

**ข้อชี้แนะเบลฟัสต์
ว่าด้วยนิรโทษกรรม
และภาระความรับผิดชอบ**

**The Belfast
Guidelines on
Amnesty and
Accountability**

ข้อชี้แนะเบลฟัสต์ว่าด้วย
นिरโทษกรรมและภาวะความรับผิดชอบ
พร้อมแนวทางคำอธิบาย

มูลนิธินัฟฟิลด์ (The Nuffield Foundation) คือกองทุนการกุศลที่ได้รับบริจาคเป็นการถาวร ซึ่งมุ่งที่จะพัฒนาความอยู่ดีมีสุขในสังคมในความหมายที่กว้างที่สุด มูลนิธิฯ ให้เงินอุดหนุนการวิจัย และนวัตกรรมในด้านการศึกษาระดับนโยบายสังคม และยังทำงานเพื่อสร้างสมรรถภาพในการวิจัย ด้านการศึกษา วิทยาศาสตร์ และสังคมศาสตร์ มูลนิธินัฟฟิลด์ได้ให้เงินอุดหนุนโครงการนี้ แต่มุมมองที่แสดงออกมานั้นเป็นมุมมองของผู้เขียน และไม่จำเป็นต้องเป็นมุมมองของมูลนิธิเสมอไป สามารถหาข้อมูลเพิ่มเติมเกี่ยวกับมูลนิธิฯ ได้ที่ www.nuffieldfoundation.org



ตีพิมพ์และเผยแพร่โดย สถาบันความยุติธรรมในระยะเปลี่ยนผ่าน แห่งมหาวิทยาลัยอัลสเตอร์

โปรดคัดลอกข้อมูลใดๆจากหนังสือเล่มนี้ตามที่ท่านต้องการ และขอขอบคุณหากท่านจะกรุณาอ้างอิงที่มา

ISBN: 978-1-85923-261-3

© Transitional Justice Institute, University of Ulster 2013

ฉบับภาษาอังกฤษพิมพ์ที่ เบลฟัสต์ ไอร์แลนด์เหนือ

ข้อชี้แนะนี้ได้รับการแปลเป็นภาษาอารบิก ฝรั่งเศส จีนกลาง รัสเซีย และสเปนเช่นกัน

ฉบับภาษาดังกล่าวและแนวทางคำอธิบายมีเป็นรูปแบบอิเล็กทรอนิกส์

ที่ www.ulster.ac.uk/transitionaljustice

สำหรับข้อมูลเพิ่มเติม กรุณาติดต่อ Dr Louise Mallinder
Transitional Justice Institute
University of Ulster

Shore Road
Newtownabbey
BT37 0QB
อีเมล: l.mallinder@ulster.ac.uk

ฉบับภาษาอังกฤษออกแบบรูปเล่มโดย Pierce Communications

สารบัญ

ข้อชี้แนะเบสท์สตร์ว่าด้วยนโรโทษกรรมและภาวะความรับผิดชอบ	1
บทนำ	1
จุดมุ่งหมายของข้อชี้แนะ	1
องค์ประกอบของคณะผู้เชี่ยวชาญ	1
หลักฐาน	4
ภาค ก. หลักการทั่วไป	5
ข้อชี้แนะข้อ 1. สร้างสมดุลระหว่างพันธกรณีต่างๆของรัฐ และวัตถุประสงค์ในการคุ้มครองสิทธิมนุษยชน	5
ข้อชี้แนะข้อ 2. ภาวะความรับผิดชอบ	6
ข้อชี้แนะข้อ 3. บทบาทของการดำเนินคดี	7
ข้อชี้แนะข้อ 4. บทบาทของนโรโทษกรรม	7
ข้อชี้แนะข้อ 5. การเชื่อมโยงนโรโทษกรรมเข้ากับภาวะความรับผิดชอบ	8
ภาค ข. ขอบข่ายของนโรโทษกรรม	9
ข้อชี้แนะข้อ 6. นโรโทษกรรมและพันธกรณีระหว่างประเทศในการดำเนินคดี	9
ข้อชี้แนะข้อ 7. ความผิดที่เข้าเกณฑ์	10
ข้อชี้แนะข้อ 8. ผู้รับประโยชน์ที่เข้าเกณฑ์	11
ข้อชี้แนะข้อ 9. ขอบข่ายด้านเวลา	13
ข้อชี้แนะข้อ 10. ขอบข่ายด้านภูมิศาสตร์	14
ภาค ค. เงื่อนไขของนโรโทษกรรม	14
ข้อชี้แนะข้อ 11. เงื่อนไขที่จำเป็นต้องมีก่อนสำหรับผู้รับประโยชน์จากนโรโทษกรรม	14
ข้อชี้แนะข้อ 12. เงื่อนไขเรื่องความประพฤติในอนาคตของผู้รับประโยชน์จากนโรโทษกรรม	15
ภาค ง. การมีมติเห็นชอบ การนำไปปฏิบัติ และการพิจารณาทบทวนนโรโทษกรรม	16
ข้อชี้แนะข้อ 13. การยึดตามกฎหมายภายในประเทศ	16
ข้อชี้แนะข้อ 14. วิธีการตรากฎหมายและการปรึกษาหารือสาธารณะ	16
ข้อชี้แนะข้อ 15. ผลทางกฎหมาย	17

ข้อชี้แนะข้อ 16. การบริหารจัดการนิรโทษกรรม	18
ข้อชี้แนะข้อ 17. การบอกล้างนิรโทษกรรม	19
ข้อชี้แนะข้อ 18. ศาลระหว่างประเทศกับนิรโทษกรรมในระดับประเทศ	19
แนวทางคำอธิบายสำหรับข้อชี้แนะเบลฟัสต์ว่าด้วยนิรโทษกรรมและภาวะความรับผิดชอบ	21
บทนำ	21
หลักการทั่วไป	24
ข้อชี้แนะข้อ 1. สร้างสมดุลระหว่างพันธกรณีต่างๆของรัฐ และวัตถุประสงค์ในการคุ้มครองสิทธิมนุษยชน	24
ข้อชี้แนะข้อ 2. ภาวะความรับผิดชอบ	25
ข้อชี้แนะข้อ 3. บทบาทของการดำเนินคดี	27
ข้อชี้แนะข้อ 4. บทบาทของนิรโทษกรรม	27
ข้อชี้แนะข้อ 5. การเชื่อมโยงนิรโทษกรรมเข้ากับภาวะความรับผิดชอบ	29
ขอบข่ายของนิรโทษกรรม	29
ข้อชี้แนะข้อ 6. นิรโทษกรรมและพันธกรณีระหว่างประเทศในการดำเนินคดี	29
ข้อชี้แนะข้อ 7. ความผิดที่เข้าเกณฑ์	38
ข้อชี้แนะข้อ 8. ผู้รับประโยชน์ที่เข้าเกณฑ์	39
ข้อชี้แนะข้อ 9. ขอบข่ายด้านเวลา	41
ข้อชี้แนะข้อ 10. ขอบข่ายด้านภูมิศาสตร์	42
เงื่อนไขของนิรโทษกรรม	42
ข้อชี้แนะข้อ 11. เงื่อนไขที่จำเป็นต้องมีก่อนสำหรับผู้รับประโยชน์จากนิรโทษกรรม	42
ข้อชี้แนะข้อ 12. เงื่อนไขเรื่องความประพฤติในอนาคตของผู้รับประโยชน์จากนิรโทษกรรม	44
ภาค ง. การมีมติเห็นชอบ การนำไปปฏิบัติ และการพิจารณาทบทวนนิรโทษกรรม	46
ข้อชี้แนะข้อ 13. การยึดตามกฎหมายภายในประเทศ	46
ข้อชี้แนะข้อ 14. วิธีการตรากฎหมายและการปรึกษาหารือสาธารณะ	46
ข้อชี้แนะข้อ 15. ผลทางกฎหมาย	48
ข้อชี้แนะข้อ 16. การบริหารจัดการนิรโทษกรรม	49

ข้อชี้แนะข้อ 17. การบอกกล่าวนิรโทษกรรม	50
ข้อชี้แนะข้อ 18. ศาลระหว่างประเทศกับนิรโทษกรรมในระดับประเทศ	51
สรุป	52

ข้อชี้แนะเบลฟัสต์ว่าด้วยนิรโทษกรรมและภาระความรับผิดชอบ

บทนำ

จุดมุ่งหมายของข้อชี้แนะ

ข้อชี้แนะเบลฟัสต์ว่าด้วยนิรโทษกรรมและภาระความรับผิดชอบที่จะช่วยเหลือผู้ที่กำลังจะตัดสินใจหรือประเมินการตัดสินใจในเรื่องนิรโทษกรรมและภาระความรับผิดชอบ ท่ามกลางหรือหลังจากความขัดแย้งหรือการปราบปราม

ข้อชี้แนะ

- ระบุพันธกรณีและวัตถุประสงค์ต่างๆที่รัฐต้องเผชิญในการคุ้มครองสิทธิมนุษยชน
- อธิบายสถานะทางกฎหมายของนิรโทษกรรมภายใต้กรอบของพันธกรณีทางกฎหมายต่างๆที่รัฐต้องปฏิบัติตาม
- ช่วยให้ผู้รัฐตระหนักถึงบทบาทในทางบวกที่นิรโทษกรรมบางรูปแบบมีต่อการสนับสนุนเป้าหมายของนโยบายในระยะเปลี่ยนผ่านและการแปลงเปลี่ยนความขัดแย้ง
- นำเสนอหนทางที่จะออกแบบนิรโทษกรรมและกระบวนการหรือสถาบันใดๆที่เกี่ยวข้องให้เสริมภาระความรับผิดชอบ
- แนะนำวิธีการที่จะให้มีการมีส่วนร่วมของประชาชนและการทบทวนที่เป็นอิสระในการตัดสินใจที่จะบัญญัติและให้นิรโทษกรรม

ข้อชี้แนะนี้แบ่งเป็นสี่ภาค ได้แก่ หลักการทั่วไป ขอบข่ายของนิรโทษกรรม เจื่อนใจของนิรโทษกรรม และการมีมติเห็นชอบ การนำไปปฏิบัติ และการพิจารณาทบทวนนิรโทษกรรม ข้อชี้แนะทุกข้อควรจะต้องตีความตามหลักการทั่วไปในภาค ก.

องค์ประกอบของคณะผู้เชี่ยวชาญ

ข้อชี้แนะเบลฟัสต์ร่าง โดยคณะผู้เชี่ยวชาญที่ประกอบด้วยนักวิชาการและผู้ปฏิบัติงานด้านสิทธิมนุษยชนและการจัดการความขัดแย้งซึ่งเป็นที่ยกย่องในระดับสากล ภายใต้ข้อจำกัดที่เล็งไม่ได้เรื่องจำนวนที่เหมาะสม สมาชิกของคณะผู้เชี่ยวชาญได้รับการคัดเลือกตามหลักเกณฑ์หลายประการ

- ภูมิศาสตร์ เพื่อที่จะสะท้อนถึงภูมิภาคและพื้นที่ต่างๆในโลก ที่ในช่วงที่ผ่านมาได้ประสบกับการละเมิดสิทธิมนุษยชนอย่างร้ายแรง

- ความเชี่ยวชาญในด้านสาขาวิชาและด้านสาขาอาชีพ เพื่อรวมเอาบุคคลชั้นนำจากหลายสาขาวิชาและสาขาอาชีพ เช่น กฎหมาย อาชญวิทยา จิตวิทยา และรัฐศาสตร์
- แนวทางนิรโทษกรรม เพื่อหามุมมองอันหลากหลายที่มีต่อคำถามที่ว่า จะสามารถใช้นิรโทษกรรมได้อย่างไรท่ามกลางหรือหลังจากความโหดร้ายป่าเถื่อนที่ส่งผลในวงกว้าง (mass atrocities)

สมาชิกของคณะผู้เชี่ยวชาญ ได้แก่¹

- Barney Afako ทนายชาวกันดา และที่ปรึกษากฎหมายของกระบวนการสันติภาพในกานดา และดาร์ฟัวร์ในซูดาน
- Mahnoush H. Arsanjani กรรมการของคณะกรรมการสอบสวนอิสระแห่งบาร์เรน และอดีตผู้อำนวยการกองประมวลกฎหมาย สำนักงานกิจการด้านกฎหมายของสหประชาชาติ
- Christine Bell ศาสตราจารย์ด้านกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีเมือง มหาวิทยาลัยเอดินบะระ
- Chaloka Beyani อาจารย์อาวุโสด้านกฎหมายระหว่างประเทศ ลอนดอนสกูลออฟอีโคโนมิกส์ และผู้เสนอรายงานพิเศษว่าด้วยสิทธิมนุษยชนของผู้พลัดถิ่นภายในแห่งสหประชาชาติ
- Michael Broache นักวิจัย โครงการปริญญาเอกสาขารัฐศาสตร์ มหาวิทยาลัยโคลัมเบีย
- Colm Campbell ศาสตราจารย์ด้านนิติศาสตร์ สถาบันความยุติธรรมในระยะเปลี่ยนผ่าน มหาวิทยาลัยอัลสเตอร์
- Mark Freeman ผู้อำนวยการบริหาร สถาบันสำหรับการเปลี่ยนผ่านเชิงบูรณาการ
- Tom Hadden ศาสตราจารย์กิตติคุณ มหาวิทยาลัยควีนส์ เบลฟัสต์ และศาสตราจารย์ด้านนิติศาสตร์ สถาบันความยุติธรรมในระยะเปลี่ยนผ่าน มหาวิทยาลัยอัลสเตอร์
- Brandon Hamber ศาสตราจารย์ด้านสันติภาพและความขัดแย้ง และผู้อำนวยการสถาบันวิจัยความขัดแย้งระหว่างประเทศ มหาวิทยาลัยอัลสเตอร์

- Hurst Hannum ศาสตราจารย์ด้านกฎหมายระหว่างประเทศ โรงเรียนกฎหมายและการทูตเฟลทเซอร์ มหาวิทยาลัยทัฟส์
- David Kretzmer ศาสตราจารย์กิตติมศักดิ์ด้านกฎหมายระหว่างประเทศ มหาวิทยาลัยฮีบรูแห่งเยรูซาเลม
- Suzannah Linton ศาสตราจารย์ด้านกฎหมายระหว่างประเทศ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยแบงเกอร์
- Kieran McEvoy ศาสตราจารย์ด้านนิติศาสตร์และความยุติธรรมในระยะเปลี่ยนผ่าน สถาบันอาชญาวิทยาและความยุติธรรมทางอาญา มหาวิทยาลัยควีนส์ เบลฟัสต์
- Louise Mallinder อาจารย์ด้านสิทธิมนุษยชนและนิติศาสตร์ สถาบันความยุติธรรมในระยะเปลี่ยนผ่าน มหาวิทยาลัยอัลสเตอร์
- William A. Schabas ศาสตราจารย์ด้านกฎหมายระหว่างประเทศ มหาวิทยาลัยมิติดิลเชกซ์ และศาสตราจารย์ด้านสิทธิมนุษยชน และประธาน ศูนย์สิทธิมนุษยชนไอริช มหาวิทยาลัยแห่งชาติไอร์แลนด์ กัลเวย์
- Ronald C. Slye ศาสตราจารย์ด้านนิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยซีแอตเติล และกรรมการ คณะกรรมการค้นหาความจริง ความยุติธรรม และความปรองดองแห่งเคนยา
- Yasmin Sooka ผู้อำนวยการบริหาร มูลนิธิเพื่อสิทธิมนุษยชน เกาหลีใต้
- Joe William ผู้อำนวยการก่อตั้ง และที่ปรึกษาอาวุโส สภาสันติภาพแห่งชาติ ศรีลังกา อดีตที่ปรึกษาอาวุโสด้านการพัฒนา หน่วยสนับสนุนโครงการในศรีลังกา องค์การเพื่อการพัฒนาระหว่างประเทศแคนาดา และนักศึกษาปริญญาเอก คณะสังคมและนานาชาติศึกษา มหาวิทยาลัยแบรดฟอร์ด

สมาชิกคณะผู้เชี่ยวชาญได้จัดการประชุมเชิงปฏิบัติการในปี ค.ศ. 2011 และ 2012 โดยเป็นที่เห็นพ้องกันตั้งแต่แรกว่าสมาชิกไม่มีสิทธิที่จะเสนอความเห็นแย้งส่วนตัวหรือความเห็นสงวนท่าทีส่วนตัว ดังนั้น ข้อชี้แนะนี้จึงสะท้อนความเห็นอันเป็นฉันทามติของคณะผู้เชี่ยวชาญ

ก่อนการตีพิมพ์ ข้อชี้แนะนี้ได้รับการแจกจ่ายไปยังผู้ปฏิบัติงานและนักวิชาการที่ผู้เชี่ยวชาญของโครงการกำหนด ในฐานะส่วนหนึ่งของกระบวนการปรึกษาหารือในทางกลับ เพื่อที่จะให้แน่ใจว่าข้อชี้แนะนี้จะสนองต่อความต้องการของตัวแสดงหลายฝ่ายและสะท้อนมุมมองอันหลากหลายที่มีต่อนิรโทษกรรม

หลักฐาน

คำแนะนำในข้อชี้แนะนี้อาศัยที่มาและหลักฐานที่ครอบคลุมกว้างขวาง

- สนธิสัญญาระหว่างประเทศ และกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ
- คำตัดสินของศาลอาญาระหว่างประเทศและองค์กรสิทธิมนุษยชนต่างๆ
- ปฏิญญา ข้อชี้แนะ ข้อมติ และมาตรฐานอื่นๆของสหประชาชาติ
- รายงานเชิงนโยบายของสหประชาชาติและองค์กรระหว่างประเทศอื่นๆ
- กฎหมายในประเทศ
- กฎหมายในประเทศที่ถือเอาคำพิพากษาเป็นบรรทัดฐาน
- รายงานของคณะกรรมการตรวจสอบและค้นหาความจริงแห่งชาติ
- ข้อตกลงสันติภาพ
- งานเขียนเชิงวิชาการ
- ความคิดเห็นของคณะผู้เชี่ยวชาญ
- ผลป้อนกลับที่ได้มาจากระบวนการปรึกษาหารือ

หลักฐานที่เป็นฐานของข้อชี้แนะแต่ละข้อได้ถูกทบทวนอย่างถี่ถ้วนในแนวทางคำอธิบายที่อยู่ด้านหลัง นอกจากนี้ ภาคความคิดเห็นต่อข้อชี้แนะจะเป็นการวิเคราะห์หลักฐานที่เกี่ยวข้องทั้งหมดอย่างละเอียด² หลักฐานเหล่านี้ยังจะให้ตัวอย่างที่เฉพาะเจาะจงของกรณีที่รัฐได้ใช้มาตรการอย่างที่ได้เสนอในข้อชี้แนะ

ในการประเมินความชอบธรรมและความถูกต้องตามกฎหมายของนิรโทษกรรมหลากหลายรูปแบบ ข้อชี้แนะอ้างอิงถึงสถานะของนิรโทษกรรมตามกฎหมายระหว่างประเทศในปัจจุบัน ในบางด้านของการออกแบบนิรโทษกรรม เช่น การให้กลไกสำหรับการมีส่วนร่วมที่มากขึ้นของเหยื่อนั้น ไม่มีมาตรฐานทางกฎหมายระหว่างประเทศโดยตรงอยู่เลย ในกรณีนี้ ข้อชี้แนะได้อาศัยกรณีศึกษาเฉพาะ และการวิจัยที่มีอยู่เพื่อนำเสนอข้อเสนอนโยบาย

ข้อชี้แนะนี้มิได้รับการออกแบบมาให้มีโครงสร้างเป็นรายการที่มีไว้กำหนดว่านิรโทษกรรมใดจะเป็นที่ยอมรับได้หรือไม่ แต่มีโครงสร้างเป็นองค์ประกอบที่สามารถรวมกันและถ่วงดุลกันและกันเพื่อออกแบบหรือบรรลุการประเมินได้อย่างมีประสิทธิภาพว่านิรโทษกรรมใดโดยรวมแล้วจะเป็นที่ยอมรับได้หรือไม่ องค์ประกอบบางประการในนี้อาจจะมีความเกี่ยวข้องมากกว่าองค์ประกอบอื่น ทั้งนี้ขึ้นอยู่กับบริบทเฉพาะ

ภาค ก. หลักการทั่วไป

1. สร้างสมดุลระหว่างพันธกรณีต่างๆของรัฐ และวัตถุประสงค์ในการคุ้มครองสิทธิมนุษยชน

ก) ในการตอบสนองต่อความรุนแรงที่เกิดขึ้นกับประชาชนที่เกิดขึ้นในช่วงความขัดแย้งและการปราบปราม รัฐมีพันธกรณีหลายประการตามกฎหมายระหว่างประเทศ ที่จะคุ้มครองสิทธิมนุษยชนและฟื้นฟูหรือสร้างสันติภาพและเสถียรภาพ ในด้านที่เกี่ยวข้องกับการละเมิดสิทธิมนุษยชนอย่างร้ายแรง³ และอาชญากรรมระหว่างประเทศ พันธกรณีเหล่านี้รวมถึง

หนึ่ง พันธกรณีที่จะสอบสวนว่าเกิดอะไรขึ้นและใครเป็นผู้รับผิดชอบ

สอง พันธกรณีที่จะดำเนินคดีกับผู้รับผิดชอบ

สาม พันธกรณีที่จะเยียวยาเหยื่อ

สี่ พันธกรณีที่จะป้องกันไม่ให้อาชญากรรมและการล่วงละเมิดดังกล่าวเกิดซ้ำ

ห้า พันธกรณีที่จะทำให้แน่ใจว่ามีการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนอย่างมีประสิทธิภาพสำหรับอนาคต

พันธกรณีเหล่านี้สอดคล้องกับสิทธิของเหยื่อที่จะเข้าถึงความจริง ความยุติธรรม การชดเชย ค่าเสียหาย และหลักประกันว่าจะไม่เกิดซ้ำ ในกรณีที่มีพันธกรณีหลายประการเข้ามาเกี่ยวข้อง พันธกรณีเหล่านี้มักจะไม่สามารถบรรลุได้พร้อมกันหรืออย่างรวดเร็ว กฎหมายระหว่างประเทศให้แนวทางอย่างจำกัดในเรื่องว่ารัฐควรจะทำอย่างไรเพื่อจัดลำดับความสำคัญการบรรลุพันธกรณีเหล่านี้ รัฐมีหน้าที่อย่างชัดเจนที่จะทำตามพันธกรณีแต่ละข้อให้มากที่สุดเท่าที่จะทำได้ และควรพยายามพัฒนากลไกเสริมต่างๆ แทนที่จะพยายามบรรลุพันธกรณีตามกฎหมายหนึ่ง ในขณะที่ละเลยพันธกรณีตามกฎหมายอื่นๆ

ข) ในการพยายามที่จะบรรลุพันธกรณีเหล่านี้ รัฐอาจจะได้รับการชี้แนะจากวัตถุประสงค์ทางนโยบายที่กว้างกว่านี้ ซึ่งสามารถรวมถึง

หนึ่ง การยุติความขัดแย้งหรือการปราบปราม

สอง การฟื้นฟูความสงบเรียบร้อยของประชาชน และเสถียรภาพ

สาม การสร้าง โครงสร้างประชาธิปไตย และหลักนิติธรรม

สี่ การจัดการกับสาเหตุที่เป็นรากฐานให้เกิดความขัดแย้งและการปราบปราม

ห้า สนับสนุนการปรองดอง สันติภาพที่ยั่งยืน และวัตถุประสงค์อื่นๆที่คล้ายคลึงกัน

เช่นเดียวกับพันธกรณีที่ปรากฏอยู่ข้างต้น วัตถุประสงค์ทางนโยบายเหล่านี้มักจะไม่สามารถบรรลุได้พร้อมกันหรืออย่างรวดเร็ว และจึงอาจจะต้องมาถ่วงดุลกันและกัน และถ่วงดุลกับพันธกรณีต่างๆของรัฐ

ค) นิรโทษกรรมสามารถออกแบบเพื่อสนับสนุนให้รัฐปฏิบัติตามพันธกรณีทางกฎหมายที่มี และในขณะเดียวกันก็บรรลุวัตถุประสงค์เชิงนโยบายที่กว้างกว่าได้

2. ภาวะความรับผิดชอบ

ผู้ที่ต้องรับผิดชอบต่อการละเมิดสิทธิมนุษยชนอย่างร้ายแรงหรืออาชญากรรมระหว่างประเทศควรจะต้องมีภาวะความรับผิดชอบ นอกเหนือจากกลไกทางกฎหมายที่เกี่ยวกับภาวะความรับผิดชอบซึ่งมักจะนำไปสู่การดำเนินคดีเป็นรายบุคคลแล้ว ยังมีกลไกที่ไม่ใช่กฎหมายซึ่งน่าจะนำมาใช้ในบางบริบท องค์ประกอบสำคัญของกระบวนการภาวะรับผิดชอบที่มีประสิทธิผลรวมถึง

ก) การสอบสวนและระบุบุคคลหรือสถาบันที่สามารถนำมารับผิดชอบต่อการตัดสินใจ การกระทำ หรือการละเว้นที่ได้ทำไป

ข) การนำบุคคลหรือสถาบันเหล่านี้มารับผิด โดยใช้กระบวนการที่จะบุคคลหรือสถาบันเหล่านี้จะได้เปิดเผยและอธิบายการกระทำของตน

ค) การนำบุคคลหรือสถาบันเหล่านี้มาผ่านกระบวนการที่บุคคลสามารถถูกบังคับได้โดยกฎหมาย และสถาบันที่เกี่ยวข้องสามารถถูกปฏิรูปได้ สภาพบังคับที่เหมาะสมอาจรวมถึง การจำคุก การตัดสิทธิในการดำรงตำแหน่งราชการ การจำกัดสิทธิพลเมือง และสิทธิทางการเมือง การกำหนดให้ขอโทษ และการกำหนดให้มีส่วนในการชดเชยค่าเสียหายทางวัตถุหรือทางสัญลักษณ์แก่เหยื่อ

ตามที่ได้อภิปรายในข้อชี้แนะข้อ 5 นิรโทษกรรมสามารถช่วยทำให้เกิดภาวะความรับผิดชอบได้ โดยขึ้นอยู่กับว่าได้ออกแบบและนำนิรโทษกรรมนั้นไปปฏิบัติอย่างไร

3. บทบาทของการดำเนินคดี

ก) กฎหมายระหว่างประเทศกำหนดให้รัฐทำตามพันธกรณีในการดำเนินคดี และลงโทษอาชญากรรมระหว่างประเทศ (ดู ข้อชี้แนะข้อ 6) และการกระทำผิดที่เหมือนกับอาชญากรรมระหว่างประเทศนั้น ก็มักจะเป็นความผิดตามกฎหมายภายในประเทศ การดำเนินคดีสามารถช่วยเพิ่มน้ำหนักให้การประณามอาชญากรรมเหล่านี้ การดำเนินคดียังช่วยให้บรรลุวัตถุประสงค์ที่ชอบธรรมอื่นๆอีกหลายประการ เช่น การลงโทษเพื่อข่มขวัญยับยั้ง การลงโทษเพื่อแก้แค้นทดแทน การลงโทษเพื่อแก้ไขฟื้นฟู และการปรองดอง

ข) ภายหลังจากการละเมิดสิทธิมนุษยชนอย่างร้ายแรง หรือความขัดแย้งที่รุนแรงเป็นวงกว้างในสังคม การพยายามดำเนินคดีอย่างกว้างขวางมักจะประสบกับความท้าทายอย่างมากในทางกฎหมาย การเมือง เศรษฐกิจ และสังคม ทำให้แทบจะเป็นไปไม่ได้เลย หรือแทบจะไม่เหมาะสมกับสถานการณ์เลย ที่จะดำเนินคดีกับผู้กระทำความผิดทั้งหมด

ค) ในทางปฏิบัตินั้น ทุกระบบกฎหมาย รวมถึงกฎหมายอาญาระหว่างประเทศ ให้พื้นที่กับดุลยพินิจทางการดำเนินคดีในการตัดสินใจว่าจะเลือกและเร่งดำเนินคดีกับผู้ต้องหาหรือเหตุการณ์ใด ในบางระบบกฎหมาย อัยการมีดุลยพินิจที่จะไม่ดำเนินคดีหากการดำเนินคดีนั้นจะไม่ใช่ประโยชน์กับสาธารณะ ในระบบกฎหมายที่มีการพัฒนายุทธศาสตร์ในการดำเนินคดีให้เลือกและเร่งดำเนินคดีกับอาชญากรรมที่จะถูกสอบสวน จะมีการตัดสินใจไม่ดำเนินคดีกับการกระทำผิดอื่น หรือชะลอการดำเนินคดีเหล่านั้นไว้จนกว่าจะดำเนินการกับอาชญากรรมที่มองว่ามีความจำเป็นเร่งด่วนมากกว่า ในระบบกฎหมายซึ่งมีความโหดร้ายป่าเถื่อนที่ส่งผลในวงกว้างเกิดขึ้น คดีที่ไม่ได้รับเลือกดำเนินคดี หรือคดีที่ถูกลดความเร่งด่วนก็อาจจะรวมถึงอาชญากรรมที่ร้ายแรงด้วย

ง) ตามที่จะอภิปรายในข้อชี้แนะข้อ 5 นิรโทษกรรมที่มีการออกแบบอย่างรอบคอบเมื่อรวมเข้ากับยุทธศาสตร์การเลือกดำเนินคดีแล้ว สามารถที่จะสอดคล้องกับพันธกรณีระหว่างประเทศของรัฐและสามารถสร้างเสริมวัตถุประสงค์ที่ชอบธรรมของรัฐในการตอบสนองต่ออาชญากรรมที่กว้างขวาง นอกจากนั้น นิรโทษกรรมอาจจะอำนวยความสะดวกโดยตรงต่อวัตถุประสงค์ที่โดยปรกติแล้วเกี่ยวข้องกับการดำเนินคดี ซึ่งรวมถึงการลงโทษเพื่อข่มขวัญยับยั้ง (ในกรณีที่นิรโทษกรรมเป็นเงื่อนไขของการลดกำลังรบและการไม่ก่ออาชญากรรมซ้ำ) และการตีตรา (ในกรณีที่นิรโทษกรรมเป็นเงื่อนไขของการสารภาพต่อสาธารณะ) โดยขึ้นอยู่กับว่าได้ออกแบบและนำนิรโทษกรรมนั้นไปปฏิบัติอย่างไร

4. บทบาทของนิรโทษกรรม

ก) นิรโทษกรรมมีการใช้งานเพื่อวัตถุประสงค์ที่หลากหลายในช่วงที่ยังมีความขัดแย้งและการปราบปรามอยู่ หรือเพื่อเป็นส่วนหนึ่งของการเปลี่ยนผ่านทางการเมือง วัตถุประสงค์ด้านบวกของนิรโทษกรรมในหลากหลายขั้นตอนสามารถรวมถึง

หนึ่ง การกระตุ้นให้พลบยอมจำนนและวางอาวุธ

สอง การชักจูงให้ผู้ปกครองแบบอำนาจนิยมยอมส่งมอบอำนาจ

สาม การสร้างความไว้วางใจระหว่างฝ่ายที่สู้รบกัน

สี่ การอำนวยความสะดวกให้กับข้อตกลงสันติภาพ

ห้า การปล่อยตัวนักโทษการเมือง

หก การกระตุ้นให้ผู้พลัดถิ่นกลับประเทศ

เจ็ด การให้สิ่งจูงใจกับผู้กระทำความผิดให้มีส่วนร่วมในโครงการฟื้นฟูความจริงและปรองดอง

ข) ในทุกบริบท ในกรณีที่นิรโทษกรรมครอบคลุมถึงอาชญากรรมอุกฉกรรจ์ การแยกแยะระหว่างนิรโทษกรรมที่ชอบธรรมและนิรโทษกรรมที่ไม่ชอบธรรมเป็นสิ่งสำคัญ นิรโทษกรรมที่ไม่ชอบธรรมโดยทั่วไปแล้วจะปราศจากเงื่อนไข และมีผลที่ป้องกันไม่ให้มีการสอบสวน และมีผลให้แน่ใจว่าผู้ที่รับผิดชอบต่ออาชญากรรมอุกฉกรรจ์จะไม่ต้องถูกลงโทษ นิรโทษกรรมมักจะถูกมองว่าชอบธรรมต่อเมื่อนิรโทษกรรมนั้นได้ออกแบบมาเพื่อสร้างเงื่อนไขเชิงสถาบันและเงื่อนไขเชิงความมั่นคง ให้กับการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนอย่างยั่งยืน และบังคับให้ผู้กระทำความผิดแต่ละคนเข้าร่วมในมาตรการที่สร้างความมั่นใจว่าจะนำไปสู่ความจริง ภาระความรับผิดชอบ และการชดเชยค่าเสียหาย

5. การเชื่อมโยงนิรโทษกรรมเข้ากับภาระความรับผิดชอบ

นิรโทษกรรมสามารถออกแบบให้เสริมกับหรือทำงานเป็นลำดับต่อจากกระบวนการกำหนดภาระความรับผิดชอบทั้งที่เป็นกระบวนการของศาลและไม่ใช่ของศาล เพื่อเป็นการสนับสนุนพันธกรณีและวัตถุประสงค์ทั้งหลายของรัฐ วิธีการร่วมกันดังกล่าวสามารถ

ก) สามารถนำไปสู่ความจริงหรือภาระความรับผิดชอบในบางรูปแบบ สำหรับกรณีที่ไม่ได้รับเลือกให้ดำเนินคดี

ข) มุ่งเน้นทรัพยากรที่เกี่ยวข้องกับการดำเนินคดีซึ่งมีอยู่อย่างจำกัด ไปยังกรณีที่มีมองว่ามีความจำเป็นเร่งด่วนมากกว่า หรือกรณีที่อาชญากรที่ทำความผิดร้ายแรงไม่ทำตามเงื่อนไขของนิรโทษกรรม

ค) ช่วยให้บริการยุติของเป้าหมายในการแปลงเปลี่ยนความขัดแย้งที่กว้างกว่าจุดสนใจที่เจาะจงแต่เรื่องการดำเนินคดี (ดู ข้อชี้แนะข้อ 4)

ง) สร้างความสอดคล้องต้องกันกับพันธกรณีระหว่างประเทศของรัฐ มากกว่าที่จะก่อให้เกิดนิรโทษกรรมแบบเหมารวมที่ป้องกันไม่ให้มีการดำเนินคดีในทุกกรณี

ภาค ข. ขอบข่ายของนิรโทษกรรม

6. นิรโทษกรรมและพันธกรณีระหว่างประเทศในการดำเนินคดี

ก) ภาระความรับผิดชอบเป็นสิ่งที่ควรจะทำให้เกิดขึ้นสำหรับอาชญากรรมระหว่างประเทศและการละเมิดสิทธิมนุษยชนอย่างร้ายแรง แต่กฎหมายระหว่างประเทศก็อนุญาตให้รัฐมีความยืดหยุ่นและใช้ดุลยพินิจอยู่บ้างในการพิจารณาถึงนิรโทษกรรม

ข) ไม่มีสนธิสัญญาระหว่างประเทศอันใดที่ห้ามนิรโทษกรรมอย่างชัดเจน มาตรา 6(5) ของพิธีสารเพิ่มเติมอนุสัญญาเจนีวา ฉบับที่ 2 ซึ่งเกี่ยวกับการสู้รบระหว่างกลุ่มติดอาวุธภายในประเทศ ได้กระตุ้นให้รัฐตรากฎหมายนิรโทษกรรมเมื่อการสู้รบสิ้นสุด ดังนั้น กฎหมายระหว่างประเทศโดยทั่วไปแล้วจะประเมินสถานะของนิรโทษกรรมโดยพิจารณาว่านิรโทษกรรมนั้นมีลักษณะต้องห้าม ตามบรรดาสนธิสัญญาซึ่งห้ามอาชญากรรมที่เฉพาะเจาะจง ตามการตีความกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ และตามพันธกรณีในการให้การเยียวยาตามกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศหรือไม่

ค) อาชญากรรมระหว่างประเทศ เช่น การฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ การฝ่าฝืนอนุสัญญาเจนีวาอย่างร้ายแรง การทรมาน การหายสาบสูญโดยถูกบังคับ ในทุกวันนี้โดยมากแล้วถูกห้ามโดยสนธิสัญญา สนธิสัญญาเหล่านี้กำหนดให้รัฐภาคีตรากฎหมายภายในให้มีการลงโทษอาชญากรรมเหล่านี้อย่างมีประสิทธิภาพ อนุสัญญาเจนีวา ค.ศ.1949 ก็ได้กำหนดให้รัฐภาคีสืบหาบุคคลผู้ถูกกล่าวหาว่าได้กระทำการฝ่าฝืนอย่างร้ายแรง โดยมีเป้าหมายที่จะนำตัวมาพิจารณาคดีในศาล อนุสัญญาว่าด้วยการทรมาน และอนุสัญญาว่าด้วยการหายสาบสูญโดยถูกบังคับกำหนดให้รัฐภาคีส่งคดีให้พนักงานเจ้าหน้าที่ของตนดำเนินคดี แต่สนธิสัญญาเหล่านี้ก็ได้ระบุไว้ว่าพนักงานเจ้าหน้าที่จะเป็นผู้ตัดสินใจว่าจะดำเนินคดีหรือไม่ คล้ายกับเวลาจะตัดสินใจในกรณีความผิดออกจากรัจทั่วไป ในการตัดสินใจเหล่านี้ ระบบความยุติธรรมทางอาญาของแต่ละประเทศก็สามารถใช้หลักกฎหมายที่มีอยู่แล้วได้ ตัวอย่างเช่น การใช้ดุลยพินิจในการสร้างยุทธศาสตร์การดำเนินคดีเชิงเลือกเฟ้น ศาลระหว่างประเทศและศาลลูกผสมต่างก็ใช้ยุทธศาสตร์การดำเนินคดี

เชิงเลือกเฟ้นเช่นกัน ดังนั้น รัฐจึงไม่ได้ละเมิดพันธกรณีของตนเสมอไป หากรัฐไม่ดำเนินคดีกับผู้กระทำความผิดทุกคน หรือการกระทำความผิดทางอาญาในทุกกรณี เนื่องจากใช้ดุลยพินิจในการดำเนินคดี การตัดสินใจเลือกหรือเร่งคดีควรจะต้องอยู่บนพื้นฐานของกฎเกณฑ์ที่โปร่งใสและไม่ลำเอียง ตามที่ระบุในข้อชี้แนะข้อ 5 นิรโทษกรรมที่ได้รับการออกแบบอย่างระมัดระวังสามารถเสริมยุทธศาสตร์การดำเนินคดีเชิงเลือกเฟ้นได้

ง) อาชญากรรมต่อมนุษยชาติและอาชญากรรมสงครามที่ได้กระทำในการสู้รบระหว่างกลุ่มติดอาวุธภายในประเทศ มีคำจำกัดความตามธรรมนูญกรุงโรมแห่งศาลอาญาระหว่างประเทศ (International Criminal Court - ICC) และศาลอาญาระหว่างประเทศก็สามารถดำเนินคดีกับอาชญากรรมเหล่านี้ได้ หากอยู่ในเขตอำนาจของศาลฯ พัฒนาการเหล่านี้ ประกอบกับคำพิพากษาของศาลระหว่างประเทศที่เป็นบรรทัดฐาน และความเห็นของหน่วยงานที่อำนาจหน้าที่ ได้ให้ความชัดเจนมากขึ้นกับธรรมชาติของการกระทำความผิดทางอาญาเหล่านี้ และมีส่วนสร้างความเห็นจำนวนหนึ่งที่สนับสนุนการมีอยู่ของข้อห้ามเชิงจารีตประเพณีไม่ให้มีนิรโทษกรรมสำหรับอาชญากรรมระหว่างประเทศ อย่างไรก็ตาม บ่อเกิดอื่นของความเชื่อของรัฐว่ามีหน้าที่ต้องปฏิบัติบางอย่างหนึ่ง หรือละเว้นการปฏิบัติบางอย่างใดอย่างหนึ่ง (*opinio juris*) ที่เกิดจากศาลภายในประเทศและศาลลูกผสม ประกอบกับแนวปฏิบัติของรัฐว่าด้วยนิรโทษกรรม ไม่ได้สะท้อนถึงข้อกำหนดเชิงจารีตประเพณีซึ่งเป็นที่ยอมรับมายาวนาน ชัดแจ้ง และเด็ดขาด ที่ห้ามไม่ให้มีนิรโทษกรรมสำหรับอาชญากรรมระหว่างประเทศ

จ) ภายในกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ มีข้อแตกต่างของแนวทางปฏิบัติของศาลสิทธิมนุษยชนในระดับภูมิภาคต่างๆ ในประเด็นที่ว่าพันธกรณีที่จะดำเนินคดีกับการละเมิดสิทธิมนุษยชนอย่างร้ายแรงหรือไม่ หรือเพียงพอแล้วหรือไม่ที่รัฐจะสอบสวนการละเมิดดังกล่าว และให้การเยียวยาแก่ผู้ที่ได้รับผลกระทบ นิรโทษกรรมที่ตราเป็นกฎหมายในภูมิภาคต่างๆของโลก อาจจะถูกภายใต้บังคับของมาตรฐานที่แตกต่างกันออกไป

7. ความผิดที่เข้าเกณฑ์

ก) เกณฑ์ในการกำหนดว่าการกระทำใดมีคุณสมบัติสำหรับนิรโทษกรรมควรจะต้องระบุให้ชัดเจนและมีขอบเขตจำกัด เพื่อที่จะลด โอกาสที่จะขัดกับพันธกรณีใดๆที่เกี่ยวข้องซึ่งว่าด้วยการดำเนินคดีภายใต้กฎหมายอาญาระหว่างประเทศและกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ การหาความสมดุลระหว่างการจำกัดขอบเขตของความผิดอาญาที่นิรโทษกรรมครอบคลุมถึงกับการบรรลุวัตถุประสงค์ของนิรโทษกรรม ถือเป็นสิ่งที่ท้าทายยิ่ง ตัวอย่างเช่น การไม่รวมถึงอาชญากรรมสงครามอาจจะทำให้พลรบหลายคนไม่กล้าที่จะยอมจำนน ถ้าพวกเขาไม่แน่ใจว่าการกระทำที่เกี่ยวข้องกับการสู้รบของพวกเขาจะถือเป็นอาชญากรรมสงครามหรือไม่

ข) ข้อจำกัดขอบเขตของความผิดที่เข้าเกณฑ์ในนิรโทษกรรมหนึ่งๆสามารถที่จะทำได้ในหลายทาง รวมถึง

หนึ่ง ไล่เรียงอย่างชัดแจ้งถึงความผิดต่างๆที่ถูกกันออกจากขอบเขตของนิรโทษกรรม

สอง ให้นิรโทษกรรมกับความผิดที่เกี่ยวข้องกับการความขัดแย้งหรือความผิดทางการเมืองจำนวนหนึ่ง แต่ต้องมีข้อชี้แนะว่าจะแยกแยะความผิดทางการเมืองออกจากความผิดทั่วไปได้อย่างไร

สาม ให้นิรโทษกรรมกับความผิดทางการเมืองที่กำหนดไว้โดยละเอียดชัดเจน

ในกรณีที่ให้นิรโทษกรรมจำกัดอยู่แต่เพียงความผิดทางการเมืองหรือความผิดที่เกี่ยวข้องกับความขัดแย้ง หรือกรณีที่ความผิดเฉพาะบางประเภทที่ยกเว้นจากนิรโทษกรรม ผู้กระทำความผิดในกรณีความผิดทั่วไปและกรณีความผิดทางอาญาที่ยกเว้นจากนิรโทษกรรมยังคงจะถูกดำเนินคดีต่อไป หากผู้กระทำความผิดทำความผิดทั้งที่รวมอยู่ในนิรโทษกรรมและที่ยกเว้นจากนิรโทษกรรม นิรโทษกรรมบางส่วนก็อาจจะมีได้ ตามที่ได้ระบุไว้ในข้อชี้แนะข้อ 16 การนำนิรโทษกรรมอย่างจำกัดไปปฏิบัติ จำเป็นจะต้องมีการกำหนดการนำไปใช้ในแต่ละกรณี

ค) ภายใต้บังคับของพันธกรณีทั้งหลายของรัฐ การยกเว้นการกระทำเหล่านี้ออกจากนิรโทษกรรมอาจจะทำหน้าที่เพิ่มความชอบธรรมและความถูกต้องตามกฎหมายของนิรโทษกรรมได้

หนึ่ง อาชญากรรมระหว่างประเทศที่อุกฉกรรจ์

สอง การกระทำความรุนแรงต่อบุคคลอย่างอุกฉกรรจ์อื่นๆ ที่อาจจะมี ความอุกฉกรรจ์น้อยกว่าอาชญากรรมระหว่างประเทศ

สาม การกระทำหรือการกระทำความผิดซึ่งมีมูลเหตุจูงใจมาจากผลประโยชน์ส่วนตนหรือเจตนาร้าย

ตามที่ได้ระบุไว้ในข้อชี้แนะข้อ 8 ข้อจำกัดว่าด้วยการกระทำและการกระทำความผิดที่ยกเว้นจากนิรโทษกรรมเหล่านี้ สามารถที่จะรวมเข้ากับข้อจำกัดว่าด้วยขอบเขตของผู้รับประโยชน์ที่เข้าเกณฑ์ได้

8. ผู้รับประโยชน์ที่เข้าเกณฑ์

ก) ความมุ่งหมายของแต่ละนิตินัยกรรม และสภาพการณ์ทางการเมืองภายในรัฐ จะกำหนดว่านิตินัยกรรมจะรวมหรือยกเว้นบุคคลใดบ้าง กฎหมายภายในประเทศและกฎหมายระหว่างประเทศก็จะกำกับดูแลการเลือกผู้รับประโยชน์นี้เช่นกัน

ข) นิตินัยกรรมหนึ่งๆควรจะระบุให้ชัดเจนถึงเกณฑ์ที่กำหนดว่าผู้กระทำความผิดใดจะเข้าเกณฑ์ได้รับนิตินัยกรรม หรือว่าผู้กระทำความผิดประเภทใดจะถูกยกเว้นจากนิตินัยกรรม หรือทั้งสองอย่าง

การแยกแยะสามารถทำได้โดยพิจารณาจาก

หนึ่ง ความสวามิภักดิ์หรือการเป็นสมาชิกในสถาบันของรัฐหรือหน่วยที่ไม่ใช่รัฐ

สอง ชั้นยศในสถาบันหรือหน่วยนั้น หรือสถานะของความรับผิดชอบที่เป็นที่รับรู้ในนั้น

ค) นิตินัยกรรมที่แยกแยะผู้รับประโยชน์บนพื้นฐานของความสังกัด ควรจะต้องพิจารณาถึงความแตกต่างใดๆในความรับผิดชอบของบุคคลที่เกี่ยวข้องกับสถาบันของรัฐ และของบุคคลที่ไม่ได้อยู่ภายใต้กฎหมายภายในประเทศ ความแตกต่างเหล่านี้อาจเกิดจากระเบียบภายในประเทศว่าด้วยการใช้กำลัง นิตินัยกรรม ความคุ้มกัน การยกเว้นความรับผิด ที่เคยมีมาก่อน เป็นต้น ความรับผิดชอบที่กฎหมายระหว่างประเทศกำหนดแตกต่างกันไปตามแต่ละประเภทของผู้กระทำความผิดก็ควรจะได้รับพิจารณาเช่นกัน ตัวอย่างเช่น กฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศทั่วไปแล้วมักจะใช้กับการกระทำของรัฐเท่านั้น และอนุสัญญาระหว่างประเทศบางอัน เช่น อนุสัญญาต่อต้านการทรมานก็สามารถใช้ได้กับเจ้าหน้าที่ของรัฐเท่านั้น อย่างไรก็ตาม การใช้การแยกแยะดังกล่าวอาจบ่อนทำลายความพยายามที่จะสร้างความปรองดองในหมู่ผู้ที่เคยเป็นปรปักษ์กัน

ง) นิตินัยกรรมที่แยกแยะชั้นยศต่างๆ อาจจะยกเว้นผู้นำกองทัพหรือผู้นำทางการเมืองจากนิตินัยกรรม ในขณะที่ให้นิตินัยกรรมกับผู้กระทำความผิดที่มีชั้นยศต่ำกว่า การแยกแยะเช่นนี้ นำเอาภาระรับผิดชอบมาคานกับนิตินัยกรรม แต่ก็อาจจะเป็นปัญหาได้หากบุคคลที่มีชั้นยศสูงเป็นผู้มีส่วนได้ส่วนเสียสำคัญในการเปลี่ยนผ่านทางการเมือง นิตินัยกรรมที่ยกเว้นบุคคลที่มีชั้นยศสูงอาจอาศัยหลักความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชาที่พบได้ในกฎหมายอาญาระหว่างประเทศ และยุทธศาสตร์การดำเนินคดีของศาลระหว่างประเทศและศาลลูกผสมที่เน้นบุคคลที่ต้อง “รับผิดชอบมากที่สุด”

จ) ภายใต้กฎหมายอาญาระหว่างประเทศนั้น ผู้ใต้บังคับบัญชาต้องรับผิดชอบต่ออาชญากรรมระหว่างประเทศที่ตนกระทำตามคำสั่งของผู้บังคับบัญชา แต่ผู้ใต้บังคับบัญชาก็อาจจะพ้นจากความรับผิดนี้ หากพันธกรณีทางกฎหมายบังคับให้พวกเขาทำตามคำสั่งของผู้บังคับบัญชา หากพวกเขาไม่ทราบว่าคำสั่งนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมาย และหากตัวคำสั่งนั้นเองไม่ชัดเจนว่าไม่ชอบด้วยกฎหมาย สำหรับผู้กระทำความผิดในทุกระดับ เหตุแห่งการยกเว้นความรับผิดทางอาญานั้น รวมถึงสมรรถภาพทางจิตใจที่ลดลง

อย่างรุนแรง และการขู่เข็ญว่าจะทำร้ายด้วย นอกจากนั้น เหตุบรรเทาโทษอย่างเช่น ความพยายามของผู้ต้องคำพิพากษาที่จะชดเชยให้กับเหยื่อและร่วมมือกับศาล และ เงื่อนไขทางอายุ การศึกษา สังคม และเศรษฐกิจของผู้ต้องคำพิพากษา ก็สามารถที่จะ นำมาร่วมพิจารณาในการตัดสินลงโทษได้ หลักการที่อนุญาตให้มีการบรรเทาโทษหรือ การบรรเทาความรับผิดชอบเช่นนั้น ก็สามารถนำมารวมอยู่ในนิรโทษกรรมได้ ในกรณีที่ผู้ กระทำความผิดที่มีชั้นยศต่ำกว่าได้รับนิรโทษกรรม นิรโทษกรรมนั้นสามารถที่จะเป็น เงื่อนไขว่าพวกเขาจะต้องเข้าร่วมในกระบวนการกำหนดภาระความรับผิดชอบที่ไม่ใช่ของ ศาล ตามที่อภิปรายในข้อชี้แนะข้อ 11

ฉ) นิรโทษกรรมทั้งหลายควรจะใส่ใจเป็นพิเศษต่อการปฏิบัติต่อเด็กที่รับผิดชอบต่อการกระทำที่อาจถือเป็นอาชญากรรมตามกฎหมายภายในประเทศหรือกฎหมายระหว่าง ประเทศ กฎหมายระหว่างประเทศและส่วนใหญ่ของระบบกฎหมายภายในประเทศ อนุญาตให้มีอายุขั้นต่ำสำหรับความรับผิดชอบทางอาญา ในกรณีที่ ณ เวลาที่ได้กระทำความผิด บุคคลมีอายุน้อยกว่าอายุขั้นต่ำ และจึงไม่ต้องรับผิดชอบทางอาญานั้น บุคคลนั้น ยิ่งต้องไม่ถูกรวมอยู่ในขอบเขตของนิรโทษกรรม ในกรณีที่การเข้าถึงโครงการปลด ประจําการและบูรณาการสู่สังคมเพิ่มขึ้นอยู่กับการเข้าร่วมในกระบวนการนิรโทษกรรม ควรจะใส่ใจกับการสนองความต้องการของพวกเขาที่ไม่ได้อยู่ในขอบเขตของ นิรโทษกรรมเนื่องจากตามกฎหมายแล้วพวกเขาไม่มีความรับผิดชอบทางอาญา สำหรับเด็ก ที่ ณ เวลาที่ได้กระทำความผิด มีอายุเกินอายุขั้นต่ำของความรับผิดชอบทางอาญา แต่ยังคงต่ำกว่า 18 ปีอยู่นั้น พวกเขาอาจได้รับการดำเนินคดีอาญา ด้วยเหตุนี้ถึงอาจรวมอยู่ใน กระบวนการนิรโทษกรรมได้ นอกจากนั้น ควรจะใส่ใจกับการสนองความต้องการ และประสบการณ์ของพวกเขา

9. ขอบข่ายด้านเวลา

ก) เพื่อหลีกเลี่ยงความไม่ชัดเจน นิรโทษกรรมควรระบุวันเริ่มและวันสิ้นสุดของ เวลาที่อาชญากรรมซึ่งเกิดขึ้น ในระหว่างนี้จะเข้าเกณฑ์ได้รับนิรโทษกรรม ช่วงเวลา ระหว่างวันเริ่มและวันสิ้นสุดนี้ควรจะสั้นที่สุดเท่าที่จำเป็นสำหรับการบรรลุวัตถุประสงค์ ของกฎหมายเท่านั้น การเลือกวันเหล่านี้สามารถส่งผลต่อความชอบธรรมของนิรโทษกรรม (ตัวอย่างเช่น ในกรณีที่วันสิ้นสุดถูกใช้อย่างหวังผลเชิงยุทธศาสตร์เพื่อยกเว้น เหตุการณ์หรืออาชญากรรมที่เป็นที่รับรู้แล้วร้ายที่กระทำโดยกลุ่มใดกลุ่มหนึ่ง หรือใน กรณีที่ยังเป็นที่ถกเถียงว่าความขัดแย้งเริ่มต้นขึ้นวันไหน)

ข) สนธิสัญญาระหว่างประเทศและบรรทัดฐานคำพิพากษาของศาลภายในประเทศ และศาลระหว่างประเทศบางศาล ถือว่าอาชญากรรมว่าด้วยการหายสาบสูญโดยถูก บังคับเป็นอาชญากรรมที่ประกอบด้วยการกระทำความผิดต่อเนื่อง นิรโทษกรรมไม่ควร จะห้ามไม่ให้มีการสอบสวนไม่ว่าการหายสาบสูญนั้นจะเกิดขึ้นเมื่อไหร่ เพราะการกระ-

ทำความเข้าใจประเภทนี้ถือว่าดำเนินอยู่อย่างต่อเนื่องจนถึงวันที่ทราบชะตากรรมของผู้
หายสาบสูญ

10. ขอบข่ายด้านภูมิศาสตร์

ในกรณีที่ความขัดแย้งหรือนโยบายว่าด้วยการปราบปรามของรัฐส่งผลกระทบต่อพื้นที่
ในพื้นที่หนึ่งของประเทศเป็นหลัก นิรโทษกรรมอาจจะจำกัดไว้แต่อาชญากรรมที่กระทำ
ในพื้นที่นั้นๆ การจำกัดเช่นนี้นี้ลดการให้การไม่ต้องถูกลงโทษ แต่ก็เสี่ยงต่อการปฏิบัติ
อย่างแตกต่างกันต่อเหยื่อในกับนอกพื้นที่ที่ได้รับผลกระทบ หากนิรโทษกรรมไม่ได้ระบุ
ถึงขอบเขตด้านภูมิศาสตร์ ก็เป็นที่สันนิษฐานได้ว่านิรโทษกรรมนั้นใช้กับทั้งประเทศ
นิรโทษกรรมยังสามารถใช้กับการกระทำผิดที่กระทำโดยคนชาตินั้นแต่เกิดขึ้นภายนอก
ประเทศ อย่างไรก็ตาม นิรโทษกรรมเช่นนี้ไม่สามารถห้ามไม่ให้รัฐที่ซึ่งอาชญากรรมนั้น
เกิดขึ้นใช้อำนาจตามเขตอำนาจตามกฎหมายได้ อย่างที่ได้อภิปรายในข้อชี้แนะข้อ 18

ภาค ค. เงื่อนไขของนิรโทษกรรม

11. เงื่อนไขที่จำเป็นต้องมีก่อนสำหรับผู้รับประโยชน์จากนิรโทษกรรม

ผู้กระทำความผิดแต่ละคนอาจจะถูกกำหนดให้บรรลุเงื่อนไขที่ได้ระบุไว้ ก่อนที่จะได้รับ
นิรโทษกรรม เงื่อนไขเหล่านี้อาจทำให้นิรโทษกรรมสามารถส่งผลให้เกิดการป้องกัน
ความรุนแรงต่อไป และสามารถอำนวยความสะดวกให้เกิดภาวะความรับผิดชอบ
การบรรลุสิทธิของเหยื่อที่จะเข้าถึงความจริงและการชดเชยค่าเสียหาย ผู้กระทำความผิด
จะเต็มใจบรรลุเงื่อนไขเหล่านี้มากขึ้นเพียงใดนั้นขึ้นอยู่กับปัจจัยหลายประการด้วยกัน
เช่น บริบททางการเมืองและความมั่นคง วิธีการทางวัฒนธรรมเกี่ยวกับการบอกล่าว
ความจริงและความยุติธรรม และขอบเขตที่การเข้าร่วมจะกำหนดให้มีการยอมรับหรือ
การปฏิเสธการกระทำในอดีตของตนเอง หากมีการกำหนดเงื่อนไขเยอะมาก ก็อาจจะ
ทำให้ผู้กระทำความผิดมาเข้าร่วมน้อยราย แต่การรวมเงื่อนไขดังกล่าวก็อาจช่วยเพิ่ม
ความชอบธรรมและความถูกต้องตามกฎหมายของนิรโทษกรรม และการปฏิบัติตาม
พันธกรณีระหว่างประเทศของรัฐในการสอบสวนและให้การเยียวยา ในกรณีที่บุคคลไม่
สามารถที่จะปฏิบัติตามเงื่อนไขที่เกี่ยวข้องได้ครบถ้วน ควรจะต้องยับยั้งนิรโทษกรรมไว้
เงื่อนไขที่จำเป็นต้องมีก่อนจะให้นิรโทษกรรมอาจจะรวมถึง

ก) การยื่นสมัครเข้าร่วมเป็นรายบุคคล

ข) การยอมจำนนและการเข้าร่วมในโครงการปลดอาวุธ ปลดประจำการ และบูรณา-
การสู่สังคมเดิม

ค) การเข้าร่วมในกระบวนการยุติธรรมกระแสหลักหรือกระบวนการยุติธรรมเชิง
สมานฉันท์

- ง) การเปิดเผยอย่างครบถ้วนถึงความเกี่ยวข้องของตนในการกระทำความผิด โดยจะมีบทลงโทษหากให้การเท็จ
- จ) การให้ข้อมูลเรื่องความเกี่ยวข้องกับการกระทำความผิดของบุคคลภายนอก
- ฉ) การให้การ (ไม่ว่าเป็นการส่วนตัวหรือเป็นการสาธารณะ) ในคณะกรรมการค้นหาความจริง การไต่สวนสาธารณะ หรือกระบวนการค้นหาความจริงอื่น
- ช) การให้การสำหรับการพิจารณาคดีในศาลของบุคคลที่ไม่ได้รับหรือไม่เข้าเกณฑ์นิรโทษกรรม
- ซ) การสละทรัพย์สินที่ได้มาโดยมิชอบ
- ฌ) การมีส่วนร่วมในการชด ใช้ค่าเสียหายทางวัตถุและ/หรือทางสัญลักษณ์

12. เงื่อนไขเรื่องความประพฤติในอนาคตของผู้รับประโยชน์จากนิรโทษกรรม

ก) เพื่อที่จะเพิ่มความชอบธรรมและความถูกต้องตามกฎหมายของนิรโทษกรรม ผู้รับประโยชน์แต่ละคนอาจจะต้องอยู่ใต้บังคับของเงื่อนไขที่จะต้องบรรลุเพื่อที่จะหลีกเลี่ยงการถูกเพิกถอนผลประโยชน์ที่ได้รับจากนิรโทษกรรม เงื่อนไขดังกล่าวเป็นวิธีการที่ทำให้รัฐสามารถจะเอาผิดกับบุคคลที่แสวงประโยชน์ในทางที่ผิดจากกระบวนการนิรโทษกรรม และอาจกระตุ้นให้ผู้รับประโยชน์มีส่วนสนับสนุนกระบวนการปรองดองที่กำลังดำเนินอยู่ อย่างไรก็ตาม ผู้กระทำความผิดบางคนอาจจะไม่สนใจนักเนื่องจากมีความไม่แน่นอนว่านิรโทษกรรมจะคงอยู่อย่างถาวรหรือไม่ เงื่อนไขที่สามารถบังคับใช้เพื่อให้ผู้รับประโยชน์รักษาสถานะนิรโทษกรรมของตน รวมถึง

หนึ่ง การไม่ฝ่าฝืนเงื่อนไขที่ได้วางไว้ตอนให้นิรโทษกรรม

สอง การละเว้นจากการกระทำความผิดที่เกี่ยวข้องกับความขัดแย้งหรือความผิดทางการเมืองใหม่ หรือกิจกรรมที่ผิดกฎหมายอาญาประเภทอื่นๆ

สาม การห้ามโดยมีกำหนดเวลาชัดเจนไม่ให้ครอบครองอาวุธร้ายแรง ลงสมัครรับเลือกตั้งหรือตำแหน่งราชการ และ/หรือดำรงตำแหน่งในสำนักงานตำรวจหรือกองทัพ

ข) เงื่อนไขสำหรับนิรโทษกรรมบางประการที่ระบุอยู่ในข้อชี้แนะข้อ 11 (ค) ถึง (ฉ) อาจรวมอยู่ในเงื่อนไขของความประพฤติในอนาคตภายหลังจากการให้นิรโทษกรรม แทนที่จะเป็นเงื่อนไขที่จำเป็นต้องมีก่อน

ค) เพื่ออำนวยความสะดวกให้กับการบังคับใช้เงื่อนไขของความประพฤติในอนาคต นิรโทษกรรมสามารถให้ความคุ้มกันไม่ให้ถูกฟ้องร้องเป็นเวลาจำกัดแก่ผู้กระทำความผิดได้ หลังจากนั้น การให้ความคุ้มกันจะคงอยู่อย่างถาวรได้ก็ต่อเมื่อผู้กระทำความผิดได้บรรลุเงื่อนไขของความประพฤติในอนาคตทั้งหมดแล้ว หรืออาจจะถูกยกเลิกหากไม่ได้บรรลุเงื่อนไขดังกล่าว ถ้าบุคคลได้ดำเนินกิจกรรมที่ถูกห้ามในช่วงเวลาที่ยังบังคับใช้ อยู่ ความคุ้มกันชั่วคราวนี้จะถูกเพิกถอนทันที

ง) เพื่อที่จะตรวจสอบการทำให้บรรลุเงื่อนไขของความประพฤติในอนาคต ควรจะสร้างกระบวนการที่เป็นอิสระและเป็นทางการเพื่อพิจารณาตรวจสอบหรือตัดสินชี้ขาด เกี่ยวกับการปฏิบัติตามเงื่อนไข กระบวนการดังกล่าวควรจะระบุเกณฑ์และกฎระเบียบ ในการลงความเห็นเกี่ยวกับระดับของการปฏิบัติตามเงื่อนไข นอกจากนี้ หน่วยงานที่มีอำนาจตัดสินชี้ขาดก็ควรมีทรัพยากรตามสมควร ในกรณีที่นิรโทษกรรมถูกยกเลิก ควรจะมีการดำเนินคดีตามอาชญากรรมที่ได้กระทำไปแต่เดิม และความผิดที่เกิดขึ้นต่อมา ด้วย

ภาค ง. การมีมติเห็นชอบ การนำไปปฏิบัติ และการพิจารณาทบทวนนิรโทษกรรม

13. การยึดตามกฎหมายภายในประเทศ

ในขณะที่ระบบกฎหมายทุกระบบต่างก็อนุญาตให้มีการลดหย่อนผ่อนโทษในรูปแบบใด รูปแบบหนึ่งในกระบวนการยุติธรรมทางอาญาของตน การให้นิรโทษกรรมในช่วงเวลา เดียวกันที่ความขัดแย้งหรือการปราบปรามยังดำเนินอยู่ หรือภายหลังจากนั้น อาจจะอยู่ ภายใต้อำนาจจำกัดของกฎหมายภายในประเทศ การที่จะให้นิรโทษกรรมมีผลภายใต้ กฎหมายภายในประเทศนั้น อย่างน้อยการตรานิรโทษกรรมต้องยึดตามกฎหมายเกณฑ์ ภายในประเทศที่เป็นทางการและเกี่ยวข้องทั้งหมด หากไม่เป็นไปตามกฎหมายเหล่านี้ ศาลในประเทศก็ควรจะเป็นอิสระและมีอำนาจหน้าที่ที่จะประกาศให้นิรโทษกรรม นั้นขัดต่อรัฐธรรมนูญ หรือกำหนดให้มีการแก้ไขกฎหมายดังกล่าว

14. วิธีการตรากฎหมายและการปรึกษาหารือสาธารณะ

ก) นิรโทษกรรมอาจตราเป็นกฎหมายผ่านกลไกทางฝ่ายบริหารและฝ่ายนิติบัญญัติ ได้มากมาย ตามที่หลักเกณฑ์เกี่ยวกับขั้นตอนของแต่ละประเทศจะอนุญาต กลไกที่เลือก อาจจะมียุทธศาสตร์สำหรับขอบเขตที่นิรโทษกรรมสามารถที่จะถูกแก้ไข หรือจะบอกล้างได้ใน ภายหลัง นิรโทษกรรมที่ตราเป็นกฎหมายโดยอาศัยบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญก็อาจจะ แก้ไขยากกว่านิรโทษกรรมอื่น

ข) การปรึกษาหารือสาธารณะเกี่ยวกับการออกแบบนิรโทษกรรมอาจเพิ่มความชอบธรรมให้กับตัวนิรโทษกรรมนั้น หากเหมาะสม การปรึกษาหารือดังกล่าวควรจะรวมถึง กลุ่มคนที่อาจจะถูกไม่ให้ความสำคัญให้มีส่วนร่วมด้วย เช่น เหยื่อ สตรี เด็ก ผู้พลัด

ถิ่น ชนกลุ่มน้อย และอดีตพลรบ การปรึกษาหารือดังกล่าวสามารถเป็นได้ในหลายรูปแบบ รวมถึง การประชุมสาธารณะ การสำรวจความคิดเห็น การประชุมสัมมนา กลุ่มเป้าหมายที่กำหนด และการพิจารณาความเห็นที่เขียนส่งมา

ค) บางนिरโทษกรรมได้รับความเห็นชอบจากการลงประชามติระดับชาติ ซึ่งเพิ่มความชอบธรรมของนिरโทษกรรมเหล่านั้น กระบวนการนี้อาจจะรวมถึงการจัดการออกเสียงลงมติสำหรับข้อตกลงสันติภาพ หรือรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ที่มีบทบัญญัติว่าด้วยนिरโทษกรรม และจึงสร้างความเชื่อมโยงกับความพยายามที่กว้างกว่าที่จะสร้างสันติภาพและประชาธิปไตย หรือมิฉะนั้น การลงประชามติอาจจะมุ่งเน้นไปที่นिरโทษกรรมแต่อย่างเดียวก็น่าได้ เพื่อที่จะให้แน่ใจว่าการลงคะแนนเสียงเรื่องนिरโทษกรรมจะไม่ไปปนเปื้อนกับประเด็นอื่น ในกรณีที่ชนกลุ่มน้อยตกเป็นเหยื่อของรัฐบาลที่เป็นตัวแทนของชุมชนหมู่มาก อาจจะเป็นการดีที่จะทำให้แน่ใจว่ามติเห็นด้วยในแต่ละชุมชนที่ได้รับผลกระทบจะต้องอาศัยการกำหนดให้ใช้คะแนนเสียงข้างมากกว่าปกติ

ง) การให้มีการมีส่วนร่วมของประชาชนเป็นอีกองค์ประกอบของการออกแบบนिरโทษกรรม แต่ลำพังการมีส่วนร่วมเองก็ไม่เพียงพอที่จะประกันได้ว่านिरโทษกรรมที่ละเมิดกฎหมายไม่ว่าจะภายในประเทศหรือต่างประเทศนั้นจะชอบธรรมและถูกต้องตามกฎหมาย

จ) “การนिरโทษกรรมตนเอง” เป็นนिरโทษกรรมที่เห็นชอบแต่ฝ่ายเดียว โดยระบอบที่ต้องรับผิดชอบต่ออาชญากรรมระหว่างประเทศหรือการละเมิดสิทธิมนุษยชนอย่างร้ายแรง และมักจะยึดอำนาจมาโดยผิดกฎหมาย ภายใต้บังคับของพันธกรณีต่างๆของรัฐ นिरโทษกรรมเช่นนี้ควรจะถูกพิจารณาว่าผิดกฎหมายและไม่ชอบธรรมไว้ก่อน

15. ผลทางกฎหมาย

ก) นिरโทษกรรมอาจมีผลทางกฎหมายหลายประการต่อผู้รับประโยชน์แต่ละคนตามการกระทำความผิดของตน ผลทางกฎหมายเหล่านี้รวมถึง

หนึ่ง การป้องกันไม่ให้มีการสืบสวนในทางอาญาใหม่

สอง การยุติการสืบสวนในทางอาญาและการพิจารณาคดีที่กำลังดำเนินอยู่

สาม การลดวันต้องโทษ

สี่ การปล่อยตัวนักโทษ

ห้า การให้อภัยโทษ

หก การลบประวัติอาชญากรรม

เจ็ด การไม่ให้มีความรับผิดชอบ

ข) ในกรณีที่นิรโทษกรรมได้ไม่ให้ความรับผิดชอบ ไม่ว่าจะกำหนดไว้โดยชัดแจ้งในกฎหมายนิรโทษกรรม หรือจะบอกไว้เป็นนัยในกรณีที่การเข้าถึงการเยียวยาความเสียหายทางแพ่งนั้นต้องเกิดขึ้นภายหลังการลงโทษทางอาญา ควรจะพิจารณาให้มีโครงการชดเชยค่าเสียหายในทางปกครอง เพื่อเยียวยาเหยื่อ

ค) หากกระบวนการนิรโทษกรรมได้ถูกออกแบบมาให้แยกแยะผู้กระทำความผิดหรืออาชญากรรมแต่ละประเภทออกจากกัน ผลทางกฎหมายของนิรโทษกรรมก็อาจแตกต่างกันไปตามประเภทของผู้รับประโยชน์ ความผิดที่อุกฉกรรจ์กว่าอาจได้รับเพียงแค่การลดวันต้องโทษตามกฎหมาย ในขณะที่ความผิดที่อุกฉกรรจ์น้อยกว่าอาจได้นิรโทษกรรมโดยสมบูรณ์ วิธีการปฏิบัติแบบแบ่งชั้นนี้อาจช่วยให้มีความได้สัดส่วนในผลทางกฎหมายสำหรับผู้กระทำความผิดแต่ละประเภท และจึงอาจจะเพิ่มความชอบธรรมและความถูกต้องตามกฎหมายของนิรโทษกรรมได้

16. การบริหารจัดการนิรโทษกรรม

ก) สำหรับนิรโทษกรรมที่มีข้อจำกัดและเงื่อนไข จำเป็นต้องมีกระบวนการที่กำหนดว่าบุคคลหนึ่งๆจะเข้าเกณฑ์ได้รับนิรโทษกรรมหรือไม่ กระบวนการนำนิรโทษกรรมไปปฏิบัติสามารถควบคุมตรวจสอบได้โดยศาลภายในประเทศ หน่วยงานที่ให้คำปรึกษาที่รายงานต่อรัฐบาล คณะกรรมการนิรโทษกรรมที่แต่งตั้งมาเป็นการเฉพาะ หรือคณะกรรมการค้นหาความจริงซึ่งมีอำนาจในการให้นิรโทษกรรมหรือแนะนำว่าควรจะให้นิรโทษกรรมกับบุคคลใด สถาบันที่รับผิดชอบต่อการนำนิรโทษกรรมไปปฏิบัติควรจะ

หนึ่ง เป็นอิสระ

สอง เป็นตัวแทนของภาคส่วนที่หลากหลายในสังคม

สาม มีทักษะที่เหมาะสมกับการนำนิรโทษกรรมไปปฏิบัติ

สี่ มีขอบเขตอำนาจและอำนาจตามกฎหมายที่จะปฏิบัติตามอาณัติได้อย่างมีประสิทธิภาพ

ห้า มีทรัพยากรเพียงพอที่จะตัดสินใจได้ในเบื้องต้นว่าบุคคลเข้าเกณฑ์ได้รับนิรโทษกรรมหรือไม่ และหากเหมาะสม มีทรัพยากรเพียงพอที่จะติดตามตรวจสอบการปฏิบัติตามเงื่อนไขเงื่อนไขในช่วงเวลาที่กำหนด

ข) การมีส่วนร่วมเกี่ยวข้องของเหยื่อและชุมชนที่ได้รับผลกระทบในกระบวนการนำนิรโทษกรรมไปปฏิบัติ โดยทั่วไปแล้วจะทำหน้าที่เพิ่มความชอบธรรมให้กับนิรโทษกรรม การมีส่วนร่วมเกี่ยวข้องนี้สามารถประกอบด้วยการอนุญาตให้เหยื่อและสมาชิกในชุมชนที่ได้รับผลกระทบมามีส่วนร่วมในการสืบพยานเพื่อที่จะกำหนดว่าการสมัครรับนิรโทษกรรมแต่ละกรณีนั้นควรจะได้รับการอนุมัติหรือไม่ เพื่อให้แน่ใจว่าการมีส่วนร่วมนั้นจะเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ เป็นเรื่องสำคัญที่จะต้องแจ้งเหยื่อล่วงหน้าพอสมควรว่าการสืบพยานนั้นจะเกิดขึ้นที่ไหนและเมื่อใด และจัดหาหรือเอื้อให้มีผู้แทนทางกฎหมายและ/หรือการสนับสนุนทางการเงินสำหรับค่าเดินทางหรือค่าใช้จ่ายอื่นที่เกี่ยวข้องกับการเข้าร่วมการสืบพยาน และทำให้แน่ใจว่ามีการสนับสนุนและคุ้มครองพยานอย่างมีประสิทธิภาพ ในกรณีที่เหยื่อจะได้รับฟังคำให้การของผู้กระทำความผิดในการสืบพยานสำหรับนิรโทษกรรม ควรจะต้องระมัดระวังไม่ให้เหยื่อรู้สึกทรมานซ้ำ เหยื่อควรจะได้รับคำตัดสินในขั้นสุดท้ายว่ากรณีนี้ได้นิรโทษกรรมหรือไม่ ก่อนที่จะประกาศต่อสาธารณะ

ค) กระบวนการในการบริหารจัดการนิรโทษกรรมควรต้องคำนึงถึงสิทธิในการพิจารณาคดีของผู้สมัครรับนิรโทษกรรม โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ผู้สมัครควรจะสามารถอุทธรณ์คำตัดสินของหน่วยงานที่นำนิรโทษกรรมมาปฏิบัติ ต่อศาลที่เป็นอิสระได้

17. การบอกล้างนิรโทษกรรม

ก) ในประเทศจำนวนไม่น้อย ศาลภายในประเทศหรือหน่วยงานนิติบัญญัติได้บอกเลิกนิรโทษกรรมที่คงอยู่มาเป็นเวลานานและที่เคยใช้ได้ก่อนหน้านี้ เพื่อที่จะให้เป็นไปได้ที่จะบอกล้างนิรโทษกรรมในอนาคต ตัวนิรโทษกรรมควรมีบทบัญญัติที่อนุญาตให้มีการพิจารณาบททวนของฝ่ายตุลาการในประเทศได้ในอนาคต อย่างไรก็ตาม ความไม่แน่ที่เกิดจากบทบัญญัติเหล่านี้อาจจะบ่อนทำลายความสามารถของนิรโทษกรรมในการช่วยให้บรรลุเสถียรภาพ การคุ้มครองสิทธิมนุษยชน และความปรองดองที่มากกว่าเดิม นอกจากนี้ ในกรณีที่นิรโทษกรรมถูกบอกล้าง อุปสรรคอื่นที่ขัดขวางไม่ให้เกิดภาระรับผิดชอบทางอาญาก็อาจยังคงมีอยู่

ข) ในกรณีที่กฎหมายนิรโทษกรรมจำกัดขอบข่ายของนิรโทษกรรมไว้อย่างชัดเจน แต่ขอบข่ายนี้ได้ถูกขยายออกไปเกินข้อจำกัดเหล่านี้โดยอาศัยบรรทัดฐานคำพิพากษาที่กว้างเกินไป การจะเปิดพิจารณาคดีอาญาเสียใหม่อาจไม่จำเป็นต้องอาศัยการบอกล้างนิรโทษกรรมนั้น หากแต่ต้องอาศัยการนำข้อจำกัดหรือเงื่อนไขในกฎหมายนิรโทษกรรมไปใช้อย่างเป็นไปตามหลักเกณฑ์

18. ศาลระหว่างประเทศกับนิรโทษกรรมในระดับประเทศ

ก) ถึงแม้ว่านิรโทษกรรมจะห้ามไม่ให้มีการดำเนินคดีทางอาญาภายในรัฐที่ได้ตรานิรโทษกรรมนั้นเป็นกฎหมาย นิรโทษกรรมก็ไม่สามารถห้ามศาลระหว่างประเทศ ศาล

ลูกผสม หรือศาลต่างประเทศไม่ให้ใช้เขตอำนาจศาลของตนได้ ศาลดังกล่าวอาจตัดสินภายใต้เขตอำนาจศาลของตนว่าจะรับรองนิรโทษกรรมหนึ่งๆหรือไม่

ข) ในกรณีที่ศาลอาญาระหว่างประเทศหรือศาลอาญาลูกผสม (international or hybrid criminal tribunals) มีอำนาจในการพิจารณาคดี รัฐอาจจำเป็นต้องร่วมมือกับศาลนั้นตามพันธกรณีของสนธิสัญญา ความร่วมมือดังกล่าวสามารถรวมถึงการส่งตัวบุคคลที่ได้รับประโยชน์จากนิรโทษกรรมในระดับประเทศให้มาขึ้นศาลระหว่างประเทศ

ค) ศาลอาญาระหว่างประเทศและศาลอาญาลูกผสมมีอำนาจที่จะพิพากษาลงโทษบุคคล แต่ไม่สามารถที่จะประกาศให้นิรโทษกรรมในระดับประเทศขัดต่อรัฐธรรมนูญ หรือจะสั่งให้รัฐบอกล้างกฎหมายนิรโทษกรรมของตน ด้วยเหตุนี้ แม้แต่ในกรณีที่ศาลเหล่านั้นประกาศให้นิรโทษกรรมไม่สามารถใช้ได้ในระดับระหว่างประเทศในคดีหนึ่งๆ นิรโทษกรรมนั้นอาจมีผลต่อไปได้ในระดับประเทศ ในทางปฏิบัติแล้ว สถานการณ์เช่นนี้สามารถหมายความว่าผู้กระทำความผิดส่วนใหญ่ภายในรัฐที่ให้นิรโทษกรรมนั้นก็ยังคงได้รับประโยชน์จากนิรโทษกรรมต่อไป

ง) ศาลสิทธิมนุษยชนในระดับภูมิภาคสามารถพิจารณาได้ว่าการให้นิรโทษกรรมของรัฐที่อยู่ในเขตอำนาจศาลนั้นละเมิดพันธกรณีระหว่างประเทศของรัฐหรือไม่ ในกรณีที่ศาลเหล่านี้พบว่ามี การละเมิด ศาลสามารถแนะนำให้มีการแก้ไขได้หลายแนวทาง รวมถึง การสั่งให้บอกล้างนิรโทษกรรมนั้น หากรัฐปฏิบัติตามคำตัดสินดังกล่าว ก็อาจทำให้นิรโทษกรรมนั้นสิ้นผลในทางกฎหมายภายในประเทศ

แนวทางคำอธิบายสำหรับข้อชี้แนะเบลฟัสต์ว่าด้วยนิรโทษกรรมและภาระความรับผิดชอบ

Louise Mallinder

1. บทคัดย่อ

ข้อชี้แนะเบลฟัสต์ว่าด้วยนิรโทษกรรมและภาระความรับผิดชอบได้พัฒนาโดยคณะผู้เชี่ยวชาญที่ประกอบด้วยนักวิชาการและผู้ปฏิบัติงานที่มีความเป็นอิสระและมาจากหลายสาขาวิชาจากหลายภูมิภาคของโลกและจากหลายพื้นที่ซึ่งมีประสบการณ์ในการเผชิญกับการละเมิดสิทธิมนุษยชนอย่างร้ายแรงเมื่อไม่นานมานี้ ข้อชี้แนะมีความมุ่งหมายที่จะช่วยเหลือผู้ที่ต้องการที่จะตัดสินใจหรือประเมินการตัดสินใจเกี่ยวกับนิรโทษกรรมและภาระความรับผิดชอบในท่ามกลางหรือภายหลังจากความขัดแย้งหรือการปราบปรามสิ้นสุดลง ข้อชี้แนะนี้แบ่งออกเป็นสี่ภาค ได้แก่ ภาคหลักการทั่วไป ภาคขอบข่ายของนิรโทษกรรม ภาคเงื่อนไขของนิรโทษกรรม และภาคการมีมติเห็นชอบนิรโทษกรรม การนำไปปฏิบัติ และการพิจารณาทบทวน แนวทางคำอธิบายนี้ไล่เรียงกฎหมายมาตรฐานและแนวการปฏิบัติที่สนับสนุนข้อชี้แนะแต่ละข้อ ตลอดจนคำอธิบายที่ให้แนวคิดในช่วงร่างข้อชี้แนะ

2. บทนำ

รัฐได้ใช้นิรโทษกรรมมาเป็นเวลาหลายพันปีแล้วเพื่อแก้ไขการขัดกันทางอาวุธ (armed conflict) เพื่อปรองดองกับพลเมืองของรัฐที่ฝ่าฝืนกฎหมายของประเทศ และเพื่อเยียวยาความไม่เป็นธรรมที่เกิดจากกระบวนการความยุติธรรมทางอาญาที่ไม่ยืดหยุ่นจนเกินไป⁴ ในอดีต นิรโทษกรรมถูกมองว่าเป็นการใช้ดุลยพินิจของฝ่ายบริหารที่ถูกควบคุมโดยกฎหมายภายในประเทศ และโดยทั่วไปแล้วจะได้รับการพิจารณาจากกฎหมายระหว่างประเทศก็ต่อเมื่อนิรโทษกรรมได้ถูกรวมอยู่ในข้อตกลงสันติภาพระหว่างรัฐ การขยายขอบข่ายของกฎหมายระหว่างประเทศภายหลังจากสงครามโลกครั้งที่สองได้กระตุ้นให้เกิดความสนใจมากขึ้นในระดับระหว่างประเทศต่อสถานะของกฎหมายนิรโทษกรรม ซึ่งโดยมากแล้วจะถูกมองในเชิงบวก ตัวอย่างเช่น พิธีสารเพิ่มเติมอนุสัญญาเจนีวา ค.ศ. 1977 ฉบับที่ 2 กระตุ้นอย่างชัดเจนให้รัฐตรา “นิรโทษกรรมที่กว้างขวางที่สุดเท่าที่จะเป็นไปได้” เมื่อการสู้รบสิ้นสุด⁵ คำชี้แจงของพิธีสารเพิ่มเติมได้ระบุว่าบทบัญญัตินี้มุ่งที่จะ “กระตุ้นให้เกิดการแสดงท่าทีของความปรองดองซึ่งสามารถจะเอื้อให้ฟื้นความสัมพันธ์ตามรูปแบบปรกติของชีวิตในรัฐที่ได้ถูกแบ่งแยก”⁶ คณะอนุกรรมการว่าด้วยการป้องกันการเลือกปฏิบัติและการคุ้มครองชนกลุ่มน้อยแห่งสหประชาชาติได้เน้นถึงความสำคัญที่การประกาศใช้กฎหมายนิรโทษกรรม “สามารถมีต่อการปกป้องและส่งเสริมสิทธิมนุษยชนทั้งหลายและเสรีภาพพื้นฐาน”⁷ ในการตัดสินใจของคณะอนุกรรมการฯ ในปี ค.ศ. 1983 ที่ให้ทำงานวิจัยเชิงเปรียบเทียบว่าด้วยกฎหมายนิรโทษกรรม⁸ งานวิจัยดังกล่าวบรรยายถึงบทบาทในทางบวกของนิรโทษกรรมว่ารวมถึงการปล่อยตัวนักโทษการเมือง

ทั้งหมด การกระตุ้นให้เกิด“ฉันทามติในชาติภายหลังจากการเปลี่ยนแปลงทางการเมืองที่เกิดขึ้นภายใต้กรอบประชาธิปไตย” การริเริ่ม“ก้าวแรกในการเริ่มกระบวนการประชาธิปไตย” และการขัดขวาง“วิกฤตภายใน”หรือการแสดงถึง“การสิ้นสุดลงของการขัดกันทางอาวุธที่มีลักษณะระหว่างประเทศ”⁹ ความชื่นชมคุณูปการที่นिरโทษกรรมมีต่อสันติภาพและประชาธิปไตยมักจะกระตุ้นให้หน่วยงานต่างๆของสหประชาชาติเรียกร้องให้รัฐที่เสียหายจากการสู้รบตรากฎหมายนिरโทษกรรม¹⁰

ในทางตรงกันข้าม รัฐบาลที่ต้องการจะตรากฎหมายนिरโทษกรรมในทุกวันนี้ต่างก็เผชิญกับแรงกดดันทั้งในทางกฎหมาย การทูต และเศรษฐกิจในระดับระหว่างประเทศมากขึ้นเรื่อยๆ ให้เว้นจากการนिरโทษกรรมอาชญากรรมระหว่างประเทศและการละเมิดสิทธิมนุษยชนอย่างร้ายแรง การเปลี่ยนแปลงนี้เกิดจากการขยายขอบข่ายของเครื่องมือและสถาบันของกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ กฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ และกฎหมายอาญาระหว่างประเทศ ตลอดจนการเติบโตขององค์การภาคประชาสังคมที่คอยติดตามตรวจสอบการปฏิบัติตามระบอบกฎหมายเหล่านี้ นับแต่ช่วงปลายทศวรรษ 1990 พัฒนาการเหล่านี้ได้ก่อให้เกิดการเพิ่มจำนวนของบรรทัดฐานคำพิพากษาของศาลระหว่างประเทศและความเห็นอื่นๆของผู้มีอำนาจหน้าที่ซึ่งค่อยๆพบว่า นिरโทษกรรมที่ให้กับอาชญากรรมระหว่างประเทศและการละเมิดสิทธิมนุษยชนอย่างร้ายแรงนั้นเป็นการฝ่าฝืนพันธกรณีที่มีภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ¹¹ นอกจากนี้ยังเป็นที่ทำให้เหตุผลกันมากขึ้นว่าการไม่ต้องถูกลงโทษที่เป็นผลจากนिरโทษกรรมนั้น แทนที่จะคุ้มครองสิทธิมนุษยชน กลับทำให้เกิดการล่าพองใจจน“ผู้รับประโยชน์กระทำอาชญากรรมมากขึ้น” และกลับสิ้นเปลืองความพยายามที่จะบรรลุสันติภาพที่ยั่งยืน¹²

แม้ว่าจะมีพัฒนาการเหล่านี้ รัฐยังคงปฏิเสธข้อเสนอที่จะให้รวมข้อห้ามอย่างชัดเจนเรื่องนिरโทษกรรมให้อยู่ในสนธิสัญญาระหว่างประเทศ¹³ นอกจากนี้ นिरโทษกรรมสำหรับอาชญากรรมระหว่างประเทศและการละเมิดสิทธิมนุษยชนอย่างร้ายแรงยังคงได้รับการตราเป็นกฎหมายอยู่ และในบางกรณีก็ได้รับการสนับสนุนในระดับระหว่างประเทศและได้รับการเห็นชอบจากศาลภายในประเทศ¹⁴ ตามที่ได้อภิปรายในข้อชี้แนะข้อ 6 สิ่งเหล่านี้สนับสนุนข้อคิดเห็นที่ว่ากฎหมายระหว่างประเทศอนุญาตให้รัฐมีความยืดหยุ่นและดุลยพินิจในการพิจารณานिरโทษกรรม อย่างไรก็ตาม พัฒนาการของกฎหมายระหว่างประเทศและแนวทางการปฏิบัติระหว่างประเทศก็กำลังมีอิทธิพลต่อรูปร่างและบทบาทของนिरโทษกรรม เพราะทุกวันนี้แทบจะไม่มีกรณีให้นिरโทษกรรมอย่างไม่มีเงื่อนไขกับอาชญากรรมสงครามและผู้ละเมิดสิทธิมนุษยชน นिरโทษกรรมในปัจจุบันมักจะมีเงื่อนไขให้ผู้กระทำความผิดแต่ละคนต้องเข้าร่วมกระบวนการที่จะป้องกันไม่ให้เกิดความรุนแรงอีกและสร้างภาวะความรับผิดชอบ ตลอดจนเป็นกระบวนการที่ออกแบบมาเพื่อเสริมยุทธศาสตร์การเลือกดำเนินคดี ในบริบทเช่นนี้ นिरโทษกรรมสามารถใช้ในเชิงยุทธศาสตร์เพื่อเสริมสร้างการบรรลุพันธกรณีทางกฎหมายทั้งหลายของรัฐ

ข้อกล่าวอ้างเกี่ยวกับผลกระทบที่นิรโทษกรรมมีต่อการคุ้มครองสิทธิมนุษยชน โดยทั่วไปแล้วจะมองว่านิรโทษกรรมเป็นปรากฏการณ์ที่มีรูปแบบเดียวกันไปหมดและไม่พิจารณาถึงบรรดาการเปลี่ยนแปลงในเรื่องเงื่อนไขของนิรโทษกรรม อย่างไรก็ตาม งานวิจัยในช่วงไม่นานมานี้เกี่ยวกับผลกระทบของนิรโทษกรรมได้พบว่ายังขาดหลักฐานที่จะบอกว่านิรโทษกรรมนั้นขัดขวางการคุ้มครองสิทธิมนุษยชน ตัวอย่างเช่น การวิเคราะห์นิรโทษกรรมในแต่ละรัฐ เช่น สเปน โมซัมบิก¹⁵ เผยให้เห็นว่าแม้แต่นิรโทษกรรมสำหรับความผิดอุกฉกรรจ์ก็สามารถประกอบเป็นส่วนหนึ่งของการเปลี่ยนผ่านไปสู่ประชาธิปไตยที่มีเสถียรภาพและการละเมิดสิทธิมนุษยชนที่น้อยลง ตัวอย่างเหล่านี้ทำให้สามารถกล่าวได้ว่าอย่างน้อยก็ยังไม่มีการพิสูจน์ว่านิรโทษกรรมโดยตัวของมันเองแล้วนั้นเป็นผลเสียต่อสันติภาพหรือเป้าหมายในระยะเปลี่ยนผ่านอื่นๆ การยอมรับว่านิรโทษกรรมไม่ได้เป็นอุปสรรคต่อการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนเสมอไปนั้นก็ไม่ได้หมายความว่าการใช้นิรโทษกรรมจะเป็นการเพิ่มการคุ้มครองสิทธิมนุษยชน หรือว่าจะเกิดผลดีมากขึ้นหากไม่ได้ใช้นิรโทษกรรม การอ้างในเชิงเป็นเหตุเป็นผลกันว่านิรโทษกรรมสามารถเพิ่มการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนนั้นอยากที่จะพิสูจน์ได้ เพราะไม่ใช่นิรโทษกรรมทุกอันจะพยายามทำเช่นนั้น นอกจากนี้ แม้แต่ในกรณีที่มีการมีอยู่ของนิรโทษกรรมเกิดขึ้นพร้อมกับพัฒนาการด้านสิทธิมนุษยชน ก็ไม่ได้เป็นข้อพิสูจน์ว่าตัวนิรโทษกรรมเองเป็นสาเหตุของพัฒนาการเหล่านี้¹⁶ ในช่วงไม่กี่ปีที่ผ่านมา งานวิจัยในเชิงเปรียบเทียบที่อาศัยการศึกษาในเชิงปริมาณที่ครอบคลุมกว้างขวางได้พยายามที่จะวัดผลกระทบที่กระบวนการยุติธรรมในระยะเปลี่ยนผ่านซึ่งรวมถึงนิรโทษกรรมมีต่อการพัฒนาสิทธิมนุษยชนและการทำให้เกิดประชาธิปไตย ตัวอย่างเช่น Olsen Payne และ Reiter พบว่าในกรณีที่มีการพิจารณาคดีหรือนิรโทษกรรมถูกใช้โดยปราศจากกลไกความยุติธรรมในระยะเปลี่ยนผ่านอื่นๆ ทั้งการพิจารณาคดีและนิรโทษกรรมนั้นได้รับการพิสูจน์ว่าไม่ได้“มีผลกระทบอย่างมีนัยสำคัญทางสถิติต่อการพัฒนาสิทธิมนุษยชนและประชาธิปไตย”¹⁷ ในทางตรงกันข้าม ในกรณีที่รัฐที่อยู่ในระยะเปลี่ยนผ่านใช้ทั้งการพิจารณาคดีและนิรโทษกรรม การผสมผสานนี้จะสร้าง“ประชาธิปไตยและผลงานด้านสิทธิมนุษยชนที่เข้มแข็งมากขึ้น”¹⁸ การผสมผสานดังกล่าวสามารถเกิดขึ้นได้ผ่านกระบวนการเลือกดำเนินคดีพร้อมทั้งนิรโทษกรรมอย่างจำกัด หรือโดยการจำกัดเวลาการพิจารณาคดีและนิรโทษกรรม Olsen และคณะยังเสนอต่ออีกว่าในกรณีที่มีคณะกรรมการค้นหาความจริงเป็นส่วนหนึ่งของกระบวนการเปลี่ยนผ่าน ความเป็นไปได้ที่จะมีผลบวกก็จะสูงมากขึ้นอีก¹⁹ Ricci ก็ให้เหตุผลที่คล้ายคลึงกัน โดยเขาได้ศึกษาในเชิงปริมาณแล้วพบว่าประเทศที่ใช้การผสมผสานระหว่างนิรโทษกรรมและการพิจารณาคดีนั้น“เป็นไปได้มากกว่าที่จะมีสันติภาพที่ยั่งยืนมากกว่าประเทศที่ใช้เพียงแค่งลไกเดียว”²⁰ งานวิจัยเหล่านี้บอกเป็นนัยว่าหากนิรโทษกรรมได้ถูกนำมาใช้ร่วมกับกลไกความยุติธรรมในระยะเปลี่ยนผ่านอื่นๆแล้วจะเพิ่มการคุ้มครองสิทธิมนุษยชน สิ่งเหล่านี้ได้ให้การสนับสนุนในเชิงประจักษ์ต่อแนวทางปฏิบัติที่ได้ ใช้อยู่ในข้อชี้แนะนี้ที่ว่าควรจะต้องพยายามมากที่สุดเท่าที่จะเป็นไปได้ให้นิรโทษกรรมได้รับการออกแบบให้เสริมกลไกที่จะก่อให้เกิดภาวะความรับผิดชอบและความจริง

การยอมรับถึงความยืดหยุ่นที่มีมาอย่างต่อเนื่องของกฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยสถานะของนิรโทษกรรม และความกังวลว่าการห้ามไม่ให้มีนิรโทษกรรมโดยเด็ดขาดสามารถที่ส่งผลกระทบต่อการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนในประเทศที่เผชิญกับความขัดแย้งหรือการปราบปรามหรือกำลังเปลี่ยนผ่านจากภาวะตึงเครียด ได้นำไปสู่ข้อเสนอสำหรับการสร้างข้อชี้แนะจำนวนหนึ่ง โดยกลุ่มของนักวิชาการและผู้ปฏิบัติงานที่มีความเป็นอิสระและมาจากหลายสาขาวิชาจากหลายภูมิภาคของโลก สำหรับผู้ที่กำลังจะทำการตัดสินใจหรือประเมินการตัดสินใจเกี่ยวกับนิรโทษกรรมและภาระความรับผิดชอบกลางหรือภายหลังจากความขัดแย้งหรือการปราบปรามสิ้นสุดลง

ข้อชี้แนะนี้อาศัยแหล่งข้อมูลทางกฎหมายระหว่างประเทศ เช่น สนธิสัญญาระหว่างประเทศและกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ คำตัดสินของศาลอาญาระหว่างประเทศและหน่วยงานด้านสิทธิมนุษยชน ปฏิญญาของสหประชาชาติ ข้อชี้แนะ ข้อมติ และมาตรฐานอื่นๆ รวมถึงกรณีศึกษาในระดับระหว่างประเทศ²¹ และการวิจัยที่มีอยู่ แนวทางคำอธิบายนี้ไล่เรียงกฎหมาย มาตรฐาน และแนวปฏิบัติที่สนับสนุนข้อชี้แนะแต่ละข้อ ตลอดจนคำอธิบายที่ให้แนวคิดในช่วงร่างข้อชี้แนะ

3. หลักการทั่วไป

ข้อชี้แนะข้อ 1. สร้างสมดุลระหว่างพันธกรณีต่างๆของรัฐ และวัตถุประสงค์ในการคุ้มครองสิทธิมนุษยชน

การตัดสินใจความถูกต้องตามกฎหมายของนิรโทษกรรมทั้งหลายนั้น มักจะเน้นที่ว่านิรโทษกรรมนั้นได้ขัดหรือแย้งกับหน้าที่ในการดำเนินคดีของรัฐหรือไม่ อย่างไรก็ตาม อาชญากรรมระหว่างประเทศและการละเมิดสิทธิมนุษยชนอย่างร้ายแรงได้สร้างพันธกรณีทางกฎหมายระหว่างประเทศหลายประการสำหรับรัฐ ซึ่งพันธกรณีเหล่านี้สามารถส่งผลกระทบต่อความถูกต้องตามกฎหมายของนิรโทษกรรมได้ทั้งสิ้น พันธกรณีเหล่านี้รวมถึง พันธกรณีที่จะสอบสวน ดำเนินคดี ให้การเยียวยาเหยื่อ ป้องกันไม่ให้อาชญากรรมและการล่วงละเมิดเกิดขึ้น และทำให้แน่ใจว่ามีการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนอย่างมีประสิทธิภาพสำหรับอนาคต ข้อชี้แนะข้อ 1(ก) เน้นถึงพันธกรณีเหล่านี้ทั้งหมดและสำรวจหน้าที่พันธกรณีเหล่านี้มีต่อความถูกต้องตามกฎหมายของนิรโทษกรรม ทั้งหมดนี้ควรจะต้องพิจารณาเทียบเคียงกับข้อชี้แนะข้อ 6 ซึ่งสำรวจองค์ประกอบที่เป็นเกณฑ์ของหน้าที่ในการดำเนินคดี และข้อชี้แนะข้อ 11 ซึ่งอธิบายว่าการกำหนดเงื่อนไขของนิรโทษกรรมจะมีผลกระทบต่อความถูกต้องตามกฎหมายและความชอบธรรมของนิรโทษกรรมได้อย่างไรบ้าง

เป็นที่ยอมรับกันอย่างแพร่หลายว่าพันธกรณีด้านสิทธิมนุษยชนของรัฐควรจะถูกมองว่า “แบ่งแยกมิได้ พึ่งพาซึ่งกันและกัน สัมพันธ์กัน และแน่นอนว่าสำคัญเท่ากันกับศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์”²² อย่างไรก็ตาม ในทางปฏิบัติแล้ว รัฐที่เผชิญกับความขัดแย้งและการ

เปลี่ยนผ่านอาจเผชิญกับความท้าทายหลายประการในการบรรลุพันธกรณีของตน (ดูข้อชี้แนะข้อ 3) และพันธกรณีเหล่านี้เองก็อาจจะไม่ลงรอยกันนัก ตัวอย่างเช่น นิรโทษกรรมสามารถจำกัดการบรรลุพันธกรณีที่ดำเนินคดีของรัฐเพื่อที่จะบรรลุพันธกรณีอื่นๆ เช่น การป้องกันการละเมิดสิทธิมนุษยชนอีก ในกรณีที่นิรโทษกรรมก่อให้เกิดความขัดแย้งระหว่างพันธกรณีทางกฎหมายที่แข่งขันกันอยู่ ไม่มีกฎหมายใดที่มีผลผูกพันที่จะระบุว่ารัฐควรจะแก้ไขความมีลักษณะขัดกันเหล่านี้ได้อย่างไร²³ อย่างไรก็ตาม คณะกรรมการกฎหมายระหว่างประเทศ (International Law Commission - ILC) แนะนำว่านักกฎหมายควรพยายามประสานมาตรฐานทางกฎหมายที่แข่งขันกันนี้ให้สอดคล้องกัน²⁴ คณะกรรมการได้ให้คำจำกัดความสำหรับประสานให้สอดคล้องกันนี้ว่าเป็น“หลักการซึ่งเป็นที่ยอมรับกันโดยทั่วไปที่ว่า เมื่อบรรทัดฐานหลายข้อมาเกี่ยวพันกับประเด็นใดประเด็นหนึ่งแล้ว บรรทัดฐานเหล่านั้นควรจะได้รับเกียรติความเท่าที่จะเป็นไปได้ เพื่อให้เกิดกลุ่มของพันธกรณีที่สอดคล้องกัน”²⁵ กระบวนการประสานให้สอดคล้องกันเช่นนี้อาจบังคับให้พันธกรณีที่แข่งขันกันอยู่นี้มาถ่วงดุลกันและกัน โดยยังผลให้พันธกรณีบางประการได้ถูก“จำกัดหรือทำให้สำคัญน้อยลง”โดยพันธกรณีอื่นๆ²⁶ บรรทัดฐานคำพิพากษาของศาลระหว่างประเทศและหน่วยงานติดตามตรวจสอบสิทธิมนุษยชนก็ได้ตั้งข้อสังเกตว่าพันธกรณีด้านสิทธิมนุษยชนไม่ได้เป็นสิ่งสัมบูรณ์ และเน้นถึงความสำคัญของการถ่วงดุลระหว่างพันธกรณีที่แข่งขันกันอยู่ แม้แต่เมื่อเกี่ยวข้องกับกรณีดำเนินคดีความผิดอาชญากรรม ตัวอย่างเช่น ความเห็นพ้องอันหนึ่งของประธานศาลสิทธิมนุษยชนแห่งทวีปอเมริกาที่มีผู้พิพากษาอีกสี่คนสนับสนุน ในคดี *El Mozote v El Salvador* ได้ยอมรับถึงความสำคัญของการถ่วงดุลกันระหว่างสิทธิในสันติภาพของเหยื่อกับหน้าที่ที่จะดำเนินคดีกับการละเมิดสิทธิมนุษยชนอย่างร้ายแรง ความเห็นพ้องนี้ให้เหตุผลว่า“สิทธิและพันธกรณีเหล่านั้นไม่ได้เป็นสิ่งสัมบูรณ์ ถือเป็นกรอบธรรมที่จะนำมาถ่วงน้ำหนักกัน โดยไม่ให้การปฏิบัติตามสิทธิหรือพันธกรณีข้อใดมาส่งผลกระทบต่อการทำตามข้ออื่นๆอย่างไม่ได้สัดส่วน”²⁷ ในกรณีที่นิรโทษกรรมก่อให้เกิดความขัดกันระหว่างพันธกรณีทางกฎหมายต่างๆของรัฐ ข้อชี้แนะข้อ 1(ก) ได้แนะนำว่าควรพยายามประสานให้พันธกรณีดังกล่าวสอดคล้องกัน โดยมีเป้าประสงค์โดยรวมที่จะคุ้มครองสิทธิมนุษยชนและบรรลุพันธกรณีทั้งหลายของรัฐอย่างเต็มที่ที่สุดเท่าที่จะทำได้

วัตถุประสงค์เชิงนโยบายรวมทั้งพันธกรณีทางกฎหมายเป็นตัวกำหนดรูปร่างของการออกแบบนิรโทษกรรมและกระบวนการความยุติธรรมในระยะเปลี่ยนผ่านอื่นๆ ข้อชี้แนะข้อ 1(ข) ได้ให้ตัวอย่างของวัตถุประสงค์เชิงนโยบายที่เกี่ยวข้อง และยอมรับว่าถึงแม้ว่าการบรรลุวัตถุประสงค์เหล่านี้จะเป็นที่พึงประสงค์ สิ่งเหล่านี้มักจะไม่สามารถบรรลุได้ในเวลาเดียวกันหรือบรรลุได้อย่างรวดเร็ว ดังนั้น ข้อชี้แนะข้อนี้จึงแนะนำว่าวัตถุประสงค์เหล่านี้อาจจำเป็นต้องถูกนำมาถ่วงดุลกันและกัน และต้องถูกถ่วงดุลกับพันธกรณีของรัฐ

ข้อชี้แนะข้อ 2. ภาระความรับผิดชอบ

ภาวะความรับผิดชอบได้กลายเป็นหลักการสำคัญของความพยายามที่จะจัดการกับผลพวงของอาชญากรรมระหว่างประเทศและการละเมิดสิทธิมนุษยชนอย่างร้ายแรง ข้อชี้แนะข้อ 2 ยืนยันถึงความสำคัญของการให้ผู้กระทำความผิดต้องมีความรับผิดชอบ²⁸ สำหรับนักกฎหมายแล้ว ภาวะความรับผิดชอบโดยมากจะเกี่ยวข้องกับภาวะความรับผิดชอบบุคคลหรือภาวะความรับผิดชอบของรัฐภายใต้สถาบันตุลาการหรือสถาบันกึ่งตุลาการ²⁹ ข้อชี้แนะข้อ 2 อาศัยแนวทางการศึกษาแบบสหวิทยาการทางสังคมศาสตร์³⁰ ซึ่งโดยทั่วไปแล้วจะมองถึงภาวะความรับผิดชอบในรูปแบบที่กว้างพอที่จะพยายามเอาผิดกับทั้งบุคคลและสถาบัน บริษัท หรือองค์กรอื่นๆที่ต้องรับผิดชอบต่อการกระทำของตน ที่จะเกิดขึ้นได้โดยกระบวนการนอกเหนือจากสถาบันทางกฎหมายที่เป็นทางการ และที่จะพยายามสนับสนุนจุดมุ่งหมายทางสังคมต่างๆ ในวงที่กว้างกว่าจุดมุ่งหมายที่แต่เดิมแล้วมักจะเป็นจุดมุ่งหมายของการดำเนินคดีอาญา การยืนยันในข้อชี้แนะข้อ 2 ที่ว่าผู้ที่ต้องรับผิดชอบต่ออาชญากรรมระหว่างประเทศและการละเมิดสิทธิมนุษยชนอย่างร้ายแรงควรจะต้องมีความรับผิดชอบ ที่ได้ระบุถึงอีกครั้งในข้อชี้แนะข้อ 6 นั้น อาศัยมาตรฐานทางกฎหมาย และการวิเคราะห์ทางสังคมศาสตร์ว่าด้วยความสำคัญของภาวะความรับผิดชอบ

โดยอาศัยงานวิจัยจากหลากหลายสาขาวิชาเหล่านี้ ข้อชี้แนะข้อ 2 จึงระบุองค์ประกอบหลักของกระบวนการสร้างภาวะความรับผิดชอบที่มีประสิทธิผล กลไกความยุติธรรมในระยะเปลี่ยนผ่านทั้งหลายสามารถที่จะทำให้เกิดองค์ประกอบเหล่านี้ได้ในระดับที่แตกต่างกันไป เช่น การดำเนินคดีอาญาสามารถที่จะให้เกิดมิติในการบังคับใช้กฎหมายกับภาวะรับผิดชอบรายบุคคลโดยอาศัยการพิพากษาว่ากระทำผิดและการพิพากษาลงโทษ แต่ก็อาจสร้างสิ่งจูงใจให้ผู้กระทำความผิดปิดบัง แทนที่จะรับผิดชอบต่อการกระทำของตน³¹ กลไกภาวะความรับผิดชอบที่ไม่ใช่ของศาล อย่างเช่น คณะกรรมการค้นหาความจริง การสอบสวนสาธารณะ คณะกรรมการของสภา ผู้ตรวจการแผ่นดิน หรือคณะกรรมการสิทธิมนุษยชน โครงการประเมินตรวจสอบ และกลไกยุติธรรมกระแสหลักหรือกลไกยุติธรรมเชิงสมานฉันท์ สามารถระบุตัวบุคคลที่จะต้องมีความรับผิดชอบ กำหนดให้ผู้กระทำความผิดต้องยอมรับและอธิบายการกระทำหรือการละเว้นของตน และบังคับใช้สภาพบังคับได้หลายอย่าง กระบวนการเหล่านี้สามารถเผยความจริงที่อาจจะไม่ปรากฏหากไม่ทำเช่นนี้ และยังสามารถเผยถึงแบบแผนที่กว้างกว่าของการล่วงละเมิดและความไม่เป็นธรรมเชิงโครงสร้าง ตามที่ได้พูดถึงในข้อชี้แนะข้อ 15 สามารถที่จะออกแบบสภาพบังคับที่บังคับใช้กับผู้กระทำความผิดแต่ละคน ให้แยกแยะตามความร้ายแรงของความผิดหรือระดับของความเป็นผู้ผิด

ถึงแม้ว่านิรโทษกรรมจะได้รับการออกแบบให้จำกัดการดำเนินคดี ตามที่ได้พูดถึงในข้อชี้แนะข้อ 5 นิรโทษกรรมอย่างจำกัดสามารถเสริมยุทธศาสตร์การเลือกดำเนินคดี นอกจากนั้น นิรโทษกรรมยังไม่จำเป็นเสมอไปที่จะต้องไปขัดขวางการดำเนินงานของกลไกภาวะความรับผิดชอบที่ไม่ใช่การดำเนินคดี และตามที่ได้กล่าวถึงในข้อชี้แนะข้อ 5 ข้อ 10 และ ข้อ 11 การให้นิรโทษกรรมเป็นรายบุคคลสามารถที่จะวางอยู่บนเงื่อนไขของ

การเข้าร่วมในกระบวนการภาวะความรับผิดชอบ ด้วยเหตุนี้เอง ข้อชี้แนะข้อ 2 จึงจบลงด้วยการระบุว่านิรโทษกรรมสามารถช่วยให้เกิดภาวะความรับผิดชอบได้

ข้อชี้แนะข้อ 3. บทบาทของการดำเนินคดี

ข้อชี้แนะข้อ 3 (ก) เน้นถึงความสำคัญของการดำเนินคดีสำหรับอาชญากรรมระหว่างประเทศและความผิดอุกฉกรรจ์อื่น และยอมรับว่าการดำเนินคดีเหล่านี้สามารถจะสนับสนุนการบรรลุวัตถุประสงค์หลายประการ รวมถึง การลงโทษเพื่อข่มขวัญยับยั้ง การลงโทษเพื่อแก้แค้นทดแทน การลงโทษเพื่อแก้ไขฟื้นฟู การแสดงออกซึ่งค่านิยมว่าด้วยหลักนิติธรรม และการปรองดอง อย่างไรก็ตาม หลังจากเกิดการทำผิดกฎหมายในวงกว้าง ไม่เสมอไปที่จะเป็นไปได้ หรือเหมาะกับสถานการณ์ ที่จะดำเนินคดีกับผู้กระทำความผิดทุกคน เพราะว่ามีความท้าทายในทางกฎหมาย การเมือง และสังคม บรรดาความท้าทายที่ปรากฏอยู่ในวรรค (ข) อธิบายให้เห็นอย่างชัดเจนว่าทำไม“ในที่สุดแล้ว ในประเทศที่ผ่านความขัดแย้งมา ผู้กระทำความผิดอุกฉกรรจ์ส่วนใหญ่จำนวนมาก...จะไม่มีวันได้ถูกพิจารณาคดี ไม่ว่าจะในระดับระหว่างประเทศหรือภายในประเทศ”³² อย่างที่เลขาธิการสหประชาชาติได้ยอมรับไว้ เพื่อจัดการกับ“ช่องว่างของการไม่ต้องถูกลงโทษ”นี้ เลขาธิการสหประชาชาติจึงได้แนะนำว่าพนักงานอัยการควรจะพัฒนานโยบายการดำเนินคดีที่“เล็งผลเชิงยุทธศาสตร์ มีเกณฑ์ที่ชัดเจน และคำนึงถึงบริบททางสังคม”³³ วรรค (ค) ได้นำแนวปฏิบัตินี้มาใช้ โดยได้อาศัยนัยที่ยุทธศาสตร์เหล่านั้นมีต่อการดำเนินคดีสำหรับการละเมิดสิทธิมนุษยชนในวงกว้าง และได้บอกว่าการเลือกดำเนินคดีอย่างที่ได้ปฏิบัติกันในระบบความยุติธรรมทางอาญาของแต่ละประเทศ ศาลอาญาระหว่างประเทศและศาลลูกผสมอาจเป็นตัวเลือกที่เหมาะสม³⁴ ประสพการณ์ต่างๆได้แสดงให้เห็นว่ายุทธศาสตร์การเลือกดำเนินคดีอาจส่งผลให้ผู้กระทำความผิดบางคนเท่านั้นถูกสั่งฟ้อง ในขณะที่ผู้กระทำความผิดคนอื่นจะได้รับประโยชน์จากนิรโทษกรรม ตัวอย่างเช่น ศาลลูกผสมของกัมพูชาและเซียร์ราลีโอนสั่งฟ้องเพียงแค่สัดส่วนเล็กน้อยของผู้กระทำความผิดของแต่ละประเทศเท่านั้น (ร้อยละ 5³⁵ และร้อยละ 13³⁶ ตามลำดับ) ซึ่งเท่ากับปล่อยให้ผู้กระทำความผิดคนอื่นๆหลายพันคนได้รับประโยชน์จากนิรโทษกรรม วรรค (ง) จึงสรุปด้วยการบอกว่านิรโทษกรรมที่นำมาใช้ควบคู่ไปกับยุทธศาสตร์การเลือกดำเนินคดี สามารถที่จะสอดคล้องกับพันธกรณีระหว่างประเทศของรัฐและอาจเอื้อโดยตรงต่อวัตถุประสงค์ที่โดยปรกติแล้วเกี่ยวข้องกับ การดำเนินคดี³⁷

ข้อชี้แนะข้อ 4. บทบาทของนิรโทษกรรม

ข้อชี้แนะข้อ 4 (ก) อธิบายว่าสามารถตรานิรโทษกรรมเพื่อวัตถุประสงค์เชิงบวกที่หลากหลาย ถึงแม้ว่าวัตถุประสงค์ที่อยู่เบื้องหลังนิรโทษกรรมมักจะไม่ค่อยโปร่งใสเต็มที่ การยอมรับความแตกต่างเหล่านี้เป็นสิ่งสำคัญ เพราะวัตถุประสงค์สามารถกำหนดขอบข่ายของนิรโทษกรรม โดยที่ขอบข่ายนี้ก็สามารถส่งผลกระทบต่อความถูกต้องตามกฎหมาย

และความชอบธรรมของนิรโทษกรรมได้ ข้อชี้แนะเบลฟัสต์นี้ใช้“ความชอบธรรม”ในจุดนี้ และจุดอื่นๆ เป็นเงื่อนไขหนึ่งสำหรับนโยบายและการตัดสินใจที่เกี่ยวข้องกับนิรโทษกรรม เพราะคณะผู้ร่างข้อชี้แนะรู้สึกว่าการชอบธรรมเป็นแนวคิดที่กว้างขวางกว่าความถูกต้องตามกฎหมาย ความชอบธรรมถูกมองว่าเกี่ยวข้องกับขอบเขตเช่นที่นิรโทษกรรมถูกสร้างขึ้นโดยอาศัยกระบวนการประชาธิปไตยและการมีส่วนร่วม (ดู ข้อชี้แนะข้อ 14) ที่บุคคลและชุมชนมีส่วนร่วมเกี่ยวข้องกับนิรโทษกรรม (ดู ข้อชี้แนะข้อ 16) และที่นิรโทษกรรมถือเป็นส่วนหนึ่งของยุทธศาสตร์องค์รวมสำหรับสันติภาพ ความยุติธรรม และการปรองดอง ความชอบธรรมถูกมองว่าเป็นองค์ประกอบสำคัญของนิรโทษกรรมที่จะบรรลุผลในเชิงบวก

ข้อชี้แนะข้อ 4 (ข) ตั้งใจที่จะแยกแยะระหว่างนิรโทษกรรมที่ชอบธรรมกับนิรโทษกรรมที่ไม่ชอบธรรม ตามแนวทางการถ่วงดุลที่ใช้ในข้อชี้แนะฉบับนี้ในภาพรวมนั้น การแยกแยะนี้ไม่ได้อยู่บนพื้นฐานของหน้าที่ในการดำเนินคดีแต่อย่างเดียว หากแต่คำนึงถึงขอบเขตที่นิรโทษกรรมได้ถูกออกแบบมาเพื่อเอื้อหรือเพื่อขัดขวางการบรรลุพันธกรณีระหว่างประเทศและวัตถุประสงค์เชิงนโยบายของรัฐ ในกรณีที่นิรโทษกรรมตั้งใจที่จะบรรลุพันธกรณีให้หลายประการให้ได้มากที่สุดเท่าที่จะทำได้ นิรโทษกรรมนั้นก็จะมีแนวโน้มที่จะถูกมองว่าชอบธรรม ในขณะที่นิรโทษกรรมที่มีเป้าหมายที่จะให้เกิดการไม่ต้องถูกลงโทษโดยไม่เคารพต่อหน้าที่ในการดำเนินคดีหรือพันธกรณีระหว่างประเทศอื่นๆ ของรัฐมากนั้นก็จะมีแนวโน้มที่จะถูกมองว่าไม่ชอบธรรม แนวทางนี้ชัดเจนว่าได้แยกแยะนิรโทษกรรมที่มีเงื่อนไขที่ได้แนะนำไปในข้อชี้แนะข้อ 11 และข้อ 12 ออกจากนิรโทษกรรมที่ไม่มีเงื่อนไข และแนวทางนี้ก็ควรที่จะได้รับการพิจารณาควบคู่ไปกับการปฏิเสธการนิรโทษกรรมตนเองตามข้อชี้แนะข้อ 14 (จ) ส่วนข้อชี้แนะข้อ 14 (ข) ได้บอกว่าตัวแสดงทั้งในระดับภายในประเทศและระหว่างประเทศมีแนวโน้มที่จะมองว่านิรโทษกรรมนั้นชอบธรรม หากนิรโทษกรรมได้รับการออกแบบให้สนับสนุนความพยายามที่จะคุ้มครองสิทธิมนุษยชนผ่านมาตรการที่จะลดความขัดแย้งที่ใช้ความรุนแรง ทำให้แน่ใจว่าการเปลี่ยนผ่านจะมีเสถียรภาพ แก้ไขผลพวงของการละเมิดสิทธิมนุษยชนในอดีต และส่งเสริมความร่วมมือที่บุคคลผู้กระทำความผิดมีให้กับโครงการเพื่อการค้นหาความจริง ภาระความรับผิดชอบ และความปรองดอง ตัวอย่างของการสนับสนุนในระดับระหว่างประเทศที่มีให้กับนิรโทษกรรมเช่นว่านี้สามารถพบได้ในนโยบายทั้งหลายขององค์การระหว่างประเทศ ยกตัวอย่างเช่น เลขาธิการสหประชาชาติได้ยอมรับว่า“นิรโทษกรรมที่มีการออกแบบมาอย่างรอบคอบสามารถช่วยในการหวนคืนและบูรณาการสู่สังคมเดิม”ของอดีตพลรบได้³⁸ เนื่องจากเชื่อกันว่าการเสนอให้นิรโทษกรรมจะกระตุ้นให้พลรบจำนวนมากขึ้นมาเข้าร่วมโครงการปลดอาวุธ ปลดประจำการ และบูรณาการสู่สังคมเดิม (Disarmament, Demobilisation, and Reintegration - DDR) ด้วยการทำให้มั่นใจอีกครั้งว่าพวกเขาจะไม่ถูกตั้งข้อหาทางอาญาหากพวกเขาได้ยอมจำนน นอกจากนั้นแล้วการใช้นิรโทษกรรมมากกระตุ้นให้ผู้พลัดถิ่นและผู้ลี้ภัยกลับมายังประเทศบ้านเกิดของตนก็ได้รับการสนับสนุนจากเอกสารนโยบายของสำนักงานข้าหลวงใหญ่ผู้ลี้ภัยสหประชาชาติ³⁹

ข้อชี้แนะข้อ 5. การเชื่อมโยงนิรโทษกรรมเข้ากับภาระความรับผิดชอบ

โดยทั่วไปแล้ว รัฐไม่ได้เผชิญกับสถานการณ์ที่ต้องเลือกอย่างใดอย่างหนึ่งระหว่างภาระความรับผิดชอบในรูปแบบทางศาลกับในรูปแบบที่ไม่ใช่ศาล แต่ที่จริงแล้ว กลไกหลายประการสามารถออกแบบให้เสริมกันได้ ซึ่งก็คือการทำงานไปพร้อมกันในหลายระดับ (ระดับระหว่างประเทศ ระดับประเทศ หรือระดับท้องถิ่น) หรือการบรรลุเป้าหมายที่แตกต่างกัน กลไกเหล่านี้ยังสามารถจัดลำดับเวลาให้ทำหน้าที่ของตนตามลำดับเฉพาะ การกำหนดลำดับนี้อาจเป็นผลมาจากเงื่อนไขทางการเมืองหรือความสามารถที่กระบวนการหนึ่งจะมีผลต่ออีกกระบวนการหนึ่ง ตัวอย่างเช่น ผลการศึกษาของกระบวนการค้นหาความจริงกระบวนการหนึ่งสามารถนำมาใช้เป็นหลักฐานในการพิจารณาคดีอาญาได้ในภายหลัง นิรโทษกรรมสามารถที่จะเสริมการดำเนินคดีอาญาได้ในกรณีที่นิรโทษกรรมถูกออกแบบมาให้ยังคงมีความเป็นไปได้ที่จะดำเนินคดีกับความผิดทางอาญา (ดู ข้อชี้แนะข้อ 6) หรือผู้กระทำความผิด (ดู ข้อชี้แนะข้อ 8) ซึ่งถูกยกเว้นจากขอบข่ายของนิรโทษกรรม หรือกับผู้กระทำความผิดที่ไม่ได้บรรลุเงื่อนไขของนิรโทษกรรม (ดู ข้อชี้แนะข้อ 11) ข้อชี้แนะข้อ 5 ได้ไล่เรียงหนทางบางประการที่กระบวนการเสริมเหล่านี้จะสามารถเป็นประโยชน์ได้

ในคำตัดสินว่าด้วยนิรโทษกรรมในคดีของนายเอียง ชารี เมื่อปี ค.ศ.2011 ที่ประชุมพิจารณาคดีแห่งที่ประชุมวิสามัญในศาลกัมพูชาได้ระบุว่า “บางนิรโทษกรรมที่มีเงื่อนไขอย่างเช่นนิรโทษกรรมซึ่งอนุญาตให้มีภาระความรับผิดชอบอยู่บางรูปแบบนั้นเป็นที่เห็นชอบกันอย่างแพร่หลาย อย่างในกรณีของแอฟริกาใต้ซึ่งได้ให้นิรโทษกรรมในฐานะเป็นส่วนหนึ่งของกระบวนการปรองดอง”⁴⁰ คำตัดสินยังระบุต่ออีกว่า “นิรโทษกรรมเช่นนี้โดยทั่วไปแล้วก็ไม่ได้ถูกทำให้เป็นโมฆะ แต่ก็ถูกใช้เฉพาะกรณีไป ขึ้นกับปัจจัยหลายประการ รวมถึงกระบวนการในการตรากฎหมายนิรโทษกรรม เนื้อหาและขอบข่ายของนิรโทษกรรม และว่าได้ให้มีภาระความรับผิดชอบในรูปแบบอื่นหรือไม่”⁴¹ ที่ประชุมสรุปว่านิรโทษกรรมสำหรับอาชญากรรมระหว่างประเทศนั้น “โดยเฉพาะอย่างยิ่งหากไม่ได้มาพร้อมกับภาระความรับผิดชอบในรูปแบบใดรูปแบบหนึ่งแล้วจะขัดกันกับเป้าหมาย”(เน้น โดยผู้เขียน)ของการให้ผู้กระทำความผิดมีภาระรับผิดชอบและการให้การเยียวยาที่มีประสิทธิภาพแก่เหยื่อ⁴² เรื่องนี้บอกเป็นนัยว่าหากนิรโทษกรรมมาพร้อมกับภาระความรับผิดชอบรูปแบบใดรูปแบบหนึ่ง ศาลอาจพิจารณาถึงความข้อนี้ด้วย ข้อชี้แนะข้อ 5 มีแนวทางที่คล้ายคลึงกัน โดยได้กล่าวสนับสนุนว่าโดยมากที่สุดเท่าที่จะเป็นไปได้แล้วนั้น นิรโทษกรรมควรจะต้องอยู่บนเงื่อนไขว่าบุคคลที่กระทำความผิดจะต้องเข้าร่วมกระบวนการที่จะทำให้แน่ใจว่าภาระความรับผิดชอบจะเกิดขึ้นผ่านกลไกทางศาลและกลไกที่ไม่ใช่ทางศาล

4. ขอบข่ายของนิรโทษกรรม

ข้อชี้แนะข้อ 6. นิรโทษกรรมและพันธกรณีระหว่างประเทศในการดำเนินคดี

ข้อชี้แนะข้อ 6 กล่าวถึงประเด็นปัญหาที่เป็นที่ถกเถียงกันมากที่สุดในเรื่องความถูกต้องตามกฎหมายและความชอบธรรมของนิรโทษกรรม เมื่อคำนึงถึงหน้าที่ที่จะดำเนินคดีของรัฐ คณะผู้ร่างข้อชี้แนะพยายามที่จะระบุขอบข่ายของมาตรฐานทางกฎหมายที่มีอยู่ในปัจจุบัน และเน้นถึงส่วนที่กฎหมายยังไม่มีข้อยุติ เนื่องด้วยธรรมชาติอันเป็นที่ถกเถียงกันของหน้าที่ที่จะดำเนินคดี ข้อชี้แนะข้อ 6 จึงได้มุ่งที่จะเน้นบริเวณที่รัฐยังคงมีความยืดหยุ่นในการกำหนดแนวทางการนิรโทษกรรมของตน อย่างไรก็ตาม คณะผู้ร่างปฏิเสธที่จะให้กฎเกณฑ์ใดๆ เพราะพันธกรณีทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการนิรโทษกรรมในระดับชาติอาจขึ้นอยู่กับปัจจัยมากมาย เช่น อาชญากรรมนั้นเกิดขึ้นเมื่อใด ธรรมชาติของความผิดเหล่านั้นเป็นเช่นไร รัฐนั้นเป็นภาคีของสนธิสัญญาที่เกี่ยวข้องหรือไม่และเป็นตั้งแต่เมื่อใด และรัฐนั้นอยู่ภายใต้เขตอำนาจของศาลระหว่างประเทศหรือไม่

วรรค (ข) ได้บอกว่าไม่มีสนธิสัญญาระหว่างประเทศอันใดที่ห้ามนิรโทษกรรมอย่างชัดเจน ที่จริงแล้ว เมื่อมีการถกเถียงกันถึงความเป็นไปได้ที่จะตั้งเอาการห้ามไม่ให้มีนิรโทษกรรมเข้ามาอยู่ด้วย ระหว่างการเจรจาว่าด้วยธรรมนูญกรุงโรมแห่งศาลอาญาระหว่างประเทศ ค.ศ.1998⁴³ และอนุสัญญาระหว่างประเทศว่าด้วยการป้องกันบุคคลทุกคนจากการหายสาบสูญโดยถูกบังคับ ค.ศ.2006⁴⁴ นั้น พบว่าเป็นประเด็นที่ก่อให้เกิดความไม่เห็นพ้องกัน ในหมู่รัฐที่เจรจากันอยู่มากจนสนธิสัญญาที่เป็นผลจากการเจรจานั้นไม่ได้เอ่ยถึงนิรโทษกรรมเลยแม้แต่น้อย ตามที่จะได้อภิปรายต่อไปด้านล่าง トラบจนทุกวันนี้ การอ้างถึงนิรโทษกรรมอย่างชัดเจนในสนธิสัญญาทั้งหลายนั้นมีอยู่เพียงจุดเดียว ได้แก่ในมาตรา 6(5) ของพิธีสารเพิ่มเติมอนุสัญญาเจนีวา ฉบับที่ 2 ซึ่งเกี่ยวข้องกับการขัดกันทางอาวุธภายในประเทศ โดยการอ้างถึงนี้ได้กระตุ้นให้รัฐ“ให้นิรโทษกรรมที่กว้างที่สุดเท่าที่จะเป็นไปได้แก่บุคคลซึ่งได้มีส่วนร่วมในการขัดกันทางอาวุธ” เมื่อการสู้รบสิ้นสุดลง⁴⁵

การไม่มีข้อห้ามหมายความว่ากรณีที่นิรโทษกรรมอาจจะมาขัดกันกับพันธกรณีระหว่างประเทศในการดำเนินคดีมากน้อยเพียงใดนั้น โดยทั่วไปแล้วจะประเมินกันบนพื้นฐานของกรณีความดีความชอบของระบอบกฎหมายระหว่างประเทศสามารถบอบที่แตกต่างกันไป ได้แก่ กฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ กฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ และกฎหมายอาญาระหว่างประเทศ⁴⁶ การทำเช่นนี้ต้องอาศัยบ่อเกิดของกฎหมายระหว่างประเทศที่แตกต่างกันไป ซึ่งรวมถึง สนธิสัญญาระหว่างประเทศ กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ และหลักนิติศาสตร์ระหว่างประเทศ ข้อชี้แนะเบลฟัสต์นี้ใช้แนวทางกว้าง โดยอ้างถึงหน้าที่ที่จะดำเนินคดีกับการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ การฝ่าฝืนกฎหมายมนุษยธรรมอย่างร้ายแรงในความขัดแย้งระหว่างประเทศและในประเทศ การทรมานและการหายสาบสูญโดยถูกบังคับ รวมถึงการละเมิดสิทธิมนุษยชนอย่างร้ายแรง อย่างไรก็ตาม เพื่อที่จะสะท้อนระบอบและบ่อเกิดที่แตกต่างกันออกไปที่เป็นรากฐานของหน้าที่ที่จะดำเนินคดี ข้อชี้แนะเบลฟัสต์นี้ปฏิเสธที่จะระบุถึงหน้าที่ที่จะดำเนินคดีที่เป็นรูปแบบเดียวกันทั้งหมดที่สามารถนำมาใช้ได้กับอาชญากรรมและการละเมิดที่แตกต่างกัน

เหล่านี้ และ เพื่อให้เกิดความชัดเจนและความถูกต้องแม่นยำ จึงได้นำระบอบกฎหมาย และบ่อเกิดเหล่านี้มาวิเคราะห์ต่างหากในข้อชี้แนะข้อ 6 แทน⁴⁷

นिरโทษกรรมกับอาชญากรรมที่ถูกห้ามโดยสนธิสัญญาระหว่างประเทศ

วรรค (ค) ได้ทบทวนพันธกรณีในการดำเนินคดีที่เกิดจากสนธิสัญญาว่าด้วยการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์⁴⁸ “การฝ่าฝืนอย่างร้ายแรง” ต่ออนุสัญญาเจนีวา⁴⁹ การทรมาน⁵⁰ และการทรมานสาบสูญโดยถูกบังคับ⁵¹ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง วรรค นี้ได้อาศัยถ้อยคำของอนุสัญญาว่าด้วยการทรมาน และอนุสัญญาว่าด้วยการหายสาบสูญโดยถูกบังคับ ซึ่งได้ระบุว่า การตัดสินใจจะดำเนินคดีกับอาชญากรรมเหล่านี้ควรจะทำโดยหน่วยงานระดับชาติที่มีอำนาจหน้าที่ในการดำเนินคดี “ในลักษณะเดียวกับในกรณีของความผิดทั่วไปที่มีลักษณะอุกฉกรรจ์ภายใต้กฎหมายของรัฐภาคีนั้น”⁵² โดยสอดคล้องกับการอภิปรายถึงการเลือกดำเนินคดีที่อยู่ในข้อชี้แนะข้อ 3 วรรค นี้บอกว่าหน่วยงานระดับชาติที่มีอำนาจหน้าที่ในการดำเนินคดีสามารถอาศัยหลักเกณฑ์การใช้ดุลยพินิจที่มีอยู่แล้ว ซึ่งในบางสถานการณ์อาจส่งผลให้ตัดสินใจไม่ดำเนินคดี วรรค นี้จบลงด้วยการบอกว่าแม้แต่ในกรณีที่สนธิสัญญาสร้างพันธกรณีที่ควรดำเนินคดี รัฐจะไม่ได้ละเมิดพันธกรณีของตนเสนอไป หากรัฐไม่ได้ดำเนินคดีกับผู้กระทำความผิดทุกคน หรือการกระทำความผิดทางอาญาในทุกกรณี เนื่องจากใช้ดุลยพินิจในการดำเนินคดี การตัดสินใจเลือกหรือเร่งคดีควรจะต้องอยู่บนพื้นฐานของกฎเกณฑ์ที่โปร่งใสและไม่ลำเอียง

นिरโทษกรรมกับกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ

วรรค (ค) ของข้อชี้แนะที่ 6 กล่าวถึงด้านที่ยังเป็นที่ถกเถียงกันมากที่สุดของกฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยนिरโทษกรรม ซึ่งก็คือ ขอบเขตที่นिरโทษกรรมสำหรับอาชญากรรมระหว่างประเทศจะถูกห้ามบังคับใช้ภายใต้กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ นี่เป็นประเด็นสำคัญเป็นพิเศษสำหรับอาชญากรรมต่อมนุษยชาติ และอาชญากรรมสงครามที่ก่อขึ้นในการขัดกันทางอาวุธภายในประเทศ เนื่องจากพันธกรณีของรัฐในเรื่องอาชญากรรมเหล่านี้เบื้องต้นแล้วอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ

ตามที่ธรรมนูญศาลยุติธรรมระหว่างประเทศได้ระบุไว้ กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศมีต้นกำเนิดจากแนวปฏิบัติของรัฐ (หรือก็คือ การกระทำ หรือ การละเว้นไม่กระทำของรัฐ) และความเชื่อของรัฐว่ามีหน้าที่ต้องปฏิบัติอย่างใดอย่างหนึ่ง หรือละเว้นการปฏิบัติอย่างใดอย่างหนึ่ง ที่เรียกกันว่า *opinio juris* (หมายความว่า การปฏิบัติของรัฐต้องมีแรงจูงใจจากความเชื่อว่ามีหน้าที่ต้องปฏิบัติเช่นนั้น)⁵³ ทั้งนี้ ในหัวข้อนี้จะทบทวนหลักฐานสำหรับทั้งสองบ่อเกิดดังกล่าว คำพิพากษาของศาลระหว่างประเทศที่เป็นบรรทัดฐานและความเห็นของหน่วยงานที่มีอำนาจหน้าที่ ได้รวมก่อให้เกิดความเห็นกว้างขวางที่สนับสนุนว่ามีหน้าที่เชิงจารีตประเพณีในการดำเนินคดีกับอาชญากรรม

ระหว่างประเทศ อย่างไรก็ตาม คณะผู้ร่างตระหนักดีว่าถึงแม้จะพบว่าหน้าที่ดังกล่าวมีอยู่ ก็ไม่จำเป็นต้องหมายความว่าหน้าที่ที่สัมบูรณ์ และไม่ได้หมายความว่าจะตัดสิทธิการใช้สิทธินิโทษกรรมในทุกกรณี เนื่องด้วยวรรค (ค) เกี่ยวกับการมีอยู่ของข้อห้ามตามกฎหมายจารีตประเพณีไม่ให้ใช้สิทธินิโทษกรรม มากกว่าจะเกี่ยวกับหน้าที่เชิงจารีตประเพณีที่ให้ดำเนินคดีโดยเฉพาะ หัวข้อนี้โดยหลักแล้วจะมุ่งเน้นเรื่องบ่อเกิดซึ่งเกี่ยวข้องโดยตรงกับสถานะของนิโทษกรรมภายใต้กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ

ศาลระหว่างประเทศและศาลลูกผสมได้ใช้บทกฎหมายและบรรทัดฐานคำพิพากษา ในการนิยามและดำเนินคดีกับอาชญากรรมต่อมนุษยชาติและอาชญากรรมสงครามที่เกิดขึ้นในการขัดกันทางอาวุธภายในประเทศ ในการนี้ ศาลได้ตัดสินเกี่ยวกับหน้าที่ที่จะดำเนินคดีเหล่านี้ภายใต้กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ ในบางคดี ศาลยังได้แสดงความเห็นว่าข้อห้ามตามกฎหมายจารีตประเพณีต่อนิโทษกรรมนั้นมีอยู่หรือไม่ด้วย ตัวอย่างเช่น มีสองคดีที่ศาลอาญาระหว่างประเทศสำหรับอดีตยูโกสลาเวีย (International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia - ICTY) ได้พิจารณาเกี่ยวกับนิโทษกรรมที่สมมติขึ้น (หรืออ้างว่ามี) สำหรับความผิดระหว่างประเทศ และได้ตัดสินว่านิโทษกรรมนั้นถูกห้ามภายใต้กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ⁵⁴ อย่างไรก็ตาม คำตัดสินเหล่านี้ไม่ได้อ้างถึงแนวการปฏิบัติของรัฐเพื่อสนับสนุนจุดยืนของศาล เมื่อศาลลูกผสมในเซียร์ราลีโอนและกัมพูชาได้รับการขอร้องให้พิจารณาถึงสถานะของนิโทษกรรมที่มีอยู่ ศาลได้มีข้อสรุปที่แตกต่างจากข้อสรุปของศาลอาญาระหว่างประเทศสำหรับอดีตยูโกสลาเวีย ตัวอย่างเช่น ที่ประชุมอนุธรรมนูญแห่งศาลพิเศษเซียร์ราลีโอนซึ่งได้ยอมรับจุดยืนที่เสนอโดย Antonio Cassese และอ้างว่า“ยังไม่มีพันธกรณีทั่วไปใดที่ให้รัฐละเว้นจากนิโทษกรรม” สำหรับอาชญากรรมต่อมนุษยชาติ และอ้างว่า“หากรัฐใดผ่านกฎหมายเช่นนั้น รัฐนั้นก็ไม่ได้ฝ่าฝืนหลักเกณฑ์จารีตประเพณี”⁵⁵ ต่อจากนั้น ที่ประชุมพิจารณาคดีแห่งที่ประชุมวิสามัญในศาลกัมพูชา ซึ่งได้ทำการศึกษาทบทวนที่ครอบคลุมกว้างขวางที่สุดเท่าที่ศาลอาญาระหว่างประเทศใดๆ จะได้เคยทำมาเกี่ยวกับแนวปฏิบัติของรัฐ พบว่า“แนวปฏิบัติของรัฐที่เกี่ยวกับอาชญากรรมอุกฉกรรจ์ระหว่างประเทศอื่นๆ[ซึ่งไม่ได้ถูกห้ามโดยสนธิสัญญา]นั้น กล่าวได้ว่าไม่ได้เป็นรูปแบบเดียวกันทั้งหมดมากพอที่จะให้เกิดข้อห้ามสัมบูรณ์อันหนึ่งเพื่อมาใช้กับอาชญากรรมทั้งหมด”⁵⁶ นั่นจึงเป็นการสมเหตุสมผลที่จะบอกว่าแม้กระทั่งในหมู่ศาลระหว่างประเทศและศาลลูกผสมเอง ยังคงมีมุมมองที่แตกต่างหลากหลายในเรื่องการมีอยู่ของข้อห้ามนิโทษกรรมอาชญากรรมอุกฉกรรจ์ภายใต้กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ มาตรา 38(1)(d) ของธรรมนูญศาลยุติธรรมระหว่างประเทศได้บัญญัติไว้ว่าคำตัดสินของศาลใดๆ เป็น“วิธีการขั้นสุดท้ายในการกำหนดหลักกฎหมาย”⁵⁷ คำตัดสินเหล่านี้โดยตัวของมันเองแล้ว ไม่ได้เป็นบ่อเกิดของกฎหมาย หากแต่เป็นความเชื่อของรัฐๆ (*opinio juris*) ว่าด้วยการมีอยู่ของหลักเกณฑ์ซึ่งเกิดจากกฎหมายสนธิสัญญาหรือกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ

การมีอยู่ของข้อห้ามตามจารีตประเพณีเกี่ยวกับนิรโทษกรรมสำหรับอาชญากรรมระหว่างประเทศได้รับการประกาศอยู่ในตราสารที่ไม่มีสภาพบังคับหลายตราสารด้วยกัน⁵⁸ ตราสารที่ไม่มีสภาพบังคับเหล่านี้ไม่มีผลผูกพันต่อรัฐ และโดยทั่วไปแล้วจะมองกันว่าวัตถุประสงค์ของตราสารเหล่านี้คือการส่งเสริม“บรรทัดฐาน”ซึ่งเชื่อกันว่าเป็นไปในทางบวกและจึงควรจะได้รับ การนำไปใช้ในวงกว้าง⁵⁹ อย่างไรก็ตาม เหมือนกับคำตัดสินของศาลระหว่างประเทศและศาลลูกผสม ตราสารที่ไม่มีสภาพบังคับ“อาจเป็นหลักฐานว่ากฎหมายที่มีอยู่ หรือองค์ประกอบที่ก่อให้เกิดความเชื่อของรัฐฯ หรือแนวปฏิบัติของรัฐที่ก่อให้เกิดกฎหมายจารีตประเพณีใหม่”⁶⁰

นอกเหนือจากบรรทัดฐานคำพิพากษาระหว่างประเทศและมาตรฐานที่ไม่มีสภาพบังคับแล้ว บ่อเกิดอื่นของแนวปฏิบัติของรัฐและความเชื่อของรัฐฯที่ควรจะต้องคำนึงถึงนั้น มีการมีหรือการไม่มีอยู่ของกฎหมายภายในประเทศที่เกี่ยวข้อง (กฎหมายที่ไม่ว่าจะให้นิรโทษกรรมกับอาชญากรรมระหว่างประเทศหรือกำหนดให้มีการดำเนินคดี) แนวปฏิบัติของรัฐในการเจรจาข้อตกลงสันติภาพที่รวมหรือยกเว้นบทบัญญัติเรื่องนิรโทษกรรม หรือแนวปฏิบัติในการให้การสนับสนุนทางการทูตหรือการเงินกับกระบวนการนิรโทษกรรมหรือในการปฏิเสธกระบวนการดังกล่าว ความเต็มใจของรัฐที่จะรวมบทบัญญัติที่ห้ามไม่ให้มีนิรโทษกรรมอยู่ในอนุสัญญาระหว่างประเทศ และการตัดสินของศาลภายในประเทศเกี่ยวกับการมีอยู่ที่ไม่ได้รับการพิสูจน์ของข้อห้ามเกี่ยวกับนิรโทษกรรมภายใต้กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ เป็นต้น

คณะกรรมการกาชาดระหว่างประเทศ (International Committee of the Red Cross - ICRC) ได้พึ่งพาแนวปฏิบัติของรัฐเกี่ยวกับหน้าที่ที่จะดำเนินคดี ในการตีความใหม่ของกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศที่เกี่ยวกับหน้าที่ที่จะดำเนินคดีกับอาชญากรรมสงครามที่เกิดขึ้นในการขัดกันทางอาวุธภายในประเทศ กฎหมายสนธิสัญญาที่ควบคุมความรุนแรงที่มีต่อพลเรือนและพลรบผู้ซึ่งไม่สามารถรบได้อีกต่อไปเพราะบาดเจ็บ เจ็บป่วย หรือถูกจับตัว (*hors de combat*) ในห้วงความขัดแย้งภายในประเทศ อันได้แก่ มาตรา 3 ร่วม แห่งอนุสัญญาเจนีวา ค.ศ. 1949 และพิธีสารเพิ่มเติมอนุสัญญาเจนีวา ฉบับที่ 2 ได้สร้างมาตรฐานขั้นต่ำของการคุ้มครองพลเรือน แต่ไม่ได้รวมถึงหน้าที่ที่จะดำเนินคดี⁶¹ อย่างไรก็ตาม ในงานศึกษาเมื่อปี ค.ศ. 2005 คณะกรรมการกาชาดฯได้ตีความบทบัญญัติเหล่านี้เสียใหม่ โดยคำนึงถึงมุมมองที่คณะกรรมการกาชาดฯมีต่อกฎหมายจารีตประเพณีของกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ และประกาศว่า“การละเมิดกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศอย่างร้ายแรงถือเป็นอาชญากรรมสงคราม” โดยไม่คำนึงถึงว่าการละเมิดนั้นได้เกิดขึ้นในการขัดกันทางอาวุธที่มีลักษณะระหว่างประเทศหรือภายในประเทศ⁶² บนพื้นฐานนี้เอง คณะกรรมการกาชาดฯจึงได้ปรับมาตรา 6(5) ของพิธีสารเพิ่มเติมอนุสัญญาเจนีวา ฉบับที่ 2 โดยระบุว่าเมื่อคำนึงถึงกฎหมายจารีตประเพณีแล้ว มาตรฐานนี้ควรจะอ่านว่า

เมื่อการสู้รบสิ้นสุดลง ผู้มีอำนาจต้องพยายามที่จะให้นิรโทษกรรมที่ครอบคลุม

กว้างขวางที่สุดเท่าที่จะเป็นไปได้แก่บุคคลที่ได้เข้าร่วมในการขัดกันทางอาวุธ ภายในประเทศ หรือบุคคลที่เสรีภาพของตนถูกพรากไปด้วยเหตุผลที่เกี่ยวข้องกับการขัดกันทางอาวุธ ทั้งนี้ ยกเว้นบุคคลที่ต้องสงสัย ถูกกล่าวหา หรือถูกพิพากษาลงโทษในคดีอาชญากรรมสงคราม(เน้น โดยผู้เขียน)⁶³

คณะกรรมการกาชาดฯได้ระบุต่อไปว่าการนิรโทษกรรมให้แก่การละเมิดกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศอย่างร้ายแรงเป็นการขัดต่อกฎจารีตประเพณีที่ได้กล่าวถึงซึ่ง“ผูกพันให้รัฐมีหน้าที่สอบสวนและดำเนินคดีกับบุคคลต้องสงสัยว่าได้ก่ออาชญากรรมสงครามในการขัดกันทางอาวุธภายในประเทศ”⁶⁴

งานศึกษาของคณะกรรมการกาชาดฯได้ตีความมาตรา 6(5) และมาตรา 3 ร่วมขึ้นใหม่โดยพิจารณาจากแนวปฏิบัติ ตัวอย่างเช่น คณะกรรมการกาชาดฯได้ให้เหตุผลอธิบายจุดยืนเรื่องการนิรโทษกรรมของตนที่มีความเข้มงวดกว่าปกติ โดยอ้างว่า“นิรโทษกรรมส่วนใหญ่เฉพาะเจาะจงยกเว้นบุคคลที่ต้องสงสัยว่าได้ก่ออาชญากรรมสงครามหรืออาชญากรรมอื่นๆ ที่มีบทระบุไว้ในกฎหมายระหว่างประเทศ”⁶⁵ แนวปฏิบัติที่คณะกรรมการกาชาดฯกล่าวถึงเพื่อสนับสนุนจุดยืนของตนนั้น ส่วนหนึ่งรวมถึงสนธิสัญญาระหว่างประเทศห้าฉบับ (รวมทั้ง พิธีสารเพิ่มเติมอนุสัญญาเจนีวา ฉบับที่ 2) ข้อตกลงสันติภาพภายในประเทศหกฉบับ และกฎหมายระดับชาติของรัฐ 16 รัฐ อย่างไรก็ตาม ข้อตกลงสันติภาพส่วนใหญ่และกฎหมายระดับชาติที่มีการอ้างถึงมากกว่าครึ่งหนึ่งกลับอนุญาตให้นิรโทษกรรมแก่อาชญากรรมระหว่างประเทศและการละเมิดสิทธิมนุษยชนอย่างร้ายแรงได้⁶⁶ ดังนั้น หลักฐานที่มีการอ้างถึงซึ่งมีอยู่อย่างจำกัดจึงดูจะขัดแย้งกับคำอธิบายของคณะกรรมการกาชาดฯในการวางมาตรา 6(5) ขึ้นใหม่

ทั้งนี้ได้มีการศึกษาแนวปฏิบัติของรัฐในการตรากฎหมายนิรโทษกรรมในฐานข้อมูลกฎหมายนิรโทษกรรมที่รวบรวมขึ้นมาโดยผู้เขียน ฐานข้อมูลนี้บรรจุข้อมูลเกี่ยวกับกฎหมายนิรโทษกรรมกว่า 530 ฉบับที่ได้ถูกตราขึ้นระหว่างช่วงปี ค.ศ. 1945 ถึงปี ค.ศ. 2011 และส่วนหนึ่งรวมถึงการสำรวจว่าการนิรโทษกรรมในแต่ละครั้งได้รวมหรือยกเว้นอาชญากรรมที่ระบุไว้ในกฎหมายระหว่างประเทศ (ซึ่งก็คือ การฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ อาชญากรรมต่อมนุษยชาติ อาชญากรรมสงคราม การทรมานหรือการหายสาบสูญโดยถูกบังคับ)⁶⁷ ทั้งนี้พบว่าถึงแม้ตั้งแต่ต้นทศวรรษปี ค.ศ. 1990 จะเริ่มมีการยกเว้นอาชญากรรมระหว่างประเทศจากกฎหมายนิรโทษกรรมบ่อยครั้งขึ้นเรื่อยๆ แต่ก็ยังคงมีการให้นิรโทษกรรมแก่อาชญากรรมเหล่านี้ และภายหลังปลายทศวรรษปี ค.ศ. 1990 เป็นต้นมา จำนวนของนิรโทษกรรมใหม่ที่รวมอาชญากรรมระหว่างประเทศกับที่ยกเว้นนั้นก็ต่างกันเพียงเล็กน้อย⁶⁸

นอกจากแนวปฏิบัติในการตรากฎหมายนิรโทษกรรมของรัฐแล้ว แนวปฏิบัติของรัฐในการสนับสนุนหรือประณามนิรโทษกรรมในเขตอำนาจตามกฎหมายอื่นๆ ก็มีความสำคัญเช่นเดียวกัน การนิรโทษกรรมอาชญากรรมระหว่างประเทศในหลายๆครั้งได้ถูก

ประณามในข้อมติของคณะมนตรีความมั่นคงแห่งสหประชาชาติ ในข้อคิดเห็นของสถาบันด้านสิทธิมนุษยชนต่างๆ และในถ้อยแถลงของบางรัฐ อย่างไรก็ตาม ข้อมูลที่รวบรวมไว้ในฐานข้อมูลกฎหมายนิรโทษกรรมอันเกี่ยวเนื่องกับนิรโทษกรรมที่ตราให้อาชญากรรมระหว่างประเทศระหว่างปี ค.ศ. 1980 และ 2007⁶⁹ บ่งชี้ว่าผู้แสดงในระดับระหว่างประเทศ ซึ่งรวมถึงรัฐ สถาบันระหว่างรัฐและหน่วยงานติดตามตรวจสอบสถานการณ์สิทธิมนุษยชนต่างๆ มักสนับสนุนนิรโทษกรรมมากกว่าจะออกมาตำหนิเป็นการสาธารณะ⁷⁰ ในช่วงไม่กี่ปีมานี้ ได้มีหลายกรณีที่น่าานาประเทศสนับสนุนให้มีกระบวนการนิรโทษกรรมเกิดขึ้น ตัวอย่างเช่น ถ้อยแถลงในปี ค.ศ. 2011 ของประธานคณะมนตรีความมั่นคงแห่งสหประชาชาติที่บอกว่ากลุ่มกองทัพต่อต้านของพระเจ้า (Lord's Resistance Army - LRA) ได้กระทำการ“ที่เป็นการละเมิดกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศและเป็นการละเมิดสิทธิมนุษยชน” และระบุว่า

คณะมนตรีความมั่นคงขอกระตุ้นให้สมาชิก LRA ที่ยังเหลืออยู่ละทิ้งพลพรรคในกลุ่มและใช้ประโยชน์จากข้อเสนอเรื่องการบูรณาการสู่สังคมเดิม ตั้งแต่มีการจัดตั้ง LRA มา พลรบและผู้ถูกลักพาตัวกว่า 12,000 คนได้ผลจากพลพรรคของ LRA แล้วได้บูรณาการสู่สังคมอีกครั้ง และกลับคืนสู่ครอบครัวของพวกเขาผ่านคณะกรรมการนิรโทษกรรมของประเทศยูกันดา คณะมนตรีความมั่นคงขอเน้นย้ำถึงการสนับสนุนที่มีให้ความพยายามอย่างต่อเนื่อง ในหมู่ประเทศที่เกี่ยวข้อง ในการปลดอาวุธ ปลดประจำการ และบูรณาการอดีตนักรบ LRA กลับคืนสู่ชีวิตปกติ⁷¹

ถ้อยแถลงนี้ไม่ได้กล่าวถึงการดำเนินคดีหรือการลงโทษสมาชิก LRA ที่มีส่วนรับผิดชอบต่ออาชญากรรมระหว่างประเทศ นอกจากนี้ ในถ้อยแถลงปี ค.ศ. 2013 ต่อคณะมนตรีความมั่นคงแห่งสหประชาชาติ นางฮิลเด จอห์นสัน ผู้แทนพิเศษของเลขาธิการสหประชาชาติและหัวหน้าของภารกิจรักษาสันติภาพของสหประชาชาติในสาธารณรัฐซูดานใต้ได้บรรยายถึงนิรโทษกรรมรัฐบาลซูดานใต้ได้ให้แก่แกนนำและสมาชิกของกลุ่มติดอาวุธว่าเป็น “การเปลี่ยนแปลงไปในทางที่ดีอย่างยิ่งสำหรับเกียรติภาพภายในประเทศ และโดยเฉพาะสำหรับรัฐยูนิติและรัฐอัปเปอร์ไนล์”⁷² การสนับสนุนนิรโทษกรรมเหล่านี้ดูจะได้แรงขับเคลื่อนมาจากการเล็งเห็นว่านิรโทษกรรมสามารถมีบทบาทที่จะกระตุ้นให้พลรบยอมจำนนและปลดอาวุธได้

นอกจากนี้ ดังที่ได้กล่าวไว้ข้างต้น รัฐต่างๆไม่เคยได้ห้ามกฎหมายนิรโทษกรรมในอนุสัญญาาระหว่างประเทศเลยแม้แต่น้อย ในปฏิญญาแห่งการประชุมระดับสูงของสมัชชาใหญ่ว่าด้วยหลักนิติธรรมในระดับประเทศและระหว่างประเทศ ค.ศ. 2012 รัฐสมาชิกสหประชาชาติได้ยืนยันพันธสัญญาต่อหลักนิติธรรมและเน้นย้ำถึงความสำคัญที่หลักนิติธรรมมีต่อการแก้ไขความขัดแย้งและสิทธิมนุษยชน แต่กลับไม่มีการกล่าวถึงนิรโทษกรรมแต่อย่างใด⁷³ การละเว้นนี้นับเป็นเรื่องน่าประหลาดใจเนื่องจากเลขาธิการสหประชาชาติได้เรียกร้องให้มีการปฏิเสธนิรโทษกรรม ในถ้อยแถลงเกี่ยวกับหลัก

นิติธรรมของเขาอยู่อย่างต่อเนื่อง⁷⁴ ไม่เพียงเท่านั้น ถึงแม้ว่าศาลของบางประเทศโดยเฉพาะในแถบอเมริกาใต้ได้เคยตัดสินว่านิรโทษกรรมละเมิดรัฐธรรมนูญของประเทศตนหรือกับพันธกรณีทางกฎหมายระหว่างประเทศ⁷⁵ แต่โดยส่วนใหญ่แล้วศาลระดับประเทศก็มักยอมรับความถูกต้องตามกฎหมายของกฎหมายนิรโทษกรรมในประเทศตน

76

โดยสรุป แนวปฏิบัติของรัฐแสดงให้เห็นว่ารัฐต่างๆ ยังพร้อมที่จะตรากฎหมายนิรโทษกรรมและให้การสนับสนุนนิรโทษกรรมในรัฐอื่นๆ แม้ในกรณีของอาชญากรรมที่อุกฉกรรจ์ที่สุด อีกทั้งยังมีการปฏิเสธข้อเสนอให้จำกัดการใช้ดุลยพินิจของตนในประเด็นนี้อีกด้วย นอกจากนี้ นิรโทษกรรมอาชญากรรมอุกฉกรรจ์ยังได้รับการยอมรับจากศาลระดับประเทศในบางประเทศ ด้วยเหตุนี้ เพื่อให้สอดคล้องกับมุมมองจากศาลลูกผสมบางศาล วรรค (ง) จึงสรุปว่าไม่มีข้อห้ามที่ชัดเจนในกฎหมายจารีตระหว่างประเทศในเรื่องการให้นิรโทษกรรม

กฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ

หน้าที่ที่จะดำเนินคดีและลงโทษไม่ได้มีการกล่าวไว้อย่างชัดเจนในสนธิสัญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชนทั้งในระดับระหว่างประเทศและในระดับภูมิภาค แต่สำหรับการละเมิดสิทธิมนุษยชนอย่างร้ายแรงนั้น บรรดาศาลสิทธิมนุษยชนและหน่วยงานกึ่งตุลาการซึ่งเป็นผู้ตรวจติดตามตรวจสอบการปฏิบัติตามสนธิสัญญาเหล่านี้ ได้ตีความหน้าที่ในการดำเนินคดีว่าเป็นหน้าที่ชัดเจนของรัฐที่ต้องจัดให้มีการเยียวยาการละเมิดสิทธิมนุษยชน⁷⁷ คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติได้ออกความเห็นสำคัญหลายประการเกี่ยวกับสถานะของนิรโทษกรรมภายใต้กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง (International Covenant on Civil and Political Rights - ICCPR) อย่างไรก็ตาม วรรค (จ) ได้เน้นถึงบรรทัดฐานคำพิพากษาของศาลสิทธิมนุษยชนซึ่งมีอำนาจศาลที่มีผลผูกพัน ได้แก่ ศาลสิทธิมนุษยชนระหว่างรัฐอเมริกา (Inter-American Court of Human Rights) และศาลสิทธิมนุษยชนยุโรป (European Court of Human Rights)

ศาลทั้งสองนี้มีแนวทางแตกต่างกันในประเด็นที่ว่าพันธกรณีให้ดำเนินคดีการละเมิดสิทธิมนุษยชนอย่างร้ายแรงหรือไม่ ศาลสิทธิมนุษยชนระหว่างรัฐอเมริกาได้ยึดแนวทางการปฏิเสธนิรโทษกรรมพวกที่ครอบคลุมกว้างขวางและไม่มีเงื่อนไขในกรณีของการละเมิดสิทธิมนุษยชนอย่างร้ายแรง⁷⁸ ประมวลคำพิพากษาที่เป็นบรรทัดฐานของศาลได้ยืนยันว่า เมื่อมีการละเมิดสิทธิมนุษยชนอย่างร้ายแรงเกิดขึ้น รัฐต้องสืบสวน พิจารณาคดี และลงโทษเมื่อจำเป็น ต่อผู้ที่ต้องรับผิดชอบต่อการละเมิด และจัดให้เหยื่อได้รับการชดเชย ศาลยังไม่เคยได้ตัดสินเรื่องนิรโทษกรรมแบบมีเงื่อนไข หรือนิรโทษกรรมที่รวมเข้ากับการดำเนินคดี เมื่อครั้งที่ศาลพิจารณาระบอบการลดหย่อนโทษสำหรับอาชญากรรมต่อมนุษยชาติ ซึ่งกำหนดขึ้นโดยกฎหมายความยุติธรรมและสันติภาพของ

โคลอมเบียนั้น ศาลได้ปฏิเสธคำร้องจากบรรดาทนายความของเหยื่อที่ให้พิจารณาว่า ระบบดังกล่าวเป็นการละเมิดอนุสัญญา⁷⁹ นอกจากนี้ ดังที่ได้กล่าวไปแล้วก่อนหน้านี้ว่า ความเห็นฟ้องความเห็นหนึ่งในคดี *El Mozote v El Salvador* ยอมรับว่ารัฐที่ผ่านความขัดแย้งมา อาจต้องชั่งน้ำหนักระหว่างหน้าที่ที่จะดำเนินคดี กับสิทธิในสันติภาพของเหยื่อ

ศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปแตกต่างจากศาลระหว่างรัฐอเมริกาตรงที่ไม่มีประสบการณ์ตรงในการจัดการกับนิรโทษกรรม ที่ผ่านมา เมื่อศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปต้องเผชิญคดีละเมิดสิทธิมนุษยชนอย่างร้ายแรง ศาลได้ปฏิเสธที่จะประกาศว่าการดำเนินคดีเป็นหน้าที่ที่ชัดเจน โดยในคดี *Aksoy v Turkey* เมื่อปี ค.ศ. 1996 ศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปได้กล่าวว่า สำหรับการละเมิดสิทธิในการมีชีวิตนั้น “แนวคิดเกี่ยวกับ ‘วิธีเยียวยาที่ได้ผล’ จำเป็นต้องมีการสืบสวนอย่างละเอียดและมีประสิทธิภาพ ที่สามารถนำไปสู่การระบุตัวและลงโทษผู้กระทำความผิด”⁸⁰ วลีที่ว่า “ที่สามารถนำไปสู่” เป็นการบรรยายคุณลักษณะของการสืบสวน มากกว่าจะบังคับให้รัฐต้องมีพันธกรณีในการดำเนินคดีและลงโทษผู้กระทำความผิด ในคำตัดสินคดีหลัง ๆ มานี้ ศาลได้ถือโอกาสให้ข้อสังเกตว่า กฎหมายระหว่างประเทศไม่อนุญาตให้มีนิรโทษกรรมสำหรับอาชญากรรมสงครามและการทรมานที่กระทำโดยเจ้าหน้าที่รัฐ⁸¹ อย่างไรก็ตาม ในคดี *Tarbuk v Croatia* ศาลได้ตัดสินว่า

แม้ในการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนด้านที่เป็นพื้นฐานที่สุดอย่างสิทธิในการมีชีวิต รัฐก็ชอบที่จะตรากฎหมายนิรโทษกรรมใดๆก็ตามที่อาจเห็นว่าจำเป็น โดยใช้ในบริบทของนโยบายทางอาญา อย่างไรก็ตาม มิเจื่อนไข่ว่าต้องรักษาสมาดุลระหว่างผลประโยชน์อันชอบธรรมของรัฐ กับผลประโยชน์ของประชาชนแต่ละคน⁸²

นับจนถึงขณะนี้ ศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปยังไม่เคยตัดสินโดยตรงเลยว่านิรโทษกรรมระดับชาติใดๆ เป็นไปตามอนุสัญญายุโรปว่าด้วยสิทธิมนุษยชนหรือไม่ อย่างไรก็ตาม สามารถอนุมานได้ว่าศาลอาจยอมให้มีนิรโทษกรรมสำหรับการละเมิดสิทธิมนุษยชนอย่างร้ายแรง เช่น การละเมิดสิทธิในการมีชีวิต และนิรโทษกรรมที่ประกาศใช้เพื่อนำมาซึ่งผลประโยชน์อันชอบธรรมของรัฐ เช่น ทำให้บรรลุสันติภาพและการปรองดอง ขณะเดียวกันก็ต้องเป็นนิรโทษกรรมที่พยายามตอบสนองความต้องการของเหยื่อ โดยการอำนวยความสะดวกแก่การสืบสวนคดี เป็นต้น⁸³

โดยสรุปแล้ว วรรค (จ) เน้นว่ามีความแตกต่างทางภูมิภาคในเรื่องหน้าที่ที่จะดำเนินคดีภายใต้กฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ และว่าด้วยเหตุนี้ ความถูกต้องตามกฎหมาย และความชอบธรรมของนิรโทษกรรมที่ตราเป็นกฎหมายในพื้นที่ต่างๆ ในโลก จึงขึ้นอยู่กับมาตรฐานที่แตกต่างกันไป

ข้อชี้แนะข้อ 7. ความผิดที่เข้าเกณฑ์

เป้าหมายของข้อชี้แนะที่ 7 คือเพื่อเสนอแนวทางเกี่ยวกับความผิดต่าง ๆ ที่ครอบคลุมในนิรโทษกรรม เพื่อให้มีความเป็นไปได้น้อยที่สุดที่นิรโทษกรรมจะขัดกันกับกฎหมายในประเทศหรือกฎหมายระหว่างประเทศใดๆที่บังคับใช้ได้ วรรค (ก) แนะนำว่าเกณฑ์ในการตัดสินว่าความผิดใดสามารถนิรโทษกรรมได้นั้น ควรระบุให้ชัดเจนและมีขอบเขตจำกัด วรรค (ข) ยกตัวอย่างทางเลือกบางประการที่ใช้จำกัดขอบข่ายความผิดที่เข้าเกณฑ์นิรโทษกรรมได้ เช่น กำหนดชัดเจนว่าให้ตัดความผิดทางอาญาประเภทใดออกจากนิรโทษกรรม หรือ จำกัดความผิดประเภทที่ให้นิรโทษกรรมได้ โดยกำหนดเป็นรายการอย่างละเอียด หรือ ให้นิรโทษกรรมประเภทความผิดที่ไม่ได้กำหนดอย่างละเอียด เช่น ความผิดอาญาทางการเมือง แต่ก็ควรมีแนวทางการตีความกำหนดไว้

ในกฎหมายนิรโทษกรรมนั้น เพื่อแยกความผิดทางการเมืองออกจากความผิดอาญาทั่วไป สามารถใช้วิธีต่างๆรวมทั้งการจำกัดให้ใช้นิรโทษกรรมเฉพาะกับความผิดทางการเมืองที่กำหนดไว้โดยละเอียดชัดเจน เช่น การกบฏ การกระทำเพื่อปราบปรามการก่อกบฏ การปลุกปั่นให้ขัดขืนอำนาจปกครอง การปลอมเอกสาร การโฆษณาชวนเชื่อเพื่อต่อต้านรัฐบาล การครอบครองอาวุธผิดกฎหมาย จารกรรม การเป็นสมาชิกองค์กรการเมืองหรือศาสนาที่มีข้อกำหนดห้ามไว้ การละทิ้งหน้าที่ และการหมิ่นประมาท⁸⁴ อีกวิธีหนึ่งที่สามารถใช้ได้คือการให้นิรโทษกรรมสำหรับความผิดทางการเมืองที่ไม่ได้ระบุอย่างละเอียด แต่ระบุแนวทางการแยกแยะความผิดทางการเมืองออกจากความผิดทั่วไป⁸⁵ จนถึงปัจจุบัน การพิจารณาความผิดอาญาทางการเมืองโดยละเอียดถี่ถ้วนที่สุดที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายนิรโทษกรรมนั้น เกิดขึ้นในแอฟริกาใต้⁸⁶ วรรค (ข) มีเนื้อหาสอดคล้องกับข้อชี้แนะข้อ 5 เรื่องการออกแบบนิรโทษกรรมเพื่อเสริมการเลือกดำเนินคดีโดยชี้ว่า ในกรณีที่นิรโทษกรรมยกเว้นความผิดอาญาใด สามารถดำเนินคดีความผิดนั้นได้ และก็อาจเป็นไปได้ ที่บุคคลผู้กระทำความผิดจะได้รับประโยชน์จากนิรโทษกรรมในความผิดที่เข้าเกณฑ์นิรโทษกรรม แต่ยังคงต้องถูกดำเนินคดีในความผิดอื่นๆที่ไม่เข้าเกณฑ์นิรโทษกรรม วรรคนี้ควรพิจารณาร่วมกับการอภิปรายในข้อชี้แนะข้อ 16 ซึ่งเกี่ยวกับการสร้างกระบวนการนำนิรโทษกรรมไปปฏิบัติเพื่อกำหนดว่าความผิด หรือผู้กระทำความผิดใดบ้างที่เข้าเกณฑ์นิรโทษกรรมได้

วรรค (ค) เน้นเรื่องความผิดอาญาที่โดยทั่วไปไม่สามารถนิรโทษกรรมได้ ได้แก่ อาชญากรรมระหว่างประเทศ และการกระทำความรุนแรงต่อบุคคลอย่างออกจากรจอื่น⁸⁷ และอาชญากรรมซึ่งก่อขึ้นเพื่อผลประโยชน์ส่วนตน หรือโดยมีเจตนาร้าย⁸⁸ วรรคนี้ชี้ว่าการกำหนดให้อาชญากรรมระหว่างประเทศหรือการกระทำความรุนแรงอย่างออกจากรจอื่นไม่รวมอยู่ในนิรโทษกรรมนั้น อาจเพิ่มความชอบธรรมและความถูกต้องตามกฎหมายให้แก่นิรโทษกรรมได้ อย่างไรก็ตาม เนื่องจากหน้าที่ที่จะดำเนินคดีมีความยืดหยุ่น และพันธกรณีของรัฐมีลักษณะยึดตามบริบท ดังที่แจกแจงไปแล้วข้างต้น รวมทั้งมีการยอมรับบทบาทเชิงบวกที่นิรโทษกรรมสามารถมีในสภาพแวดล้อมของความขัด

แย้งหรือระยะเปลี่ยนผ่าน(ดู ข้อชี้แนะข้อ 4) ดังนั้น คณะผู้ร่างจึงปฏิเสธที่จะระบุกฎที่สัมบูรณ์ตายตัวในการกำหนดว่าความผิดประเภทใดบ้างไม่เข้าเกณฑ์นิรโทษกรรม

ข้อชี้แนะข้อ 8. ผู้รับประโยชน์ที่เข้าเกณฑ์

ข้อชี้แนะข้อ 8 หยิบยกประเด็นขอบข่ายเกี่ยวกับบุคคลในการนิรโทษกรรม วรรค (ก) ชี้ว่า นิรโทษกรรมสามารถออกแบบให้มุ่งเน้นไปที่บุคคลกลุ่มต่างๆกันได้ ขึ้นอยู่กับเป้าหมายของนิรโทษกรรม (ดู ข้อชี้แนะข้อ 4) และข้อกำหนดของกฎหมายระหว่างประเทศและกฎหมายในประเทศที่เกี่ยวข้อง เพื่อให้เป็นไปในแนวทางเดียวกับส่วนอื่น ๆ ของข้อชี้แนะฉบับนี้ ขอบข่ายด้านตัวบุคคลของนิรโทษกรรมก็ควรกำหนดให้ละเอียดและมีขอบเขตจำกัดเช่นเดียวกัน นิรโทษกรรมสามารถกำหนดประเภทบุคคลที่เข้าเกณฑ์และไม่เข้าเกณฑ์ได้รับนิรโทษกรรม โดยการระบุประเภทของบุคคลสามารถยึดหลักได้หลายประการ เช่น สังกัด ชัณยศ และอายุ

สังกัด

ในการระบุผู้ที่อาจได้ประโยชน์จากการนิรโทษกรรมโดยยึดสังกัดเป็นหลักนั้น โดยทั่วไปจะใช้การแบ่งแยกระหว่างตัวแสดงที่เป็นรัฐ กับที่ไม่ใช่รัฐ อย่างไรก็ตาม ภายในกรอบกว้าง ๆ ดังกล่าว ยังสามารถแบ่งนิรโทษกรรมแยกย่อยต่อไปได้อีก ด้วยการระบุตัวบุคคลโดยยึดตามการเป็นสมาชิกของสถาบัน องค์กรทางการเมือง หรือกลุ่มติดอาวุธใดๆ การแบ่งแยกโดยยึดตามสังกัดนี้ อาจขึ้นอยู่กับสถานะทางกฎหมายของบุคคลที่เกี่ยวข้อง เนื่องจากตัวแสดงที่เป็นรัฐ และที่ไม่ใช่รัฐ อาจได้รับการปฏิบัติต่างกันภายใต้กฎหมายในประเทศและกฎหมายระหว่างประเทศ ภายใต้กฎหมายในประเทศ กองกำลังของรัฐมักถือสิทธิขาดเพียงผู้เดียวในการใช้กำลังอย่างถูกต้องตามกฎหมาย ขณะที่มักห้ามไม่ให้มีกลุ่มติดอาวุธฝ่ายตรงข้าม ด้วยเหตุนี้ กองกำลังแบบกองโจรอาจเข้าข่ายต้องถูกดำเนินคดีเนื่องจากมีส่วนร่วมในการสู้รบ ขณะที่กองกำลังของรัฐอาจมีภาพลักษณ์ว่ากำลังรักษากฎหมาย มากกว่าละเมิดกฎหมาย นอกจากนี้ มาตรการต่าง ๆ เช่น กฎหมายการยกเว้นความรับผิดชอบและกฎหมายภาวะฉุกเฉิน อาจจำกัดความรับผิดชอบทางอาญาของกองกำลังของรัฐด้วยเช่นกัน ส่งผลให้ “เจ้าหน้าที่รัฐอาจมีความจำเป็นต้องได้รับนิรโทษกรรมน้อยกว่าผู้กระทำที่ไม่ใช่รัฐ”⁸⁹ โดยดั้งเดิมแล้ว กฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศมักถูกมองว่าครอบคลุมเฉพาะการกระทำของรัฐที่เกี่ยวข้องกับพลเมืองของตน แต่ไม่ครอบคลุมถึงการกระทำของตัวแสดงที่ไม่ใช่รัฐ เช่น กลุ่มติดอาวุธที่ไม่ใช่ของรัฐ⁹⁰ การแยกแยะประเภทเช่นนี้ปรากฏให้เห็นในอนุสัญญาต่อต้านการทรมาน และอนุสัญญาระหว่างประเทศว่าด้วยการป้องกันบุคคลทุกคนจากการหายสาบสูญโดยถูกบังคับ ซึ่งบังคับใช้เฉพาะกับความผิดอาญาที่เจ้าหน้าที่รัฐเป็นผู้ก่อ⁹¹ ในทางตรงข้าม กรณีที่ผู้กระทำความผิดได้ก่ออาชญากรรมระหว่างประเทศ ผู้นั้นอาจต้องเข้าสู่กระบวนการดำเนินคดีไม่ว่าจะมีสังกัดใดก็ตาม วรรค (ค) เน้นว่าการออกแบบนิรโทษ-

กรรมควรคำนึงถึงการมีอยู่หรือไม่มีอยู่ซึ่งความรับผิดชอบสำหรับประเภทที่แตกต่างกันไปของผู้กระทำความผิด

ชั้นยศ หรือระดับของความรับผิดชอบที่เป็นที่รับรู้

นिरโทษกรรมอาจจำแนกผู้กระทำความผิดโดยยึดตามชั้นยศในสถาบันของรัฐ หรือองค์กรที่ไม่ใช่ของรัฐ การจำแนกลักษณะนี้ยังอาจยึดตามระดับที่เป็นที่รับรู้กันของความรับผิดชอบต่ออาชญากรรมที่ชัดแจ้งหรือเลวร้าย การจำแนกตามชั้นยศ อาจระบุชัดเจนว่านिरโทษกรรมไม่รวมถึงผู้กระทำความผิดที่ชั้นยศสูง ขณะที่ให้นिरโทษกรรมแก่ผู้กระทำความผิดในตำแหน่งต่ำกว่า⁹² หรืออาจใช้การผสมผสานระหว่างการนिरโทษกรรม การพิจารณาคดี และกระบวนการยุติธรรมในระยะเปลี่ยนผ่านอื่นๆ เพื่อดำเนินการกับความรับผิดชอบในระดับต่างๆ ในหมู่ผู้กระทำความผิด⁹³

ข้อชี้แนะข้อ 8(ง) กล่าวอ้างอิงถึงหลักความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชา ตามที่กำหนดไว้ในธรรมนูญกรุงโรม⁹⁴ และยุทธศาสตร์การดำเนินคดีของศาลระหว่างประเทศและศาลอุทธรณ์ที่เน้นถึงความสำคัญของการดำเนินคดีกับผู้ที่ต้อง “รับผิดชอบมากที่สุด”⁹⁵ โดยกล่าวว่าอาจเป็นต้นแบบในการระบุตัวผู้มีชั้นยศสูงที่จะถูกเว้นจากนिरโทษกรรม ในข้อชี้แนะข้อ 8(ง) คณะผู้ร่างได้ปฏิเสธที่จะระบุให้นिरโทษกรรมสำหรับผู้มีชั้นยศสูงผิดกฎหมายและไม่ชอบธรรมไว้ก่อน เนื่องจากคณะผู้ร่างยอมรับว่าในบางกรณีอาจจำเป็นต้องนिरโทษกรรมบุคคลเหล่านี้ เพื่อให้พวกเขาพ้นจากตำแหน่งของรัฐ และป้องกันไม่ให้ขัดขวางกระบวนการเปลี่ยนผ่าน นอกจากนี้ การเปลี่ยนผ่านในแอฟริกาใต้และไอร์แลนด์เหนือยังเป็นตัวอย่างถึงกรณีที่ดีที่ผู้นำกลุ่มติดอาวุธได้แสดงบทบาทความเป็นผู้นำที่มีคุณค่าอย่างยิ่งในการเปลี่ยนผ่าน

เมื่อกล่าวถึงการนिरโทษกรรมแก่ผู้กระทำความผิดที่มีตำแหน่งต่ำกว่านั้น วรรค (จ) อ้างอิงถึงมาตรฐานกฎหมายอาญาระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับการกระทำโดยคำสั่งของผู้บังคับบัญชา⁹⁶ และยังสามารถอ้างอิงถึงมาตรฐานในการแยกความรับผิดชอบทางอาญาออกจากนिरโทษกรรม⁹⁷ และเหตุบรรเทาโทษ ซึ่งสามารถใช้ได้กับผู้กระทำผิดจากทุกชั้นยศ⁹⁸ บทบัญญัติเหล่านี้ชี้ให้เห็นว่ามีเหตุผลที่ได้รับการยอมรับในการบรรเทาหรือลดโทษ โดยยึดตามเหตุปัจจัยของแต่ละบุคคล หรือการกระทำของผู้กระทำผิด แม้จะเป็นความผิดที่ร้ายแรงที่สุดก็ตาม ข้อชี้แนะข้อ 8(จ) แนะนำว่าในบางกรณี หลักการเหล่านี้ก็สามารถมอบความชอบธรรมให้การนिरโทษกรรมผู้กระทำความผิดที่อยู่ในระดับล่าง

อายุ

ตามข้อกำหนดของอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก วรรค (ฉ) ได้ระบุว่าควรให้ความสนใจเป็นพิเศษต่อการนिरโทษกรรมแก่การจัดการกับเด็กที่มีความผิดฐานกระทำการที่อาจจัดว่าเป็นอาชญากรรมระดับประเทศ หรือระหว่างประเทศ ในการนี้ ควรพิจารณาว่าในขณะที่

กระทำคามผิด เด็กมีอายุต่ำกว่าเกณฑ์ที่ต้องรับผิดชอบต่อความผิดอาญาหรือไม่⁹⁹ เด็กที่อายุไม่ถึงเกณฑ์ที่ต้องรับผิดชอบต่อความผิดอาญาจะไม่ต้องถูกดำเนินคดี ดังนั้นจึงไม่จำเป็นต้องได้รับนิรโทษกรรม แต่ในหลายๆบริบท การจะเข้าร่วมโครงการบูรณาการสู่สังคมเดิมนั้น อาจขึ้นอยู่กับกรณีที่มีการมีส่วนร่วมในกระบวนการนิรโทษกรรม ในกรณีที่เด็กได้รับการยกเว้นจากกระบวนการเหล่านี้ อาจจำเป็นต้องสร้างโครงสร้างอีกชุดหนึ่งเพื่อสนองตอบความจำเป็นเฉพาะด้านของเด็กเหล่านั้น

เด็กที่อายุมากกว่าเกณฑ์ต่ำสุดที่ต้องรับผิดชอบความผิดทางอาญา แต่อายุต่ำกว่า 18 ปี ในขณะที่กระทำคามผิด อาจต้องถูกดำเนินคดี อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กแนะนำว่า “ในกรณีใดที่เหมาะสมและพึงปรารถนา” รัฐควรใช้ “มาตรการเพื่อรับมือกับเยาวชนลักษณะนี้ โดยไม่หันไปพึ่งกระบวนการยุติธรรม โดยมีเงื่อนไขว่าต้องเคารพสิทธิมนุษยชนและการปกป้องทางกฎหมาย”¹⁰⁰ วรรค (จ) กล่าวในแนวทางเดียวกับอนุสัญญา โดยเน้นว่านิรโทษกรรมสามารถครอบคลุมเยาวชนเหล่านี้ได้ แต่ก็แนะนำว่าควรตอบสนองต่อความจำเป็นเฉพาะด้านของเยาวชนกลุ่มนี้ในโครงการบำบัดฟื้นฟูและบูรณาการสู่สังคมเดิม

ข้อชี้แนะข้อ 9. ขอบข่ายด้านเวลา

วันเริ่มต้นและวันสิ้นสุด

ขอบข่ายของกฎหมายนิรโทษกรรมสามารถจำกัดได้โดยการกำหนดช่วงเวลานิรโทษกรรม ซึ่งก็คือช่วงเวลาที่มีการกระทำคามผิดที่เข้าข่ายนิรโทษกรรมได้ ส่วนความผิดอาญาอื่นๆ นอกเหนือช่วงเวลานี้ ถือว่ายังสามารถถูกดำเนินคดีได้ เพื่อหลีกเลี่ยงความกำกวมและการตีความขอบเขตนิรโทษกรรมโดยกว้างเกินไป ในการกำหนดช่วงเวลาที่เข้าข่ายนิรโทษกรรมได้นั้น ควรระบุวันเริ่มต้น (กล่าวคือ ความผิดอาญาต้องเกิดขึ้นหลังวันดังกล่าว) และวันสิ้นสุด (กล่าวคือ ความผิดอาญาต้องเกิดขึ้นไม่เกินวันดังกล่าว) การกำหนดวันที่ชัดเจนเช่นนี้ ปรากฏชัดในนิรโทษกรรมของชิลี¹⁰¹ บราซิล¹⁰² นิการากัว¹⁰³ และแอลเบเนีย ค.ศ. 1997¹⁰⁴

การหายสาบสูญโดยถูกบังคับ

อาชญากรรมว่าด้วยการหายสาบสูญโดยถูกบังคับจัดเป็นอาชญากรรมที่ประกอบด้วย การกระทำคามผิดต่อเนื่อง ในสนธิสัญญาระหว่างประเทศหลายฉบับ¹⁰⁵ รวมทั้งในบรรทัดฐานคำพิพากษาของศาลต่างๆทั้งในประเทศและระหว่างประเทศ¹⁰⁶ นั้น หมายความว่า อาชญากรรมเริ่มต้นขึ้นตั้งแต่ช่วงเวลาที่บุคคลหายตัวไป และดำเนินต่อเนื่องจนกว่าจะทราบชะตากรรม หรือแหล่งที่อยู่ของผู้ที่หายตัวไป¹⁰⁷ ข้อชี้แนะข้อ 9(ข) ยึดตามมาตรฐานข้างต้น และระบุว่านิรโทษกรรมไม่สามารถขัดขวางการสืบสวนระหว่างที่ยังไม่ทราบชะตากรรมของผู้ที่หายสาบสูญได้

ข้อชี้แนะข้อ 10. ขอบข่ายด้านภูมิศาสตร์

ในกรณีที่ความรุนแรงและการกระทำผิดกฎหมายส่งผลกระทบต่อพื้นที่เพียงส่วนเดียวของประเทศ อาจเป็นการเหมาะสมที่จะจำกัดขอบข่ายของนิรโทษกรรมให้อยู่เฉพาะแต่ความผิดอาญาที่กระทำภายในพื้นที่ดังกล่าวเท่านั้น¹⁰⁸ และอาจเป็นการเหมาะสมที่นิรโทษกรรมจะระบุชัดว่าครอบคลุมดินแดนทั้งหมดของรัฐ ขึ้นอยู่กับระดับและแบบแผนความรุนแรงที่เกิดขึ้นทั่วอาณาเขตในชาติ¹⁰⁹ ในกรณีที่ไม่มีกำหนดขอบเขตด้านภูมิประเทศ จะมี“ข้อสันนิษฐานโดยปริยาย”ว่านิรโทษกรรมจะครอบคลุมถึงความผิดทางอาญาทั้งหมดที่เข้าข่าย โดยไม่เกี่ยวว่าการกระทำผิดนั้นเกิดขึ้นที่ใด¹¹⁰ ในบางกรณี นิรโทษกรรมได้ให้ความคุ้มครองอย่างชัดเจนต่อความผิดอาญาที่เกิดขึ้นนอกเหนืออาณาเขตของรัฐ¹¹¹ แต่ศาลในรัฐที่เป็นพื้นที่กระทำความผิดอาญา หรือศาลระหว่างประเทศ สามารถเพิกเฉยต่อนิรโทษกรรมเหล่านี้ได้ ดังที่กล่าวไว้ในข้อชี้แนะข้อ 18

5. เงื่อนไขการนิรโทษกรรม

ข้อชี้แนะข้อ 11. เงื่อนไขที่จำเป็นต้องมีก่อนสำหรับผู้รับประโยชน์จากนิรโทษกรรม

ตามที่ข้อชี้แนะข้อ 1 กล่าวไว้ อาชญากรรมระหว่างประเทศและการละเมิดสิทธิมนุษยชนอย่างร้ายแรงนำไปสู่พันธกรณีทางกฎหมายหลายประการสำหรับรัฐ ดังนั้น เพื่อเพิ่มความชอบธรรมและความถูกต้องตามกฎหมายให้แก่นิรโทษกรรม ข้อชี้แนะข้อ 11 จึงระบุให้ผู้รับประโยชน์จากนิรโทษกรรมต้องเข้าร่วมในกลไกต่างๆ อันสอดคล้องกับพันธกรณีของรัฐที่จะต้องสืบสวนอาชญากรรม เอาผิดผู้กระทำความผิด ให้การชดเชยแก่ผู้เสียหายและป้องกันการละเมิดเพิ่มเติม ข้อชี้แนะข้อ 11 อาศัยแนวปฏิบัติของรัฐในการระบุเงื่อนไขที่จำเป็นต้องมีมาก่อนเหล่านี้ ทั้งนี้ การระบุให้เงื่อนไขหนึ่งคือการที่ผู้รับต้องเข้าร่วมกับกลไกต่างๆนั้น มีที่มาจากหลักฐานของคณะกรรมการค้นหาความจริงและโครงการ DDR ต่างๆ ว่าเป็นไปได้ที่จะได้รับการนิรโทษกรรมช่วยขจัดอุปสรรคสำหรับผู้กระทำผิดที่เข้าร่วมในขั้นตอนเหล่านี้อย่างจริงจังและก่อให้เกิดผลอันดีมากยิ่งขึ้น¹¹²

การสมัครเข้าร่วมเป็นรายบุคคล

วรรค (ก) กล่าวว่าผู้กระทำผิดอาจต้องยื่นสมัครเข้าร่วมเป็นรายบุคคล ข้อมูลที่จำเป็นในการยื่นคำขอนั้นจะขึ้นอยู่กับวัตถุประสงค์ของกระบวนการนั้นๆ และอาจรวมไปถึงการที่ผู้กระทำความผิดจะต้องให้รายละเอียดเกี่ยวกับอาชญากรรมที่ตนได้กระทำไว้¹¹³

การปลดอาวุธ ปลดประจำการ และบูรณาการสู่สังคมเดิม (DDR)

ในกรณีที่นิรโทษกรรมมีจุดมุ่งหมายเพื่อลดความรุนแรงและยุติความขัดแย้ง ตามที่ได้กล่าวไว้ในข้อชี้แนะข้อ 4 วรรค (ข) ได้ระบุว่านิรโทษกรรมสามารถมีเงื่อนไขว่าจะต้องเข้าร่วมในโครงการ DDR ต่างๆ¹¹⁴ กรณีตัวอย่างของนิรโทษกรรมที่กำหนดให้ผู้กระทำความผิดต้องปลดอาวุธและปลดประจำการได้แก่ กรณีคองโกในปี ค.ศ. 1999¹¹⁵ กรณีอาแจห์ ในปี ค.ศ. 2005¹¹⁶ และกรณีหมู่เกาะโซโลมอนในปี ค.ศ. 2000¹¹⁷

ความยุติธรรมกระแสหลักหรือความยุติธรรมเชิงสมานฉันท์

ข้อชี้แนะข้อ 11(ค) เกิดจากการเล็งเห็นถึงความสำคัญโดยแฉวงการกำหนดนโยบายและแนวปฏิบัติระหว่างประเทศ ของแนวทางการปฏิบัติแบบดั้งเดิมหรือเชิงสมานฉันท์ในการจัดการกับอาชญากรรมหรือการกระทำผิดในสังคมที่กำลังอยู่ในช่วงเปลี่ยนผ่านหรือที่เพิ่งผ่านความขัดแย้ง¹¹⁸ ในแต่ละชุมชนจะพบได้ถึงความหลากหลายของอาณัติองค์ประกอบ กระบวนการ และผลลัพธ์ของกลไกเชิงสมานฉันท์ งานวิจัยทางวิชาการได้ระบุองค์ประกอบหลักของความยุติธรรมเชิงสมานฉันท์ไว้ดังนี้¹¹⁹ (1) มุ่งเน้นให้เห็นความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการกระทำของผู้กระทำผิดที่มีต่อเหยื่อและสังคมในวงกว้าง (2) มุ่งหาทางบรรเทาความเสียหายมากกว่าจะมุ่งลงโทษผู้กระทำความผิด (3) เล็งเห็นว่าความเสียหายที่เกิดขึ้นส่งผลให้ผู้กระทำผิดมีภาระรับผิดชอบที่จะต้องแก้ไขปัญห (4) พยายามพาผู้กระทำผิดกลับเข้าเป็นส่วนหนึ่งของสังคม เพื่อให้หลุดออกจากวงจรของการกระทำผิดซ้ำ และ (5) ส่งเสริมให้ผู้มีส่วนได้ส่วนเสียทุกฝ่ายอันรวมถึงผู้เสียหาย ผู้กระทำความผิด ครอบครัวและสังคมโดยรวมได้เข้ามามีส่วนร่วมในการระบุดังความเสียหายและพัฒนาแนวทางการแก้ไข แนวทางการแก้ไขที่บังคับใช้ภายในกระบวนการเชิงสมานฉันท์นั้นอาจรวมถึงการระบุดังเป็นการสาธารณะ การบังคับทำบริการสาธารณะ การร่วมชดใช้ค่าเสียหายให้แก่เหยื่อ และการขอขมาโทษเป็นการสาธารณะ

การฟื้นฟูความจริง

ในช่วงหลายปีให้หลังนี้ ได้มีการให้เหตุผลว่า รัฐมีหน้าที่ที่จะสอบสวนบรรดาการละเมิดสิทธิมนุษยชนอย่างร้ายแรง และยืนยันสิทธิที่ผู้เสียหายและสังคมที่ได้รับผลกระทบจากการละเมิดนั้นๆจะได้รับความจริง¹²⁰ เช่นเดียวกับหน้าที่ที่จะดำเนินคดี หน้าที่ที่จะสอบสวนนั้นไม่ได้ถูกระบุไว้ในสนธิสัญญาระหว่างประเทศ แต่ได้รับการพัฒนาขึ้นมาโดยศาลสิทธิมนุษยชนทั้งในระดับโลกและระดับภูมิภาค ในกรณีที่นิรโทษกรรมขัดขวางกระบวนการสอบสวน นิรโทษกรรมนั้นถือกันว่าละเมิดพันธกรณีของรัฐในการทำการสอบสวน¹²¹ วรรค (ง) (จ) (ฉ) และ (ช) เน้นว่านิรโทษกรรมอาจกระทำได้ภายใต้ข้อแม้ที่ผู้กระทำผิดต้องเข้าร่วมในกระบวนการฟื้นฟูความจริงเพื่อเปิดเผยข้อมูลเกี่ยวกับการกระทำของตนเองและของผู้อื่น¹²² ขั้นตอนเหล่านี้มีหลายรูปแบบ รวมไปถึงคณะกรรมการค้นหาความจริง การไต่สวนสาธารณะ การดำเนินคดีทางแพ่ง การพิจารณาคดีในศาลอาญาเพื่อค้นหาความจริงซึ่งจะไม่นำไปสู่บทลงโทษทางอาญา การไต่สวนการตาย ผู้ตรวจการสิทธิมนุษยชนหรือการสอบสวนของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชน

กระบวนการยุติธรรมแบบดั้งเดิมหรือเชิงสมานฉันท์ และโครงการจดหมายเหตุแห่งชาติ เป็นต้น ทั้งนี้ ยังไม่เคยมีศาลระหว่างประเทศใดที่ได้พิจารณาความถูกต้องตามกฎหมายของนิรโทษกรรมที่มอบให้เพื่อแลกกับการ ออกรบ ใดๆ ก็ดี อนุสัญญาระหว่างประเทศ และแนวปฏิบัติของศาลอาญาระหว่างประเทศ¹²³ อนุญาตให้ทำการลดหย่อนโทษได้เพื่อจุดประสงค์ในการค้นหาความจริงแม้กระทั่งกับอาชญากรรมอุกฉกรรจ์ ตัวอย่างเช่น อนุสัญญาระหว่างประเทศว่าด้วยการหายสาบสูญ โดยถูกบังคับได้อนุญาตให้รัฐภาคีกำหนด “เหตุบรรเทาโทษ” สำหรับบุคคล “ที่มีส่วนเกี่ยวข้อง” ในการก่อการบังคับให้หายสาบสูญ และมีส่วนนำบุคคลที่หายสาบสูญนั้นกลับมา โดยยังมีชีวิตอยู่ หรือช่วยให้สามารถคลี่คลายคดีของบุคคลที่ถูกบังคับให้หายสาบสูญ หรือสามารถชี้ตัวผู้กระทำความผิดที่ก่อการบังคับให้สูญหายได้”¹²⁴

การชดใช้ค่าเสียหาย

สิทธิในการได้รับการชดใช้ค่าเสียหายไม่ได้ถูกระบุไว้อย่างชัดเจนในอนุสัญญาลิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ ใดๆ ก็ดี ศาลสิทธิมนุษยชนต่างตีความว่าสิทธินี้เป็นส่วนหนึ่งของ “สิทธิในการได้รับการเยียวยา” ที่บรรจุอยู่ทั้งในสนธิสัญญาสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศและระดับภูมิภาค¹²⁵ ถึงแม้ว่าศาลอาญาระหว่างประเทศทั้งหลายจะไม่มีอำนาจสั่งการให้รัฐชดใช้ค่าเสียหายได้ แต่สิทธิในการได้รับค่าเสียหายก็เป็นที่ยอมรับกันว่าเป็นผลงานหนึ่งของศาล¹²⁶ วรรค (ข) และ (ฉ) ระบุว่า การนิรโทษกรรมสามารถกระทำได้ภายในเงื่อนไขที่ผู้กระทำความผิดได้ให้ความร่วมมือกับโครงการชดใช้ค่าเสียหายผ่านการชดใช้คืน การสมทบเงิน และการทำบริการสาธารณะ¹²⁷ ในกรณีที่ตัวแสดงที่ไม่ใช่รัฐถูกกำหนดให้มีส่วนร่วม กับโครงการชดใช้ค่าเสียหาย ให้ยังคงถือว่ารัฐต้องมีส่วนร่วมรับผิดชอบในการชดใช้นั้นอยู่

ข้อชี้แนะข้อ 12. เงื่อนไขเรื่องความประพฤติในอนาคตของผู้รับประโยชน์จากนิรโทษกรรม

ข้อชี้แนะข้อ 12 จัดการกับความกังวลที่ว่า การให้นิรโทษกรรมอาจทำให้เกิดวัฒนธรรมการไม่ต้องถูกลงโทษ โดยผู้กระทำความผิดจะรู้สึกว่าจะสามารถทำความผิดได้อีก โดยไม่มีความเสี่ยงที่จะถูกลงโทษ วรรค (ก) ได้อธิบายถึงกรณีตัวอย่างที่นิรโทษกรรมสามารถตั้งเงื่อนไขให้บุคคลที่ได้รับประโยชน์จากนิรโทษกรรมจะต้องปฏิบัติตาม ให้ได้ เพื่อรักษาสภาพนิรโทษกรรมไว้หลังจากได้รับนิรโทษกรรมแล้ว เงื่อนไขเหล่านี้ได้รับการออกแบบมาเพื่อให้แน่ใจว่าผู้กระทำความผิดจะเข้าร่วมอย่างต่อเนื่อง ในกระบวนการเสริมสร้างสันติสุขและความปรองดอง และเพื่อป้องกันการกระทำผิดซ้ำ คุณค่าของเงื่อนไขเหล่านี้ได้รับการยอมรับ โดยคณะกรรมการค้นหาความจริงและการปรองดองของเชียร์ราลีโอน ในรายงานฉบับสมบูรณ์ของคณะ¹²⁸ ในการที่จะทำให้อาณัติของเงื่อนไขความประพฤติในอนาคตของผู้รับประโยชน์จากนิรโทษกรรมมีประสิทธิภาพ ข้อชี้แนะข้อ 12(ง) แนะนำให้วางแบบแผนวิธีการตรวจสอบอย่างเป็นทางการและเป็นอิสระเพื่อตรวจ

สอบหรือตัดสินชี้ขาดเกี่ยวกับการปฏิบัติตามเงื่อนไข และหากมีการเพิกถอนนิรโทษกรรมของบุคคลใดก็ควรจัดให้มีการดำเนินคดีในข้อหาการกระทำผิดที่เคยได้รับนิรโทษกรรมไปแล้ว รวมไปถึงกรณีที่มีการเบิกความเท็จหรือการกระทำผิดเพิ่มเติมที่เกิดขึ้นภายหลัง

การปฏิบัติตามเงื่อนไขของการให้นิรโทษกรรม

ข้อชี้แนะข้อ 12(ก)(หนึ่ง) เสนอว่าการนิรโทษกรรมสามารถถูกเพิกถอนได้หากผู้กระทำความผิดฝ่าฝืนเงื่อนไขของการให้นิรโทษกรรมนั้นหรือหากพบว่าไม่เคยมีการปฏิบัติตามมาตั้งแต่ต้น ยกตัวอย่างเช่น การเพิกถอนนิรโทษกรรมสำหรับบุคคลที่ได้รับข้อแม้ว่าต้องเปิดเผยการกระทำความผิดอย่างครบถ้วนแต่ต่อมาในภายหลังพบว่าพวกเขาปกปิดหรือบิดเบือนข้อมูล ดังที่ได้กล่าวไว้ในข้อชี้แนะข้อ 12(ข) ข้อกำหนดนี้ควรได้รับการตีความควบคู่ไปกับข้อชี้แนะข้อ 11 อันเกี่ยวกับเงื่อนไขที่ต้องกระทำตามก่อนการรับนิรโทษกรรม ตัวอย่างของนิรโทษกรรมที่บัญญัติการเพิกถอนไว้อย่างชัดเจนบนพื้นฐานของการไม่ปฏิบัติตามเงื่อนไข ได้แก่ แอลจีเรียในปี ค.ศ. 1999¹²⁹ และโคลอมเบียในปี ค.ศ. 2005¹³⁰

การละเว้นจากความรุนแรงและการกระทำผิดกฎหมาย

ข้อชี้แนะข้อ 12(ก)(สอง) ระบุว่าการนิรโทษกรรมสามารถถูกเพิกถอนได้เมื่อมีการกำหนดเงื่อนไขให้บุคคลที่เป็นพลรบนั้นต้องยอมจำนน ยุติกิจกรรมอันผิดกฎหมายหรือใช้ความรุนแรง และปฏิบัติตามกฎหมายของประเทศ แต่บุคคลเหล่านั้นกลับหันไปหาความรุนแรงและการกระทำผิดกฎหมายอีกครั้ง ประเภทของอาชญากรรมที่จะทำให้นิรโทษกรรมถูกเพิกถอนนั้นควรได้รับการบัญญัติไว้ในตัวบทกฎหมายนิรโทษกรรม ทั้งนี้กฎหมายนิรโทษกรรมในหลายๆกรณีมักมีข้อกำหนดว่าด้วยการกระทำผิดซ้ำ¹³¹

ข้อห้ามความประพฤติที่ได้ระบุไว้

การให้นิรโทษกรรมสามารถตั้งเงื่อนไขให้ผู้รับต้องปฏิบัติตามข้อห้ามความประพฤติอย่างถาวรหรือเป็นการชั่วคราว ข้อห้ามเหล่านี้อาจห้ามมิให้บุคคลที่ได้รับการนิรโทษกรรมพกพาอาวุธหรือเข้าร่วมกับองค์กรทางการเมืองใดๆ อาจมีการออกแบบเงื่อนไขเหล่านี้มาเพื่อเสริมของกระบวนการคัดเลือกเจ้าหน้าที่¹³² ด้วยการจำกัดคุณสมบัติของผู้รับการนิรโทษกรรมในการเข้าร่วมกองทัพ การเข้าทำงานในตำแหน่งราชการ หรือการลงสมัครรับเลือกตั้ง ตัวอย่างของการนิรโทษกรรมที่บังคับใช้เงื่อนไขควบคุมพฤติกรรมในอนาคตของผู้รับประโยชน์ ได้แก่ แอลจีเรียในปี ค.ศ. 2006¹³³ และเฮติ¹³⁴ ทั้งนี้ ควรมีการระบุข้อจำกัดของประพฤติกกรรมภายหลังการนิรโทษกรรมไว้อย่างชัดเจนในตัวของกฎหมายนิรโทษกรรม

ความคุ้มกันชั่วคราว

ข้อชี้แนะข้อ 12(ค) เสนอทางเลือกที่จะใช้ความคุ้มกันชั่วคราวยืดเวลาการตัดสินใจดำเนินคดีออกไปจนกว่าจะสิ้นสุดระยะเวลาที่ได้ตกลงกันไว้ ในยามที่สถานการณ์ต่างๆน่าจะมีเสถียรภาพมากขึ้น และฝ่ายตุลาการจะสามารถจัดการดำเนินคดีอันเป็นที่สนใจของสังคมได้อย่างยุติธรรมและมีประสิทธิภาพ เมื่อระยะเวลาของความคุ้มกันชั่วคราวสิ้นสุดลง การกระทำของบุคคลผู้รับประโยชน์ควรถูกนำมาประเมินว่าสมควรนำไปดำเนินคดีหรือให้นิรโทษกรรมถาวร หรือควรได้รับผลลัพธ์อื่นใด¹³⁵ กฎหมายที่มอบความคุ้มกันชั่วคราวควรระบุระยะเวลาของการคุ้มกันดังกล่าว รวมถึงเกณฑ์ในการจะให้หรือไม่ให้นิรโทษกรรมถาวร หากในระหว่างช่วงเวลาของการคุ้มกันชั่วคราวบุคคลนั้นๆ ได้กระทำความผิดกรรมต้องห้าม ความคุ้มกันชั่วคราวควรจะถูกเพิกถอนทันที¹³⁶ ตัวอย่างของรัฐที่เคยได้ใช้บทบัญญัติว่าด้วยความคุ้มกันชั่วคราว ได้แก่ แอฟริกาใต้ในปี ค.ศ. 1990¹³⁷ บุรุนดีในปี ค.ศ. 2003¹³⁸ และสาธารณรัฐประชาธิปไตยคองโกในปี ค.ศ. 2003¹³⁹

6. การมีมติเห็นชอบ การนำไปปฏิบัติ และการพิจารณาทบทวนนิรโทษกรรม

ข้อชี้แนะข้อ 13. การยึดตามกฎหมายภายในประเทศ

ข้อชี้แนะข้อ 13 ยอมรับว่ารัฐธรรมนูญของบางประเทศมีบทบัญญัติที่เป็นกฎควบคุมการออกกฎหมายนิรโทษกรรม¹⁴⁰ กฎเหล่านี้อาจรวมถึงประเด็นต่าง ๆ เช่น การกำหนดว่าฝ่ายบริหาร หรือฝ่ายนิติบัญญัติ หรือทั้งสองฝ่าย เป็นผู้มีอำนาจในการให้นิรโทษกรรม การกำหนดประเภทของเครื่องมือทางนิติบัญญัติหรือนโยบายที่สามารถใช้ออกนิรโทษกรรมได้ ความจำเป็นต้องมีกระบวนการลงคะแนนแบบพิเศษเพื่อเห็นชอบนิรโทษกรรม ความผิดอาญาหรือบุคคลประเภทใดที่สามารถได้ประโยชน์จากนิรโทษกรรม และการกำหนดว่านิรโทษกรรมสามารถบังคับใช้ก่อนหรือหลังการพิพากษาลงโทษ ในกรณีที่นิรโทษกรรมใดๆขัดแย้งกับกฎหมายในประเทศเหล่านี้ ศาลระดับประเทศอาจประกาศว่านิรโทษกรรมนั้นขัดต่อรัฐธรรมนูญ หรือบังคับให้ต้องมีการแก้ไข เพื่อให้เป็นไปตามมาตรฐานอันสมควร¹⁴¹

ข้อชี้แนะข้อ 14. วิธีการตรากฎหมายและการปรึกษาหารือสาธารณะ

ตราสารทางกฎหมาย

เครื่องมือที่ใช้ออกนิรโทษกรรมอาจมีได้ตั้งแต่ต้นนโยบายของฝ่ายบริหาร ไปจนถึงคำสั่งและกฤษฎีกาที่ออกโดยฝ่ายบริหาร กฎหมายที่ออกโดยฝ่ายนิติบัญญัติ และนิรโทษกรรมที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ ข้อชี้แนะข้อ 14(ก) ชี้ว่านิรโทษกรรมที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญนั้นแก้ไขหรือบอกล้างได้ยากกว่า ส่วนข้อชี้แนะข้อ 17 กล่าวถึงการบอกล้างนิรโทษกรรม

การปรึกษาหารือสาธารณะ

ข้อชี้แนะข้อ 14(ข) อ้างถึงการยอมรับที่มีมากขึ้นเรื่อยๆต่อความสำคัญของการปรึกษาหารือสาธารณะในการออกแบบและนำไปใช้ของโครงการความยุติธรรมในระยะเปลี่ยนผ่าน¹⁴² ข้อชี้แนะนี้หยิบยกประสบการณ์ต่างๆที่ผ่านมา เพื่อแนะนำระเบียบวิธีที่ใช้กันทั่วไป และแนะนำการออกแบบนิรโทษกรรมควรให้ประชาชนมีส่วนร่วมมากที่สุดเท่าที่จะเป็นไปได้ รวมถึงให้กลุ่มคนที่อาจถูกไม่ให้ความสำคัญมามีส่วนร่วมด้วย ขอบเขตว่าจะสอบถามความคิดเห็นได้ในระดับใดนั้น ขึ้นอยู่กับปัจจัยต่างๆ เช่น ระดับความมั่นคง สมรรถภาพของโครงสร้างพื้นฐาน และปัจจัยว่าในสถานการณ์ขณะนั้นสามารถเผยแพร่ข้อมูลและความคิดเห็นได้มากเท่าใด ตัวอย่างนิรโทษกรรมที่รับรองโดยเป็นส่วนหนึ่งของกระบวนการปรึกษาหารือ ได้แก่ ติมอร์-เลสเต¹⁴³ และแอฟริกาใต้¹⁴⁴ การมีส่วนร่วมของประชาชนอาจเพิ่มความชอบธรรมของนิรโทษกรรม แต่พรรค (ง) ชี้ว่าการมีส่วนร่วมของประชาชน โดยตัวของมันเองไม่เพียงพอที่จะรับรองความถูกต้องตามกฎหมายของนิรโทษกรรมที่ขัดต่อกฎหมายภายในหรือระหว่างประเทศ¹⁴⁵

การลงประชามติ

พรรค (ค) กล่าวถึงแนวปฏิบัติของรัฐในกรณีที่นิรโทษกรรมได้รับการรับรองผ่านการออกเสียงลงมติของประชาชน ซึ่งอาจเป็นในรูปของการทำประชามติเรื่องข้อตกลงสันติภาพหรือเรื่องรัฐธรรมนูญที่มีบทบัญญัติเกี่ยวกับนิรโทษกรรม¹⁴⁶ หรือประชามติที่มุ่งเน้นเฉพาะเรื่องนิรโทษกรรมอย่างเดียว¹⁴⁷ การลงประชามติอาจกระตุ้นให้เกิดการถกเถียงกันในทางสาธารณะเกี่ยวกับนิรโทษกรรมและความผิดทางอาญาในอดีตที่ครอบคลุม และในกรณีที่นิรโทษกรรมได้รับการเห็นชอบ ความชอบธรรมของนิรโทษกรรมนั้นก็อาจมีมากขึ้นได้ อย่างไรก็ตาม ดังที่ได้ชี้ไว้ในพรรค (ง) ว่าการลงประชามติโดยตัวของมันเองนั้นไม่เพียงพอที่จะเปลี่ยนนิรโทษกรรมที่ไม่ชอบธรรมให้กลายเป็นนิรโทษกรรมที่ชอบธรรมได้ ทั้งนี้ขึ้นอยู่กับขอบข่ายของนิรโทษกรรม และพันธกรณีทางกฎหมายของรัฐซึ่งเป็นผู้ออกกฎหมายนิรโทษกรรม¹⁴⁸

การนิรโทษกรรมตนเอง

คำว่า “นิรโทษกรรมตนเอง” หมายถึงนิรโทษกรรมที่เห็นชอบแต่ฝ่ายเดียวโดยระบอบที่มักยึดอำนาจมาโดยผิดกฎหมาย มีความผิดต่ออาชญากรรมระหว่างประเทศหรือการละเมิดสิทธิมนุษยชนอย่างร้ายแรง และใช้นิรโทษกรรมเพื่อปกป้องเจ้าหน้าที่ของรัฐและกลุ่มผู้สนับสนุนจากการสอบสวนคดี และภาวะความรับผิดชอบต่อการละเมิดสิทธิมนุษยชน การนิรโทษกรรมตนเองนั้นถูกพิพากษาให้มากที่สุดจากหน่วยงานต่างๆ ในระบบระหว่างรัฐอเมริกา ซึ่งพบว่านิรโทษกรรมประเภทนี้ละเมิดอนุสัญญาสิทธิมนุษยชนอเมริกา (American Convention on Human Rights)¹⁴⁹ ข้อชี้แนะข้อ 14(ง) ระบุในการทำงานเดียวกับการกำหนดลักษณะของนิรโทษกรรมที่ไม่ชอบธรรมในข้อชี้แนะที่ 4(ข) โดยแนะนำว่าควรถือว่าการนิรโทษกรรมตนเองไม่ชอบธรรม และผิดกฎหมายไว้ก่อน

ข้อชี้แนะข้อ 15. ผลทางกฎหมาย

แน่นอนว่าผลเบื้องต้นของนิรโทษกรรม คือทำให้ไม่เกิดการดำเนินคดีทางอาญา อย่างไรก็ตาม ข้อชี้แนะข้อ 15(ก) ยกเรื่องแนวปฏิบัติของรัฐเพื่อชี้ให้เห็นว่านิรโทษกรรมอาจส่งผลทางกฎหมายในด้านอื่นหลากหลายด้าน ดังที่กล่าวไปแล้วในการอภิปรายข้อชี้แนะข้อ 13 ว่าผลเหล่านี้อาจสอดคล้องกับกฎหมายภายในประเทศที่ควบคุมการใช้นิรโทษกรรม และอาจลบเลือนเส้นแบ่งระหว่างนิรโทษกรรมกับการลดหย่อนผ่อนโทษในรูปแบบอื่นๆ เช่น การอภัยโทษ ดังที่จะอภิปรายต่อไป

ผลทางกฎหมายเหล่านี้อาจเกิดขึ้นกับผู้ที่ได้รับประโยชน์จากนิรโทษกรรมทุกคนในลักษณะเดียวกัน หรืออาจใช้เพื่อแบ่งแยกผู้ได้รับประโยชน์ในประเภทต่างๆ เช่น ความผิดที่หนักกว่าอาจได้รับการลดวันต้องโทษตามกฎหมาย ในขณะที่ความผิดรองลงมาอาจได้รับนิรโทษกรรมโดยสมบูรณ์ ข้อชี้แนะที่ 15(ค) แนะนำว่าอาจเป็นประโยชน์ที่จะแบ่งแยกผลทางกฎหมายจากนิรโทษกรรมให้แตกต่างกันในหมู่ผู้กระทำความผิด เพื่อสะท้อนถึงความร้ายแรงของการกระทำผิด

นิรโทษกรรมอาจกำหนดให้ฝ่ายตำรวจหรืออัยการละเว้นจากการเริ่มการสืบสวนในทางอาญาต่อบุคคล หรือความผิดอาญา ที่เข้าเกณฑ์นิรโทษกรรมได้ ซึ่งอาจเป็นประโยชน์ต่อผู้กระทำความผิดที่ยังไม่ถูกระบุตัว การห้ามการเปิดการสืบสวนในทางอาญา ไม่จำเป็นจะต้องตัดโอกาสการที่ผู้กระทำผิดจะถูกสืบสวนโดยกระบวนการค้นหาความจริงอื่นๆ ตัวอย่างของนิรโทษกรรมที่ทำให้ไม่เกิดการสืบสวนในทางอาญา ได้แก่ แอลจีเรียในปี ค.ศ. 1999¹⁵⁰ บาห์เรนในปี ค.ศ. 2001¹⁵¹ บอสเนียและเฮอร์เซโกวีนาในปี ค.ศ. 1999¹⁵² เม็กซิโกในปี ค.ศ. 1994¹⁵³ ทาจิกิสถานในปี ค.ศ. 1997¹⁵⁴ และพม่าในปี ค.ศ. 2008¹⁵⁵ ประสพการณ์เมื่อไม่นานนี้ที่ชิลีชี้ว่า ในกรณีที่นิรโทษกรรมไม่ได้ห้ามการสืบสวนอย่างชัดเจน ฝ่ายตุลาการภายในประเทศอาจตีความนิรโทษกรรมให้กำหนดให้มีการสืบสวนคดี เพื่อตัดสินว่าบุคคลเข้าเกณฑ์ได้รับนิรโทษกรรมหรือไม่ ก่อนจะมีการใช้นิรโทษกรรม¹⁵⁶

ในกรณีที่มีการออกนิรโทษกรรมขณะที่การสืบสวนในทางอาญาและการพิจารณาคดีกำลังดำเนินอยู่ ผลทางกฎหมายของนิรโทษกรรมอาจรวมถึงการให้ปิดกระบวนการพิจารณาคดีที่กำลังดำเนินอยู่ และหากนิรโทษกรรมมีเงื่อนไขเรื่องให้บุคคลผู้กระทำความผิดกระทำการใดเป็นพิเศษ การพิจารณาคดีอาจเลื่อนออกไป หรือพักไว้จนกว่าบุคคลจะกระทำการนั้นเสร็จสิ้น โดยการพิจารณาคดีจะปิดลงเป็นการแน่นอนก็ต่อเมื่อได้กระทำตามเงื่อนไขต่างๆ ครบถ้วนแล้ว ตัวอย่างของนิรโทษกรรมที่ได้ปิดกระบวนการพิจารณาคดีทางอาญาที่ดำเนินอยู่ ได้แก่ บอสเนียและเฮอร์เซโกวีนาในปี ค.ศ. 1999¹⁵⁷ เอลซัลวาดอร์ในปี ค.ศ. 1987¹⁵⁸ มาซิโดเนียในปี ค.ศ. 2002¹⁵⁹ นามิเบียในปี ค.ศ. 1989¹⁶⁰ เปรูในปี ค.ศ. 1995¹⁶¹ และบังกลาเทศในปี ค.ศ. 1997¹⁶²

ถึงแม้โดยแนวคิดแล้ว นิรโทษกรรมจะแตกต่างจากมาตรการลดหย่อนโทษอื่น ๆ ที่บังคับใช้หลังการตัดสินคดี แต่ในทางปฏิบัติ หลายนิรโทษกรรมก็ใช้ทั้งกับผู้ที่ถูกพิพากษาลงโทษแล้ว และกับผู้ที่ยังไม่เคยได้ถูกดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีทางกฎหมายแต่อย่างใด ผลของนิรโทษกรรมหลังการพิพากษาลงโทษอาจรวมถึงการปลดปล่อยให้พ้นจากการลงโทษโดยทันทีและไม่มีเงื่อนไข การปล่อยตัวโดยมีการคุมประพฤติหรือการรอลงอาญา การลดวันต้องโทษ หรือการใช้มาตรการเหล่านี้รวมกัน โดยแบ่งชั้นเพื่อพิจารณาตามความร้ายแรงในการกระทำของผู้กระทำผิดแต่ละคน ตัวอย่างของการนิรโทษกรรมหลังการพิพากษาลงโทษที่บังคับใช้กับนักโทษที่ถูกพิพากษาลงโทษแล้วทุกคนอย่างเท่าเทียมกัน ได้แก่ เอลซัลวาดอร์¹⁶³ เปรู¹⁶⁴ คองโก¹⁶⁵ และโกตดิวัวร์¹⁶⁶ ในกรณีที่นิรโทษกรรมออกให้แก่ผู้ที่ถูกพิพากษาลงโทษแล้วนั้น เคยมีบางกรณีที่นิรโทษกรรมใช้เพื่อลบลบประวัติอาชญากรรมของผู้กระทำผิด¹⁶⁷

นิรโทษกรรมอาจขัดขวางไม่ให้เหยื่อได้รับการเยียวยาความเสียหายทางแพ่งได้ในสองลักษณะด้วยกัน ในลักษณะแรก นิรโทษกรรมอาจให้ความคุ้มกันจากความรับผิดทางแพ่ง ตัวอย่างของนิรโทษกรรมลักษณะนี้ ได้แก่ อาร์เจนตินาในปี ค.ศ. 1983¹⁶⁸ เอลซัลวาดอร์ในปี ค.ศ. 1993¹⁶⁹ และชูดานในปี ค.ศ. 1997¹⁷⁰ ในลักษณะที่สอง นิรโทษกรรมอาจมีผลทางอ้อมไม่ให้เหยื่อได้รับการชดใช้ เมื่ออยู่ในระบบกฎหมายที่การชดใช้จะเกิดขึ้นได้นั้นจำเป็นต้องมีการพิพากษาลงโทษทางอาญาก่อนหน้า ในทางตรงกันข้าม ตัวอย่างต่อไปนี้มีการระบุโดยชัดแจ้งให้ยกเว้นความคุ้มกันจากการฟ้องคดีแพ่งไว้อยู่นอกขอบข่ายของนิรโทษกรรม โดยได้แก่ อาร์เจนตินาในปี ค.ศ. 1986¹⁷¹ ฟิลิปปินส์ในปี ค.ศ. 1994¹⁷² และคองโกในปี ค.ศ. 2005¹⁷³ ข้อชี้แนะข้อ 15(ข) แนะนำว่าในกรณีที่นิรโทษกรรมไม่ให้ความรับผิดทางแพ่ง ควรให้มีการชดใช้ค่าเสียหายทางปกครองเพื่อให้การเยียวยาแก่เหยื่อ โดยบุคคลผู้กระทำผิดอาจถูกกำหนดให้มีส่วนสนับสนุนโครงการเหล่านี้ ดังที่ระบุไว้ในข้อชี้แนะที่ 11

ข้อชี้แนะข้อ 16. การบริหารจัดการนิรโทษกรรม

กระบวนการนำไปปฏิบัติ

ในการบังคับใช้นิรโทษกรรมที่จำกัดและมีเงื่อนไข จำเป็นต้องมีการสร้างกระบวนการจัดการดูแล เพื่อประเมินว่าบุคคลมีคุณสมบัติเข้าเกณฑ์นิรโทษกรรมหรือไม่ ข้อชี้แนะข้อ 16(ก) ทบทวนรูปแบบที่กระบวนการนำนิรโทษกรรมไปปฏิบัติเหล่านี้สามารถนำมาใช้ได้ และแนะนำมาตรฐานขั้นต่ำที่ควรยึดถือ เพื่อให้การบังคับใช้เป็นไปโดยมีประสิทธิภาพ โปร่งใส และชอบธรรม มาตรฐานเหล่านี้อ้างอิงจากแนวปฏิบัติที่ดีที่ได้รับการยอมรับ ซึ่งมักกำหนดให้ใช้ในคณะกรรมการค้นหาความจริง¹⁷⁴ รวมทั้งจากประสบการณ์กระบวนการนำนิรโทษกรรมไปปฏิบัติในรัฐต่างๆ ตัวอย่างเช่น ข้อวิจารณ์ของคณะกรรมการนิรโทษกรรมของคณะกรรมการค้นหาความจริงและความปรองดองของแอฟริกาใต้ ชี้ว่ากรณีที่นิรโทษกรรมมีเงื่อนไขว่าผู้กระทำผิดต้องเปิดเผย

ความจริงทั้งหมดเกี่ยวกับการกระทำของตน หน่วยงานที่นำนิรโทษกรรมไปปฏิบัติควรได้รับอำนาจเพียงพอที่จะสามารถยืนยันและคัดค้านข้อมูลจากการให้ปากคำของผู้สมัครรับนิรโทษกรรมได้¹⁷⁵ หมายความว่า คณะกรรมการนิรโทษกรรมอาจต้องมีอำนาจในการตรวจค้นสถานที่ สอบปากคำ ยึดเอกสาร ออกหมายเรียกพยาน และกำหนดให้หน่วยงานราชการอื่นๆร่วมมือได้

การมีส่วนร่วมของเหยื่อและชุมชน

ข้อชี้แนะข้อ 16(ข) อาศัยข้อผูกมัดในการมีส่วนร่วมของประชาชน ตามที่แจกแจงไว้ในข้อชี้แนะข้อ 14(ข) และหลักการของความยุติธรรมเชิงสมานฉันท์ที่บรรยายไว้ก่อนหน้านี้ เพื่อชี้แนะว่าหากเป็นไปได้ เหยื่อและองค์กรภาคประชาสังคมควรได้รับอนุญาตให้มีส่วนร่วมในการสืบพยานพิจารณาคำร้องขอรับนิรโทษกรรมของบุคคล ข้อชี้แนะนี้แนะนำมาตรการต่างๆ เพื่อเอื้อให้เกิดการมีส่วนร่วม โดยอาศัยประสบการณ์ของคณะกรรมการสิทธิการนิรโทษกรรมของคณะกรรมการค้นหาความจริงและความปรองดองของแอฟริกาใต้¹⁷⁶

สิทธิในการอุทธรณ์

เพื่อเคารพสิทธิในการพิจารณาคดีของผู้สมัครรับนิรโทษกรรมแต่ละคน ข้อชี้แนะข้อ 16(ค) แนะนำว่าบุคคลเหล่านั้นควรได้รับสิทธิในการอุทธรณ์คำตัดสินของหน่วยงานที่นำนิรโทษกรรมมาปฏิบัติ ต่อศาลที่เป็นอิสระได้

ข้อชี้แนะข้อ 17. การบอกล้างนิรโทษกรรม

ข้อชี้แนะข้อ 17 มีแรงจูงใจเบื้องต้นมาจากการบอกล้างนิรโทษกรรมในอาร์เจนตินา เปรู และอุรุกวัย ที่เกิดขึ้นในช่วงทศวรรษที่ผ่านมา นิรโทษกรรมเหล่านี้ล้วนให้ความคุ้มกันโดยอัตโนมัติและไม่มีเงื่อนไขแก่การละเมิดสิทธิมนุษยชนอย่างร้ายแรง การบอกล้างนิรโทษกรรมเหล่านี้เกิดขึ้นโดยอาศัยวิธีการต่อไปนี้วิธีการหนึ่งหรือหลายวิธี ได้แก่ การตัดสินโดยศาลระหว่างรัฐอเมริกา¹⁷⁷ คำวินิจฉัยของศาลในประเทศที่ประกาศให้กฎหมายดังกล่าวขัดต่อรัฐธรรมนูญ¹⁷⁸ และกฎหมายระดับประเทศที่บอกล้างนิรโทษกรรม¹⁷⁹ การบอกล้างนี้มีผลย้อนหลัง ซึ่งทำให้คดีที่ได้ปิดลงไปแล้วด้วยนิรโทษกรรมสามารถถูกเปิดขึ้นใหม่ได้ เพื่อเปิดทางให้นิรโทษกรรมสามารถถูกบอกล้างได้ในอนาคต ข้อชี้แนะข้อ 17(ก) ชี้ว่านิรโทษกรรมอาจอนุญาตให้มีการพิจารณาทบทวนโดยศาลในอนาคตได้

ข้อชี้แนะข้อ 17(ข) อาศัยประสบการณ์ของชิลีที่ได้จำกัดขอบเขตการไม่ต้องถูกลงโทษอันเป็นผลจากกฎหมายนิรโทษกรรมปี ค.ศ. 1987 โดยจำกัดให้แคบลงผ่านการตีความใหม่หลากหลายแบบของศาล ในช่วงต้นของการเปลี่ยนผ่าน ศาลไม่ได้บังคับตามข้อจำกัดและข้อยกเว้นซึ่งกำหนดไว้ในนิรโทษกรรมนี้อย่างสม่ำเสมอ ประมวลคำพิพากษา

ที่เป็นบรรทัดฐานในช่วงไม่นานมานี้ได้มีรวมถึงการใช้ช้อยกเว้นเหล่านี้ และการตีความนิรโทษกรรมใหม่โดยคำนึงถึงพัฒนาการต่างๆ ในกฎหมายระหว่างประเทศ¹⁸⁰ ถึงแม้ว่านิรโทษกรรมของชิลีจะไม่ได้ถูกบอกกล่าว แต่การตีความใหม่เหล่านี้ก็เปิดโอกาสให้มีการรื้อคดีที่เคยได้ปิดไปแล้วด้วยผลของนิรโทษกรรม ในขณะที่ผู้เขียนกำลังเขียนเอกสารฉบับนี้ มีคดีต่างๆ ที่ได้ถูกรื้อขึ้นมาใหม่ในชิลี มากกว่าในประเทศที่นิรโทษกรรมได้ถูกบอกกล่าวเสียอีก¹⁸¹ ดังนั้น ข้อชี้แนะนี้จะตั้งข้อสังเกตว่าการรื้อฟื้นคดีต่างๆ นั้น ไม่จำเป็นต้องอาศัยการบอกกล่าวนิรโทษกรรม

ข้อชี้แนะข้อ 18. ศาลระหว่างประเทศกับนิรโทษกรรมในระดับประเทศ

เขตอำนาจศาลในการตัดสินนิรโทษกรรมของต่างประเทศ

ในกรณีที่บุคคลผู้รับประโยชน์จากนิรโทษกรรมได้ตกเป็นจำเลยในกระบวนการพิจารณาคดีทางอาญาในศาลระหว่างประเทศหรือศาลต่างประเทศ ได้ปรากฏบรรทัดฐานคำพิพากษาจำนวนไม่มากสำหรับคดีซึ่งบุคคลเหล่านี้ได้อ้างถึงนิรโทษกรรมเพื่อมาโต้แย้งว่าศาลไม่มีอำนาจพิจารณาคดี และว่าการดำเนินคดีต่อไปจะเป็นการดำเนินกระบวนการโดยมิชอบ คดีเหล่านี้ชี้ให้เห็นว่าสำหรับนิรโทษกรรมโดยไม่มีเงื่อนไขที่ออกให้กับอาชญากรรมระหว่างประเทศแล้ว ศาลต่างประเทศจะไม่คิดว่าตนมีข้อผูกมัดที่ต้องยอมรับนิรโทษกรรมที่ประกาศใช้ที่อื่น¹⁸² ทั้งศาลอาญาระหว่างประเทศสำหรับอดีตยูโกสลาเวีย¹⁸³ ศาลพิเศษสำหรับเซียร์ราลีโอน¹⁸⁴ และที่ประชุมวิสามัญในศาลกัมพูชา¹⁸⁵ ล้วนยึดจุดยืนลักษณะคล้ายคลึงกัน ข้อชี้แนะข้อ 18(ก) เห็นพ้องกับแนวทางเดียวกันนี้ โดยระบุว่านิรโทษกรรมไม่สามารถขัดขวางศาลระหว่างประเทศ ศาลลูกผสม หรือ ศาลต่างประเทศ จากการใช้อำนาจในการพิจารณาคดีได้

ศาลอาญาระหว่างประเทศ ศาลลูกผสม และนิรโทษกรรมในระดับประเทศ

วรรค (ข) เน้นถึงหน้าที่ของรัฐในการร่วมมือกับศาลอาญาระหว่างประเทศ จากนั้น วรรค (ค) ก็อาศัยแนวปฏิบัติในประเทศอย่างเซียร์ราลีโอน ติมอร์-เลสเต และกัมพูชา เพื่อตั้งข้อสังเกตว่า ถึงแม้ศาลอาญาระหว่างประเทศจะสามารถพิพากษาลงโทษบุคคลผู้รับประโยชน์จากนิรโทษกรรมได้ แต่ก็ไม่ได้ทำให้นิรโทษกรรมหมดผลบังคับต่อผู้กระทำความผิดคนอื่นๆ (ดู ข้อชี้แนะข้อ 3)

ศาลสิทธิมนุษยชนในระดับภูมิภาค

วรรค (ง) ชี้ว่าศาลสิทธิมนุษยชนสามารถประเมินได้ว่านิรโทษกรรมสอดคล้องกับพันธกรณีของรัฐภายใต้สนธิสัญญาที่เกี่ยวข้องเพียงใด ที่ผ่านมา ศาลสิทธิมนุษยชนระหว่างรัฐอเมริกาได้พิจารณาเกี่ยวกับนิรโทษกรรมไว้มากที่สุด ดังแสดงให้เห็นในการอภิปรายในข้อชี้แนะที่ 6(จ) ในกรณีที่ศาลพบว่านิรโทษกรรมขัดต่ออนุสัญญาสิทธิมนุษยชนระหว่างรัฐอเมริกา ศาลได้แนะนำทางแก้ไขไว้หลากหลาย ซึ่งรวมถึง การทำให้

บอกล้างนิรโทษกรรมด้วย (ดู ข้อชี้แนะข้อ 17) ในกรณีของเปรู คำวินิจฉัยของศาลทำให้ นิรโทษกรรมหยุดมีผลบังคับใช้¹⁸⁶ อย่างไรก็ตาม ทางการบราซิลและชิลีกลับไม่ได้ ปฏิบัติให้มีผลตามคำวินิจฉัยในลักษณะคล้ายคลึงกันนี้ที่เกี่ยวกับนิรโทษกรรม

7. สรุป

ข้อชี้แนะเบลฟัสต์ว่าด้วยนิรโทษกรรมและภาระความรับผิดชอบ พยายามโยกย้าย ประเด็นหลักในการอภิปรายเกี่ยวกับความถูกต้องตามกฎหมายของนิรโทษกรรม จาก เดิมที่มักให้ความสนใจกับเรื่องหน้าที่ที่จะดำเนินคดีเป็นหลัก เพื่อให้พิจารณาถึงความ สัมพันธ์ของนิรโทษกรรมกับพันธกรณีทางกฎหมายโดยรวมทั้งหมดที่รัฐที่ประสบความสำเร็จ ชัดแย้งและอยู่ในช่วงเปลี่ยนผ่านมี นอกจากนี้ ข้อชี้แนะชุดนี้ยังมุ่งหวังจะเพิ่มการ คุ่มครองสิทธิมนุษยชน โดยได้แนะนำวิธีต่างๆ ที่จะสามารถออกแบบนิรโทษกรรมให้ สันับสนุนสันติภาพ ความจริง ภาระความรับผิดชอบ และความปรองดอง และเพื่อทำให้ผู้คน สามารถเข้าถึงข้อชี้แนะฉบับนี้ได้มากขึ้น จึงได้มีการแปลเป็นภาษาอารบิก ฝรั่งเศส จีน กลาง รัสเซีย และสเปนแล้ว หวังเป็นอย่างยิ่งว่าข้อชี้แนะชุดนี้จะได้รับการเผยแพร่ในวง กว้าง และจะมีคุณค่าต่อบุคคลและองค์กรที่กำลังต้องต่อสู้ดิ้นรนกับการตัดสินใจว่าจะ จัดการอย่างไรกับมรดกตกทอดทั้งหลายของความรุนแรงในอดีต

¹ Rodrigo Uprimny Yepes (ผู้อำนวยการศูนย์ศึกษากฎหมาย ความยุติธรรม และสังคม (Dejusticia) และผู้ช่วยศาสตราจารย์ด้านนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยแห่งชาติโคลอมเบีย) María Paula Saffon (นักศึกษาระดับปริญญาเอก คณะรัฐศาสตร์ มหาวิทยาลัยโคลอมเบีย และนักวิจัยประจำ Dejusticia) และ Nelson Camilo Sánchez (ผู้ประสานงานวิจัยประจำ Dejusticia และผู้ช่วยศาสตราจารย์ด้านนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยแห่งชาติโคลอมเบีย) ได้รับเชิญให้เป็นตัวแทนของมุมมองของชาวลาตินอเมริกาในคณะผู้เชี่ยวชาญ และได้ให้ความคิดเห็นต่อการอภิปรายแล้ว แต่ไม่คิดว่าจะสามารถรับรองข้อชี้แนะในขั้นสุดท้ายได้.

² แนวทางคำอธิบาย โดย Louise Mallinder ได้รับการตีพิมพ์ด้วยกันกับข้อชี้แนะฉบับนี้ ภาคความคิดเห็นที่เขียนโดย Mallinder เช่นกันจะได้รับการตีพิมพ์เป็นหนังสือในปี ค.ศ. 2014.

³ คำว่า“การละเมิดสิทธิมนุษยชนอย่างร้ายแรง” (gross violations of human rights) ถูกใช้ในที่นี้เพื่อหมายถึงการกระทำซึ่งถือเป็นความผิดอาญาอุกฉกรรจ์ภายใต้กฎหมายภายในประเทศหรือระหว่างประเทศ และหากก่อโดยรัฐบาลแล้ว ก็จะเป็นการละเมิดพันธกรณีด้านสิทธิมนุษยชนของรัฐ การละเมิดนี้รวมถึงการกระทำที่ร้ายแรงที่สุดที่ได้ถูกห้ามไว้ในสนธิสัญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชนทั้งในระดับสากลและระดับภูมิภาค อย่างเช่น การทรมาน และการปฏิบัติที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรม หรือที่ย่ำยีศักดิ์ศรี การประหารนอกกฎหมาย ตามอำเภอใจ หรืออย่างรวบรัด สภาวะการเป็นทาส การหายสาบสูญ โดยถูกบังคับ และก็ยังรวมถึง การข่มขืน และรูปแบบอื่นๆของความรุนแรงทางเพศซึ่ง ในบางสถานการณ์ อาจเป็นรูปแบบหนึ่งของอาชญากรรมสงครามหรือการทรมาน.

⁴ See e.g. Robert Parker, *Fighting the Siren’s Song: The Problem of Amnesty in Historical and Contemporary Perspective*, 42 *Acta Juridica Hungaria* 69 (2001); KATHLEEN DEAN MOORE, *PARDONS: JUSTICE, MERCY AND THE PUBLIC INTEREST* (1997).

⁵ Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the Protection of Victims of Non-International Armed Conflicts (Protocol II), Jun. 8, 1977, 1125 UNTS 609.

⁶ COMMENTARY ON THE ADDITIONAL PROTOCOLS OF 8 JUNE 1977 TO THE GENEVA CONVENTIONS OF 12 AUGUST 1949 (Yves Sandoz et al. ed., 1987) ¶ 4618.

⁷ UN Econ. & Soc. Council, Sub-Comm. on Prevention of Discrimination & Prot. of Minorities, *Resolution 1983/34. The administration of justice and the human rights of detainees*. UN Doc E/CN.4/Sub.2/RES/1983/34 (Sep. 6, 1983).

⁸ UN Econ. & Soc. Council, Sub-Comm. on Prevention of Discrimination & Prot. of Minorities, *Study on Amnesty Laws and their Role in the Safeguard and Protection of Human Rights*, UN Doc E/CN.4/Sub.2/1985/16 (Jun. 21, 1985).

⁹ *Id.*

¹⁰ See eg UNSC Res. 861, UN Doc. S/RES/861 (Aug. 27, 1993) (supporting the Governors’ Island Agreement in Haiti); Douglass Cassel, *Lessons from the Americas: Guidelines for International Response to Amnesties for Atrocities*, 59 *Law & Contemp.Probs.* 197 (1996) (on UN support for amnesties in El Salvador and Guatemala); Michael P. Scharf, *From the eXile Files: An Essay on Trading Justice for Peace*, 63 *Wash. & Lee L.Rev.* 339 (2006) (on UN brokering the asylum for Charles Taylor).

¹¹ ดู คำอภิปรายของข้อชี้แนะข้อ 1 และข้อ 6 สำหรับการวิเคราะห์พันธกรณีเหล่านี้.

¹² OHCHR, *Rule of Law Tools for Post-Conflict States: Amnesties*, UN Doc HR/ PUB/09/1 (2009).

¹³ ดู ข้อชี้แนะข้อ 6.

¹⁴ เพิ่งอ้าง.

¹⁵ WILLIAM SCHABAS, UNIMAGINABLE ATROCITIES: JUSTICE, POLITICS, AND RIGHTS AT THE WAR CRIMES TRIBUNALS, 197-8 (2012); MARK FREEMAN, NECESSARY EVILS: AMNESTIES AND THE SEARCH FOR JUSTICE, 27-8 (2010).

¹⁶ Freeman, *supra* note 15, at 25.

¹⁷ TRICIA D. OLSEN et al., TRANSITIONAL JUSTICE IN BALANCE: COMPARING PROCESSES, WEIGHING EFFICACY, 154 (2010).

¹⁸ *Id.* at 154.

¹⁹ *Id.* at 154.

²⁰ Nathan Ricci, *Eroding the Barrier between Peace and Justice: Effects of Transitional Justice Mechanisms on Post-Conflict Stability* (Centre for Mediation, Peace and Resolution of Conflict, 2012).

²¹ ในกรณีที่คุณลักษณะของนิรโทษกรรมบางอันได้รับการอภิปรายในที่นี้ ไม่ควรจะตีความเหมือนเป็นการสะท้อนว่านิรโทษกรรมที่ถูกต้องถึงเป็นตัวอย่างของแนวปฏิบัติที่ดีโดยตัวของมันเอง แต่ควรจะเป็นการสะท้อนว่าบางด้านของการออกแบบของนิรโทษกรรมนั้นๆแสดงให้เห็นถึงแนวทางในทางบวกที่เป็นไปได้.

²² Vienna Declaration and Programme of Action, U.N. Doc. A/CONF.157/24 (1993).

²³ International Law Commission, *Fragmentation of International Law: Difficulties arising from the Diversification and Expansion of International Law*, ¶24, UN Doc A/CN.4/L.682 (Apr. 13, 2006).

²⁴ *Id.* at ¶36.

²⁵ International Law Commission, *Conclusions of the work of the Study Group on the Fragmentation of International Law: Difficulties arising from the Diversification and Expansion of International Law* (2006) ¶4, http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft%20articles/1_9_2006.pdf.

²⁶ SCHABAS, *supra* note 15, at 186-7.

²⁷ *Massacres of El Mozote and nearby places v El Salvador*, Inter-Am Ct HR (Oct. 25, 2012), Concurring opinion of Judge Diego García-Sayán, ¶¶37-38. ดู *Nydia Erika Bautista de Arellana v Colombia*, Comm. No. 563/1993, UNHRC, UN Doc CCPR/C/55/D/563/1993 (1995), ¶8.6 and *Prosecutor v Allieu Kondewa*, Case No. SCSL-2004-14-AR72(6), Decision on lack of jurisdiction/abuse of process: amnesty provided by the Lomé Accord ¶40 (May 25, 2004) (ว่าด้วยสิทธิในการได้รับการเยียวยาซึ่งไม่ได้เท่ากับสิทธิของเหยื่อที่จะบังคับรัฐให้ดำเนินคดี). ดู เหตุบรรเทาโทษในการพิพากษาลงโทษของศาลอาญาระหว่างประเทศที่อภิปรายในข้อชี้แนะข้อ 8.

²⁸ See eg UN Secretary General, Secretary-General's "An Age of Accountability" address to the Review Conference on the International Criminal Court, May 31, 2010, <http://www.un.org/sg/statements/?nid=4585>.

²⁹ STEVEN R. RATNER et al., ACCOUNTABILITY FOR HUMAN RIGHTS ATROCITIES IN INTERNATIONAL LAW: BEYOND THE NUREMBERG LEGACY, 15-16 (3rd ed. 2009).

³⁰ Ruth W. Grant & Robert O. Keohane, *Accountability and Abuses of Power in World Politics*, 99 *Amer. Pol. Sci. Rev.* 29 (2005); Mark Philp, *Delimiting Democratic Accountability*, 57 *Pol. Stud.* 28 (2009); DECLAN ROCHE, ACCOUNTABILITY IN RESTORATIVE JUSTICE (2004); Louise Mallinder & Kieran McEvoy, *Rethinking Amnesties: Atrocity, Accountability and Impunity in Post-Conflict Societies*, 6 *Contemp. Soc. Sci.* 107 (2011).

³¹ Stanley Cohen, *Unspeakable Memories and Commensurable Law*, in LEGAL INSTITUTIONS AND COLLECTIVE MEMORIES, 27 (Susanne Karstedt ed., 2009).

³² UNSC, Report of the Secretary-General on the Rule of Law and Transitional Justice in Conflict and Post-Conflict Societies, UN Doc S/2004/616 (2004).

³³ *Id.* at ¶ 46.

³⁴ Morten Bergsmo, *The Theme of Selection and Prioritization Criteria and Why it is Relevant*, in CRITERIA FOR PRIORITIZING AND SELECTING CORE INTERNATIONAL CRIMES CASES 15 (Morten Bergsmo ed., 2009); ROBERT CRYER, PROSECUTING INTERNATIONAL CRIMES: SELECTIVITY AND THE INTERNATIONAL CRIMINAL LAW REGIME (2005).

³⁵ Loi relative à la mise hors-la-loi de la clique du Kampuchea démocratique, art. 1 (1994) (Cambodia).

³⁶ UN Department of Peacekeeping Operations, Disarmament, Demobilization and Reintegration of Ex-Combatants in a Peacekeeping Environment: Principles and Guidelines (UN 1999) Annex 2B, 109.

³⁷ See eg Kieran McEvoy & Louise Mallinder, Amnesties in Transition: Punishment, Restoration and the Governance of Mercy, 39 Journal of Law and Society 410 (2012).

³⁸ Secretary-General, *supra* note 32, at ¶ 32.

³⁹ UNHCR, Legal Safety Issues in the Context of Voluntary Repatriation, ¶12, UN Doc EC/54/SC/CRP.12 (Jun. 7, 2004).

⁴⁰ Prosecutor v Ieng Sary, Case File No. 002/19-09-2007/ECCC/TC, Decision on Ieng Sary's Rule 89 Preliminary Objections (*Ne Bis in Idem* and Amnesty and Pardon), ¶ 52 (Nov. 3, 2011).

⁴¹ *Id.* at ¶ 52.

⁴² *Id.* at ¶ 53.

⁴³ See eg SCHABAS, *supra* note 15, at 175; Jessica Gavron, Amnesties in the Light of Developments in International Law and the Establishment of the International Criminal Court, 51 Int'L & Comp.L.Q. 91 (2002).

⁴⁴ UN. Econ. & Soc. Council, Report of the Intersessional Open-ended Working Group to Elaborate a Draft Legally Binding Instrument for the Protection of all Persons from Enforced Disappearance, ¶¶ 73-80, UN Doc E/CN.4/2004/59 (Feb. 23, 2004).

⁴⁵ ในระยะเบื้องต้นของการเจรจาว่าด้วยมาตรา 6(5) สหภาพโซเวียตได้เสนอว่ามาตรานี้ไม่สามารถจะถูกต้องความให้อภัยทำให้มีนิรโทษกรรมสำหรับอาชญากรรมสงครามหรืออาชญากรรมต่อมนุษยชาติ อย่างไรก็ตามนี้ได้ถูกปฏิเสธโดยรัฐอื่นซึ่งได้เสนอมุมมองว่านิรโทษกรรมเป็นการใช้อำนาจอธิปไตยและเป็นที่ยังปรารถนาสำหรับการส่งเสริมความปรองดอง. See OFFICIAL RECORDS OF THE DIPLOMATIC CONFERENCE ON THE REAFFIRMATION AND DEVELOPMENT OF INTERNATIONAL HUMANITARIAN LAW APPLICABLE IN ARMED CONFLICTS, GENEVA (1974-1977).

⁴⁶ CHRISTINE BELL, ON THE LAW OF PEACE: PEACE AGREEMENTS AND THE LEX PACIFICATORIA (2008).

⁴⁷ แน่นนอนว่ามีหลายประเด็นที่ทับซ้อนกันอยู่ระหว่างระบอบ ตัวอย่างเช่น การทรมานเป็นทั้งอาชญากรรมระหว่างประเทศ และการละเมิดสิทธิมนุษยชนอย่างร้ายแรง.

⁴⁸ Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Dec. 9, 1948, 78 UNTS 1021.

- ⁴⁹ Geneva Conventions, Aug. 12, 1949: Common art. 49 (Geneva I); 50 (Geneva II); 129 (Geneva III); and 146 (Geneva IV); Protocol Additional to the Geneva Conventions and relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts (Protocol I), Jun. 8, 1977, art. 84.
- ⁵⁰ Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment, Dec. 10, 1984, 1465 UNTS 85 (“Convention Against Torture”).
- ⁵¹ International Convention for the Protection of All Persons from Enforced Disappearance, Dec. 20, 2006, G.A. res. 61/177, U.N. Doc. A/RES/61/177 (“Convention on Enforced Disappearances”).
- ⁵² Article 7(2) of the Convention Against Torture and Article 11(2) of the Convention on Enforced Disappearances.
- ⁵³ Statute of the International Court of Justice, art. 38, June 26, 1945, 33 U.N.T.S. 993.
- ⁵⁴ Prosecutor v Furundžija, Judgement, Case No. IT-95-17/1-T, ¶ 155 (Dec. 10, 1998); Prosecutor v Radovan Karadžić, Case No. IT-95-5/18-PT, Decision on the Accused’s Second Motion for Inspection and Disclosure: Immunity Issue, ¶¶ 17 and 25 (Dec. 17, 2008) and Decision on Karadžić’s Appeal of Trial Chamber’s Decision on the Alleged Holbrooke Agreement, ¶ 52 (Oct. 12, 2009).
- ⁵⁵ Cited in Prosecutor v Morris Kallon, Brima Bazzy Kamara, Case No. SCSL- 2004-15-PT-060-I, Decision on challenge Lomé Accord Amnesty, ¶ 71 (13 Mar. 2004). See also *Prosecutor v Allieu Kondewa*, Decision on Lack of Jurisdiction/Abuse of Process: Amnesty Provided by the Lomé Accord, filed under Case No. SCSL-2004-14-AR72(E) (25 May 2004). *But cf* Prosecutor v Augustine Gbao, Decision on Preliminary Motion on the Invalidity of the Agreement between the United Nations and the Government of Sierra Leone on the Establishment of the Special Court, SCSL-04-15-PT-141 (25 May 2004).
- ⁵⁶ Decision on Ieng Sary’s Rule 89 Preliminary Objections, *supra* note 40, at ¶ 53.
- ⁵⁷ ICJ Statute, Article 38(1)(d).
- ⁵⁸ See eg Commission on Human Rights, Updated Set of principles for the protection and promotion of human rights through action to combat impunity, UN Doc E/CN.4/2005/102/Add.1 (Feb. 8, 2005); UN Commission on Human Rights, Basic Principles and Guidelines on the Right to a Remedy and Reparation for Victims of Gross Violations of International Human Rights Law and Serious Violations of International Humanitarian Law, UN Doc A/ RES/60/147(Mar. 21, 2006); African Commission on Human and Peoples’ Rights, Guidelines and Measures for the Prohibition and Prevention of Torture, Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment in Africa (Oct. 23, 2002).
- ⁵⁹ ANTHONY AUST, HANDBOOK OF INTERNATIONAL LAW (2nd ed. 2010).
- ⁶⁰ Alan Boyle, *Soft Law in International Law Making*, in INTERNATIONAL LAW 122 (Malcolm D. Evans ed., 3rd ed.2010).
- ⁶¹ Common Article 3 to the Geneva Conventions 1949.
- ⁶² CUSTOMARY INTERNATIONAL HUMANITARIAN LAW (Jean-Marie Henckaerts & Louise Doswald-Beck eds., 2005).
- ⁶³ *Id.* at Rule 159.
- ⁶⁴ *Id.* at Rule 158.
- ⁶⁵ *Id.* at Rule 159.
- ⁶⁶ *Id.* Volume Two of this study looks at “Practice.”

⁶⁷ ข้อมูลในฐานข้อมูลถูกรวบรวมมาโดยคัดเลือกว่าเกี่ยวข้องกับอาชญากรรมระหว่างประเทศก็ต่อเมื่อ (1) อาชญากรรมนั้นถูกกล่าวถึงโดยชัดแจ้งในตัวของนิรโทษกรรม (2) เมื่อบรรทัดฐานคำพิพากษาระบุว่า นิรโทษกรรมนั้นรวมหรือยกเว้นความผิดอาญาภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ และ/หรือ (3) เมื่อมีหลักฐานจำนวนมากว่า อาชญากรรมระหว่างประเทศได้ถูกก่อกำขึ้น ในรายงานของสหประชาชาติ สถาบันสิทธิมนุษยชนระดับภูมิภาค หรือโดยองค์กรสิทธิมนุษยชนที่เป็นที่เคารพ อย่างเช่น องค์กรนิรโทษกรรมสากล หรือองค์การฮิวแมนไรท์วอทช์.

⁶⁸ Louise Mallinder, *Amnesties' Challenge to the Global Accountability Norm? Interpreting Regional and International Trends in Amnesty Enactment*, in AMNESTY IN THE AGE OF HUMAN RIGHTS ACCOUNTABILITY: COMPARATIVE AND INTERNATIONAL PERSPECTIVES Leigh A. Payne & Francesca Lessa eds., 2012).

⁶⁹ เนื่องด้วยฐานข้อมูลกฎหมายนิรโทษกรรมได้รวบรวมเฉพาะข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายนิรโทษกรรมที่ได้ถูกตราขึ้นอย่างเป็นทางการ ข้อมูลเหล่านี้จึงไม่ได้ได้รวมถึงกรณีที่นิรโทษกรรมเหล่านี้ได้ถูกเสนอแต่สุดท้ายก็ถูกปฏิเสธหลังจากถูกนานาชาติประณาม.

⁷⁰ LOUISE MALLINDER, AMNESTIES, HUMAN RIGHTS AND POLITICAL TRANSITIONS, 335-7 (2009).

⁷¹ UNSC, Statement by President of the Security Council, UN Doc S/ PRST/2011/2 (Nov. 14, 2011).

⁷² UNSC, Report of the Secretary General on South Sudan, UN Doc S/PV.6993 (Jul. 8, 2013).

⁷³ UNGA, Resolution 67/1 Declaration of the High-level Meeting of the General Assembly on the Rule of Law at the National and International Levels, UN Doc A/RES/67/1 (Nov. 30, 2012).

⁷⁴ See eg UN Press Release, Reject Endorsement of Amnesties for Serious Crimes, Gross Human Rights Violations, Secretary General urges Security Council in Meeting on Rule of Law, UN Doc SG/SM/14069 (Jan. 19, 2012).

⁷⁵ ดู ข้อชี้แนะข้อ 17.

⁷⁶ See eg *Azanian Peoples Organization (AZAPO) v the President of the Republic of South Africa* (CCT 17/96) (8) BCLR 1015 (CC) (S. Afr.); Corte Suprema de Justicia, *Guevara Portillo* (Aug. 16, 1995) (El Sal.); *Thomas Kwoyelo alias Latoni v Uganda*, Constitutional Court of Uganda, Petition No. 036/11, (Sep. 21 2011) (Uganda); Supremo Tribunal Federal, *ADPF 153 – arguição de descumprimento de preceito fundamental* (2010) (Brazil); Tribunal Supremo, *Sentencia Absolutoria*, Sentencia No: 101/2012 (Feb. 27, 2012) (Spain).

⁷⁷ See eg International Covenant on Civil and Political Rights, art. 2(3), Dec. 16, 1966, 999 UNTS 171.

⁷⁸ See eg *Barrios Altos Case (Chumbipuma Aguirre et al v Peru)*, Inter-Am. Ct. H. R. (ser. C) No. 74 (2001) ¶ 41; *Myrna Mack Chang v Guatemala*, Inter-Am. Ct. H. R. (ser. C) No. 101 (2003) ¶ 153; *Almonacid-Arellano et al. v. Chile*, Inter- Am. Ct. H. R. (ser. C) No 154 (2006) ¶ 114; *Gomes Lund v Brazil*, Inter-Am. Ct. H. R. (2010); *Gelman v. Uruguay*, Inter-Am. Ct. H. R. (ser. C), No. 221 (2011) ¶ 241.

⁷⁹ See eg *Rochela Massacre v Colombia*, Inter-Am. Ct. H. R. (ser. C) No. 175 (2008).

⁸⁰ *Aksoy v. Turkey*, judgment of 18 December 1996, *Reports of Judgments and Decisions* 1996-VI ¶ 98. การวางหลักเกณฑ์นี้ได้ถูกนำมาใช้ในการตัดสินของศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปหลายครั้งในเวลาต่อมา.

⁸¹ Abdülsamet Yaman v Turkey, App No. 32446/96, Eur. Ct. H. R. (2004) ¶ 55. See also *Tuna v Turkey*, App. No. 22339/03, Eur. Ct. H. R. (2010) ¶ 71; *Ely Ould Dah v France*, App. No 13113/03 Eur. Ct. H. R. (2009); *Marguš v Croatia*, App. No. 4455/10, Eur. Ct. H. R. (2012), ¶ 74.

⁸² *Tarbuk v Croatia*, App. No. 31360/10 Eur. Ct. H. R. (2012) ¶ 50.

⁸³ Legal Status of Amnesty, Third party intervention in the case of *Marguš v. Croatia*, Application no. 4455/10 (May 29, 2013) (on file with the author).

⁸⁴ See eg Indo-Sri Lanka Accord, ¶ 2.11, 1987.

⁸⁵ Ley de Reconciliación Nacional, art. 2, 1996 (Guat.).

⁸⁶ Promotion of National Unity and Reconciliation Act, s 20.3, 1995, (S. Afr.).

⁸⁷ See eg Loi d'Amnistie, art. 3, 2009 (Dem. Rep. Congo); Ordonnance no 2007- 457 (Côte d'Ivoire); Proclamation No. 75, s 1, 2010 (Phil.); Ley de Amnistía Política General, art. 4, 2000 (Venez.); Loi d'amnistie générale, 2008 (Cent. Afr. Rep.); Act No. 6 Truth, Justice and Reconciliation Act, s 34(3), 2008 (Kenya); Decreto de amnistía a quienes participaron en el golpe de Estado de Honduras. No 2-2010, art. 1 (Hond.).

⁸⁸ See eg Law No. 4616 on the conditional release and the suspension of trials and sentences for offences committed up until 23 April 1999 (Turk.); Resolution of the Supreme Assembly of Tajikistan "On Amnesty for Participants in the Political and Military Confrontation in the Republic of Tajikistan," 1997 (Taj.); Ley de Amnistía General para la Consolidación de la Paz, Decree No 486, 1993 (El Sal.); Decree "On Amnesty to Persons who Staged Socially-Dangerous Actions in Connection with the Armed Conflict in the Chechen Republic," 1997 (Russ.).

⁸⁹ FREEMAN, *supra* note 15, at fn 268.

⁹⁰ LIESBETH ZEGVELD, ACCOUNTABILITY OF ARMED OPPOSITION GROUPS IN INTERNATIONAL LAW, 38 (2002).

⁹¹ Convention on Enforced Disappearances, art. 2 and Convention Against Torture art. 1(1).

⁹² Eg Presidential Decree 519, 1974 (Greece); Loi Relative à la mise hors-la-loi de la clique du Kampuchéa Démocratique, 1994 (Cambodia).

⁹³ เช่น ในติมอร์-เลสเต ผู้กระทำความผิดที่ร้ายแรงที่สุดถูกนำตัวมาพิจารณาคดีในองค์คณะอาชญากรรม อุกฉกรรจ์แห่งศาลแขวงดิลี ผู้กระทำความผิดอื่นๆ ให้การต่อคณะกรรมการค้นหาความจริง และผู้กระทำความผิดขั้นต่ำสุดเข้าร่วมในกระบวนการปรองดองระดับชุมชนซึ่งสามารถทำให้พวกเขาสามารถได้รับนิรโทษกรรมได้ ในรวันดา ผู้ที่ถูกกล่าวหาว่าฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ได้ถูกจัดแบ่งตามประเภท โดยขึ้นกับชนิดของความผิดที่ก่อและระดับของการเข้าร่วมของพวกเขา ประเภทเหล่านี้เป็นตัวกำหนดว่าบุคคลจะถูกเอาผิดโดยศาลระดับประเทศหรือศาลท้องถิ่นตามประเพณีรวันดา (gacaca courts) และเป็นตัวกำหนดบทลงโทษด้วยเช่นกัน. See Organic Law no. 16/2004 and Organic Law no. 10/2007 (Rwanda).

⁹⁴ Rome Statute of the International Criminal Court, art. 28, 2187 U.N.T.S. 90 (Jul. 17,1998).

⁹⁵ ICC Office of the Prosecutor, *Prosecutorial Strategy 2009-12*, ¶ 19 (2010); See eg ICTY, *Rules of Procedure and Evidence*, r 28(A) (2006); Statute of the Special Court of Sierra Leone, art. 1 (2000); The Law on the Establishment of the Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia for the Prosecution of Crimes Committed During the Period of Democratic Kampuchea, art. 1 (2001).

⁹⁶ Rome Statute, at art. 33; Henckaerts & Doswold-Beck, *supra* note 62, at Rule 155.

⁹⁷ Rome Statute, at art. 31.

- ⁹⁸ ICC, Rules of Procedure and Evidence, Rule 145 (2002).
- ⁹⁹ Convention on the Rights of the Child, art. 40(3), 1577 UNTS 3 (Nov. 20, 1989).
- ¹⁰⁰ *Id.*, at art. 40(3).
- ¹⁰¹ Decreto Ley 2,191, 1978 (Chile).
- ¹⁰² Lei N 6.683 Concede anistia e dá outras providências, 1979 (Braz.).
- ¹⁰³ Ley de amnistía general y reconciliación nacional, 1990 (Nicar.).
- ¹⁰⁴ Law on Amnesty for civilians and military personnel who were involved in the riots after the collapse of fraudulent pyramid schemes, Law No. 8198, 1997 (Alb.).
- ¹⁰⁵ Convention on Enforced Disappearance, art. 24(6).
- ¹⁰⁶ See eg Velasquez Rodriguez Case, ¶ 181, Inter-Am.Ct.H.R. (Ser. C) No. 4 (1988).
- ¹⁰⁷ Working Group on Enforced or Involuntary Disappearances, General Comment on Enforced Disappearance as a Continuous Crime, ¶ 1, UN Doc A/ HRC/16/48 (2010).
- ¹⁰⁸ See eg Ley de Amnistía, 1994 (Mexico); Law “On Amnesty for People who Committed Crimes during the Counter-Terrorist Operation in the Caucasus,” 1999 (Russ.); Presidential Decree No 1082, 1977 (Phil.); Loi d’Amnistie, 2009 (Dem. Rep. Congo); Proclamation of Amnesty for Niger Delta Militants, 2009 (Nig.).
- ¹⁰⁹ See eg Law on General Amnesty, No 80/96, 1996 (Croat.).
- ¹¹⁰ FREEMAN, *supra* note 15, at 162.
- ¹¹¹ See Loi portant amnistie, art. 1, 2003 (Côte d’Ivoire); Loi No 66-396 portant amnistie d’infractions contre la sûreté de l’Etat ou commises en relation avec les événements d’Algérie, 1966, (Fr.); Promotion of National Unity and Reconciliation Act, art. 20(2), 1995 (S. Afr.).
- ¹¹² See eg Secretary-General, *supra* note 32, at ¶ 32 (on amnesties and DDR); Azanian Peoples Organisation (AZAPO) and others v the President of the Republic of South Africa and others 1996 (4) SA 671 (CC), ¶ 17 (S. Afr.); TRC Report, Vol 1, ch 5, ¶ 66 (S. Afr.).
- ¹¹³ See eg Promotion of National Unity and Reconciliation Act 1995, s 18(1) (S. Afr.).
- ¹¹⁴ The Secretary-General, Disarmament, Demobilization and Reintegration: Report of the Secretary-General, ¶ 24, UN Doc A/60/705 (Mar. 2, 2006).
- ¹¹⁵ Loi No. 21-99, art. 3, 1999 (Dem. Rep. Congo).
- ¹¹⁶ Memorandum of Understanding between the Government of the Republic of Indonesia and the Free Aceh Movement, 15 Aug 2005, implemented in Presidential Decree No 22/2005 on general amnesty and abolition of Free Aceh Movement, 2005 (Indo.).
- ¹¹⁷ Amnesty Act, No. 3, art. 3(3) (2000) (Solomon Is.).
- ¹¹⁸ Secretary-General, *supra* note 32, at ¶ 12.

¹¹⁹ See eg Howard Zehr, *Doing Justice, Healing Trauma: The Role of Restorative Justice in Peacebuilding*, 1 *S. Asian J. Peacebuilding* (2008); Stephan Parmentier et al., *Dealing with the Legacy of Mass Violence: Changing Lenses to Restorative Justice*, in *SUPRANATIONAL CRIMINOLOGY: TOWARDS A CRIMINOLOGY OF INTERNATIONAL CRIMES* 335 (Smeulers Alette & Haveman Roelof eds., 2008); Jennifer J. Llewellyn, *Restorative Justice in Transitions and Beyond: The Justice Potential of Truth Telling Mechanisms for Post-Peace Accord Societies*, in *TELLING THE TRUTHS: TRUTH TELLING AND PEACE BUILDING IN POST-CONFLICT SOCIETIES* 83 (Tristan Anne Borer ed., 2006).

¹²⁰ See eg OHCHR, *Study on the Right to Truth*, ¶ 8, UN Doc E/CN.4/2006/91 (Feb. 8, 2006).

¹²¹ See eg *Rodríguez v. Uruguay*, Communication No. 322/1988, U.N. Doc. CCPR/C/51/D/322/1988 (1994), ¶ 12.4; UN Human Rights Committee, *Basilio Laureano Atachahua v. Peru*, Communication No. 540/1993, U.N. Doc. CCPR/C/56/D/540/1993 (1996), ¶ 8.3; *Consuelo et al. v. Argentina*, Case 10.147, 10.181, 10.240, 10.262, 10.309, 10.311 Report No. 28/92, Inter-Am.C.H.R., OEA/Ser.L/V/II.83 Doc. 14 at 41 (1993) ¶ 42; *Parada Cea v. El Salvador*, Case 10.480, Inter-Am. C.H.R., Report No. 1/99, OEA/Ser.L/V/II.106, doc. 6 rev. (1999) ¶ 146; *Samuel Alfonso Catalán Lincoleo v. Chile*, Case 11.771, Report No. 61/01, OEA/Ser.L/V/II.111 Doc. 20 rev. at 818 (2000), ¶¶ 72-3; *Carmen Aguiar de Lapaco v. Argentina*, Case 12.059, Report No. 21/00, (2000) ¶ 17; *Almonacid-Arellano et al. v. Chile*, Inter-Am. Ct. H.R., (ser. C) No. 154, ¶ 114 (2006); *Gomes Lund v Brazil*, Inter-Am. Ct. H.R., ¶ 138 (2010).

¹²² See *Promotion of National Unity and Reconciliation Act 1995* (S. Afr.); Regulation No. 2001/10 on the Establishment of a Commission for Reception, Truth and Reconciliation in East Timor (2001) (Timor-Leste) s 1.

¹²³ Eg ICTY, *Prosecutor v Erdemovic*, Case No. IT-96-22-Tbis, ¶ 21 (1998).

¹²⁴ *Convention on Enforced Disappearances*, art. 7(2).

¹²⁵ See eg *Velásquez Rodríguez v Honduras - Compensatory Damages*, Inter-Am. Ct. H. R. (ser. C) No. 7 (1989) ¶ 26; *Castillo Páez v Peru – Reparations*, Inter- Am. Ct. H. R. (ser. C) No. 43 (1998) *Barrios Altos Case (Chumbipuma Aguirre et al v Peru) – Reparations*, Inter-Am. Ct. H. R. (ser. C) No. 87 (2001) ¶ 42; *Myrna Mack Chang v Guatemala*, Inter-Am. Ct. H. R. (ser. C) No. 101 (2003).

¹²⁶ See eg *Rules of Procedure and Evidence of the ad hoc tribunals*, Rule 106; and *Rome Statute*, art. 75. See also UNGA, *Basic Principles and Guidelines on the Right to a Remedy and Reparation for Victims of Gross Violations of International Human Rights Law and Serious Violations of International Humanitarian Law*, Res. 60/147 (2005).

¹²⁷ See eg *Corte Constitucional, Sentencia C-370/06* (May 18, 2006) (Colom.); *Commission for Reception, Truth and Reconciliation, Chega! The CAVR Report*, ch 9, ¶ 112, 2005 (Timor Leste).

¹²⁸ *Truth and Reconciliation Commission of Sierra Leone, Final Report, Volume Three B, Chapter Six: The TRC and the Special Court for Sierra Leone*, ¶ 26, 2004.

¹²⁹ *Loi no 99-08 relative au rétablissement de la Concorde civile*, art. 8, 1999 (Alg.).

¹³⁰ *Ley 975*, art. 25, 2005 (Colom.).

¹³¹ See eg *Amnesty (Amendment) Act, 2002* (Uganda); *Loi d’amnistie générale no 84/91*, art. 2, 1991 (Leb.).

¹³² See eg OHCHR, *Rule of Law Tools for Post-Conflict States: Vetting – An Operational Framework*, UN Doc UN Doc HR/PUB/06/5 (2006).

¹³³ *Ordonnance no 06-01 portant mise en oeuvre de la Charte pour la paix et la reconciliation nationale* (2006) art. 26 (Alg.).

¹³⁴ 1993 Governors Island Agreement, UN Doc S/26063 (1993). Implemented in Loi relative à l'amnésie, 1994 (Haiti).

¹³⁵ Ronald C. Slye, *A Limited Amnesty? Insights from Cambodia*, in AMNESTY IN THE AGE OF HUMAN RIGHTS ACCOUNTABILITY: COMPARATIVE AND INTERNATIONAL PERSPECTIVES 291 (Francesca Lessa & Leigh Payne eds., 2012).

¹³⁶ *Id.*

¹³⁷ Indemnity Act 1990, s 1(1) (S. Afr.).

¹³⁸ Loi No 1/022 portant immunité provisoire de poursuites judiciaires en faveur des leaders politiques rentrant d'exil, 2003 (Burundi).

¹³⁹ Decret-Loi portant amnésie pour faits de guerre, infractions politiques et d'opinion, 2003 (Dem. Rep. Congo). ความคุ้มครองนี้ได้รับการทำให้เป็นการถาวรในปี ค.ศ. 2005. See Loi portant amnésie des personnes responsables de faits de guerre, des infractions politiques et de délits d'opinion, 2005 (Dem. Rep. Congo).

¹⁴⁰ See eg Ethiopian Constitution, art. 28(1) (1994); Constitution of Ecuador, art. 80 (2008); Constitution of Venezuela, art. 29 (1999).

¹⁴¹ See eg Constitutional Court Decision on the TRC Law, Decision Number 006/ PUU-IV/2006 (Dec. 6, 2006) (Indon.).

¹⁴² See eg OHCHR, Rule of Law Tools for Post-Conflict States: National Consultations on Transitional Justice, UN Doc HR/PUB/09/2 (2009); Working Group on Enforced or Involuntary Disappearances, General comment on article 18 of the Declaration, ¶ 8, UN Doc E/CN.4/2006/56 (2005).

¹⁴³ See eg Amy Senier, Traditional Justice as Transitional Justice: A Comparative Case Study of Rwanda and East Timor (2008) XXIII Praxis 67, 76.

¹⁴⁴ ALEX BORAINÉ, A COUNTRY UNMASKED: INSIDE SOUTH AFRICA'S TRUTH AND RECONCILIATION COMMISSION (2000); JEREMY SARKIN, CARROTS AND STICKS: THE TRC AND THE SOUTH AFRICAN AMNESTY PROCESS (2004).

¹⁴⁵ See OHCHR, *supra* note 12, at 41.

¹⁴⁶ See eg Constitution of Ghana, First Schedule, s. 34, 1992.

¹⁴⁷ See eg Jo-Marie Burt, Gabriela Fried Amilivia & Francesca Lessa, Civil Society and the Resurgent Struggle Against Impunity in Uruguay (1986–2012), 7 Int'l J. Transitional just. (2013).

¹⁴⁸ Gelman v. Uruguay, Inter-Am. Ct. H. R. (ser. C), No. 221, ¶¶ 238-9 (2011).

¹⁴⁹ See eg Barrios Altos Case, Inter-Am. Ct. H.R. (ser. C) No. 75, ¶ 43 (2001). See also *Loayza Tamayo v. Peru*, Reparations and Costs, Inter-Am. Ct. H. R. (ser. C), No. 42, ¶¶ 167-8 (1998). *Almonacid-Arellano et al v Chile*, Inter-Am. Ct. H. R. (ser. C) no. 154, ¶ 120 (2006).

¹⁵⁰ Law No. 99-08, art. 36, 1999 (Alg.).

¹⁵¹ Legislative Decree No. 10, 2001 (Bahrain).

¹⁵² Law on Amnesty, No 48/99, 1999 (Federation of Bosn. & Herz.).

¹⁵³ Ley de Amnistía, Ley 1/21/94 (Mexico).

¹⁵⁴ Resolution "On Amnesty for Participants in the Political and Military Confrontation in the Republic of Tajikistan", 1997 (Taj.).

- ¹⁵⁵ Constitution of the Republic of the Union of Myanmar, 2008, Chp 14, s 445.
- ¹⁵⁶ See eg Marny A. Requa, *A Human Rights Triumph? Dictatorship-Era Crimes and the Chilean Supreme Court*, 12 Hum. Rts L. Rev 79 (2012); CATH COLLINS, *POST-TRANSITIONAL JUSTICE: HUMAN RIGHTS TRIALS IN CHILE AND EL SALVADOR* (2010).
- ¹⁵⁷ Law on Amnesty, Official Gazette No 48/99 (3 Dec 1999) [Federation Law].
- ¹⁵⁸ Ley de Amnistía para el Logro de la Reconciliación Nacional, 1987 (El Sal.).
- ¹⁵⁹ Law on Amnesty, 2002 (FYR Macedonia).
- ¹⁶⁰ Amnesty Proclamation, 1989 (Phil).
- ¹⁶¹ Ley No 26479 Conceden amnistía general a personal militar, political y civil para diversos casos, 1995 (Peru).
- ¹⁶² Chittagong Hill Tracts Peace Treaty, 1997 (Bangl.).
- ¹⁶³ Ley de Amnistía para el Logro de la Reconciliación Nacional, 1987 (El. Sal.).
- ¹⁶⁴ Ley No 26479 Conceden amnistía general a personal militar, political y civil para diversos casos, 1995 (Peru).
- ¹⁶⁵ Law No 05-023, art. 1, 2005 (Dem. Rep. Congo).
- ¹⁶⁶ Ordonnance no 2007-457, Article 4, 2007 (Côte d'Ivoire).
- ¹⁶⁷ See eg Promotion of National Unity and Reconciliation Act, s 20(10), 1995 (S. Afr.).
- ¹⁶⁸ Ley de Pacificación Nacional, No. 22.924, art. 6 (1983) (Arg).
- ¹⁶⁹ Ley de Amnistía General para la Consolidación de la Paz, No 486, art. 4(e), 1993 (El. Sal.).
- ¹⁷⁰ Khartoum Peace Agreement, Annex 2 "General Amnesty Proclamation Order", art. 2 (Sudan).
- ¹⁷¹ Ley de Punto Final, No. 23.495, art. 6, 1986 (Arg.).
- ¹⁷² Amnesty Proclamation No 347, 1994 (Phil).
- ¹⁷³ Law No 05-023, art. 4, 2005 (Dem. Rep. Congo).
- ¹⁷⁴ See eg OHCHR, *Rule of Law Tools for Post-Conflict States: Truth Commissions UN Doc HR/PUB/06/1* (2006).
- ¹⁷⁵ See eg *TRUTH AND RECONCILIATION IN SOUTH AFRICA: DID THE TRC DELIVER?*(Audrey R. Chapman & Hugo Van der Merwe eds., 2007).
- ¹⁷⁶ See eg ANTJE DU BOIS-PEDAIN, *TRANSITIONAL AMNESTY IN SOUTH AFRICA*, 223-4 (2007).
- ¹⁷⁷ See eg *Barrios Altos Case* (Chumbipuma Aguirre et al v Peru), Inter-Am. Ct. H. R., (ser. C) No. 74 (2001); *Gelman v. Uruguay*, Inter-Am. Ct. H. R. (ser. C), No. 221 (2011).
- ¹⁷⁸ Resolución del Juez Federal Gabriel R. Cavallo declarando la inconstitucionalidad y la nulidad insanable de los arts. 1 de la Ley de Punto Final y 1, 3 y 4 de la Ley de Obediencia Debida ("Simón Julio") No. 17.768, 2001 (Arg.).
- ¹⁷⁹ Law No. 18.831, 2011 (Uru.); Law No. 25.779, 2003 (Arg.).

¹⁸⁰ See eg Pedro Enrique Poblete Córdova, Corte Suprema, Rol. 469-98 (1998) English translation is in 2 *Yearbook of International Humanitarian Law* 485 (1999) (Chile).

¹⁸¹ See Human Rights Observatory, *Latest Human Rights Case Statistics for Chile*, <http://www.icsoc.cl/observatorio-derechos-humanos/cifras-causas-case-statistics/>

¹⁸² See eg Orden de prisión provisional incondicional de Leopoldo Fortunato Galtieri por delitos de asesinato, desaparición forzosa y genocidio, Audiencia Nacional, 1997 (Spain); Anto de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional confirmado la jurisdicción de España para conocer de los crímenes de genocidio y terrorismo cometidos durante la dictadura argentina, Audiencia Nacional, 1998 (Spain). See also *Ely Ould Dah*, Tribunal de Grande Instance de Montpellier, 2001 (Fr.); *Ely Ould Dah*, Court of Cassation, 2002 (Fr.); Expediente de extradición 5/2000, Juez Sexto de distrito de Procesos Penales en el Distrito Federal, Resolution 5/2000, 2001 (Mex.).

¹⁸³ Prosecutor v. Anto Furundžija, ¶ 155; Prosecutor v Radovan Karadžić, Decision on the Accused's Second Motion for Inspection and Disclosure: Immunity Issue, Case No. IT-95-5/18-PT ¶ 17 (2008).

¹⁸⁴ Decision on challenge to jurisdiction, *supra* note 55, at ¶ 67.

¹⁸⁵ Decision on Ieng Sary's Rule 89 Preliminary Objections, *supra* note 40, at ¶ 53.

¹⁸⁶ Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 22 de Septiembre de 2005, Caso Barrios Altos, Cumplimiento de Sentencia.