นโดยคณะกรรมการต่อต้านการทรมาน โปรดดูกรณีของชิลี UN Doc. CAT/C/32/5, para.7 (f) และข้อเสนอแนะของคณะกรรมการให้มีการบังคับใช้อนุสัญญาต่อต้านการทรมานกับกฎหมายภายใน กรณีของอิสราเอล UN Doc. CAT/C.XXVII/Concl.5, para.7 (a) มอริเชียส UN Doc. A/50/44, paras.132-145, para.141 แชมเบีย UN Doc. CAT/C/XXVII/Concl.4, para.8 (a)

กฎหมายโดยทั่วไป เช่น กำหนดให้ต้องมีเสียงข้างมากจากรัฐสภาในสัดส่วนที่มากกว่าปรกติ

4. รัฐต้องดำเนินมาตรการที่มีประสิทธิภาพเพื่อป้องกันการทรمان

สืบเนื่องจากผลกระทบทางร่างกายและจิตใจที่กว้างขวาง อันตรายที่เกิดจากการทรمانที่มีต่อผู้เสียหายเป็นสิ่งที่ไม่อาจแก้ไขให้เหมือนเดิมได้ ดังนั้นการป้องกันจึงมีความสำคัญอันดับต้น ๆ ย่อหน้า 1 ข้อ 2 ของอนุสัญญา จึงกำหนดให้แต่ละรัฐ “ดำเนินมาตรการต่าง ๆ ทางนิติบัญญัติ ทางบริหาร ทางตุลาการหรือมาตรการอื่น ๆ ที่มีประสิทธิผลเพื่อป้องกันมิให้เกิดการทรมาน”

การออกกฎหมายห้ามการทรมานจึงยังไม่เพียงพอ รัฐยังจะต้องดำเนินมาตรการที่เหมาะสมเพื่อป้องกันมิให้เกิดการทรมานขึ้น เพื่อให้สามารถจัดการทรมานได้อย่างแท้จริง รัฐจะต้องดำเนินตามขั้นตอนเพื่อคุ้มครองบุคคลที่ถูกควบคุมตัว อย่างเช่น การอนุญาตให้ผู้ถูกควบคุมตัวสามารถพบทนายความและศาลได้โดยทันที รัฐจะต้องให้การอบรมเจ้าหน้าที่ผู้บังคับใช้กฎหมายและฝ่ายอื่น ๆ ที่ทำหน้าที่เกี่ยวข้องกับผู้ถูกควบคุมตัว และให้มีการทบทวนหลักเกณฑ์ในการสอบปากคำ สุดท้ายควรมีการจัดตั้งหน่วยงานกำกับดูแลเพื่อตรวจสอบว่ามาตรการป้องกันการทรมานมีประสิทธิภาพเพียงใด แม้ว่าอนุสัญญาจะไม่กำหนดมาตรการที่ต้องปฏิบัติตาม ต่อไปนี้เป็นตัวอย่างของ “มาตรการที่มีประสิทธิภาพ” การไม่ปฏิบัติตามมาตรการดังกล่าวอาจส่งผลให้ไม่สามารถปฏิบัติตามพันธกรณีเพื่อป้องกันการทรมานได้

4.1 รัฐต้องคุ้มครองผู้ถูกควบคุมตัวให้ปลอดภัยจากการทรมาน และ การปฏิบัติที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรม หรือที่ย่ำแย่ศักดิ์ศรี

รัฐจะต้องจัดให้มีมาตรการเพื่อคุ้มครองบุคคลที่ถูกจับกุม ควบคุมตัว หรือถูกคุมขังให้ปลอดภัยจากการทรมาน และการปฏิบัติที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรม หรือที่ย่ำแย่ศักดิ์ศรี¹⁰⁸ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง

- มาตรการป้องกันเป็นพิเศษที่ควรนำมาใช้เพื่อดูแลให้มีการปฏิบัติตามสิทธิในความมั่นคงทางกายและใจอย่างเต็มที่ในระหว่างที่มีการ

108 ดังที่มีการรับรองโดยคณะกรรมการต่อต้านการทรมานและกลไกสิทธิมนุษยชนอื่น ๆ

เคลื่อนย้ายตัว โดยเฉพาะการเคลื่อนย้ายจากสถานที่จับกุมไปยังสถานที่ควบคุมตัวเบื้องต้น

- สิทธิที่จะสามารถแจ้งให้สมาชิกในครอบครัวหรือบุคคลที่สามทราบโดยทันทีเกี่ยวกับการควบคุมตัว และในกรณีที่เป็นบุคคลต่างด้าว ให้สามารถติดต่อผู้แทนกงสุลได้¹⁰⁹
- สิทธิที่จะสามารถเข้าถึงทนายความที่ตนเป็นผู้เลือก สิทธิดังกล่าวประกอบด้วย การเข้าถึงทนายความที่ตนเลือกอย่างเท่าเทียมและมีประสิทธิภาพ สิทธิที่จะได้รับแจ้งถึงสิทธิของตนทันทีที่ถูกควบคุมตัว และสิทธิที่จะได้ปรึกษาหารือกับทนายความของตนอย่างเป็นอิสระและเป็นความลับ¹¹⁰

109 Belgium, UN Doc. CAT/C/CR/30/6, para.7(g); Latvia, UN Doc. CAT/C/CR/31/3, para.7 (c); Russian Federation, UN Doc. CAT/C/CR/28/4, para.8 (b) and Principle 16 of the *Body of Principles for the Protection of All Persons Under Any Form of Detention or Imprisonment*, and the ICJ judgments in the *LaGrand Case (Germany v United States of America)*, and *Case Concerning Avena and other Mexican Nationals (Mexico v. United States of America)*. An instance of failure to provide for the right to inform a third party of arrest is Latvia, UN Doc. CAT/C/CR/31/3, para.6 (g)

110 Yemen, UN Doc. CAT/C/CR/31/4, para.7 (c); Latvia, UN Doc. CAT/C/CR/31/3, para.7 (c); Estonia, UN Doc. CAT/C/CR/29/5, para.6 (e); Spain, UN Doc. CAT/C/CR/29/3, paras.10 and 14. See *UN Basic Principles on the Role of Lawyers*, and *UN Body of Principles for the Protection of All Persons Under Any Form of Detention or Imprisonment*. There have been many instances of the Committee Against Torture finding failures to ensure the right to choose a lawyer at all stages of proceedings, see Azerbaijan, UN Doc. CAT/C/CR/30/1, para.6 (c); Belgium, UN Doc. CAT/C/CR/30/6, para.5 (h); Czech Republic, UN Doc. CAT/C/CR/32/2, para.5 (a); Indonesia, UN Doc. CAT/C/XX/VII/Concl.3, para.9 (d) and (f) and Slovakia, UN Doc. A/56/44, paras.99-105, para.104 (g)

- สิทธิที่จะได้รับการตรวจร่างกายอย่างเหมาะสมในระหว่างที่เข้าหรือออกจากสถานคุมขังหรือเรือนจำ¹¹¹ การตรวจดังกล่าวควรทำเป็นความลับและเป็นอิสระ โดยไม่อยู่ภายใต้การกำกับดูแลของเจ้าหน้าที่ผู้บังคับใช้กฎหมาย¹¹² นอกจากนี้ ผู้ถูกควบคุมตัวควรสามารถร้องเรียนไปยังหน่วยงานที่เกี่ยวข้องเพื่อขอความเห็นอย่างเป็นทางการของแพทย์ท่านอื่น ในกรณีที่การตรวจร่างกายกระทำโดยแพทย์ที่รัฐเป็นผู้แต่งตั้ง¹¹³
- ควรห้ามไม่ให้มีเงื่อนไขใดๆ ที่อาจนำไปสู่ความเสี่ยงที่จะเกิดการทรมานและอาจทำให้เกิดการปฏิบัติที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรม หรือย่ำยีศักดิ์ศรี อย่างเช่น หลักเกณฑ์ที่อนุญาตให้มีการใช้ “ปฏิบัติการกดดันทางร่างกาย” ในระหว่างการสอบปากคำ¹¹⁴

111 ตัวอย่างเช่น กรณีสหพันธรัฐรัสเซีย คณะกรรมการตั้งข้อสังเกตในการเห็นชอบต่อมาตรการที่ใช้ในเดนมาร์กเพื่อให้มีการบังคับตรวจร่างกายต่อผู้ถูกคุมขัง และให้มีการตรวจโดยไม่ชักช้า โปรดดู Denmark, UN Doc. AT/C/CR/28/1, para.5 (b).

112 โปรดดู Czech Republic, UN Doc. A/56/44, paras.106-114, para.114 (d) and Lithuania, UN Doc.CAT/C/CR/31/5, para.6 (d). สำหรับกรณีที่ไม่มีกำหนดสิทธิดังกล่าว โปรดดู Albania, UN Doc.CAT/C/CR/34/ALB, para.7 (m); Azerbaijan, UN Doc. CAT/C/CR/30/1, para.6 (c); Brazil, China, Egypt, Kenya, Morocco, Indonesia, Turkey and Uzbekistan. See respective country studies in REDRESS, *Reparation for Torture*

113 Lithuania, UN Doc. CAT/C/CR/31/5, para.6 (d). See regarding the duty to provide an independent medical examination with respect to rape in detention ECHR, *Aydin v. Turkey*, para.107. See also Principle 24 of the *Body of Principles for the Protection of All Persons under Any Form of Detention or Imprisonment* and Article 6 Code of Conduct for Law Enforcement Officials

114 ยกตัวอย่างเช่น ในข้อเสนอแนะและข้อสรุปที่มีต่อรายงาน 3 ฉบับของอิสราเอล คณะกรรมการต่อต้านการทรมานพบว่าหลักเกณฑ์ที่อนุญาตให้มีการใช้ “แรงกดดันทางกายพอประมาณ” เพื่อเป็นเครื่องมือในการสอบปากคำเป็นสิ่งที่ไม่อาจยอมรับได้ เนื่องจาก “ทำให้เกิดเงื่อนไขที่นำไปสู่ความเสี่ยงที่จะมีการทรมาน” Israel, UN Doc.A/49/44, paras.159-171, paras.167 and 168

- ห้ามการปิดตาและสวมถุงคลุมศีรษะผู้ถูกควบคุมตัวในระหว่างการสอบปากคำ เนื่องจากเป็นรูปแบบของการปิดกั้นการรับรู้จากสิ่งแวดล้อม ซึ่งอาจถือเป็นการปฏิบัติอย่างเลวร้ายและอาจทำให้การฟ้องร้องดำเนินคดีต่อการทรมานเป็นสิ่งที่แทบจะทำได้ เนื่องจากผู้เสียหายถูกทำให้อยู่ในสภาพที่ไม่สามารถจำแนกตัวผู้กระทำได้
- ควรมีการจำกัดเวลาในการควบคุมตัวของตำรวจ และผู้ถูกควบคุมตัวจะต้องได้รับสิทธิที่จะปรากฏตัวต่อหน้าผู้พิพากษาศาลแขวงหรือผู้พิพากษาทั่วไปเพื่อยื่นข้อร้องเรียนให้ตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการควบคุมตัวภายในระยะเวลาอันเหมาะสม¹¹⁵ ศาลสิทธิมนุษยชนแห่งยุโรปยืนยันว่าแม้จะคำนึงถึงปัญหาความมั่นคงหรือลัทธิก่อการร้ายแล้ว การคุมขังบุคคลเป็นเวลาสี่วันก่อนที่จะนำตัวขึ้นสู่ศาลก็ถือว่ายาวนานเกินไป ควรมีการลดเวลาที่อยู่ในการควบคุมตัวของตำรวจให้น้อยที่สุด ซึ่งไม่เพียงเป็นการลดความเสี่ยงจากการทรมาน หากยังช่วยให้สามารถค้นพบหลักฐานเนื่องจากการทรมาน หากมีการกระทำดังกล่าวจริง

115 คณะกรรมการต่อต้านการทรมานเห็นว่า ระยะเวลาในการควบคุมตัวของตำรวจจะต้องถูกจำกัด “ให้เหลือน้อยที่สุด” โปรดดู Morocco, UN Doc. CAT/C/CR/31/2, para.6 (c). คณะกรรมการยังมีข้อเสนอแนะว่าการขยายเวลาควบคุมตัวของตำรวจควรผ่านการอนุมัติจากศาลและควรมีการจำกัดโอกาสในการขยายเวลาดังกล่าวให้มากที่สุด โปรดดู Cameroon, UN Doc CAT/C/CR/31/6, paras.9 (a) and (b). รวมทั้งศาลสิทธิมนุษยชนแห่งยุโรปก็ได้ตีความข้อ 5(3) ของอนุสัญญาซึ่งคุ้มครองอย่างเข้มงวดซึ่งสิทธิที่จะปรากฏตัวต่อหน้าผู้พิพากษา “โดยทันที” โดยแย้งว่า แม้จะคำนึงถึงปัญหาความมั่นคงหรือลัทธิก่อการร้ายแล้ว การคุมขังบุคคลเป็นเวลาสี่วันโดยไม่ให้ติดต่อกับโลกภายนอกก็ถือว่ายาวนานเกินไป โปรดดู *Brogan and Others v. the United Kingdom*, para.62 ตัวอย่างของการไม่อนุญาติให้ศาลไต่สวนความชอบด้วยกฎหมายของการควบคุมตัวอย่างเช่น Uganda, UN Doc. CAT/CO/34/UGA, para.6 (b) and Uzbekistan, see Mission to Uzbekistan, Report of the Special Rapporteur on Torture, para.11.

- ห้ามการควบคุมตัวโดยไม่ให้ติดต่อกับโลกภายนอก¹¹⁶ การคุมขังโดยไม่ให้ติดต่อกับโลกภายนอกไม่เพียงมีส่วนส่งเสริมให้เกิดการทรมาน หากยังถือเป็นการปฏิบัติที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรม หรือย่ำยีศักดิ์ศรี¹¹⁷ เพื่อจะยุติการคุมขังโดยไม่ให้ติดต่อกับโลกภายนอก ควรจะมีการกำหนดให้การปฏิบัติเช่นนั้นเป็นสิ่งที่ผิดกฎหมาย ทั้งมีการควบคุมบังคับให้มีการปฏิบัติอย่างเคร่งครัดในเรื่องของการบันทึกข้อมูลเกี่ยวกับเวลาและสถานที่ในการจับกุม รวมทั้งข้อมูลเกี่ยวกับเจ้าพนักงานซึ่งทำการจับกุม โดยให้มีบทลงโทษถ้าไม่ปฏิบัติตาม
- กฎหมายในสถานการณ์ฉุกเฉิน กฎหมายความมั่นคงหรือ กฎหมายต่อต้านการก่อการร้ายซึ่งให้อำนาจอย่างกว้างขวางต่อเจ้าพนักงานผู้บังคับใช้กฎหมายและเจ้าหน้าที่ด้านความมั่นคงในการสอบปากคำหรือคุมขังบุคคล หรือ การไม่ถูกดำเนินคดีในข้อหาทรมาน ต้องถูกยกเลิก¹¹⁸
- ควรมีมาตรการที่มีประสิทธิภาพเพื่อป้องกันความรุนแรง ระหว่างผู้ต้องขังต่อผู้ต้องขัง รวมทั้งรายงานการสอบสวนการปฏิบัติดังกล่าว และการลงโทษผู้มีส่วนเกี่ยวข้อง และการให้ความคุ้มครองพิเศษต่อผู้ที่เสี่ยงต่อความรุนแรง ทั้งนี้โดยไม่ทำให้บุคคลดังกล่าวได้รับความเสี่ยงจากการปฏิบัติที่เลวร้ายเพิ่มขึ้น
- ต้องมีการแยกผู้ถูกควบคุมตัวตามเพศสภาพ อายุ และความร้ายแรงของอาชญากรรมที่ถูกกล่าวหาที่ได้ก่อขึ้น

116 ยกตัวอย่างเช่น คณะกรรมการต่อต้านการทรมานเสนอว่าเปรูควรจะยกเลิกการคุมขังผู้ต้องสงสัยว่าเกี่ยวข้องกับก่อการร้ายโดยไม่ให้ติดต่อกับโลกภายนอกเป็นเวลา 15 วัน โปรดดู เปรู, UN Doc. A/55/44, paras.56-63, paras.59 (c) and 61 (b).

117 คณะกรรมการต่อต้านการทรมาน: Egypt, UN Doc. CAT/C/CR/29/4, para.6 (h) and Yemen, UN Doc. CAT/C/CR/31/4, para.7 (d). และ ข้อเสนอแนะทั่วไปที่ 20 คณะกรรมการสิทธิมนุษยชน, paras.6 and 11

118 เปรู, UN Doc. A/50/44, paras.62-73, paras.68 and 73 (a); สหราชอาณาจักรแห่งบริเตนใหญ่และไอร์แลนด์เหนือ, UN Doc. CAT/C/CR/33/3, paras. 4 (c) and 5 (h) และ รายงานของผู้รายงานพิเศษว่าด้วยการทรมาน, UN Doc. A/57/173, para.3

ปกติแล้วเรามักพบว่ามีความหมายเกี่ยวกับการจับกุม คမ်းขัง และการควบคุมตัวในกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา อย่างไรก็ตาม มักจะมีการละเมิดพันธกรณีในการให้ความคุ้มครองดังกล่าว โดยการออกเป็นกฎหมายเกี่ยวกับความมั่นคง สถานการณ์ฉุกเฉิน และการต่อต้านการก่อการร้าย กฎหมายเหล่านี้มักให้อำนาจตำรวจและหน่วยงานอื่น ๆ อย่างกว้างขวาง ซึ่งอาจทำให้เกิดการทรมาน อย่างเช่น การให้อำนาจอย่างกว้างขวางที่จะควบคุมตัวผู้ต้องสงสัยโดยไม่ต้องมีหมายศาล¹¹⁹ และ/หรือการอนุญาตให้มีการคุมขังโดยไม่มีมาตรการป้องกันหรือการคุมขังเช่นนั้นกลายเป็นการปฏิบัติที่เลวร้ายโดยตัวของมันเอง อย่างเช่น การคุมขังโดยไม่มีกำหนด¹²⁰ การคุมขังก่อนการพิจารณาคดีเป็นเวลานาน¹²¹ หรือการคุมขังตามคำสั่งของรัฐบาล¹²² รวมทั้งการคุมขังโดยไม่ให้ติดต่อกับโลกภายนอก¹²³ ซึ่งมักเกิดขึ้นโดยขาดการกำกับดูแลอย่างเพียงพอจากอำนาจของศาล

ศาลสูงในบางประเทศโดยเฉพาะในเอเชียใต้ นอกจากจะช่วยคุ้มครองสิทธิของบุคคลเป็นรายกรณีแล้ว ยังสั่งการให้หน่วยงานของรัฐปฏิบัติตามขั้น

119 มาตรา 54 ของประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา บังคลาเทศ ปี 1898 ที่แก้ไขเพิ่มเติม

120 กฎหมายต่อต้านการก่อการร้ายของสหรัฐอเมริกา ปี 2001 คำสั่งทางทหารลงนามโดยประธานาธิบดีลงวันที่ 13 พฤศจิกายน 2001 และ พระราชบัญญัติต่อต้านการก่อการร้าย อาชญากรรมและความมั่นคง ของสหราชอาณาจักร ปี 2001 (ซึ่งส่วนหนึ่งได้ถูกใช้แทนโดยพระราชบัญญัติการป้องกันลัทธิก่อการร้าย ปี, 2005 (ดู *Thomas, 9/11*))

121 ดู ‘Terrorist and Disruptive Activities Ordinance (2004)’ ของเนปาล พระราชกฤษฎีกาฉบับนี้ได้รับการใช้แทน the Torture and Disruptive Activities (Prevention and Punishment) Act, 2002. รายละเอียดดูใน Asian Human Rights Commission, Nepal

122 Syria, Emergency Law, Legislative Decree No.51, 22 December 1962 และ Egypt, Emergency Law of Law Nr. 162 of 1958 (applied since 1981)

123 โปรดดู Visit to Spain, Report of the Special Rapporteur on Torture, paras.17 et seq

ตอนเพื่อแก้ปัญหาความล้มเหลวอย่างเป็นระบบ โดยเฉพาะการไม่สามารถปฏิบัติตามมาตรฐานระหว่างประเทศด้วย ดังในคดีระหว่าง D.K. Basu กับรัฐบาลบังกลาเทศ ศาลฎีกาอินเดีย เห็นว่าการทรมานเป็นการละเมิดต่อข้อ 21 ของรัฐธรรมนูญของอินเดีย และเห็นว่ามาตรการคุ้มครองที่มีอยู่ไม่เพียงพอ จึงได้กำหนดรายการ “สิ่งที่ต้องทำในทุกคดีที่มีการจับกุมหรือคุมขัง จนกว่าจะมีการออกกฎหมายที่เป็นมาตรการป้องกันแล้ว” ซึ่งประกอบด้วยรายการของมาตรการคุ้มครองสิทธิในระหว่างการควบคุมตัว¹²⁴ ศาลฎีกาบังกลาเทศในคดีระหว่าง Blast กับพวกและบังกลาเทศ กับพวก เห็นว่า มาตรา 54 ของประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาว่าด้วยการจับกุม อนุญาตให้ตำรวจสามารถใช้อำนาจโดยมิชอบ ศาลจึงได้ออกชุดคำสั่งที่มีต่อรัฐบาลบังกลาเทศ¹²⁵ คำสั่งเหล่านี้คล้ายคลึงกับคำสั่งของศาลฎีกาของอินเดียในคดี

124 (1997) I SCC 416 ข้อกำหนดดังกล่าวประกอบด้วยเจ้าหน้าที่ตำรวจที่รับผิดชอบการจับกุมและสอบปากคำจะต้องใส่ป้ายชื่อและสัญลักษณ์ที่ถูกต้องมองเห็นง่ายและชัดเจน การจัดเตรียมบันทึกการจับกุมและให้มีพยานรับรอง รวมทั้งให้ผู้ถูกจับกุมเป็นผู้ลงนามประกอบ สิทธิของบุคคลที่ถูกจับกุมหรือคุมขังที่จะแจ้งให้เพื่อนหรือญาติหรือบุคคลอื่นทราบเกี่ยวกับการจับกุมและสถานที่คุมขัง การแจ้งข้อมูลเกี่ยวกับเวลา สถานที่จับกุม และสถานที่ควบคุมตัวให้เพื่อนหรือญาติซึ่งอาศัยอยู่นอกพื้นที่หรือนอกเมืองได้ทราบภายใน 8-12 ชั่วโมงหลังจากการจับกุม การแจ้งให้ผู้ถูกจับกุมทราบถึงสิทธิที่จะแจ้งให้บุคคลอื่นทราบเกี่ยวกับการจับกุมหรือคุมขังตน การเขียนบันทึกเกี่ยวกับการจับกุมของบุคคลและชื่อของบุคคลที่ได้รับแจ้งข้อมูลเกี่ยวกับการจับกุม การตรวจร่างกายผู้ถูกจับกุมในเวลาที่ถูกจับกุมตามที่ถูกจับกุมต้องการ และการบันทึกอาการบาดเจ็บต่าง ๆ การกำหนดให้ผู้ถูกจับกุมได้รับการตรวจจากแพทย์ที่มีคุณภาพทุก 48 ชั่วโมงก่อนที่จะมีการคุมขัง การแจกจ่ายสำเนาเอกสารไปยังศาลแขวงที่มีอำนาจเพื่ออนุญาตให้ผู้ถูกจับกุมมีโอกาสพบกับทนายความในระหว่างการสอบสวนและการเตรียมห้องทำงานของตำรวจซึ่งจะเป็นแหล่งข้อมูลเกี่ยวกับการจับกุมและสถานที่ในการควบคุมตัวภายในเวลา 12 ชั่วโมงหลังจากมีการจับกุม โปรดดูคำพิพากษาของศาลฎีกาอินเดียตั้งแต่ปลายทศวรรษ 1970 จนถึง 1990 Mudgal, *Prisons and Custody*

125 โปรดดู *Bangladesh Legal Aid and Services Trust (BLAST) and others vs. Bangladesh and other*, 2003

Basu และนอกเหนือจากมาตรการป้องกันการจับกุมโดยพลการแล้ว ยังมี มาตรการคุ้มครองสิทธิในระหว่างการควบคุมตัวอื่น ๆ โดยเฉพาะให้มีการตรวจ ร่างกายภายหลังการจับกุม การแจ้งให้บุคคลที่สามทราบว่ามี การจับกุมตัว และการเข้าถึงทนายความตามที่ถูกควบคุมตัวต้องการ¹²⁶

4.2 รัฐจะต้องดำเนินมาตรการเพื่อป้องกันการลงโทษที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรม หรือย่ำยีศักดิ์ศรี อันเป็นผลมาจากการทำหน้าที่หรือการรู้เห็นเป็นใจของเจ้าพนักงานของรัฐ

พันธกรณีเพื่อป้องกันการลงโทษที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรม หรือที่ย่ำยีศักดิ์ศรี ปรากฏในข้อ 16 ของอนุสัญญา วรรค 2 ซึ่งกำหนดไว้ว่าบทบัญญัติต่างๆ ของอนุสัญญานี้ ไม่มีผลกระทบต่อบทบัญญัติทั้งปวงของกลไกระหว่างประเทศ หรือกฎหมายภายใน ซึ่งอาจจะมิมีบทบัญญัติที่ใช้บังคับได้ในขอบเขตที่กว้างกว่า ยกตัวอย่างเช่น มีการตีความว่าข้อ 7 ของกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมืองซึ่งห้ามการทรมานและการปฏิบัติที่เลวร้ายในรูปแบบอื่นครอบคลุมถึงการลงโทษทางกาย “ซึ่งรวมถึงการเขียนตัวอย่างรุนแรง ทั้งนี้เพื่อเป็นการลงโทษต่ออาชญากรรม หรือเป็นมาตรการอบรม หรือมาตรการทางวินัย”¹²⁷ คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติยังเน้นว่าข้อ 7 ครอบคลุมถึง “โดยเฉพาะเด็ก นักเรียน และคนไข้ ในสถาบันการศึกษาและหน่วยงานทางการแพทย์”¹²⁸ ทั้งยังมีการตีความว่าข้อห้ามการลงโทษที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรม หรือ ย่ำยีศักดิ์ศรี ยังครอบคลุมถึงการลงโทษทางกายทุกรูปแบบ ไม่ว่าจะเป็นการเขียนตีหรือการตัดแขนขาด้วย¹²⁹

126 เฟ็งอั้ง

127 คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติ, General Comment 20, para.5

128 คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติ เฟ็งอั้ง

129 โปรตุเกส รายงานของผู้รายงานพิเศษว่าด้วยการทรมาน, UN Doc. E/CN.4/2001/66, para.1024; Saudi Arabia, UN Doc. CAT/C/CR/28/5, para.4 (b) และ คำวินิจฉัยของคณะกรรมการสิทธิของมนุษย์และประชาชน แห่งอัคริกัน ที่ 236/2000 ระหว่าง Curtis Francis Doebbler v. Sudan; ECHR, Tyrer v. UK, ย่อหน้า

ศาลในบางประเทศยืนยันว่าการลงโทษทางกายเป็นการละเมิดต่อข้อห้ามการทรมาน¹³⁰ ตัวอย่างเช่น ศาลรัฐธรรมนูญอัฟริกาใต้ยืนยันในคดี *Christian Education South Africa v. Minister of Education* ว่าพระราชบัญญัติสถานศึกษาอัฟริกาใต้ซึ่งห้ามการลงโทษทางกายในสถานศึกษาไม่ขัดกับรัฐธรรมนูญ¹³¹ ในการตีความบทบัญญัติเกี่ยวกับสิทธิขั้นพื้นฐานในรัฐธรรมนูญ

33-35; ศาลสิทธิมนุษยชนแห่งทวีปอเมริกา ในคดี *Urso Branco Prisons* ย่อหน้า 10 และ รายงานของคณะกรรมการแห่งทวีปอเมริกา เรื่อง สถานการณ์สิทธิมนุษยชนในสาธารณรัฐโดมินิกัน ย่อหน้า 282-286. ตัวอย่างระดับชาติที่มีการห้ามการเยียนตีได้แก่ *Abolition of Corporal Punishment Act of 1997* ของอัฟริกาใต้ *Criminal Law (Amendment) Act, 2003* ของเคนยา และอียิปต์ซึ่งกำหนดห้ามการเยียนตีเพื่อลงโทษทางวินัยต่อผู้ต้องขัง โปรดดู Egypt, UN Doc. CAT/C/CR/29/4, para.3 (a). คณะกรรมการต่อต้านการทรมานให้ความเห็นต่อการโอบตี่ในข้อสังเกตเชิงสรุปที่มีต่อรายงานของประเทศต่าง ๆ รวมทั้งซาอุดีอาระเบียและเยเมน (see Saudi Arabia, UN Doc. CAT/C/CR/28/5, para.4 (b) and Yemen, UN Doc. CAT/C/CR/31/4, para.6 (b)). รัฐหลายแห่งในไนจีเรียตอนเหนือมีกฎหมายอนุญาตให้สามารถใช้การลงโทษทางกายได้ โดยเฉพาะการลงโทษทางกายรูปแบบที่โหดร้าย แม้รัฐบาลกลางจะได้แสดงข้อกังวลต่อกฎหมายดังกล่าว โปรดดู Nigeria country study in REDRESS, *Reparation for Torture*

130 มีคำพิพากษามากมายในเรื่องนี้ โปรดดูอย่างเช่น *Ex Parte Attorney-General Namibia In Re Corporal Punishment by Organs of State*, 1991 (Namibia Supreme Court); *The State v Williams and Others*, South Africa Constitutional Court, 1995 [referring to international jurisprudence on the definition of cruel, inhuman and degrading punishment, such as the judgment of the European Court of Human Rights in the case of *Tyrer v. UK*]; *P v Marksman & Anor*, St Vincent & the Grenadines, High Court, 1999; *Parents Forum for Meaningful Education and Another versus Union of India and another*, High Court of Delhi, 2000 (with extensive reference to obligations under the UN Convention on the Right of the Child) and *Naushad Ali v State*, Fiji High Court, 2002.

131 *Christian Education South Africa v. Minister of Education*, 2000

รัฐบาลได้อ้างถึงอนุสัญญาฉบับนี้เพื่อสนับสนุนข้อห้ามต่อการลงโทษทางกาย และศาลยืนยันว่าการลงโทษทางกายเป็นสิ่งผิดกฎหมายตามกฎหมายระหว่างประเทศ และเป็นสิ่งที่ขัดกับพันธกรณีของอัฟริกาใต้ที่มีต่อสนธิสัญญาสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ¹³²

ยังมีกรณีพิพาทที่พันธกรณีเพื่อป้องกันการลงโทษที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรม หรือ ที่ร้ายที่สุดคดีศรี โดยเชื่อมโยงกับโทษประหารชีวิต แม้ว่าจะมีขบวนการที่มุ่งยกเลิกโทษประหารชีวิตในหลายประเทศมากขึ้น และที่ผ่านมามีคณะไต่สวนอาชญากรรมระหว่างประเทศ ก็ไม่เคยอนุญาตให้ใช้โทษประหารชีวิตแต่อย่างใด หลักการพื้นฐานของปรัชญากฎหมายของกลไกสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ ก็ยอมรับว่า ในกรณีที่ประเทศนั้นยังคงมีโทษประหารชีวิต รัฐจะต้องดูแลให้กระบวนการประหารเป็นไปโดยมีความทุกข์ทรมานน้อยที่สุดเท่าที่จะทำได้ ตัวอย่างเช่น มีการตีความว่าการประหารโดยพลการและการประหารต่อหน้าสาธารณะ “ความเครียดในแดนประหาร (death row phenomenon)” (ที่เกิดจากการยืดเวลาก่อนการประหารและ/หรือการกำหนดเงื่อนไขบางอย่างในแดนประหาร) การขวางปาด้วยก้อนหิน การประหารหญิงมีครรภ์หรือหญิงที่เพิ่งคลอดบุตร ล้วนเป็นการลงโทษที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรม หรือ ที่ร้ายที่สุดคดีศรีทั้งสิ้น¹³³ มีชุดคำพิพากษาของศาลในประเทศซึ่งรวมถึงคณะกรรมการตุลาการของสภาองคมนตรี (Judicial Committee of the Privy Council)¹³⁴ ซึ่งพบว่า “ความเครียดในแดนประหาร” และวิธีการประหารบาง

132 เฟิงอั้ง ย่อหน้าที่ 13

133 โปรดดู China, UN Doc. A/51/44, para.150 (c) and Jordan, UN Doc. A/50/44, paras.159-182, para.169. ตัวอย่างเพิ่มเติมเกี่ยวกับคดีที่มีโทษประหารชีวิตและการลงโทษทางกาย ดู Saudi Arabia, UN Doc. CAT/C/CR/28/5, para.4 (b) and Yemen, UN Doc. CAT/C/CR/31/4, para.6 (b).และโปรดดูกรณีนี้ด้วยคือ Ingelse, Committee against Torture, p. 283 for additional references

134 Judicial Committee of the Privy Council หมายถึงศาลสูงสุดของดินแดนโพ้นทะเลและดินแดนที่เป็น Crown dependencies ของอังกฤษ และสำหรับประเทศในเครือจักรภพซึ่งยังให้สิทธิอุทธรณ์ต่อศาลในพระปรมาภิไธย หรือในกรณีของสาธารณรัฐที่จะร้องเรียนต่อคณะกรรมการตุลาการ โปรดดู www.privycouncil.org.uk

อย่างเป็นทางการละเมิดสิทธิขั้นพื้นฐานที่ห้ามไม่ให้มีการปฏิบัติหรือการลงโทษที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรม หรือ ที่ร้ายดั่งคดีครี โดยไม่จำเป็นต้องอ้างอิงข้อห้ามต่อ การทรมานตามกฎหมายระหว่างประเทศโดยตรง¹³⁵

4.3 รัฐจะต้องให้การศึกษากับเจ้าพนักงานผู้บังคับใช้กฎหมายและ ทบทวนหลักเกณฑ์การสอบสวนอย่างเป็นระบบ

ข้อ 10 ของอนุสัญญากำหนดให้รัฐต้องจัดให้มีหลักสูตรการฝึกอบรม “บุคลากรที่มีหน้าที่บังคับใช้กฎหมาย ทั้งที่เป็นพลเรือนหรือทหาร พนักงาน ทางการแพทย์ เจ้าหน้าที่ของรัฐและบุคคลอื่นๆ ที่อาจเกี่ยวข้องกับการควบคุมตัว การสอบสวน หรือการปฏิบัติต่อปัจเจกบุคคลที่ตกอยู่ภาวะของการถูกจับ การคุมขัง หรือการจำคุก ไม่ว่าจะในรูปแบบใด” ในส่วนที่เกี่ยวกับข้อห้ามการทรมาน

การอบรมเป็นความรับผิดชอบต่อเนื่อง และการป้องกันการทรมานที่ได้ ผลต้องพึงพาการให้การศึกษาระยะยาวและสม่ำเสมอให้กับหน่วยงานและ กรมกองที่มีส่วนเกี่ยวข้องกับบุคคลซึ่งเสี่ยงที่จะถูกทรมานหรือได้รับการปฏิบัติ อย่างเลวร้าย รวมทั้งการเผยแพร่เอกสารการอบรมอย่างกว้างขวาง การจัด หลักสูตรการอบรมเฉพาะและต่อเนื่อง และการให้ความรู้ในระหว่างการปฏิบัติ หน้าที่รวมทั้งมาตรการส่งเสริมอย่างอื่น

องค์การสหประชาชาติได้รับรองแนวปฏิบัติ หลักเกณฑ์การปฏิบัติและ หลักการต่าง ๆ ที่ดีความพันธกรณีของรัฐที่มีต่อกฎหมายระหว่างประเทศ และ ควรมีการเผยแพร่เอกสารเหล่านั้นให้กว้างขวางในบรรดาเจ้าพนักงานที่มีส่วน เกี่ยวข้องกับบุคคลที่ถูกควบคุมตัว อันประกอบด้วย

- กฎมาตรฐานขั้นต่ำของการปฏิบัติต่อผู้ต้องขัง (Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners)
- หลักการคุ้มครองบุคคลทุกคนที่อยู่ระหว่างถูกคุมขังและจำคุกในทุก กรณี (Body of Principles for the Protection of All Persons

135 Pratt and Morgan v. A.G. for Jamaica, 1994; Henfield v. Attorney-General of Bahamas, 1997; W.L.R.; Neville Lewis, Patrick Taylor and Anthony McLeod, Christopher Brown, Desmond Taylor and Steve Shaw v. The Attorney General of Jamaica and Another, 2000

under any Form of Detention or Imprisonment)

- จรรยาบรรณของเจ้าพนักงานผู้บังคับใช้กฎหมาย (Code of Conduct for Law Enforcement Officers)
- หลักการพื้นฐานในการใช้อาวุธหรือใช้กำลังโดยเจ้าพนักงานผู้บังคับใช้กฎหมาย (Basic Principles on the Use of Force and Firearms by Law Enforcement Officials)

แพทย์ พนักงานทางด้าน การแพทย์ในเรือนจำ และเจ้าหน้าที่สาธารณสุข ซึ่งทำงานอำนวยความสะดวกในสถานคุมขัง หรือมีส่วนเกี่ยวข้องกับบุคคลที่ถูก คุมขัง ควรได้รับคำแนะนำเกี่ยวกับ

- หลักจรรยาบรรณทางการแพทย์ที่เกี่ยวข้องกับบทบาทของเจ้าหน้าที่ สาธารณสุข โดยเฉพาะแพทย์ ทั้งนี้เพื่อคุ้มครองผู้ถูกควบคุมตัวและ ผู้ต้องขังให้ปลอดภัยจากการทรมาน และการปฏิบัติหรือการลงโทษ อื่นที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรม หรือที่ย่ำยีศักดิ์ศรี

สาระสำคัญทั้งฉบับของหลักเกณฑ์เหล่านี้มีอยู่ในภาคผนวกของคู่มือฉบับนี้

ข้อ 11 ของอนุสัญญากำหนดให้รัฐต้อง “พิจารณาทบทวนกฎเกณฑ์ คำสั่ง วิธีการและแนวทางปฏิบัติในการสอบสวนอย่างเป็นระบบ ตลอดจนการจัด ระเบียบทั้งปวงสำหรับการควบคุมและการปฏิบัติต่อบุคคลที่ตกอยู่ในภาวะของ การจับ การกักขัง และการจำคุกไม่ว่าในรูปแบบใด” ซึ่งส่งผลให้ต้องมีการ ทบทวนระบบที่เป็นอยู่ในสถานควบคุมตัวอย่างเป็นระบบ ทั้งนี้โดยไม่ต้องมีการ แจ้งล่วงหน้า และให้กำกับดูแลโดยหน่วยงานอิสระ¹³⁶

4.4 รัฐควรจัดตั้งหน่วยงานอิสระที่ทำงานอย่างมีประสิทธิภาพเพื่อตรวจสอบสถานที่ยึดกุมขัง

ในปี 2545 ผู้รายงานพิเศษสหประชาชาติว่าด้วยการทรมานมีข้อเสนอแนะทั่วไปและเรียกร้องให้รัฐพิจารณาข้อเสนอของผู้รายงานพิเศษ โดยให้ถือ

136 Committee Against Torture: Russian Federation, UN Doc. CAT/C/CR/28/4, para.8 (e) and Zambia, UN Doc. CAT/C/XXVII/Concl.4, para.8 (e)

เป็นเครื่องมือที่มีประโยชน์เพื่อเอาชนะการทรมาน¹³⁷ ย่อหน้า (f) ของข้อเสนอนี้
แนบดังกล่าวระบุว่า

“การตรวจสถานคุมขังเป็นประจำ โดยเฉพาะเป็นการเข้าเยี่ยมตามวาระอย่างเป็นระบบ เป็นมาตรการป้องกันไม่ให้เกิดการทรมานที่มีประสิทธิภาพมากที่สุดอย่างหนึ่ง องค์กรอิสระที่ไม่ใช่หน่วยงานของรัฐควรมีอำนาจและสามารถเข้าถึงพื้นที่ต่างๆ ในสถานคุมขังอย่างเต็มที่ รวมทั้งในห้องขังของตำรวจ ศูนย์ควบคุมตัวก่อนการพิจารณาคดี ห้องควบคุมของหน่วยงานด้านความมั่นคง พื้นที่ควบคุมของฝ่ายบริหาร หน่วยแพทย์และสถาบันจิตเวชของสถานคุมขังและเรือนจำ ทั้งนี้เพื่อให้มีการสอดส่องการปฏิบัติต่อบุคคลและสภาพของการคุมขัง เมื่อมีการตรวจตราเกิดขึ้น สมาชิกของคณะที่เข้าตรวจจะต้องได้รับอนุญาตให้พูดคุยกับผู้ถูกควบคุมตัวอย่างเป็นทางการเป็นส่วนตัว ทั้งยังควรรายงานผลสิ่งที่ได้พบเห็นต่อสาธารณะ นอกจากนี้ ควรมีการจัดตั้งหน่วยงานอย่างเป็นทางการเพื่อทำการตรวจตรา โดยคณะดังกล่าวควรประกอบด้วย เจ้าหน้าที่ฝ่ายตุลาการ เจ้าหน้าที่ผู้บังคับใช้กฎหมาย นายความของจำเลยและแพทย์ รวมทั้งผู้เชี่ยวชาญอิสระและตัวแทนจากภาคประชาสังคม ผู้ตรวจการแผ่นดิน และหน่วยงานระดับชาติหรือสถาบันสิทธิมนุษยชน ก็ควรได้รับโอกาสให้เข้าถึงสถานคุมขังทุกประเภท ทั้งนี้เพื่อให้สามารถสอดส่องสภาพการคุมขังได้ และหากมีการร้องขอ ก็ควรมีการอนุญาตให้คณะกรรมการกาชาดสากลเข้าตรวจเยี่ยมสถานคุมขังได้ องค์กรเอกชนและหน่วยงานที่ทำหน้าที่ตรวจตราอื่น ๆ ก็ควรสามารถเข้าถึงหน่วยงานของรัฐที่ไม่ใช่ทัณฑสถาน ที่มีหน้าที่ดูแลผู้สูงอายุ ผู้พิการทางจิต และเด็กกำพร้า รวมทั้งสถานกักตัวบุคคลต่างด้าว อย่างเช่น คนเข้าเมืองและผู้พลัดถิ่น”

137 UN Doc. E/CN.4/2003/68 of 17 December 2002

หน่วยงานที่เน้นให้เห็นความสำคัญของระบบตรวจเยี่ยมอย่างสม่ำเสมอ ได้แก่ การทำงานที่มีคุณค่ามหาศาลของคณะกรรมการกาชาดสากลและสาขาในประเทศต่าง ๆ ที่ทำงานมากกว่า 80 ปี และในยุโรป คืองานของคณะกรรมการยุโรปเพื่อป้องกันการทรมาน และการปฏิบัติหรือการลงโทษที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรม หรือที่ย่ำยีศักดิ์ศรี ซึ่งเป็นหน่วยงานภายใต้สภายุโรปที่มีอำนาจหน้าที่ในการเข้าเยี่ยมสถานคุมขัง (อย่างเช่น เรือนจำ และสถานพินิจและคุ้มครองเด็กและเยาวชน สถานีตำรวจ สถานควบคุมตัวคนต่างด้าว และโรงพยาบาลจิตเวช) ทั้งนี้เพื่อตรวจสอบสภาพการปฏิบัติต่อบุคคลที่ถูกควบคุมตัว และหากจำเป็นให้มีข้อเสนอแนะเพื่อการปรับปรุงต่อหน่วยงานของรัฐ พิธีสารเลือกรับของอนุสัญญาต่อต้านการทรมาน (ซึ่งได้รับการรับรองแล้วแต่ยังไม่มีผลบังคับใช้) กำหนดขั้นตอนที่จะนำไปสู่การจัดตั้งระบบการเข้าเยี่ยมอย่างสม่ำเสมอทั่วโลก โดยมีหน่วยงานอิสระในระดับระหว่างประเทศและระดับชาติที่จะเข้าเยี่ยมสถานคุมขัง และช่วยทำงานส่งเสริมกลไกระดับชาติและภูมิภาคที่มีอยู่

รัฐควรให้สัตยาบันพิธีสารเลือกรับของอนุสัญญา และจัดตั้งหน่วยงานกำกับดูแลระดับชาติซึ่งมีอำนาจหน้าที่สอบสวนและป้องกันการทรมาน หน่วยงานดังกล่าวควรมีลักษณะถาวร เป็นอิสระ และมีอำนาจอย่างกว้างขวาง รวมทั้งการเข้าเยี่ยมสถานคุมขังโดยไม่ต้องแจ้งล่วงหน้า ในหลายประเทศ อย่างเช่น เอลซัลวาดอร์ เม็กซิโก กานา และอินเดีย คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติก็มีอำนาจหน้าที่อย่างกว้างขวางในการป้องกันการละเมิดสิทธิมนุษยชนอยู่แล้ว อย่างเช่น คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติอินเดียได้มีคำสั่งและกำหนดแนวปฏิบัติเพื่อป้องกันการเสียชีวิตและการข่มขืนระหว่างถูกคุมขัง และเพื่อคุ้มครองสิทธิมนุษยชนในเรือนจำ ด้วยการสั่งการให้มีการตรวจร่างกายผู้ถูกควบคุมตัวเป็นประจำ เป็นต้น

5. รัฐจะต้องไม่บังคับส่งตัว เคลื่อนย้าย หรือส่งกลับบุคคลไปยังประเทศที่บุคคลนั้นเสี่ยงจะได้รับการทรมาน (การไม่ผลักดันกลับ Non-refoulement)

กฎหมายระดับชาติและการปฏิบัติควรสะท้อนหลักการตามที่ปรากฏ

ในข้อ 3 ของอนุสัญญาต่อต้านการทรมาน กล่าวคือ ข้อห้ามขับไล่ ส่งกลับ (ผลักดันกลับ) หรือส่งบุคคลเป็นผู้ร้ายข้ามแดนไปยังอีกรัฐหนึ่ง “เมื่อมีเหตุอันควรเชื่อได้ว่าบุคคลผู้นั้นจะได้รับอันตรายเพราะการตกเป็นเป้าของการถูกทรมาน” หลักการไม่ผลักดันกลับเป็นหลักการขั้นพื้นฐานต่อการป้องกัน การทรมาน และถ้ารัฐทำการขับไล่ ส่งกลับ หรือส่งตัวบุคคลโดยไม่เคารพต่อหลักการนี้ ก็จะต้องถือว่ากระทำการละเมิดต่อพันธกรณีว่าด้วยการห้ามการทรมาน ในการพิจารณาความเสี่ยงดังกล่าว หน่วยงานที่เกี่ยวข้องจะต้องให้ความสำคัญกับปัจจัยสำคัญที่เกี่ยวข้องทุกประการ รวมทั้งรูปแบบการละเมิดสิทธิมนุษยชน อย่างรุนแรง กว้างขวาง หรือแพร่หลายที่เกิดขึ้นอย่างสม่ำเสมอในรัฐดังกล่าว¹³⁸

รัฐจะต้องออกกฎหมายเพื่อคุ้มครองมิให้มีการละเมิดข้อห้ามดังกล่าว¹³⁹ ข้อห้ามดังกล่าวควรปรากฏทั้งในกฎหมายที่เกี่ยวกับคนเข้าเมืองและผู้ลี้ภัย และ

138 ข้อห้ามการไม่ผลักดันกลับเป็นหลักการซึ่งเป็นที่ยอมรับในกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ และพบได้ในสนธิสัญญาระหว่างประเทศหลายฉบับ ได้รับการเน้นย้ำในแนวคิดทางนิติศาสตร์ระหว่างประเทศ และถือเป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ ข้อ 33 ของอนุสัญญาว่าด้วยสถานภาพผู้ลี้ภัย (Convention on the Status of Refugees) ปี 1951 ระบุว่า “รัฐภาคีใด ๆ จะต้องไม่ขับไล่ หรือส่งกลับ (ผลักดันกลับ) ผู้ลี้ภัยไม่ว่าในลักษณะใด ไปยังพรมแดนของประเทศที่ชีวิตหรือเสรีภาพของบุคคลดังกล่าวอาจได้รับการคุกคาม อันเนื่องมาจากเชื้อชาติ ศาสนา สัญชาติ สมาชิกภาพในกลุ่มสังคมใดกลุ่มหนึ่ง หรือ ความคิดเห็นทางการเมืองแบบใดแบบหนึ่ง” นอกจากนี้บทบัญญัติในอนุสัญญาต่อต้านการทรมานแล้ว ยังมีบทบัญญัติที่คล้ายคลึงกันในข้อ 13(4) ของอนุสัญญาแห่งทวีปอเมริกาว่าด้วยการป้องกันและลงโทษการทรมาน ในขณะเดียวกันศาลสิทธิมนุษยชนแห่งยุโรปก็ได้รับรองพันธกรณีที่จะไม่ขับไล่บุคคลที่เสี่ยงต่อความตายหรืออาจได้รับการปฏิบัติที่เลวร้ายหรือการทรมาน *Chahal v. The United Kingdom*, para.74; *Vilvarajah and Others v. United Kingdom*, para. 103 and *Soering v. the United Kingdom* สถานภาพทางจารีตประเพณีของหลักการไม่ผลักดันกลับตามกฎหมายระหว่างประเทศได้รับการยืนยันจาก *San Remo Declaration on the Principle of Non-Refoulement*, 25th Roundtable of UN High Commissioner for Refugees, 6-8 September 2001

139 โปรดดูตัวอย่างการไม่ออกกฎหมายดังกล่าว Chile, UN Doc. CAT/C/32/5, para.6 (f) and New Zealand, UN Doc. CAT/C/CR/32/4, para.5 (a)

การส่งบุคคลเป็นผู้ร้ายข้ามแดน ทั้งนี้เพื่อให้มีพื้นฐานทางกฎหมายที่เหมาะสม¹⁴⁰ ในบางรัฐที่ไม่ได้ออกกฎหมายดังกล่าว ก็ได้พยายามปฏิบัติตามข้อห้ามโดยการ ออกเป็นคำสั่งของฝ่ายบริหาร¹⁴¹ ไม่ว่าจะในกรณีใดก็ตาม ข้อห้ามดังกล่าวควร มีองค์ประกอบดังต่อไปนี้

- ข้อห้ามซึ่งมีผลผูกพันต่อหน่วยงานของรัฐทุกแห่งที่จะไม่ขับไล่ ส่งกลับ หรือส่งบุคคลเป็นผู้ร้ายข้ามแดน หรือทำการส่งตัวด้วยวิธีการอย่าง ใดอย่างหนึ่ง เพื่อให้บุคคลดังกล่าวไปอยู่ในสถานที่ซึ่งมีเหตุผลสำคัญ

140 ดู กรณีของแคนาดา เอกสารสหประชาชาติ UN Doc. CAT/C/CR/34/CAN, paras.5 (a) and (b) and New Zealand, UN Doc. CAT/C/CR/32/4, para.6 (a). ตัวอย่าง กฎหมาย the Surrender (Extradition) of Persons Committing Crimes Act, 2001 ของ อาเซอร์ไบจาน มาตรา 3 ที่อ้างอิงในรายงานของอาเซอร์ไบจานต่อคณะ กรรมการต่อต้านการทรมาน UN Doc. CAT/C/59/Add.1, paras.90 et seq. และ Cameroon, Act No.97/010 ที่แก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติของกฎหมายว่าด้วยการ ส่งกลับ No. 64/LF/13 of 26 June 1964, อ้างถึงในรายงานของคาเมรูนต่อ คณะกรรมการต่อต้านการทรมาน, UN Doc. CAT/C/34/Add.17, para.23 (b). และโปรตุเกตุกฎหมายว่าด้วยคนต่างด้าวของโคโรเอเซียที่ออกมาเมื่อปี 2547 ซึ่งห้าม การส่งกลับบุคคลที่เสี่ยงต่อการทรมานเมื่อกลับไปยังประเทศของตน UN Doc. CAT/C/CR/32/3, para.3 (b).

141 ในบางประเทศอย่างเช่น สหรัฐฯ และ แคนาดา กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาและ ขั้นตอนเพื่อการปฏิบัติตามข้อ 3 ของอนุสัญญาว่าด้วยขั้นตอนการลี้ภัยและคนเข้าเมือง โปรตุเกตุ Regulation 22 C.F.R. Part 95.1 (Implementation of torture convention in extradition cases), effective as of 26 February 1999, ออกโดย กระทรวง การต่างประเทศเพื่อปฏิบัติตามอนุสัญญาต่อต้านการทรมาน และการลงโทษหรือการ ปฏิบัติอื่นที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรมหรือ ที่ร้ายกาจที่สุด ออกตามมาตรา 2242 แห่ง กฎหมายการปฏิรูปและปรับโครงสร้างการต่างประเทศ ปี 1998 กฎหมายมหาชน 105-277 และมาตรา 97 (1) และ มาตรา 115 กฎหมายป้องกันคนเข้าเมืองและผู้ลี้ภัย แคนาดา ปี2002 ที่ยืนยันว่า การทรมานตามนิยามของ ข้อ 1 อนุสัญญา เป็นพื้นฐาน ของการคุ้มครองและการไม่ส่งกลับ (แต่ไม่รวมถึงบุคคลที่มีลักษณะ กระทำการ ปกป้องความมั่นคงหรือเสี่ยงต่อการประกอบอาชญากรรมอันเนื่องมาจากการ ปกป้องการส่งกลับ) ดู CAT/C/CR/34/CAN, 4 (c) and (d)

ทำให้เชื่อได้ว่าเขาจะได้รับอันตรายจากการทรมาน¹⁴²

- จะต้องไม่มีข้อยกเว้นใด ๆ ต่อข้อห้ามนี้ ยกตัวอย่างเช่น การอ้างความสงบเรียบร้อยของสาธารณะ หรือความมั่นคงภายใน และไม่คำนึงด้วยว่าบุคคลดังกล่าวถูกกล่าวหาว่าได้ก่ออาชญากรรมและไม่คำนึงถึงความรุนแรงของอาชญากรรมดังกล่าวด้วย¹⁴³
- “รัฐอีกแห่ง” ให้หมายถึงทั้งรัฐที่บุคคลดังกล่าวกำลังจะถูกขับไล่ ส่งกลับ หรือส่งบุคคลเป็นผู้ร้ายข้ามแดน รวมทั้งรัฐที่บุคคลดังกล่าวอาจจะถูกขับไล่ ส่งกลับ หรือส่งบุคคลเป็นผู้ร้ายข้ามแดนในเวลาต่อไป¹⁴⁴
- หลักการไม่ผลักดันกลับต้องมีผลบังคับใช้ไม่เฉพาะกรณีที่มีความเสี่ยงที่จะเกิดการทรมานโดยหน่วยงานของรัฐเท่านั้น หากยังรวมถึงหน่วยงานที่มีอำนาจในเชิงพฤตินัยและอาจเทียบได้กับอำนาจที่ชอบธรรมตามปกติของรัฐ¹⁴⁵
- รัฐต้องกำกับดูแลให้หน่วยงานที่มีอำนาจเป็นผู้ตัดสินว่ามี “เหตุอันควรเชื่อ” ได้ว่าจะมีอันตรายจากการทรมาน ให้พิจารณาปัจจัยต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องทั้งหมดด้วยความรับผิดชอบ รวมทั้งรูปแบบการละเมิดสิทธิมนุษยชนอย่างรุนแรง กว้างขวาง หรือแพร่หลายที่เกิดขึ้นอย่างสม่ำเสมอในรัฐดังกล่าว และประเด็นอื่น ๆ การประเมินความเสี่ยงของการทรมานควรตั้งอยู่บนหลักการเหตุผลที่เหมาะสม โดยไม่ได้เป็นเพียงข้อมูลทางทฤษฎี หรือข้อสงสัย หรือเป็นเพียงโอกาสที่น่าจะเป็นเท่านั้น¹⁴⁶

142 Lithuania, UN Doc. CAT/C/CR/31/5, para.6 (g) and Ukraine, UN Doc. CAT/C/27/Concl.2, para.5 (d)

143 ข้อยกเว้นดังกล่าวปรากฏในกรณีของ Albania, UN Doc. CAT/C/CR/34/ALB, para.7 (n) and Canada, UN Doc. CAT/C/CR/34/CAN, para.4 (c) and (d)

144 CAT, *General Comment No. 1*, para.2

145 CAT, *Sadiq Shek Elmi v. Australia*, para.6.5

146 CAT, *General Comment No. 1*, para.6. For too strict a test see Switzerland, UN Doc. CAT/C/CO/34/CHE, para.4 (d)

- รัฐจะต้องไม่ปฏิบัติหรือมีส่วนร่วมในการปฏิบัติในการส่งตัวบุคคลที่ไม่อยู่ในกระบวนการยุติธรรม ทั้งนี้เพื่อส่งตัวเป็นผู้ต้องสงสัยหรือผู้ต้องขังไปยังรัฐที่มีเหตุอันควรเชื่อได้ว่าบุคคลดังกล่าวจะถูกทรมาน ทั้งจากการสอบปากคำหรือการกระทำที่มุ่งรวบรวมข้อมูล หรือจะต้องเข้ารับการไต่สวนจากศาล กระบวนการทางกฎหมาย (อย่างเช่น การไต่สวนก่อนการผลักดันกลับหรือการส่งบุคคลเป็นผู้ร้ายข้ามแดน) เป็นกระบวนการที่ไม่อาจถูกเพิกเฉยได้โดยความยินยอมของประเทศที่ส่งกลับ หรือโดยไม่มีความยินยอมก็ตาม กระบวนการเหล่านี้เป็นหลักประกันขั้นพื้นฐานเพื่อคุ้มครองบุคคลที่ถูกควบคุมตัว และจะต้องได้รับการเคารพตลอดเวลา การส่งบุคคลไปประเทศที่สามจะต้องไม่เกิดขึ้นแม้ในกรณีที่ประเทศซึ่งรับตัวบุคคลดังกล่าวให้คำยินยอมอย่างเป็นทางการว่า จะไม่มีการทรมานเกิดขึ้น¹⁴⁷

หลักนิติศาสตร์

มีหลายกรณีที่บุคคลร้องเรียนต่อศาลในประเทศ ศาลสิทธิมนุษยชนระดับภูมิภาคและกลไกภายใต้สนธิสัญญาระหว่างประเทศ ว่ามีความเสี่ยงที่จะต้องเผชิญการทรมานเมื่อถูกส่งกลับ ศาลในประเทศหลายแห่งได้ใช้หลักการไม่ผลักดันกลับ โดยอ้างอิงข้อ 3 ของอนุสัญญา อย่างเช่น กรณีของอัฟริกาใต้¹⁴⁸

147 โปรดดู REDRESS, *Terrorism and Torture*, pp.27 et seq

148 คดีระหว่างมูฮัมหมัด กับ พวก และ ประธานาธิบดีแห่งสาธารณรัฐอัฟริกาใต้กับพวก ปี 2001 ศาลรัฐธรรมนูญอัฟริกาใต้ยืนยันในย่อหน้า 73 หัวข้อ 3.1.1 ว่า การส่งตัวนายมูฮัมหมัดไปสหรัฐฯ โดยไม่มีคำยืนยันทางการทูตว่าเขาจะไม่ต้องโทษประหารชีวิต อันเป็นการละเมิดสิทธิของเขาตามรัฐธรรมนูญว่าด้วย “ศักดิ์ศรีของมนุษย์ สิทธิที่จะมีชีวิต และสิทธิที่จะไม่ถูกปฏิบัติหรือลงโทษอย่างเลวร้าย ไร้มนุษยธรรม หรือย่ำยีศักดิ์ศรี...” ในการตีความขอบเขตสิทธิตามรัฐธรรมนูญดังกล่าว ศาลได้อ้างอิงพันธกรณีตามที่ปรากฏในข้อ 3 ของอนุสัญญาต่อต้านการทรมาน โปรดดูย่อหน้า 59 “ข้อที่รัฐบาลอ้างว่าเป็นการเนรเทศ แต่ไม่ได้เป็นการส่งตัวนายมูฮัมหมัดในฐานะผู้ร้ายข้ามแดนนั้น ไม่ใช่ประเด็นที่เป็นสาระสำคัญ ศาลยุโรปไม่ได้จำแนกความแตกต่าง

หรือโดยการตีความกฎหมายภายในประเทศซึ่งมีข้อห้ามว่าด้วยการไม่ผลักดันกลับ
อย่างเช่น กรณีของแคเมอรูน¹⁴⁹ สหราชอาณาจักร¹⁵⁰ และสหรัฐฯ¹⁵¹ นอกจากนี้
นั้นศาลยังประยุกต์ใช้มาตรฐานระหว่างประเทศทั่วไปว่าด้วยการไม่ผลักดันกลับ
โดยเฉพาะเนื้อหาที่กำหนดไว้ในข้อ 3 ของอนุสัญญาซึ่งเกี่ยวข้องกับสถานะของ
ผู้ลี้ภัยในปี 1951 และอ้างอิงพันธกรณีตามที่ปรากฏในสนธิสัญญาสิทธิมนุษย
ชนระดับภูมิภาค อย่างเช่น ข้อ 3 และ 6 ของอนุสัญญาสิทธิมนุษยชนยุโรป¹⁵²

อย่างไรก็ตาม หลักการไม่ผลักดันกลับยังไม่ได้มีการบังคับใช้อย่างเต็ม
รูปแบบ และศาลหลายแห่งก็ล้มเหลวในการจัดการคุ้มครองอย่างเพียงพอเพื่อ

ระหว่างการเนรเทศกับการส่งบุคคลเป็นผู้ร้ายข้ามแดนในการบังคับใช้ตามข้อ 3 ของ
อนุสัญญาสิทธิมนุษยชนยุโรปเลย หรือในการบังคับใช้อนุญาตต่อต้านการทรมาน
ก็ติ...ซึ่งอัฟริกาใต้เป็นรัฐภาคีและได้ให้สัตยาบันเมื่อวันที่ 10 ธันวาคม 2541 ข้อ 3(1)
ของอนุสัญญา ซึ่งระบุว่า...ไม่ได้แยกแยะความแตกต่างระหว่างการขับไล่ การส่งกลับ
หรือการส่งบุคคลเป็นผู้ร้ายข้ามแดน ในกรณีที่เขาอาจต้องเผชิญกับรูปแบบการ
ลงโทษที่ไม่อาจยอมรับได้ การกระทำใด ๆ ดังกล่าวถือเป็นข้อห้าม และสิทธิของรัฐที่
จะเนรเทศบุคคลต่างด้าวที่ผิดกฎหมายก็ต้องอยู่ภายใต้ข้อห้ามนี้เช่นกัน มาตรฐาน
เช่นนี้เป็นสิ่งที่รัฐธรรมนูญของเรากำหนดให้รัฐบาลต้องปฏิบัติตามโดยเฉพาะใน
เงื่อนไขตามที่ปรากฏในคดีที่อยู่ระหว่างการพิจารณานี้”

149 Court of Appeal Yaoundé, 1997, at <http://www.icrc.org/ihlnat.nsf/46707c419d6bdfa24125673e00508145/12b9d4cc5085f06bc1256b3b005d0871?OpenDocument>

150 *The Government of the Russian Federation v. Akhmed Zakaev*, 2003

151 โปรดดูสถานการณ์ในสหรัฐฯ ก่อนคดี 1997 Rosati, *UN Convention against Torture*, and for recent developments, US: UN Doc. CAT/C/48/Add.3, paras.30 et seq.; and for concerns concerning the compatibility of the recent practice with international standards Caruso, *Torture Fears Don't Halt U.S. Deportation of Immigrants and Bernstein, Deportation Case Focuses on Definition of Torture*

152 โปรดดูอย่างเช่น คำพิพากษาของศาลสูงโปแลนด์ปี 2540 และ 2545 และศาล
อุทธรณ์กรุงควาโคว์ ปี 2544 ซึ่งศาลได้นำข้อ 3 ของอนุสัญญาสิทธิมนุษยชนยุโรป
ซึ่งเป็นการยืนยันข้อห้ามว่าด้วยการไม่ผลักดันกลับ

ป้องกันไม่ให้เกิดการส่งบุคคลเป็นผู้ร้ายข้ามแดนและการเนรเทศบุคคลที่เกิด ขึ้นอยู่ทั่วไป โดยเฉพาะผู้ที่ต้องสงสัยว่าเกี่ยวข้องกับภารกิจร้าย และไม่มี มาตรการป้องกันอย่างเพียงพอ¹⁵³ แม้ในกรณีที่มีการอ้างอิงพันธกรณีตามสนธิ สัญญาระหว่างประเทศ ก็มีหลายกรณีที่คำพิพากษาของศาลในประเทศให้ความสำคัญ คุ่มครองน้อยกว่าที่กำหนดไว้ในมาตรฐานระหว่างประเทศ ยกตัวอย่างเช่น คำพิพากษาของศาลสูงแคนาดาในคดี *Suresh v. Canada*¹⁵⁴ ซึ่งเป็นการ พิจารณาว่าการส่งกลับผู้ต้องสงสัยว่าเกี่ยวข้องกับการก่อการร้ายไปยังประเทศที่

153 โปรดดูตัวอย่างเช่น REDRESS, *Terrorism and Torture* หน้า 33 และ 34 สำหรับการวิเคราะห์คดีส่งบุคคลเป็นผู้ร้ายข้ามแดนระหว่างตุรกีและออสเตรเลียซึ่งอยู่ระหว่างการพิจารณาของศาลสิทธิมนุษยชนแห่งยุโรป ในระหว่างที่เขียนบทความชิ้นนี้ โดยที่ ศาลสั่งการให้มีการส่งตัวผู้ถูกกล่าวหาว่าเป็น “ผู้ก่อการร้าย” หรือ “พวกหัวรุนแรง” ไปยังอุซเบกิสถานและอัฟกานิสถานถึงแม้ว่าตามหลักฐานข้อมูลที่มีอยู่จะปรากฏ ซึ่งความเสี่ยงอย่างร้ายแรงที่บุคคลดังกล่าวจะต้องได้รับการทรมานเมื่อมีการผลักดัน ออกไป ในคำพิพากษาเมื่อวันที่ 10 ธันวาคม 2547 ศาลปกครองกลางของเยอรมนี ยืนยันว่าการส่งตัวเมดิน แคพเพลน ไปยังตุรกีเป็นสิ่งที่ชอบด้วยกฎหมาย แคพเพลนซึ่งเคยต้องโทษในข้อหาเป็นพวกหัวรุนแรงในเยอรมนี เป็นที่ต้องการตัวของรัฐบาล ตุรกีในข้อหาทรยศต่อประเทศ แม้ว่าศาลปกครองระดับภูมิภาคมีคำพิพากษาในปี 2546 ว่า ไม่อาจส่งตัวแคพเพลนในฐานะผู้ร้ายข้ามแดนไปยังตุรกีได้เพราะจะทำให้เกิด ความเสี่ยงต่อการทรมานเมื่อเขากลับประเทศ แต่ศาลปกครองกลางเห็นว่าแม้ตุรกีจะ เป็นประเทศที่ยังคงมีการทรมานอยู่มาก แต่ความเสี่ยงดังกล่าวก็ลดลงเนื่องจาก รัฐบาลตุรกีให้คำยืนยันในกรณีนี้และคดีนี้ยังเป็นคดีที่คนทั่วไปรู้จักกันมาก ศาลยัง อ้างถึงการคุ้มครองด้านกฎหมายที่แคพเพลนจะได้รับตามอนุสัญญาสิทธิมนุษยชน แห่งยุโรประหว่างที่อยู่ในตุรกี

154 คดีระหว่าง *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2002], ต่อมาได้ถูกนำมาใช้ในคดีระหว่าง *Sogi v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* [2004] para.9 และคดีระหว่าง *Dinita v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* [2003]. และคดีที่คล้ายคลึงกันระหว่าง *Ahani v. M.C.I.*, 2002. (Summaries of the Suresh and Ahani ซึ่งสามารถหาได้ใน Canada's report to the Committee against Torture, UN Doc.CAT/C/55/Add.8, 9 January 2004)

เขาต้องเผชิญความเสี่ยงจากการทรمان เป็นการละเมิดหลักความยุติธรรมขั้นพื้นฐาน และขัดกับมาตรา 7 ของกฎบัตรว่าด้วยสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานของแคนาดาหรือไม่¹⁵⁵ ศาลยืนยันหลักการว่ารัฐบาลแคนาดาต้องมีส่วนรับผิดชอบต่อการทรمانที่อาจเกิดขึ้นเนื่องจากการกระทำของตนเป็นปฐมเหตุ และรัฐบาล “โดยทั่วไปแล้ว” ไม่สามารถส่งตัวบุคคลไปรับความเสี่ยงจากการทรمانในสภาพการณ์ปกติได้ อย่างไรก็ตาม ศาลได้กำหนดข้อยกเว้นโดยยืนยันว่าในกรณีที่มีความเสี่ยงต่อความมั่นคงในประเทศ รัฐบาลแคนาดาก็อาจส่งตัวบุคคลไปรับความเสี่ยงจากการทรمانได้ ทั้งนี้โดยต้องชั่งน้ำหนักระหว่างความเสี่ยงต่อรัฐและความเสี่ยงต่อบุคคล เมื่อมีการนำบทบัญญัติเกี่ยวกับสิทธิพื้นฐานมาใช้¹⁵⁶ คณะกรรมการสหประชาชาติว่าด้วยการต่อต้านการทรมาน

155 มาตรา 7 ของกฎบัตรระบุว่า “ทุกคนมีสิทธิที่จะมีชีวิต อิสระภาพ และความมั่นคงของบุคคล และเป็นสิทธิที่จะต้องไม่ถูกพรากจากไป ทั้งนี้ยกเว้นในกรณีที่สอดคล้องกับหลักการความยุติธรรมขั้นพื้นฐาน”

156 โปรดดู *Suresh v. Canada*, paras.42 et seq., โดยเฉพาะย่อหน้าที่ 78 และในคดี *Mahjoub v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2005 ผู้พิพากษาต่อว์สันยืนยันว่าการตัดสินใจที่จะออกไปรับรองความมั่นคง (ซึ่งเป็นการระบุว่าบุคคลดังกล่าวจัดอยู่ในกลุ่มบุคคลที่รัฐบาลไม่อนุญาติให้มีสิทธิพำนักอาศัยหรือเป็นพลเมืองแคนาดา) ในกรณีของนาย Mahjoub ซึ่งต้องสงสัยว่าเป็นสมาชิกองค์การก่อการร้าย ผู้พิพากษาเห็นว่าคำพิพากษาดังกล่าวไม่ชอบด้วยเหตุผลเมื่อพิจารณาจากความเสี่ยงอย่างมากที่เขาจะต้องเผชิญการทรมานหากถูกผลักดันกลับไปอิยิปต์ ในย่อหน้า 64 ผู้พิพากษาต่อว์สันระบุว่า “ข้าพเจ้าตระหนักดีถึงประเด็นสำคัญที่ถูกหยิบยกขึ้นมา แต่จะไม่ตัดสินในประเด็นนั้น นั่นคือสภาพการณ์ที่อาจสร้างความชอบธรรมให้กับการเนรเทศบุคคลให้ต้องไปเผชิญกับการทรมาน ศาลสูงแคนาดาเปิดให้ประเด็นนี้มีการอภิปรายต่อไป โดยไม่จำกัดโอกาสที่อาจมีการให้เหตุผลเพื่อสนับสนุนการเนรเทศได้ในสภาพการณ์ที่เป็นข้อยกเว้น ซึ่งอาจเป็นผลมาจากการชั่งน้ำหนักตามที่ปรากฏในข้อ 7 ของธรรมนูญหรือตามข้อ 1 ของธรรมนูญ อย่างไรก็ตาม มีข้อบ่งชี้ที่น่ารับฟังว่าการเนรเทศบุคคลให้ไปรับการทรมานเป็นการกระทำที่ไม่อาจยอมรับได้ในขั้นพื้นฐาน เป็นการกระทำที่ลั่นกลอนมโนธรรมสำนึกของชาวแคนาดาอย่างยิ่ง และเป็นการกระทำที่ละเมิดต่อความยุติธรรมขั้นพื้นฐานในลักษณะที่ไม่อาจหาเหตุผลมาสนับสนุนตามมาตรา 1 ของกฎบัตรได้...”

ตั้งข้อสังเกตและแสดงข้อกังวลว่า “เป็นความล้มเหลวของคำพิพากษาดามกฎหมายภายในประเทศของศาลสูงแคนาดาในคดี *Suresh v. Minister of Citizenship and Immigration* ที่ไม่ตระหนักถึงลักษณะตามข้อ 3 ของอนุสัญญา ซึ่งเป็นข้อห้ามอย่างเด็ดขาดไม่ว่าจะมีข้อยกเว้นใด ๆ ได้”¹⁵⁷

ศาลสิทธิมนุษยชนแห่งยุโรปยืนยันถึงลักษณะการเป็นข้อห้ามเด็ดขาดของหลักการไม่ผลักดันกลับในคดีสำคัญระหว่าง *Chahal v. the United Kingdom* โดยที่รัฐบาลสหราชอาณาจักรร้องขอให้มีความยืดหยุ่นของข้อห้ามในคำพิพากษาคดีนี้ ศาลตั้งข้อสังเกตในข้อ 80 ว่า “ในกรณีที่มีเหตุผลสำคัญที่ทำให้เชื่อได้ว่าบุคคลจะต้องเผชิญความเสี่ยงอย่างแท้จริงที่จะได้รับการปฏิบัติในทางตรงข้ามกับข้อ 3 เมื่อถูกส่งตัวไปยังรัฐแห่งอื่น เป็นความรับผิดชอบของรัฐบาลที่จะป้องกันบุคคลผู้นั้นไม่ให้ได้รับการปฏิบัติดังกล่าวในกรณีที่มีการส่งตัวบุคคลนั้นออกไป ในสภาพการณ์ดังกล่าว กิจกรรมของบุคคลไม่ว่าจะอันตรายหรือไม่เป็นที่น่าพึงปรารถนาเพียงใด ก็ไม่อาจถูกหยิบยกขึ้นมาเป็นข้อพิจารณาสำคัญได้”¹⁵⁸ คณะกรรมการต่อต้านการทรมานก็มีความเห็นในทำนองเดียวกัน¹⁵⁹

6. คำให้การที่ได้จากการทรมานจะใช้อ้างเป็นพยานหลักฐานไม่ได้

ข้อ 15 ของอนุสัญญาระบุไว้ว่า “ให้รัฐภาคีแต่ละรัฐประกันว่า จะยกคำให้การใดที่พิสูจน์ได้ว่าเป็นผลจากการทรมานขึ้นอ้างเป็นหลักฐานในการดำเนินคดีใดมิได้ เว้นแต่จะใช้เป็นหลักฐานผูกมัดบุคคลที่ถูกกล่าวหาว่าได้กระทำการ

157 Canada, UN Doc. CAT/C/CR/34/CAN

158 *Chahal v. UK* (1996). และโปรดดูคำพิพากษาล่าสุดของศาลสิทธิมนุษยชนแห่งยุโรปในคดี *N. v. Finland* (2005) ซึ่งศาลยืนยันในคำพิพากษาคดี *Chahal* ว่า “ข้อห้ามตามที่ปรากฏในข้อ 3 ที่มีต่อการทรมาน และการปฏิบัติหรือการลงโทษอื่นที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรม หรือที่ย่ำยีศักดิ์ศรี มีลักษณะเป็นข้อห้ามอย่างเด็ดขาด กิจกรรมของบุคคลไม่ว่าจะอันตรายหรือไม่เป็นที่น่าพึงปรารถนาเพียงใด ก็ไม่อาจถูกหยิบยกขึ้นมาเป็นข้อพิจารณาสำคัญได้”

159 *Tapia Paez v. Sweden*, (1997), para. 14.5 and *Pauline Muzonzo Paku Kisoki v. Sweden* (1996)

ทรมาน ในฐานะเป็นหลักฐานว่าคำให้การได้มาโดยวิธีนั้น” พันธกรณีที่คล้ายคลึงกันก็ปรากฏในข้อ 10 ของอนุสัญญาแห่งทวีปอเมริกาว่าด้วยการป้องกันและลงโทษการทรมาน

คำให้การหรือคำรับสารภาพที่ได้จากการทรมานเป็นสิ่งไม่น่าเชื่อถือ และนำมาใช้ในการพิจารณาคดียอมเป็นการส่งเสริมเทคนิคการสอบปากคำที่มีการใช้การทรมาน ในทำนองเดียวกัน คำให้การหรือคำรับสารภาพใดที่พิสูจน์ได้ว่าเป็นผลมาจากการทรมาน จะต้องไม่ถูกนำมาใช้เป็นหลักฐานในการดำเนินคดีใด ๆ ไม่ว่าในสภาพการณ์ใด โดยเฉพาะอย่างยิ่ง

- รัฐจะต้องห้ามการใช้พยานหลักฐานที่ได้จากการทรมาน โดยข้อห้ามดังกล่าวจะปฏิบัติได้จริงเมื่อมีกฎหมายรองรับ¹⁶⁰ ข้อห้ามดังกล่าวจะต้องไม่มีเงื่อนไขและไม่มีข้อยกเว้น รวมทั้งจะต้องไม่อนุญาตให้ผู้พิพากษาและผู้มีอำนาจตัดสินใจอื่น ๆ ใช้วิจาร์ณญาณของตนตัดสินว่าจะยอมรับ หรือให้นำน้ำหนักกับพยานหลักฐานเช่นนั้นหรือไม่¹⁶¹
- ข้อห้ามดังกล่าวจะต้องนำมาใช้ทั้งในกระบวนการทางอาญาและกระบวนการอื่นนอกเหนือจากศาล อย่างเช่น ในการพิจารณาคดีของฝ่ายบริหาร หรือการพิจารณาคดีการส่งบุคคลเป็นผู้ร้ายข้ามแดน หรือการไม่ผลักดันกลับ¹⁶²
- จะต้องไม่ยอมให้มีการใช้คำให้การที่ได้มาจากการทรมานเป็นหลักฐาน แม้ในกรณีที่เป็นการกระทำของบุคคลที่สามที่ไม่มีความเกี่ยวข้องกับ

160 โปรดดูอย่างเช่น Colombia, UN Doc. CAT/C/CR/31/1, para.3 (d); Finland, UN Doc. A/51/44, paras.120-137, para.137 and Turkey, UN Doc. CAT/C/CR/30/5, para.4 (d). See for examples of failure to expressly prohibit: Albania, CAT/C/CR/34/ALB, para.7 (g); Cameroon, UN Doc. A/56/44, paras.60-66, para.65 (f); Iceland, UN Doc. CAT/C/CR/30/3, 27 May 2003, paras.7 and 9 (b); Kazakhstan, UN Doc. A/56/44, paras.121-129, para.129 (d) and Ukraine, UN Doc. CAT/C/27/Concl.2., paras.5 (h)

161 โปรดดู Ingelse, *Committee against Torture*, p.380 เพื่ออ้างอิงเพิ่มเติม

162 CAT, P.E. v. France (2001), para 6.3

การดำเนินคดีและเป็นการทรมานในประเทศที่สาม¹⁶³

- ในกรณีที่มีข้อกล่าวหาว่ามีการทรมาน รัฐจะต้องสอบสวนความจริงเกี่ยวกับข้อกล่าวหา¹⁶⁴
- ในกรณีที่มีข้อกล่าวหาที่น่าเชื่อถือว่าคำรับสารภาพหรือคำให้การนั้นเป็นผลมาจากการทรมาน ฝ่ายที่ดำเนินการฟ้องร้องคดีต้องมีภาระการพิสูจน์เพื่อยืนยันว่าหลักฐานดังกล่าวได้มาโดยไม่มีการใช้วิธีการทรมาน¹⁶⁵

รัฐควรกำหนดมาตรการเพิ่มเติมเพื่อลดโอกาสที่จะมีการใช้การทรมานและการปฏิบัติที่เลวร้ายรูปแบบอื่นเพื่อบังคับให้รับสารภาพหรือให้การบางอย่าง อย่างเช่น การกำหนดให้มีการรับสารภาพเฉพาะต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ที่มีตำแหน่งสูง หรือให้ดีกว่านั้นให้มีการเขียนคำรับสารภาพต่อหน้าผู้พิพากษาดังข้อกำหนดในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาของเยอรมนี¹⁶⁶ การกำหนดเป็นบทบัญญัติในกฎหมายเพื่อคุ้มครองสิทธิที่จะไม่เบิกความเป็นปรปักษ์ต่อตนเอง และการดำเนินการให้ผู้ถูกควบคุมตัวได้รับแจ้งสิทธิดังกล่าว

163 United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland, UN Doc. CAT/C/CR/33/3, para.4 (i). See case of A (FC) and others (FC) (Appellants) v. Secretary of State for the Home Department (Respondent) (2004) A and others (Appellants) (FC) and others v. Secretary of State for the Home Department (Respondent) (Conjoined Appeals) [2005]

164 CAT, K.K. v. Switzerland (2003). and P.E. v. France, (2001) para 6.3

165 ดังที่เป็นการปฏิบัติในศาลของบราซิลบางแห่ง โปรดดู Visit to Brazil, Report of the Special Rapporteur on Torture, para.101 et seq. See also *Bouabdallah LTAIEF v. Tunisia*, UN Doc. CAT/C/31/D/189/2001, para.5.12 and *Singara v. Sri Lanka* ซึ่งคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนระบุในย่อหน้าที่ 7.4 ว่า “...การผลักภาระการพิสูจน์ของข้อกล่าวหาว่าคำรับสารภาพของเขาเป็นผลสืบเนื่องมาจากการถูกบังคับให้กับผู้กล่าวอ้างนั้น เท่ากับรัฐภาคี (ศรีลังกา) ทำการละเมิดย่อหน้าที่ 2 และ 3(g) ของข้อ 14 รวมทั้งย่อหน้าที่ 3 และ 7 ของข้อ 2 ของอนุสัญญา”

166 โปรดดูมาตรา 254 ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาของเยอรมนี

จะช่วยลดโอกาสที่จะเกิดการทรมานได้¹⁶⁷

หลักนิติศาสตร์แห่งชาติ

โดยทั่วไปแล้วศาลระดับชาติต้องตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของ คำรับสารภาพ ซึ่งเป็นไปตามกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา โดยจัดให้มี การไต่สวนแยกออกจากการพิจารณาคดี การนำมาตรฐานระหว่างประเทศมาบังคับ ใช้ในการไต่สวนขึ้นอยู่กับเนื้อหาของกฎหมายภายในประเทศ ซึ่งโดยส่วนใหญ่ แล้วมีข้อห้ามต่อการนำพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบด้วยกฎหมาย แม้จะไม่ ระบุอย่างชัดเจนทุกกรณี¹⁶⁸

ในหลายประเทศ ศาลสูงได้รับการเรียกร้องให้ตัดสินในประเด็นว่าจะ ยอมรับหลักฐานที่ได้จากการทรมานหรือไม่ ศาลฎีกาอุซเบกิสถาน มีคำ พิพากษาในประเด็นข้อกฎหมาย โดยอธิบายว่าคำรับสารภาพที่ได้มาจากวิธีการ อันมิชอบด้วยกฎหมาย เช่น การทรมาน ย่อมเป็นสิ่งไม่ชอบด้วยกฎหมายของ

167 โปรดดูภาพรวมของกฎหมายระดับประเทศที่เกี่ยวข้อง Harland, Status of the International Covenant on Civil and Political Rights, pp. 187-260. และดูข้อ 14(3) (g) ของกติกาสากลว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง “สิทธิที่จะไม่ถูก บังคับให้เบิกความเป็นประจักษ์ต่อตนเองหรือให้รับสารภาพผิด”

168 มีคำพิพากษามากมายจากทั่วโลกที่ศาลยืนยันว่าคำสารภาพที่ได้จากการทรมานไม่ ชอบด้วยกฎหมาย ยกตัวอย่างเช่น คำพิพากษาของศาลสูงสหรัฐฯ เมื่อเกือบห้าสิบปีที่ แล้ว Payne v. Arkansas, 356 U.S. 560 (1958) คำพิพากษาเมื่อเร็ว ๆ นี้ของศาล แชนเจียงแฟรงค์เฟิร์ต เยอรมนี ซึ่งยืนยันว่าข้อมูลที่ได้จากการทรมานเป็นสิ่งไม่ชอบ ด้วยกฎหมาย ทั้งนี้โดยการอ้างถึงข้อ 1 และ 104 I, S.2 ของกฎหมายพื้นฐานเยอรมนี ปี 1949 และข้อ 3 อนุสัญญาสิทธิมนุษยชนยุโรป และโปรดดูคำพิพากษา AZ.5/22, 2003 รวมทั้งคำพิพากษาของศาลจอร์แดนในกรณีตัวอย่างระดับประเทศ No. 271/1991; No. 51/1998 and No. 256/1998 ซึ่งล้วนเกี่ยวข้องกับพระราชบัญญัติหมายเลข 9 ในปี 1961 ของประมวลวิธีพิจารณาความของศาล และโปรดดูตัวอย่างการปฏิบัติใน ระดับรัฐเพิ่มเติมกรณีของแคนาดา ฝรั่งเศส สเปน เนเธอร์แลนด์ และเยอรมนี UK House of Lords, Case of A, 2005, para.37

อุเบกิสถาน แม้ว่าคำพิพากษาดังกล่าวจะไม่มีผลกระทบมากนักในทางปฏิบัติ และเป็นคำพิพากษาที่ไม่ได้อ้างอิงอย่างชัดเจนถึงข้อ 15 ของอนุสัญญา¹⁶⁹ ในบรรชิล ภาระการพิสูจน์จะตกเป็นของหน่วยงานที่จะต้องไปค้นหาหลักฐาน เพื่อนำเสนอ ในกรณีที่มีข้อกล่าวหาว่าหลักฐานที่ได้มานั้น ได้มาจากการทรมาน แม้ว่าใน ความเป็นจริงผู้พิพากษาทุกคนก็ไม่ได้ปฏิบัติตามแนวทางดังกล่าว มีการกำหนด ให้ผู้พิพากษาต้องดำเนินการสอบสวนโดยตำแหน่งโดยขึ้นอยู่กับ การตีความ กฎหมายของประธานศาลอุทธรณ์แห่งรัฐและศาลฎีกาแห่งรัฐ แม้ว่าในทาง ปฏิบัติจะไม่ได้เป็นเช่นนั้นเสมอไป¹⁷⁰

ศาลมักจะไม่นำข้อ 15 ของอนุสัญญามาใช้ในคำพิพากษาโดยตรง ในฝรั่งเศสคดีของ Mme. Elser ผู้ร้อง ขอให้มีการตรวจสอบความชอบด้วย กฎหมายว่าด้วยคำขอให้ส่งบุคคลเป็นผู้ร้ายข้ามแดน โดยมีข้อกล่าวหาว่า หลักฐานประกอบการพิจารณาได้มาจากวิธีการซึ่งเป็นการละเมิดข้อ 15 แม้ คำร้องเรียนนั้นจะไม่เป็นผลสำเร็จ¹⁷¹ ศาลสหรัฐฯ ปฏิเสธอย่างชัดเจนที่จะ ไม่นำข้อ 15 มาใช้โดยตรง โดยยืนยันว่าบทบัญญัติดังกล่าวไม่มีผลบังคับใช้ โดยตัวเอง ทั้งนี้ตามข้อสงวนของสหรัฐฯ ที่มีต่ออนุสัญญา และด้วยเหตุ ดังกล่าวจึงไม่สามารถนำอนุสัญญาข้อดังกล่าวมาใช้ในกระบวนการพิจารณาคดีได้¹⁷²

ศาลส่วนใหญ่ยอมรับหลักการการไม่อนุญาตให้นำหลักฐานที่ได้จากการ ทรมานมาใช้ในการพิจารณาคดี อย่างไรก็ตาม มีอยู่หลายกรณีที่ศาลไม่ปฏิเสธ

169 มติที่ 2 ของที่ประชุมใหญ่ศาลฎีกาอุซเบกิสถาน ลงวันที่ 2 พฤษภาคม 2540 ว่าด้วย “On Judicial Sentence.” และโปรดดู รายงานของผู้รายงานพิเศษว่าด้วยการ ทรมาน ย่อหน้าที่ 25 et seq ในภารกิจสุ่อชเบกิสถาน

170 โปรดดู Visit to Brazil, Report of the Special Rapporteur on Torture, paras.101, 102

171 Conseil d’Etat, *Mme E.*, 2001. See also French Republic v Haramboure, Cour de Cassation, 1995

172 *In re Extradition of Atuar*, 2003

การใช้หลักฐานซึ่งมีลักษณะน่าจะได้มาจากการทรมาน และมีการปฏิเสธว่า ข้อกล่าวหาดังกล่าวไม่มีมูลความจริง¹⁷³ โดยบางกรณีไม่มีการไต่สวนเพิ่มเติมด้วย

ในคำพิพากษาของสภาขุนนางอังกฤษในคดี A(FC) กับพวก และ รัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทย¹⁷⁴ ตุลาการขุนนางยืนยันอย่างชัดเจนว่าไม่อาจยอมรับหลักฐานจากการทรมาน ในการไต่สวนคดีของคณะกรรมการคำอุทธรณ์ด้านคนเข้าเมืองพิเศษ (Special Immigration Appeals Commission: SIAC) ได้ โดยทั่วไปแล้ว มีข้อกำหนดให้บุคคลซึ่งยกเป็นข้ออ้างต่อหลักฐานดังกล่าว จะต้องพิสูจน์ให้ได้อย่างชัดเจนว่า เป็นหลักฐานที่ได้มาจากการทรมาน และอาจนำมาใช้ไม่ได้กับคดีที่อยู่ในการพิจารณาคดีของคณะกรรมการคำอุทธรณ์พิเศษด้านคนเข้าเมือง ในกรณีที่เขาอาจไม่ทราบถึงชื่อหรือข้อมูลเกี่ยวกับผู้ให้ปากคำหรือไม่ทราบว่าคำให้การดังกล่าวมีข้อความอย่างไร และเป็นที่ยอมรับกันทั่วไปว่า แม้การพิสูจน์เบื้องต้นจะตกเป็นของผู้อ้างหลักฐานดังกล่าว แต่ในไม่ช้า คณะกรรมการคำอุทธรณ์พิเศษด้านคนเข้าเมือง ก็จะต้องรับผิดชอบต่อการทำหน้าที่ดังกล่าว เนื่องจากคณะกรรมการมีเครื่องมือที่จะดำเนินการไต่สวนดังกล่าวได้

173 โปรดดูคดี *Singarasa v. Sri Lanka* ซึ่งตัดสินโดยคณะกรรมการสิทธิมนุษยชน โดยที่ นาย Singarasa ได้ถูกตัดสินลงโทษในฐานะ “ผู้ก่อการร้าย” ทั้งนี้โดยศาลพิจารณาจากคำรับสารภาพของเขาเพียงอย่างเดียว แม้ว่าที่ผ่านมาเขาได้ร้องเรียนให้ตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของคำรับสารภาพ เนื่องจากเป็นคำสารภาพที่ได้มาจากการทรมาน ศาลฎีกาและศาลอุทธรณ์ได้อ้างอิงพระราชบัญญัติป้องกันการก่อการร้ายเพื่อยืนยันว่าคำรับสารภาพดังกล่าวสามารถนำมาใช้ได้ และยืนยันว่านาย Singarasa ไม่สามารถพิสูจน์ให้เห็นได้ว่าคำรับสารภาพดังกล่าวได้มาจากรีการทรมาน และโปรดดูคำพิพากษาของศาลชุดานในคดี “Explosives Case” ในปี 2537 ซึ่งศาลยอมรับว่าเกิดการทรมานขึ้น แต่ไม่ปฏิเสธจะยอมรับคำรับสารภาพของจำเลยไว้เป็นหลักฐานโดยยืนยันว่าการทรมานดังกล่าวไม่ส่งผลกระทบต่อคำสารภาพ โปรดดู Human Rights Watch, *Behind the Red Line*

174 [2005] UKHL 71

7. สิทธิของบุคคลที่จะร้องเรียนและหน้าที่ของรัฐที่จะสอบสวน

ข้อ 12 และ ข้อ 13 ของอนุสัญญากำหนดให้รัฐต้องประกันว่าบุคคลซึ่งกล่าวอ้างว่ามีการทรมานมีสิทธิจะร้องทุกข์ต่อเจ้าพนักงานผู้มีอำนาจ ซึ่งมีหน้าที่จะต้องดำเนินการสอบสวนข้อร้องทุกข์นั้นโดยพลันและโดยปราศจากความลำเอียง รัฐยังจะต้องสอบสวนว่ามีเหตุอันควรเชื่อได้หรือไม่ว่ามีการทรมานเกิดขึ้น แม้จะไม่มี การร้องทุกข์ก็ตาม

7.1 สิทธิในการร้องทุกข์

สิทธิในการร้องทุกข์เกี่ยวกับการทรมานกำหนดให้รัฐจะต้องประกันให้มีองค์ประกอบต่อไปนี้ในกฎหมายและในทางปฏิบัติ

- บุคคลซึ่งร้องเรียนว่าถูกทรมาน หรือญาติของตน ต้องมีสิทธิที่จะร้องทุกข์ รัฐจะต้องส่งเสริมให้เกิดการร้องทุกข์โดยการกำหนดให้มีกฎหมายและมาตรการของฝ่ายบริหารเพื่อให้เกิดกระบวนการร้องทุกข์ กระบวนการดังกล่าวอาจเกี่ยวข้องกับข้อร้องทุกข์อย่างกว้างขวาง ทั้งในกรณีที่เป็นการทรมาน¹⁷⁵ และในกรณีที่เป็นกระบวนการเฉพาะสำหรับคดีที่เกี่ยวข้องกับการทรมาน¹⁷⁶

175 ในทางปฏิบัติแล้ว รัฐมักจะไม่ได้กำหนดกฎหมายเฉพาะว่าด้วยขั้นตอนการร้องทุกข์และการสอบสวนในคดีการทรมาน โดยมาตรการเหล่านั้นมักเป็นส่วนหนึ่งของการปฏิรูปกฎหมายโดยรวม ยกตัวอย่างเช่น กรณีของหลายประเทศในยุโรปตะวันออกภายหลังปี 2533 โปรดดู Kudurr, Police

176 โปรดดู Policy on the Prevention of Torture and the Treatment of Persons in Custody of the South African Police Services, at www.saps.gov.za/17_policy/tort.htm, and Prosecution of Torture Perpetrators Unit set up in Sri Lanka in 2000

- รัฐควรมอบหมายหน้าที่ให้กับหน่วยงานที่เหมาะสมที่จะเป็นผู้รับเรื่อง รวบรวมข้อร้องทุกข์ อย่างเช่น หน่วยงานด้านตุลาการ หน่วยงานกำกับดูแล ตำรวจ และสถาบันสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ¹⁷⁷
- รัฐจะต้องประกันให้มีการเข้าถึงหน่วยงานรับเรื่องร้องทุกข์อย่างมีประสิทธิภาพ รวมทั้งสิทธิที่จะได้รับแจ้งถึงการเยียวยาและกระบวนการที่เกี่ยวข้อง สิทธิที่จะเข้าถึงทนายความ แพทย์ และสมาชิกในครอบครัว และในกรณีที่เป็นบุคคลต่างด้าว จะต้องมีสิทธิเข้าถึงผู้แทนทางการทูตและกงสุล สิทธิที่จะเข้าถึงหน่วยงานภายนอก สิทธิที่จะบังคับให้เจ้าพนักงานผู้มีอำนาจดำเนินการสอบสวน และสิทธิที่จะเข้าถึงกระบวนการสอบสวนอย่างมีประสิทธิภาพ¹⁷⁸
- กระบวนการร้องทุกข์จะต้องเกิดขึ้นโดยไม่ชักช้า และให้มีการสอบสวน ข้อกล่าวหาการทรมาน “โดยพลัน” ดังหลักเกณฑ์ข้อ 36(I) ของกฎ มาตรฐานขั้นต่ำของการปฏิบัติต่อผู้ต้องขังของสหประชาชาติ กำหนดไว้ว่า ผู้ต้องขังจะต้องมีโอกาสในระหว่างวันทำงานของแต่ละสัปดาห์ที่จะยื่นคำขอหรือคำร้องทุกข์ต่อผู้บัญชาการสถานคุมขังหรือเจ้าหน้าที่ซึ่งได้รับมอบหมายให้เป็นตัวแทนของผู้ต้องขัง

7.2 ภาระหน้าที่ที่จะต้องสอบสวน

รัฐไม่เพียงจะต้องสอบสวนข้อร้องเรียนเกี่ยวกับการทรมานเท่านั้น หากยังจะต้องสอบสวนด้วยว่ามีเหตุผลที่น่าเชื่อว่าการทรมานเกิดขึ้นจริงหรือไม่

177 ยกตัวอย่างเช่น สำนักงานของผู้มีหน้าที่คุ้มครองสิทธิมนุษยชนในแอล ซัลวาดอร์และผู้ตรวจการแผ่นดินด้านกิจการตำรวจในไอร์แลนด์เหนือ หน่วยงานกำกับดูแลตำรวจเหล่านี้ ได้รับการจัดตั้งขึ้นตามนโยบายที่ดูแลให้ตำรวจมีความรับผิดชอบมากขึ้น โปรดดู Orentlicher, *Independent Study*, UN Doc. E/CN.4/2004/88, para.41 ซึ่งตามข้อมูลของเขามีรัฐจำนวนมากอย่างเช่น อาร์เจนตินา บอสเนีย และเฮร์เซโกวีนา แคนาดา ซิลี เอธิโอเปีย กัวเตมาลา อินโดนีเซีย เม็กซิโก เนเธอร์แลนด์ เซอร์เบียและมอนเตเนโกร ติมอร์ตะวันออก และสหราชอาณาจักร ซึ่งได้จัดตั้งหน่วยงานอัยการพิเศษ หน่วยงานสอบสวนกิจการตำรวจและ/หรือศาลที่คอยจับตาดูการละเมิดสิทธิมนุษยชนอย่างร้ายแรง

178 โปรดดู REDRESS, *Complaints*, p.11, สำหรับแหล่งอ้างอิงเพิ่มเติม

แม้จะไม่มีผู้ร้องเรียนก็ตาม ภาระหน้าที่ดังกล่าวประกอบด้วยภารกิจดังนี้

- คำร้องทุกข์ไม่จำเป็นต้องจัดทำอย่างเป็นทางการ ผู้เสียหายเพียงแต่ต้องแจ้งข้อกล่าวหาการทรมานให้เจ้าพนักงานผู้มีอำนาจได้ทราบ ซึ่งจะมีผลให้เจ้าพนักงานจะต้องตอบสนองต่อข้อกล่าวหาและให้มีการสอบสวน¹⁷⁹ เจ้าพนักงานผู้มีอำนาจควรได้รับอนุญาตให้มีส่วนในการไต่สวนโดยตำแหน่ง
- การสอบสวนจะต้องได้รับการดำเนินการ แม้ว่าคำร้องทุกข์นั้น “อาจไม่มีมูลอย่างชัดเจน”¹⁸⁰
- การสอบสวนจะต้องดำเนินไปโดยพลัน¹⁸¹ ภาระหน้าที่ข้อนี้ไม่เพียงเกี่ยวข้องกับระยะเวลาที่ใช้ก่อนเริ่มการสอบสวน แต่ยังรวมถึงความรวดเร็วของกระบวนการสอบสวนด้วย แม้ว่าจะไม่มีการกำหนดกรอบเวลาไว้อย่างชัดเจน แต่ก็มีตัวอย่างของคดี *Abad* ที่ร้องเรียนต่อคณะกรรมการต่อต้านการทรมาน อาบัดกล่าวหาว่าเธอถูกทรมานตั้งแต่นั้นตอนแรกก่อนการฟ้องคดีต่อศาลในข้อหาต่อต้านการก่อการร้าย โดยเธอมิได้ถูกนำตัวไปยังศาลจนกระทั่งผ่านไป 15 วัน และเหลือเวลาอีกเพียง 4 วันก่อนการไต่สวนจะเริ่มต้นขึ้น การพิจารณาคดีใช้เวลาถึง 10 เดือน โดยมีช่วงที่ต้องรอการพิสูจน์ทางนิติวิทยาศาสตร์เป็นเวลา 1-3 เดือน คณะกรรมการยืนยันว่าความล่าช้าดังกล่าวเป็น

179 คณะกรรมการต่อต้านการทรมาน, *กรณีระหว่าง E. A. และ Switzerland* และ *กรณีระหว่าง Blanco Abad และ Spain*, ย่อหน้า 8.6

180 โปรตุเกส คณะกรรมการต่อต้านการทรมานในกรณี *Henri Parot และ Spain*, ย่อหน้า 10.4; ข้อเสนอแนะทั่วไปของ ผู้รายงานพิเศษว่าด้วยการทรมาน ย่อหน้า 26 (k). และดู คำพิพากษาโดยศาลสิทธิมนุษยชนแห่งทวีปอเมริกาในคดี *Maritza Urrutia Case*, ย่อหน้า 110; *Velasquez Rodriguez v. Honduras*, para.176; ตัดสินเช่นเดียวกันในคดี *El Amparo*, ย่อหน้า 61; คดี *Suárez Rosero*, ย่อหน้า 79

181 “โดยพลัน” ควรมีลักษณะที่เป็นไปตามนัยอย่างเต็มที่ โปรตุเกส CAT, *Halimi-Nedzibi v Austria and Encarnacion Blanco Abad v Spain*. See General Comment 20, para.14; ECHR, *Aksoy v Turkey*; General Recommendations of the Special Rapporteur on Torture, para.26 (i)

สิ่งที่ไม่อาจยอมรับได้¹⁸²

- การสอบสวนจะต้องปราศจากความลำเอียง หน่วยงานสอบสวนต้องมีอำนาจเป็นของตนเองและเป็นอิสระจากหน่วยงานที่ถูกกล่าวหาว่าทำการทรมานและหน่วยงานของรัฐอื่น ๆ กระบวนการสอบสวนที่ใช้ก็จะต้องปราศจากความลำเอียงเช่นกัน โดยต้องปลอดจากอคติที่เกิดขึ้นจริงและสิ่งที่อยู่ในความคิด ในขั้นตอนการค้นหา เพื่อได้รับ และประเมินพยานหลักฐานที่เกี่ยวข้องกับการทรมาน¹⁸³
- การสอบสวนจะต้อง “มีประสิทธิภาพ” และ “ครอบคลุมทุกแง่มุม” ทั้งนี้ โดยต้องมุ่งวิเคราะห์ลักษณะและสภาพการณ์ของข้อกล่าวหาอย่างจริงจัง เพื่อจำแนกข้อมูลเกี่ยวกับผู้กระทำ โดยอาจประกอบด้วยการสอบปากคำผู้ต้องสงสัยและพยานที่เกี่ยวข้องทั้งปวง การเก็บวัตถุพยานในที่เกิดเหตุ การขอให้มีรายงานทางการแพทย์อย่างเป็นทางการ และเป็นอิสระ และในคดีที่มีผู้เสียชีวิตระหว่างถูกควบคุมตัว ให้มีการชันสูตรศพและทำการชันสูตรพลิกศพใหม่¹⁸⁴ ควรกำจัดอุปสรรคที่ทำให้ไม่สามารถทำการ

182 *Encarnacion Blanco Abad v Spain*, paras.8.7 and 8.8

183 *Cambodia*, UN Doc. CAT/C/CR/31/7; *Latvia*, UN Doc. CAT/C/CR/31/3, para.6 (b); *Lithuania*, UN Doc. CAT/C/CR/31/5, para.5 (e) and *Moldova*, UN Doc. CAT/C/CR/30/7, para.6 (e). ดูหลักนิติศาสตร์ของศาลสิทธิมนุษยชนแห่งยุโรป ในคดี *Aktas v. Turkey*, para.301; *Ilhan v. Turkey*, para.101; *Güleç v. Turkey*, paras.80-82; *Toteva v. Bulgaria*, *Anguelova v. Bulgaria*, para.138; *Ergi v Turkey*, paras.83-84, and of the Inter-American Court of Human Rights *Marritza Urrutia v. Guatemala*, para.119

184 *โปรดดู* Committee against Torture, *Radivoje v Yugoslavia*, para.9.6; *Encarnacion Blanco Abad v Spain*, para.8.8; *Hajrizi Dzemajl v Yugoslavia*, para.9.4; Human Rights Committee, *Još Vicente and Amado Villafañe Chaparro, Lús Napoleón Torres Crespo, Angel Mañá Torres Arroyo and Antonio Hugues Chaparro Torres v. Colombia*; *Wayne Spence v. Jamaica*, *Stephens v. Jamaica*, *Katombe L. Tshishimbi v. Zaire*; European Court of Human Rights, *Aksoy v. Turkey*, para.98; *Ilhan v. Turkey*, para.92; *Ogur v. Turkey*, para.88, and Inter-American Court of Human Rights, *Blake case*, para.65 and *Paniagua Morales et al. Case*, para.91

สอบสวนโดยพลันและมีประสิทธิภาพ ซึ่งโดยมากมักส่งผลให้มีการยุติการสอบสวนการทรมาน อย่างเช่น คำสั่งของฝ่ายบริหาร¹⁸⁵ หรือ ควบคุมจัดระบบการส่งข้อมูลให้ตรวจสอบก่อนการไต่สวน¹⁸⁶ และควรให้มีระบบการรายงานตามมาตรฐานระหว่างประเทศที่ตั้งระบุไว้ในพิธีสารอิสตันบูล¹⁸⁷

- รัฐจะต้องคุ้มครองผู้ร้องทุกข์และพยายามให้ปลอดภัยจากการประทุษร้ายและการข่มขู่¹⁸⁸ และคุ้มครองความมั่นคงด้านจิตใจทั้งในช่วงก่อนระหว่าง และหลังจากการสอบสวน

185 โปรดดู Turkey, UN Doc. CAT/C/CR/30/5, para.4 (c)

186 โปรดดู REDRESS/Article 42, *Georgia*

187 ดังเช่นการปฏิบัติของสำนักงานอัยการสูงสุด เม็กซิโก โปรดดูภาคผนวกรายงานของผู้รายงานพิเศษว่าด้วยการทรมาน UN Doc. E/CN.4/56/Add.3, para.177

188 ตัวอย่างของกฎหมายคุ้มครองพยาน โปรดดู Japan, Law concerning Measures Accompanying Criminal Proceedings to Protect Crime Victims, May 2000; the Philippines, the Witness Protection, Security and Benefit Act, Republic Act No.698 and South Africa, Witness Protection Act, 1998. See also Cyprus, UN Doc. CAT/C/CR/29/1, para.4 (b) and state party reports of Moldova, UN Doc. CAT/C/32/Add.4, para.279, Czech Republic, UN Doc. CAT/C/60/Add.1, para.106 as well as comments by the Committee against Torture on the establishment of the Witness and Victim Protection Service of the Police Department in Lithuania, UN Doc. CAT/C/CR/31/5, para.4 (j). For examples of failures to comply, see Australia, UN Doc. A/56/44, paras.47-53, para.53 (e); Azerbaijan, UN Doc. CAT/C/CR/30/1 and Corr.1, para.6 (g); Guatemala, UN Doc. A/56/44, paras.67-76, para.72 (f); Indonesia, UN Doc. CAT/C/XXVII/Concl.3, para.9 (d); Slovakia, UN Doc. A/56/44, paras.99-105, para.104 (f) and Venezuela, UN Doc. CAT/C/CR/29/2, para. 10 (e) โปรดดูข้อบกพร่องหลายประการ REDRESS, *Complaints*, pp.34 et seq. for further country specific references. สิทธิในการคุ้มครองผู้เสียหายและพยานนั้นได้รับการยอมรับมากขึ้น ดูได้จากธรรมเนียมของศาลระหว่างประเทศ (international court) และศาลผสมที่จัดตั้งขึ้นเพื่อพิจารณาคดีระหว่างประเทศ (internationalized

- ผู้เสียหายจากการทรมานหรือผู้เป็นญาติ จะต้องสามารถเข้าถึงข้อมูล ทั้งปวงที่เกี่ยวข้องกับการสอบสวน ได้รับแจ้งถึงความคืบหน้าและผล ของการสอบสวน และการดำเนินคดีในทางอาญาในโอกาสต่อไป¹⁸⁹
- ควรมีการตีพิมพ์ข้อมูลทางสถิติและข้อสรุปของการผลการสอบสวน ในคดีต่าง ๆ ข้อเท็จจริงที่ค้นพบ กระบวนการทำงานและมาตรการที่ เกี่ยวข้อง¹⁹⁰ จะต้องไม่มีการเปิดเผยข้อมูลเกี่ยวกับผู้ร้องทุกข์และพยาน

court) โปรดดู ข้อ 43(6), 54(1)(b), 57(3)(c), 64(2)(6)(e), 68, 87, 93(1)(j) ของธรรมนูญ กรุงโรม ว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศ; มาตรา 15, 20 และ 22 ธรรมนูญศาล อาญาเฉพาะกิจระหว่างประเทศเพื่อไต่สวนอดีตยูโกสลาเวีย (มาตรา 14, มาตรา 19(1) และ มาตรา 21 ธรรมนูญศาลอาญาเฉพาะกิจระหว่างประเทศเพื่อไต่สวนกรณีวันดา) และสอดคล้องกับข้อ 34 ข้อ 39(ii) ข้อ 40(iii) ข้อ 65(b) ข้อ 69 ข้อ 75 ข้อ 77 ข้อ 96 ของ กฎว่าด้วยวิธีพิจารณาและพยานหลักฐาน ลงวันที่ 11 กุมภาพันธ์ 2537 ที่ได้แก้ไข ; หมวดที่ 24 ของระเบียบหมายเลข 15 ว่าด้วยการจัดทำบัญชีรายชื่อผู้ที่ จะถูกเรียกไปทำหน้าที่ลูกขุน และเขตอำนาจเป็นการเฉพาะของลูกขุนในการพิจารณาคดีอุกฉกรรจ์ ลงวันที่ 6 มิถุนายน 2543 , UNTAET/REG/2000/15, (ธรรมนูญ ตีมอร์ ตะวันออก) และ ข้อ 23 ร่างข้อตกลงระหว่างสหประชาชาติกับ ราชอาณาจักร กัมพูชา ว่าด้วยการลงโทษภายใต้กฎหมายอาญาที่ได้กระทำในระหว่างเป็นสาธารณรัฐ กัมพูชาประชาธิปไตย ลงวันที่ 17 มีนาคม 2546 และรับรองโดยกลไกสิทธิมนุษยชน ระดับภูมิภาค, ดู *Assenov and others v. Bulgaria*, para.169 และ *Velasquez Rodriguez v. Honduras*, para.39

189 โปรดดูหลักการที่ 4 ของพิธีสารอิสตันบูล CAT, *Hajrizi v. Yugoslavia*, para.9.5. สิทธิในการเข้าถึงและการมีส่วนร่วมนี้ ได้รับการยอมรับโดยกลไกสิทธิมนุษยชน อื่น ๆ ด้วย ดู ECHR, *Cakici v Turkey*, para.49; *Ergi v. Turkey*, para. 83; *Mentes v. Turkey*, para. 91 and the Inter-Am. Ct.H.R. in the *Caracazo Case*, para.118

190 โปรดดู Estonia, UN Doc. CCPR/CO/77/EST, para.18; Germany, UN Doc. CCPR/CO/80/DEU, para.16 and UN Doc. CAT/C/CR/32/7, para.4 (c); Israel, UN Doc. CCPR/CO/78/ISR, para.18; Portugal UN Doc. CCPR/CO/78/PRT, para.8 (b) and Togo, UN Doc. CCPR/CO/76/TGO, para.12. See also ECHR, *Anguelova v Bulgaria*, para.139 and Inter-Am. Ct. H.R., *Caracazo Case*, para.181

ศาลที่มีเขตอำนาจหลายแห่งมีคำสั่งให้หน่วยงานที่รับผิดชอบดำเนินการ มาตราการที่สำคัญระหว่างการสอบสวน เช่น ให้เปิดการสอบสวนใหม่ตามที่มีการร้องเรียนจากผู้ร้อง แม้ว่าจะมีผลกระทบอย่างจำกัดต่อประสิทธิภาพของการสอบสวนเพิ่มเติม¹⁹¹ จากข้อมูลที่มีอยู่ ศาลชั้นต้นในประเทศต่าง ๆ ส่วนใหญ่จะไม่ดำเนินการให้มีหรือกำหนดให้มีการสอบสวนกรณีที่มีข้อกล่าวหาเกี่ยวกับการทรمان ตัวอย่างเช่น การพิจารณาคดีเพื่อไต่สวนความชอบหรือไม่ชอบด้วยกฎหมายหากมีการร้องขอให้มีการคุมขังบุคคล (habeas corpus) หรือมีการขออำนาจศาลเพื่อขัดขวางคำสั่งให้มีการยุติการสอบสวน¹⁹²

ศาลฎีกาทั้งของศรีลังกาและอินเดียและศาลอุทธรณ์อินเดีย ได้มีคำสั่งให้หน่วยงานระดับชาติดำเนินการสอบสวนเมื่อมีข้อกล่าวหาว่ามีการทรمان¹⁹³

191 ยกตัวอย่างเช่น กรณีสหพันธ์รัฐรัสเซียปฏิบัติตามมาตรา 125 และ มาตรา 148 ของประมวลวิธีพิจารณาคดีความอาญา โปรดดู REDRESS, *Complaints*, หน้า 87

192 โปรดดู REDRESS, *Complaints*, หน้า 46

193 โปรดดูกรณีของอินเดีย คดี *Punjab & Haryana High Court Bar Association V State of Punjab and Ors* ปี 1996 ซึ่งเป็นคดีที่เกี่ยวข้องกับการลักพาตัวและสังหารทนายความ ภรรยาและบุตรอายุสองขวบ ซึ่งจากหลักฐานที่มีอยู่ดูเหมือนว่าตำรวจจะมีส่วนรับผิดชอบ ในคดีนี้ศาลฎีกามีคำสั่งว่า “รัฐจะต้องสั่งพักราชการเจ้าหน้าที่ตำรวจที่เกี่ยวข้อง และจะต้องถ่ายโอนการพิจารณาคดีไปยังศาลที่ได้รับการแต่งตั้งที่เมืองจันทระเคาะห์ ศาลจะสั่งการให้มีการโอนย้ายคดีอย่างรวดเร็วภายใน 6 เดือนหลังจากเริ่มพิจารณาคดี ตามข้อกำหนดในประมวลวิธีพิจารณาคดีความอาญาของรัฐบาล จะต้องมีการฟ้องร้องดำเนินคดีต่อเจ้าพนักงานตำรวจโดยทันที ภายใน 1 เดือนหลังจากได้รับคำสั่งจากศาล” ในคดี *Sebastian M. Hongray v. Union of India* 2527 ศาลฎีกามีคำสั่งต่อผู้บัญชาการสำนักงานตำรวจแห่งชาติ ให้ถือคำพิพากษาว่า “เป็นหลักฐานต่อการกระทำผิดที่ชัดเจน และให้เริ่มการสอบสวนตามข้อกำหนดที่เกี่ยวข้องในประมวลวิธีพิจารณาคดีความอาญา” ในคดี *State of Punjab v. Vinod Kumar* 2543 ศาลอุทธรณ์สั่งการให้รัฐบาลแห่งแคว้นดำเนินการฟ้องร้องคดีเจ้าพนักงานที่เกี่ยวข้องตามเงื่อนไขของมาตรา 197 ของประมวลวิธีพิจารณาคดีความอาญาโดยไม่ชักช้า หลังจากได้รับการร้องขอจากหน่วยงานสอบสวนกลาง โปรดดูกรณีของศรีลังกา *Abasin Banda v. Gunaratne, SC (FR) 109/95, SCA 623/00; SCA363/00 and V v Mr. Wijesekara and Others*, Supreme Court, Sri Lanka, 2002

ในปี 2545 ศาลฎีกาศรีลังกามีคำสั่งให้อัยการสูงสุด “พิจารณาดำเนินการตาม อนุสัญญาต่อต้านการทรมาน และการปฏิบัติหรือการลงโทษอื่นที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรม หรือที่ย่ำยีศักดิ์ศรี และกฎหมายปี 2537 มาตรา 22 ต่อจําเลย กับพวก ซึ่งมีส่วนกระทำการทรมานต่อผู้ร้อง”¹⁹⁴ อย่างไรก็ตาม คำพิพากษา เหล่านี้มักจะส่งผลให้มีการบังคับใช้อย่างเต็มที่และมีประสิทธิภาพ จึงไม่มีผล กระทบมากนัก¹⁹⁵

8. กำจัดอุปสรรคที่ขัดขวางการฟ้องร้องดำเนินคดี

การฟ้องร้องดำเนินคดีและการลงโทษในคดีการทรมานยังคงเป็นสิ่งที่มัก ไม่ค่อยเกิดขึ้น¹⁹⁶ มีปัจจัยร่วมกัน 2 ประการที่ขัดขวางการฟ้องร้องดำเนินคดี ทั้งการที่ไม่ผนวกเนื้อหาเกี่ยวกับนิยามการทรมานในข้อ 1 ไว้ในประมวล กฎหมายอาญา และอุปสรรคมากมายที่ขัดขวางการสอบสวนข้อร้องทุกข์อย่างมี ประสิทธิภาพและปราศจากความล่าเอียง ซึ่งได้กล่าวถึงไปแล้ว ในส่วนนี้ เป็นการพิจารณาข้อจำกัดเพิ่มเติมที่มีต่อการฟ้องร้องดำเนินคดี อย่างเช่น ความ คู้มกัน การนิรโทษกรรม และอายุความ

ศาลสิทธิมนุษยชนแห่งทวีปอเมริการะบุว่า “เป็นสิ่งที่ไม่อาจยอมรับได้ที่ จะใช้กฎหมายนิรโทษกรรม กฎหมายอายุความ หรือมาตรการที่ออกแบบมา เพื่อจำกัดความรับผิดชอบทางอาญา ทั้งนี้โดยใช้เป็นช่องทางป้องกันไม่ให้เกิด การสอบสวนและลงโทษผู้ที่รับผิดชอบต่อการละเมิดสิทธิมนุษยชนอย่างร้ายแรงอย่าง เช่น การทรมาน การสังหารโดยพลการ นอกกฎหมายหรือวิสามัญฆาตกรรม และ การบังคับให้สูญหาย ซึ่งล้วนเป็นข้อห้าม และถือเป็นการละเมิดต่อสิทธิที่ไม่อาจ ยกเลิกเพิกถอนได้ตามกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ”¹⁹⁷

194 เฟิงอ้าง

195 โปรดดู REDRESS, *Complaints*, หน้า 79

196 REDRESS, *Complaints*, หน้า 41

197 *Case of Barrios Altos (Chumbipuma Aguirre and others v Peru)*, para 41

8.1 การนิรโทษกรรมเป็นการละเมิดพันธกรณีในการสอบสวนและฟ้องร้องดำเนินคดีต่อการทรมาน

การละเมิดสิทธิมนุษยชนและกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศในวงกว้าง อย่างเช่นการทรมาน มักเป็นสิ่งที่เกิดขึ้นในช่วงที่เกิดสงครามหรือช่วงที่มีการปราบปรามอย่างยาวนาน ภายหลังเหตุการณ์ดังกล่าว รัฐบาลจะต้องเผชิญคำถามที่ยุ่ยากว่าจะจัดการกับความอยุติธรรมในอดีตอย่างไร ระดับของการละเมิดที่ผ่านมาแสดงให้เห็นว่าระบบกฎหมายส่วนใหญ่ต้องเผชิญกับผู้กระทำผิดเป็นจำนวนมาก และผู้เสียหายจากการละเมิดสิทธิมนุษยชนจะต้องใช้เวลาต่อสู้อย่างยาวนาน

มีการเลือกใช้มาตรการเพื่อแก้ปัญหาแตกต่างกันไปตามสภาพการณ์ และมักเป็นผลลัพธ์จากกระบวนการทางการเมืองที่ซับซ้อนและมีการประนีประนอม ซึ่งอาจไม่ได้รับการแนะนำจากพันธกรณีระหว่างประเทศ ของรัฐ และส่งผลให้ไม่มีการปฏิบัติตามพันธกรณีดังกล่าว มาตรการที่ใช้ประกอบด้วย การฟ้องร้องดำเนินคดีทางอาญา ทั้งการฟ้องคดีรวมเพื่อให้ครอบคลุมผู้กระทำผิดให้มากที่สุด หรือการฟ้องร้องดำเนินคดีเฉพาะผู้ที่มีความรับผิดชอบสูงสุด อย่างเช่นกรณีเชียวาลีโอนและอิรัก ไปจนถึงการนิรโทษกรรมและการไม่ดำเนินการอะไรเลย¹⁹⁸

การนิรโทษกรรมเป็นสิ่งที่ขัดกับหน้าที่โดยสัมบูรณ์ของรัฐที่มีต่อกฎหมายระหว่างประเทศ ในการที่จะต้องฟ้องร้องดำเนินคดีหรือส่งบุคคลเป็นผู้ร้ายข้ามแดนในคดีการทรมาน¹⁹⁹ ไม่ว่าเหตุผลของการนิรโทษกรรมจะเป็น

198 โปรดดู Hayner, *Unspeakable Truths*, and country studies on relevant law and practice in REDRESS, *Reparation for Torture*, available at www.redress.org

199 คณะกรรมการต่อต้านการทรมานมีข้อเสนอในกรณีอาเซอร์ไบจัน A/55/44, paras.64-69, para. 69(c) ว่า เพื่อ “ประกันไม่ให้ผู้กระทำผิดต่อการทรมานได้รับการงดเว้นโทษ รัฐบาลก็จะต้องดูแลให้มีการสอบสวน และหากมีความเหมาะสมให้ดำเนินการฟ้องร้องดำเนินคดีต่อผู้ที่ถูกกล่าวหาว่ากระทำการทรมาน และประกันให้กฎหมายนิรโทษกรรมไม่ครอบคลุมถึงการทรมาน” และ โปรดดูข้อเสนอแนะทั่วไปของผู้รายงาน

อย่างไรก็ตาม ในทำนองเดียวกัน รัฐจะต้องประกันไม่ให้มีการนิรโทษกรรมต่อ การทรมาน²⁰⁰ และในกรณีที่มีการออกกฎหมายนิรโทษกรรม จะต้องไม่ให้ ครอบคลุมถึงการทรมาน²⁰¹ สุดท้ายรัฐควรยกเลิกกฎหมายนิรโทษกรรมที่ ครอบคลุมการทรมาน ดังกรณีของประเทศอาร์เจนตินา²⁰²

แม้ว่าศาลในแต่ละประเทศจะไม่มีความเห็นพ้องต้องกันในแง่หลัก นิติศาสตร์ในเรื่องนี้ และศาลบางแห่งถึงกับยอมรับความชอบด้วยกฎหมายของ การนิรโทษกรรมที่มีต่อการละเมิดสิทธิมนุษยชนอย่างร้ายแรง ที่ผ่านมาศาล หลายแห่งปฏิเสธที่จะสนับสนุนความชอบด้วยกฎหมายของการนิรโทษกรรม ซึ่ง สะท้อนให้เห็นแนวโน้มที่มองว่าการนิรโทษกรรมสำหรับการละเมิดสิทธิมนุษย ชนอย่างรุนแรง อย่างเช่น การทรมาน ไม่สอดคล้องกับพันธกรณีของรัฐที่มีต่อ กฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ

ผู้เสียหายจากลัทธิแบ่งแยกผิวในช่วงกลางทศวรรษ 1990 ขอให้ศาล

พิเศษด้านการทรมาน ข้อเสนอแนะ (j) The ICTY Trial Chamber in *Prosecutor v. Furundzija*, para.155 ซึ่งระบุว่า “ในระดับระหว่างรัฐ ควรมีการลดความชอบ ธรรมของมาตรการเชิงบริหารหรือตุลาการที่อนุญาตให้มีการทรมาน เป็นเรื่องไม่สม เหตุผลที่ในด้านหนึ่งเราจะอ้างเหตุผลว่าข้อห้ามต่อการทรมานเป็นคุณค่าเชิงบังคับ ดัง นั้นสนธิสัญญาหรือกฎหมายจารีตประเพณีที่เกี่ยวข้องกับการทรมานย่อมไม่มีผล บังคับใช้และเป็นโมฆะตั้งแต่ต้น จากนั้นเรากลับไม่ตระหนักว่ามีรัฐซึ่งดำเนิน มาตรการระดับชาติเพื่ออนุญาตและให้อภัยต่อการทรมาน หรือการออกกฎหมาย นิรโทษกรรมเพื่อลดเว้นความผิดของผู้กระทำ” โปรดดูหลักนิติศาสตร์วิปอเมริกา อย่าง เช่น คดี *Godinez Cruz Case and Barrios Altos Case*.

200 จะต้องไม่ให้มีการนิรโทษกรรมสำหรับอาชญากรรมตามนิยามอย่างกว้าง ๆ และอาจ ครอบคลุมถึงการทรมาน โปรดดูกรณีของโครเอเชีย UN Doc. A/54/44, paras.61- 71, para.66; Chile, UN Doc. CAT/C/32/5, para.6 (b) and *Amicus on the Legality of Amnesties under International Law*

201 โปรดดูกฎหมายนิรโทษกรรมหมายเลข 2003-309 ไอออร์โคสต์ และพระราชบัญญัติ นิรโทษกรรมโครเอเชีย โปรดดูโครเอเชีย U.N. Doc. CAT/C/CR/32/3, para.5

202 โปรดดูอาร์เจนตินา UN Doc. CAT/C/CR/33/1, para.3 (a) and Spangaro, *Ending Impunity in Argentina*, p.6

ทบทวนกฎหมายนิรโทษกรรมของอัฟริกาใต้²⁰³ ในคดี Azanian Peoples Organization (AZPO) กับพวก และ The President of South Africa and Others²⁰⁴

ศาลรัฐธรรมนูญอัฟริกาใต้ยืนยันความชอบด้วยกฎหมายของการนิรโทษกรรมโดยไม่คำนึงถึงความสอดคล้องระหว่างการนิรโทษกรรมสำหรับการละเมิดสิทธิมนุษยชนอย่างร้ายแรงกับกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ ศาลปฏิเสธข้อโต้แย้งที่ว่า “ตามกฎหมายระหว่างประเทศแล้ว รัฐมีหน้าที่จะต้องฟ้องร้องดำเนินคดีต่อผู้รับผิดชอบต่อการละเมิดสิทธิมนุษยชนอย่างร้ายแรง และข้อ 20(7) ซึ่งนิรโทษกรรมผู้กระทำความผิดเป็นการละเมิดต่อกฎหมายระหว่างประเทศ”²⁰⁵ ศาลให้เหตุผลว่า เมื่อไม่มีพระราชบัญญัติที่ผนวก

203 โปรดดูโดยเฉพาะมาตรา 20 ของ Promotion of National Unity and Reconciliation Act 34 of 1995.

204 *Azanian Peoples Organization (AZPO) and Others v The President of South Africa and Others* ศาลรัฐธรรมนูญอัฟริกาใต้ 1996 ผู้ร้องอ้างว่าพวกตนมีสิทธิที่จะยืนยันว่าผู้กระทำการละเมิดสิทธิมนุษยชนอย่างร้ายแรง “ควรถูกฟ้องร้องดำเนินคดีและลงโทษอย่างเหมาะสม และควรจะถูกสั่งการโดยศาลปกติของประเทศให้จ่ายค่าชดเชยทางแพ่งอย่างเหมาะสมต่อผู้เสียหาย หรือผู้อยู่ในความอุปการะของผู้เสียหาย และกำหนดให้รัฐจะต้องแก้ไขปัญหของผู้เสียหายหรือผู้อยู่ในความอุปการะซึ่งเกิดความสูญเสียอย่างใหญ่หลวง อันเป็นผลมาจากการก่ออาชญากรรมหรือการละเมิดกฎหมายของเจ้าพนักงานของรัฐ” นอกจากนั้น ผู้ร้องยืนยันว่ามาตรา 20(7) ของพระราชบัญญัติไม่สอดคล้องกับมาตรา 22 ของรัฐธรรมนูญ (“บุคคลทุกคนย่อมมีสิทธิที่จะขออำนาจศาลเพื่อยุติข้อพิพาทอย่างเป็นธรรม และหากเหมาะสมอาจให้มีการตัดสินของที่ประชุมที่เป็นอิสระหรือปราศจากความลำเอียง”)

205 ผู้ร้องโต้แย้งว่าหน้าที่ตามกฎหมายระหว่างประเทศซึ่งเป็นไปตามอนุสัญญาเจนีวา กำหนดให้อัฟริกาใต้ในสนธิสัญญาต้องออกกฎหมายเพื่อให้มีมาตรการลงโทษอย่างมีประสิทธิภาพต่อบุคคลที่กระทำการละเมิดอย่างรุนแรง เพิ่งอ้างย่อหน้า 25 และโปรดดูย่อหน้า 29-31 สำหรับเหตุผลที่ศาลตั้งคำถามต่อผลบังคับใช้ของอนุสัญญาเจนีวา และพบว่า “ไม่มีพันธกรณีในฝ่ายของรัฐภาคีที่จะต้องกำกับให้มีการฟ้องร้องดำเนินคดีต่อผู้ที่อาจเคยกระทำความรุนแรงหรือกระทำการอย่างอื่น ซึ่งโดยทั่วไปอาจถือได้ว่าเป็นการละเมิดสิทธิมนุษยชนอย่างร้ายแรง” ในกรณีนี้ที่การกระทำดังกล่าวเกิดขึ้นในระหว่างความขัดแย้งซึ่งยังไม่ถึงขั้นเป็นสงคราม

ความตกลงระหว่างประเทศเข้าไว้ในกฎหมายท้องถิ่น “พระราชบัญญัติจากรัฐสภาย่อมมีอำนาจเหนือสิทธิหรือพันธกรณีตามความตกลงระหว่างประเทศใดๆ ที่ขัดแย้งกับพระราชบัญญัติเหล่านั้น แม้ว่าความตกลงดังกล่าวจะมีผลบังคับใช้ก่อนการประกาศใช้รัฐธรรมนูญก็ตาม” รวมทั้งมีอำนาจเหนือพันธกรณีที่เกิดขึ้นจากกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศด้วย²⁰⁶ คำพิพากษาของศาลซึ่งให้น้ำหนักกับนโยบายด้านกฎหมาย กลับไม่ให้น้ำหนักอย่างเหมาะสมกับพันธกรณีของอัฟริกาใต้ที่มีต่อกฎหมายระหว่างประเทศ²⁰⁷

ในปี 2543 ศาลฎีกาแผนกกฎหมายรัฐธรรมนูญเอลซัลวาดอร์มีคำสั่งรับรองพระราชบัญญัตินิรโทษกรรมทั่วไป (เพื่อความสงบสุขและความปรองดอง) ซึ่งครอบคลุมถึงอาชญากรรมทั่วไปและอาชญากรรมทางการเมืองที่เกิดขึ้นก่อนปี 2535 และเป็นอาชญากรรมที่เกี่ยวข้องกับประชาชนอย่างน้อย 20 คน ซึ่งย่อมมีโอกาสจะครอบคลุมถึงคดีการทรมานด้วย ศาลยืนยันว่าไม่มีอำนาจที่จะพิจารณาว่ากฎหมายดังกล่าวสอดคล้องกับเครื่องมือระหว่างประเทศอย่างเช่น อนุสัญญาต่อต้านการทรมานหรือไม่²⁰⁸ ในฮอนดูรัสและชิลี ศาลฎีกายอมรับข้อยกเว้นในกฎหมายนิรโทษกรรมแห่งชาติ ทั้งนี้เพื่อเปิดทางให้มีการฟ้องร้องดำเนินคดีต่อคดีอาชญากรรมที่ยังดำเนินอยู่ อย่างเช่น การบังคับให้สูญหาย²⁰⁹

206 เฟิงอ้าง ย่อหน้า 27

207 โปรดดูแง่มุมดังกล่าวได้จากความเห็นที่แหลมคมของ Dugard, *International Law and the South African Constitution*

208 โปรดดูคำพิพากษาของศาลฎีกาแผนกเกี่ยวกับรัฐธรรมนูญเอลซัลวาดอร์ 2543

209 โปรดดู Honduras, Corte Suprema de Justicia, Recurso de Amparo en Revisión, No.60-96, case Hernandez Santos y otros (Tegucigalpa 18 January 1996), อ้างถึงใน Roht-Arriaza, *Combating impunity*, p.94, ซึ่งอ้างถึงเช่นกันกรณีหลักนิติศาสตร์ของเปรูที่ศาลอาญามีคำวินิจฉัยไม่สมบูรณและศาลสูงในกรุงลิมาได้พิพากษากลับว่ากฎหมายนิรโทษกรรมของเปรูเป็นโมฆะ ดูชิลี คำพิพากษาของศาลฎีกา ในวันที่ 17 พฤศจิกายน 2004 ซึ่งพิพากษายืนตามคำพิพากษาคาลอุทธรณ์ที่ส่งลงโทษจำคุก Manuel Contreras เป็นเวลาสิบสองปีในความผิดฐานบังคับให้ Miguel Angel Sandoval หายตัวไป

อาร์เจนตินามีสภาพการณ์ที่ต่างออกไป ในประเทศนี้มีพัฒนาการที่น่า สนใจของหลักนิติศาสตร์ของศาลในการแก้ปัญหาความชอบด้วยกฎหมายของ กฎหมายนิรโทษกรรม ซึ่งให้ความคุ้มกันอย่างกว้างขวางต่อการละเมิดสิทธิ มนุษยชนอย่างร้ายแรง รวมทั้งการทรมาน ซึ่งเกิดขึ้นอย่างกว้างขวางในช่วง ระหว่างปี 2519-2526²¹⁰ ในคดี “E.S.M.A.” ศาลฎีกามีคำพิพากษาในปี 2531 ว่า การให้สัตยาบันอนุสัญญาต่อต้านการทรมานของอาร์เจนตินาในปี 2530 ไม่ ส่งผลย้อนหลังต่อความชอบด้วยกฎหมายของกฎหมายนิรโทษกรรม²¹¹ อย่างไร ก็ตาม นับแต่ปี 2543 ศาลอาร์เจนตินายอมรับมากขึ้นถึงผลบังคับใช้ของ กฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ ในคดี Poblete ซึ่งเกี่ยวข้องกับการ บังคับให้สูญหาย ผู้พิพากษาศาลกลางแห่งรัฐ เกเบรียล คาวัลโย มีคำสั่งให้ จับกุมและยึดทรัพย์สินอดีตทหารหน่วยความมั่นคงในยุคเผด็จการทหารเป็นการ ชั่วคราว โดยอ้างอนุสัญญาว่าด้วยการล้างเผ่าพันธุ์และปฏิญญาสหประชาชาติว่า ด้วยการปกป้องบุคคลให้ปลอดภัยจากการบังคับให้สูญหาย²¹² ในเดือนมีนาคม 2544 ผู้พิพากษาท่านเดียวกันประกาศให้กฎหมายนิรโทษกรรมของอาร์เจนตินา เป็นโมฆะและไม่สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญ ทั้งยังละเมิดพันธกรณีของประเทศ ที่มีต่อกฎหมายระหว่างประเทศ รวมทั้งอนุสัญญาฉบับนี้ ผู้พิพากษายืนยันว่า แม้จะไม่ใช่การละเมิดโดยตรงต่ออนุสัญญาซึ่งมีผลบังคับใช้เพียง 18 วันหลัง จากมีการออกกฎหมายนิรโทษกรรมทั้งสองฉบับ แต่การออกกฎหมายดังกล่าว ถือได้ว่าเป็น “การไม่ปฏิบัติตามพันธกรณีระหว่างประเทศซึ่งกำหนดให้รัฐมี หน้าที่งดเว้นการปฏิบัติใด ๆ ที่ไม่สอดคล้องกับวัตถุประสงค์และเป้าหมายของ

210 โปรดดูกฎหมายนิรโทษกรรม กรณีศึกษาประเทศอาร์เจนตินา REDRESS, *Reparation for Torture, and for the legal framework Vinuesa, Direct Applicability of Human Rights Conventions*, pp.149 et seq.

211 “ESMA, Hechos que se denunciarion como ocurridos”, 1988

212 คำพิพากษาวันที่ 1 พฤศจิกายน 2543

สนธิสัญญาที่ได้ลงนาม” (ข้อ 18 อนุสัญญาเวียนหน้าว่าด้วยสนธิสัญญา)²¹³ ในเดือนธันวาคม 2546 ศาลกลางแห่งรัฐพิพากษายืนตามคำสั่งดังกล่าว โดยอ้างถึงอนุสัญญาาระหว่างประเทศหลายฉบับรวมทั้งอนุสัญญาต่อต้านการทรมาน โดยประกาศให้กฎหมายนิรโทษกรรมที่ออกโดยรัฐสภาเมื่อปี 2546 เป็นโมฆะ²¹⁴ และศาลฎีกาแห่งอาร์เจนตินาก็ได้มีคำสั่งสุดท้ายเพื่อประกาศให้กฎหมายนิรโทษกรรมเป็นโมฆะเมื่อวันที่ 14 มิถุนายน 2548²¹⁵ ในคดีต่อมาซึ่งเกี่ยวข้องกับกรณาดำเนินคดีอาญาต่อทหารฝ่ายความมั่นคงซึ่งได้กระทำการละเมิดสิทธิมนุษยชนรวมทั้งการทรมานในยุคเผด็จการ ศาลกลางแห่งรัฐได้อ้างถึงอนุสัญญาต่อต้านการทรมานและอนุสัญญาแห่งทวีปอเมริกาว่าด้วยการป้องกันและลงโทษการทรมานนอกเหนือจากกฎหมายระหว่างประเทศอื่นๆ เพื่อสนับสนุนคำพิพากษาของตน²¹⁶

ศาลในเม็กซิโก ฝรั่งเศส และสเปน มีคำสั่งในคดีที่เกี่ยวกับการทรมานซึ่งเกิดขึ้นในประเทศที่สามว่า กฎหมายนิรโทษกรรมภายในซึ่งครอบคลุมอาชญากรรมตามกฎหมายระหว่างประเทศ อย่างเช่น การทรมาน ไม่อาจถือเป็นอุปสรรคขัดขวางการสอบสวนและฟ้องร้องดำเนินคดีต่ออาชญากรรมที่เกิดขึ้นในรัฐอื่น²¹⁷

213 “Simòn, Julio y otros s/ sustracciòn de un menor” - Causa N° 8686/00. Judge Cavallo’s decision was upheld by the Federal Court of Appeal in November 2001. Case No. 17.889, “Incidente de apelaciòn de Simòn, Julio”

214 “Suarez Mason, Guillermo y otros s/homicidio agravado, privaciòn ilegal de la libertad agravada”, Federal Court, 2003.

215 โปรดดู Goni, *Argentina’s junta*.

216 Case No. 14.216/03, “procesamientos de La Pampa (I Cpo)”, del registro de la Secretaría No. 6, 2003.

217 คดีของ Ricardo Miguel Cavallo, Suprema Corte de Justicia de la Naciòn, 2003; Cour de Cassation, *Ely Ould Dah case*, Crim. 2002, and Audiencia Nacional, Order of the Criminal Chamber, 1998 ศาลพิเศษสำหรับคดีเชียวาลี

(ข้อ 217 ต่อหน้าถัดไป)

8.2 ตำแหน่งทางการไม่ใช่สาระสำคัญ

องค์การสหประชาชาติมีชุดของหลักการเพื่อส่งเสริมและคุ้มครองสิทธิมนุษยชนโดยการต่อต้าน คนทำผิดลอยนวล ซึ่งยอมรับว่า “ตำแหน่งทางการของผู้กระทำผิดตามกฎหมายระหว่างประเทศ ไม่ว่าจะในฐานะประมุขของรัฐหรือรัฐบาล ไม่มีส่วนช่วยยกเว้นบุคคลดังกล่าวจากความรับผิดชอบทางอาญาหรืออื่น ๆ และไม่อาจใช้เป็นเหตุผลเพื่อบรรเทาโทษได้”²¹⁸ หลักการนี้เป็นไปตามกฎบัตรนูร์มเบิร์กและคำพิพากษาของศาลเฉพาะกิจโตเกียว ธรรมนูญว่าด้วยศาลเฉพาะกิจยูโกสลาเวียและรวันดา และธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศ ซึ่งล้วนแต่ยืนยันหลักการดังกล่าว ธรรมนูญว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศกำหนดไว้ว่า ธรรมนูญนี้ “จะต้องมีผลบังคับใช้อย่างเท่าเทียมต่อบุคคลทุกคนโดยไม่มีข้อยกเว้นว่าจะดำรงตำแหน่งเป็นทางการ โดยเฉพาะตำแหน่งในฐานะประมุขของรัฐหรือรัฐบาล รัฐมนตรี หรือสมาชิกวุฒิสภา ผู้แทนราษฎร หรือเจ้าพนักงานของรัฐ ต่างไม่ได้รับการยกเว้นความรับผิดชอบทางอาญาภายใต้ธรรมนูญฉบับนี้ ทั้งไม่สามารถอ้างตำแหน่งทางการดังกล่าวเพื่อเป็นเหตุแห่งการบรรเทาโทษได้...”²¹⁹

กฎหมายว่าด้วยความคุ้มกันในคดีอาญายังคงพัฒนาขึ้นอย่างต่อเนื่อง แต่หลังจากสหประชาชาติมีคำวินิจฉัยในกรณีนายออกุสต์ บิโนเชต์ อดีตประมุขประเทศชิลี โดยระบุว่า ศาลในประเทศอังกฤษสามารถดำเนินคดีทางอาญาต่อเขาได้ ภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยการทรมาน ภายหลังจากศาลอาญาเฉพาะกิจระหว่างประเทศได้ออกหมายจับประธานาธิบดีมิโลเชวิชแห่งอดีตประเทศยูโกสลาเวีย ในขณะที่เขายังคงดำรงตำแหน่งเป็นประมุขของรัฐ

217 (ต่อ)

ไออน ซึ่งเป็นศาลที่มีลักษณะผสมผสานของสากล มีคำสั่งว่าการนิรโทษกรรมของรัฐบาลเซอร์เบียไออนไม่ครอบคลุมอาชญากรรมระหว่างประเทศ ซึ่งตกอยู่ในเขตอำนาจศาลสากล และเป็นการละเมิดต่อพันธกรณีที่มีต่อประชาคมนานาชาติโดยรวม Decision on Challenge to Jurisdiction: Lomé Accord Amnesty, 2004.

218 Report of Diane Orentlicher to update the Set of principles to combat impunity, E/CN.4/2005/102, para 27 (c)

219 ข้อ 27(1) ธรรมนูญกรุงโรม

และจากการพิจารณาคำพิพากษาของศาลโลกในคดีระหว่างคองโกกับเบลเยียม ซึ่งตัดสินว่า เบลเยียมไม่ควรออกหมายจับต่อรักษาการรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศ ซึ่งจุดยืนในเรื่องนี้สามารถสรุปได้ดังต่อไปนี้

- ถือเป็นหลักการทั่วไปว่า ตำแหน่งทางการของผู้กระทำอาชญากรรม ตามกฎหมายระหว่างประเทศ ย่อมไม่ได้รับการยกเว้นบุคคลดังกล่าว จากความรับผิดชอบทางอาญา ทั้งในแง่ของการกระทำตามอำนาจหน้าที่ และความคุ้มครองส่วนบุคคล
- โดยเฉพาะในกรณีของศาลในประเทศซึ่งทำการฟ้องร้องคดีตามเขตอำนาจระหว่างประเทศ หลักการทั่วไปนี้มีผลบังคับใช้ต่อความคุ้มครอง การกระทำตามอำนาจหน้าที่ กล่าวอีกอย่างหนึ่ง ความคุ้มครองส่วนบุคคลซึ่งพนักงานเจ้าหน้าที่ไม่มากนักได้รับในขณะที่ดำรงตำแหน่งอยู่ เป็นไปเพื่อให้พวกเขาสามารถปฏิบัติตามความรับผิดชอบของตน (อย่างเช่นในฐานะรัฐมนตรีต่างประเทศ ประมุขของรัฐ) ซึ่งก็จะยังมีผลบังคับใช้อยู่นกว่าจะออกจากตำแหน่ง

8.3 อายุความไม่อาจนำมาใช้กับการทรมานได้

อายุความเป็นกฎหมายที่ป้องกันไม่ให้ศาลพิจารณาคดีหลังจากผ่านพ้นช่วงเวลาหนึ่งไปแล้ว เป็นที่ยอมรับอย่างกว้างขวางว่าหลักอายุความไม่มีผลบังคับใช้กับอาชญากรรมหลายประเภทตามกฎหมายระหว่างประเทศ²²⁰ และดังที่ยอมรับโดยผู้เชี่ยวชาญอิสระของสหประชาชาติ ซึ่งได้ปรับปรุงชุดของหลักการเพื่อส่งเสริมคุ้มครองสิทธิมนุษยชนผ่านทางกิจกรรมต่อต้านคนทำผิดลอยนวลว่า “แนวโน้มทั่วไปของหลักนิติศาสตร์ระหว่างประเทศ คือ การยอมรับแนวคิดดังกล่าวมากขึ้น ซึ่งไม่เพียงนำมาใช้กับกรณีอาชญากรรมระหว่างประเทศอย่างเช่น อาชญากรรมต่อมนุษยชาติและอาชญากรรมสงครามเท่านั้น

220 อนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการไม่นำอายุความมาใช้บังคับในกรณีอาชญากรรมสงครามและอาชญากรรมต่อมนุษยชาติ; อนุสัญญาสภายุโรปว่าด้วยการขจัดการนำอายุความมาใช้ในกรณีอาชญากรรมสงครามและอาชญากรรมต่อมนุษยชาติ, Strasbourg, 1974; ข้อ 29 ของธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศ

แต่ยังใช้ครอบคลุมถึงการละเมิดสิทธิมนุษยชนอย่างร้ายแรง อย่างเช่น การทรมานด้วย”²²¹ หลักอายุความไม่สอดคล้องกับหน้าที่โดยสัมบูรณ์ของรัฐภายใต้อนุสัญญาที่จะต้องดำเนินการฟ้องร้องหรือไม่ก็ส่งตัวบุคคลเป็นผู้ร้ายข้ามแดนในคดีการทรมาน เนื่องจากกฎหมายอายุความกำหนดเงื่อนไขต่อการปฏิบัติตามหน้าที่เหล่านั้น²²²

อย่างไรก็ตาม ยังคงมีการนำหลักอายุความมาใช้ในการฟ้องร้องดำเนินคดีการทรมานอย่างกว้างขวาง ยกตัวอย่างเช่น ในเนปาลกำหนดให้มีการฟ้องร้องดำเนินคดีต่อการกระทำผิดด้านการทรมานเฉพาะ เมื่อผู้เสียหายได้เข้าแจ้งความร้องทุกข์ภายในระยะเวลาระหว่าง 35 วัน - 3 เดือน ทั้งนี้ขึ้นอยู่กับความผิดที่เกี่ยวข้อง แม้ในโรมาเนียและเม็กซิโก ซึ่งได้ออกกฎหมายต่อต้านการทรมานเป็นการเฉพาะ ก็ยังกำหนดอายุความไว้ที่ 8 ปี และ 3-12 ปีตามลำดับ²²³

เพื่อให้มีการปฏิบัติตามอนุสัญญาอย่างเต็มที่ คณะกรรมการต่อต้านการทรมานมีความเห็นว่า

221 Report of Diane Orentlicher to update the Set of principles to combat impunity, E/CN.4/2005/102, para.47

222 คณะกรรมการต่อต้านการทรมานได้เน้นย้ำหลายครั้งว่าไม่ควรมีการกำหนดอายุความต่อการทรมานอย่างเช่น กรณีตุรกี UN Doc. CAT/C/CR/30/5, para.7 (c) และโปรดดูคดี *Barrios Altos Case* ในศาลสิทธิมนุษยชนแห่งทวีปอเมริกา ย่อหน้า 41 “บทบัญญัติว่าด้วยอายุความ...เป็นสิ่งที่ไม่อาจยอมรับได้ เนื่องจากมีวัตถุประสงค์เพื่อป้องกันไม่ให้มีการสอบสวนและลงโทษผู้ที่รับผิดชอบต่อการทรมานซึ่งเป็นการละเมิดสิทธิมนุษยชนอย่างร้ายแรง” และ ICTY, *Prosecutor v. Furundzija* ย่อหน้า 157 หนึ่งใน “ผลลัพธ์” ของหลักการที่เป็นกฎบังคับของข้อห้ามการทรมานได้แก่ “ไม่อาจมีการยกอายุความขึ้นใช้กับการทรมานได้”

223 และโปรดดูกรณีของเซอร์เบียและมอนเตเนโกร ซึ่งกำหนดให้ไม่สามารถฟ้องร้องดำเนินคดีอาชญากรรมในบริบทของการทรมานหลังจากผ่านไป 3 ปี และประเทศอื่น ๆ อย่างเช่น จีน ญี่ปุ่น และอุซเบกิสถาน ซึ่งมักกำหนดอายุความต่อคดีการทรมานตั้งแต่ 3-10 ปี ส่งผลให้ไม่อาจมีการสอบสวนและฟ้องร้องดำเนินคดีได้เมื่อผู้เสียหายจากการทรมานไม่สามารถเข้าแจ้งความร้องทุกข์ได้ภายในระยะเวลาที่กำหนดจะด้วยเหตุผลในเชิงภววิสัยหรืออัตวิสัยก็ตาม โปรดดูงานศึกษาขยายประเทศใน REDRESS, *Reparation for Torture and REDRESS, Complaints*, หน้า 31

- รัฐควรประกันไม่ให้มีการนำหลักอายุความมาใช้กับการทรมาน และหากมีกฎหมายเช่นนั้นอยู่ จะต้องยกเลิกไป วิธีการที่มีประสิทธิภาพมากที่สุดได้แก่ การประกาศอย่างชัดเจน โดยเฉพาะในรัฐธรรมนูญว่า จะไม่มีการนำหลักอายุความมาใช้กับการทรมาน²²⁴
- กฎหมายซึ่งอนุญาตให้มีการชะลอการบังคับใช้หลักอายุความที่มีอยู่ ถือได้ว่าสอดคล้องกับพันธกรณีตามอนุสัญญาฉบับนี้

8.4 การบังคับใช้หลักความชอบด้วยกฎหมายไม่ควรเป็นอุปสรรคต่อการฟ้องร้องดำเนินคดี อาชญากรรมที่ถือเป็นอาชญากรรมตามกฎหมายระหว่างประเทศ

หลักความชอบด้วยกฎหมาย (ไม่มีความผิด โดยไม่มีกฎหมาย) เป็นหลักการสำคัญของกฎหมายอาญาและเป็นหลักประกันเพื่อคุ้มครองสิทธิที่จะได้รับการพิจารณาคดีอย่างเป็นธรรม มีการนำหลักการนี้มาผนวกไว้ในรัฐธรรมนูญของประเทศต่าง ๆ ทั่วโลก และสะท้อนอยู่ในข้อ 15 ของกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง ซึ่งระบุดังนี้

224 ยกตัวอย่างเช่น การกำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญให้คดีการทรมานไม่มีอายุความ เช่น มาตรา 23(2) ของรัฐธรรมนูญเอกวาดอร์ มาตรา 5(2) รัฐธรรมนูญปารากวัย มาตรา 57 รัฐธรรมนูญอียิปต์ และมาตรา 23 รัฐธรรมนูญเอธิโอเปีย หรือกำหนดไว้ในกฎหมายระดับพระราชบัญญัติ อย่างเช่น มาตรา 99 ประมวลกฎหมายอาญาเอลซัลวาดอร์ และมาตรา 8 พระราชบัญญัติความสมานฉันท์แห่งชาติกัวเตมาลา และในธรรมนูญของศาลอย่างเช่น กฎหมายของคณะตุลาการผสมในติมอร์ตะวันออกและกัมพูชา ซึ่งไม่ยอมรับหลักอายุความ หรือมีการขยายอายุความของคดีการทรมานที่เกิดขึ้นในช่วงเวลาหนึ่งออกไปอย่างมาก และโปรดดูข้อ 17 ของข้อบังคับฉบับที่ 2000/15 ที่ออกโดยหน่วยปฏิบัติการรักษาสันติภาพในติมอร์ตะวันออกว่าด้วยการจัดตั้งคณะตุลาการเพื่อพิจารณาการกระทำผิดทางอาญาร้ายแรง และข้อ 3 ของกฎหมายว่าด้วยการจัดตั้งคณะตุลาการพิเศษแห่งกัมพูชาเพื่อการฟ้องร้องดำเนินคดีอาชญากรรมที่เกิดขึ้นในช่วงการปกครองของเขมรแดงเมื่อวันที่ 10 สิงหาคม 2544

ข้อ 15

1. บุคคลย่อมไม่ต้องรับผิดชอบทางอาญา เพราะกระทำหรืองดเว้นกระทำการใดซึ่งในขณะที่กระทำไม่เป็นความผิดอาญาตามกฎหมายภายในหรือกฎหมายระหว่างประเทศ และจะลงโทษให้หนักกว่าโทษที่มีอยู่ในขณะที่ได้กระทำความผิดอาญาไม่ได้ หากภายหลังการกระทำความผิดนั้นได้มีบทบัญญัติของกฎหมายกำหนดโทษเบาลงผู้กระทำความผิดย่อมได้รับประโยชน์จากบทบัญญัตินั้น

2. ความในข้อนี้ย่อมไม่กระทบต่อการพิจารณาคดี และการลงโทษบุคคลซึ่งได้กระทำการหรืองดเว้นกระทำการใดอันเป็นความผิดอาญาตามหลักกฎหมายทั่วไปอันเป็นที่รับรองโดยประชาคมนานาชาติในขณะที่มีการกระทำนั้น

ตามหลักการในข้อ 15 ดังกล่าว หลักความชอบด้วยกฎหมายจะไม่ขัดขวางการฟ้องร้องดำเนินคดีการทรมาน ซึ่งเกี่ยวข้องกับการกระทำที่เกิดขึ้นก่อนที่รัฐภาคีจะให้สัตยาบันอนุสัญญา หรือก่อนจะมีการผนวกนิยามการทรมานไว้ในประมวลกฎหมายอาญา ตราบใดที่การทรมานถือเป็นอาชญากรรม “ตามหลักกฎหมายทั่วไปอันเป็นที่รับรองโดยประชาคมนานาชาติ” ในขณะที่มีการกระทำนั้น ย่อมไม่อาจมีการอ้างเหตุเพื่อขัดขวางการฟ้องร้องดำเนินคดีต่อความผิดนั้นได้

9. การชดเชยต่อการทรมาน

ข้อ 14 ของอนุสัญญากำหนดพันธกรณีให้รัฐภาคีต้องกำกับให้ระบบกฎหมายของตนเปิดโอกาสให้ผู้เสียหายจากการทรมานได้รับการเยียวยา และมีสิทธิในการบังคับคดีได้เพื่อการรับค่าสินไหมทดแทนที่เป็นธรรมและเพียงพอรวมทั้งวิถีทางที่จะได้รับการบำบัดฟื้นฟูอย่างเต็มรูปแบบที่สุดเท่าที่จะเป็นไปได้²²⁵

225 ข้อ 14 ระบุต่อไปว่า “... รวมทั้งวิถีทางที่จะได้รับการบำบัดฟื้นฟูอย่างเต็มรูปแบบที่สุดเท่าที่จะเป็นไปได้ ในกรณีที่ผู้ถูกทำร้ายเสียชีวิต อันเป็นผลจากการกระทำการให้ผู้อยู่ในอุปการะของบุคคลนั้นมีสิทธิที่จะได้รับสินไหมทดแทน (2) ไม่มีความใดในข้อนี้ที่มีผลกระทบต่อสิทธิใดของผู้เสียหายหรือบุคคลอื่นในอันที่จะได้รับสินไหมทดแทนซึ่งอาจมีอยู่ตามกฎหมายภายใน”

ซึ่งหมายความว่า ผู้เสียหายจะต้องมีช่องทางได้รับการชดเชยอย่างมีประสิทธิภาพ (ความสามารถในการเข้าถึงความยุติธรรม) รวมทั้งการชดเชยส่วนที่เป็นสารสำคัญ อันได้แก่ การเยียวยาอย่างเหมาะสม การชดเชย การบำบัดฟื้นฟู ความพึงพอใจ และการรับประกันว่าจะไม่เกิดเหตุการณ์เช่นนี้อีก ในกรณีที่ผู้เสียหายถูกทำร้ายถึงแก่ชีวิต สิทธิในการชดเชยย่อมตกอยู่กับผู้ที่อยู่ในอุปการะของผู้นั้น

9.1 รัฐจะต้องกำหนดขั้นตอนเพื่อให้ได้รับการชดเชยอย่างมีประสิทธิภาพ

- ผู้เสียหายจากการทรมานจะต้องมีโอกาสเรียกร้องการชดเชยผ่านกระบวนการของศาลได้²²⁶ รัฐหลายแห่งมีช่องทางของฝ่ายบริหารเพื่อเยียวยาผู้เสียหายจากการทรมาน อย่างเช่น การทำหน้าที่ของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติหรือหน่วยงานอื่นนอกเหนือจากตุลาการซึ่งจัดตั้งขึ้นเพื่อส่งเสริมให้มีการชดเชยเป็นการเฉพาะ²²⁷ แม้ว่าหน่วยงานเหล่านี้เป็นองค์ประกอบเสริมที่สำคัญต่อการเยียวยาผ่านระบบศาล แต่ก็ไม่อาจทดแทนได้ทั้งหมด รัฐที่ต้องการส่งเสริมการเยียวยานอกเหนือจากช่องทางศาล จะต้องไม่ปิดกั้นหรือลดทอนโอกาสที่จะแสวงหาความยุติธรรมผ่านศาล หากต้องส่งเสริมให้มีช่องทางเรียกร้องการชดเชย ที่นอกเหนือจากศาล เพื่อเป็นทางเลือก

226 โปรดดูหลักการ 12 ของหลักการพื้นฐานว่าด้วยสิทธิที่จะได้รับการเยียวยาและการชดเชย และทัศนะของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนใน *Nydia Erika Bautista* (Colombia), para.8 (2) and *Jose Vicente and Amado Villafae Chaparro, Luis Napoleon Torres Crespo, Angel Maria Torres Arroyo and Antonio Hugues Chaparro Torres v. Colombia*, para.8 (2)

227 ยกตัวอย่างเช่น โครงการชดเชยการละเมิดสิทธิมนุษยชนในฟิลิปปินส์ หรือการชดเชยตามข้อเสนอแนะของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติในอินเดีย ซึ่งเป็นกลไกทางเลือกที่สำคัญแม้จะยังไม่สมบูรณ์ ในกรณีของฟิลิปปินส์ กฎหมายไม่ได้กำหนดให้มีช่องทางร้องขอการชดเชยผ่านระบบศาลอย่างมีประสิทธิภาพ โปรดดู *The Philippines Republic Act No. 7309: An Act Creating a Board of Claims under the Department of Justice for Victims of Unjust Imprisonment or Detention and Victims of Violent Crimes and For Other Purposes and, on India, REDRESS, Responses*, p.30

- การทรมานทุกรูปแบบต้องได้รับการเยียวยา รัฐบางแห่งไม่ได้กำหนดให้มีช่องทางได้รับการเยียวยาสำหรับการทรมานที่ส่งผลกระทบต่อทางจิตใจอันเป็นผลมาจากการทรมานทางร่างกาย²²⁸
- ควรกำหนดให้มีมาตรการเยียวยาในกฎหมายแทนที่จะกำหนดให้เป็นขั้นตอนของศาลอย่างเดียว²²⁹ ในบางกรณีศาลต้องกำหนดมาตรการเยียวยาจากบทบัญญัติด้านสิทธิในรัฐธรรมนูญหรือหลักการทั่วไปของกฎหมาย โดยเฉพาะในประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายจารีตประเพณี อย่างไรก็ตาม มาตรการเยียวยาเช่นนั้นอาจมีความไม่สม่ำเสมอ โดยเฉพาะในกรณีที่ไม่ม่ระบบคำพิพากษาของศาลที่ชัดเจนในเรื่องนี้²³⁰
- กฎหมายซึ่งกำหนดให้มีการชดเชยต่อการทรมานควรมีความชัดเจนและเฉพาะเจาะจง ในทางปฏิบัติ รัฐมักจะกำหนดการชดเชยจากการทรมานไว้เป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายว่าด้วยการชดเชยต่อผู้เสียหาย

228 ยกตัวอย่างเช่น พระราชบัญญัติการชดเชยของรัฐของสาธารณรัฐประชาชนจีน 1994 และ “คำอธิบายของศาลฎีกาต่อคำถามที่ว่าศาลประชาชนควรยอมพิจารณาข้อร้องเรียนความเสียหายทางจิตใจของผู้เสียหายจากคดีอาญาในการเรียกร้องทางแพ่งหรือไม่” ซึ่งศาลให้คำอธิบายนั้นไว้เมื่อวันที่ 15 กรกฎาคม 2545 และศาลฎีกาขอให้ศาลประชาชนไม่เพียงไม่รับพิจารณาข้อเรียกร้องเกี่ยวกับความทุกข์ทรมานทางจิตใจในคำฟ้องทางแพ่งเพิ่มเติมเท่านั้น แต่ให้รวมถึงไม่รับคำฟ้องทางแพ่งใดๆ อีกด้วย ตัวอย่างต่อมาได้แก่ พระราชบัญญัติการชดเชยจากการทรมานของเนปาล ซึ่งไม่ได้กำหนดนิยามการทรมานให้สอดคล้องกับอนุสัญญา โดยเฉพาะมีการยกเว้นการทรมานทางจิตใจ โปรดดูบทวิเคราะห์เกี่ยวกับความบกพร่องเพิ่มเติมของพระราชบัญญัติฉบับนี้ใน Act, *Alternative Report, Nepal and REDRESS, Responses*, pp.42 et seq

229 โปรดดูอย่างเช่น Brazil, UN Doc. A/56/44, paras.115-120, para.120 (f); Cameroon, UN Doc. A/56/44, paras.60-66, para.66 (a); Luxembourg, UN Doc. CAT/C/CR/28/2, para.6 (c) and Slovakia, UN Doc. A/56/44, paras.99-105, para.105 (i). See also Ingelse, *Committee against Torture*, pp.370 et seq

230 โปรดดูอย่างเช่น หลักนิติศาสตร์ของศาลฎีกาคีร์ลิงกา REDRESS, *Responses* หน้า 91

จากการกระทำโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายของพนักงานเจ้าหน้าที่หรือ อาชญากรรมทั่วไป ซึ่งแม้บทบัญญัติเช่นนั้นอาจมีประสิทธิภาพ แต่ เนื่องจากเป็นกฎหมายที่ใช้บังคับอย่างกว้าง ๆ ก็อาจไม่สอดคล้องกับ ข้อกำหนดเฉพาะของคดีการทรมาน อย่างเช่น เรื่องการไม่สามารถนำ หลักอายุความมาบังคับใช้และไม่อนุญาตให้มีการนิรโทษกรรม²³¹ ใน บางรัฐ ไม่มีการกำหนดกฎหมายเพื่อการชดเชยจากการทรมาน เป็น เหตุให้ผู้เสียหายต้องฟ้องละเมิดทางแพ่งแทน ซึ่งการฟ้องร้องเช่นนั้น มักทำได้ยากและไม่มีประสิทธิภาพ²³²

- นอกจากนี้ผู้กระทำความผิดต้องทำการชดเชยเป็นส่วนตัวแล้ว จะต้องกำหนดให้ มีการชดเชยจากฝ่ายรัฐด้วย²³³ สำหรับคดีการทรมานซึ่งนิยามของ การกระทำดังกล่าวครอบคลุมถึงการปฏิบัติหรือการรู้เห็นเป็นใจใน ส่วนของรัฐ ความรับผิดชอบของรัฐจะต้องไม่น้อยไปกว่าความรับผิดชอบ

231 ผู้เสียหายจากการทรมานได้ใช้กฎหมายซึ่งกำหนดความรับผิดชอบของรัฐ อย่างเช่น พระ ราชบัญญัติการชดเชยของรัฐในจีน รวมทั้งกฎหมายแพ่งอย่างเช่นกรณีของเปรูและเซอร์เบียและมอนเตเนโกร เพื่อให้ได้รับการชดเชย โดยมักไม่มีช่องทางที่เข้าถึงการชดเชยรูปแบบอื่น แม้ กฎหมายเหล่านี้จะมีความสำคัญ แต่ส่วนใหญ่แล้วไม่ได้จัดทำขึ้นเพื่อคดีการทรมาน เป็นการเฉพาะ และมักมีข้อบกพร่องในแง่ของข้อจำกัดในการใช้ประโยชน์ดังที่ได้ กล่าวมาแล้ว

232 ในหลายรัฐ โดยเฉพาะรัฐที่ใช้ระบบกฎหมายจารีตประเพณี ผู้เสียหายจากการทรมาน มักจะมีเพียงช่องทางฟ้องละเมิดทางแพ่งต่อศาลแพ่งเท่านั้น ซึ่งมักเป็นช่องทางที่ไม่มี ประสิทธิภาพเนื่องจากเหตุผลหลายประการรวมกัน ทั้งการไม่สามารถเข้าถึงศาล อุปสรรคในการรวบรวมหลักฐาน และในกรณีที่ศาลตัดสินให้จ่ายค่าชดเชย ก็มัก กำหนดในอัตราที่ต่ำ โปรดดูตัวอย่างของกฎหมายและการปฏิบัติในเคนยา ไนจีเรีย และ อัฟริกาใต้ในกรณีศึกษาของประเทศใน REDRESS, *Reparation for Torture*

233 หลักการ 15 หลักการพื้นฐานว่าด้วยสิทธิที่จะได้รับการเยียวยาและการชดเชยและ กรณีประเทศบราซิล U.N. Doc. A/56/44, paras.115-120, para.120 (f)

บุคคล²³⁴ ในทำนองเดียวกัน ความรับผิดชอบของรัฐจะต้องไม่ถูกจำกัด
อย่างเช่น การมีกฎหมายกำหนดให้รัฐต้องยินยอมให้มีการฟ้องคดีใน
กรณีของฟิลิปปินส์²³⁵

- รัฐต้องดำเนินการให้ผู้เสียหายสามารถเข้าถึงการชดเชยในทางปฏิบัติ
อย่างมีประสิทธิภาพ รัฐจะต้องไม่สร้างอุปสรรคอย่างไม่ชอบด้วยเหตุผล
เพื่อขัดขวางการใช้สิทธิของผู้เสียหายเพื่อให้ได้รับการเยียวยา²³⁶
อุปสรรคดังกล่าวประกอบด้วย (1) การออกกฎหมายนิรโทษกรรม
หรือการกำหนดอายุความซึ่งป้องกันหรือจำกัดโอกาสที่จะใช้ช่องทาง
ของศาลเพื่อเรียกร้องค่าชดเชย (2) กำหนดเงื่อนไขเกี่ยวกับหลักฐาน
ซึ่งไม่อาจปฏิบัติได้ เช่น กำหนดให้ผู้เสียหายต้องสามารถจำแนกตัว
บุคคลผู้ทำการทรมาน²³⁷ และ (3) กำหนดให้ต้องมีการชดเชยเฉพาะ
ในกรณีที่กระบวนการทางอาญาประสบผลสำเร็จเท่านั้น²³⁸
- รัฐจะต้องทำหน้าที่ในเชิงบวกเพื่อส่งเสริมให้ผู้เสียหายมีช่องทางเข้าถึง
การชดเชยอย่างมีประสิทธิภาพ อย่างเช่น การให้ความช่วยเหลือด้าน
กฎหมายต่อผู้เสียหายจากการทรมาน และการสอบสวนข้อกล่าวหา
การทรมาน และการอนุญาตให้มีการตรวจร่างกายโดยหน่วยแพทย์

234 คณะกรรมการต่อต้านการทรมานแสดงความกังวลในคดีที่รัฐมี “ความรับผิดชอบ
ระดับรอง” กรณีปารากวัย UN Doc. A/52/44, paras.189-213, para.203 ในการ
ละเมิดนั้น กรณีของปารากวัย ตามพระราชบัญญัติต่อต้านการทรมานของเม็กซิโก
ก็กำหนดให้รัฐเป็นผู้มีความรับผิดชอบระดับรองเท่านั้น

235 โปรดดูมาตรา 16(3) รัฐธรรมนูญฟิลิปปินส์ การฟ้องร้องคดีต่อบุคคลตามมาตรา 32
ของประมวลกฎหมายแพ่งจะสามารถทำได้ เฉพาะกรณีที่รัฐบาลยินยอมให้มีการฟ้อง
โปรดดูคดี *Aberca vs. Ver*, 1988.

236 โปรดดูอย่างเช่น หลักนิติศาสตร์ของศาลสิทธิมนุษยชนแห่งยุโรป ในคดี *Aksoy v.*
Turkey, para.95

237 ผู้รายงานพิเศษด้านการทรมาน รายงานฉบับร่าง UN Doc. A/56/156, para.39 (j)
และศาลสิทธิมนุษยชนแห่งยุโรปในคดี *Aksoy v. Turkey*, para.61.

238 โปรดดูคำวินิจฉัยของคณะกรรมการต่อต้านการทรมานในคดี *Dragan Dimitrijevic*
v. Serbia and Montenegro

อิสระ รัฐควรป้องกันไม่ให้เกิดกระบวนการใด ๆ ที่จะส่งผลให้เกิดความเจ็บปวดทางใจแก่ผู้เสียหายซ้ำอีก และกำหนดกลไกเพื่อแก้ไขปัญหาคุคามและการตอบโต้ต่อผู้เสียหาย

- รัฐจะต้องกำหนดกลไกเพื่อให้ผู้เสียหายสามารถบังคับให้มีการชำระค่าเสียหายที่คิดเป็นตัวเงิน ทั้งในกรณีที่ผู้กระทำเป็นรัฐและบุคคล²³⁹ ในกรณีที่สถาบันสิทธิมนุษยชนมีข้อเสนอแนะให้ชำระค่าชดเชย ก็ควรมีการปฏิบัติตามนั้น²⁴⁰

9.2 รัฐจะต้องกำหนดรูปแบบการชดเชยที่เพียงพอ เหมาะสม และสอดคล้องกับระดับความรุนแรงของอาชญากรรมและความทุกข์ทรมานทางร่างกายและจิตใจที่เกิดขึ้น

- การชดเชยในกรณีที่เหมาะสมกับคดีการทรมาน²⁴¹ เช่น การคืนเสรีภาพและการทำงาน
- การชดเชยต่อผู้เสียหายจากการทรมานยังรวมถึงผู้อยู่ในอุปการะด้วยการชดเชยประกอบด้วยการชดเชยที่เป็นตัวเงินและรูปแบบอื่น²⁴² และจะต้องเป็นธรรม เพียงพอ และมอบให้โดยไม่มีการเลือกปฏิบัติ²⁴³ และควรมีสัดส่วนที่เหมาะสมกับความรุนแรงของการละเมิดและสภาพการณ์ของแต่ละกรณี โดยสะท้อนถึงความเสียหายเท่าที่ประเมินได้ในเชิงเศรษฐกิจอย่างเช่น (ก) อันตรายต่อร่างกายและ/หรือจิตใจ (ข) โอกาสที่สูญเสียไปทั้งการมีงานทำ การศึกษา และสวัสดิการสังคม (ค) ความ

239 หลักการ 17 ของหลักการพื้นฐานว่าด้วยสิทธิที่จะได้รับการเยียวยาและการชดเชย

240 ยกตัวอย่างเช่น ข้อเสนอแนะที่ไม่ได้รับการปฏิบัติตาม ในกรณีของยูกันดา UN Doc. CAT/CO/34/UGA, para.8

241 โปรดดูหลักการ 19 ของหลักการพื้นฐานว่าด้วยสิทธิที่จะได้รับการเยียวยาและการชดเชย

242 โปรดดูหลักการ 20 เพียงอ้าง และภาพรวมของหลักนิติศาสตร์สากลในเรื่องนี้ Shelton, Remedies, pp.294 et seq.

243 โปรดดูหลักการ 25 ของหลักการพื้นฐานว่าด้วยสิทธิที่จะได้รับการเยียวยาและการชดเชย

เสียหายทางวัตถุและการสูญเสียรายได้ รวมทั้งการสูญเสียโอกาสที่จะมีรายได้ (ง) ความเสียหายทางจิตใจ (จ) ค่าใช้จ่ายที่เกิดขึ้นจากการใช้ตัวแทนหรือบริการของผู้เชี่ยวชาญด้านกฎหมาย บริการทางการแพทย์และยา และบริการทางจิตใจและสังคม²⁴⁴ ไม่ควรกำหนดเพดานของการชดเชย²⁴⁵ กฎหมายระดับชาติควรกำหนดความเสียหายหลักและระบุถึงศาลซึ่งมีอำนาจสั่งการให้มีการชดเชยอย่างเหมาะสม

- การบำบัดฟื้นฟูควรประกอบด้วย การดูแลทางการแพทย์และจิตใจ รวมทั้งบริการด้านกฎหมายและสังคม²⁴⁶ การบำบัดฟื้นฟูอาจอยู่ในรูปแบบใดก็ได้ อย่างเช่น การเข้าถึงบริการบำบัดฟื้นฟูหรือการชำระเป็นเงิน²⁴⁷ กฎหมายระดับชาติควรกำหนดสิทธิเป็นการเฉพาะเพื่อให้ได้

244 โปรดดูหลักการ 20 เพียงอ้าง หัวข้อความเสียหายเหล่านี้เป็นที่ยอมรับและมีการชดเชยตามหลักนิติศาสตร์ของกลไกสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ เช่น คณะกรรมการต่อต้านการทรมานและมีการนำไปใช้เป็นกลไกการชดเชยระดับสากล โปรดดูตัวอย่างของตุรกี UN Doc. CAT/C/CR/30/5, para.7 (h); Case of Velásquez-Rodríguez vs. Honduras, para.27; the Guidelines of the UN Governing Council of the UN Compensation Commission of 1991 and for the mandate of the Eritrea Ethiopia Claims Commission, Agreement Between the Government of the Federal Democratic Republic of Ethiopia and the Government of the State of Eritrea, 12 December 2000. See Shelton, Remedies, pp.294 for further references.

245 อย่างเช่น มาตรา 6 ของพระราชบัญญัติการชดเชยจากการทรมานของเนปาล ซึ่งกำหนดเพดานค่าสินไหมทดแทนไว้ที่ 100,000 รูปี (1,388 เหรียญ)

246 โปรดดูหลักการ 21 ของหลักการพื้นฐานว่าด้วยสิทธิที่จะได้รับการเยียวยาและการชดเชย

247 โปรดดู REDRESS, *Reparation: Sourcebook* หน้า 19 ยกตัวอย่างเช่น ในรายงานระดับประเทศของเอลซัลวาดอร์ในหัวข้อข้อสังเกตเชิงสรุป คณะกรรมการตั้งข้อสังเกตว่า "สิทธิของผู้เสียหายจากการทรมานที่จะได้รับการชดเชยอย่างเป็นธรรมและเพียงพอซึ่งเป็นงบประมาณจากรัฐควรได้รับการควบคุม โดยมีการนำโครงการมาใช้เพื่อให้เกิดการบำบัดฟื้นฟูทางร่างกายและจิตใจอย่างเต็มรูปแบบที่สุดเท่าที่จะเป็นไปได้" เอลซัลวาดอร์ U.N. Doc. A/55/44, para.167

รับการบำบัดฟื้นฟูเนื่องจากการทรมาน โดยเฉพาะไม่ว่ากฎหมายหรือหลักนิติศาสตร์ที่เป็นอยู่ จะยอมรับสิทธิโดยอิสระที่จะได้รับการบำบัดฟื้นฟูหรือไม่ก็ตาม

- ความพึงพอใจ ในส่วนนี้ประกอบด้วยมาตรการที่มีเป้าหมายเพื่อการเยียวยาในระยะยาว อย่างเช่น การเปิดเผยข้อเท็จจริงทั้งหมดต่อสาธารณะ การขอโทษ รวมทั้งการยอมรับข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นและการยอมรับความรับผิดชอบ รวมทั้งมาตรการลงโทษทั้งทางศาลและฝ่ายบริหารต่อผู้มีส่วนรับผิดชอบ²⁴⁸ กฎหมายระดับชาติควรกำหนดอย่างชัดเจนซึ่งสิทธิที่จะเข้าถึงความเป็นจริง คำขอโทษ และความรับผิดชอบต่อสาธารณะ ศาลจะต้องมีอำนาจที่จะกำหนดมาตรการเพื่อการชดเชยที่จำเป็น²⁴⁹
- การรับประกันว่าจะไม่เกิดเหตุซ้ำ ซึ่งประกอบด้วยพันธกรณีที่จะต้องทบทวนกฎหมายที่ส่งเสริมหรืออนุญาตให้มีการทรมานบางรูปแบบ และการปฏิรูปกฎหมายเพื่อป้องกันการทรมาน²⁵⁰

ศาลในหลายประเทศกำหนดให้มีการจ่ายค่าสินไหมทดแทนและการชดเชยในรูปแบบต่าง ๆ ต่อผู้เสียหายจากการทรมาน ทั้งในแง่การละเมิดสิทธิขั้นพื้นฐานตามรัฐธรรมนูญ อย่างเช่น กรณีของอินเดีย และศรีลังกา²⁵¹ และคดีของตรินิแดดและโตเบโกที่ยื่นต่อคณะองคมนตรี (Privy Council)²⁵² หรือกระบวนการทางแพ่งซึ่งมักไม่ค่อยเกิดขึ้น อย่างเช่น กรณีของอียิปต์ เซอร์เบีย และมอนเตเนโกร อียิปต์ และอัฟริกาใต้²⁵³ หรือกระบวนการทางอาญาอย่างเช่น

248 โปรดดูหลักการ 22 ของหลักการพื้นฐานว่าด้วยสิทธิที่จะได้รับการเยียวยาและการชดเชย

249 โปรดดูโดยเฉพาะหลักนิติศาสตร์ของศาลสิทธิมนุษยชนแห่งทวีปอเมริกา Cantoral Benavides Case; Case of Bamaca Velasquez v. Guatemala; Case of the “Gomez-Paquiyaui Brothers” vs. Peru; Tibi v. Ecuador

250 โปรดดูหลักการ 23 ของหลักการพื้นฐานว่าด้วยสิทธิที่จะได้รับการเยียวยาและการชดเชย

251 โปรดดู REDRESS, *Responses*, pp. 23 and pp.72 et seq. respectively

252 โปรดดู *Attorney General v Ramanoop*, 2005

253 โปรดดูกรณีศึกษาหลายประเทศใน REDRESS, *Reparation for Torture*, for references

กรณีของเปรู²⁵⁴ ในบางกรณี ศาลสั่งให้มีการชดเชยโดยอ้างอิงกฎหมายต่อต้านการทรมานโดยเฉพาะ อย่างเช่น กรณีของเนปาล²⁵⁵

รูปแบบการชดเชยรวมทั้งมูลค่าการชดเชยอาจแตกต่างกันมาก ศาลฎีกาอินเดียสั่งให้มีการชดเชยต่อการละเมิดสิทธิขั้นพื้นฐาน ซึ่งรวมถึงการทรมานโดยถือเป็นการชดเชยที่ร้ายแรงรูปแบบหนึ่ง²⁵⁶ และศาลฎีกาของทั้งอินเดียและศรีลังกา ก็ได้กำหนดให้มีรูปแบบการชดเชยอย่างอื่นนอกเหนือจากค่าชดเชยอย่างเช่น มาตรการเพื่อป้องกันไม่ให้เกิดเหตุซ้ำ การส่งเสริมการศึกษา และการสอบสวนพฤติกรรมกรรมการทรมาน และดำเนินมาตรการเพื่อต่อต้านผู้กระทำการทรมาน²⁵⁷ ในกระบวนการทั้งทางแพ่งและอาญา ศาลได้สั่งการให้มีการชดเชยความเสียหายทั้งที่ประเมินเป็นตัวเงินได้และไม่ได้ แต่มักไม่กำหนดการชดเชยต่อความเสียหายในเชิงลงโทษ และโดยปกติแล้วจะไม่กำหนดให้มีมาตรการต่างหากออกไปเพื่อการบำบัดฟื้นฟู ไม่ว่าจะเป็นค่าใช้จ่าย บริการทางการแพทย์และสังคม และ มาตรการอย่างอื่นที่คล้ายคลึงกัน²⁵⁸

หลักนิติศาสตร์ในประเทศว่าด้วยสิทธิได้รับการชดเชยมักไม่มีเอกภาพและมักไม่ส่งเสริมให้มีการชดเชยตามที่กำหนดและระบุในมาตรฐานระหว่างประเทศ ทั้งนี้เนื่องจากคำพิพากษาต่อคำร้องขอให้มีการชดเชยในคดีการทรมาน มักจะอ้างอิงกฎหมายภายในประเทศ โดยไม่คำนึงถึงมาตรฐานระหว่างประเทศ การชดเชยที่ได้รับจึงมักไม่ครอบคลุมถึงความเสียหายจากการทรมานทางจิตใจ อย่างเช่น กรณีคำพิพากษาของศาลฎีกาศรีลังกาเป็นตัวอย่าง²⁵⁹ นอกจากนี้ มูลค่า

254 โปรดดูคำพิพากษาของศาลอาญา Avacucho ในปี 2542 และศาลผสม Huaura-Huacho ปี 2545

255 โปรดดูเนปาล UN Doc. CAT/C/33/Add.6, paras.111 et seq

256 โปรดดู Justice Anand in *Nilabati Behera v. State of Orissa*, 1993, para.33

257 โปรดดู REDRESS, *Responses*, pp. 23 and pp.72 et seq. respectively

258 ดังเช่นการปฏิบัติของอียิปต์ เนปาล เซอร์เบียและมอนเตเนโกร และอัฟริกาใต้ ดังที่อธิบายข้างต้น

259 การแถลงข่าวในโอกาสที่มีการจัดอบรมว่าด้วยการบังคับใช้พิธีสารอิสตันบูลในศรีลังกา ซึ่งจัดโดย IRCT และองค์กรอื่น ๆ ที่ เมืองแคนดี ประเทศศรีลังกา ระหว่างวันที่ 2-6 ธันวาคม 2547

ของค่าสินไหมทดแทนมักมีจำนวนน้อย เนื่องจากศาลไม่คำนึงถึงความรุนแรงของการทรมาน รวมทั้งการเพิกเฉยต่อพันธกรณีที่กำหนดให้การชดเชยควร “เป็นธรรมและเพียงพอ”²⁶⁰ ศาลในหลายประเทศจึงมักกำหนดให้มีการจ่ายเป็นค่าสินไหมทดแทน แต่ไม่รวมถึงการชดเชยรูปแบบอื่น อย่างเช่น กรณีอียิปต์ เซอร์เบียและมอนเตเนโกร และอัฟริกาใต้ ส่วนศาลในประเทศอื่น ๆ อย่างเช่น อุซเบกิสถานกลับไม่บังคับให้มีการชดเชยในรูปแบบใด ๆ เลยต่อผู้เสียหายจากการทรมาน²⁶¹

9.3 การชดเชยต่อการทรมานในช่วงที่มีการเปลี่ยนผ่านทางการเมือง

แม้ในช่วงที่มีการเปลี่ยนผ่านทางการเมือง พันธกรณีที่รับรองให้ผู้เสียหายจากการทรมานทุกคนมีสิทธิเรียกร้องการชดเชยก็ยังมีผลบังคับใช้ อันที่จริงแล้ว การชดเชยเป็นองค์ประกอบสำคัญของมาตรการด้านความยุติธรรมในระหว่างการเปลี่ยนผ่าน รวมทั้งการฟ้องร้องดำเนินคดีและกลไกสำคัญอื่น ๆ เพื่อให้เกิดความจริงและการสมานฉันท์ อย่างไรก็ตาม การกำกับให้มีการชดเชยอย่างเพียงพอและมีประสิทธิภาพต่อการละเมิดอย่างกว้างขวาง รวมทั้งการทรมาน เป็นปัญหาท้าทายอย่างยิ่ง เมื่อพิจารณาจากสภาพที่สังคมเหล่านั้นเพิ่งจะข้ามพ้นช่วงเวลาที่มีการละเมิดอย่างกว้างขวางมา แม้สังคมเหล่านั้นจะมีเจตจำนงอย่างแน่วแน่ แต่ก็มีโครงสร้างพื้นฐานทางกฎหมายที่อ่อนแอ มีความ

260 ซึ่งมีผลบังคับใช้ต่อประเทศส่วนใหญ่ในกรณีที่มีคำสั่งให้มีการชดเชยในคดีการทรมานที่เนปาล หน่วยงานสองคนขอให้ทบวงมาตรา 6 ของพระราชบัญญัติการชดเชยจากการทรมาน ซึ่งกำหนดเพดานค่าสินไหมทดแทนไว้ที่ 100,000 รูปี (1,388 เหรียญ) โดยแย้งว่า บทบัญญัติดังกล่าวไม่สอดคล้องกับข้อ 14(1) ของอนุสัญญาฉบับนี้ ศาลฎีกาได้ยกคำร้องดังกล่าวเมื่อเดือนกันยายน 2546 โดยระบุว่า มาตรา 6 ของพระราชบัญญัติการชดเชยจากการทรมาน และ ข้อ 14(1) ของอนุสัญญาต่อต้านการทรมาน ไม่มีความขัดแย้งกัน

261 โปรดดู International League for Human Rights, *Uzbekistan* และการสังเกตการณ์ ข้อ 14 ของอนุสัญญาต่อต้านการทรมาน และการสำรวจกฎหมายและการปฏิบัติตามสิทธิในการชดเชยสำหรับการทรมาน ในอุซเบกิสถานของ the REDRESS

ต้องการทรัพยากรที่ขาดแคลน และมีผู้เสียหายจำนวนมาก รวมทั้งมีสิทธิและความต้องการที่หลากหลาย

เพื่อแก้ไขปัญหาที่ท้าทายดังกล่าว รัฐบาลแห่งใดจัดทำนโยบายและโครงการเป็นการเฉพาะเพื่อให้เกิดการชดเชยต่อข้อร้องเรียนจำนวนมาก²⁶² กลไกดังกล่าวสามารถทำหน้าที่ในแง่การเสริมการทำงานแต่ไม่สามารถทดแทนกลไกของศาลได้²⁶³

โครงการชดเชยของรัฐมักจะแบ่งแยกประเภทของผู้เสียหายที่จะได้รับการชดเชย (อย่างเช่น ผู้เสียหายจากการทรمانทุกคนในช่วงที่เกิดความขัดแย้งเป็นเวลา 8 ปี) และกำหนดรูปแบบการชดเชย (อย่างเช่น การกำหนดให้มีการจ่ายค่าสินไหมทดแทนต่อบุคคล และกำหนดวิธีการที่จะประเมินค่าเสียหาย หรือการชดเชยรูปแบบอื่น เช่น การบำบัดฟื้นฟู มาตรการที่ทำให้เกิดความพึงพอใจ เป็นต้น) โครงการเหล่านี้มักประสบความสำเร็จในระดับที่แตกต่างกัน ในบางช่วงเวลา การแบ่งแยกประเภทของผู้เสียหายของรัฐไม่สะท้อนสภาพที่แท้จริงของการตกเป็นผู้เสียหาย และเป็นเหตุให้ผู้เสียหายบางกลุ่มถูกกีดกันออกจากโครงการเหล่านี้²⁶⁴ ในทำนองเดียวกัน ในหลายกรณีการชดเชยมักจะจำกัดอยู่ในรูปแบบใดรูปแบบหนึ่ง ซึ่งโดยส่วนใหญ่เป็นค่าสินไหมทดแทนหรือ ได้รับการ

262 โปรดดู Roht-Arriaza, *Reparations*, pp.165 et seq. and Shelton, *Remedies*, pp. 412 et seq

263 ในทางทฤษฎีแล้ว การออกแบบโครงการชดเชยของรัฐจะต้องตั้งอยู่บนพื้นฐานการมีส่วนร่วมอย่างเพียงพอ ตอบสนองความต้องการและความจำเป็นของผู้เสียหาย มีความโปร่งใส นำไปปฏิบัติได้ง่าย มีประสิทธิภาพและเป็นโครงการที่มีภาพลักษณ์ที่เป็นธรรม ในกรณีดังกล่าวโครงการเหล่านี้ก็มีข้อได้เปรียบเหนือกว่าการพยายามแสวงหาการชดเชยโดยผ่านช่องทางศาลหรือกลไกที่ได้รับการแต่งตั้งอย่างอื่น

264 โครงการต่าง ๆ อย่างเช่น ในเปรู ชิลีเป็นอย่างมาก และประเทศอดีตคอมมิวนิสต์ส่วนใหญ่ เป็นโครงการที่ไม่ได้ออกแบบเพื่อแก้ไขปัญหาการทรمانโดยเฉพาะ และมักกีดกันผู้เสียหายจากการทรمانซึ่งมีคุณสมบัติไม่ตรงกับการจัดประเภทของรัฐ ช่วงปลายปี 2547 ได้เกิดการเปลี่ยนแปลงในชิลีเนื่องจากรัฐบาลยอมรับให้ผู้เสียหายจากการทรมานบางส่วน ได้รับการชดเชยต่อ หลังจากรัฐบาลตีพิมพ์รายงาน Valech โปรดดู Franklin, *Chile* การกำหนดขอบเขตของผู้ได้รับประโยชน์ที่คับแคบ มักเป็น

ชดเชยอย่างไม่เพียงพอ²⁶⁵

กลไกต่าง ๆ อย่างเช่น คณะกรรมาธิการข้อเท็จจริงมักถูกใช้เพื่อบริหารโครงการชดเชยของรัฐ แต่โดยมากแล้วหน่วยงานเหล่านี้มักมีอำนาจเพียงเสนอแนะมาตรการ ในขณะที่รัฐบาลก็มักจะไม่กระตือรือร้นที่จะปฏิบัติตามข้อเสนอแนะนั้น²⁶⁶

ชุดของมาตรการเพื่อความยุติธรรมในช่วงเปลี่ยนผ่านอย่างมีประสิทธิภาพ

ผลมาจากการวินิจฉัยทางการเมืองว่าใครบ้างที่ถือว่าเป็นผู้เสียหาย ซึ่งเป็นกรตัดสินใจที่มักได้รับอิทธิพลจากแนวคิดเกี่ยวกับคุณสมบัติของผู้เสียหายที่ยอมรับกันอยู่ทั่วไป อย่างเช่น แนวคิดที่ว่าผู้เสียหาย คือ ผู้ที่ถูกปราบปรามทางการเมืองในกรณีของประเทศอดีตคอมมิวนิสต์ ขึ้นอยู่กับความเข้มแข็งในการร้องเรียนของกลุ่มผู้เสียหาย และค่าใช้จ่ายที่จะเกิดขึ้นจากการยอมรับสถานะภาพผู้เสียหายซึ่งจะมีสิทธิได้รับการชดเชย ตัวอย่างเช่น ผู้เสียหายจากการทรมานในชิลี โปรตุเก้ Roht-Arriaza, *Reparations*, pp.177 et seq

265 นโยบายการชดเชยในหลายประเทศมักจำกัดอยู่เพียงการให้ค่าสินไหมทดแทน โดยมองข้ามการชดเชยในรูปแบบอื่นและมาตรฐานสากลที่เกี่ยวข้อง ตัวอย่างหนึ่งได้แก่ คณะกรรมาธิการด้านการชดเชยเหยื่อที่ถูกคุมขังอย่างไม่ชอบด้วยกฎหมายเป็นเวลานานและญาติของผู้สูญหายในโมร็อกโก ซึ่งล้มเหลวในการดำเนินการชดเชยที่ไม่ครอบคลุมในรูปแบบอื่น โปรตุเก้ Royal Directive, *Establishment of the Independent Arbitration Commission for compensation for material and moral injuries suffered by the victims of disappearances or arbitrary detention and their next of kin*, 1999 ซึ่งมีคำวินิจฉัยให้มีการชดเชยโดยมูลค่าของสินไหมทดแทนมักจะต่ำกว่าความจริงอย่างมาก ตัวอย่างเช่น กรณีประเทศอดีตคอมมิวนิสต์ หรือกรณีของชิลีหลังจากมีการตีพิมพ์รายงาน Valech

266 โปรตุเก้ Orentlicher, *Independent Study*, UN Doc. E/CN.4/2004/88 สำหรับภาพรวมของแนวปฏิบัติที่ดี ถึงอย่างนั้นก็ยังมีปัญหาเชิงโครงสร้างซึ่งเกิดขึ้นอีกในหลายประเทศ กล่าวคือ การที่รัฐบาลของประเทศเหล่านั้นไม่ปฏิบัติตามข้อเสนอแนะเพื่อจัดให้มีการชดเชยอย่างรวดเร็วของคณะกรรมาธิการเพื่อความจริงและการสมานฉันท์ อย่างเช่น กรณีไนจีเรีย อัฟริกาใต้ และเปรู ซึ่งเน้นย้ำให้เห็นข้อบกพร่องของการไม่มีมาตรการเยียวยาทางศาลอย่างมีประสิทธิภาพ และการไม่มีกลไกบังคับใช้ โปรตุเก้ กรณีของอัฟริกาใต้ Makhalemele, *Still not talking*, และเปรู Laplante,

(ข้อ 266 ต่อหน้าถัดไป)

ยังอาจประกอบด้วยรูปแบบการชดเชยในวงกว้างและระยะยาว เพื่อเป็นหลักประกันไม่ให้เกิดเหตุซ้ำและเพื่อความพึงพอใจของผู้เสียหาย อาจมีการปลดพนักงานเจ้าหน้าที่ซึ่งเกี่ยวข้องกับการละเมิดนั้นออกจากตำแหน่ง ในระหว่างกระบวนการพิสูจน์ความผิด²⁶⁷ ตามเป้าหมายในทำนองเดียวกัน ก็อาจมีการเสนอและปฏิบัติตามมาตรการปฏิรูปกฎหมายที่มุ่งป้องกันการทรมานด้วย²⁶⁸

10. พันธกรณีเกี่ยวกับการทรมานซึ่งเกิดขึ้นในประเทศที่สาม

10.1 รัฐจะต้องดำเนินการฟ้องร้องคดีหรือส่งบุคคลเป็นผู้ร้ายข้ามแดน

รัฐจะต้องฟ้องร้องดำเนินคดีหรือส่งตัวผู้ต้องสงสัยว่ากระทำการทรมานที่พบในประเทศของตนเป็นผู้ร้ายข้ามแดน ไม่ว่าการทรมานดังกล่าวจะเกิดขึ้นในที่ใดก็ตาม²⁶⁹ อย่างไรก็ตาม อนุสัญญาก็ได้ห้ามการส่งบุคคลเป็นผู้ร้ายข้าม

266 (ต่อ)

Peru: Reparations, pp.12 et seq. ในโนลี้เรีย จนถึงต้นปี 2548 รายงานของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชน Oputa Panel Report ซึ่งมีการจัดส่งให้กับรัฐบาลตั้งแต่ปี 2545 ยังไม่ได้รับการตีพิมพ์ เนื่องจากกรณีศึกษาในรายงานบางส่วน เป็นประเด็นของคดีที่อยู่ระหว่างการพิจารณาของศาล

267 อย่างเช่นที่ทำในหลายประเทศในยุโรปตะวันออกและยุโรปตะวันออกเฉียงใต้ ซึ่งได้ออกกฎหมายการพิสูจน์ความผิด เพื่อป้องกันมิให้พนักงานเจ้าหน้าที่ที่มีส่วนเกี่ยวข้องกับรัฐบาลชุดที่ผ่านมามีอำนาจในตำแหน่งนั้นอีก โปรดดูภาพรวมใน Shelton, *Remedies*, pp.389

268 โปรดดูตัวอย่างเช่น เอลซัลวาดอร์และอัฟริกาใต้ Hayner, *Unspeakable Truths*, pp.165 และ ไอร์แลนด์เหนือ Transitional Justice- *Northern Ireland and Beyond*

269 ข้อ 5(2) ของอนุสัญญากำหนดว่า “ในทำนองเดียวกัน ให้รัฐภาคีแต่ละรัฐดำเนินการมาตรการเท่าที่จำเป็นเพื่อให้ตนมีเขตอำนาจเหนือความผิดทั้งปวงเช่นว่า ในกรณีที่ผู้ถูกกล่าวหาอยู่ในอาณาเขตใดที่อยู่ภายใต้เขตอำนาจรัฐของตนและรัฐนั้นไม่ยอมส่งบุคคลนั้นเป็นผู้ร้ายข้ามแดนตามข้อ 8 ให้แก่รัฐที่ระบุไว้ในวรรค 1 ของข้อนี้” ตามกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ รัฐอาจใช้อำนาจสากลของตนเหนือการทรมานได้ โปรดดู Benavides, *Universal Jurisdiction Principle*, p. 28 and Hall, *Universal Jurisdiction*, pp. 47-48

แดนหรือส่งบุคคลไปยังรัฐอื่นในกรณีที่มีความเสี่ยงอย่างมากที่จะถูกทรมาน²⁷⁰ ในกรณีดังกล่าว รัฐจะต้องดำเนินการป้องกันตนเอง และไม่อาจเลือกส่งบุคคลเป็นผู้ร้ายข้ามแดน ในทำนองเดียวกัน ภัยของอนุสัญญาโดยรวมก็คือ รัฐจะต้องดำเนินการทั้งสองประการ คือการป้องกันตนเองและการส่งบุคคลเป็นผู้ร้ายข้ามแดน สำหรับการทรมานซึ่งเกิดขึ้นในรัฐอื่น มิใช่การเลือกดำเนินการอย่างใดอย่างหนึ่งระหว่างการป้องกันตนเองหรือการส่งบุคคลเป็นผู้ร้ายข้ามแดน

การฟ้องร้องดำเนินคดี

เพื่อให้มีการปฏิบัติตามพันธกรณีที่จะต้องฟ้องร้องดำเนินคดีหรือส่งบุคคลเป็นผู้ร้ายข้ามแดน รัฐต้องออกกฎหมายกำหนดให้มีการดำเนินคดีต่อบุคคลซึ่งตนพบในประเทศและต้องสงสัยว่าได้กระทำการทรมาน ณ ที่ใด ๆ ก็ตามในโลก หรือไม่เช่นนั้นก็ให้ส่งบุคคลเป็นผู้ร้ายข้ามแดน²⁷¹ ซึ่งกฎหมายดังกล่าวต้องมีองค์ประกอบดังนี้

- เขตอำนาจที่ชัดเจนต่อการกระทำที่เป็นการทรมาน โดยให้สอดคล้องกับนิยามที่ปรากฏในข้อ 1 ของอนุสัญญา²⁷²
- เขตอำนาจดังกล่าวจะต้องไม่ถูกจำกัดด้วยประเด็นเรื่องสัญชาติของผู้กระทำผิด สัญชาติของผู้เสียหาย หรือสถานที่ที่การทรมานเกิดขึ้น
- จะต้องไม่อนุญาตให้ผู้ต้องสงสัยว่าการกระทำทรมานได้รับความคุ้มกันตามสาระแห่งคดี (immunity *ratione materiae*)
- พนักงานเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจจะต้องมีอำนาจในการควบคุมตัวผู้ต้องสงสัยว่าการกระทำทรมานไว้ในสถานคุมขัง หรือใช้มาตรการทางกฎหมายอย่างอื่นเพื่อประกันว่าบุคคลนั้นอยู่ในความควบคุม²⁷³

270 ข้อ 3 อนุสัญญาต่อต้านการทรมาน

271 โปรตุเกส อย่างเช่น Egypt, UN Doc. CAT/C/CR/29/4, para.6 (l); Mauritius, UN Doc. A/54/44, paras.118-123, para.123 (d); Ukraine, UN Doc. CAT/C/XXVII/Concl.2, para.5 (d) and Zambia, UN Doc. CAT/C/XXVII/Concl.4, para.8 (c)

272 โปรตุเกสที่ 4 ข้อ (2.1) ของรายงานฉบับนี้ว่าด้วยนิยามการทรมาน

273 ข้อ 6(1) อนุสัญญาต่อต้านการทรมาน

- หน่วยงานที่เกี่ยวข้องของรัฐควรมีหน้าที่ส่งมอบคดีให้กับหน่วยงานที่มีอำนาจเพื่อการฟ้องร้องดำเนินคดี ในกรณีที่รัฐภาคีไม่ต้องการส่งบุคคลผู้กระทำความผิดนั้นเป็นผู้ร้ายข้ามแดน²⁷⁴
- ส่งเสริมให้รัฐร่วมมือกับรัฐภาคีอื่นในการดำเนินคดีอาญาต่ออาชญากรรมที่เป็นความผิดต่อการทรمان²⁷⁵

การส่งบุคคลเป็นผู้ร้ายข้ามแดน

- รัฐต้องกำหนดให้การทรمانเป็นความผิดที่ส่งตัวบุคคลเป็นผู้ร้ายข้ามแดนได้²⁷⁶
- ในกรณีที่อาจส่งบุคคลเป็นผู้ร้ายข้ามแดนได้โดยไม่มีสนธิสัญญาส่งบุคคลเป็นผู้ร้ายข้ามแดนหรือกฎหมายอื่น ๆ รัฐควรรีไออนุสัญญาฉบับนี้เป็นพื้นฐานเพื่อการส่งบุคคลเป็นผู้ร้ายข้ามแดน
- รัฐจะต้องไม่ส่งบุคคลเป็นผู้ร้ายข้ามแดนในกรณีที่มีเหตุอันควรเชื่อได้ว่าผู้กระทำความผิดที่ถูกกล่าวหาอาจได้รับอันตรายเนื่องจากถูกรทรมาน²⁷⁷

มีตัวอย่างไม่มากที่ผู้ถูกกล่าวหาว่าทำการทรมานถูกนำตัวเข้าสู่การไต่สวนในประเทศที่สาม ในปี 2547 ศาลแขวงเมืองรีอตเตอร์ดัมตัดตีสินลงโทษจำคุก Sebastien N. ชาวคองโก ซึ่งมีถิ่นพำนักในเนเธอร์แลนด์ เป็นเวลา 30 เดือน

274 ข้อ 7 อนุสัญญาต่อต้านการทรมาน

275 ข้อ 9 อนุสัญญาต่อต้านการทรมาน

276 โดยทั่วไปแล้วกฎหมายส่งบุคคลเป็นผู้ร้ายข้ามแดน อนุญาตในทางอ้อมให้มีการส่งตัวบุคคลผู้ต้องสงสัยว่ากระทำการทรมาน และห้ามไม่ให้มีการส่งตัวบุคคลในกรณีที่มีการกระทำเช่นนั้นเป็นผลมาจากแรงจูงใจทางการเมือง และอาจถือเป็นมาตรการปราบปรามอย่างหนึ่ง โปรดดูบทที่ว่าด้วยกฎหมายส่งบุคคลเป็นผู้ร้ายข้ามแดนในกรณีศึกษา 31 ประเทศที่จัดทำโดยองค์กร REDRESS และตีพิมพ์เมื่อปี 2546 ตัวอย่างของการไม่กำหนดให้การทรมานเป็นความผิดที่ส่งตัวบุคคลเป็นผู้ร้ายข้ามแดนได้ โปรดดูพระราชบัญญัติส่งบุคคลเป็นผู้ร้ายข้ามแดนของจีน ปี 2543 และแซมเบีย UN Doc. CAT/C/XXVII/Concl.4, para.6 (d)

277 ข้อ 3(1) อนุสัญญาต่อต้านการทรมาน โปรดดูตัวอย่าง Uzbekistan, UN Doc. A/55/44, paras.76-81, para.81 (e); Poland, UN Doc. A/55/44, paras.82-95, para.89 and Chile, UN Doc. CAT/C/32/5, para.7 (g)

ในความผิดฐานกระทำการทรมานชาวคองโก เหตุเกิดขึ้นในปี 2539 ในพื้นที่ซึ่งขณะนั้นเป็นส่วนหนึ่งของสาธารณรัฐซาร์อี²⁷⁸ ในเดือนกรกฎาคม 2548 ศาลฝรั่งเศสตัดสินลับหลังจำเลยคือนาย Ely Ould Dah ชาวมอริเตเนีย โดยลงโทษจำคุกเป็นเวลา 10 ปีในข้อหากระทำการทรมานเจ้าหน้าที่ทหารที่ “ค่ายมรณะ Jreida” ที่ประเทศมอริเตเนีย เหตุเกิดในปี 2534²⁷⁹ ในเดือนเดียวกันศาลอาญากลางแห่งกรุงลอนดอนก็ได้ตัดสินจำคุก Faryadi Zardad ผู้บัญชาการกองกำลังมูจาฮิดีนเป็นเวลา 20 ปี ฐานมีส่วนร่วมในการทรมานซึ่งเกิดขึ้นในอัฟกานิสถานระหว่างวันที่ 31 ธันวาคม 2534 - 30 กันยายน 2539²⁸⁰ และในกลางปี 2548 ศาลสเปนตัดสินลงโทษ Adolfo Scilingo อดีตทหารเรือชาวอาร์เจนตินาในข้อหาอาชญากรรมต่อมนุษยชาติ โดยให้จำคุกเป็นเวลา 640 ปี²⁸¹ อีกคดีหนึ่งสำหรับการพิจารณาคดี อดีตทหารเรือชาวอาร์เจนตินา ก็คือ Miguel Angel Cavallo ซึ่งถูกส่งตัวเป็นผู้ร้ายข้ามแดนจากเม็กซิโกเมื่อปี 2546 ในข้อหากระทำการทรมาน อาชญากรรมล้างเผ่าพันธุ์ และการก่อการร้าย ยังคงดำเนินคดีอยู่ในศาลที่สเปนจนถึงปี 2548²⁸²

ในคดี Hisséne Habré อดีตเผด็จการชาดซึ่งถูกตั้งข้อหาอาชญากรรมต่อมนุษยชาติและการทรมานที่เกิดขึ้นระหว่างเดือนกรกฎาคม 2525 ถึงธันวาคม 2533 ศาลไตส่วนมูลฟ้องคดีอาญาอุกฉกรรจ์ (Chambre d'Accusation) กรุงดาการ์ ปฏิเสธที่จะพิจารณาคดีโดยอ้างว่าไม่อยู่ในเขตอำนาจของตน ทั้งนี้ตามมาตรา 669 ของประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเซเนกัล ศาลยืนยันว่าอนุสัญญาต่อต้านการทรมานไม่อาจถือเป็นพื้นฐานทางกฎหมายที่เพียงพอ

278 Rechtbank Rotterdam, 2004, available at www.rechtspraak.nl/default.htm

279 AFP, *French Court condemns Mauritanian Torturer under 'Universal Competence'*, 1 July 2005

280 *Afghan Zardad jailed for 20 years*, BBC News, 19 July 2005

281 ศาลตัดสินลงโทษจำคุก Scilingo กระทั่ง 21 ปี สำหรับการสังหารผู้ต้องขังแต่ละคนจำนวน 30 คน โดยถูกโยนลงจากเครื่องบิน และลงโทษจำคุกเป็นเวลา 5 ปี สำหรับการทรมานและการคุมขังโดยมิชอบด้วยกฎหมาย

282 โปรดดูคดีนี้และคดีที่เกี่ยวข้องใน Spain, Ryngaert, *Universal Criminal Jurisdiction*

พอเพื่อกำหนดเขตอำนาจดังกล่าว โดยระบุว่า เป็นความรับผิดชอบของรัฐสภา เซเนกัลที่จะดำเนินมาตรการเพื่อให้เกิดเขตอำนาจระหว่างประเทศในคดีนี้²⁸³ ด้วยความตระหนักถึงข้อจำกัดดังกล่าว ศาลจึงขอให้รัฐสภาเซเนกัลแก้ไขประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาให้สอดคล้องกับข้อกำหนดในอนุสัญญา²⁸⁴ ในเวลาต่อมาศาลฎีกา (Cour de Cassation) ก็ได้ตัดสินยืนตามคำพิพากษาดังกล่าว เมื่อวันที่ 20 มีนาคม 2544 โดยวินิจฉัยว่า “กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาที่มีอยู่ไม่กำหนดเขตอำนาจระหว่างประเทศเพื่อให้ศาลเซเนกัลสามารถฟ้องร้องดำเนินคดีและไต่สวนผู้ถูกกล่าวหา (ผู้ทำการทรมาน) ซึ่งพบบุคคลดังกล่าวอยู่ในเขตแดนของประเทศเซเนกัลได้ โดยที่การทรมานได้เกิดขึ้นในประเทศอื่นและเป็นการกระทำของคนชาติอื่น การปรากฏตัวของ Hissène Habré ในเซเนกัลไม่อาจถือเป็นเหตุผลโดยตัวของมันเอง และไม่อาจใช้เป็นเหตุเพื่อฟ้องร้องดำเนินคดีต่อเขาได้”²⁸⁵ ในเดือนกันยายน 2548 ผู้พิพากษาเบลเยียมออกหมายจับนาย Habré โดยขอให้หน่วยงานของเซเนกัลส่งตัวเขาในฐานะผู้ร้ายข้ามแดนเพื่อเข้ารับการพิจารณาคดีตามเขตอำนาจระหว่างประเทศของเบลเยียม ศาลอุทธรณ์กรุงดakar มีคำพิพากษาในวันที่ 25 พฤศจิกายน 2548 ว่า ศาลไม่มีอำนาจที่จะพิจารณาคดีนี้ เนื่องจากความคุ้มกันที่นาย Habré มีอยู่ ในเวลาต่อมารัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยเซเนกัลประกาศว่าขั้นตอนต่อไปสำหรับคดีนาย Habré ควรอยู่ที่อำนาจการชี้ขาดของสหภาพอัฟริกาซึ่งถือเป็นสิ่งที่เหนือความคาดหมาย

10.2 การเยียวยาทางแพ่งสำหรับการทรมานซึ่งเกิดขึ้นในต่างประเทศ

รัฐหลายแห่งไม่ได้กำหนดการเยียวยาอย่างมีประสิทธิภาพสำหรับผู้เสียหายจากการทรมานที่เกิดขึ้นในประเทศของตน สำหรับผู้เสียหายเหล่านี้ การ

283 <http://www.hrw.org/french/themes/habre-decision.html> คำพิพากษาเมื่อวันที่ 4 กรกฎาคม 2543 ศาลยังยืนยันด้วยว่ากฎหมายเซเนกัลไม่ยอมรับความผิดฐานอาชญากรรมต่อมนุษยชาติ และถ้ายึดหลักไม่มีความผิดไม่มีโทษ (*nulla poena sine lege*) ก็ไม่อาจฟ้องร้องดำเนินคดีต่อคดีนี้ในเซเนกัลได้

284 เฟ็งอั้ง

285 อ้างถึงใน Brody, *Using Universal Jurisdiction*, p. 383

สามารถร้องขออำนาจศาลในประเทศที่สามเพื่อการเยียวยาอาจเป็นหนทางดี ที่สุดเพื่อให้มีการดำเนินคดีต่อบุคคลและ/หรือรัฐที่เกี่ยวข้อง ข้อโต้แย้งสำคัญ ต่อคำร้องดังกล่าวได้แก่ ค่าใช้จ่ายมหาศาลที่จะเกิดขึ้นจากการฟ้องร้องทางแพ่ง ความคุ้มกัน ข้อโต้แย้งเกี่ยวกับ “ช่องทางดีที่สุด” และโดยเฉพาะอย่างยิ่งใน กรณีที่ไม่มีกฎหมายเฉพาะเพื่อเปิดโอกาสให้มีการร้องทุกข์ดังกล่าว และอายุ ความที่สั้น

การฟ้องทางแพ่งนอกราชอาณาจักรในคดีการทรมานมักเป็นสิ่งที่เกิดขึ้น ในเขตอำนาจศาลแบบกฎหมายจารีตประเพณี เนื่องจากประเทศที่ใช้ระบบ ประมวลกฎหมายมักใช้วิธีการฟ้องคดีแพ่งเกี่ยวเนื่องกับคดีอาญาตามระบบ constitution de partie civile คดีประเภทนี้ส่วนใหญ่จะมีการฟ้องร้องใน สหรัรัฐ ซึ่งมีความหมายเฉพาะเพื่อเปิดโอกาสให้มีการฟ้องร้องคดีเช่นนั้นได้ แต่ในปัจจุบันก็มีการฟ้องร้องคดีแบบดังกล่าวมากขึ้นในสหราชอาณาจักร แคนาดา สวิตเซอร์แลนด์ และประเทศอื่น ๆ หลักนิติศาสตร์ในเรื่องนี้ได้พัฒนา ขึ้นโดยแยกออกจากหลักนิติศาสตร์ทางอาญาที่มีพัฒนาการมากกว่า และในบาง กรณี มีการใช้มาตรฐานแตกต่างกันต่อคำถามเกี่ยวกับความคุ้มกัน รวมทั้งข้อ พิจารณาในแง่ช่องทางการฟ้อง

เป็นที่สังเกตว่าคณะกรรมการต่อต้านการทรมานแห่งสหประชาชาติแสดงความ เห็นต่อนัยของข้อ 14(1) ของอนุสัญญา ในบริบทของระบบกฎหมายแคนาดา ภายหลังจากศาลอุทธรณ์แคว้นออนตาริโอมีคำพิพากษาในคดี Bouzari²⁸⁶ คณะกรรมการวิจารณ์ถึง “การไม่มีมาตรการที่มีประสิทธิภาพเพื่อเปิดโอกาส ให้มีการชดเชยทางแพ่งต่อผู้เสียหายจากการทรมานในทุกคดี”²⁸⁷ และมีข้อเสนอแนะว่ารัฐบาลแคนาดา “ควรทบทวนจุดยืนของตนตามข้อ 14 ของอนุสัญญา

286 *Bouzari v. Iran (Islamic Republic) Ont. C.A. (2004)* เป็นการฟ้องทางแพ่ง ในคดีการทรมานของพลเมืองชาวอิหร่านต่อสาธารณรัฐอิสลามแห่งอิหร่าน นาย Bouzari ยื่นยื่นการมีอยู่ของสิทธิมนุษยชนที่มีต่อข้อยกเว้นด้านความคุ้มกันของรัฐ เนื่องจากการยอมรับซึ่งสถานะของข้อห้ามการทรมานในกฎหมายระหว่างประเทศซึ่งเป็นข้อห้ามอย่างเด็ดขาด แม้ข้อโต้แย้งดังกล่าวจะไม่ประสบความสำเร็จก็ตาม

287 โปรตุเกตุ Canada, CAT/C/CR/34/CAN, para. C (4)(g)

ทั้งนี้เพื่อให้มีข้อกำหนดเพื่อการชดเชยจากการฟ้องร้องทางแพ่งของผู้เสียหายจากการทรمانทุกคน”²⁸⁸

จากความเห็นของคณะกรรมการต่อต้านการทรمانต่อนัยของข้อ 14 ของอนุสัญญา รัฐภาคีควรดำเนินการให้ผู้เสียหายจากการทรمانสามารถฟ้องร้องทางแพ่งภายนอกประเทศได้ โดยเฉพาะในกรณีที่ไม่มีช่องทางอื่นใดเพื่อหาความยุติธรรมในประเทศได้

288 เฟิงอ้าง D(5)(f)

V. การมีส่วนร่วมอย่างสร้างสรรค์กับคณะกรรมการ ต่อต้านการทรมานแห่งสหประชาชาติ

คณะกรรมการต่อต้านการทรมานแห่งสหประชาชาติ จัดตั้งขึ้นตามภาคสองของอนุสัญญา และมีบทบาทสำคัญในการดูแลให้รัฐภาคีปฏิบัติตามอนุสัญญา คณะกรรมการมีช่องทางหลายประการเพื่อตรวจสอบการปฏิบัติตามอนุสัญญาของรัฐภาคี ทั้งการวิเคราะห์รายงานของรัฐภาคี การสื่อสารส่วนบุคคล และการรับข้อร้องเรียนจากรัฐภาคีอื่น รวมทั้งดำเนินกระบวนการไต่สวน

1. กำหนดส่งรายงานของรัฐภาคี

คณะกรรมการมีหน้าที่ตรวจสอบรายงานที่รัฐภาคีจะต้องจัดส่งตามระยะที่กำหนด²⁸⁹ ในการพิจารณารายงานเหล่านี้ คณะกรรมการอาจรับฟังข้อมูลจากหน่วยงานอื่น ๆ ของสหประชาชาติ อย่างเช่น ผู้รายงานพิเศษด้านการทรมาน

289 ข้อ 19 รัฐภาคีจะต้องเสนอรายงานเบื้องต้น “ภายในเวลา 1 ปีหลังจากอนุสัญญานี้ มีผลบังคับใช้สำหรับรัฐภาคีที่เกี่ยวข้อง” รายงานเบื้องต้นดังกล่าวควรจะให้ภาพรวมของกฎหมายและแนวทางปฏิบัติที่เกี่ยวข้อง ด้วยเหตุดังกล่าว คณะกรรมการต่อต้านการทรมานจึงได้ขอให้รัฐภาคีให้ข้อมูลเกี่ยวกับสภาพทั่วไป และข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับแต่ละข้อในภาค 1 ของอนุสัญญา ในการเสนอรายงานตามกำหนดฉบับต่อไป ซึ่งมีกำหนดส่งทุก 4 ปี รัฐภาคีจะต้องปฏิบัติตามแนวปฏิบัติทั่วไปของคณะกรรมการ โดยจะต้องให้ข้อมูลเกี่ยวกับมาตรการใหม่ ๆ และความคืบหน้าที่เกี่ยวข้องกับการปฏิบัติตามอนุสัญญา เรียงตั้งแต่ข้อ 1-16 ตามความเหมาะสม และต้องเสนอข้อมูลเพิ่มเติมตามที่คณะกรรมการร้องขอและข้อมูลเกี่ยวกับการปฏิบัติตามข้อสรุปและข้อเสนอแนะของคณะกรรมการ

รายงานคู่ขนานที่จัดทำโดยกลุ่มประชาสังคม รวมทั้งข้อมูลเพิ่มเติมอื่นๆ ที่ได้รับ และอภิปรายถึงประเด็นเหล่านี้ร่วมกับผู้แทนของรัฐที่เกี่ยวข้องในระหว่างการประชุมตามวาระ หลังจากพิจารณารายงานของรัฐภาคีแล้ว คณะกรรมการจะเสนอข้อสังเกตเชิงสรุป²⁹⁰ คณะกรรมการอาจแต่งตั้งให้มีผู้รายงานหนึ่งหรือสองคนซึ่งจะทำหน้าที่ตรวจสอบการปฏิบัติตามข้อสรุปและข้อเสนอแนะของคณะกรรมการ²⁹¹

ในทางปฏิบัติ รัฐภาคีหลายแห่งไม่ได้เสนอรายงานตามที่กำหนด ซึ่งถือเป็นการไม่ปฏิบัติตามพันธกรณีด้านการรายงานและทำลายประสิทธิภาพของระบบ²⁹² แม้ว่าคณะกรรมการจะใช้วิธีการที่หลากหลายเพื่อแก้ปัญหานี้ แต่จนถึงปัจจุบันก็ยังไม่ประสบความสำเร็จมากนัก²⁹³ เมื่อเร็ว ๆ นี้คณะกรรมการได้ริเริ่มกระบวนการแต่งตั้งผู้รายงานพิเศษเพื่อรายงานสถานการณ์ในประเทศต่าง ๆ ซึ่งยังไม่ได้จัดส่งรายงานเบื้องต้นแม้พื้นกำหนดมาเป็นเวลานานแล้ว อย่างเช่น โตโก และหาทางกระตุ้นให้รัฐที่ไม่ส่งรายงานมีส่วนร่วมกับการต่อต้านการทรมาน²⁹⁴

รายงานของรัฐภาคีหลายแห่งไม่เป็นไปตามแนวปฏิบัติของการรายงานที่กำหนดโดยคณะกรรมการ โดยเฉพาะข้อมูลเกี่ยวกับการปฏิบัติตามพันธกรณี

290 ตั้งแต่กลางทศวรรษ 1990 คณะกรรมการมักจะเสนอข้อสังเกตเชิงสรุปโดยมีสาระสำคัญแบ่งออกเป็น 3 ส่วนได้แก่ แง่มุมเชิงบวก ข้อห่วงใย และข้อเสนอแนะ ซึ่งรัฐภาคีที่เกี่ยวข้องอาจตอบต่อข้อสังเกตเชิงสรุปเหล่านั้นได้

291 โปรดดูข้อ 68(1) ของระเบียบวิธีปฏิบัติของคณะกรรมการต่อต้านการทรมาน UN Doc. CAT/C/3/Rev.4 ในปัจจุบันคณะกรรมการต่อต้านการทรมานได้แต่งตั้งผู้แทนพิเศษสองคนเพื่อติดตามการปฏิบัติตามข้อสรุปและข้อเสนอแนะของรัฐภาคี โปรดดู UN Doc. A/57/44, para.16

292 รัฐหลายแห่งมักจะเสนอรายงานอย่างล่าช้า โปรดดูการศึกษาเชิงเปรียบเทียบของ Heyns and Viljoen, *Impact of UN Human Rights Treaties*, pp. 20 et seq

293 โปรดดูการปฏิบัติของคณะกรรมการจนถึงปี 2543 Ingelse, *Committee against Torture*, pp. 137 et seq.

294 โปรดดู UN Doc. CAT/C/SR.619/Add.1

เป็นสารบัญญัติ²⁹⁵ คณะกรรมการได้ใช้วิธีการถามชมเชยหรือวิจารณ์รัฐเพื่อให้ปฏิบัติตามแนวปฏิบัติในการรายงานและมีส่วนร่วมกับสมาชิกของคณะกรรมการในการพิจารณารายงาน อย่างไรก็ตาม รายงานที่เสนอยังคงมีคุณภาพแตกต่างกันมาก โดยที่รายงานหลายฉบับซึ่งแม้จะมีการพิจารณาพร้อมกับข้อสรุปเกี่ยวกับขั้นตอนดำเนินการที่ไม่ได้ให้ภาพรวมที่ชัดเจนเกี่ยวกับกฎหมายที่เกี่ยวข้องโดยไม่ต้องพูดถึงข้อมูลในเชิงปฏิบัติ ซึ่งเป็นเหตุให้การประเมินมาตรการที่รัฐใช้เพื่อให้เกิดการปฏิบัติตามอนุสัญญาและการปฏิบัติอย่างมีประสิทธิภาพแทบจะเป็นไปไม่ได้²⁹⁶ ในปัจจุบัน คณะกรรมการหาทางแก้ปัญหาเหล่านี้ ด้วยการจัดทำร่างของแนวโครงสร้างและเนื้อหาของรายงานเบื้องต้น²⁹⁷ ซึ่งมีการเปลี่ยนแนวการปฏิบัติและมีการส่งคำถามอย่างละเอียดให้กับรัฐต่าง ๆ ล่วงหน้าก่อนจะมีการประชุม และเปิดโอกาสให้องค์กรพัฒนาเอกชนเข้าร่วมประชุมกับสมาชิกของคณะกรรมการก่อนจะมีการพิจารณารายงานของรัฐ²⁹⁸

ข้อสังเกตเชิงสรุปของคณะกรรมการประกอบด้วยเอกสารอ้างอิงที่สำคัญและมีส่วนช่วยสนับสนุนการปฏิรูปด้านกฎหมายและด้านอื่น ๆ ในบางประเทศ อย่างไรก็ตาม ข้อสังเกตและข้อเสนอแนะดังกล่าวมักจะเป็นการพูดอย่างกว้าง ๆ และมีข้อแตกต่างจากการทำหน้าที่ของผู้รายงานพิเศษสหประชาชาติด้านการทรมาน²⁹⁹ คือ มักไม่ได้ให้แนวปฏิบัติที่เพียงพอซึ่งช่วยให้รัฐตระหนักถึงขั้นตอนอย่างเป็นทางการ แม้ว่าจะสิ่งเหล่านี้อาจเปลี่ยนไปเมื่อ

295 โปรดดูตัวอย่างของข้อห่วงใยของคณะกรรมการต่อต้านการทรมานเกี่ยวกับรายงานของอาร์เจนตินาเมื่อเร็ว ๆ นี้ UN Doc. CAT/C/CR/33/1, para.6 (e); Bulgaria, UN Doc. CAT/C/CR/32/6, para.5 (g); Greece, UN Doc. CAT/C/CR/33/2, para.5 (a) and Morocco, UN Doc. CAT/C/CR/31/2, para.5 (a) and (e)

296 เพิ่งอ้าง

297 โปรดดู UN Doc. CAT/C/SR.628, paras.21 et seq. for latest deliberations

298 โปรดดู UN Doc. CAT/C/SR.619/Add.1

299 โปรดดูอย่างเช่น รายงานของผู้รายงานพิเศษสหประชาชาติด้านการทรมาน การติดตามการปฏิบัติตามข้อเสนอแนะของผู้รายงานพิเศษ การเดินทางไปเยือนอาเซอร์ไบจาน ชิลี สหพันธรัฐรัสเซีย สเปน และอุซเบกิสถาน UNDoc.E/CN.4/2005/62

มีกลไกติดตามตรวจสอบที่มีประสิทธิภาพมากขึ้น นอกจากนี้ข้อต่างอีกอย่างหนึ่งก็คือ คณะกรรมการไม่ได้ใช้ประโยชน์จากความเห็นทั่วไปอย่างสม่ำเสมอ เพื่อให้รัฐทราบแนวทางการปฏิบัติเกี่ยวกับลักษณะ และเนื้อหาของพันธกรณีที่ต้องปฏิบัติตามสนธิสัญญา จนถึงปัจจุบัน คณะกรรมการได้เสนอความเห็นทั่วไปเพียงฉบับเดียวเกี่ยวกับข้อ 3 ส่วนความเห็นทั่วไปที่เกี่ยวกับข้อ 2 ยังอยู่ในระหว่างการพิจารณา³⁰⁰

ปัญหาสำคัญที่คณะกรรมการต้องเผชิญก็คือ รัฐหลายแห่งไม่เพียงปฏิบัติตามข้อเสนอแนะเพียงบางส่วนเท่านั้น หากบางแห่งถึงกับเพิกเฉยต่อข้อเสนอแนะไปเลย³⁰¹ เหตุผลที่เป็นไปได้อย่างหนึ่งก็คือ การไม่มีกรอบเวลาที่ชัดเจนและการขาดกลไกติดตามผลที่มีประสิทธิภาพเพื่อกำกับให้มีการปฏิบัติตามข้อเสนอแนะ แม้ว่าเมื่อเร็ว ๆ นี้คณะกรรมการพยายามกระตุ้นให้เกิดการปฏิบัติตาม อย่างเช่น การแต่งตั้งผู้รายงานพิเศษเพื่อติดตามผลของข้อเสนอแนะ³⁰²

รัฐบางแห่งถึงกับไม่ติดต่อกับคณะกรรมการต่อต้านการทรมานเลย³⁰³ รัฐภาคีอาจไม่มีทรัพยากรหรือความเชี่ยวชาญที่จะจัดทำรายงานที่เหมาะสมและตรงเวลา อาจไม่สามารถทำได้เนื่องจากวิกฤตทางการเมือง หรืออาจไม่ต้องการ

300 โปรดดูความคืบหน้าล่าสุดที่ UN Doc. CAT/C/SR.638

301 การสำรวจรายงานของรัฐภาคีและข้อสังเกตเชิงสรุประหว่างปี 2536-2548 ทั้งนี้ตามการจัดทำของ REDRESS สำหรับรายงานฉบับนี้

302 UN Doc. A/57/44, para.16

303 รัฐภาคีหลายแห่งไม่ได้เสนอรายงานภายในเวลาที่กำหนด และยังไม่ได้ออกรายงานเบื้องต้นแม้จะเลยกำหนดมามากกว่าหนึ่งทศวรรษแล้ว จนถึงเดือนเมษายน 2548 อย่างเช่น กรณีของประเทศแอนติกาและบาร์บูดา, บูรุนดี, เคป เวกอร์ดี, เอธิโอเปีย, กิเนีย, ไกยานา, โซมาเลีย และเซเชลส์ สามารถตรวจสอบข้อมูลการรายงานของรัฐภาคีเหล่านี้ได้จากภาคผนวกรายงานประจำปีของคณะกรรมการต่อต้านการทรมาน โปรดดูตัวอย่างเช่น รายงานคณะกรรมการต่อต้านการทรมาน A/57/44, 2002

จะเปิดเผยข้อมูลของตนให้กับภายนอกได้ตรวจสอบ³⁰⁴ การไม่เสนอรายงานไม่ได้หมายความว่ากฎหมายและการปฏิบัติของรัฐแห่งนั้นไม่สอดคล้องกับอนุสัญญา แต่ก็ทำให้เกิดคำถามว่าจะมีการประเมินว่ารัฐได้ปฏิบัติตามพันธกรณีได้อย่างไร และสถานะของอนุสัญญาในกฎหมายและการปฏิบัติในประเทศนั้นเป็นอย่างไร ในเมื่อรัฐแห่งนั้นไม่เข้าร่วมในกระบวนการที่จัดทำขึ้นตามอนุสัญญา การที่คณะกรรมการไม่มีข้อมูลอย่างเป็นทางการและไม่สามารถตรวจสอบข้อมูลได้ทำให้เกิดปัญหาว่าจะประเมินได้อย่างไรว่ารัฐภาคีแห่งนั้นได้ดำเนินการให้เป็นไปตามอนุสัญญาแล้ว ดังที่รายงานขององค์กรพัฒนาเอกชนและการสำรวจกฎหมายและการปฏิบัติที่เกี่ยวข้องชี้ให้เห็นว่า รัฐภาคีหลายแห่งซึ่งไม่ได้เสนอรายงาน หรือเสนอรายงานที่ไม่เพียงพอ ซึ่งความจริงแล้วคือการไม่ได้ปฏิบัติตามพันธกรณีภายใต้อนุสัญญา กล่าวคือไม่มีการออกกฎหมายที่จำเป็นเพื่อให้ระบบกฎหมายของตนสอดคล้องกับอนุสัญญา³⁰⁵

2. การร้องเรียนโดยปัจเจกบุคคลและการร้องเรียนโดยรัฐภาคี

คณะกรรมการต่อต้านการทรมานอาจพิจารณาให้มีการสื่อสารกับปัจเจกบุคคลเพื่อรับข้อร้องเรียนเกี่ยวกับรัฐภาคีซึ่งได้ประกาศเจตจำนงตามข้อ 22 ของอนุสัญญา จนถึงสิงหาคม 2548 รัฐภาคี 56 แห่งยอมรับอำนาจของคณะกรรมการที่จะรับไว้และพิจารณาคำร้องเรียนทั้งปวงที่มาจากปัจเจกบุคคล และที่ผ่านมามีการรับเรื่องร้องเรียนดังกล่าว 277 ครั้ง และมีการเปิดโปงให้เห็นการละเมิดต่ออนุสัญญา 32 ครั้ง

304 ตัวอย่างที่สำคัญของรัฐที่ไม่เสนอรายงานต่อคณะกรรมการต่อต้านการทรมานเป็นเวลา 12 ปี (โดยรายงานเบื้องต้นของรัฐแห่งนั้นซึ่งเสนอในปี 2536 ก็มีความหนาเพียงหน้ากระดาษเดียว) ได้แก่ เนปาล ซึ่งสุดท้ายได้เสนอรายงานอย่างละเอียดต่อคณะกรรมการต่อต้านการทรมานในเดือนมีนาคม 2547 โปรดดูปัญหาทั่วไปเกี่ยวกับกลไกการรายงานและข้อเสนอการปฏิรูปในปัจจุบันขององค์การสหประชาชาติ *Strengthening the United Nations*, at <http://www.ohchr.org/english/bodies/treaty/reform.htm>

305 โปรดดูตัวอย่างเช่น REDRESS, Bangladesh; Alternative Report, Nepal, and Submission of the REDRESS Trust to the Meeting on Bahrain, The House of Lords, 17 August 2004

สิทธิของปัจเจกในการยื่นคำร้องเรียนเป็นองค์ประกอบเสริมที่สำคัญต่อพันธกรณีในการรายงานของรัฐบาลคือ คณะกรรมการมีบทบาทสำคัญในการตีความบทบัญญัติของอนุสัญญา ทั้งนี้เพื่อช่วยให้รัฐบาลสามารถปฏิบัติตามได้ และช่วยให้สามารถให้ข้อเสนอแนะได้ หากไม่เปิดโอกาสให้ปัจเจกบุคคลมีสิทธิยื่นข้อร้องเรียน ภารกิจสำคัญเช่นนี้จะตกอยู่กับรัฐบาลซึ่งจะต้องรายงานตามกำหนดให้กรรมการได้ทราบ ซึ่งมักไม่เกิดขึ้นบ่อย ๆ และผู้เสียหายอาจไม่มีส่วนร่วมในการรายงานดังกล่าว ข้อเสนอแนะของคณะกรรมการอาจครอบคลุมถึงการคุ้มครองสิทธิของผู้เสียหายที่จะได้รับการชดเชย โดยที่คณะกรรมการไม่เพียงสามารถรายงานผลการตรวจสอบว่ารัฐบาลที่แห่งนั้นได้ละเมิดพันธกรณีอย่างไรเท่านั้น แต่ยังสามารถเน้นให้เห็นการละเมิดกฎหมายและแนวปฏิบัติในประเทศด้วย

นอกจากนั้น ข้อ 21 ของอนุสัญญายังกำหนดขั้นตอนให้คณะกรรมการสามารถับพิจารณาข้อร้องเรียนของรัฐบาลที่รัฐหนึ่งซึ่งมองว่ารัฐบาลคืออีกรัฐหนึ่งไม่ได้ปฏิบัติตามอนุสัญญา ซึ่งจนถึงสิงหาคม 2548 รัฐบาล 57 แห่งยอมรับอำนาจของคณะกรรมการในการรับพิจารณาข้อร้องเรียนระหว่างรัฐด้วยกันเอง แม้ว่าที่ผ่านมาจะยังไม่เคยมีการใช้กลไกนี้

3. กระบวนการไต่สวน

คณะกรรมการต่อต้านการทรมานอาจริเริ่มการไต่สวนด้วยตนเอง หากได้รับข้อมูลซึ่งมีสัญญาณบ่งชี้ชัดเจนว่ารัฐบาลละเมิดอนุสัญญาอย่างร้ายแรงหรือเป็นระบบ การไต่สวนดังกล่าวอาจนำมาใช้ได้เฉพาะรัฐบาลที่ซึ่งยอมรับอำนาจของคณะกรรมการในลักษณะนี้ รัฐบาลที่ของอนุสัญญาอาจประกาศไม่ยอมรับอำนาจดังกล่าวในช่วงที่มีการให้สัตยาบันหรือการภาคยานุวัติ ทั้งนี้โดยการประกาศข้อสงวนตามข้อ 28

คณะกรรมการอาจริเริ่มกระบวนการไต่สวนได้ในกรณีที่ได้รับข้อมูลที่น่าเชื่อถือว่ารัฐบาลละเมิดสิทธิตามที่ปรากฏในอนุสัญญาอย่างเป็นระบบ ข้อมูลดังกล่าวควรประกอบด้วยสัญญาณบ่งชี้อย่างชัดเจนว่า มีการทรมานอย่างเป็นระบบในดินแดนของรัฐบาลที่แห่งนั้น โดยในขั้นตอนแรกกำหนดให้คณะกรรมการต้องเชิญรัฐบาลให้มีส่วนร่วมในการตรวจสอบข้อมูล ด้วยการขอให้จัด

ส่งรายงานข้อสังเกตมาให้

คณะกรรมการจะพิจารณาจากข้อสังเกตของรัฐภาคีและข้อมูลสนทนาอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้อง เพื่อตัดสินใจแต่งตั้งสมาชิกคนหนึ่งหรือหลายคนเพื่อทำการไต่สวนในทางลับ และรายงานให้คณะกรรมการทราบโดยเร่งด่วน จากนั้นคณะกรรมการจะนำข้อเท็จจริงที่ได้รับจากการค้นพบดังกล่าวมาตรวจสอบ และเสนอให้กับรัฐภาคีทราบ รวมทั้งความเห็นหรือข้อเสนอแนะใด ๆ ที่เหมาะสม ขั้นตอนนี้จะทำอย่างเป็นความลับ และจะต้องขอความร่วมมือจากรัฐภาคีในขั้นตอนทั้งหมด

เพื่อให้ได้รับประโยชน์อย่างเต็มที่จากระบวนการและกลไกของคณะกรรมการต่อต้านการทรมาน รัฐภาคีควรจะ

- ปฏิบัติตามแนวทางการรายงานและกรอบเวลาที่กำหนดโดยคณะกรรมการและมีส่วนร่วมอย่างเต็มที่ในการประชุมซึ่งเกี่ยวข้องกับรัฐนั้น
- ประกาศยอมรับอำนาจของคณะกรรมการในการรับและพิจารณาคำร้องเรียนจากปัจเจกบุคคลและคำร้องเรียนระหว่างรัฐภาคี
- งดเว้นการประกาศข้อสงวนตามข้อ 28

VI. ข้อค้นพบทั้งหมดและข้อเสนอแนะ

รัฐภาคียังมีภารกิจที่ต้องทำอีกมากเพื่อกำกับให้มีการผนวกเนื้อหาของอนุสัญญาอย่างเต็มที่ ไว้ในกฎหมายภายในประเทศ นอกจากนี้ การขาดการปฏิรูปเชิงสถาบันและมาตรการเชิงปฏิบัติในหลายกรณียังส่งผลให้การปฏิบัติงานไม่สม่ำเสมอ อย่างเช่น ในกรณีที่มีกฎหมายกำหนดว่าการทรมานเป็นความผิดเฉพาะ แต่กลับไม่มีกระบวนการสำหรับร้องเรียนหรือชดเชย หรือการออกกฎหมายให้มีการชดเชยเนื่องจากการทรมานแต่กลับไม่มีการปฏิบัติตามกฎหมายและไม่มีกลไกที่จะประกันความรับผิดชอบ

การบังคับใช้ต้องมีประสิทธิภาพขึ้นอยู่กับการทำงานอย่างเป็นเอกภาพ และมีการประสานงานกันระหว่างรัฐบาล ศาล สถาบันสิทธิมนุษยชนระดับชาติ และภาคประชาสังคม

1. ปัจจัยที่มีผลในการนำกฎหมายไปปฏิบัติให้สำเร็จ

1.1 การสนับสนุนทางการเมือง

ปัจจัยที่สำคัญที่สุดที่จะช่วยส่งเสริมการปฏิบัติตามกฎหมายน่าจะได้แก่ ปัจจัยทางการเมือง กล่าวคือ รัฐบาลมีความตั้งใจและสามารถดำเนินการตามขั้นตอนที่จำเป็นเพื่อบังคับใช้อนุสัญญาหรือไม่ ประเด็นนี้ไม่เพียงเกี่ยวข้องกับการปฏิรูปกฎหมาย หากยังรวมถึงมาตรการที่กำกับให้มีการปฏิบัติตามพันธกรณีอย่างจริงจังด้วย กระบวนการเช่นนี้ได้รับอิทธิพลจากปัจจัยต่าง ๆ อย่างเช่น ช่วงเวลาที่มีการออกกฎหมายตามอนุสัญญา ไม่ว่าจะเป็นช่วงก่อนหรือหลังการให้สัตยาบันหรือการภาคยานุวัติก็ตาม คำถามเชิงเทคนิคเกี่ยวกับการทบทวน แก้ไข และ/หรือการออกกฎหมายใหม่ ประเด็นเกี่ยวกับอำนาจในเชิงสถาบัน โดย

เฉพาะในประเทศสหพันธรัฐ การปรึกษาหารือ และปัจจัยภายนอกที่เกี่ยวข้อง รวมทั้งค่าใช้จ่ายที่จะเกิดขึ้น ปัจจัยเหล่านี้อาจส่งผลกระทบต่อความสามารถของรัฐบาลในการผลักดันการปฏิรูปด้านกฎหมายเพื่อให้ปฏิบัติตามอนุสัญญาได้อย่างไรก็ตาม รัฐบาลที่จริงจังมักจะสามารถแก้ไขปัญหาเหล่านี้ได้

ไม่ว่าแรงจูงใจในเมืองต้นจะมาจากเหตุใด สิ่งสำคัญคือการมีเจตจำนงอย่างแน่วแน่เพียงพอซึ่งจะช่วยให้มีการบังคับใช้อุสัญญาจนสำเร็จ ในบางกรณีซึ่งโดยหลักการแล้ว รัฐบาลหรือคณะรัฐมนตรี อาจมีความตั้งใจที่จะปฏิบัติตามอนุสัญญา แต่ในทางปฏิบัติกลับไม่สามารถทำได้เนื่องจากเมื่อคำนึงถึงปัจจัยทางการเมืองแล้ว การกระทำเช่นนั้นจะทำให้รัฐบาลเสียประโยชน์มากกว่า ปัจจัยที่มีอิทธิพลต่อการทำตามขั้นตอนที่จำเป็นได้แก่ความสำคัญเร่งด่วนทางการเมือง โดยเฉพาะในแง่ของการปฏิรูปกฎหมายที่มีอยู่ แรงต่อต้านจากฐานเสียงที่เป็นองค์กร ยกตัวอย่างเช่น ทหารหรือตำรวจ ซึ่งไม่ต้องการให้ยกเลิกกฎหมายนิรโทษกรรมหรือความคุ้มกัน³⁰⁶ เหตุผลด้านการคลัง อย่างเช่น การปฏิเสธรที่จะให้มีการชดเชย ความเห็นต่อนโยบายต่างประเทศ อย่างเช่น การไม่เปิดให้มีการใช้เขตอำนาจระหว่างประเทศ อาจเกิดขึ้นเนื่องจากปัญหาทางการเมือง³⁰⁷ แรงต่อต้านในเชิงองค์กรต่อการปฏิรูปกฎหมาย อย่างเช่น แรงต่อต้านจากสหภาพนายความ³⁰⁸ และการขาดซึ่งความเชี่ยวชาญและทรัพยากรเชิงเทคนิคสำหรับกิจกรรมเหล่านั้น เนื่องจากมองว่าวัตถุประสงค์อื่นที่สำคัญกว่า

306 อย่างเช่น กรณีของอาร์เจนตินาและชิลี

307 โปรดดู Luc Walley, *The Sabra & Shatila Massacre and the Belgian Universal Jurisdiction*, at http://www.ssrc.org/programs/gsc/publications/ICA_memos/Panel3.Walley.doc

308 ยกตัวอย่างเช่น ศาลฎีการัสเซียมีคำสั่งห้ามการประกาศใช้มาตรา 117-1 ของประมวลกฎหมายอาญา ซึ่งมุ่งกำหนดความผิดต่อการทรมานในรัสเซียและเพื่อให้สอดคล้องกับข้อ 1 ของอนุสัญญาต่อต้านการทรมาน หลังจากที่ถูกกฎหมายดังกล่าวผ่านการพิจารณาของรัฐสภาในวาระแรกเมื่อเดือนมีนาคม 2546 โดยศาลระบุว่าร่างมาตรา 117-1 มีความซ้ำซ้อนและไม่สอดคล้องกับการแยกประเภทอาชญากรรมในประมวลกฎหมายอาญา ความเห็นของศาลฎีกาดังกล่าวซึ่งได้รับการสนับสนุนจากฝ่ายบริหาร

(ข้อ 308 ต่อหน้าถัดไป)

แม้ในกรณีที่มีการดำเนินการตามขั้นตอนแรกอย่างเช่น การจัดทำแผนปฏิบัติการต่อต้านการทรมาน ดังกรณีของประเทศจอร์เจียและอุซเบกิสถาน หรือการจัดตั้งคณะกรรมการผู้เชี่ยวชาญ หรือแม้แต่การออกกฎหมายต่อต้านการทรมานอย่างเช่น กรณีฟิลิปปินส์และรัสเซีย พลวัตทางการเมืองก็อาจเปลี่ยนแปลงไปและสมาชิกรัฐสภาอาจไม่เห็นพ้องถึงความสำคัญของกฎหมายที่เสนอ และเป็นเหตุให้มีการชะลอการออกกฎหมายออกไป หรือ ทำอะไรไม่ได้ไปหมด นอกจากนี้ ผู้มีส่วนรับผิดชอบของรัฐบาลอาจมีความเข้าใจต่อกฎหมายที่ออกตามอนุสัญญาแตกต่างจากข้อกำหนดที่แท้จริง ดังกรณีของอุซเบกิสถาน เป็นต้น³⁰⁹ จากปัญหาอุปสรรคดังกล่าว การปฏิรูปที่จำเป็นจะเกิดขึ้นได้ก็ต่อเมื่อมีเจตจำนงทางการเมืองที่เข้มแข็งและยั่งยืน เป็นที่ชัดเจนว่าฝ่ายตุลาการ กลุ่มสิทธิมนุษยชนและสื่อมวลชน รวมทั้งองค์การระหว่างประเทศต่างมีบทบาทสำคัญที่จะสนับสนุนให้เกิดการปฏิรูปดังกล่าว³¹⁰

1.2 ผู้มีบทบาทจากหลายภาคส่วน

การผนวกเนื้อหาของอนุสัญญามักเป็นกระบวนการที่มีหลายขั้นตอนและเกี่ยวข้องกับหน่วยงานและบุคคลหลายฝ่าย

รัฐบาล มีความรับผิดชอบหลักในการกำกับให้มีการออกกฎหมายหรือการยกเลิกกฎหมายที่ไม่สอดคล้อง เพื่อให้สามารถปฏิบัติตามพันธกรณีของสนธิสัญญาระหว่างประเทศ รัฐมนตรีว่าการกระทรวงต่าง ๆ มีความรับผิดชอบ

308 (ต่อ)

และประธานาธิบดี เป็นเหตุให้ความพยายามในการออกกฎหมายเพื่อผนวกนิยามการทรมานตามข้อ 1 ของอนุสัญญาต่อต้านการทรมาน (ตามข้อเสนอแนะของคณะกรรมการต่อต้านการทรมานเมื่อปี 2545 โปรดดู UN Doc. CAT/C/CR/28/4, para.8 (a)) ไม่ประสบความสำเร็จ โปรดดู Shepeleva, *Russia amends its torture laws*, pp.6,7

309 โปรดดูมาตรา 235 (2003) ของประมวลกฎหมายอาญาอุซเบกิสถานที่ปรับปรุงใหม่

310 ตัวอย่างเช่น หน่วยงานและบุคคลต่าง ๆ ที่มีหน้าที่ปฏิบัติตามแผนปฏิบัติการต่อต้านการทรมานในจอร์เจีย ซึ่งเป็นแผนที่พัฒนาขึ้นร่วมกับองค์การเพื่อความมั่นคงและความร่วมมือในยุโรป (OSCE) โปรดดู International Helsinki Federation for Human Rights, *Human Rights in the OSCE Region*

ของตนที่จะจัดทำร่างกฎหมาย ซึ่งรัฐมนตรีในหลายประเทศมีหน้าที่ให้ความเห็นต่อรัฐสภาว่า กฎหมายที่เสนอสอดคล้องกับกฎหมายสิทธิมนุษยชนในประเทศที่มีเนื้อหาตามมาตรฐานระหว่างประเทศหรือไม่ ยกตัวอย่างเช่น พระราชบัญญัติเอกสารเกี่ยวกับสิทธิมนุษยชนของนิวซีแลนด์ ปี 1990 และพระราชบัญญัติสิทธิมนุษยชนของสหราชอาณาจักร ปี 1998 พรรคฝ่ายค้านและสมาชิกรัฐสภาสามารถมีบทบาทสำคัญในการกระตุ้นให้รัฐบาลดำเนินมาตรการที่จำเป็น เพื่อให้เกิดการปฏิบัติที่สอดคล้องกับพันธกรณีระหว่างประเทศของรัฐ ยกตัวอย่างเช่น การเสนอกฎหมายเพื่อกำหนดความผิดทางอาญาต่อการทรมาน หรือเพื่อให้มีการชดเชยในกรณีการทรมาน อย่างเช่นในประเทศรัสเซีย³¹¹ หรือฟิลิปปินส์³¹² หรือการเสนอให้ยกเลิกหรือแก้ไขกฎหมายที่ไม่สอดคล้องกับอนุสัญญา เช่น กฎหมายนิรโทษกรรมในอาร์เจนตินา และบางข้อในกฎหมายต่อต้านการก่อการร้าย อย่างเช่น กรณีของสหราชอาณาจักร เป็นต้น

คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนซึ่งมีหน้าที่ศึกษาและเสนอแนะการปฏิรูปรัฐธรรมนูญหรือกฎหมาย อย่างเช่น คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนของเคนยา³¹³ หรือ คณะกรรมการปฏิรูปกฎหมายอัฟริกาใต้³¹⁴ สามารถเสนอแนะตามขอบเขตอำนาจของตน ให้การปฏิรูปใด ๆ ครอบคลุมและสอดคล้องกับบทบัญญัติของสนธิสัญญาระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้อง หน่วยงานอื่น ๆ อย่างเช่น คณะกรรมการปฏิรูปกฎหมายออสเตรเลีย ก็มีอำนาจหน้าที่โดยเฉพาะที่จะกำกับให้ “กฎหมาย ข้อเสนอ และข้อเสนอแนะที่ตนพิจารณา ทบทวน หรือจัดทำขึ้น... มีความสอดคล้องมากที่สุดกับกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง”³¹⁵ นอกจากนี้ “ในการปฏิบัติหน้าที่ในประเด็นต่าง ๆ คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนจะต้องให้ความสำคัญกับพันธกรณีระหว่างประเทศของออสเตรเลียที่มีส่วนเกี่ยวข้องกับประเด็นนั้นด้วย”³¹⁶ คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนด้านกฎหมายอย่าง

311 โปรดดู Shepeleva, Russia amends its Torture Laws

312 โปรดดู อ้างแล้ว III, 4

313 โปรดดู www.kenyaconstitution.org

314 โปรดดู www.server.law.wits.ac.za/salc/salc.html

315 มาตรา 24(1) (b) พระราชบัญญัติคณะกรรมการปฏิรูปกฎหมายออสเตรเลีย 2536

316 เฟิงอั้งซ้อ 24(2) เฟิงอั้ง

เช่นในอินเดียและบังคลาเทศได้ออกรายงานเสนอแนะการปฏิรูป เพื่อต่อต้านคนทำผิดลอบย่นวลต่อคดีการทรมาน แต่ข้อเสนอเหล่านี้กลับไม่ได้มีการนำไปปฏิบัติโดยรัฐบาล³¹⁷

ฝ่ายตุลาการก็เป็นหนึ่งในหลายฝ่ายที่มีบทบาทสำคัญที่สุด ในหลายประเทศอย่างเช่น เบลเยียม ชิลี หรือสเปน ศาลจะพิจารณาว่าต้องมีการแก้ไขกฎหมายภายในประเทศก่อนจะให้ภาคยานุวัติหรือไม่ และที่ผ่านมามีคำพิพากษาหลายครั้งเกี่ยวกับความสอดคล้องของกฎหมายภายในกับธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศ³¹⁸ โดยทั่วไปศาลรัฐธรรมนูญมักมีอำนาจในการพิจารณาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย ทั้งก่อนจะมีการออกเป็นกฎหมาย อย่างเช่น กรณีฝรั่งเศสและอัฟริกาใต้ หรือหลังจากออกเป็นกฎหมายแล้วอย่างเช่น กรณีเยอรมนี ฮังการี หรือรัสเซีย³¹⁹ ศาลจึงอาจประกาศว่าบทบัญญัติหรือกฎหมายเหล่านี้ไม่สอดคล้องกับพันธกรณีของรัฐได้

โดยทั่วไปแล้วคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ อย่างเช่น ไนจีเรีย เซเนกัล อินเดีย ฟิลิปปินส์ และ เม็กซิโก มีหน้าที่ส่งเสริมมาตรฐานระหว่างประเทศ³²⁰ หน่วยงานดังกล่าวอาจเสนอการปฏิรูปที่จำเป็นเพื่อให้กฎหมายภายในสอดคล้องกับมาตรฐานระหว่างประเทศได้ ให้ความเห็นต่อข้อเสนอการ

317 โปรดดู Bangladesh, The Law Commission, *Final Report on the Evidence Act*

318 In Belgium, Opinion of the Council of State of 21 April 1999; in Spain, Opinion of the Council of State of 22 August 1999; in the Ukraine, Opinion of the Constitutional Court 11 July 2001 and in Chile, Constitutional Court, 8 April 2002

319 มาตรา 61 รัฐธรรมนูญฝรั่งเศสปี 1958 มาตรา 93(1) กฎหมายพื้นฐานเยอรมนีปี 1949 มาตรา 32A รัฐธรรมนูญฮังการีปี 1949 มาตรา 125 รัฐธรรมนูญสหพันธรัฐรัสเซียปี 1993 และ มาตรา 74(4) (b) มาตรา 79 และ มาตรา 121 รัฐธรรมนูญอัฟริกาใต้ปี 1996 และโปรดดู Aboul-Enein, *Emergence of Constitutional Courts*

320 โปรดดูภาพรวมอำนาจหน้าที่ของ National Human Rights Commissions, Lindsnaes et al., *National Human Rights Institutions*, in particular pp.233 et seq

ปฏิรูป และเผยแพร่ข้อมูลเกี่ยวกับขั้นตอนทางกฎหมายและในทางปฏิบัติที่จะนำไปสู่การปฏิบัติตามสนธิสัญญาสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ โดยเฉพาะอย่างยิ่งอนุสัญญาฉบับนี้ ตัวอย่างหนึ่งได้แก่เอกสารแสดงจุดยืนของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติฟิลิปปินส์ ซึ่งสนับสนุนร่างกฎหมายต่อต้านการทรมานที่เสนอเมื่อปี 2538 โดยคณะกรรมการเสนอแนะให้มีการอ้างอิงโดยตรงถึงอนุสัญญา และให้มีการผนวกข้อต่าง ๆ ไว้ในกฎหมาย อย่างเช่น ข้อ 1, 2(3) และ 13³²¹ ในอินเดีย คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติได้กระตุ้นรัฐบาลหลายครั้งเพื่อให้สัตยาบันอนุสัญญาฉบับนี้ แม้จะไม่มีผลสำเร็จก็ตาม³²²

กลุ่มประชาสังคมและนักกิจกรรมอาจมีบทบาทสำคัญในการเผยแพร่ให้เห็นข้อบกพร่องของกฎหมายและการปฏิบัติในประเทศ และรณรงค์เพื่อให้มีการปฏิรูปเชิงกฎหมายและสถาบันที่จำเป็นเพื่อแก้ปัญหาเหล่านี้ องค์กรสิทธิมนุษยชนประสบความสำเร็จในการจับตามองการทำงานของรัฐบาลในการปฏิบัติตามพันธกรณีระหว่างประเทศ อย่างเช่น การจัดทำ “รายงานคูชุนาน” และองค์กรเหล่านี้ยังมีส่วนสำคัญในการทำให้เกิดการปฏิรูปเชิงกฎหมายและสถาบัน ตัวอย่างที่สำคัญได้แก่ ร่างกฎหมายกำหนดความผิดฐานการทรมานที่จัดทำโดยคณะกรรมการเพื่อสิทธิมนุษยชนเคอร์จิกิสถาน ซึ่งเป็นองค์กรพัฒนาเอกชนระดับชาติ และมีกรออกเป็นกฎหมายในเดือนพฤศจิกายน 2546³²³ ทนายความ

321 โปรดดู Philippines CHR, *Position Paper, House Bill No.2302* คณะกรรมการประกาศว่า “เป็นโอกาสที่เหมาะสมที่รัฐบาลจะดำเนินการในเบื้องต้นเพื่อบรรเทาหรือ ชจัดปัญหา (การทรมาน) ให้หมดไปจากระบบยุติธรรมทางอาญา สิ่งที่สำคัญก็คือพันธกิจที่หนักแน่นและแน่วแน่ของรัฐบาลเพื่อที่จะปฏิบัติตามเจตจำนงทางการเมือง” เจตจำนงทางการเมืองดังกล่าวมีความจำเป็นในเวลาต่อมา และจนถึงขณะที่ยื่นรายงานนี้ ร่างกฎหมายต่อต้านการทรมานฉบับนี้หรือฉบับอื่น ๆ ก็ยังไม่ผ่านการพิจารณาในฟิลิปปินส์

322 โปรดดูรายงานประจำปีคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติอินเดียที่ <http://www.nhrc.nic.in>

323 โปรดดู Annual Report of the International Helsinki Federation, 2004, *Kyrgyzstan*

ก็มีจุดยืนสำคัญที่จะทดสอบประสิทธิภาพของมาตรการเยียวยาที่มีอยู่ และเรียกร้องให้มีการปฏิรูประบบกฎหมายที่ไม่คุ้มครองผู้เสียหายจากการทรمان โดยการทำหน้าที่ฟ้องร้องคดี อย่างเช่น คดีสำคัญที่กล่าวถึงไปแล้วและอื่น ๆ ซึ่งจะนำไปสู่ระบบคุ้มครอง การชดเชยที่ดีขึ้น และในบางกรณีจะทำให้เกิดการปฏิรูปกฎหมาย นักวิชาการก็สามารถชี้ให้เห็นข้อบกพร่องและมีส่วนร่วมในการเสนอทางออกที่สร้างสรรค์เพื่อช่วยให้กฎหมายที่มีอยู่สอดคล้องกับอนุสัญญาได้³²⁴ สื่อมวลชนเองก็มีบทบาทสำคัญในการชี้แนะและรณรงค์ความเห็นของสาธารณะ ทั้งนี้โดยการจับตามองและเปิดโปงการละเมิดสิทธิมนุษยชน รวมทั้งความล้มเหลวของรัฐบาลในการคุ้มครองให้เกิดความยุติธรรมและการชดเชยตามมาตรฐานระหว่างประเทศ ตัวอย่างที่สำคัญอย่างหนึ่งได้แก่ บทบาทการรายงานข่าวของสื่อซึ่งเป็นปัจจัยสำคัญที่นำไปสู่การผ่านกฎหมายต่อต้านการทรمانในบราซิลอย่างรวดเร็ว³²⁵

กลุ่มประชาสังคมและกลุ่มอื่น ๆ ที่ทำงานลับๆ เพื่อให้เกิดการปฏิรูปกฎหมายก็อาจต้องเผชิญกับสภาพการณ์สามประการ คือ (1) รัฐบาลประกาศข้อผูกพันว่าจะให้มีการปฏิรูปกฎหมายและดำเนินตามขั้นตอนในเบื้องต้น หรือ (2) รัฐบาลอาจไม่กระตือรือร้นที่จะดำเนินการให้มีการปฏิรูปกฎหมาย หรือ (3) รัฐบาลไม่ใส่ใจเรื่องนี้เลย ในกรณีแรกเราจะต้องติดตามการปฏิบัติอย่างใกล้ชิด และให้คำวิจารณ์อย่างสร้างสรรค์ ถึงข้อเสนอใด ๆ ที่ไม่สอดคล้องกับข้อกำหนดของอนุสัญญา ตัวอย่างเช่น กรณีของจอร์เจีย³²⁶ ในกรณีที่สองฝ่ายที่รณรงค์จะต้องจำแนกว่าอะไรเป็นอุปสรรคสำคัญและหาทางแก้ไขที่สาเหตุ

324 นักวิชาการจำนวนมากทั้งในระดับนานาชาติและระดับชาติ ช่วยส่งเสริมการปฏิบัติตามมาตรฐานสากลต่อข้อห้ามการทรمان โปรดดูตัวอย่างของสโลวีเนียซึ่งผู้เชี่ยวชาญด้านกฎหมายอาญามีส่วนในการอภิปรายเพื่อให้มีการกำหนดความผิดฐานการทรमान ในประมวลกฎหมายอาญาสโลวีเนีย ดังที่อธิบายไว้ในรายงานของรัฐบาลคิของสโลวีเนียที่เสนอต่อคณะกรรมการต่อต้านการทรमान โปรดดู UN Doc. CAT/C/43/Add.4, paras.7 et seq

325 โปรดดูหัวข้อ VI, 2.1 อ่างแล้ว

326 โปรดดู REDRESS/Article 42, Georgia

ซึ่งอาจหมายถึงการกำหนดยุทธศาสตร์ทั้งในระยะกลางและระยะยาวเพื่อเปลี่ยนแปลงความคิดของรัฐบาลและสังคม โดยอาจใช้วิธีฟ้องร้องทางกฎหมาย การรณรงค์ และการอบรม ยกตัวอย่างเช่น กรณีการเรียกร้องให้พนักงานเจ้าหน้าที่ที่มีความโปร่งใสก็อาจนำไปสู่แรงต่อต้านเชิงสถาบันอย่างรุนแรง³²⁷ สภาพการณ์สุดท้ายคือกรณีที่รัฐบาลไม่ต้องการปฏิบัติตามอนุสัญญาเลย ถือเป็นปัญหาร้ายแรงที่สุด ขึ้นอยู่กับระดับการสนับสนุนทางการเมือง โอกาสในการเจรจาต่อรองอาจมีอยู่น้อยเต็มที่ อย่างไรก็ตาม สิ่งสำคัญคือการจำแนกข้อบกพร่องของกฎหมายและการปฏิบัติ รวบรวมหลักฐานเกี่ยวกับการละเมิดที่เกิดขึ้นจริง จัดเตรียมยุทธศาสตร์และแสวงหาความสนับสนุนจากในประเทศหรือระหว่างประเทศหากเป็นไปได้ ทั้งนี้โดยตั้งอยู่บนพื้นฐานความคิดที่จะกระตุ้นให้รัฐบาลแก้ไขกฎหมายภายในให้สอดคล้องกับมาตรฐานระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้อง แม้ในกรณีที่รัฐบาลตอบโต้ต่อความพยายามดังกล่าวด้วยวิธีรุนแรง กิจกรรมดังกล่าวก็อาจช่วยให้เกิดวาทกรรมทางเลือก ซึ่งอาจเป็นฐานให้กับการปฏิรูปกฎหมายในอนาคต³²⁸

1.3 นำตัวอย่างที่ดีของการบังคับใช้อุญญัตติมาปฏิบัติ

จากการวิเคราะห์การปฏิบัติตามอนุสัญญาของรัฐข้างต้น เราจะพบว่า รัฐบาลมักจะไม่กระตือรือร้นที่จะดำเนินตามมาตรการที่จำเป็น หรือไม่กระบุว่าการไม่สามารถปฏิบัติตามอนุสัญญาได้เป็นผลมาจากการขาดความเชี่ยวชาญและทรัพยากร ในขณะที่มีหลายปัจจัยที่เชื่อมโยงกันซึ่งทำให้การปฏิบัติตามอนุสัญญาซับซ้อนขึ้น รัฐบาลอีกหลายแห่งก็ไม่ได้แสดงความเข้มแข็งว่าจะผูกพันต่อกระบวนการนี้ และความพยายามในระดับระหว่างประเทศที่จำกัดเพื่อส่งเสริมการปฏิบัติตามอนุสัญญาก็มักไม่มีประสิทธิภาพ แม้ว่าการปฏิบัติ

327 โปรดดูตัวอย่างประสบการณ์ที่เกี่ยวข้องใน Northern Ireland, Rawe, *Transitional Policing*, and in South Africa, Bruce/Neild, *The Police that we want and Berg, Police Accountability*

328 โปรดดูตัวอย่างเช่น ข้อเสนอร่วมในชุดาน ซึ่งเป็นประเทศที่ยังไม่ได้ให้สัตยาบันอนุสัญญา REDRESS and SOAT (Sudanese Organisation against Torture), *National and International Remedies for Torture: Sudan*

ตามสนธิสัญญาระหว่างประเทศฉบับอื่นก็มีลักษณะคล้ายคลึงกัน แต่ก็มีตัวอย่างในเชิงบวกซึ่งเป็นกรณีของรัฐที่มีความตั้งใจและความพยายามในระดับระหว่างประเทศซึ่งส่งผลให้มีการผนวกเนื้อหาของอนุสัญญาและการปฏิบัติตามที่ดีขึ้น ในระดับภูมิภาค การผนวกเนื้อหาและการปฏิบัติตามอนุสัญญาลิทธิมนุษยชนแห่งยุโรป ได้รับความช่วยเหลืออย่างมากจากข้อกำหนดในการเข้าเป็นสมาชิกประชาคมยุโรป ว่ารัฐที่จะได้รับการพิจารณาเข้าเป็นสมาชิกจะมีแรงจูงใจทางการเมืองที่สำคัญ คือ หากมีการปฏิรูปสิทธิมนุษยชนให้ได้ตามมาตรฐานสหภาพยุโรป อย่างเช่น กรณีของตุรกี³²⁹

ในระดับระหว่างประเทศ ตัวอย่างล่าสุดและยังเกิดขึ้นอย่างต่อเนื่องได้แก่ การปฏิบัติตามธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศ รัฐหลายแห่งเริ่มมีส่วนร่วมในกระบวนการบังคับใช้ธรรมนูญฉบับนี้ และควรใช้โอกาสดังกล่าวเพื่อส่งเสริมให้มีการปฏิบัติตามอนุญาต่อต้านการทรมาน ซึ่งก็มีข้อกำหนดที่คล้ายคลึงกัน

จากการรณรงค์ในวงกว้างอย่างต่อเนื่องขององค์กรเครือข่ายฝ่ายรัฐบาล องค์กรพัฒนาเอกชนและอื่น ๆ เป็นเหตุให้รัฐ 100 แห่งให้สัตยาบันธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศเมื่อวันที่ 10 ธันวาคม 2548³³⁰ รัฐภาคีบางแห่งได้ออกกฎหมายเพื่อบังคับใช้ธรรมนูญฉบับนี้แล้ว และอีกหลายแห่งอยู่ระหว่างการเตรียมการ ทั้งในกรณีที่จะออกเป็นกฎหมายแยกต่างหากเพื่อผนวกเนื้อหาทั้งหมดหรือบางส่วนของธรรมนูญ หรือการแก้ไขบางมาตราของรัฐธรรมนูญและกฎหมายระดับพระราชบัญญัติ³³¹ ในการทำเช่นนั้น รัฐได้ใช้หลายช่องทางเพื่อเร่งการออกกฎหมายและกำกับให้สอดคล้องกับธรรมนูญกรุงโรม อย่างเช่นการจัดตั้งคณะกรรมการผู้เชี่ยวชาญและ/หรือคณะ

329 โปรดดูตัวอย่างเช่น 2004 Regular Report on Turkey's progress towards accession, http://www.europa.eu.int/com/enlargement/report.2004/pdf/rr_tr_2004_en.pdf

330 โปรดดูเว็บไซต์ของศาลอาญาระหว่างประเทศ www.icc-cpi.org

331 สำหรับข้อมูลล่าสุดเกี่ยวกับการปฏิบัติตามธรรมนูญ โปรดดูเว็บไซต์พันธมิตรเพื่อศาลอาญาระหว่างประเทศ www.iccnw.org

ทำงานร่วมเพื่อทบทวนรัฐธรรมนูญ กฎหมายอาญาและวิธีพิจารณาความอาญา ที่มีอยู่ และเร่งให้มีการปฏิบัติตาม โดยใช้ช่องทางระดับทวิภาคีเพื่อแลกเปลี่ยนความเห็นและการส่งเสริมให้ประชาสังคมมีส่วนร่วมในการร่างกฎหมาย³³² ยกตัวอย่างเช่นในเซเนกัล ผู้แทนรัฐบาล ฝ่ายตุลาการ สมาชิกวุฒิสภา และผู้แทนภาคประชาสังคม เห็นชอบที่จะจัดตั้งเป็นคณะทำงานร่วมหลังมีคำพิพากษาของศาลฎีกาในคดี Hissène Habré และคำพิพากษาที่ระบุว่าสนธิสัญญา ระหว่างประเทศอย่างเช่น อนุสัญญาต่อต้านการทรมานเป็นกฎหมายที่ไม่มีผล บังคับใช้โดยตัวเอง เหมือนกฎหมายอาญา ดูได้จากเขตอำนาจศาลและนิยาม การกระทำผิดทางอาญา³³³

หนึ่งในลักษณะที่โดดเด่นของการส่งเสริมการปฏิบัติตามธรรมนูญกรุงโรมก็คือ การมีส่วนร่วมอย่างมากขององค์กรพัฒนาเอกชน โดยองค์กรเอกชน ทั้งระดับระหว่างประเทศ ภูมิภาคและในประเทศ ได้ทำงานคู่ขนานกันเพื่อรณรงค์ให้มีการให้สัตยาบัน ใช้มาตรการที่สร้างสรรค์เพื่อกระตุ้นให้รัฐบังคับใช้กฎหมาย มีการจัดทำคู่มือการบังคับใช้ธรรมนูญกรุงโรม การลอบบี้และการประชุมผู้มีส่วนได้ส่วนเสียในประเทศเพื่อริเริ่มและดำเนินการปฏิรูปกฎหมายที่จำเป็น และรณรงค์ขอความสนับสนุนจากนานาชาติและในประเทศเพื่อสนับสนุนโครงการเหล่านี้³³⁴ เราอาจยังไม่สามารถประเมินความสำเร็จของการรณรงค์ได้อย่างเต็มที่ และในความเป็นจริงมีรัฐไม่กี่แห่งที่ได้ดำเนินการตามขั้นตอนเพื่อให้มีผลบังคับใช้ อย่างไรก็ตาม เป็นที่ชัดเจนว่าความพยายามขององค์กรเอกชนหลายแห่งส่งผลให้มีการออกกฎหมายที่มีคุณภาพในเวลาอัน

332 โปรดดู Human Rights Watch, *Status of ICC Implementing Legislation*

333 Lawyers Committee for Human Rights, *Conference on Implementation of the Rome Statute in Senegal*

334 โปรดดูเว็บไซต์ ICC now coalition www.iccnw.org and, by way of concrete examples, Human Rights Watch, *Making the International Criminal Court Work*, at www.hrw.org/campaigns/icc and *International Criminal Court, Manual for the Ratification and Implementation of the Rome Statute*

รวดเร็ว³³⁵

เราควรนำประสบการณ์เหล่านี้มาใช้เป็นบทเรียนเพื่อส่งเสริมการปฏิบัติตามอนุสัญญาต่อต้านการทรมาน แต่ในขณะเดียวกันเราต้องตระหนักถึงความแตกต่างและแยกแยะวิธีการที่อาจเป็นประโยชน์ต่อการรณรงค์ในเรื่องนี้ การรณรงค์ธรรมเนียมกรุงโรมเป็นส่วนหนึ่งของการรณรงค์เพื่อให้สัตยาบันที่ประสบความสำเร็จ ซึ่งเป็นที่รู้จักอย่างกว้างขวางและยังเป็นประเด็นสำคัญในระดับระหว่างประเทศอยู่ ตามพันธกรณีในธรรมนูญกรุงโรม ถือเป็นความเห็นร่วมกันว่าจะต้องมีการแก้ไขกฎหมายในเกือบทุกประเทศเพื่อให้สอดคล้องกับข้อกำหนดในธรรมนูญ³³⁶ หลายประเทศประกาศสนับสนุนธรรมนูญกรุงโรมอย่างเปิดเผยโดยกำหนดเป็นเป้าหมายเชิงนโยบาย มีแรงจูงใจอย่างเข้มแข็งให้ดำเนินการเพื่อให้มีผลบังคับใช้ในกฎหมายภายใน และการกำกับให้ศาลในประเทศสามารถมีเขตอำนาจเพื่อพิจารณาอาชญากรรมตามที่ระบุไว้ในธรรมนูญได้³³⁷

สถานการณ์เกี่ยวกับการบังคับใช้อนุสัญญาต่อต้านการทรมานแตกต่างกันไปในหลายประเด็นสำคัญ อนุสัญญาฉบับนี้มีอายุกว่า 20 ปีแล้ว และที่ผ่านมาไม่มีการรณรงค์เพื่อให้มีการบังคับใช้อย่างเป็นทางการ แม้ว่าจะมีการรณรงค์เพื่อให้รัฐบาลให้สัตยาบันทั้งในระดับระหว่างประเทศและระดับชาติ³³⁸ การ

335 โปรดดูภาพรวมของกิจกรรมองค์กรเอกชนได้ที่เว็บไซต์ International Coalition for the ICC www.iccnw.org and of the Victims Rights Working Group www.vrwg.org

336 โปรดดู International Coalition for the ICC, ICC Implementing Legislation, Question and Answers, 3 March 2003

337 โปรดดู South Africa contribution of Ms Cheryl Gillwald (MP) Deputy Minister of Justice and Constitutional Development, to Panel Discussion: *Implementing national legislation to support the ICC*, 2003

338 โปรดดูตัวอย่างเช่น งานขององค์การสหประชาชาติ *Issues and Modalities for the effective universality of international human rights treaties*, Working paper, UN Doc. E/CN.4/Sub.2/2003/37; campaigns by the International Coalition against Torture, *Time to root out torture*, 10 December 2000 and, for a country specific example, the campaign to make India ratify or accede to the Convention against Torture, see National Human Rights Commission of India, *Annual Report 2002-2003*, p.75

บังคับใช้อุสัจญาไม่ได้เป็นประเด็นที่น่าสนใจมากนักในระดับระหว่างประเทศ และไม่ได้เป็นนโยบายเร่งด่วนสำหรับประเทศส่วนใหญ่ ในทำนองเดียวกัน ที่ผ่านมามีการรณรงค์และความสนใจที่จะผนวกเนื้อหาของอุสัจญาในกฎหมายภายในไม่มากนัก ส่งผลให้รัฐหลายแห่งไม่ได้ถูกจับตามองอย่างเข้มข้น ซึ่งต่างจากกรณีของธรรมนูญกรุงโรม

องค์กรพัฒนาเอกชนและหน่วยงานที่รณรงค์เพื่อให้มีการให้สัตยาบันอุสัจญาในประเทศต่าง ๆ อย่างเช่น อินเดีย อิหร่าน หรือซูดาน ควรเรียกร้องให้การออกกฎหมายตามอุสัจญาเป็นองค์ประกอบส่วนหนึ่งของการรณรงค์ในกรณีที่มีการรณรงค์เพื่อปฏิรูปและการบังคับใช้อุสัจญา หรือในกรณีที่รัฐบาลเริ่มสนใจการปฏิรูปอยู่แล้วประสบการณ์จากการบังคับใช้ธรรมนูญกรุงโรม อย่างเช่น การจัดตั้งคณะกรรมการผู้เชี่ยวชาญ คณะทำงานร่วม การใช้ความเชี่ยวชาญระดับทวิภาคีและการส่งเสริมการมีส่วนร่วมขององค์กรเอกชนในกระบวนการร่างกฎหมาย น่าจะและควรจะเป็นสิ่งที่เหมาะสม นอกจากนั้น การบังคับใช้อุสัจญาควรครอบคลุมวาระส่งเสริมการปฏิรูปเพื่อให้มีกิจกรรมอย่างต่อเนื่องและเกี่ยวข้องกับกฎหมายระหว่างประเทศ

2. ขั้นตอนการปฏิบัติเพื่อส่งเสริมและดำเนินการปฏิรูปกฎหมาย

2.1 การจัดลำดับ : ควรปฏิรูปกฎหมายก่อนหรือหลังจากให้สัตยาบันหรือภาคยานุวัติ

รัฐอาจดำเนินการให้มีการปฏิบัติตามพันธกรณีของอุสัจญา ทั้งในช่วงก่อนหรือหลังการให้สัตยาบันหรือภาคยานุวัติ แต่ที่ผ่านมารัฐแต่ละแห่งมีการปฏิบัติไม่เหมือนกัน ในทางทฤษฎีหน่วยงานและแผนกของรัฐที่มีอำนาจซึ่งมีหน้าที่ทบทวนกฎหมายที่เป็นอยู่อย่างรอบด้าน จะต้องจำแนกสิ่งที่ต้องเปลี่ยนแปลงและเสนอร่างกฎหมาย โดยอาจเป็นการแก้ไขรัฐธรรมนูญ การออกกฎหมายใหม่ และ/หรือการแก้ไขกฎหมายเดิม รัฐหลายแห่งโดยเฉพาะรัฐที่ใช้ระบบกฎหมายคู่จะทำการกลั่นกรองกฎหมายเดิมก่อนจะให้สัตยาบัน ทั้งนี้เพื่อให้เกิดความสอดคล้องระหว่างกฎหมายภายในกับสนธิสัญญาที่จะให้สัตยาบัน และเพื่อหลีกเลี่ยงการละเมิดสนธิสัญญา ทั้งยังเป็นการแสดงความผูกพันที่มี

ต่อสนธิสัญญา³³⁹ หลายประเทศ อย่างเช่น บราซิล แคนาดา ญี่ปุ่น และแอฟริกาใต้ ได้ทำการศึกษาสถิติสัญญาระหว่างประเทศที่มีการให้สัตยาบันทั้งหมด รวมทั้งอนุสัญญาฉบับนี้ โดยพิจารณาว่ากฎหมายภายในของตนสอดคล้องกับข้อกำหนดในสนธิสัญญาหรือไม่ ก่อนจะมีการให้สัตยาบันหรือภาคยานุวัติ³⁴⁰ ในบางประเทศอย่างเช่น ฝรั่งเศส การกลั่นกรองดังกล่าวมักเป็นหน้าที่ของหน่วยงานของรัฐ และ/หรือศาลรัฐธรรมนูญ และในกรณีที่พบว่ามีความแตกต่างกัน ก็ควรจะเสนอให้แก้ไขกฎหมายภายในประเทศให้สอดคล้องกับพันธกรณีของสนธิสัญญา และมักมีการออกเป็นกฎหมายเช่นนั้น

กรณีที่รัฐซึ่งให้สัตยาบันหรือภาคยานุวัติต่อสนธิสัญญาก่อนจะออกกฎหมายบังคับใช้ก็แตกต่างกันไป โดยมีหลายรัฐที่ไม่ดำเนินการให้มีกฎหมายอย่างเพียงพอในเวลาต่อมา³⁴¹ การปฏิรูปกฎหมายก็มักทำพอเป็นพิธี และจำกัดอยู่เฉพาะแง่มุมที่เกี่ยวข้องกับอนุสัญญา อย่างเช่น กรณีบราซิลซึ่งออกกฎหมาย 9455/97 เพื่อกำหนดโทษความผิดของการทรมาน เป็นผลมาจากการใช้ความรุนแรงของตำรวจ ซึ่งมีผู้ถ่ายภาพเก็บไว้ได้และมีการนำมาเผยแพร่ในสื่อทั้งในประเทศและต่างประเทศ ทำให้เกิดแรงกดดันจนกระทั่งสภาต้องผ่านกฎหมายดังกล่าว³⁴²

ตามสภาพการณ์เช่นนั้น ทางเลือกที่ดีที่สุดก็คือรัฐต้องแก้ไขกฎหมายให้สอดคล้องกับอนุสัญญา ก่อนจะให้สัตยาบันหรือภาคยานุวัติ ทั้งนี้เพื่อเป็นหลัก

339 โปรดดูตัวอย่างเช่น US, UN Doc. HRI/CORE/1/Add.49 ย่อหน้า 140 “ในกรณีที่ต้องดำเนินการเกี่ยวกับกฎหมายให้สอดคล้องกับสนธิสัญญา สหรัฐฯ จะไม่ให้สัตยาบันจนกว่าจะมีการออกกฎหมายที่จำเป็นดังกล่าว” และย่อหน้า 141 “อย่างไรก็ตามสหรัฐฯ เห็นว่าไม่จำเป็นต้องออกกฎหมายใหม่ ในกรณีที่กฎหมายภายในให้ความคุ้มครองอย่างเพียงพอตามข้อกำหนดในสนธิสัญญาอยู่แล้ว”

340 Heyns and Viljoen, *Impact of UN Human Rights Treaties*, p.15

341 ดังที่ปรากฏในข้อสังเกตเชิงสรุปของคณะกรรมการต่อต้านการทรมาน ซึ่งมีตัวอย่างมากมายที่คณะกรรมการวิจารณ์การไม่มีกฎหมายอย่างเพียงพอและ/หรือกฎหมายที่เป็นอยู่ไม่สอดคล้องกับอนุสัญญา และได้เรียกร้องให้รัฐภาคีดำเนินมาตรการทางกฎหมายที่จำเป็นเพื่อช่วยให้ระบบกฎหมายของตนสอดคล้องกับอนุสัญญา

342 โปรดดู Brazil, UN Doc. CAT/C/9/Add.16, para.63

ประกันว่าจะมีการออกแบบกฎหมายในการบังคับใช้ตามพันธกรณีของอนุสัญญา และ รัฐดังกล่าวจะไม่ละเมิดพันธกรณีระหว่างประเทศด้วยการปล่อยให้กฎหมายภายในประเทศไม่สอดคล้องกับอนุสัญญา แม้ภายหลังการเข้าเป็นภาคีแล้ว การก่อกองล่องหนายังเป็นโอกาสของการทบทวนกฎหมายเดิมอย่างรอบด้าน และ อาจมีการปรึกษาหารืออย่างกว้างขวางกับผู้มีส่วนได้ส่วนเสียจากภาคส่วนต่าง ๆ ถึงวิธีการบังคับใช้อนุสัญญาอย่างดีที่สุด อย่างไรก็ตาม การก่อกองล่องหนาก็อาจส่งผลให้การให้สัตยาบันหรือภาคยานุวัติล่าช้าไป³⁴³ และอาจทำให้ไม่มีการให้สัตยาบัน เมื่อสถานการณ์เปลี่ยนแปลงไปในเวลาต่อมา นอกจากนี้ การเร่งออกกฎหมายเพื่อให้สอดคล้องกับอนุสัญญาก่อนจะมีการให้สัตยาบัน ก็อาจทำให้เกิดความเสี่ยงว่าจะไม่มีกระบวนการก่อกองและปรึกษาหารือที่รอบด้าน และส่งผลให้กฎหมายที่ออกมาไม่สมบูรณ์หรือมีข้อบกพร่อง

ขั้นตอนต่าง ๆ ของการปฏิรูปกฎหมาย

การปฏิรูปกฎหมายใด ๆ ที่ริเริ่มและดำเนินการเพื่อให้กฎหมายภายใน สอดคล้องกับอนุสัญญา มักประกอบด้วยขั้นตอนต่าง ๆ ดังนี้

2.2 จำแนกพันธกรณีของรัฐภาคีตามอนุสัญญา

ขั้นตอนนี้ต้องอาศัยการวิเคราะห์พันธกรณีตามอนุสัญญาอย่างรอบด้าน โดยยึดแนวปฏิบัติของคณะกรรมการต่อต้านการทรมาน ถ้าคณะกรรมการช่วยให้ความเห็นก็จะเป็นประโยชน์ โดยเฉพาะการจัดทำความเห็นทั่วไป ซึ่งจำแนก ว่าพันธกรณีตามอนุสัญญาใดจะต้องมีการออกกฎหมายรับรองเป็นพิเศษ

โปรดดูบทที่ IV. ของรายงานฉบับนี้สำหรับองค์ประกอบสำคัญ

343 โปรดดู อย่างเช่น Belgian experience, UN Doc. CAT/C/SR.561, ย่อหน้า 2 “นาย DEBRULLE (เบลเยียม) ตอบคำถามที่ว่าเหตุใดจึงมีการให้สัตยาบันก่อน จากนั้นจึงมีการผนวกเนื้อหาของอนุสัญญาเข้ากับกฎหมายในประเทศ โดยบอกว่าการให้ สัตยาบันเป็นขั้นตอนที่ใช้เวลานานมากกว่าการผนวกเนื้อหาของอนุสัญญาให้เข้ากับกฎหมาย ทั้งนี้เนื่องจากปัญหาการนิยามการทรมาน ในขณะที่เดียวกันขั้นตอนการร่างกฎหมาย ก็ต้องอาศัยความช่วยเหลืออย่างมากจากหน่วยงานรัฐบาลกลาง และต้องมีการแปล ร่างกฎหมายออกเป็นสองภาษาซึ่งใช้เป็นภาษาราชการ”

2.3 การวิเคราะห์กฎหมายภายในและความสอดคล้องกับพันธกรณีของอนุสัญญา

การนำพันธกรณีตามอนุสัญญามาเป็นมาตรฐาน จะช่วยให้หน่วยงานของรัฐและผู้มีบทบาทที่เกี่ยวข้องสามารถวิเคราะห์กฎหมายภายในอย่างรอบด้าน รวมทั้งความสอดคล้องกับอนุสัญญา ขั้นตอนนี้ประกอบด้วย การประเมินกฎหมายเดิมที่เกี่ยวข้องในแง่ความสอดคล้องกับอนุสัญญา รวมทั้งผลกระทบในเชิงปฏิบัติ อย่างเช่น การบังคับใช้ขั้นตอนการสอบสวนว่ามีการทรมาน สอดคล้องกับข้อกำหนดของอนุสัญญาหรือไม่ ในการวิเคราะห์ดังกล่าว เจ้าหน้าที่ผู้รับผิดชอบ ควรใช้ประโยชน์จากข้อสังเกตเชิงสรุปของคณะกรรมการต่อต้านการทรมาน ความเห็นของหน่วยงานที่เป็นทางการอย่างอื่น เช่น ผู้รายงานพิเศษสหประชาชาติด้านการทรมาน, โครงการพัฒนาแห่งสหประชาชาติ (UNDP), องค์การเพื่อความมั่นคงและความร่วมมือแห่งยุโรป (OSCE) ฯลฯ รายงานคู่ขนานซึ่งนำเสนอโดยองค์กรเอกชนและเน้นให้เห็นข้อบกพร่องทางกฎหมายและการปฏิบัติ รวมทั้ง การสำรวจขององค์กรเอกชน ทนายความ หรือนักวิชาการ ทั้งยังควรปรึกษาหารือกับหน่วยงานของรัฐอย่างกว้างขวาง ทั้งในระดับของรัฐ กรณีที่เป็นประเทศสหพันธรัฐ หน่วยงานระหว่างประเทศ กลุ่มประชาสังคมและกลุ่มอื่น ๆ ซึ่งมีความเชี่ยวชาญเกี่ยวกับคำถามด้านการทรมาน และการปฏิบัติหน้าที่แทนผู้เสียหายจากการทรมาน การวิเคราะห์ควรนำไปสู่ชุดข้อเสนอแนะที่ระบุว่าจะต้องมีการแก้ไขกฎหมายในแง่มุมใด เพื่อให้สอดคล้องกับอนุสัญญา

2.4 การจำแนกประเภทกฎหมายที่จำเป็นที่ต้องการปฏิรูป และรูปแบบของกฎหมายที่ต้องบัญญัติตามอนุสัญญา

หลังการวิเคราะห์กฎหมายแล้ว หน่วยงานของรัฐที่เกี่ยวข้องจะพิจารณาว่าต้องมีการออกกฎหมายใหม่ แก้ไขหรือยกเลิกกฎหมายฉบับใด ซึ่งมักเป็นไปตามข้อเสนอแนะที่ได้จากขั้นตอนแรก ปัญหาย่างยากกว่า คือ การตัดสินใจเกี่ยวกับรูปแบบของกฎหมาย กล่าวคือ ควรออกเป็นกฎหมายต่อต้านการทรมานฉบับใหม่เป็นการเฉพาะ ซึ่งครอบคลุมเนื้อหาทั้งหมด หรือเพียงบางส่วนดี ถ้าไม่อย่างนั้น ควรมีการแก้ไขกฎหมายฉบับใด อย่างเช่น รัฐธรรมนูญ กฎหมายระดับพระราชบัญญัติ พระราชกฤษฎีกา ฯลฯ นอกจากนี้ควรมีการยกเลิก

กฎหมายฉบับใด การตัดสินใจต้องตั้งอยู่บนการพิจารณาระบบกฎหมายและผล
กระทบที่ติดตามมาของวิธีการบังคับใช้นิติบัญญัติที่เลือกอย่างระมัดระวัง ทั้งนี้
เพื่อประกันให้มีประสิทธิภาพพร้อม ๆ และหลีกเลี่ยงความผิดพลาด และช่วย
รักษาเอกภาพของระบบกฎหมายภายในประเทศ โปรดดูบทที่ 3 ของรายงาน
ฉบับนี้

ขั้นตอนนี้ยังอาจต้องอาศัยการปฏิรูปเชิงสถาบันประกอบด้วย เพื่อให้
มีการปฏิบัติตามอย่างแท้จริง อย่างเช่น การจัดตั้งหน่วยงานกำกับดูแลการ
ทำงานของตำรวจ เพื่อให้การสอบสวนข้อกล่าวหาว่ามีการทรمانดำเนินไป
อย่างปราศจากความลำเอียง

2.5 การร่างกฎหมายที่จำเป็น

การร่างกฎหมายเป็นขั้นตอนสำคัญและไม่ใช้ปัญหาทางเทคนิคเท่านั้น
ดังที่ได้กล่าวเน้นข้างต้น กฎหมายที่ออกตามอนุสัญญามักมีเนื้อหาหน้อยกว่า
ข้อกำหนดในอนุสัญญา กฎหมายที่จัดทำโดยคณะกรรมการผู้เชี่ยวชาญหรือ
ผู้เชี่ยวชาญในหน่วยงานของรัฐที่เกี่ยวข้อง ควรระบุอย่างชัดเจนในบทนำว่า
เป็นกฎหมายที่มีวัตถุประสงค์เพื่อบังคับใช้นิติสัญญา กฎหมายดังกล่าวควร
อ้างอิงข้อความจากอนุสัญญาให้มากที่สุดเท่าที่จะทำได้ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง
การใช้นิยามการทรمانที่ปรากฏในข้อ 1 ในกรณีที่อนุสัญญาไม่ให้แนวปฏิบัติ
หรือให้แนวปฏิบัติไม่มากพอในเรื่องใดก็ตาม ตัวบทในส่วนนั้นก็ควรสะท้อน
มาตรฐานระหว่างประเทศ อย่างเช่นการใช้คำว่า “การชดเชยอย่างมีประสิทธิภาพ” และ
“การชดเชย” ให้สอดคล้องกับการทำงานตามหลักการพื้นฐานของการชดเชย
ในกรณีที่อนุสัญญานุญาตให้รัฐใช้วิจารณ์ณาณในการปฏิบัติตาม
พันธกรณีบางอย่าง เช่น หน้าที่ในการสอบสวนข้อกล่าวหาการทรمانโดยไม่ชักช้า
อย่างปราศจากความลำเอียง และมีประสิทธิภาพ กฎหมายที่ออกตามอนุสัญญา
ควรมีหลักประกันว่าจะสามารถปฏิบัติตามพันธกรณีแต่ละข้อได้อย่างเพียงพอ
และเป็นกฎหมายที่สร้างขึ้นในลักษณะที่มีผลลัพธ์ที่น่าพึงพอใจ ด้วยเหตุดังกล่าว
รวมถึงในการปรับเกณฑ์เหล่านี้ให้มาออกเป็นกฎหมาย ผู้ทำหน้าที่ร่างก็ควร
ปรึกษาหารือในระดับที่เหมาะสมเกี่ยวกับกระบวนการทางกฎหมาย โดยทำงาน
ร่วมกับผู้เชี่ยวชาญทั้งเรื่องในประเทศและต่างประเทศ เพื่อให้ร่างกฎหมาย

สะท้อนและสอดคล้องกับมาตรฐานที่เกี่ยวข้อง โดยเฉพาะเงื่อนไขของอนุสัญญา และความเห็นของหลายฝ่ายซึ่งได้รับผลกระทบโดยกฎหมายฉบับนี้

2.6 การรับรองกฎหมายโดยรัฐสภาและการประกาศในราชกิจจานุเบกษา

เมื่อรัฐบาลเห็นชอบและอนุมัติร่างกฎหมายแล้ว ขั้นตอนต่อไปก็คือการให้รัฐสภารับรอง แม้ว่าอาจมีการแก้ไขกฎหมายตามข้อเสนอและข้อกังวลของกลุ่มที่เกี่ยวข้อง และเพื่อเป็นเงื่อนไขให้มีการอนุมัติร่างกฎหมาย แต่ควรระบุนอย่างชัดเจนว่า การแก้ไขร่างกฎหมายดังกล่าวจะต้องไม่ลดทอนพันธกรณีระหว่างประเทศ โดยเฉพาะอย่างยิ่งจะต้องไม่ส่งผลให้เกิดการละเมิดพันธกรณีระหว่างประเทศของรัฐ หลักเกณฑ์ดังกล่าวควรนำมาใช้กับกฎหมายที่เสนอโดยสมาชิกรัฐสภาแต่ละคนด้วย ร่างกฎหมายเหล่านั้นควรจัดทำขึ้นตามขั้นตอนที่เหมือนกัน ทั้งนี้เพื่อให้สอดคล้องกับมาตรฐานระหว่างประเทศ สุดท้ายเมื่อมีการออกกฎหมายต่อต้านการทรมานแล้ว ก็จะต้องให้ประกาศในราชกิจจานุเบกษาโดยเร็ว

2.7 การติดตามผล การประกันให้มีการบังคับใช้อย่างมีประสิทธิภาพ หลังจากมีการออกกฎหมายแล้ว

การปฏิรูปกฎหมายอย่างมีประสิทธิภาพจะไม่หยุดอยู่ที่การประกาศกฎหมายที่เกี่ยวข้องในราชกิจจานุเบกษา ในขั้นตอนแรกนั้น ควรมีการเผยแพร่เนื้อหากฎหมายที่เกี่ยวข้องในบรรดาผู้ได้รับผลกระทบอย่างเช่น ผู้ถูกควบคุมตัวและพนักงานเจ้าหน้าที่ที่เกี่ยวข้อง ยกตัวอย่างเช่น ตำรวจและผู้พิพากษา รวมทั้งสาธารณชนทั่วไป โดยเป็นการเผยแพร่ผ่านสื่อมวลชนและสื่อเพื่อให้ความรู้ แม้ร่างกฎหมายดังกล่าวจะมีความสำคัญในตัวเองและเป็นจุดอ้างอิงได้ แต่ก็ต้องมีการนำไปปฏิบัติเพื่อให้สอดคล้องกับอนุสัญญา ในทางปฏิบัติแล้ว ขั้นตอนนี้มักไม่เกิดขึ้น และความแตกต่างระหว่างกฎหมายกับการปฏิบัติเป็นข้อผิดพลาดสำคัญที่สุดอย่างหนึ่งของรัฐ³⁴⁴ การบังคับใช้อย่างมีประสิทธิภาพจึงขึ้นอยู่กับ การสนับสนุนให้มีโครงสร้างเชิงกฎหมายและสถาบันมารองรับ เช่น การสร้างหลักประกันให้ผู้พิพากษามีความเป็นอิสระ การเข้าถึงความ

344 โปรดดู REDRESS, *Reparation for Torture*, p.41

ยุติธรรม การทำหน้าที่อย่างซื่อสัตย์ของผู้บังคับใช้กฎหมาย นอกจากนี้ ยังต้องมีการอบรมเจ้าหน้าที่เพื่อให้ทราบถึงอำนาจหน้าที่ของตนตามกฎหมายใหม่ และเพื่อให้มีเครื่องชี้วัดที่เป็นทางการ ควรกำหนดเป็นมาตรการเพื่อมอบหมายหน้าที่หรือจัดตั้งหน่วยงานอิสระ อย่างเช่น คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ ซึ่งจะทำหน้าที่สอดส่องดูแลการบังคับใช้กฎหมายเป็นระยะอย่างสม่ำเสมอ และให้เสนอรายงานต่อรัฐสภาและสาธารณะทั่วไปให้พิจารณา นอกจากนี้กลุ่มทนายความและกลุ่มประชาสังคมก็สามารถใช้วิธีฟ้องร้องคดีเพื่อทดสอบประสิทธิภาพของกฎหมายใหม่ได้ และสามารถทำงานร่วมกับสื่อมวลชนและฝ่ายอื่น ๆ เพื่อกำกับดูแลการปฏิบัติและชี้ให้เห็นข้อบกพร่องของกฎหมาย

2.8 ข้อสรุปและข้อเสนอแนะ

รัฐภาคีของอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการต่อต้านการทรมานควร

- ประกาศอย่างเปิดเผยที่จะออกกฎหมายเพื่อให้สามารถบังคับใช้อนุสัญญาตามระบบกฎหมายภายในประเทศได้อย่างสมบูรณ์
- จัดให้มีการทบทวนกฎหมายภายในประเทศอย่างรอบด้าน เพื่อศึกษาว่าสอดคล้องกับพันธกรณีในอนุสัญญาหรือไม่ ทั้งนี้โดยอาศัยความเห็นจากหน่วยงานระหว่างประเทศและการปรึกษากับสถาบันต่างๆ ด้านสิทธิมนุษยชนแห่งชาติอย่างกว้างขวาง รวมทั้งผู้เชี่ยวชาญและกลุ่มประชาสังคม การวิเคราะห์ควรนำไปสู่การกำหนดข้อเสนอแนะในแง่ของกฎหมายที่ต้องมีการแก้ไขเพื่อให้เกิดความสอดคล้องกับอนุสัญญา
- ตัดสินใจว่าจะต้องแก้ไขกฎหมายฉบับใด ถ้ามี รวมทั้งกฎหมายต่อต้านการทรมานที่มีอยู่ และรูปแบบของกฎหมาย ทั้งนี้โดยการปรึกษาหารือกับสถาบันสิทธิมนุษยชนแห่งชาติผู้เชี่ยวชาญและภาคประชาสังคม
- ร่างกฎหมายเพื่อให้สามารถบังคับใช้อนุสัญญา โดยอ้างอิงตัวบทที่มาจากอนุสัญญาให้มากที่สุดเท่าที่จะทำได้ เชื้อเชิญสถาบันสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ ผู้เชี่ยวชาญและภาคประชาสังคมเพื่อให้มาแสดงความคิดเห็นต่อร่างกฎหมาย ทั้งนี้เพื่อให้ร่างกฎหมายสอดคล้องและสะท้อนเจตนารมณ์ของมาตรฐานที่เกี่ยวข้อง
- ผลักดันให้รัฐสภารับรองกฎหมายและประกาศในราชกิจจานุเบกษา

- กำกับให้มีการบังคับใช้กฎหมายที่ออกตามอนุสัญญาอย่างมีประสิทธิภาพ โดยการเผยแพร่ตัวบทของอนุสัญญาในภาษาท้องถิ่น รวมทั้งตัวบทของกฎหมายที่ออกตามอนุสัญญา การให้ความรู้ด้านสนธิสัญญาสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ และกฎหมายที่ออกตามอนุสัญญาในทุกระดับ โดยเฉพาะการจัดอบรมให้แก่พนักงานเจ้าหน้าที่ที่เกี่ยวข้อง และการมอบหมายหน้าที่ให้สถาบันสิทธิมนุษยชนแห่งชาติหรือหน่วยงานอิสระสอดส่องดูแลการบังคับใช้กฎหมายอย่างมีประสิทธิภาพ

คณะกรรมการสหประชาชาติว่าด้วยการต่อต้านการทรมาน ควร

- รับรองความเห็นทั่วไปที่ลงรายละเอียดเกี่ยวกับพันธกรณีของรัฐภาคีต้องนำไปปรับใช้ในกฎหมายภายในของตน
- จัดทำข้อเสนอแนะอย่างเป็นรูปธรรมและเป็นระบบในข้อสังเกตเชิงสรุปเพื่อชี้ให้เห็นถึงการแก้ไขกฎหมายที่จำเป็นเพื่อให้สามารถปฏิบัติตามบทบัญญัติของอนุสัญญาภายในกรอบเวลาที่เป็นไปได้จริง
- พัฒนาแนวทางการกำกับดูแลการปฏิบัติตามข้อเสนอแนะของรัฐภาคีในกระบวนการติดตามผล และถ้าจะให้มีความเหมาะสม ให้ชี้ถึงข้อบกพร่องในการปฏิบัติตามข้อเสนอแนะนั้น โดยระบุไว้ในรายงานประจำปีและแถลงการณ์ที่จัดทำขึ้นโดยเฉพาะ
- ร่วมมือกับสำนักข้าหลวงใหญ่สิทธิมนุษยชนเพื่อพัฒนาและรักษาทรัพยากรที่จำเป็นในการจัดทำฐานข้อมูลเกี่ยวกับกฎหมายที่ออกตามอนุสัญญา รวมทั้งแผนการปฏิรูปของรัฐภาคีแต่ละแห่ง ถ้าเป็นไปได้

ภาคประชาสังคม โดยเฉพาะองค์กรพัฒนาเอกชน ทนายความ แพทย์ นักวิชาการ สื่อมวลชนและกลุ่มอื่น ๆ ควร

- สร้างความตระหนักและองค์ความรู้เกี่ยวกับมาตรฐานระหว่างประเทศเกี่ยวกับข้อห้ามการทรมาน โดยเฉพาะอนุสัญญาต่อต้านการทรมาน
- ตรวจสอบความสอดคล้องระหว่างระบบกฎหมายภายในประเทศกับพันธกรณีตามอนุสัญญา

- จัดพิมพ์ผลการศึกษาและเน้นให้เห็นข้อบกพร่องของกฎหมายภายในประเทศ และให้มีการเผยแพร่รายงานอย่างกว้างขวาง รวมทั้งการจัดทำรายงานคู่ขนานเพื่อเสนอต่อคณะกรรมการต่อต้านการทรมานหรือหน่วยงานที่มีอำนาจอย่างอื่น เพื่อให้พิจารณาควบคุมไปกับรายงานที่เสนอโดยรัฐภาคี
- กระตุ้นให้สาธารณชนเกิดความสนใจต่อข้อสังเกตเชิงสรุปของคณะกรรมการต่อต้านการทรมานและ/หรือคณะกรรมการสิทธิมนุษยชน ซึ่งเป็นกรให้ความเห็นต่อรายงานที่เสนอโดยรัฐภาคี
- ส่งเสริมการปฏิรูปกฎหมายเพื่อให้กฎหมายภายในประเทศสะท้อนหลักการของอนุสัญญา และให้เป็นไปตามข้อเสนอแนะของกลไกสหประชาชาติและผลการศึกษารายงานของหน่วยงานอิสระ
- กรณีที่มีการร่างกฎหมายใหม่ ให้พยายามเข้าไปมีส่วนร่วมในการวิพากษ์วิจารณ์กระบวนการและจัดทำเอกสารและความคิดเห็น ทั้งนี้เพื่อช่วยให้ร่างกฎหมายที่จัดทำมีคุณภาพดีขึ้น
- หลังจากมีการรับรองกฎหมายที่ออกตามอนุสัญญาแล้ว ให้เผยแพร่ตัวบท จัดอบรมให้ทนายความและนักกิจกรรมด้านสิทธิมนุษยชน และวิเคราะห์กฎหมายเพื่อกำหนดเป็นยุทธศาสตร์ในการส่งเสริมให้เกิดผลกระทบในเชิงปฏิบัติให้มากที่สุด

3. ส่งเสริมการบังคับใช้มาตรฐานระหว่างประเทศอย่างอื่นซึ่งห้ามการทรมานในหลักนิติศาสตร์ของประเทศ

ศาลในประเทศมักมีบทบาทสำคัญเพื่อส่งเสริมการคุ้มครองบุคคลที่ถูกจับกุมและคุมขังให้ไม่ต้องได้รับการทรมาน (ต่อไป) และให้มีการปฏิบัติตามสิทธิและพันธกรณีต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องกับข้อห้ามการทรมานตามกฎหมายระหว่างประเทศ อย่างไรก็ตาม ในบางประเทศซึ่งฝ่ายตุลาการขาดความเป็นอิสระศาลมักไม่สามารถทำหน้าที่คุ้มครองสิทธิของผู้ถูกคุมขังได้ และมักแสดงทัศนะที่คล้อยตามความเห็นของตำรวจและ/หรืออัยการ เมื่อต้องมารับผิดชอบในคดีการทรมาน³⁴⁵

345 โปรดดู REDRESS, *Reparation for Torture*, p.46

แม้จะยอมรับข้อห้ามการทรมานตามกฎหมายระหว่างประเทศ ศาลในหลายประเทศก็ยังมีคำพิพากษาซึ่งมีแนวโน้มจะบั่นทอนพื้นฐานของข้อห้ามดังกล่าว คำพิพากษาหลายครั้งของศาลในประเทศ ก่อให้เกิดข้อสงสัยในแง่ความสอดคล้องกับมาตรฐานระหว่างประเทศที่เกี่ยวกับข้อห้ามการทรมาน อย่างเช่น คำพิพากษาซึ่งกำหนดเงื่อนไขที่สร้างความชอบธรรมให้การทรมานได้ คำพิพากษาที่เปิดโอกาสให้สามารถนำคำรับสารภาพที่ได้มาจากการทรมานเพื่อใช้เป็นหลักฐาน การทำลายข้อห้ามการผลักดันกลับโดยใช้วิธีซึ่งนำหนักเหตุผล ซึ่งอาจส่งผลให้มีการตัดสินเนรเทศบุคคลออกไปแม้จะมีความเสี่ยงว่าจะได้รับการทรมาน การมีคำพิพากษาเพื่อรับรองกฎหมายนิรโทษกรรมซึ่งไม่สอดคล้องกับข้อห้ามการทรมาน การยอมรับหลักอายุความและนำมาใช้กับคดีการทรมาน การไม่ดำเนินการฟ้องร้องและ/หรือลงโทษผู้กระทำการทรมานตามข้อกำหนดของมาตรฐานระหว่างประเทศ การมีคำสั่งให้ชดเชยค่าสินไหมไม่เพียงพอและการไม่ตัดสินให้มีการเยียวยารูปแบบอื่น การปฏิเสธที่จะใช้เขตอำนาจระหว่างประเทศต่อคดีอาญาในกรณีที่ไม่มีความหมายภายในประเทศที่ออกตามอนุสัญญา และการรับรองความคุ้มกันของรัฐในคดีที่เกี่ยวข้องกับการทรมานซึ่งเกิดขึ้นในประเทศที่สาม

มีเงื่อนไขหลายข้อเพื่อส่งเสริมบทบาทของศาลในประเทศให้มีความเข้มแข็งในการบังคับใช้มาตรฐานระหว่างประเทศว่าด้วยข้อห้ามการทรมาน ได้แก่

- ความเป็นอิสระของตุลาการ
- อำนาจทางกฎหมายที่เพียงพอเพื่อบังคับใช้มาตรฐานระหว่างประเทศ
- ความตระหนักมากขึ้นถึงความสำคัญของมาตรฐานระหว่างประเทศและการแสดงเจตจำนงในการบังคับใช้มาตรฐานเหล่านั้น

การส่งเสริมให้ศาลมีบทบาทในการคุ้มครองข้อห้ามการทรมาน ต้องพึ่งพายุทธศาสตร์ที่ส่งเสริมให้ฝ่ายตุลาการสามารถมีบทบาทเข้มแข็งขึ้น และต้องมีการแก้ไขอุปสรรคทั้งในเชิงกฎหมาย สถาบัน และการปฏิบัติอย่างอื่น ซึ่งเป็นตัวขัดขวางหลักนิติศาสตร์ที่มีความสอดคล้องกับมาตรฐานระหว่างประเทศที่สำคัญยิ่งขึ้น

3.1 การประเมินการบังคับใช้มาตรฐานระหว่างประเทศของฝ่ายตุลาการ

ที่ผ่านมาข้อมูลการบังคับใช้มาตรฐานระหว่างประเทศที่สำคัญของศาลในประเทศแตกต่างกันไป ตัวอย่างในเชิงบวกของ “แนวปฏิบัติที่ดี” ประกอบด้วยรายชื่อประเทศ (อาจไม่ครอบคลุมประเทศทั้งหมด)

- ยืนยันลักษณะบังคับเด็ดขาดของข้อห้ามการทรมาน (สหราชอาณาจักร)
- ห้ามใช้วิธีการทรมาน (อิสราเอล)
- ห้ามใช้วิธีการลงโทษทางร่างกาย หรือยืนยันกฎหมายซึ่งกำหนดให้การลงโทษเช่นนั้นเป็นสิ่งมิชอบ (อัฟริกาใต้)
- กำหนดเงื่อนไขในการคุมขังซึ่งถือเป็นการละเมิดข้อห้ามการทรมาน (เซนต์ ลูเชีย, ซิมบับเว)
- ป้องกันไม่ให้มีการนำหลักฐานที่ได้จากการทรมานมาใช้ในกระบวนการพิจารณาของศาล (สหราชอาณาจักร)
- ประกาศว่าคำรับสารภาพที่ได้มาจากการทรมานเป็นสิ่งมิชอบด้วยกฎหมายและไม่สามารถนำมาใช้เป็นพยานหลักฐานได้ (อุยกูีสถาน)
- คุ้มครองสิทธิของผู้ถูกควบคุมตัว โดยประกาศว่ากฎหมายที่มีอยู่ไม่สอดคล้องกับข้อห้ามการทรมานและ/หรือสั่งการให้รัฐบาลออกมาตรการพิเศษเพื่อป้องกันการทรมาน (อินเดีย, บังคลาเทศ)
- การยอมรับสิทธิการไม่ผลักดันกลับ (แคเมอรูน, โปแลนด์)
- ประกาศให้กฎหมายนิรโทษกรรมเนื่องจากการทรมานเป็นโมฆะและไม่ชอบด้วยกฎหมาย เนื่องจากไม่สอดคล้องกับข้อห้ามการทรมาน (อาร์เจนตินา ฝรั่งเศส เม็กซิโก)
- ไม่นำหลักอายุความมาใช้กับอาชญากรรมระหว่างประเทศ รวมถึงการทรมาน (อาร์เจนตินา)
- สั่งการให้หน่วยงานที่มีอำนาจดำเนินการสอบสวนและฟ้องร้องดำเนินคดีต่อผู้กระทำการทรมาน (อินเดีย, ศรีลังกา)
- ลงโทษและตัดสินให้ผู้กระทำผิดได้รับโทษที่เหมาะสม (เปรู)
- เปิดโอกาสให้ผู้เสียหายจากการทรมานสามารถฟ้องร้องคดีต่อศาล และให้มีการจ่ายค่าสินไหมทดแทนและการเยียวยารูปแบบอื่นเนื่องจากการทรมาน (อินเดีย, ศรีลังกา, อียิปต์ และอัฟริกาใต้)

- ใช้เขตอำนาจระหว่างประเทศของศาลเหนือคดีซึ่งมีผู้ทรمان (สหราชอาณาจักร สเปน เนเธอร์แลนด์ ฝรั่งเศส)
- สั่งให้มีการจ่ายสินไหมทดแทนสำหรับเหยื่อจากการทรمانซึ่งเกิดขึ้นในประเทศที่สาม (สหรัฐอเมริกา)
- ไม่ยอมรับความคุ้มกันตามสาระแห่งคดี (immunity ratione materiae) ของบุคคล

หลักนิติศาสตร์เช่นนี้ถือว่าขัดแย้งกับคำพิพากษาของศาลในประเทศซึ่งทำให้เกิดคำถามต่อการปฏิบัติตามมาตรฐานที่กำหนดไว้ในอนุสัญญา อย่างเช่นกรณีต่อไปนี้

- การเปิดโอกาสให้มีการตีความเพื่อสนับสนุนการทรมาน (อิสราเอล)
- การบั่นทอนหลักการห้ามการผลัดกันกลับ โดยนำหลักการซึ่งนำหนักมาใช้และอาจส่งผลให้มีการตัดสินเนรเทศบุคคลที่อาจได้รับความเสี่ยงจากการทรมาน (แคนาดา)
- การสนับสนุนกฎหมายนิรโทษกรรมซึ่งไม่สอดคล้องกับข้อห้ามการทรมาน (อัฟริกาใต้)
- การสั่งไม่ฟ้องร้องดำเนินคดีและ/หรือลงโทษผู้กระทำการทรมานอย่างเพียงพอทั้ง ๆ ที่เป็นข้อกำหนดตามมาตรฐานระหว่างประเทศ (อียิปต์ ตุรกี เยอรมนี)
- การสั่งให้จ่ายค่าสินไหมทดแทนไม่เพียงพอและไม่มีการเยียวยารูปแบบอื่น (เนปาล อียิปต์)
- การปฏิเสธไม่ใช้เขตอำนาจศาลระหว่างประเทศในคดีอาญา โดยอ้างว่าไม่มีกฎหมายภายในประเทศที่ออกตามอนุสัญญา (เชเนกัล)
- คุ้มครองความคุ้มกันต่อรัฐในคดีที่มีการฟ้องร้องเนื่องจากการทรมานซึ่งเกิดขึ้นในประเทศที่สาม (สหราชอาณาจักร แคนาดา สหรัฐฯ)

3.2 เหตุผลที่ไม่สามารถนำมาตราฐานระหว่างประเทศว่าด้วยข้อห้ามการทรมานมาปฏิบัติอย่างได้ผลในหลักนิติศาสตร์ภายในประเทศ

- การขาดความเป็นอิสระของตุลาการ
ในหลายประเทศอย่างเช่น จีน อิหร่าน อุซเบกิสถาน และซิมบับเว

มีความกังวลอย่างมากต่อการขาดความเป็นอิสระของตุลาการ³⁴⁶ ในหลายประเทศเหล่านี้ หลักนิติธรรมอ่อนแอหรือไม่มีอยู่ และการทรมานเป็นเพียงสัญญาณอย่างหนึ่งที่บ่งบอกถึงการไม่เคารพสิทธิของบุคคล ในสภาพการณ์เช่นนี้ผู้พิพากษามีแนวโน้มที่จะไม่บังคับใช้มาตรฐานระหว่างประเทศ และทำให้เกิดการตั้งคำถามต่อการปฏิบัติของรัฐ หรือการให้สิทธิต่อบุคคลมากเกินไปที่เขาควรจะได้รับตามกฎหมายภายในประเทศที่มีความเข้มงวด และผู้พิพากษามักทำเช่นนั้นโดยไม่ได้เป็นเพราะความกลัวว่าจะได้รับผลกระทบส่วนบุคคลจากการแสดงจุดยืนเช่นนั้น

- ลักษณะที่กำหนดให้มีขั้นตอนเพิ่มเติมของบทบัญญัติในอนุสัญญา และการไม่มีกฎหมายซึ่งออกตามอนุสัญญา

บทบัญญัติหลายประการในอนุสัญญาไม่เปิดโอกาสให้ศาลสามารถนำมาใช้ได้โดยตรง เนื่องจากในตัวบทระบุให้รัฐภาคีควรกำหนดให้มีมาตรการเพื่อบังคับใช้เพิ่มเติม³⁴⁷ ดังเช่นในกรณีของ Bouterse, Habré และนายปิโนเชต์ ศาลมีแนวโน้มจะไม่บังคับใช้บทบัญญัติเกี่ยวกับการทรมานเป็นฐานความผิดทางอาญา และในส่วนที่เกี่ยวกับเขตอำนาจระหว่างประเทศ โดยอ้างว่าไม่มีกฎหมายซึ่งออกตามอนุสัญญา ซึ่งเป็นไปตามหลักกฎหมายที่ว่าถ้าไม่มีกฎหมายก็ไม่มีโทษ สิ่งนี้เกิดขึ้นโดยเฉพาะในประเทศที่มีระบบกฎหมายคู่ กล่าวคือศาลจะไม่นำสนธิสัญญามานำบังคับใช้โดยตรง ดังกรณีของออสเตรเลียเมื่อเร็ว ๆ นี้³⁴⁸

346 โปรดดูกรณีศึกษาประเทศ ใน REDRESS, และรัฐซึ่งฝ่ายตุลาการมีอิสระ Reparation for Torture รายงานของผู้รายงานพิเศษว่าด้วยความไม่เป็นอิสระของตุลาการและทนายความ Mr. Leandro Despouy, UN Doc. E/CN.4/2004/60

347 Ingelse, Committee against Torture, pp.259 et seq

348 โปรดดู *Scott v Bowden [2002]* คำพิพากษาของศาลอุทธรณ์ออสเตรเลีย ซึ่งผู้พิพากษาแม็กฮิว เจ (McHugh J) นั่งบัลลังก์เพียงคนเดียว เป็นคดีเกี่ยวกับการส่งสำนวนคดีไปยังศาลกลางแห่งออสเตรเลีย (เกี่ยวกับความผิดด้านการทรมาน) เขาได้ให้เหตุผลว่าศาลกลางไม่มีเขตอำนาจที่จะตัดสิน “คดีที่เกี่ยวข้องกับสนธิสัญญาโดยตรง” (ข้อ 75 ของรัฐธรรมนูญและข้อ 38(a) ของพระราชบัญญัติตุลาการ)

(ข้อ 348 ต่อหน้าถัดไป)

- การให้ความสำคัญเฉพาะกฎหมายภายในและการไม่ตระหนักถึงความสำคัญของมาตรฐานระหว่างประเทศ

ศาลในประเทศมีแนวโน้มจะอ้างอิงกฎหมายภายในด้วยเหตุผลหลายประการ ผู้พิพากษาหลายคนไม่คุ้นเคยกับมาตรฐานระหว่างประเทศที่สำคัญและโดยเฉพาะอนุสัญญาฉบับนี้ อาจจะเป็นเพราะไม่ได้รับการศึกษาด้านนี้ อย่างเพียงพอหรือการไม่มีตัวบทและอรรถาธิบาย³⁴⁹ แม้ในกรณีที่ผู้พิพากษาตระหนักถึงมาตรฐานระหว่างประเทศ แต่ก็อาจไม่มีความเข้าใจถึงมาตรฐานเฉพาะที่เกี่ยวข้อง ทำให้เกิดความเข้าใจกฎหมายอย่างแคบ ๆ และส่งผลกระทบต่อการใช้ความหมายภายในที่เกี่ยวข้อง³⁵⁰ นอกจากนี้ ทนายนความและองค์กรสิทธิมนุษยชนซึ่งทำงานในคดีการทรมานมักละเลยที่จะอ้างและเสนอให้บังคับใช้มาตรฐานระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้อง และเป็นเหตุให้ผู้พิพากษาละเลย

348 (ต่อ)

ผู้พิพากษาแม็กฮิว เจ ระบุในย่อหน้า 7 ของคำพิพากษาว่า “อย่างไรก็ตาม อนุสัญญาต่อต้านการทรมาน และการปฏิบัติหรือการลงโทษอื่นที่โหดร้ายไร้มนุษยธรรม หรือที่ย่ำยีศักดิ์ศรี ไม่ได้เป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายท้องถิ่นในออสเตรเลีย เป็นเหตุให้ไม่เกิดสิทธิในการบังคับคดี ข้อโต้แย้งเกี่ยวกับการบังคับใช้สนธิสัญญาซึ่งยังไม่มีการออกกฎหมายภายในเพื่อรองรับ ส่งผลให้เกิดการถกเถียงที่ไม่ชอบธรรม และไม่อาจถือเป็นประเด็นที่จะสามารถนำมาเทียบเคียงกับวัตถุประสงค์ของข้อ 75 ของรัฐธรรมนูญและข้อ 38(a) ของพระราชบัญญัติตุลาการได้ ไม่ว่าจะตีความข้อ 75(i) ของรัฐธรรมนูญว่าอย่างไร อนุสัญญาต่อต้านการทรมาน และการปฏิบัติหรือการลงโทษอื่นที่โหดร้ายไร้มนุษยธรรม หรือที่ย่ำยีศักดิ์ศรี ย่อมไม่นำไปสู่ ‘สิทธิโดยอัตโนมัติ หน้าที่และความรับผิดชอบ ซึ่งเป็นสิ่งที่จะต้องถูกกำหนดโดยคำพิพากษาของศาล’ ...”

349 โปรดดูตัวอย่างเช่น โคลัมเบีย ญี่ปุ่น และแซมเบีย โปรดดูรายชื่อกรณีศึกษาประเทศใน Heyns and Viljoen, *Impact of UN Human Rights Treaties*, pp. 195, 419 and 638 respectively

350 โปรดดูการทบทวนหลักนิติศาสตร์ข้างต้น อย่างเช่น คดี Suresh ในแคนาดา ผู้พิพากษาในหลายประเทศทำให้เกิดความสับสนเกี่ยวกับความหมายของกฎหมายระหว่างประเทศหลายครั้ง และมีการบังคับใช้มาตรฐานระหว่างประเทศที่ผิดพลาดดังตัวอย่างใน Bayefsky, *International Human Rights Law in Canadian Courts*, pp. 325 et seq. and, in the case of India, by Verma, *International Law*

ที่จะบังคับใช้มาตรฐานเหล่านั้น³⁵¹ ผู้พิพากษามักมองว่ากฎหมายภายในมีสถานะเหนือกว่ากฎหมายระหว่างประเทศ ยกตัวอย่างเช่น สิทธิขั้นพื้นฐานที่ได้รับการรับรองไว้ตามรัฐธรรมนูญซึ่งได้รับการตีความโดยศาลในประเทศ ถือว่าให้การคุ้มครองเหนือกว่าสนธิสัญญาระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้อง หรืออาจเป็นเพราะมีการมองว่าการนำบรรทัดฐานสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศมาใช้เป็นการนำมาตรฐานต่างชาติมาใช้³⁵² ตัวผู้พิพากษาเองก็อาจไม่กระตือรือร้นที่จะใช้อำนาจของตนเพื่อบังคับใช้มาตรฐานสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศเนื่องจากมองว่าไม่มีความชอบธรรมต่อกฎหมายภายในประเทศ และอาจไม่สนใจคดีที่มองว่าเกี่ยวข้องกับ “อำนาจของฝ่ายบริหาร” โดยเฉพาะคดีที่เกี่ยวกับกฎหมายด้านความมั่นคง³⁵³

- ผลกระทบของการรณรงค์ต่อต้านการก่อการร้าย

คำพิพากษาของศาลหลายครั้งสนับสนุนหรือเป็นการบังคับใช้กฎหมายต่อต้านการก่อการร้ายในประเทศ ซึ่งไม่เป็นการคุ้มครองสิทธิของผู้ต้องสงสัยที่ถูกควบคุมตัวเนื่องจากเกี่ยวข้องกับ การก่อการร้ายเลย คำพิพากษาดังกล่าว

351 ดังที่อ้างถึงโดยนายความหลายคนและองค์กรพัฒนาเอกชนซึ่งให้ข้อมูลเกี่ยวกับการปฏิบัติของประเทศต่าง ๆ ในรายงานชิ้นนี้ และโปรดดู Heyns and Viljoen, *Impact of UN Human Rights Treaties*, p.33 ซึ่งชี้ให้เห็นว่าองค์กรพัฒนาเอกชนหลายแห่งไม่ได้ให้ความสำคัญกับแง่มุมระหว่างประเทศ และการที่บางประเทศไม่มีวัฒนธรรมสิทธิมนุษยชนของตนเอง อย่างเช่น อิหร่าน เติงอ้าง หน้า 31 ซึ่งเป็นเหตุทำให้ไม่มีการบังคับใช้มาตรฐานสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศในหลักนิติศาสตร์ในประเทศ

352 ตัวอย่างเช่น ญี่ปุ่น โปรดดู Iwasawa, *International Human Rights Adjudication in Japan*, pp. 264 et seq. ในประเทศต่าง ๆ อย่างเช่น อิหร่าน ซาอุดีอาระเบีย และชูดาน สถานะสูงสุดของกฎหมายอิสลามเป็นเหตุบั่นทอนโอกาสการบังคับใช้กฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ โปรดดูกรณีศึกษารายประเทศใน REDRESS, *Reparation for Torture and REDRESS & The Parliamentary Human Rights Group, Torture in Saudi Arabia*. See on the general point Heyns and Viljoen, *Impact of UN Human Rights Treaties*, p.32 and Iran as mentioned above

353 Charlesworth et al., *Deep Anxieties*, pp. 446 et seq

ได้แก่กรณีศาลฎีกาแคนาดาในคดี Suresh ซึ่งเปิดโอกาสให้รัฐบาลสามารถวินิจฉัยคดีนี้ด้วยตนเองทั้งๆที่เป็นคดีที่ควรอยู่ใต้ข้อห้ามการทรมานอย่างเด็ดขาด อย่างเช่น ข้อห้ามว่าด้วยการปลักตันกลับ แนวโน้มเช่นนี้ซึ่งอาจมีข้อยกเว้นอยู่บ้างชี้ให้เห็นทิศทางของฝ่ายตุลาการที่จะสงวนอำนาจของตนในคดีที่เกี่ยวข้องกับการรณรงค์ต่อต้านการก่อการร้าย โดยไม่ได้ให้การคุ้มครองเพื่อป้องกันกา รทรมานอย่างเพียงพอต่อผู้ต้องสงสัยว่าเกี่ยวข้องกับการก่อการร้าย³⁵⁴

354 โปรดดูงานเขียนของ Fiji colloquium by The Hon. Mr. Justice John M Evans, *Judicial independence, human rights and the 'war on terror'*; The Hon. Mr. Justice Michael Kirby AC CMG, *Upholding human rights after September 11: The empire strikes back* and by Waldman, *The judiciary after September 11*. Waldman อ้างเนื้อหาที่แสดงให้เห็นว่าผู้พิพากษาอังกฤษตีความบทบาทของตนแตกต่างกันอย่างไร Lord Justice Brooke *[A, X and Y v Secretary of State for Home Affairs (2002) EWCA 1502, para.87*: "เว้นแต่เราจะยอมใช้วิธีการแบบพวกหัวโบราณ ซึ่งบอกว่าเราจะยอมให้ประเทศถูกทำลายพร้อมกันกับอุดมการณ์ที่เรายึดมั่น ไม่อย่างนั้นเราก็ควรเปิดโอกาสให้มีการคุมขังผู้ต้องสงสัยในคดีก่อการร้ายเพียงคนเดียวโดยไม่ได้รับความเป็นธรรมตามขั้นตอนของกฎหมายต่อไป ข้าพเจ้าเห็นว่าฝ่ายตุลาการก็อาจจะต้องให้ความไว้วางใจระดับหนึ่งต่อความสนใจและศักยภาพของรัฐมนตรีและรัฐสภา ซึ่งจะต้องรับผิดชอบต่อการตัดสินใจของตนเอง และต้องปฏิบัติหน้าที่ของตนให้สมกับเป็นมืออาชีพและความซื่อสัตย์ที่มีต่อการทำงานบริการด้านความมั่นคง และ Lord Steyn (Lord J. Steyn, *Guantanamo Bay: The Legal Black Hole*, ICLQ 53 (2004), pp.1-15): "ในขณะที่ศาลต้องให้ความสำคัญต่ออำนาจตามรัฐธรรมนูญของหน่วยงานต่าง ๆ ของรัฐบาลที่จะตัดสินใจในประเด็นต่าง ๆ แต่ศาลก็จะต้องไม่ละเลยหน้าที่ตามรัฐธรรมนูญของตนโดยอ้างเหตุผลทางรัฐธรรมนูญได้ แม้ในยุคปัจจุบัน มีการกระทำที่ไม่ยุติธรรมโดยอ้างว่าเป็นไปเพื่อความมั่นคง และเป็นการกระทำซึ่งทำให้บุคคลหลายพันคนไม่สามารถเรียกร้องสิทธิตามกฎหมายของตนเองได้ บ่อยครั้งที่ศาลปฏิเสธที่จะปฏิบัติตามหลักนิติธรรมและมีการพิจารณาคดีแบบพอเป็นพิธีเท่านั้น ในบริบทของสงครามต่อต้านการก่อการร้ายซึ่งดูเหมือนไม่มีแนวโน้มจะยุติ สภาพการณ์เช่นนี้ถือเป็นการละเมิดสิทธิมนุษยชน แต่ก็มีข้อเตือนว่าการใช้อำนาจโดยมิชอบอย่างไม่มี การตรวจสอบย่อมนำไปสู่การใช้อำนาจโดยมิชอบที่กว้างขวางขึ้น และผู้พิพากษาเองก็มีหน้าที่แม้ในยามวิกฤตที่จะต้องคอยตรวจสอบการใช้อำนาจของฝ่ายบริหารที่ไม่ตรงกับหลักการและเกินเลยขอบเขตอำนาจของตน"

3.3 การส่งเสริมบทบาทของตุลาการในการปฏิบัติตามมาตรฐานระหว่างประเทศ

ให้อำนาจที่ชัดเจนต่อศาลในการใช้กฎหมายระหว่างประเทศให้เป็นประโยชน์

ระบบกฎหมายในหลายประเทศไม่มีบทบัญญัติที่ชัดเจนเกี่ยวกับการบังคับใช้กฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศของฝ่ายตุลาการต่อคดีในประเทศ³⁵⁵ แม้ว่าช่องว่างทางกฎหมายเช่นนี้เปิดโอกาสให้ผู้พิพากษาหลีกเลี่ยงการบังคับใช้กฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศกับการตัดสินคดีในประเทศดังเช่นประสบการณ์ในประเทศระบบกฎหมายจารีตประเพณี การมีบทบัญญัติที่ชัดเจนย่อมให้อำนาจโดยตรงต่อผู้พิพากษา และเป็นการส่งเสริมสถานะของกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศและความชอบธรรมที่ศาลจะนำกฎหมายมาบังคับใช้ อัฟริกาใต้เป็นประเทศหนึ่งที่ตระหนักถึงเรื่องนี้ และในรัฐธรรมนูญมีการเรียกร้องให้ฝ่ายตุลาการบังคับใช้หรือให้ความสำคัญกับกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศในการปฏิบัติหน้าที่ของตน

อำนาจที่สำคัญอีกอย่างหนึ่งคือ อำนาจของศาลโดยเฉพาะศาลรัฐธรรมนูญหรือศาลในลักษณะเดียวกันที่จะตรวจสอบร่างกฎหมาย ทั้งนี้เพื่อให้สอดคล้องกับมาตรฐานสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ ซึ่งเป็นกระบวนการที่ใช้ในหลายประเทศ โดยประกอบด้วยกลไกที่ช่วยหลีกเลี่ยงสภาพการณ์ที่ศาลอาจจะต้องเข้ามาไกล่เกลี่ยความขัดแย้งระหว่างกฎหมายภายในกับมาตรฐานระหว่างประเทศ และในบางกรณีอาจถูกบีบให้ต้องบังคับใช้กฎหมายในลักษณะที่ละเมิดต่อสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ

การตระหนักถึงและความกระตือรือร้นที่จะใช้มาตรฐานสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้อง

แม้จะมีศาลจำนวนไม่มากนักที่บังคับใช้มาตรฐานสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้อง ซึ่งโดยมากมักมีสาเหตุมาจากความไม่รู้ของผู้พิพากษา แต่หลายประเทศก็มีความแตกต่างกัน อย่างเช่น การกำหนดให้มาตรฐานระหว่างประเทศเป็นส่วนหนึ่งของหลักสูตรการศึกษาระดับชาติ การจัดให้มีการอบรม

355 โปรดดูตัวอย่างเช่น Bantekas, International and Uzbek Law

บทบัญญัติและมีความเข้มข้นด้านสิทธิมนุษยชนต่อผู้พิพากษา ความตระหนักรู้ของฝ่ายตุลาการในระดับที่แตกต่างกัน ซึ่งมักมีความแตกต่างอย่างมากระหว่างฝ่ายตุลาการระดับล่างกับระดับบน จารีตของการบังคับใช้หรืออ้างอิงมาตรฐานสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศตามหลักนิติศาสตร์ในประเทศ ความกระตือรือร้นของผู้พิพากษาที่จะอ้างอิงมาตรฐานระหว่างประเทศในการตัดสินคดีและพฤติกรรมของคู่กรณี โดยเฉพาะกลุ่มสิทธิมนุษยชนหรือทนายความ ในการอ้างอิงมาตรฐานสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศเพื่อสนับสนุนคดีของตน³⁵⁶

เราต้องการความพยายามอย่างต่อเนื่องในการให้ความรู้ต่อผู้พิพากษาในแง่ของสาระของมาตรฐานสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ รวมทั้งความสำคัญและการบังคับใช้ในบริบทในประเทศ สิ่งนี้จะเกิดขึ้นได้ก็ต่อเมื่อมีการให้การศึกษานทุกระดับเพื่อเปลี่ยนความคิดและยกระดับสถานะของกฎหมายระหว่างประเทศ เพื่อให้กฎหมายระหว่างประเทศกลายเป็นส่วนหนึ่งของเหตุผลที่ศาลใช้ในการตัดสินคดี แทนที่จะถูกมองว่าเป็นชุดของมาตรฐานซึ่งเป็นสิ่งที่หน่วยงานและองค์กรอื่นต้องสนับสนุน ในขณะที่ฝ่ายตุลาการดูเหมือนจะไม่มี ความกระตือรือร้นในเรื่องนี้ ความกระตือรือร้นของฝ่ายตุลาการในการบังคับใช้มาตรฐานระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องในหลักนิติศาสตร์ของตน เป็นเงื่อนไขเบื้องต้นให้เกิดแนวปฏิบัติที่ดี ระดับความเป็นอิสระ ความตระหนักรู้และอำนาจของฝ่ายตุลาการเป็นปัจจัยสำคัญที่มีอิทธิพลต่อทัศนคติของผู้พิพากษาต่อการบังคับใช้มาตรฐานระหว่างประเทศ ปัจจัยต่อมาได้แก่บรรยากาศทั่วไปในประเทศซึ่งอาจกระตุ้นให้ฝ่ายตุลาการไม่ต้องการบังคับใช้ หรือไม่ตีความมาตรฐานสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศอย่างเป็นอิสระ เพราะเกรงว่าจะไปกระทบต่อกฎหมายด้านความมั่นคง ดังกรณีของการรณรงค์ต่อต้านการก่อการร้ายในระดับระหว่างประเทศในปัจจุบัน หน่วยงานและทนายความด้านสิทธิมนุษยชนมีบทบาทสำคัญในกระบวนการนี้ ไม่เพียงการรณรงค์เท่านั้น หากยังรวมถึงการอ้างอิงถึงมาตรฐานสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศและหลักนิติศาสตร์ดังกล่าวในการฟ้องร้องคดีในประเทศด้วย

356 โปรดดูกรณีศึกษาหลายประเทศใน Heyns and Viljoen, *Impact of UN Human Rights Treaties*

3.4 บทสรุปของข้อเสนอแนะ

ผู้พิพากษาทั่วโลกควร

- ตระหนักถึงความรับผิดชอบที่ต้องส่งเสริมสถานภาพของมาตรฐานระหว่างประเทศว่าด้วยข้อห้ามการทรมานในการทำหน้าที่ของฝ่ายตุลาการ
- ตระหนักถึงความจำเป็นที่จะต้องคุ้มครองสิทธิของผู้เสียหายจากการทรมานในกระบวนการทางศาลทั้งปวง
- ระบุดังชัดเจนว่า การทรมานเป็นสิ่งต้องห้ามในทุกสภาพการณ์ และโดยเฉพาะในแง่วิธีการทรมาน การลงโทษทางกาย รูปแบบและเงื่อนไขของการคุมขังและรูปแบบของโทษประหารซึ่งเข้าข่ายการลงโทษที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรม หรือย่ำยีศักดิ์ศรี
- ประกาศว่ากฎหมายซึ่งอำนวยความสะดวกให้แก่การทรมานไม่สอดคล้องกับบทบัญญัติด้านสิทธิขั้นพื้นฐาน และ/หรือพันธกรณีระหว่างประเทศของรัฐ
- ตระหนักว่ากองกำลังซึ่งปฏิบัติหน้าที่ในดินแดนของประเทศอื่น ต้องเคารพต่อข้อห้ามการทรมาน
- สนับสนุนและสั่งการให้มีมาตรการป้องกันการทรมาน
- ไม่ยอมรับคำรับสารภาพที่อาจได้มาจากการทรมาน โดยที่ฝ่ายรัฐต้องเป็นผู้พิสูจน์ในเรื่องนี้
- คุ้มครองสิทธิการไม่พลัดถิ่นกลับ โดยห้ามไม่ให้มีการเนรเทศ ขับไล่อะ หรือส่งกลับบุคคลไปยังประเทศซึ่งมีเหตุอันควรเชื่อได้ว่าบุคคลดังกล่าวจะได้รับการทรมาน ไม่ว่าจะมีการรับประกันทางการทูตจากอีกฝ่ายหนึ่งหรือไม่ก็ตาม
- รับผิดชอบข้อร้องทุกข์เกี่ยวกับการทรมาน ทั้งนี้เพื่อหาทางป้องกันไม่ให้เกิดการทรมานอีก และสั่งการให้มีการสอบสวนในระหว่างการพิจารณาคดี ถ้ามีเหตุผลอันเชื่อได้ว่ามีการทรมานเกิดขึ้นจริง
- กระตุ้นให้รัฐบาลกำหนดให้มีความผิดโดยเฉพาะสำหรับการทรมาน ในกรณีที่ไม่มีความหมายดังกล่าว

- ไม่ยอมรับความคุ้มกันหรือการนิรโทษกรรมที่เกี่ยวกับการทรมาน
- ไม่นำหลักอายุความมาบังคับใช้กับอาชญากรรมระหว่างประเทศอย่างเช่น การทรมาน หรือไม่ยอมรับหลักอายุความในช่วงเวลาที่ผู้เสียหายไม่สามารถใช้สิทธิในการร้องเรียนของตน หรือในกรณีที่ระบบตุลาการไม่ทำงาน
- สั่งการให้หน่วยงานผู้มีอำนาจดำเนินการสอบสวนและดำเนินคดีต่อผู้ทำการทรมาน หรืออาจทำการสอบสวนด้วยตนเองหากมีอำนาจให้ทำเช่นนั้น
- ลงโทษและตัดสินให้ผู้กระทำผิดเนื่องจากการทรมานได้รับโทษในสัดส่วนที่เหมาะสมกับระดับความรุนแรงของอาชญากรรม
- ส่งเสริมให้ผู้เสียหายจากการทรมานสามารถฟ้องร้องคดีต่อศาล ทั้งนี้ เพื่อให้ได้รับการชดเชย และให้ขจัดอุปสรรคใด ๆ ที่ขัดขวางการเข้าถึงความยุติธรรมเท่าที่สามารถเป็นไปได้
- สั่งการให้มีการชดเชยตามรูปแบบอันเป็นที่ยอมรับในกฎหมายระหว่างประเทศ ได้แก่ การเยียวยา ค่าสินไหมทดแทน การบำบัดฟื้นฟู ความพึงพอใจของผู้เสียหาย และหลักประกันว่าจะไม่เกิดเหตุซ้ำ
- บังคับคดีเพื่อให้มีการจ่ายค่าสินไหมทดแทนกับผู้เสียหายจากการทรมานจริง ไม่ว่าจะนำไปตามคำสั่งของศาลในประเทศหรือศาลหรือ กลไกระหว่างประเทศ
- ใช้เขตอำนาจระหว่างประเทศต่อผู้ถูกกล่าวหาว่ากระทำการทรมานในความผิดทางอาญา ทั้งโดยการอ้างอิงกฎหมายภายในประเทศและการบังคับใช้มาตรฐานระหว่างประเทศโดยตรงหากทำได้ ในกรณีที่ไม่มีกฎหมายภายในเพื่อรับรองเรื่องนี้ ให้เรียกร้องให้มีการปฏิรูปกฎหมายเพื่อเปลี่ยนให้ระบบกฎหมายภายในสอดคล้องกับพันธกรณีระหว่างประเทศ
- ไม่ยอมรับหลักการนิรโทษกรรม ความคุ้มกัน หรืออายุความ ซึ่งอาจเป็นอุปสรรคหรือขัดขวางการฟ้องร้องดำเนินคดีต่อผู้ถูกกล่าวหาว่าทำการทรมานซึ่งเกิดขึ้นในต่างประเทศ

- ตีความกฎหมายในลักษณะที่เปิดโอกาสให้ผู้เสียหายจากการทรมาน ซึ่งเกิดขึ้นในต่างประเทศ สามารถเรียกร้องการชดเชยจากผู้กระทำผิดต่อศาลในประเทศ หรือในกรณีที่ไม่ดำเนินการเช่นนั้นไม่ได้ ให้เรียกร้องให้มีการปฏิรูปกฎหมายเพื่อให้ผู้เสียหายสามารถฟ้องร้องดำเนินคดีได้
- ส่งการให้มีการจ่ายค่าสินไหมทดแทนและการชดเชยรูปแบบต่าง ๆ ต่อผู้เสียหายจากการทรมานซึ่งเกิดขึ้นในประเทศที่สาม
- บังคับคดีเพื่อให้มีการจ่ายค่าสินไหมทดแทน รวมทั้งการใช้วิธีการที่อยู่ภายใต้อำนาจศาล

ภาคประชาสังคมโดยเฉพาะองค์กรพัฒนาเอกชน หน่วยงาน แพทย์ นักวิชาการ สื่อมวลชน และบุคคลอื่น ๆ ควร

พัฒนายุทธศาสตร์ที่ส่งเสริมให้ฝ่ายตุลาการมีบทบาทมากขึ้นในการบังคับใช้มาตรฐานระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับข้อห้ามการทรมาน ด้วยการแสวงหาความสนับสนุนต่อฝ่ายตุลาการ หน่วยงาน นักกิจกรรมสิทธิมนุษยชน และบุคคลอื่น ๆ ควรใช้มาตรการต่อไปนี้ร่วมกัน ขึ้นอยู่กับสภาพการณ์ต่าง ๆ

- รณรงค์เพื่อให้เกิดการปฏิรูปกฎหมายและสถาบัน ทั้งนี้เพื่อส่งเสริมความเป็นอิสระของตุลาการ โดยเน้นให้เห็นความสำคัญของความเป็นอิสระของตุลาการที่มีต่อการคุ้มครองสิทธิมนุษยชน
- รณรงค์ให้เกิดการแก้ไขกฎหมายเพื่อส่งเสริมสถานะของมาตรฐานสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศในระบบกฎหมายภายในประเทศ โดยเฉพาะที่เกี่ยวข้องกับการทรมาน ไม่ว่าจะเป็นการออกกฎหมายตามอนุสัญญาหรือการนำอนุสัญญามาบังคับใช้โดยตรง และกฎหมายที่ให้อำนาจและหน้าที่ต่อผู้พิพากษาในการบังคับใช้มาตรฐานเหล่านั้นในการตัดสินคดีของตน
- รณรงค์ให้มาตรฐานสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ (ซึ่งเป็นต้นตอของข้อห้ามการทรมาน จุดมุ่งหมาย เนื้อหา และการบังคับใช้) เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาภาคบังคับของหลักสูตรการศึกษาด้านนิติศาสตร์ทุกระดับ

- จัดอบรมมาตรฐานระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องให้กับผู้พิพากษา อัยการ ทนายความ และนักนิติศาสตร์อื่น ๆ รวมทั้งการให้ภาพรวมและการวิเคราะห์หลักนิติศาสตร์ของศาลและกลไกสิทธิมนุษยชน และการศึกษาเชิงเปรียบเทียบ
- จัดทำคู่มือที่เข้าถึงอย่างง่ายในภาษาท้องถิ่นของประเทศนั้น ๆ
- เรียกร้องให้ข้าหลวงใหญ่สิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติจัดทำฐานข้อมูลเพื่อให้รายละเอียดเกี่ยวกับมาตรฐาน หลักนิติศาสตร์ของกลไกระดับภูมิภาคและระหว่างประเทศ และการปฏิบัติเชิงเปรียบเทียบ โดยใช้ภาษาที่เป็นทางการของสหประชาชาติทั้งหมด
- ให้อ้างอิงมาตรฐานระหว่างประเทศในการดำเนินคดีในประเทศ โดยอาจใช้เหตุผลที่สอดคล้องกับมาตรฐานเหล่านี้ทั้งโดยทางตรงหรือทางอ้อม หรือการอ้างถึงตัวอย่างของประเทศที่มีระบบกฎหมายใกล้เคียงกัน
- องค์กรพัฒนาเอกชนและหน่วยงานอื่น ๆ ที่รณรงค์เพื่อให้ประเทศต่าง ๆ ให้สัตยาบัน ในกรณีที่เป็นเทศนั้นยังไม่ได้เข้าเป็นภาคีของอนุสัญญา ควรเรียกร้องให้มีการออกกฎหมายตามอนุสัญญา และกำหนดให้เป็นองค์ประกอบสำคัญของการรณรงค์ดังกล่าว

