



บันทึกแนวทางปฏิบัติเรื่องการส่งผู้ร้ายข้ามแดนและ
การคุ้มครองผู้ลี้ภัยระหว่างประเทศ

Guidance Note on Extradition and International Refugee Protection

สำนักงานข้าหลวงใหญ่ผู้ลี้ภัยแห่งสหประชาชาติ (UNHCR)

แผนกนโยบายการคุ้มครองและคำแนะนำด้านกฎหมาย กองบริการการคุ้มครองระหว่างประเทศ
กรุงเจนีวา เมษายน ค.ศ. 2008

คำแปลภาษาไทย ฉบับมิถุนายน ค.ศ. 2019

สำนักงานข้าหลวงใหญ่ผู้ลี้ภัยแห่งสหประชาชาติ (UNHCR) ได้จัดทำบันทึกแนวทางปฏิบัติตามอาณัติที่ได้รับใน
ธรรมนูญสำนักงานข้าหลวงใหญ่ผู้ลี้ภัยแห่งสหประชาชาติ ค.ศ. 1950 ประกอบมาตรา 35 แห่งอนุสัญญาว่าด้วยสถานภาพ
ผู้ลี้ภัย ค.ศ. 1951 และ มาตรา II แห่งพิธีสารว่าด้วยสถานภาพผู้ลี้ภัย ค.ศ. 1967

บันทึกแนวทางปฏิบัติจัดทำขึ้นจากการวิเคราะห์หลักการทางกฎหมายระหว่างประเทศและเนื้อหาที่เกี่ยวข้อง เพื่อให้ความ
ชัดเจนด้านการปรับใช้กฎหมายและมาตรการทางกฎหมายที่มีความเกี่ยวข้องกับเรื่องที่มีประเด็นเฉพาะ เพื่อเป็นแนวทาง
ในเรื่องนั้นๆ วัตถุประสงค์หลักของบันทึกแนวทางปฏิบัติคือการพัฒนาการให้ความคุ้มครองแก่ผู้ลี้ภัยและผู้ขอลี้ภัยผ่าน
การปฏิบัติตามมาตรฐานสากลในการคุ้มครองผู้ลี้ภัย

บันทึกแนวทางปฏิบัติเป็นเอกสารที่เป็นของสาธารณะซึ่งจัดทำไว้ให้แก่รัฐบาลต่างๆ โดยเฉพาะอย่างยิ่งผู้วางนโยบายและ
สมาชิกสภานิติบัญญัติ ฝ่ายตุลาการ นักกฎหมาย ผู้ที่มีอำนาจตัดสินใจในเรื่องการขอลี้ภัย บุคคลอื่นๆ ที่มีส่วนเกี่ยวข้อง และ
พันธมิตรที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองผู้ลี้ภัยและผู้ขอลี้ภัย บันทึกแนวทางปฏิบัตินี้ยังสามารถใช้เป็นแนวทางสำหรับ
สำนักงานข้าหลวงใหญ่ผู้ลี้ภัยแห่งสหประชาชาติในการเข้าแทรกแซงเพื่อให้ความคุ้มครองในกรณีต่างๆ อีกด้วย สำนักงาน
ข้าหลวงใหญ่ผู้ลี้ภัยแห่งสหประชาชาติส่งเสริมให้รัฐนำหลักการและมาตรการตามที่ระบุไว้ในบันทึกแนวทางปฏิบัตินี้เข้าไป
ปรับใช้กับกรอบทางกฎหมายภายในประเทศเช่นกัน

หากมีคำถามเกี่ยวข้องกับประเด็นใดๆ ที่ระบุไว้ในบันทึกแนวทางปฏิบัตินี้ โปรดติดต่อแผนกนโยบายการคุ้มครองและ
คำแนะนำด้านกฎหมาย กองบริการการคุ้มครองระหว่างประเทศ กรุงเจนีวา

สารบัญ

		ย่อหน้าที่
บทที่หนึ่ง	ภูมิหลังและบริบท	1-6
บทที่สอง	การส่งผู้ร้ายข้ามแดนและหลักการห้ามผลักดันกลับ	7-45
	ก. ขอบเขตและเนื้อหาของหลักการห้ามผลักดันกลับในกฎหมายผู้ลี้ภัยและกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ	
	1. การคุ้มครองจากการผลักดันกลับภายใต้กฎหมายผู้ลี้ภัยระหว่างประเทศ	8-16
	2. การคุ้มครองจากการห้ามผลักดันกลับภายใต้กฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ	17-20
	3. ลำดับศักดิ์ของพันธกรณี	21-23
	ข. การปรับใช้หลักการห้ามผลักดันกลับในกรณีการส่งผู้ร้ายข้ามแดนที่เป็นผู้ลี้ภัยและผู้ขอลี้ภัย	
	1. ผู้ลี้ภัย	24-30
	2. ผู้ขอลี้ภัย	31-37
	ค. ผลกระทบจากพันธกรณีการห้ามผลักดันกลับในกรณีการส่งผู้ร้ายข้ามแดนที่เป็นผู้ลี้ภัยและผู้ขอลี้ภัย	
	1. บทบัญญัติการห้ามผลักดันกลับในบริบทของการส่งผู้ร้ายข้ามแดน	38-39
	2. บทบัญญัติอื่นๆที่เกี่ยวข้อง และหลักการเกี่ยวกับกฎหมายส่งผู้ร้ายข้ามแดนและความสัมพันธ์กับหลักการการห้ามผลักดันกลับ	40-45
บทที่สาม	กระบวนการส่งผู้ร้ายข้ามแดนและความคุ้มครองผู้ลี้ภัยระหว่างประเทศ	
	ก. การพิจารณาทั่วไป	46-50
	ข. กระบวนการส่งผู้ร้ายข้ามแดนที่เป็นผู้ลี้ภัย	51
	1. หลักประกันเพื่อให้แน่ใจว่าการดำเนินการเป็นไปตามหลักการว่าด้วยการห้ามผลักดันกลับ	52-56
	2. การรักษาความลับ	57-58
	ค. กระบวนการส่งผู้ร้ายข้ามแดนที่เป็นผู้ขอลี้ภัย	59-60
	1. การแยกกระบวนการส่งผู้ร้ายข้ามแดนออกจากกระบวนการขอลี้ภัย	61-62
	2. การพิจารณาคำร้องขอลี้ภัยโดยหน่วยงานที่ทำเรื่องขอลี้ภัยในรัฐผู้ได้รับคำร้องขอ	63
	3. ลำดับคำตัดสินของการส่งผู้ร้ายข้ามแดนและการพิจารณาสถานะลี้ภัย	64-68
	4. การรักษาความลับในกระบวนการส่งผู้ร้ายข้ามแดนที่เกี่ยวข้องกับผู้ขอลี้ภัย	69
	ง. บทบาทของสำนักงานข้าหลวงใหญ่ผู้ลี้ภัยแห่งสหประชาชาติในกระบวนการส่งผู้ร้ายข้ามแดน	70
บทที่สี่	คุณสมบัติสำหรับความคุ้มครองผู้ลี้ภัยและการส่งตัวผู้ร้ายข้ามแดน	
	ก. การพิจารณาทั่วไป	71-73
	ข. การพิจารณาสถานภาพผู้ลี้ภัยในกรณีที่เกี่ยวข้องกับการพิจารณาส่งตัวผู้ร้ายข้ามแดน	
	1. เกณฑ์เชิงสารบัญญัติ	74-85
	2. คำถามที่เกี่ยวกับกระบวนการ	86-93
	ค. การยกเลิกและการเพิกถอนสถานะผู้ลี้ภัย	94-96
บทที่ห้า	สรุป	97-101

บทที่หนึ่ง

ภูมิหลังและบริบท

1. การส่งผู้ร้ายข้ามแดนเป็นกระบวนการทางการที่เกี่ยวข้องกับการส่งมอบบุคคลจากรัฐหนึ่ง (รัฐผู้ได้รับคำร้องขอ) ให้กับเจ้าหน้าที่ของรัฐอื่น (รัฐผู้ร้องขอ) เพื่อดำเนินคดีอาญาหรือบังคับคดีตามคำพิพากษา การส่งผู้ร้ายข้ามแดนนั้นเป็นกระบวนการที่ทำให้รัฐมั่นใจว่าบุคคลที่กระทำความผิดร้ายแรงทางอาญาจะต้องรับผิดชอบต่อการกระทำความผิดของตน การส่งผู้ร้ายข้ามแดนจึงเป็นเครื่องมือสำคัญในการต่อสู้การรอดพ้นจากการลงโทษ รวมถึงในกรณี อาทิ การละเมิดกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ และกฎหมายมนุษยธรรมในรูปแบบของการประท้วงประท้วงซึ่งเป็นเหตุของการย้ายถิ่นฐาน ตามที่ยกตัวอย่างข้างต้น ดังนั้น การส่งผู้ร้ายข้ามแดนจึงถือเป็นวิธีการที่สำคัญของรัฐในการต่อต้านการก่อการร้ายและอาชญากรรมข้ามชาติในรูปแบบต่างๆ อีกด้วย

2. การคุ้มครองผู้ลี้ภัยระหว่างประเทศและการบังคับใช้กฎหมายอาญาสามารถเกิดขึ้นได้ในเวลาเดียวกัน อนุสัญญาว่าด้วยสถานะภาพผู้ลี้ภัย ค.ศ. 1951 และพิธีสารว่าด้วยสถานะภาพผู้ลี้ภัย ค.ศ. 1967 ไม่ได้ปกป้องผู้ลี้ภัยหรือผู้ขอลี้ภัยที่มีส่วนร่วมในการกระทำทางอาญาจากการดำเนินคดี และกฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยผู้ลี้ภัยก็ไม่ได้ห้ามการส่งผู้ร้ายข้ามแดนในทุกพฤติการณ์ อย่างไรก็ตาม หากบุคคลที่ถูกร้องขอให้ส่งผู้ร้ายข้ามแดน (บุคคลที่เป็นผู้ต้องการตัว) เป็นผู้ลี้ภัยหรือผู้ขอลี้ภัย ความต้องการความคุ้มครองที่เป็นพิเศษของคนเหล่านั้นจะต้องถูกนำมาพิจารณาด้วย

3. การมีผลต่อกันระหว่างการส่งผู้ร้ายข้ามแดนและคำถามที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองผู้ลี้ภัยระหว่างประเทศจะต้องถูกพิจารณาร่วมกับภูมิหลังของกฎหมายว่าด้วยการส่งผู้ร้ายข้ามแดนและการใช้กฎหมายที่มีการเปลี่ยนแปลงตามกาลเวลา ความสัมพันธ์ในการส่งผู้ร้ายข้ามแดนระหว่างรัฐนั้นตามธรรมเนียมแล้วจะมีสนธิสัญญาส่งผู้ร้ายข้ามแดนแบบทวิภาคีและพหุภาคี รวมถึงตัวบทกฎหมายภายในประเทศ² กฎหมายส่งผู้ร้ายข้ามแดนส่วนใหญ่แล้วเป็นกฎที่สะท้อนให้เห็นถึงความพ้องต้องกันของรัฐ จึงมีการเปลี่ยนแปลงตลอดเวลาเพื่อเป็นการตอบโต้อาชญากรรมรูปแบบใหม่และปัญหา

¹ กฎหมายที่กล่าวนี้รวมถึงกฎหมายผู้ลี้ภัยระดับภูมิภาค เช่น อนุสัญญาองค์การรัฐเอกราชแห่งภูมิภาคพื้นทวีปแอฟริกา (OAU) ว่าด้วยการใช้บังคับในลักษณะเฉพาะของปัญหาผู้ลี้ภัยในภาคพื้นทวีปแอฟริกา ค.ศ. 1969 (อนุสัญญา OAU) (จาก: <http://www.unhcr.org/cgi-bin/texis/vtx/refworld/rwmain?docid=3ae6b36018>) และ ปฏิญญาคราธาเฮนา ว่าด้วยผู้ลี้ภัย ค.ศ. 1984 (จาก: <http://www.unhcr.org/cgi-bin/texis/vtx/refworld/rwmain?docid=3ae6b36ec>), รวมถึง ธรรมนูญสำนักงานข้าหลวงใหญ่ผู้ลี้ภัยแห่งสหประชาชาติ ค.ศ. 1950 (ภาคผนวกของมติสมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติ 428 (V) ณ วันที่ 14 ธันวาคม ค.ศ. 1950) (จาก: <http://www.unhcr.org/cgi-bin/texis/vtx/refworld/rwmain?docid=3ae6b3628>).

² เกณฑ์กฎหมายสำหรับกรรณุญาตหรือการปฏิเสธการคำร้องขอส่งตัวผู้ร้ายข้ามแดนจะถูกพิจารณาตามสนธิสัญญาส่งตัวผู้ร้ายข้ามแดนแบบทวิภาคี หรือ สนธิสัญญาส่งตัวผู้ร้ายข้ามแดนแบบพหุภาคีซึ่งมีผลบังคับใช้กับสองรัฐที่เกี่ยวข้อง รวมไปถึงกฎหมายในประเทศของรัฐผู้ได้รับคำร้องขอส่งตัวผู้ร้ายข้ามแดน สนธิสัญญาส่งตัวผู้ร้ายข้ามแดนและบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องในกฎหมายในประเทศจะกำหนดนิยามความผิดที่อาจสามารถส่งตัวผู้ร้ายข้ามแดนได้ (ความผิดที่ส่งตัวผู้ร้ายข้ามแดนได้); เหตุผลในการปฏิเสธคำร้องขอส่งตัวผู้ร้ายข้ามแดน (refusal grounds); และเกณฑ์สำหรับเอกสารเพิ่มเติม และ/หรือ หลักฐานที่ต้องถูกส่งโดยรัฐผู้ยื่นคำขอ โดยปรกติแล้ว กระบวนการพิจารณาคำร้องขอส่งตัวผู้ร้ายข้ามแดนจะถูกตัดสินโดยกฎหมายในประเทศของประเทศผู้ถูกได้รับคำร้องขอ สำหรับคำอธิบายเพิ่มเติมเกี่ยวกับกฎหมายการส่งตัวผู้ร้ายข้ามแดนและความสัมพันธ์กับการขอลี้ภัย สามารถดูเพิ่มเติมได้ที่ S. Kapferer, The Interface between Extradition and Asylum ("Extradition and Asylum"), UNHCR, Legal and Protection Policy Research Series, PPLA/2003/05, พฤศจิกายน 2003, จาก: <http://www.unhcr.org/cgi-bin/texis/vtx/refworld/rwmain?docid=3fe846da4>.

ด้านความมั่นคง รวมถึงภัยอันเนื่องมาจากการก่อการร้ายข้ามชาติในช่วงหลายทศวรรษที่ผ่านมา นอกจากนี้การพัฒนาของกฎหมายระหว่างประเทศในด้านต่าง ๆ ตั้งแต่ ค.ศ. 1945 ส่งผลต่อกรอบกฎหมายว่าด้วยการส่งผู้ร้ายข้ามแดนเช่นกัน

4. สนธิสัญญาสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ อนุสัญญาที่เกี่ยวข้องกับการต่อต้านการก่อการร้าย และกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับอาชญากรรมข้ามชาติต่างๆ มักมีบทบัญญัติที่ระบุถึงหน้าที่ในการส่งบุคคลที่ถูกสงสัยว่าจะต้องรับผิดชอบต่ออาชญากรรม โดยทั่วไป ตามบทบัญญัติที่กล่าวมานั้นรัฐภาคีจะต้องแน่ใจว่าการกระทำดังกล่าวเป็นความผิดทางอาญาตามกฎหมายอาญาและอาจใช้เป็นมูลฐานในการส่งผู้ร้ายข้ามแดนแม้ว่าจะไม่มีสนธิสัญญาส่งผู้ร้ายข้ามแดนระหว่างรัฐที่เกี่ยวข้อง³ อย่างไรก็ตาม พันธกรณีในการห้ามผลักดันกลับ (non-refoulement) ตามกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ กำหนดมิให้ส่งผู้ร้ายข้ามแดนภายใต้พฤติการณ์บางประการที่นอกเหนือจากที่กำหนดในกฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยผู้ลี้ภัย

5. ในกรณีที่มีการส่งผู้ร้ายข้ามแดนมีความเกี่ยวข้องกับผู้ลี้ภัยหรือผู้ขอลี้ภัย หลักการและบทบัญญัติบางประการที่ระบุในกฎหมายการส่งผู้ร้ายข้ามแดนได้ให้ความคุ้มครองทางกฎหมายต่อบุคคลดังกล่าว บุคคลที่เป็นผู้ต้องการตัวอาจได้รับประโยชน์จากการบังคับใช้ตามหลักเกณฑ์ว่าด้วยการพิจารณาความผิดเฉพาะเรื่อง (the rule of speciality) ข้อจำกัดในการส่งต่อผู้ร้ายข้ามแดนจากรัฐผู้ร้องขอไปยังรัฐที่สาม ความเป็นไปได้ในการอนุญาตให้มีการส่งผู้ร้ายข้ามแดนภายใต้เงื่อนไขว่าการส่งตัวบุคคลที่เป็นผู้ต้องการตัวไปยังรัฐผู้ร้องขอหลังจากการดำเนินคดีอาญาหรือรับโทษสิ้นสุด กฎในการไม่ส่งผู้ร้ายข้ามแดนสำหรับความผิดทางการเมืองหรือเหตุผลอื่นในการปฏิเสธการส่งผู้ร้ายข้ามแดนโดยเฉพาะที่เกี่ยวกับโทษประหาร ความยุติธรรมและความเป็นธรรม นอกจากนี้ยังมีข้อกำหนดในการเลือกปฏิบัติ (Discrimination clauses) ซึ่งเป็นพัฒนาการใหม่ทางกฎหมายการส่งผู้ร้ายข้ามแดน กล่าวคือการส่งผู้ร้ายข้ามแดนอาจจะหรือต้องถูกปฏิเสธเมื่อมีแรงจูงใจทางการเมือง หรือมีเจตนาที่จะประหารชีวิต หรือเลือกปฏิบัติ⁴ หลักประกันการคุ้มครองที่กล่าวมาในกฎหมายการส่งผู้ร้ายข้ามแดนอาจคาบเกี่ยวไม่มากก็น้อยกับพันธกรณีของรัฐผู้ได้รับคำร้องขอ ภายใต้กฎหมายผู้ลี้ภัยระหว่างประเทศและกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ

6. บันทึกแนวทางปฏิบัตินี้ กล่าวถึงจุดยืนของสำนักงานข้าหลวงใหญ่ผู้ลี้ภัยแห่งสหประชาชาติเกี่ยวกับปัญหาด้านสารบัญญัติและวิธีสบัญญัติที่เกิดขึ้นเมื่อคำร้องขอให้ส่งผู้ร้ายข้ามแดนเกี่ยวข้องกับผู้ลี้ภัยหรือผู้ขอลี้ภัย โดยบทที่สองของบันทึกนี้ได้ให้รายละเอียดเกี่ยวกับการพิจารณาพันธกรณีของรัฐผู้ได้รับคำร้องขอในการห้ามผลักดันกลับภายใต้กฎหมายว่าด้วยผู้ลี้ภัยและกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศในบริบทของการดำเนินการส่งผู้ร้ายข้ามแดนที่เป็นผู้ลี้ภัยหรือผู้ขอลี้ภัย นอกจากนี้ บทนี้ยังได้พูดถึงขอบเขตของหลักการและบทบัญญัติของกฎหมายการส่งผู้ร้ายข้ามแดนที่มีอยู่ซึ่งสัมพันธ์กับหลักการว่าด้วยการห้ามผลักดันกลับ บทที่สาม ให้รายละเอียดเกี่ยวกับการดำเนินการส่งผู้ร้ายข้ามแดน หลักประกันการคุ้มครองที่จำเป็นในการทำให้มั่นใจว่าได้พิจารณาสถานการณ์พิเศษของผู้ลี้ภัยและผู้ขอลี้ภัยอย่างถี่ถ้วนแล้ว รวมถึง

³ ในหลายกรณี กฎหมายดังกล่าวได้บัญญัติถึงพันธกรณีที่ส่งตัวผู้ร้ายข้ามแดนหรือดำเนินคดี (*aut dedere aut judicare*) ทั้งนี้ โปรดทราบว่ามีพันธกรณีทั่วไปใดๆที่จะต้องส่งตัวผู้ร้ายข้ามแดนภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ สามารถดูรายละเอียดเพิ่มเติมได้ที่ S. Kapferer, *Extradition and Asylum*, เชิงอรรถ 2, ย่อหน้าที่ 21-32.

⁴ สำหรับการอภิปรายอย่างละเอียดเกี่ยวกับบทบัญญัติและหลักปฏิบัติแห่งกฎหมายการส่งตัวผู้ร้ายข้ามแดน อ่านได้ในย่อหน้าที่ 38-45 ในบันทึกฉบับนี้

ความสัมพันธ์ที่เหมาะสมระหว่างการส่งผู้ร้ายข้ามแดนและกระบวนการขอลี้ภัย ในบทนี้ยังได้พิจารณาถึงบทบาทของสำนักงานข้าหลวงใหญ่ผู้ลี้ภัยแห่งสหประชาชาติระหว่างดำเนินการส่งผู้ร้ายข้ามแดนที่มีผลต่อบุคคลในความห่วงใยของสำนักงานข้าหลวงใหญ่ผู้ลี้ภัยแห่งสหประชาชาติด้วย บทที่สี่ พิจารณาถึงการที่ข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับคำร้องขอส่งผู้ร้ายข้ามแดนอาจมีผลต่อคุณสมบัติการได้รับความคุ้มครองผู้ลี้ภัยระหว่างประเทศ และเน้นถึงหลักประกันกระบวนการในการขอลี้ภัย ที่กรณีของผู้ลี้ภัยเป็นบุคคลที่เป็นผู้ต้องการตัว บทที่ห้า ของบทนี้ที่เสนอข้อสังเกตโดยสรุปเกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างการส่งผู้ร้ายข้ามแดนและการขอลี้ภัย รวมถึงความจำเป็นที่จะทำให้น่าเชื่อถือว่าการปฏิบัติในการส่งผู้ร้ายข้ามแดนของรัฐนั้นมีความสอดคล้องกับพันธกรณีภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ

บทที่สอง การส่งผู้ร้ายข้ามแดนและหลักการห้ามผลักดันกลับ

7. บทนี้จะพิจารณาขอบเขตและเนื้อหาของพันธกรณีในการห้ามผลักดันกลับของรัฐผู้ได้รับคำร้องขอภายใต้กฎหมายผู้ลี้ภัยระหว่างประเทศ กฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศและการดำเนินการในบริบทของการร้องขอการส่งผู้ร้ายข้ามแดนที่เป็นผู้ลี้ภัยหรือผู้ขอลี้ภัย บทนี้จะวิเคราะห์ว่าการคุ้มครองจากการผลักดันกลับ มีผลกระทบกับกระบวนการส่งผู้ร้ายข้ามแดนของรัฐผู้ได้รับคำร้องขออย่างไร

ก. ขอบเขตและเนื้อหาของหลักการห้ามผลักดันกลับในกฎหมายผู้ลี้ภัยระหว่างประเทศและกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ

1. การคุ้มครองจากการผลักดันกลับภายใต้กฎหมายผู้ลี้ภัยระหว่างประเทศ

8. หลักการห้ามผลักดันกลับ ซึ่งห้ามการบังคับเคลื่อนย้ายผู้ลี้ภัยสู่ความเสี่ยงต่อการประหารชีวิตหรือการปฏิบัติที่โหดร้าย เป็นหลักพื้นฐานสำคัญของระบอบการคุ้มครองผู้ลี้ภัยระหว่างประเทศ⁵ ตามที่ระบุในมาตรา 33 แห่งอนุสัญญา ค.ศ. 1951⁶ ซึ่งมีอาชญากรรมได้⁷ หลักการห้ามผลักดันกลับ ตามมาตรา 33 แห่งอนุสัญญา ค.ศ. 1951 ยังเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ ดังนั้นหลักการนี้จึงผูกพันกับทุกรัฐรวมถึงรัฐที่ยังไม่ได้เป็นภาคีของอนุสัญญา ค.ศ. 1951 และ/หรือ พิธีสาร ค.ศ. 1967⁸

⁵ สำหรับคำวิเคราะห์อย่างละเอียด อ่านได้ที่ E. Lauterpacht and D. Bethlehem, "The scope and content of the principle of non-refoulement: Opinion", in E. Feller, V. Türk and F. Nicholson (eds.), *Refugee Protection in International Law: UNHCR's Global Consultations on International Protection*, Cambridge University Press, Cambridge (2003), หน้า. 87–177. รวมถึง UNHCR, *Advisory Opinion on the Extraterritorial Application of Non-Refoulement Obligations under the 1951 Convention relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol*, 26 January 2007, จาก:

<http://www.unhcr.org/cgi-bin/texis/vtx/refworld/rwmain?docid=45f17a1a4>

⁶ กฎหมายผู้ลี้ภัยระดับภูมิภาคมีการบัญญัติหลักการห้ามผลักดันกลับไว้ โดยเฉพาะ มาตรา II(3) ของอนุสัญญาองค์การรัฐเอกราชแห่งภาคพื้นทวีปแอฟริกา ค.ศ. 1969 และ ตอนที่ III(5) ในปฏิญญาคาร์ทเฮนน่าว่าด้วยผู้ลี้ภัย ค.ศ. 1984 บทบัญญัติแห่งปฏิญญาคาร์ทเฮนน่าถึงแม้ว่าจะไม่มีผลผูกพันทางกฎหมาย แต่ก็ได้ถูกนำมารวมเข้าไว้ในกฎหมายในประเทศของหลายประเทศในภูมิภาคลาตินอเมริกา

⁷ มาตรา 42(1) ในอนุสัญญา ค.ศ. 1951 และมาตรา VII(1) ในพิธีสาร ค.ศ. 1967 ได้บัญญัติว่ามาตรา 33 เป็นบทบัญญัติในอนุสัญญา ค.ศ. 1951 ที่มีได้อนุญาตให้มีการตั้งข้อสงวนได้

⁸ อ่านได้จาก UNHCR, *The Principle of Non-Refoulement as a Norm of Customary International Law*, Response to the Questions posed to UNHCR by the Federal Constitutional Court of the Federal Republic of Germany in cases 2 BvR 1938/93, 2 BvR 1953/93,

9. มาตรา 33(1) แห่งอนุสัญญาว่าฯ ค.ศ. 1951 บัญญัติว่า

“รัฐภาคีจะไม่ขับไล่หรือส่งกลับ (ผลักดัน) ผู้ลี้ภัยไม่ว่าจะโดยลักษณะใด ๆ ไปยังชายเขตแห่งดินแดนซึ่ง ณ ที่นั้นชีวิตหรือ อิศระภาพของผู้ลี้ภัยจะถูกละเมิดด้วยสาเหตุทางเชื้อชาติ ศาสนา สัญชาติ สมาชิกภาพในกลุ่มใดกลุ่มหนึ่งทางสังคม หรือทางความคิดด้านการเมือง”

10. บทบัญญัติข้างต้นนี้สามารถปรับใช้ได้ตลอดทั้งหมดในบริบทของการส่งผู้ร้ายข้ามแดน ทั้งนี้ จะเห็นได้จากถ้อยคำในตัวบทมาตรา 33 (1) แห่งอนุสัญญาฯ ค.ศ. 1951 ซึ่งกล่าวถึง การขับไล่หรือการส่งกลับ “ไม่ว่าจะโดยลักษณะใด ๆ” หนึ่ง คณะกรรมการบริหารโครงการของข้าหลวงใหญ่ผู้ลี้ภัยสหประชาชาติ (Executive Committee) กล่าวถึงประเด็นต่าง ๆ ของการส่งผู้ร้ายข้ามแดนอันส่งผลกระทบต่อผู้ลี้ภัย ดังนี้

“(b) ยืนยันลักษณะพื้นฐานของหลักการห้ามผลักดันกลับซึ่งได้รับการรับรองโดยทั่วไปอีกครั้ง

(c) รับรองว่าผู้ลี้ภัยควรจะได้รับคุ้มครองจากการส่งผู้ร้ายข้ามแดนไปยังประเทศที่พวกเขาจะมีเหตุผลอันมีมูลที่ชัดเจนถึงความหวาดกลัวต่อการประหัตประหารภายใต้เหตุผลที่ระบุใน มาตรา 1 A(2) แห่งอนุสัญญาฯ ค.ศ. 1951

(d) เรียกร้องให้รัฐต่างๆ “ทำให้มั่นใจว่าหลักการห้ามผลักดันกลับได้รับการพิจารณาในสนธิสัญญาที่เกี่ยวข้องกับการส่งผู้ร้ายข้ามแดนและในบทกฎหมายภายในประเทศตามความเหมาะสม”

(e) แสดงความหวังว่าจะมีการคำนึงถึงหลักการห้ามผลักดันกลับอย่างสมควรในการปรับใช้สนธิสัญญาในปัจจุบันที่เกี่ยวข้องกับการส่งผู้ร้ายข้ามแดน”⁹

11. การคุ้มครอง ตามมาตรา 33(1) ปรับใช้กับบุคคลใด ๆ ที่เป็นผู้ลี้ภัยภายใต้นิยามของอนุสัญญาฯ ค.ศ. 1951 กล่าวคือ บุคคลที่ผ่านคุณสมบัติของนิยามผู้ลี้ภัย ภายใต้มาตรา 1 A(2) อนุสัญญาฯ ค.ศ. 1951 (เกณฑ์การคัดเข้า หรือ

2 BvR 1954/93, เข้าถึงได้ที่: <http://www.unhcr.org/cgi-bin/texis/vtx/refworld/rwmain?docid=437b6db64>; UNHCR, Note on the Principle of Non-Refoulement (EU Seminar on the Implementation of the 1995 EU Resolution on Minimum Guarantees for Asylum Procedures), 1 November 1997, จาก: <http://www.unhcr.org/cgi-bin/texis/vtx/refworld/rwmain?docid=438c6d972>. รวมถึง the Declaration of States Parties to the 1951 Convention and/or its 1967 Protocol adopted at the Ministerial Meeting of States Parties of 12–13 December 2001, HCR/MMSP/2001/09, อารัมภกถา ย่อหน้า 4, จาก: <http://www.unhcr.org/cgi-bin/texis/vtx/refworld/rwmain?docid=3d60f5557>; New Zealand Court of Appeal, Zaoui v. Attorney General (No 2) [2005] 1 NZLR 690, 30 กันยายน 2004, ย่อหน้า 34 และ 136, จาก: <http://www.nzlii.org/cgi-bin/sinodisp/nz/cases/NZCA/2004/244.html> สำหรับคำพิจารณาอย่างละเอียดถึงข้อข้อยกเว้นและเนื้อหาของหลักปฏิบัติแห่งหลักการห้ามผลักดันกลับภายใต้กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ สามารถอ่านเพิ่มเติมได้ที่ E. Lauterpacht and D. Bethlehem, เชงอรธที่ 5, ย่อหน้า 193–219.

⁹ อ่านเพิ่มเติมได้ที่ UNHCR, Executive Committee, Conclusion No. 17 (XXXI) – 1980 on Problems of Extradition affecting Refugees, at ย่อหน้า (b)–(e), จาก: <http://www.unhcr.org/cgi-bin/texis/vtx/refworld/rwmain?docid=3ae68c4423>

inclusion criteria)¹⁰ และไม่เข้าข่ายขอบเขตของหนึ่งในวรรคที่บัญญัติเกณฑ์การคัดออก¹¹ หลักการห้ามผลักดันกลับภายใต้บทบัญญัติ มาตรา 33 (1) อนุสัญญาฯ ค.ศ. 1951 ยังปรับใช้กับบุคคลใด ๆ ที่ผ่านเกณฑ์ที่บัญญัติตาม มาตรา 1 แห่ง อนุสัญญาฯ ค.ศ. 1951 แต่ยังไม่ได้รับการรับรองสถานะผู้ลี้ภัยอย่างเป็นทางการ¹² กรณีนี้เกี่ยวข้องกับโดยเฉพาะกับผู้ขอลี้ภัย ซึ่งบุคคลดังกล่าวอาจเป็นผู้ลี้ภัยได้ ดังนั้นผู้ขอลี้ภัยจึงไม่ควรถูกส่งกลับ หรือขับไล่ ในขณะที่การพิจารณาสถานะของตนยังไม่สิ้นสุด¹³

12. หลักการห้ามผลักดันกลับนั้นปรับใช้ไม่เพียงแต่กับประเทศภูมิลำเนาของผู้ลี้ภัย แต่ยังรวมถึงประเทศอื่น ๆ ที่บุคคลนั้นมีเหตุผลให้กลัวการประหัตประหารภายใต้หนึ่งหรือมากกว่าหนึ่งเหตุที่ระบุใน มาตรา 1 A(2) แห่งอนุสัญญาฯ ค.ศ. 1951 หรือ ที่ที่บุคคลนั้นสามารถถูกส่งไปยังอีกประเทศที่มีความเสี่ยงต่อการประหัตประหารอันเกี่ยวเนื่องกับเหตุที่ระบุในอนุสัญญาฯ ค.ศ. 1951¹⁴

13. ข้อยกเว้นของหลักการห้ามผลักดันกลับ สามารถมีได้ภายใต้กฎหมายผู้ลี้ภัย ระหว่างประเทศ เฉพาะในพฤติการณ์ที่ระบุไว้ใน มาตรา 33(2) ที่ระบุว่า

¹⁰ ภายใต้บทบัญญัตินี้ซึ่งถูกรวมเข้าไว้ในมาตรา 1 ในพิธีสารฯ ค.ศ. 1967 คำจำกัดความของ “ผู้ลี้ภัย” นั้นใช้ได้กับบุคคล “ซึ่งมีความหวาดกลัวซึ่งมีมูลอันจะกล่าวอ้างได้ว่า จะได้รับการประหัตประหารด้วยสาเหตุทางเชื้อชาติ ศาสนา สัญชาติ สมาชิกภาพในกลุ่มใดกลุ่มหนึ่งทางสังคม หรือความคิดด้านการเมือง เป็นผู้อยู่นอกอาณาเขตรัฐแห่งสัญชาติของตน และในขณะที่เดียวกันไม่สามารถหรือไม่สมัครใจ ที่จะรับความคุ้มครองจากรัฐแห่งสัญชาติเนื่องจากความหวาดกลัวดังกล่าว หรือนอกจากนี้บุคคลไร้สัญชาติซึ่งอยู่นอกอาณาเขตรัฐที่เดิมมีถิ่นฐานพำนักประจำ แต่ไม่สามารถหรือไม่สมัครใจที่จะกลับไปเพื่อพำนักในรัฐดังกล่าว ด้วยเหตุแห่งความหวาดกลัวที่กล่าวมาข้างต้น”

¹¹ บัญญัติเกณฑ์การคัดออกที่ถูกบรรจุไว้ในอนุสัญญาฯ ค.ศ. 1951 มีดังนี้ ย่อหน้าแรกของอนุมาตรา 1D (ซึ่งมีผลใช้กับบุคคลที่ในขณะนี้ได้รับความคุ้มครองหรือความช่วยเหลือจากองค์กรหรือหน่วยงานของสหประชาชาตินอกเหนือจากข้าหลวงผู้ลี้ภัยของสหประชาชาติ); อนุมาตรา 1E (ซึ่งมีผลใช้กับบุคคลที่เจ้าพนักงานผู้มีอำนาจในรัฐที่ตนพำนักอยู่ ยอมรับว่ามีสิทธิและหน้าที่เยี่ยงผู้ถือสัญชาติของรัฐนั้น); และอนุมาตรา 1F (ซึ่งมีผลใช้กับบุคคลซึ่งมีเหตุผลหนักแน่นในอันที่จะทำให้พิจารณาได้ว่าบุคคลนั้นได้ประกอบอาชญากรรมหรือการกระทำร้ายแรง) บทบัญญัติเกณฑ์การคัดออกนั้นได้ถูกบรรจุเข้าไว้เช่นกันในอนุสัญญาองค์การรัฐเอกราชแห่งภาคพื้นทวีปแอฟริกา ค.ศ. 1969 และในธรรมนูญสำนักงานข้าหลวงใหญ่ผู้ลี้ภัยแห่งสหประชาชาติ ค.ศ. 1950 ซึ่งเป็นภาคผนวกของข้อมติสมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติ 428 (V) ณ วันที่ 14 ธันวาคม 1950 อ่านเพิ่มเติมได้ในย่อหน้าที่ 78 ในบันทึกฉบับนี้

¹² อ่านเพิ่มเติมได้ที่ UNHCR, Executive Committee Conclusion No. 6 (XXVIII) – 1977 on Non-refoulement, ย่อหน้า (c), จาก: <http://www.unhcr.org/cgi-bin/texis/vtx/refworld/rwmain?docid=3ae68c43ac>; Conclusion No. 79 (XLVII) – 1996 on International Protection, ย่อหน้า (j), จาก: <http://www.unhcr.org/cgi-bin/texis/vtx/refworld/rwmain?docid=3ae68c430>; and Conclusion No. 81 (XLVIII) – 1997 on International Protection, ย่อหน้า (i), จาก: <http://www.unhcr.org/cgi-bin/texis/vtx/refworld/rwmain?docid=3ae68c690>.

¹³ อ่านเพิ่มเติมได้เช่น ที่ UNHCR, Global Consultations on International Protection/Third Track: Asylum Processes (Fair and Efficient Asylum Procedures) (hereinafter: “Asylum Processes”), EC/GC/01/12, 31 May 2001, ย่อหน้า 4, 8, 13 and 50(c), จาก: <http://www.unhcr.org/cgi-bin/texis/vtx/refworld/rwmain?docid=3b36f2fca>. อ่านเพิ่มเติมได้ที่ E. Lauterpacht and D. Bethlehem, เหนือเชิงอรรถเชิงอรรถ 5, ย่อหน้า 87–99.

¹⁴ อ่านเพิ่มเติมได้ที่ UNHCR, Note on Non-Refoulement, EC/SCP/2, 1977, ย่อหน้า 4, จาก: <http://www.unhcr.org/cgi-bin/texis/vtx/refworld/rwmain?docid=3ae68ccd10>. อ่านเพิ่มเติมได้ที่ Paul Weis, The Refugee Convention, 1951: The Travaux Préparatoires Analyzed with a Commentary by Dr. Paul Weis, Cambridge University Press Cambridge (1995), หน้า 341.

“ประโยชน์อันเกิดจากบทบัญญัตินี้ มิให้ยกขึ้นกล่าวอ้างโดยผู้ลี้ภัยซึ่งมีเหตุอันสมควรอันถือได้ว่าเป็นภัยต่อความมั่นคงของประเทศที่ได้เข้าไปพำนัก หรือผู้ซึ่งโดยคำพิพากษาอันถึงที่สุดถูกตัดสินว่า กระทำความผิดอาญาร้ายแรงอันเป็นภัยต่อประชาคมของประเทศนั้น”

14. การปรับใช้บทบัญญัตินี้ จำเป็นต้องได้รับการพิจารณาโดยประเทศที่ให้ที่ลี้ภัย ตามแต่กรณีว่า กรณีดังกล่าวครอบคลุมองค์ประกอบอันเกี่ยวข้องกับข้อยกเว้นของหลักการห้ามผลักดันกลับ ดังต่อไปนี้

(1) การปรับใช้ข้อยกเว้นในกรณี “ความมั่นคงของประเทศ” จะต้องพิสูจน์ให้ได้ว่าผู้ลี้ภัยเป็นภัยต่อประเทศผู้รับในปัจจุบันหรือในอนาคต มากกว่าความผิดที่ร้ายแรงน้อยกว่านั้น โดยอันตรายดังกล่าวจะต้องรุนแรงและก่อให้เกิดภัยต่อความมั่นคงของชาติของประเทศผู้รับ¹⁵

(2) การปรับใช้ข้อยกเว้นในกรณีที่ภัยอันตรายต่อชุมชนนั้น ผู้ลี้ภัยไม่เพียงจะต้องได้รับคำพิพากษาว่าประกอบอาชญากรรมที่มีลักษณะร้ายแรง แต่จะต้องเป็นที่พิสูจน์ได้ว่าตามอาชญากรรมและคำตัดสินดังกล่าว ผู้ลี้ภัยจะเป็นภัยที่ร้ายแรงทั้งในปัจจุบันและอนาคตต่อชุมชนของประเทศผู้รับ ทั้งนี้ ข้อเท็จจริงที่บุคคลหนึ่งต้องคำพิพากษาคือร้ายแรงอาจมิได้หมายความว่าบุคคลนั้นจะผ่านองค์ประกอบของ “การเป็นภัยต่อชุมชน” การพิจารณาว่าถือเป็นกรณีดังกล่าวหรือไม่ จะขึ้นอยู่กับลักษณะและพฤติการณ์ของอาชญากรรมนั้น ๆ และ ปัจจัยอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้อง (อาทิ หลักฐาน หรือ แนวโน้มการกระทำซ้ำอีก)¹⁶

15. ตามข้อยกเว้นของหลักการคุ้มครองห้ามผลักดันกลับตามอนุสัญญาฯ ค.ศ. 1951 ระบุให้ตีความอย่างจำกัดและบังคับให้ต้องมีความเชื่อมโยงอย่างเป็นเหตุเป็นผลระหว่างการเคลื่อนย้ายผู้ลี้ภัยและการจำกัดภัยอันเป็นผลมาจากการคงอยู่ของบุคคลนั้นกระทบต่อความมั่นคงหรือชุมชนของประเทศผู้รับ¹⁷ การปรับใช้อย่างจำกัดยังหมายความว่า การผลักดันกลับจะต้องเป็นมาตรการสุดท้ายที่เป็นไปได้ในการจำกัดภัยเพื่อความปลอดภัยหรือเพื่อชุมชนของประเทศผู้รับ นอกจากนี้อันตรายที่จะเป็นผลต่อประเทศผู้รับจะต้องมีน้ำหนักมากกว่าความเสี่ยงภัยที่บุคคลที่เป็นผู้ต้องการตัวจะเผชิญ อันเนื่องมาจากการผลักดันกลับดังกล่าวอีกด้วย¹⁸ ทั้งนี้ การพิจารณาว่าข้อยกเว้นภายใต้ มาตรา 33 (2) สามารถปรับใช้ได้

¹⁵ อ่านเพิ่มเติมได้ที่ UNHCR, Factum of the Intervenor, UNHCR, Suresh v. the Minister of Citizenship and Immigration; the Attorney General of Canada, SCC No. 27790, จาก: <http://www.unhcr.org/cgi-bin/texis/vtx/refworld/rwmain?docid=3e71bbe24> (ดังต่อไปนี้ “UNHCR, Suresh Factum”) ใน 14:1 International Journal of Refugee Law (2002), at ย่อหน้า 68–73. See also E. Lauterpacht and D. Bethlehem, อ่านได้ที่เชิงอรรถ 5, ย่อหน้า 164–166; และ A. Grahl-Madsen, Commentary on the Refugee Convention, Articles 2–11, 13–37, เผยแพร่โดย UNHCR (1997) จาก: <http://www.unhcr.org/cgi-bin/texis/vtx/refworld/rwmain?docid=4785ee9d2>, คำอธิบายมาตรา 33 ย่อหน้า 8 โดยคำอธิบายของผู้ร่างอนุสัญญาฯ ค.ศ. 1951 ในประเด็นดังกล่าวนั้น สามารถสรุปได้ดังนี้ “หากกล่าวโดยทั่วไปแล้ว ‘ความมั่นคงของประเทศ’ อาจนำมาใช้อ้างเป็นข้อยกเว้นได้ ในกรณีที่มีการกระทำที่มีลักษณะร้ายแรง เป็นภัยทั้งโดยตรงและทางอ้อมต่อรัฐธรรมนูญ รัฐบาล อธิปไตยทางดินแดน เอกราช หรือความสงบสุขภายนอกของประเทศนั้นๆ”

¹⁶ อ่านเพิ่มเติมได้ที่ E. Lauterpacht and D. Bethlehem, เชิงอรรถ 5, ย่อหน้า 190-192

¹⁷ การผลักดันกลับนั้น จะไม่มีความชอบธรรมภายใต้มาตรา 33(2) ในอนุสัญญาฯ ค.ศ. 1951 หากสามารถใช้มาตรการที่มีความรุนแรงน้อยกว่าได้ในการจำกัดภัยคุกคามที่ผู้ลี้ภัยมีต่อความมั่นคงของประชาคมของประเทศผู้รับ

¹⁸ อ่านเพิ่มเติมได้ที่ UNHCR, Suresh Factum, เชิงอรรถ 15, ย่อหน้า 74-84; อ่านเพิ่มเติมได้ที่ E. Lauterpacht and D. Bethlehem, เชิงอรรถ 5, ย่อหน้า 177–179.

หรือไม่จะต้องมีหลักประกันกระบวนการที่เพียงพอ¹⁹ เมื่อการปรับใช้มาตรา 33(2) ได้รับการพิจารณาเป็นส่วนหนึ่งของกระบวนการส่งผู้ร้ายข้ามแดน รัฐผู้ได้รับคำร้องขอจะต้องยืนยันว่า ข้อกำหนดทั้งทางสารบัญญัติและวิธีสบัญญัติได้ถูกพิจารณาอย่างครบถ้วนทั้งกระบวนการแล้ว²⁰

16. อย่างไรก็ตาม บทบัญญัติของมาตรา 33(2) อนุสัญญาฯ ค.ศ. 1951 ไม่กระทบต่อพันธกรณีหลักการห้ามผลักดันกลับของรัฐผู้ได้รับคำร้องขอ ภายใต้กฎหมายสิทธิมนุษยชนซึ่งไม่สามารถลดทอนได้ ดังนั้นรัฐผู้ได้รับคำร้องขอ จะถูกกีดกันจากการส่งผู้ร้ายข้ามแดนที่เป็นผู้ลี้ภัยหากการกระทำดังกล่าวจะก่อให้เกิดความเสี่ยงต่อการทรมานของบุคคลนั้น²¹ เช่นเดียวกับการพิจารณาการปรับใช้การห้ามผลักดันกลับไปเจอกับอื่น ๆ อันมีอาจแก้ไขได้

2. การคุ้มครองจากการห้ามผลักดันกลับภายใต้กฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ

17. ภายใต้กฎหมายสิทธิมนุษยชน พันธกรณีการห้ามผลักดันกลับของรัฐผู้ได้รับคำร้องขอ บัญญัติกีดกันการส่งผู้ร้ายข้ามแดนในกรณีที่มีการส่งมอบตัวบุคคลที่ต้องการตัวไปประสบความเสี่ยงต่อการทรมานหรือการละเมิดสิทธิมนุษยชนร้ายแรง

18. มาตรา 3 แห่งอนุสัญญาว่าด้วยการต่อต้านการทรมาน และการกระทำอื่นๆ ที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรม หรือที่ย่ำยีศักดิ์ศรี ค.ศ. 1984 ระบุอย่างชัดเจนว่า “รัฐภาคีต้องไม่ขับไล่ ส่งกลับ (ผลักดันกลับ) หรือส่งบุคคลเป็นผู้ร้ายข้ามแดนไปยังอีกรัฐหนึ่ง เมื่อมีเหตุอันควรเชื่อได้ว่าบุคคลนั้นจะตกอยู่ภายใต้อันตรายที่จะถูกทรมาน” ตามที่ปรากฏในส่วนของห้ามทรมานภายใต้กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศซึ่งอยู่ในลำดับศักดิ์ของกฎหมายบังคับเด็ดขาด (*jus cogens*) การห้ามผลักดันกลับไปยังสถานที่ที่มีการปฏิบัติอันเป็นภัยอันตราย ผูกพันกับทุกรัฐรวมถึงรัฐที่มีได้เป็นภาคีในสนธิสัญญาที่เกี่ยวข้อง²²

¹⁹ ในมุมมองของ UNHCR ควรจะมีหลักประกันกระบวนการที่เหมือนกันสำหรับการขับไล่ภายใต้มาตรา 32 ในอนุสัญญาฯ ค.ศ. 1951 เป็นอย่างน้อย มาตรา 32(1) อนุญาตให้มีการขับไล่ผู้ลี้ภัยด้วยเหตุผลเพื่อความมั่นคงของประเทศหรือเพื่อความสงบเรียบร้อยของประชาชน ไปสู่ประเทศนอกเหนือจากประเทศที่ผู้ลี้ภัยดังกล่าวมีความหวาดกลัวจากการถูกประหัตประหาร มาตรา 32(1) และมาตรา (3) กล่าวถึงหลักประกันขั้นต่ำรวมถึง สิทธิในการได้รับการพิจารณาและสิทธิอุทธรณ์ และสิทธิในการมรเวลาเพียงพอต่อการเสาะหาการเข้าถึงรัฐอื่นโดยถูกกฎหมาย อ่านเพิ่มเติมได้ที่ E. Lauterpacht and D. Bethlehem, *เชิงอรรถ* 5, ย่อหน้า 159

²⁰ อ่านเพิ่มเติมได้จากย่อหน้า 52-53 ในบันทึกฉบับนี้

²¹ อ่านเพิ่มเติมได้จาก UNHCR, *Suresh Factum*, *เชิงอรรถ* 15, ย่อหน้า 18-50; E. Lauterpacht and D. Bethlehem, *เชิงอรรถ* 5, ย่อหน้า 159(ii), 166 และ 179

²² อ่านเพิ่มเติมได้ เช่นที่ Human Rights Committee, *General Comment No. 29: Article 4: Derogations during a State of Emergency*, U.N. Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.11, 31 August 2001, ย่อหน้า 11, จาก: <http://www.unhcr.org/cgi-bin/texis/vtx/refworld/rwmain?docid=453883fd1f>; คำพิพากษาของศาลอาญาระหว่างประเทศสำหรับอดีตยูโกสลาเวีย (International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia) (ICTY) ใน *Prosecutor v. Delalic and Others*, Trial Chamber judgement of 16 November 1998, ย่อหน้า 454, จาก <http://www.unhcr.org/cgi-bin/texis/vtx/refworld/rwmain?docid=41482bde4>; *Prosecutor v. Furundzija*, Trial Chamber judgement of 10 December 1998, ย่อหน้า 134-164, จาก: <http://www.unhcr.org/cgi-bin/texis/vtx/refworld/rwmain?docid=40276a8a4>; *Prosecutor v. Kunarac and Others*, Trial Chamber judgement of 22 February 2001, ย่อหน้า 466, จาก: <http://www.unhcr.org/cgi-bin/texis/vtx/refworld/rwmain?docid=3ae6b7560>; และคำตัดสิน the House of

19. การห้ามการวิดรอนชีวิตและการทรมาน และการกระทำหรือการลงโทษอื่น ๆ ที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรม หรือที่ย่ำยีศักดิ์ศรี โดยมีขอบ ตามมาตรา 6 และ 7 แห่งกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง ค.ศ. 1966 ตามการตีความของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนนั้น รวมการห้ามผลักดันกลับไปเจอบัยในการกระทำดังกล่าวด้วย²³ การห้ามไม่ให้ผลักดันกลับภายใต้กฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศเพื่อประเมินความเสี่ยง “ภัยอันร้ายแรงที่ไม่อาจแก้ไขได้” ครอบคลุมทั้งบุคคลที่คนที่อยู่ภายใต้อาณาเขตของรัฐ หรือเขตอำนาจรัฐ²⁴ ซึ่งกรณีนี้รวมถึงผู้ลี้ภัยและผู้ขอลี้ภัยด้วย หลักการดังกล่าวยังปรับใช้กับกรณีในประเทศที่อาจได้รับผลกระทบจากการเคลื่อนย้าย หรือ ประเทศใด ๆ ที่บุคคลอาจถูกส่งต่อไป²⁵ หลักการนี้เป็นหลักการที่ไม่สามารถลดทอน หรือตั้งข้อยกเว้นได้²⁶

20. พันธกรณีตามหลักการห้ามผลักดันกลับ ซึ่งกีดกันการส่งผู้ร้ายข้ามแดนในกรณีที่มีความเสี่ยงภัยต่อชีวิตและความบิรุณรณของร่างกายของบุคคลที่เป็นผู้ต้องการตัว ยังปรากฏในสนธิสัญญาสิทธิมนุษยชนในระดับภูมิภาค อาทิ ในทวีปอเมริกา ตามมาตรา 22(8) แห่งตราสารสิทธิมนุษยชนแห่งทวีปอเมริกา ค.ศ. 1969 ระบุว่า “คนต่างด้าวจะต้องไม่ถูกขับไล่หรือส่งกลับไปยังประเทศใดก็ตาม โดยมีจำกัดเฉพาะประเทศภูมิลาเนา หากพบว่าในประเทศนั้นสิทธิในการมีชีวิตหรือเสรีภาพส่วนบุคคลจะเป็นอันตรายและถูกละเมิดเนื่องจาก เชื้อชาติ สัญญาติ ศาสนา สถานะทางสังคม หรือความ

Lords in Pinochet, re. [1999] 2 All ER 97, ย่อหน้า 108–109, จาก: <http://www.parliament.the-stationery-office.co.uk/pa/ld199899/ldjudgmt/jd990115/pino01.htm>. ตามมาตรา 53 แห่งอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ.

1969, “กฎเกณฑ์ทั่วไปแห่งกฎหมายระหว่างประเทศที่มีลักษณะเป็นกฎหมายเด็ดขาดซึ่งจะละเมิดมิได้ (*jus cogens*)” หรือ กฎหมายบังคับเด็ดขาดของกฎหมายระหว่างประเทศ “คือบรรทัดฐานที่เป็นที่ยอมรับใน ประชาคมระหว่างประเทศในฐานะบรรทัดฐานที่ไม่อนุญาตให้ลดทอนกฎหมายในบางส่วนได้ และสามารถแก้ไขได้เพียงเฉพาะจากบรรทัดฐานที่ตามมาจากกฎหมายระหว่างประเทศทั่วไปที่มีลักษณะเดียวกันเท่านั้น” อ่านเพิ่มเติมได้ที่ UNHCR, Factum of the Intervenor, UNHCR, Suresh v. the Minister of Citizenship and Immigration; the Attorney General of Canada, SCC No. 27790, จาก: <http://www.unhcr.org/cgi-bin/texis/vtx/refworld/rwmain?docid=3e71bbe24> (ดังต่อไปนี้: “UNHCR, Suresh Factum”), ใน 14:1 International Journal of Refugee Law (2002), ย่อหน้า 42-50. อ่านเพิ่มเติมได้ที่ E. Lauterpacht and D. Bethlehem, *เชิงอรรถ* 5, ย่อหน้า 222-237.

²³ อ่านเพิ่มเติมได้ที่ Human Rights Committee, General Comment No. 20: Article 7 (Prohibition of torture, or other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment), 10 March 1992, U.N. Doc. HRI/ GEN/1/Rev.7 ย่อหน้า 9, จาก: <http://www.unhcr.org/cgi-bin/texis/vtx/refworld/rwmain?docid=453883fb0>; และ General Comment No. 31 on the Nature of the General Legal Obligation on States Parties to the Covenant, U.N. Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.13, 21 April 2004, ย่อหน้า 12, จาก: <http://www.unhcr.org/cgi-bin/texis/vtx/refworld/rwmain?docid=478b26ae2>. อ่านเพิ่มเติมได้ที่ Committee on the Rights of the Child, General Comment No. 6 (2005) on the Treatment of unaccompanied and separated children outside their country of origin, U.N. Doc. CRC/GC/2005/6, 3 June 2005, ย่อหน้า 27, จาก: <http://www.unhcr.org/cgi-bin/texis/vtx/refworld/rwmain?docid=42dd174b4>.

²⁴ สำหรับรัฐภาคีของกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง (ICCPR) ค.ศ. 1966 หลักการนี้ถูกทำให้ชัดเจนโดยความเห็นทั่วไป (General Comment) ฉบับที่ 31 ของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชน, *เชิงอรรถ* 23, ย่อหน้า 10

²⁵ อ่านเพิ่มเติมได้ที่ *ความเห็นทั่วไป (General Comment) ฉบับที่ 31 ของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชน, เชิงอรรถ* 23, ย่อหน้า 12

²⁶ สำหรับการอภิปรายอย่างละเอียด และข้อมูลเพิ่มเติม อ่านได้ที่ UNHCR, Note on Diplomatic Assurances and International Refugee Protection (hereafter: “Note on Diplomatic Assurances”), 10 August 2006, ย่อหน้า 16–19, จาก: <http://www.unhcr.org/cgi-bin/texis/vtx/refworld/rwmain?docid=44dc81164>, และ UNHCR, Advisory Opinion on the Extraterritorial Application of Non-Refoulement Obligations under the 1951 Convention relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol, 26 January 2007, ย่อหน้า 17–22, จาก: <http://www.unhcr.org/cgi-bin/texis/vtx/refworld/rwmain?docid=45f17a1a4>.

คิดเห็นทางการเมืองของบุคคลดังกล่าว ไม่ว่าในกรณีใดทั้งสิ้น” มาตรา 13(4) แห่งอนุสัญญาแห่งทวีปอเมริกาเพื่อป้องกันและลงโทษต่อการฆาตกรรม ค.ศ. 1985 ระบุว่า “การส่งผู้ร้ายข้ามแดนมิอาจกระทำได้ หรือบุคคลมิอาจถูกส่งกลับหากมีเหตุอันควรเชื่อว่าชีวิตของบุคคลนั้นตกอยู่ในอันตราย และบุคคลนั้นจะถูกฆาตกรรมหรือได้รับการปฏิบัติที่ทารุณ ไร้มนุษยธรรม หรือย่ำยีศักดิ์ศรี หรือบุคคลนั้นจะถูกดำเนินคดีภายใต้ศาลพิเศษ หรือศาลเฉพาะกิจของรัฐผู้ร้องขอ” ศาลสิทธิมนุษยชนแห่งยุโรปมีคำตัดสินสอดคล้องกันในหลายคดีว่า พันธกรณีตามหลักการห้ามผลักดันกลับเป็นส่วนหนึ่งของพันธกรณีตามหลักการฆาตกรรมหรือ ปฏิบัติหรือลงโทษ อย่างไร้มนุษยธรรม หรือย่ำยีศักดิ์ศรี ตามมาตรา 3 แห่งอนุสัญญายุโรปว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ค.ศ. 1950 และพันธกรณีนี้ถูกนำมาใช้เมื่อใดก็ตามที่มีความเสี่ยงต่อได้รับการปฏิบัติอันเนื่องมาจากการบังคับเคลื่อนย้ายรวมไปถึงการส่งผู้ร้ายข้ามแดน²⁷

3. ลำดับศักดิ์ของพันธกรณี

21. เมื่อพิจารณาว่าควรอนุญาตให้ส่งผู้ร้ายข้ามแดนหรือไม่ รัฐผู้ได้รับคำร้องขออาจมีข้อสงสัยว่าพันธกรณีต่างๆ ขัดกันหรือไม่ ในขณะที่หน้าที่การส่งผู้ร้ายข้ามแดนอาจเกิดจากข้อตกลงการส่งผู้ร้ายข้ามแดนในระดับทวิภาคีหรือพหุภาคี ซึ่งรัฐผู้ร้องขอและรัฐผู้ได้รับคำร้องขอเป็นภาคี หรือเกิดจากบทบัญญัติของกฎหมายระหว่างประเทศหรือระดับภูมิภาคซึ่งกำหนดหน้าที่การส่งผู้ร้ายข้ามแดนหรือดำเนินคดี ในทางกลับกัน รัฐผู้ได้รับคำร้องขอก็ผูกพันกับพันธกรณีตามหลักการห้ามผลักดันกลับภายใต้กฎหมายผู้ลี้ภัยระหว่างประเทศหรือกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ ซึ่งทำให้การส่งผู้ร้ายข้ามแดนในกรณีของผู้ลี้ภัยหรือผู้ขอลี้ภัยให้กับรัฐผู้ร้องขอภายใต้เงื่อนไขที่กล่าวเบื้องต้นไม่สามารถดำเนินการได้ ในสถานการณ์เช่นนี้ การกีดกันการมอบตัวบุคคลภายใต้กฎหมายผู้ลี้ภัยระหว่างประเทศหรือกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศมีลำดับศักดิ์เหนือกว่าพันธกรณีใดๆ ในการส่งผู้ร้ายข้ามแดน

²⁷ อ่านเพิ่มเติมได้ที่ เช่น Soering v. United Kingdom, Application No. 14038/88, 7 กรกฎาคม 1989, จาก: <http://www.unhcr.org/cgi-bin/texis/vtx/refworld/rwmain?docid=3ae6b6fec>, คดีที่ตามมาภายหลัง รวมไปถึง Cruz Varas v. Sweden, Application No. 15567/89, 20 March 1991, จาก: <http://www.unhcr.org/cgi-bin/texis/vtx/refworld/rwmain?docid=3ae6b6fe14>; Vilvarajah et al. v. United Kingdom, Application No. 13163/87 et al., 30 ตุลาคม 1991, จาก: <http://www.unhcr.org/cgi-bin/texis/vtx/refworld/rwmain?docid=3ae6b7008>; Chahal v. United Kingdom, Application No. 22414/93, 15 November 1996, จาก: <http://www.unhcr.org/cgi-bin/texis/vtx/refworld/rwmain?docid=3ae6b69920>; Ahmed v. Austria, Application No. 25964/94, 17 ธันวาคม 1996, จาก: <http://www.unhcr.org/cgi-bin/texis/vtx/refworld/rwmain?docid=3ae6b62f2c>; TI v. United Kingdom, Application No. 43844/98 (Admissibility), 7 มีนาคม 2000, จาก: <http://www.unhcr.org/cgi-bin/texis/vtx/refworld/rwmain?docid=3ae6b6dfc>. In Saadi v. Italy, Application No. 37201/06, 28 กุมภาพันธ์ 2008, จาก: <http://www.unhcr.org/cgi-bin/texis/vtx/refworld/rwmain?docid=47c6882e2>, ศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปได้ย้ำถึงหลักกฎหมายก่อนหน้าของตนที่เกี่ยวกับการห้ามการฆาตกรรมและการปฏิบัติหรือการลงโทษที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรม หรือย่ำยีศักดิ์ศรีในมาตรา 3 ของอนุสัญญายุโรปว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ซึ่งรวมถึงพันธกรณีห้ามผลักดันกลับว่าเป็นพันธกรณีเด็ดขาดและยังมีผลใช้โดยไม่ว่าการกระทำของบุคคลดังกล่าวจะไม่พึงปรารถนาหรืออันตรายเพียงใด หรือถูกกล่าวหาว่าได้กระทำความผิดในลักษณะใดก็ตาม ศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปได้ย้ำถึงคำตัดสินของศาลก่อนหน้าว่า การชั่งน้ำหนักระหว่างความเสี่ยงของบุคคลต่อการถูกกระทำทารุณ กับเหตุที่นำมาใช้ในการขับไล่นั้น ไม่สามารถนำมาใช้เพื่อประกอบการพิจารณาว่ารัฐมีหน้าที่หรือไม่ตามพันธกรณี ตามมาตรา 3 ของอนุสัญญายุโรปว่าด้วยสิทธิมนุษยชนได้

22. ลำดับศักดิ์ของพันธกรณีตามหลักสิทธิมนุษยชนที่ถือเป็นบรรทัดฐานนั้น ไม่ได้ขึ้นอยู่กับกรณีอยู่หรือไม่ของบทบัญญัติเฉพาะซึ่งกำหนดหน้าที่การส่งผู้ร้ายข้ามแดนในสนธิสัญญา²⁸ ทั้งนี้ ความเป็นเอกของพันธกรณีตามหลักสิทธิมนุษยชน ซึ่งมีศักดิ์เหนือกว่าหน้าที่ตามสนธิสัญญาการส่งผู้ร้ายข้ามแดน นั้นเป็นไปตามลักษณะธรรมชาติของพันธกรณีตามหลักสิทธิมนุษยชน²⁹ และตำแหน่งของพันธกรณีภายใต้ลำดับศักดิ์ของกฎหมายระหว่างประเทศเองตามมาตรา 103 ประกอบ มาตรา 55(c) และ 56 แห่งกฎบัตรสหประชาชาติ อนึ่ง มาตรา 103 แห่งกฎบัตรสหประชาชาติกำหนดว่าพันธกรณีตามกฎหมายลำดับศักดิ์เหนือพันธกรณีตามข้อตกลงระหว่างประเทศใดๆ³⁰ นอกเหนือจากนี้ ตามมาตรา 55(c) และ 56 แห่งกฎบัตร รัฐสมาชิกของสหประชาชาติผูกพันในการทำงานให้บรรลุวัตถุประสงค์ของสหประชาชาติ ซึ่งรวมถึงการเคารพหลักการสากล และปฏิบัติตามสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐานโดยปราศจากการแบ่งเชื้อชาติ เพศ ภาษา และ ศาสนา³¹

23. ภายใต้บริบทความพยายามของรัฐที่จะปราบปรามและป้องกันการก่อการร้าย พันธกรณีตามกฎหมายผู้ลี้ภัยระหว่างประเทศ และกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ มีลำดับศักดิ์เหนือสนธิสัญญาระหว่างประเทศเช่นกัน³² คณะมนตรีความมั่นคงและสมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติได้กล่าวไว้ว่ารัฐจะต้องทำให้มั่นใจว่ามาตรการที่ตนดำเนินการในการต่อต้านการก่อการร้ายนั้น จะต้องสอดคล้องกับพันธกรณีภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศโดยเฉพาะกฎหมายสิทธิมนุษยชน กฎหมายผู้ลี้ภัย และกฎหมายมนุษยธรรม³³ ทั้งคณะมนตรีความมั่นคงและสมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติได้

²⁸ อ่านเพิ่มเติมได้ที่ มาตรา 6 แห่งอนุสัญญาว่าด้วยการส่งตัวผู้ร้ายข้ามแดนระหว่างประเทศอเมริกัน (Inter-American Convention on Extradition) (1981), จาก: <http://www.unhcr.org/cgi-bin/texis/vtx/refworld/rwmain?docid=3ae6b38510> ที่บัญญัติไว้ว่า “ไม่มีบทบัญญัติใดๆในอนุสัญญานี้ที่สามารถนำมาตีความเพื่อใช้จำกัดสิทธิในการขอลี้ภัย ที่เป็นการใช้อย่างเหมาะสมได้”

²⁹ สิทธิมนุษยชนและกฎหมายที่ให้ความคุ้มครองผู้ลี้ภัยจัดตั้งให้มี “ลำดับกฎหมายเฉพาะทางที่เกี่ยวกับพันธกรณีทางทวิภาคีเพื่อคุ้มครองสิทธิมนุษยชน” ซึ่งต่างจากสนธิสัญญาต่างๆที่กล่าวถึงเพียงอัตวิสัย สิทธิต่างตอบแทน และหน้าที่ระหว่างรัฐ, อ่านเพิ่มเติมได้ที่ M.N. Shaw, International law, 4th edn., Cambridge University Press, Cambridge (1997), หน้า 696.

³⁰ มาตรา 103 แห่งกฎบัตรสหประชาชาติ, จาก: <http://www.unhcr.org/cgi-bin/texis/vtx/refworld/rwmain?docid=3ae6b3930> บัญญัติไว้ว่า “ในกรณีการขัดแย้งกันระหว่างข้อผูกพันของสมาชิกสหประชาชาติตามกฎหมายฉบับปัจจุบัน และตามข้อผูกพันตามความตกลงระหว่างประเทศอื่นใด ข้อผูกพันตามกฎหมายฉบับปัจจุบันจักต้องใช้บังคับมีศักดิ์เหนือกว่า”

³¹ มาตรา 55(c) แห่งกฎบัตรสหประชาชาติ บัญญัติไว้ว่า “เพื่อความมั่นคงและสมบูรณ์ซึ่งจำเป็นต่อความสัมพันธ์อันดีและสันติต่อกันระหว่างรัฐบนพื้นฐานการเคารพในหลักสิทธิเท่าเทียมและการปกครองตนเอง สหประชาชาติส่งเสริม (c) “การเคารพโดยสากลและการปฏิบัติตามสิทธิมนุษยชนและอิสรภาพอันเป็นหลักมูลสำหรับทุกคน โดยปราศจากความแตกต่างในทางเชื้อชาติ เพศ ภาษา หรือศาสนา” และมาตรา 56 แห่งกฎบัตรสหประชาชาติ, บัญญัติไว้ว่า “สมาชิกทั้งปวงให้คำมั่นว่าจะดำเนินการร่วมกัน และแยกกัน ในการร่วมมือกับองค์การเพื่อให้บรรลุผลแห่งความมุ่งหมาย ที่กำหนดไว้ในมาตรา 55”

³² อ่านเพิ่มเติมได้ที่ Security Council Resolution S/RES/1624(2005) วันที่ 14 กันยายน ค.ศ. 2005, ที่ บทความเบื้องต้น ย่อหน้า 2 และ 7, และ operative ย่อหน้า 4 (รวมถึงการคำนึงถึงสิทธิที่จะแสวงหาและที่ได้ที่ลี้ภัย ตามที่บัญญัติในมาตรา 14 แห่งปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน) อ่านเพิ่มเติมได้ที่ Declaration to Supplement the 1994 Declaration on Measures to Eliminate International Terrorism, annexed to General Assembly Resolution A/RES/51/210 of 16 January 1997, ที่ บทความเบื้องต้น ย่อหน้า 8; A/RES/60/158 วันที่ 28 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 2006 ว่าด้วย Protection of human rights and fundamental freedoms while countering terrorism, ที่ บทความเบื้องต้น ย่อหน้า 7 และ operative ย่อหน้า 5

³³ อ่านเพิ่มเติมได้ที่ Security Council Resolutions SC/RES/1269 (1999) วันที่ 19 ตุลาคม ค.ศ. 1999, ย่อหน้า 4(iv); SC/RES/1373 (2001) วันที่ 28 กันยายน ค.ศ.2001, ย่อหน้า 3(f) และ 3(g); S/RES/1456(2003) วันที่ 20 มกราคม ค.ศ. 2003, ภาคผนวก, ย่อหน้า 6; S/RES/1535(2004) วันที่ 26 มีนาคม ค.ศ. 2004, ภาคผนวก, อารัมภกถา ย่อหน้า 6; S/RES/1566(2004) วันที่ 8 ตุลาคม ค.ศ. 2004, อารัมภ

อ้างอิงถึงพันธกรณีตามอนุสัญญาฯ ค.ศ. 1951 และ พิธีสารฯ ค.ศ. 1967 รวมถึงหลักการห้ามผลักดันกลับ³⁴ ความจำเป็นให้รัฐเคารพพันธกรณีกฎหมายระหว่างประเทศโดยเฉพาะกฎหมายสิทธิมนุษยชน กฎหมายว่าด้วยผู้ลี้ภัย และกฎหมายมานุษยธรรม โดยเฉพาะในเรื่องของการส่งผู้ร้ายข้ามแดนนั้น ได้รับการยืนยันอีกครั้งในแผนปฏิบัติงานตามภาคผนวกของยุทธศาสตร์การต่อต้านการก่อการร้ายระดับโลกของสหประชาชาติ ที่เป็นที่รับโดยสมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติ เมื่อวันที่ 6 กันยายน ค.ศ. 2006

ข. การปรับใช้หลักการห้ามผลักดันกลับในกรณีการส่งผู้ร้ายข้ามแดนที่เป็นผู้ลี้ภัยและผู้ขอลี้ภัย

1. ผู้ลี้ภัย

คำร้องขอส่งผู้ร้ายข้ามแดนจากประเทศภูมิลาเนาของผู้ลี้ภัย³⁵

24. ในกรณีคำร้องขอให้ส่งผู้ร้ายข้ามแดนของผู้ลี้ภัยไปยังประเทศภูมิลาเนาของบุคคลนั้น รัฐผู้ได้รับคำร้องขอจะถูกกีดกันจากการส่งบุคคลที่ต้องการตัว ตามมาตรา 33(1) แห่งอนุสัญญาฯ ค.ศ. 1951 หรือ กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ โดยในกรณีนี้หลักการห้ามผลักดันกลับภายใต้กฎหมายผู้ลี้ภัยระหว่างประเทศหลักกีดกันการส่งผู้ร้ายข้ามแดนเว้นแต่กรณีที่เจ้าหน้าที่ของรัฐผู้ได้รับคำร้องขอพิสูจน์ได้ว่าบุคคลที่เป็นผู้ต้องการตัวเข้าข่ายหนึ่งในข้อยกเว้นตามมาตรา 33(2) ของอนุสัญญาฯ ค.ศ. 1951³⁶ อย่างไรก็ตาม ในกรณีที่อาจพิสูจน์ได้ตามข้างต้น รัฐผู้ได้รับคำร้องขอยังคงต้องเคารพหลักการห้ามผลักดันกลับภายใต้กฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ³⁷

กถา ย่อหน้า 4; SC/RES/1617 (2005) วันที่ 29 กรกฎาคม ค.ศ. 2005, อารัมภกถา ย่อหน้า 4; S/RES/1624 (2005) วันที่ 14 กันยายน ค.ศ. 2005, อารัมภกถา ย่อหน้า 2 และ operative ย่อหน้า 4. อ่านเพิ่มเติมได้ที่ General Assembly Resolutions A/RES/49/60 วันที่ 9 ธันวาคม ค.ศ. 1994, ภาคผนวกที่ ย่อหน้า 5; A/RES/51/210 วันที่ 17 ธันวาคม ค.ศ. 1996, ภาคผนวก, อารัมภกถา ย่อหน้า 6 (อ้างอิงถึงมาตรา 1, 2, 32 และ 33 แห่งอนุสัญญาฯ 1951) และ 7; A/RES/57/219 วันที่ 27 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 2003 ว่าด้วย Protection of human rights and fundamental freedoms while countering terrorism, ที่ ย่อหน้า 1; A/RES/58/187 วันที่ 22 มีนาคม ค.ศ. 2004 ว่าด้วย Protection of human rights and fundamental freedoms while countering terrorism, ที่ ย่อหน้า 1; A/RES/60/1 วันที่ 24 ตุลาคม ค.ศ. 2005 เกี่ยวกับ 2005 World Summit Outcome, ที่ ย่อหน้า 85; A/60/43 วันที่ 6 มกราคม ค.ศ. 2006, อารัมภกถา ย่อหน้า 11 และ 19, op. ย่อหน้า 3; A/RES/60/158 of 28 February 2006 on Protection of human rights and fundamental freedoms while countering terrorism, at อารัมภกถา ย่อหน้า 7 และ 13, op. ย่อหน้า 1 and 5; A/RES/62/71 of 8 January 2008 on Measures to eliminate international terrorism, at อารัมภกถา ย่อหน้า 12 and 20; และโดยเฉพาะอย่างยิ่ง, A/RES/62/159 วันที่ 11 มีนาคม ค.ศ. 2008 ว่าด้วย Protection of human rights and fundamental freedoms while countering terrorism.

³⁴ อ่านเพิ่มเติมได้ที่ General Assembly Resolution A/60/288 วันที่ 6 กันยายน ค.ศ. 2006 ว่าด้วย United Nations Global Counter-Terrorism Strategy, ภาคผนวกที่ II.3.

³⁵ คำว่า “ประเทศภูมิลาเนา” ที่ใช้ในที่นี้หมายถึงประเทศสัญชาติของบุคคลนั้นๆหรือในกรณีที่บุคคลไร้สัญชาติเป็นผู้ลี้ภัยหรือผู้ขอลี้ภัยจะหมายถึงประเทศที่มีถิ่นฐานพำนักประจำ

³⁶ อ่านได้ที่ย่อหน้าที่ 13-15 ในบันทึกฉบับนี้

³⁷ อ่านได้จากย่อหน้าที่ 17-20 ในบันทึกฉบับนี้ และอ่านเพิ่มเติมได้ที่ UNHCR, Suresh Factum, เชิงอรรถ 15, หน้าที่ 141-157; UNHCR, Note on Diplomatic Assurances, เชิงอรรถ 26, ย่อหน้า 31; และการอภิปรายใน E. Lauterpacht และ D. Bethlehem, เชิงอรรถ 5, ย่อหน้า 159(ii), 166 และ 179.

25. กรณีนี้สามารถปรับใช้ได้เต็มที่กับกรณีที่รัฐผู้ส่งคำร้องขอให้คำมั่นว่าบุคคลที่จะถูกส่งตัวจะไม่ตกอยู่ภายใต้การประหัตประหารหรือภัยในรูปแบบอื่นใดหลังจากการส่งตัว ในมุมมองของสำนักงานข้าหลวงใหญ่ผู้ลี้ภัยสหประชาชาติต่อการกระทำเช่นนี้ซึ่งโดยทั่วไปมักเรียกว่า การให้คำมั่นทางการทูต ควรจะไม่นำน้ำหนักเมื่อผู้ลี้ภัยผู้ได้รับความคุ้มครองตามมาตรา 33(1) ของอนุสัญญาฯ ค.ศ. 1951 ว่าจะถูกส่งกลับไม่ว่าทางตรงหรือทางอ้อมไปยังประเทศภูมิลำเนาของตน³⁸ โดยเหตุผลคือประเทศที่ให้ลี้ภัยได้พิจารณาและรับรองแล้วว่าในกรณีของบุคคลนั้นมีความหวาดกลัวต่อการประหัตประหารในประเทศภูมิลำเนา เมื่อประเทศที่ให้ลี้ภัยได้พิสูจน์แล้ว ดังนั้นในการส่งบุคคลนั้นกลับไปยังที่ที่ตนได้รับการประหัตประหารแม้ว่าจะมีการให้ความเชื่อมั่นว่าผู้ลี้ภัยจะได้รับการดูแลอย่างดีเมื่อไปถึงอาจไม่สอดคล้องกับการคุ้มครองตามอนุสัญญาฯ ค.ศ. 1951³⁹

คำร้องขอส่งผู้ร้ายข้ามแดนจากประเทศอื่น ๆ นอกเหนือจากประเทศภูมิลำเนาของผู้ลี้ภัย

26. หากประเทศที่ประสงค์ขอส่งผู้ร้ายข้ามแดนเป็นประเทศอื่น ๆ นอกเหนือจากประเทศที่ผู้ลี้ภัยมีภูมิลำเนา รัฐผู้ได้รับคำร้องขอจะต้องพิจารณาว่าการส่งตัวผู้ลี้ภัยจะสอดคล้องกับพันธกรณีหลักการห้ามผลักดันกลับภายใต้กฎหมายผู้ลี้ภัยระหว่างประเทศและกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศหรือไม่⁴⁰ ในกรณีนี้ รัฐผู้ได้รับคำร้องขอจะต้องพิสูจน์ให้แน่ใจว่าการส่งผู้ร้ายข้ามแดนไปประเทศดังกล่าวจะไม่ก่อให้เกิดความเสี่ยงภัยในการถูกประหัตประหาร ทรมาน หรืออันตรายที่มีอาจแก้ไขได้ต่อตัวผู้ลี้ภัย รวมไปถึงความเสี่ยงในการจะถูกส่งต่อไปยังประเทศภูมิลำเนาหรือประเทศที่สามที่มีความเสี่ยงภัยดังกล่าว

27. การพิจารณาตามหลักข้างต้น รัฐผู้รับการร้องขอต้องทำการประเมินสถานการณ์ที่จะเกิดขึ้นกับบุคคลที่ต้องการตัวหากบุคคลดังกล่าวถูกส่งตัวไปยังรัฐผู้ร้องขอ สิ่งเหล่านี้ยังมีความจำเป็นที่จะต้องประเมินภายใต้พฤติการณ์ต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้อง ถึงแม้จะมีการให้คำมั่นทางการทูตที่กล่าวถึงการปฏิบัติที่ดีต่อผู้ลี้ภัยเมื่อส่งตัวแล้วก็ตาม

28. ภายใต้กฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ รัฐจะต้องสามารถส่งต่อบุคคลไปยังอีกประเทศหนึ่งตามที่ระบุในคำมั่นทางการทูตได้ในเพียงกรณีที่มีการให้คำมั่นดังกล่าวจะขจัดความเสี่ยงที่บุคคลดังกล่าวจะถูกละเมิดสิทธิมนุษยชนอย่างร้ายแรงได้อย่างสมบูรณ์ การที่คำมั่นจะสมบูรณ์ตามกรณีนี้ได้ จะต้องมัลักษณะดังต่อไปนี้

- (1) เป็นวิธีการที่เหมาะสมที่จะขจัดภัยที่จะเกิดกับบุคคลที่ถูกส่งกลับ และ
- (2) รัฐผู้ได้รับคำร้องขอพิจารณาคำมั่นแล้วว่าน่าเชื่อถือตามหลักสุจริต⁴¹

³⁸ อ่านได้จาก UNHCR, Suresh Factum, เซิงอรรถ 15, ย่อหน้า 51

³⁹ อ่านได้จาก UNHCR, Suresh Factum, เซิงอรรถ 15, ย่อหน้า 52

⁴⁰ อ่านได้จากย่อหน้า 8-20 ในบันทึกฉบับนี้

⁴¹ เกณฑ์ที่กล่าวมานั้นได้ถูกพัฒนาในระบบกฎหมายระหว่างประเทศ ระดับภูมิภาค และศาลภายในประเทศในกรณีที่เกี่ยวข้องกับการส่งผู้ร้ายข้ามแดนเพื่อไปเจอความเสี่ยงต่อการถูกประหัตประหารชีวิตหรือการละเมิดการพิจารณาคดีด้วยความเป็นธรรมอย่างร้ายแรง รวมถึงการขับไล่หรือการส่งกลับไปเจอการทรมานและการปฏิบัติอื่น ๆ ที่ทารุณโหดร้าย ประเด็นนี้ได้ถูกกล่าวถึงโดยคณะกรรมการประจำสนธิสัญญาสิทธิมนุษยชนและผู้เชี่ยวชาญที่ได้รับอาณัติจากคณะมนตรีสิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติ สำหรับข้อมูลเพิ่มเติมโดยละเอียด สามารถอ่านได้ที่ UNHCR, Note on Diplomatic Assurances, เซิงอรรถ 26, ย่อหน้าที่ 20-26.

29. ในขณะที่การพิจารณาความเหมาะสมและความน่าเชื่อถือของคำมั่นทางการทูตในกรณีที่มีความเกี่ยวข้องโดยตรงกับโทษประหารชีวิตนั้นค่อนข้างดูได้ง่าย แต่ในกรณีที่คำมั่นนั้นเกี่ยวข้องกับความเสี่ยงต่อการทรมานหรือการปฏิบัติที่โหดร้ายด้วยวิธีอื่นๆ อาจไม่สามารถพิจารณาได้ง่ายดายนัก⁴² ในรายงานหนึ่งที่กล่าวถึงตัวอย่างการปฏิบัติของรัฐในกรณีที่เกี่ยวข้องกับคำมั่นทางการทูต อ้างอิงถึงผู้รายงานพิเศษแห่งสหประชาชาติว่าด้วยการทรมานและการปฏิบัติหรือการลงโทษอื่นๆ ที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรม หรือที่ย่ำยีศักดิ์ศรี ที่กล่าวถึงมุมมองว่า “คำมั่นโดยทั่วไปนั้นไม่น่าเชื่อถือ และไม่มีประสิทธิภาพในการคุ้มครองต่อต้านการทรมาน และการปฏิบัติที่โหดร้ายทารุณด้วยวิธีการอื่น ๆ เนื่องจากคำมั่นดังกล่าวมักมาจากรัฐที่มีการปฏิบัติการซ้อมทรมานอย่างเป็นระบบ หรือระบบในการตรวจสอบภายหลังจากส่งกลับนั้นไม่สามารถเป็นที่รับรองได้ว่าจะไม่มีการซ้อมทรมาน รวมทั้งคำมั่นเช่นว่าไม่มีพันธกรณีทางกฎหมาย จึงไม่มีผลผูกพันหรือทำให้เกิดความรับผิดชอบในกรณีที่มีการละเมิด นอกจากนี้บุคคลผู้ที่จะได้รับความคุ้มครองตามคำมั่นนี้อาจเรียกร้องได้หากคำมั่นดังกล่าวถูกละเมิด ผู้รายงานพิเศษฯ ให้ความเห็นว่า รัฐไม่สามารถใช้คำมั่นทางการทูตเพื่อเป็นหลักประกันว่าจะไม่มีการซ้อมทรมานและการปฏิบัติอย่างทารุณโหดร้าย หากมีเหตุควรเชื่อว่าบุคคลที่ถูกส่งกลับจะตกอยู่ในอันตรายจากการซ้อมทรมานหรือ การปฏิบัติอย่างทารุณโหดร้ายเมื่อเดินทางกลับไป”⁴³

30. ในมุมมองของสำนักงานข้าหลวงใหญ่ผู้ลี้ภัยแห่งสหประชาชาติ การให้คำมั่นทางการทูตซึ่งกระทำโดยประเทศอื่นๆ ที่นอกเหนือจากประเทศภูมิลาเนาของผู้ลี้ภัยภายใต้บริบทที่เกี่ยวกับการร้องขอการส่งผู้ร้ายข้ามแดนที่เป็นผู้ลี้ภัยนั้น ควรได้รับการพิจารณาในมาตรฐานเดียวกันกับคำมั่นที่ประเทศภูมิลาเนาของผู้ลี้ภัยเป็นผู้ให้ เพื่อให้มั่นใจได้ว่ารัฐจะทำตามพันธกรณีตามหลักการห้ามผลักดันกลับภายใต้กฎหมายผู้ลี้ภัย ระหว่างประเทศ รัฐผู้ได้รับคำร้องขอจำเป็นต้องพิจารณาคำมั่นว่าสามารถถือเป็นหลักประกันที่เหมาะสมและเชื่อถือได้หรือไม่ในการต่อต้านความเสี่ยงจากการประหารชีวิตในรัฐผู้ร้องขอ หรือจากภัยที่จะเกิดขึ้นหากมีการส่งตัวต่อไปยังประเทศภูมิลาเนาภายหลังหรือประเทศอื่นใดที่บุคคลนั้นจะโดนประหารชีวิต⁴⁴

2. ผู้ขอลี้ภัย

⁴² ประเด็นที่กล่าวมานั้น อาทิ ศาลสูงของประเทศแคนาดา คำตัดสินกรณี Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration), [2002] 1 S.C.R. 3, 2002, SCC 1, ที่ ย่อหน้า 124, จาก: <http://www.unhcr.org/cgi-bin/texis/vtx/refworld/rwmain?docid=3c42bdaf0>: “อาจมีประโยชน์ที่จะให้ความคิดเห็นเพิ่มเติมด้านคำมั่นซึ่งอาจมีความแตกต่างระหว่างคำมั่นที่ให้โดยรัฐว่าจะไม่ปรับใช้โทษประหารชีวิต (ผ่านทางกระบวนการตามกฎหมาย) และคำมั่นที่ให้โดยรัฐว่าจะไม่ใช้การทรมาน (ซึ่งเป็นกระบวนการที่ผิดกฎหมาย) ศาลจะให้สัตยาบันเกี่ยวกับความยุ่งยากที่จะเชื่อในคำมั่นที่ให้โดยรัฐมากเกินไปที่จะขัดขวางจากการทรมานในอนาคตเมื่อมีความเกี่ยวข้องกับการทรมานอย่างผิดกฎหมายหรือการอนุญาตให้ผู้อื่นกระทำในอาณาเขตของตนในอดีต ความยุ่งยากจะมีความรุนแรงมากขึ้นในกรณีที่การทรมานถูกกระทำไม่ใช่แค่จากการสมรู้ร่วมคิดแต่ผ่านทางความอ่อนแอของรัฐที่จะควบคุมพฤติกรรมของเจ้าหน้าที่รัฐของตน ดังนั้นความจำเป็นที่จะต้องแบ่งแยกระหว่างการให้คำมั่นเกี่ยวกับโทษประหารชีวิตและคำมั่นเกี่ยวกับการทรมาน อย่างไรก็ตามการเฝ้าสังเกตโทษประหารชีวิตจากระทำได้ง่ายกว่าและมีความเชื่อถือมากกว่าการเฝ้าสังเกตการทรมาน”

⁴³ อ่านได้จากผู้รายงานพิเศษแห่งสหประชาชาติว่าด้วยการต่อต้านการทรมาน และการกระทำอื่นๆ ที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรม หรือที่ย่ำยีศักดิ์ศรี, Interim Report to the General Assembly, U.N. Doc. A/60/316, 30 August 2005, ที่ย่อหน้า 51, เข้าถึงได้ที่: <http://www.unhcr.org/cgi-bin/texis/vtx/refworld/rwmain?docid=43f30fb40>

⁴⁴ สำหรับการอภิปรายอย่างละเอียด อ่านได้ที่ UNHCR, Note on Diplomatic Assurances, เจริญพร 26, ย่อหน้าที่ 20–26 และ 48–55 และสามารถอ่านได้ในย่อหน้าที่ 32 ในบันทึกฉบับนี้

คำร้องขอจากประเทศภูมิลำเนาของผู้ขอลี้ภัย

31. อาศัยอำนาจมาตรา 33(1) แห่งอนุสัญญา ค.ศ. 1951 และกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ ผู้ขอลี้ภัยจะได้รับการคุ้มครองจากการผลักดันกลับตลอดช่วงระยะเวลาในการดำเนินการขอลี้ภัยทั้งหมด รัฐผู้ได้รับคำร้องขอ ไม่อาจส่งตัวผู้ขอลี้ภัยกลับไปยังประเทศภูมิลำเนาของบุคคลนั้นในขณะที่สถานะผู้ลี้ภัยของบุคคลนั้นกำลังถูกพิจารณาอยู่ ซึ่งรวมถึงระหว่างชั้นอุทธรณ์ด้วย⁴⁵

32. กรณีนี้ยังปรับใช้หากรัฐผู้ร้องขอให้คำมั่นทางการทูตเกี่ยวกับการปฏิบัติต่อผู้ขอลี้ภัยหากบุคคลดังกล่าวเดินทางกลับเช่นกัน ในมุมมองของสำนักงานข้าหลวงใหญ่ผู้ลี้ภัยแห่งสหประชาชาติในกรณีดังกล่าวเห็นว่า เจ้าหน้าที่ผู้เกี่ยวข้องกับการลี้ภัยในรัฐผู้รับคำร้อง สามารถใช้คำมั่นทางการทูตใดๆ ที่มาจากรัฐผู้ร้องเป็นหนึ่งปัจจัยในการพิจารณาว่าบุคคลที่จะถูกส่งกลับนั้นมีความหวาดกลัวอันมีมูลว่าจะถูกประหารหรือไม่ได้ ในการประเมินความสำคัญของคำมั่นทางการทูตในกรณีเช่นว่า รัฐผู้รับคำร้องอาจต้องการพิจารณาอย่างถี่ถ้วนตามเกณฑ์ที่ระบุในย่อหน้าที่ 28 ข้างต้น ในการจะผ่านเกณฑ์ความเหมาะสม คำมั่นทางการทูตจะต้องแสดงประสิทธิภาพในการขจัดความเสี่ยงในการประหารหรือในทุกลักษณะที่เป็นไปได้ในกรณีของบุคคลนั้น การประเมินจำเป็นจะต้องพิจารณาข้อเท็จจริงถึงความเข้าใจของ “การประหารหรือประหาร” รวมไปถึงแต่ไม่จำกัดเพียงในบริบทของกฎหมายผู้ลี้ภัยระหว่างประเทศ การละเมิดสิทธิมนุษยชนร้ายแรง เช่น การทรมานหรือการปฏิบัติหรือลงโทษที่โหดร้าย ทารุณ หรือร้ายแรงที่สุดด้วย⁴⁶ เมื่อพิจารณาความน่าเชื่อถือของคำมั่นที่ให้ไว้ รัฐผู้ได้รับคำร้องจะต้องพิจารณาถึงพฤติการณ์ในประเทศนั้น ซึ่งรวมถึงประสบการณ์ที่ผ่านมาที่เกี่ยวข้องกับการปฏิบัติตามคำมั่นดังกล่าว รวมถึงการมีกลไกการตรวจสอบที่มีประสิทธิภาพหรือไม่ด้วย⁴⁷

33. หากผู้ขอลี้ภัยได้รับการพิจารณาว่าเข้าองค์ประกอบของผู้ลี้ภัย หลักการห้ามผลักดันกลับตามมาตรา 33(1) แห่งอนุสัญญา ค.ศ. 1951 จะบังคับกีดกันการส่งผู้ลี้ภัยข้ามแดน เว้นแต่กรณีที่บุคคลที่จะถูกส่งตัวเข้าชายฝั่งในข้อยกเว้น

⁴⁵ อ่านได้จากย่อหน้าที่ 11 และย่อหน้าที่ 61-68 ในบันทึกฉบับนี้ สำหรับการอภิปรายเกี่ยวกับความสัมพันธ์ที่เหมาะสมระหว่างการส่งผู้ร้ายข้ามแดนและกระบวนการขอลี้ภัย

⁴⁶ การประหารหรือประหารอาจแสดงออกในหลากหลายรูปแบบ รวมถึง อาทิ มาตรการการเลือกปฏิบัติในตัวของตัวเองหรือเมื่อสะสมกันแล้วก่อให้เกิดผลกระทบที่มีลักษณะที่ทำให้เกิดความเสียหาย ข้อจำกัดทางสิทธิทางสังคมและเศรษฐกิจอาจก่อให้เกิดการประหารหรือประหารถ้ามีผลที่จะก่อให้เกิดการพหุสิทธิที่จะหาเลี้ยงชีพเพื่อความเป็นอยู่ที่ดีจากผู้ที่ได้รับผลกระทบ ดูเพิ่มเติมที่ UNHCR, Handbook on Procedures and Criteria for Determining Refugee Status (“Handbook”), Geneva 1979, re-edited 1992, ย่อหน้าที่ 51-64, จาก: <http://www.unhcr.org/cgi-bin/texis/vtx/refworld/rwmain?docid=3ae6b3314>

⁴⁷ สำหรับการอภิปรายอย่างละเอียด อ่านได้ที่ UNHCR, Note on Diplomatic Assurances, เซิงอรธ 26, ย่อหน้าที่ 36 และ 44-55

ตามมาตรา 33(2) แห่งอนุสัญญาฯ ค.ศ. 1951⁴⁸ อย่างไรก็ตาม การกีดกันการส่งผู้ร้ายข้ามแดนตามกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศยังปรับใช้อย่างต่อเนื่องและอาจทำให้มีการกีดกันการส่งตัวบุคคลที่เป็นผู้ต้องการตัว⁴⁹

34. หากพบว่าผู้ขอลี้ภัยไม่เข้าองค์ประกอบของคำนิยามผู้ลี้ภัย หรือหากปรับใช้วรรคตัดออก บุคคลที่จะถูกส่งตัวกลับจะไม่ได้รับประโยชน์ในความคุ้มครองภายใต้กฎหมายผู้ลี้ภัย ระหว่างประเทศ อย่างไรก็ตามรัฐผู้รับคำร้องขออาจถูกกีดกันการส่งผู้ร้ายข้ามแดนตามพันธกรณีของหลักการห้ามผลักดันกลับตามกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ⁵⁰

คำร้องขอส่งผู้ร้ายข้ามแดนจากประเทศอื่น ๆ นอกเหนือจากประเทศภูมิลำเนาของผู้ลี้ภัย

35. ในกรณีที่ประเทศที่ขอส่งผู้ร้ายข้ามแดนมิใช่ประเทศภูมิลำเนาของผู้ลี้ภัย รัฐผู้ได้รับคำร้องขอจะต้องประเมินความเสี่ยงจากการส่งบุคคลนั้นไปยังประเทศดังกล่าว ตามกฎหมายผู้ลี้ภัยระหว่างประเทศและกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ รัฐผู้ได้รับคำร้องขอจำต้องพิจารณาความมั่นคงทางทศวรรษที่เกี่ยวกับปฏิบัติการปฏิบัติต่อผู้ลี้ภัยในการส่งตัวของบุคคลดังกล่าวอย่างถี่ถ้วน ซึ่งถือเป็นส่วนหนึ่งของกระบวนการพิจารณาว่าการส่งผู้ร้ายข้ามแดนของบุคคลนั้นจะนำไปสู่อันตรายต่อการประหัตประหาร ทรมาน หรือภัยที่ไม่อาจแก้ไขได้ หรือไม⁵¹

36. หากบุคคลที่เป็นผู้ต้องการตัวจะมีความเสี่ยงต่อการประหัตประหารตามเหตุแห่งอนุสัญญาฯ ค.ศ. 1951 ในรัฐผู้ร้องขอหรือในกรณีถูกส่งกลับไปยังประเทศภูมิลำเนา รัฐผู้ได้รับคำร้องขอจะมีพันธกรณีตามมาตรา 33(1) แห่งอนุสัญญาฯ ค.ศ. 1951 หรือกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ และจะถูกกีดกันจากการส่งผู้ลี้ภัยข้ามแดน⁵² รัฐผู้ได้รับคำร้องขอจำเป็นต้องทำให้แน่ใจว่าการส่งผู้ร้ายข้ามแดนไปยังรัฐผู้ร้องขอสอดคล้องกับพันธกรณีตามหลักการห้ามผลักดันกลับตามกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศด้วย⁵³

37. หากพิจารณาแล้วว่าการส่งตัวไปยังรัฐผู้ร้องขอไม่ถึงกับเป็นการละเมิดพันธกรณีของรัฐผู้ได้รับคำร้องขอตามหลักการห้ามผลักดันกลับตามกฎหมายระหว่างประเทศ ผู้ลี้ภัยอาจถูกส่งตัวข้ามแดนได้ อย่างไรก็ตาม รัฐที่เกี่ยวข้องจะต้องทำให้มั่นใจว่าบุคคลนั้นจะสามารถเข้าถึงกระบวนการขอลี้ภัยที่ชอบธรรมและมีประสิทธิภาพไม่ว่าจะในรัฐผู้ร้องขอหรือในรัฐผู้ได้รับคำร้องขอก็ตาม⁵⁴

⁴⁸ โปรดทราบว่าเกณฑ์ที่ระบุในมาตรา 33 (2) แห่งอนุสัญญาฯ ค.ศ. 1951 ไม่ได้เป็นส่วนหนึ่งของเกณฑ์คุณลักษณะแห่งการรับรองสถานะผู้ลี้ภัย และไม่ควรถูกนำมาพิจารณาเมื่อพิจารณาว่าผู้ลี้ภัยมีคุณสมบัติตรงตามสถานะผู้ลี้ภัยหรือไม่ แต่ว่าการใช้ข้อยกเว้นตามมาตรา 33(2) แห่งอนุสัญญาฯ ค.ศ. 1951 นั้นหมายถึงการที่บุคคลดังกล่าวได้สูญเสียความคุ้มครองที่จะถูกผลักดันกลับแม้ว่าจะได้รับสถานะผู้ลี้ภัย

⁴⁹ อ่านได้จากย่อหน้าที่ 16-20 และ 24 ในบันทึกฉบับนี้

⁵⁰ อ่านได้จากย่อหน้าที่ 17-20 ในบันทึกฉบับนี้

⁵¹ การประเมินนี้มีความจำเป็นที่จะต้องพิจารณาความเหมาะสมและความน่าเชื่อถือของคำมั่นที่ได้มอบให้ อ่านได้จากย่อหน้าที่ 28 และ 32 ในบันทึกฉบับนี้ สำหรับการอภิปรายอย่างละเอียด อ่านได้ที่ UNHCR, Note on Diplomatic Assurances, เซิงจอร์จ 26, ย่อหน้าที่ 37

⁵² อ่านได้จากย่อหน้าที่ 11, 31 และ 33 ในบันทึกฉบับนี้

⁵³ อ่านได้จากย่อหน้าที่ 17-20 ในบันทึกฉบับนี้

⁵⁴ อ่านได้จากย่อหน้าที่ 67-68 และ 88-89 ในบันทึกฉบับนี้

ค. ผลกระทบจากพันธกรณีการห้ามผลักดันกลับในกรณีการส่งผู้ร้ายข้ามแดนที่เป็นผู้ลี้ภัยและผู้ขอลี้ภัย

1. บทบัญญัติการห้ามผลักดันกลับในบริบทของการส่งผู้ร้ายข้ามแดน

38. ในหลายรัฐตัวบทกฎหมายภายในประเทศได้บัญญัติไว้ถึงการปฏิเสธการส่งผู้ร้ายข้ามแดนหากบุคคลที่เป็นผู้ต้องการตัวเป็นผู้ลี้ภัย⁵⁵ และ/หรือมีความเสี่ยงต่อการถูกทรมาน หรือการละเมิดสิทธิมนุษยชนอย่างร้ายแรงจากการส่งตัว⁵⁶ การส่งผู้ร้ายข้ามแดนซึ่งเป็นผู้ขอลี้ภัยได้ถูกห้ามไว้อย่างชัดเจนในบางประเทศ⁵⁷ ส่วนในประเทศอื่นๆ การปรับใช้บทบัญญัติการห้ามผลักดันกลับแก่ผู้ที่ถูกรับรองว่าเป็นผู้ลี้ภัยก็รวมไปถึงผู้ขอลี้ภัยด้วย ข้อกำหนดการห้ามผลักดันกลับในตัวบทกฎหมายที่เกี่ยวกับการส่งผู้ร้ายข้ามแดนหรือกฎหมายเกี่ยวกับคนต่างด้าวได้กำหนดไว้ว่า การกีดกันการเคลื่อนย้ายบุคคลรวมถึงในการส่งผู้ร้ายข้ามแดนของบุคคลใดๆที่มีความเสี่ยงต่อชีวิตหรือเสรีภาพในรัฐผู้ร้องขอ นั้นสามารถปรับใช้รวมถึงผู้ลี้ภัยและผู้ขอลี้ภัยด้วย

39. สำนักงานข้าหลวงใหญ่ผู้ลี้ภัยแห่งสหประชาชาติมองว่า ควรมีบทบัญญัติที่ชัดเจนในตัวบทกฎหมายภายในประเทศเพื่อผูกมัดให้เจ้าหน้าที่ที่เกี่ยวข้องปฏิเสธที่จะส่งผู้ลี้ภัยหรือผู้ขอลี้ภัยหากเป็นการย้อนแย้งกับพันธกรณีของรัฐในการห้ามผลักดันกลับภายใต้กฎหมายผู้ลี้ภัยระหว่างประเทศและกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ บทบัญญัติดังกล่าวเป็นหลักประกันสำคัญอย่างยิ่งในการแสดงเจตนาตามเกณฑ์ของกฎหมายระหว่างประเทศ ซึ่งจำเป็นต้องพิจารณาในบริบทของการดำเนินการส่งผู้ร้ายข้ามแดนที่เป็นผู้ลี้ภัยหรือผู้ขอลี้ภัย อย่างไรก็ตาม ในด้านพันธกรณีการห้ามส่งตัวบุคคลที่เป็นผู้ต้องการตัวเนื่องจากการส่งตัวจะก่อให้เกิดการละเมิดหลักการว่าด้วยการห้ามผลักดันกลับภายใต้กฎหมายผู้ลี้ภัยระหว่างประเทศและ/หรือกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศนั้น จะผูกพันกับรัฐผู้ได้รับคำร้องขอแม้ว่าตัวบทกฎหมายภายในประเทศจะไม่ได้ระบุชัดเจนเกี่ยวกับการห้ามไม่ให้ส่งผู้ร้ายข้ามแดนตามเหตุที่ระบุก็ตาม⁵⁸

⁵⁵ บทบัญญัติดังกล่าวอาจจะระบุไว้ในกฎหมายภายในว่าด้วยการส่งผู้ร้ายข้ามแดน กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา และ/หรือกฎหมายรัฐธรรมนูญ ตัวบทกฎหมายว่าด้วยการลี้ภัยอาจจะระบุบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับคำร้องส่งผู้ร้ายข้ามแดนเกี่ยวกับผู้ลี้ภัยและ/หรือผู้ขอลี้ภัย สามารถดูเพิ่มเติมได้ที่ S. Kapferer, Extradition and Asylum, เชงอรรถ 2, เชงอรรถ 401

⁵⁶ ตัวอย่างบทบัญญัติกีดกันการส่งผู้ร้ายข้ามแดนในกรณีที่มีความเสี่ยงต่อการทรมาน สามารถดูเพิ่มเติมที่ S. Kapferer, Extradition and Asylum, เชงอรรถ 1, ย่อหน้าที่ 132-133

⁵⁷ สามารถอ่านได้จากตัวอย่าง อาทิ s. 415(1)(b) แห่งประมวลกฎหมายพิจารณาความอาญาของบอสเนียและเฮอร์เซโกวีนา; s. 501 (b) แห่งประมวลกฎหมายพิจารณาความอาญาของสาธารณรัฐสโลวัก

⁵⁸ หลักการที่ว่ารัฐมีความรับผิดชอบต่อการกระทำใดๆที่ละเมิดพันธกรณีภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศและรวมถึงการปรับใช้กับการกระทำหรือการละเลยที่จะกระทำในทุภาคส่วน รวมถึงหน่วยงานย่อยๆ และบุคคลที่มีหน้าที่ปฏิบัติตามอำนาจนิติบัญญัติ ตุลาการ และบริหาร รวมถึงการกระทำอื่นๆที่มีศักยภาพคล้ายคลึงกันตามที่ระบุไว้ในกฎหมายระหว่างประเทศ การปรับใช้ดังกล่าวใช้ได้กับหลักการที่ว่ารัฐอาจไม่จำเป็นต้องทำตามบทบัญญัติที่ระบุในกฎหมายภายในเมื่อไม่สามารถที่จะปฏิบัติตามพันธกรณีภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ สามารถอ่านได้จากตัวอย่าง อาทิ มาตรา 4 และมาตรา 32, Articles on State Responsibility, annexed to General Assembly annexed the Articles on State Responsibility to its resolution 56/83 วันที่ 12 ธันวาคม ค.ศ. 2001 on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts; และ the commentary to these Articles in International Law Commission, Annual Report 2001, Chapter IV, จาก:

<http://untreaty.un.org/ilc/reports/2001/2001report.htm>

2. บทบัญญัติอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้อง และหลักการเกี่ยวกับกฎหมายส่งผู้ร้ายข้ามแดนและความสัมพันธ์กับหลักการห้ามผลักดันกลับ

ข้อกำหนดในการเลือกปฏิบัติ (Discrimination clauses)

40. หลายสนธิสัญญาที่เกี่ยวข้องกับการส่งผู้ร้ายข้ามแดนและกฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยการปราบปราม ป้องกัน และลงโทษการก่อการร้ายและอาชญากรรมข้ามชาติในรูปแบบต่างๆ รวมถึงกฎหมายในประเทศที่เกี่ยวข้องกับการส่งผู้ร้ายข้ามแดนภายใน มีบทบัญญัติว่ารัฐผู้ได้รับคำร้องขออาจจะหรือควรที่จะปฏิเสธที่จะส่งผู้ร้ายข้ามแดนหากพิจารณาแล้วว่าคำร้องขอให้ส่งผู้ร้ายข้ามแดนสำหรับการกระทำผิดทางอาญาโดยทั่วไปนั้นมีเจตนาที่จะประหารชีวิตหรือเลือกปฏิบัติเหตุในการปฏิเสธที่จะส่งผู้ร้ายข้ามแดนในกรณีนี้มักเรียกว่าข้อกำหนดในการเลือกปฏิบัติ และมีความเกี่ยวข้องอย่างใกล้ชิดกับบทบัญญัติการห้ามผลักดันกลับตามมาตรา 33(1) แห่งอนุสัญญาฯ ค.ศ. 1951⁵⁹

41. เพื่อให้แน่ใจว่ารัฐที่ได้รับคำร้องขอจะปฏิบัติตามพันธกรณีว่าด้วยการห้ามผลักดันกลับตามกฎหมายผู้ลี้ภัยระหว่างประเทศ สำนักงานข้าหลวงใหญ่ผู้ลี้ภัยแห่งสหประชาชาติเห็นว่าเป็นการสมควรที่จะระบุหลักประกันดังกล่าวเป็นมาตรการบังคับในกฎหมายส่งผู้ร้ายข้ามแดน มากกว่าอนุญาตให้รัฐผู้ได้รับคำร้องขอสามารถใช้ดุลพินิจได้⁶⁰ โปรดทราบว่าไม่ว่าอย่างไรก็ตาม ขอบเขตของข้อกำหนดในการเลือกปฏิบัติ ในกฎหมายส่งผู้ร้ายข้ามแดนมีขีดจำกัดมากกว่าและแตกต่างจากหลักการว่าด้วยการห้ามผลักดันกลับตามกฎหมายผู้ลี้ภัย ระหว่างประเทศ ดังนั้นข้อกำหนดในการเลือกปฏิบัติไม่ควรจะเป็นข้อกำหนดเดียวที่ถูกนำมาใช้เพื่อให้แน่ใจว่าจะไม่มีการผลักดันผู้ลี้ภัยหรือผู้ขอลี้ภัยกลับผ่านช่องทางของการส่งผู้ร้ายข้ามแดน⁶¹ รัฐที่ได้รับคำร้องขอให้ส่งตัวผู้ลี้ภัยและผู้ขอลี้ภัยยังคงถูกผูกพันตามพันธกรณีตามหลักการห้ามผลักดันกลับภายใต้กฎหมายผู้ลี้ภัยระหว่างประเทศและกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ

⁵⁹ สามารถอ่านได้จากตัวอย่าง อาทิ มาตรา 3(2) แห่ง อนุสัญญายุโรปว่าด้วยการส่งผู้ร้ายข้ามแดน ค.ศ. 1957, จาก:

<http://www.unhcr.org/cgi-bin/texis/vtx/refworld/rwmain?docid=3ae6b36b0>, ที่ระบุไว้ว่าการส่งผู้ร้ายข้ามแดนไม่ควรได้รับการอนุญาต

“หากฝ่ายที่ถูกร้องขอมีเหตุที่เป็นอันควรที่จะเป็นอันเชื่อว่าคำร้องขอส่งผู้ร้ายข้ามแดนสำหรับการกระทำผิดทางอาญาโดยทั่วไปมีจุดประสงค์เพื่อดำเนินคดีหรือพิพากษาลงโทษบุคคลอื่นเนื่องมาจาก เชื้อชาติ ศาสนา สัญชาติ หรือความคิดเห็นทางการเมือง ซึ่งอาจมีผลกระทบต่อตำแหน่งของบุคคลนั้นอันเนื่องมาจากเหตุผลใดๆก็ตามที่ได้กล่าวไปข้างต้น” ศาลแห่งสมัชชาพันธมิตรรัฐสวิส อ้างอิงถึงบทบัญญัตินี้เพื่อเป็นการแสดงถึงหลักการห้ามผลักดันกลับที่ระบุไว้ในกฎหมายว่าด้วยผู้ลี้ภัยในบริบทของกฎหมายว่าด้วยการส่งผู้ร้ายข้ามแดน (สามารถดูคำตัดสินวันที่ 18 ธันวาคม ค.ศ. 1990, 1.A127/1990/tg, หมายเลขคดี IJRL/0152, 5:2 International Journal of Refugee Law (1993), หน้า 271–273; 11 กันยายน ค.ศ. 1996, BGE 122 II 373, หน้า 380–382; และ 14 ธันวาคม ค.ศ. 2005, 1A.267/2005/gji, ที่ 3.1). สำหรับข้อมูลเพิ่มเติมเกี่ยวกับเนื้อหาและขอบเขตเกี่ยวกับ discrimination clauses ในกฎหมายการส่งผู้ร้ายข้ามแดน อ่านได้ที่ S. Kapferer, Extradition and Asylum, *เชิงอรรถ 2*, ย่อหน้าที่ 88–104 และ 249–252

⁶⁰ สามารถอ่านได้จาก มาตรา 3(b) แห่ง Model Treaty on Extradition adopted by the General Assembly ปี 1990 (A/RES/45/116 วันที่ 14 ธันวาคม ค.ศ. 1990, Annex), จาก: <http://www.unhcr.org/cgi-bin/texis/vtx/refworld/rwmain?docid=3b00f18618>, และมาตรา 5 แห่ง Model Law on Extradition (2004) ที่ถูกพัฒนาโดยสำนักงานว่าด้วยยาเสพติดและอาชญากรรมแห่งสหประชาชาติ (UNODC) ที่แนะนำให้ปรับใช้ “ข้อกำหนดในการเลือกปฏิบัติ” อันเป็นเหตุผลที่บังคับใช้ในการปฏิเสธการส่งผู้ร้ายข้ามแดน

⁶¹ ส่วนใหญ่สนธิสัญญาส่งผู้ร้ายข้ามแดนและกฎหมายภายในจะไม่กล่าวถึงสมาชิกภาพในกลุ่มใดกลุ่มหนึ่งที่บุคคลนั้นๆ อาจอ้างเป็นเหตุที่ทำให้ถูกส่งตัว ดังนั้นถ้าบุคคลนั้นเข้าชายเหตุที่การส่งผู้ร้ายข้ามแดนถูกปฏิเสธ แม้ว่า ข้อกำหนดในการเลือกปฏิบัติที่ระบุในกฎหมายว่าด้วยการส่งผู้ร้ายข้ามแดนไม่นานมานี้จะประกอบด้วยองค์ประกอบบางอย่างที่ครอบคลุมถึงสมาชิกภาพในกลุ่มใดกลุ่มหนึ่ง นอกจากนี้ ข้อกำหนดในการเลือกปฏิบัติพูดถึงความกังวลเป็นอย่างยิ่งถึงความเสี่ยงต่อการประหารชีวิตประหารรวมถึงผลกระทบต่างๆ ในบริบทของการดำเนินคดีอาญาหรือ

เหตุอื่น ๆ ในการปฏิเสธการส่งผู้ร้ายข้ามแดนในกฎหมายส่งผู้ร้ายข้ามแดน

42. เหตุอื่น ๆ ที่จะปฏิเสธการส่งผู้ร้ายข้ามแดนในกฎหมายส่งผู้ร้ายข้ามแดนสามารถปรับใช้ได้กับผู้ลี้ภัย หรือผู้ขอลี้ภัยเช่นกัน รัฐที่ได้รับคำร้องขออาจปฏิเสธการส่งผู้ร้ายข้ามแดนถ้าพิจารณาแล้วว่าการกระทำผิดนั้นมีลักษณะทางการเมือง (การละเว้นสำหรับความผิดทางการเมือง)⁶² ตั้งแต่ช่วงทศวรรษที่ 70 (ค.ศ.)ขอบเขตของเหตุที่จะปฏิเสธการส่งผู้ร้ายข้ามแดนนั้นลดลงอย่างมาก เนื่องจากจำนวนอาชญากรรมที่ถูกกำหนดว่าไม่ใช่การเมืองมีเพิ่มมากขึ้นตามวัตถุประสงค์ให้ส่งผู้ร้ายข้ามแดนในสนธิสัญญาส่งผู้ร้ายข้ามแดนและกฎหมายระหว่างประเทศต่างๆ รวมถึงอนุสัญญาและพิธีสารว่าด้วยการก่อการร้าย แม้กระทั่งการปรับใช้บทบัญญัติเข้ากับตัวบทกฎหมายภายในประเทศ การละเว้นสำหรับความผิดทางการเมืองอาจยังมีความเกี่ยวข้องกับกรณีของผู้ลี้ภัยหรือผู้ขอลี้ภัยก็เป็นได้⁶³

43. ตามความคิดพื้นฐานเกี่ยวกับความยุติธรรมและความเป็นธรรมของรัฐผู้ได้รับคำร้องขอ⁶⁴หรือเหตุผลทางด้านมนุษยธรรม⁶⁵ การส่งผู้ร้ายข้ามแดนอาจถูกปฏิเสธได้หากบุคคลนั้นมีความเสี่ยงต่อโทษประหารชีวิตในรัฐผู้ร้องขอ⁶⁶ ทั้งนี้ขึ้นอยู่กับพฤติการณ์ ในกรณีที่เกี่ยวข้องกับโทษประหารชีวิตนั้นการส่งผู้ร้ายข้ามแดนอาจกระทำได้แม้มีหลักการที่ขัดกันข้างต้นหากรัฐผู้ร้องขอได้ให้คำมั่นที่น่าเชื่อถือว่าโทษประหารชีวิตจะไม่ถูกนำมาใช้หรือกำหนดใช้กับบุคคลที่เป็นผู้ต้องการตัว

การลงโทษผู้หลบหนีหลังจากถูกมอบตัว และในบางกรณียังได้ระบุไว้อย่างชัดเจนถึงอันตรายของ "การไต่สวน" อย่างไม่เป็นธรรม อย่างไรก็ตามข้อกำหนดในการเลือกปฏิบัติไม่สามารถปรับใช้ได้เมื่อบุคคลดังกล่าวอาจมีความเสี่ยงต่อการประหารชีวิตในรูปแบบอื่น ๆ สำหรับกรณีผู้ลี้ภัยและผู้ขอลี้ภัยนั้น หลักการไม่ผลักดันกลับอาจให้การคุ้มครองที่กว้างขวางกว่าเนื่องจากการปรับใช้กับการปฏิบัติใดๆก็ตามที่ก่อให้เกิดการประหารชีวิตถ้ามีความสัมพันธ์กับเชื้อชาติ ศาสนา สัญชาติ สมาชิกภาพในกลุ่มใดกลุ่มหนึ่ง หรือความคิดเห็นทางการเมือง ในอีกมุมหนึ่งขอบเขตของข้อกำหนดในการเลือกปฏิบัติ ไม่ได้ถูกจำกัดไว้ปรับใช้แค่กับผู้ลี้ภัยหรือผู้ขอลี้ภัย ในกรณีที่มีความเสี่ยงต่อการประหารชีวิตโดยมีแรงจูงใจมาจากการเมืองหรือมีผลกระทบที่เกี่ยวข้องต่างๆ เหตุที่จะปฏิเสธการส่งผู้ร้ายข้ามแดนภายใต้กฎหมายว่าด้วยการส่งผู้ร้ายข้ามแดนจะปรับใช้ได้แม้ว่าบุคคลดังกล่าวจะถูกคัดออกจากความคุ้มครองด้วยผู้ลี้ภัยภายใต้อนุสัญญา ค.ศ. 1951 สามารถอ่านได้จาก S. Kapferer, *Extradition and Asylum*, เจริญรอด 2, ย่อหน้าที่ 249-252

⁶² เริ่มจากกลางศตวรรษที่ 19 เป็นต้นมา ข้อตกลงในการส่งผู้ร้ายข้ามแดนและตัวบทกฎหมายภายในประเทศได้ปรับใช้แนวคิดที่ว่า การส่งผู้ร้ายข้ามแดนนั้นควรถูกปฏิเสธถ้ารัฐที่ถูกร้องขอพิจารณาแล้วว่าการกระทำผิดนั้นมีลักษณะทางการเมือง

⁶³ ตัวอย่าง อาทิ ในกรณีที่เกี่ยวกับการกระทำ เช่น การกบฏ การก่อความไม่สงบ การหมิ่นพระบรมเดชานุภาพ จารกรรม การโฆษณาชวนเชื่อให้เกิดการบ่อนทำลาย การก่อตั้งหรือเป็นสมาชิกพรรคการเมืองที่ถูกต้องห้าม หรือการโง่งมเลือกตั้ง ที่ถูกมองว่าเป็นการกระทำความผิดทางการเมือง ที่ก่อให้เกิดการปฏิเสธการส่งผู้ร้ายข้ามแดน สำหรับการอภิปรายอย่างละเอียดเกี่ยวกับเหตุที่จะปฏิเสธการส่งผู้ร้ายข้ามแดนในกฎหมายส่งผู้ร้ายข้ามแดน อ่านได้ที่ S. Kapferer, *Extradition and Asylum*, เจริญรอด 2, ย่อหน้าที่ 72-85 และ 244-248 และอ่านเพิ่มเติมได้ที่ย่อหน้าที่ 81 ในฉบับที่ฉบับนี้

⁶⁴ รัฐจำนวนมากขึ้นเรื่อย ๆ ผู้ถูกฟ้องต้องปฏิเสธที่จะส่งตัวเพื่อไปเจอความเสี่ยงต่อโทษประหารชีวิต อันเนื่องมาจากพันธกรณีภายใต้กฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ และ/หรือบทบัญญัติตามกฎหมายภายใน (กฎหมายรัฐธรรมนูญ) อ่านเพิ่มเติมได้ที่ S. Kapferer, *Extradition and Asylum*, เจริญรอด 2, ย่อหน้าที่ 109 และ 143-147.

⁶⁵ สามารถปรับใช้ในกรณี อาทิ เมื่อการดำเนินคดีของคนที่ถูกต้องการตัวจะละเมิดหลักการ *ne bis in idem* (อีกชื่อหนึ่งคือ "double jeopardy"); ในกรณีที่เกี่ยวข้องกับการพิจารณาคดีลับหลังจำเลยหรือโดยศาลพิเศษที่เป็นการละเมิดสิทธิการพิจารณาคดีด้วยความเป็นธรรม อ่านเพิ่มเติมได้ที่ S. Kapferer, *Extradition and Asylum*, เจริญรอด 2, ย่อหน้าที่ 107-108 และ 253

⁶⁶ ตัวอย่างเช่น อายุที่สูงขึ้น หรือการเจ็บป่วย ของบุคคลที่เป็นผู้ต้องการตัว อ่านเพิ่มเติมได้ที่ S. Kapferer, *Extradition and Asylum*, เจริญรอด 2, ย่อหน้าที่ 112 และ 253

คำมั่นดังกล่าวยังปรับใช้ได้ ในกรณีที่มีความกังวลเกี่ยวกับการพิจารณาคดีที่เป็นธรรม อย่างไรก็ตาม คำมั่นดังกล่าวไม่สามารถนำมาละเว้นพันธกรณีของรัฐที่ได้รับคำร้องขอว่าด้วยการห้ามผลักดันกลับผู้ลี้ภัยหรือผู้ขอลี้ภัยไปเจอความเสี่ยงที่จะถูกประหัตประหาร ทรมาน หรือความเสียหายที่มีอาจแก้ไขให้กลับคืนสู่สภาพเดิมได้ ตามที่ระบุไว้ในกฎหมายผู้ลี้ภัยระหว่างประเทศและกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ⁶⁷

หลักเกณฑ์อื่นๆ ที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายส่งผู้ร้ายข้ามแดน

44. หลักเกณฑ์อื่นๆ ที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายส่งผู้ร้ายข้ามแดน อาจนำมาใช้ได้กับผู้ลี้ภัยภายใต้สนธิสัญญาส่งผู้ร้ายข้ามแดนที่เกี่ยวข้องและ/หรือตัวบทกฎหมาย

- ตามหลักเกณฑ์ว่าด้วยการพิจารณาความผิดเฉพาะเรื่อง รัฐผู้ร้องขออาจไม่ดำเนินคดีผู้ที่ถูกส่งตัวเป็นผู้ร้ายข้ามแดนในการกระทำความผิดนอกเหนือจากที่ระบุว่า การส่งผู้ร้ายข้ามแดนนั้นอนุญาตให้ทำได้เว้นแต่รัฐผู้ได้รับคำร้องขอได้ให้การยินยอม
- กฎหมายส่งผู้ร้ายข้ามแดนอาจกำหนดให้ต้องมีการยินยอมของรัฐที่ได้รับคำร้องขอ เป็นเงื่อนไขเบื้องต้นในกรณีที่มีการส่งตัวบุคคลที่เป็นผู้ต้องการตัวอีกครั้งจากรัฐผู้ร้องขอไปยังประเทศที่สามในการกระทำความผิดซึ่งเกิดขึ้นก่อนการส่งผู้ร้ายข้ามแดนจากประเทศผู้ได้รับคำร้องขอ
- นอกจากนี้ กฎหมายส่งผู้ร้ายข้ามแดนได้เปิดทางให้รัฐผู้ได้รับคำร้องขออนุญาตให้มีการส่งผู้ร้ายข้ามแดนโดยมีเงื่อนไขว่าบุคคลที่เป็นผู้ต้องการตัวจะถูกส่งตัวกลับไปภายหลังจากการพิจารณาคดีเพื่อรับโทษ

45. หลักเกณฑ์อันเป็นธรรมเนียมปฏิบัติของกฎหมายการส่งผู้ร้ายข้ามแดนนั้นมีผลเป็นหลักประกันทางกฎหมายแก่บุคคลที่เป็นผู้ต้องการตัว อย่างไรก็ตาม เนื่องจากข้อจำกัดและขอบเขตที่ระบุไว้อย่างชัดเจน หลักเกณฑ์นี้ไม่ได้ให้ความคุ้มครองอย่างเพียงพอในบริบทของผู้ลี้ภัยและผู้ขอลี้ภัยต่อต้านการเดินทางกลับไปเจอความเสี่ยงต่อการถูกประหัตประหาร ทรมาน หรือความเสียหายที่มีอาจแก้ไขได้ รัฐผู้ได้รับคำร้องขอผูกพันที่จะทำให้แน่ใจว่าการที่จะส่งตัวบุคคลที่เป็นผู้ต้องการตัวนั้นสอดคล้องกับพันธกรณีของหลักการว่าด้วยการห้ามผลักดันกลับภายใต้กฎหมายผู้ลี้ภัยระหว่างประเทศและกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ นอกจากนี้ ทั้งตามหลักเกณฑ์ว่าด้วยการพิจารณาความผิดเฉพาะเรื่อง และความรับผิดชอบของรัฐผู้ร้องขอเกี่ยวกับการส่งผู้ร้ายข้ามแดนหรือการเดินทางกลับหลังจากการพิจารณาคดีอาญา ไม่สามารถนำมาอ้างเป็นเหตุผลได้ในการส่งผู้ลี้ภัยหรือผู้ขอลี้ภัยข้ามแดนไปยังประเทศภูมิลำเนาหรือประเทศใดก็ตามที่บุคคลที่เป็นผู้ต้องการตัวมีความเสี่ยงต่อการประหัตประหาร⁶⁸ ในกรณีที่การส่งตัวผู้ลี้ภัยมีพฤติการณ์อันจำต้อง

⁶⁷ อ่านได้จากย่อหน้าที่ 17-20 ในบันทึกฉบับนี้

⁶⁸ ศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี (German Federal Constitutional Court) ได้กล่าวว่าการให้คำมั่นโดยการที่รัฐผู้ร้องขอว่า หลักเกณฑ์ว่าด้วยการพิจารณาความผิดเฉพาะเรื่อง จะได้รับการเคารพ อาจเป็นการรับประกันที่เพียงพอต่อการต่อต้านการประหัตประหารทางการเมืองโดยเฉพาะประเทศที่มีการเคารพประชาธิปไตยและหลักแห่งกฎหมายแต่ไม่ได้รับประกันตามกฎหมายโดยทั่วไป (1 BvR 1457/81, 4 May 1982) ศาลแห่งสมาพันธรัฐสวิส (Swiss Federal Court) ได้กล่าวว่า หลักเกณฑ์ว่าด้วยการพิจารณาความผิดเฉพาะเรื่อง และหลักสุจริตไม่เพียงพอที่จะคุ้มครองบุคคลดังกล่าวจากการประหัตประหาร และความพิเศษที่ว่ามันไม่สามารถมองว่าจะก่อให้เกิดการทดแทนที่จะให้ความ

ปรับใช้ข้อยกเว้นตามมาตรา 33(2) ตามอนุสัญญา ค.ศ. 1951 บทบัญญัติว่าด้วยหลักเกณฑ์การห้ามผลักดันกลับตามที่ระบุในกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศยังสามารถนำมาบังคับใช้เพื่อที่จะกีดกันการส่งผู้ร้ายข้ามแดนได้อยู่ หากรัฐผู้ร้องขอมิใช่ประเทศภูมิลำเนาของผู้ลี้ภัยหรือผู้ขอลี้ภัย รัฐผู้ได้รับคำร้องขอจำเป็นต้องพิจารณาว่าการส่งมอบบุคคลที่เป็นผู้ต้องการตัว จะทำให้เกิดความเสี่ยงต่อการถูกประหัตประหาร ทรมาน หรือความเสียหายที่มีอาจแก้ไขได้ หรือไม่⁶⁹

บทที่สาม กระบวนการส่งผู้ร้ายข้ามแดนและความคุ้มครองผู้ลี้ภัยระหว่างประเทศ

ก. การพิจารณาทั่วไป

46. ตามธรรมเนียมแล้วการส่งผู้ร้ายข้ามแดนได้ถูกมองว่าเป็นประเด็นระหว่างรัฐ และบุคคลที่เป็นผู้ต้องการตัวสามารถคัดค้านการส่งมอบตัวไปยังรัฐผู้ร้องขอเฉพาะในกรณีที่มีการละเมิดการปรับใช้ข้อตกลงระหว่างรัฐ พัฒนาการของกฎหมายผู้ลี้ภัยระหว่างประเทศและกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศได้เปลี่ยนจุดยืนของบุคคลที่อยู่ในกระบวนการส่งผู้ร้ายข้ามแดน โดยการพิจารณาคำร้องขอส่งผู้ร้ายข้ามแดนของรัฐผู้ได้รับคำร้องขอมีผลสำคัญอย่างยิ่งต่อสถานการณ์ของบุคคลที่ต้องการตัว ทั้งนี้ เนื่องจากผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นกับบุคคลดังกล่าว จึงควรมีหลักประกันกระบวนการเพื่อให้แน่ใจว่าพฤติการณ์ของบุคคลที่เป็นผู้ต้องการตัว และความเสี่ยงต่างๆ ที่อาจเกิดขึ้นจากการส่งตัวไปยังประเทศผู้ร้องขอถูกพิจารณาให้เป็นส่วนหนึ่งของกระบวนการส่งผู้ร้ายข้ามแดน การนี้มีความสำคัญสูงสุดในกรณีที่เกี่ยวกับผู้ลี้ภัยหรือผู้ขอลี้ภัยซึ่งการส่งผู้ร้ายข้ามแดนนั้นอาจหมายถึงการกลับไปถูกการประหัตประหาร

47. เกณฑ์สำหรับรัฐที่ได้รับคำร้องขอในการปรับใช้หลักประกันที่เพียงพอและมีประสิทธิภาพเพื่อต่อต้านการละเมิดสิทธิขั้นพื้นฐานของบุคคลดังกล่าวในกระบวนการส่งผู้ร้ายข้ามแดน เป็นที่เห็นได้มากขึ้นในตบทกฎหมายภายในประเทศเกี่ยวกับการส่งผู้ร้ายข้ามแดน อย่างไรก็ตาม สิทธิในเชิงกระบวนการของบุคคลที่เป็นผู้ต้องการตัวนั้นต่างกันตามแต่ละประเทศ⁷⁰

48. สนธิสัญญาเกี่ยวกับการส่งผู้ร้ายข้ามแดนโดยปกติแล้วจะไม่บัญญัติถึงกระบวนการในการพิจารณาคำร้องในการส่งผู้ร้ายข้ามแดน ตามกฎโดยทั่วไป ตบทกฎหมายภายในรัฐของรัฐผู้ได้รับคำร้องขอจะกำหนดกระบวนการ รวมถึงเจ้าหน้าที่ที่มีความรับผิดชอบในการพิจารณาว่าคำร้องในการส่งผู้ร้ายข้ามแดนนั้นตรงตามข้อกำหนดอันเป็นทางการและตรงตามสารบัญญัติที่บังคับใช้ และ/หรือการอนุญาต หรือการปฏิเสธการส่งผู้ร้ายข้ามแดนหรือไม่ กระบวนการที่ได้จัดตั้งขึ้นในกฎหมายภายในประเทศนั้นมีความแตกต่างกันออกไป ขึ้นอยู่กับระบบของกฎหมายในแต่ละประเทศ อย่างไรก็ตามรัฐหลายๆรัฐมีกระบวนการส่งผู้ร้ายข้ามแดนที่มีความเกี่ยวพันกันหลายระดับและมีเจ้าหน้าที่หลายหน่วยที่เกี่ยวข้อง อาทิ

คุ้มครองโดยการไม่ส่งผู้ร้ายข้ามแดน(1A.127/1990/tg, 18 December 1991, case abstract No. IRJL/0152, 5:2 International Journal of Refugee Law (1993), at pp. 271–273). ดูคำตัดสินเพิ่มเติมได้ที่ French Conseil d'Etat: CE, 10 April 1991, Kilic, ที่ตัดสินเกี่ยวกับการส่งผู้ร้ายข้ามแดนของผู้ที่ได้รับการรับรองสถานะผู้ลี้ภัยไปยังประเทศยุโรปอื่นๆ การส่งผู้ร้ายข้ามแดนดังกล่าวนี้ได้รับการอนุญาตให้ทำได้ภายใต้เงื่อนไขที่ว่าบุคคลนั้นจะไม่ถูกส่งตัวไปยังประเทศภูมิลำเนา ตามหลักการทั่วไปของกฎหมายการส่งผู้ร้ายข้ามแดน ได้เพิ่มเติมที่ S. Kapferer, Extradition and Asylum, เชิงอรรถ 2, ย่อหน้าที่ 65–68 และ 122

⁶⁹ อ่านได้จากย่อหน้าที่ 26 ในบันทึกฉบับนี้

⁷⁰ อ่านได้จาก S. Kapferer, Extradition and Asylum, เชิงอรรถ 2, ย่อหน้าที่ 170-175

- ก. ขั้นตอนที่ฝ่ายปกครองขั้นต้น (Initial administrative phase) ประกอบด้วยการพิจารณาเกณฑ์เฉพาะทาง⁷¹ และบางครั้งอาจรวมถึงการประเมินเบื้องต้นว่าคำร้องนั้นมีโอกาสที่จะได้รับการอนุญาตหรือไม่ ตามด้วย
- ข. กระบวนการพิจารณาภายใต้กระบวนการยุติธรรม (Judicial determination) ว่าคำร้องในการส่งผู้ร้ายข้ามแดนตรงตามเงื่อนไขตามสารบัญญัติที่ระบุไว้ในตัวบทกฎหมายที่เกี่ยวข้อง และ/หรือ การบังคับใช้สนธิสัญญาว่าด้วยการส่งผู้ร้ายข้ามแดนหรือไม่ และ
- ค. การตัดสินใจขั้นสุดท้ายของฝ่ายบริหาร (A final executive decision)ว่าจะอนุญาตตามคำร้องขอหรือไม่ ในหลายประเทศคำวินิจฉัยของเจ้าหน้าที่ตุลาการที่มีอำนาจที่พบว่ากรณีดังกล่าวไม่ตรงตามข้อกำหนดในกฎหมายในการอนุญาตให้ส่งผู้ร้ายข้ามแดนนั้น ย่อมผูกพันกับฝ่ายบริหารด้วย ดังนั้นการส่งผู้ร้ายข้ามแดนจะต้องถูกปฏิเสธ ในกรณีที่มีการส่งผู้ร้ายข้ามแดนได้รับการอนุญาตโดยศาล รัฐมนตรีที่มีอำนาจจะใช้ดุลพินิจตามเงื่อนไขในการอนุมัติให้ส่งมอบตัวผู้หลบหนีการดำเนินคดี หรือปฏิเสธที่จะส่งผู้ร้ายข้ามแดน⁷²

49. กฎหมายว่าด้วยการส่งผู้ร้ายข้ามแดนไม่ได้กำหนดกฎที่ผูกมัดในขั้นตอนการดำเนินการส่งผู้ร้ายข้ามแดน โดยในขั้นตอนดังกล่าวต้องพิจารณาประเด็นที่เกี่ยวข้องกับสถานะของบุคคลที่เป็นผู้ต้องการตัวว่าเป็นผู้ลี้ภัยหรือผู้ขอลี้ภัยด้วย ในบางประเทศตัวบทกฎหมายภายในไม่อนุญาตให้เจ้าหน้าที่ของรัฐที่ได้รับคำร้องขอดำเนินการเกี่ยวกับคำร้องขอในการส่งผู้ร้ายข้ามแดนของผู้ลี้ภัยที่ประเทศภูมิลาเนาเป็นผู้ยื่นเรื่อง⁷³ ในบางประเทศ คำร้องในการส่งผู้ร้ายข้ามแดนอาจถูกปฏิเสธตั้งแต่ต้นหากเจ้าหน้าที่ที่มีอำนาจทราบถึงสถานะผู้ลี้ภัยของบุคคลที่เป็นผู้ต้องการตัวซึ่งจะก่อให้เกิดกีดกันในการในการส่งผู้ร้ายข้ามแดน โดยทั่วไปแล้วประเด็นที่เกี่ยวข้องกับการอ้างถึงความเสี่ยงที่จะถูกประหารชีวิตหรือภัยร้ายแรงต่างๆ จากการส่งมอบตัวในกระบวนการส่งผู้ร้ายข้ามแดนนั้นจะถูกพิจารณาในกระบวนการตุลาการ และ/หรือการตัดสินใจขั้นสุดท้ายของฝ่ายบริหาร

⁷¹ ตามปกติแล้วจะดูว่าได้พูดถึงเจ้าหน้าที่ที่มีส่วนรับผิดชอบหรือไม่ ได้รับการลงนามอย่างเหมาะสมหรือไม่ เนื้อหาในคำร้องได้ระบุถึงจุดประสงค์ที่จำเป็นเกี่ยวกับบุคคลที่ต้องการตัวและการกระทำผิดที่ได้กล่าวหาหรือไม่ และคำร้องได้มีการยื่นเอกสารที่จำเป็นตามสนธิสัญญาส่งผู้ร้ายข้ามแดนและ/หรือตัวบทกฎหมายของรัฐผู้ได้รับการร้องขอหรือไม่

⁷² กฎหมายภายในแห่งบางประเทศได้ระบุถึงการดำเนินการที่แบ่งเป็นสองระดับโดยมีคำตัดสินขั้นสุดท้ายโดยศาลในบางประเทศ ส่วนในบางประเทศเจ้าหน้าที่ตุลาการซึ่งมีอำนาจได้จัดทำความเห็นที่ไม่มีข้อผูกมัด ในข้อตกลงว่าด้วยการส่งผู้ร้ายข้ามแดนได้ระบุไว้ถึงกระบวนการทำงานที่ชัดเจนโดยมีจุดประสงค์ที่จะให้กระบวนการมีความรวดเร็วขึ้นและลดรายจ่าย สหภาพยุโรปมีระบบที่เกี่ยวข้องกับหมายจับซึ่งมีการตกลงกันและถูกนำมาใช้ในปี ค.ศ. 2004 แทนที่การส่งผู้ร้ายข้ามแดนระหว่างรัฐสมาชิก (ข้อมูลเพิ่มเติมสามารถดูได้ที่:

http://ec.europa.eu/justice_home/fsj/criminal/extradition/fsj_criminal_extradition_en.htm) การอธิบายอย่างละเอียดเกี่ยวกับการดำเนินการส่งผู้ร้ายข้ามแดนสามารถอ่านได้จาก S. Kapferer, Extradition and Asylum, เซิงอรธ 2, ย่อหน้าที่ 155-169.

⁷³ ตัวอย่างในกรณีนี้ อาทิ โนอาร์เจนตินา (pursuant to s. 20 of the Law No. 24.767 of 1997 on International Cooperation in Criminal Matters), จาก: <http://www.unhcr.org/cgi-bin/texis/vtx/refworld/rwmain?docid=3db93d784>; บราซิล (pursuant to s. 33 of the Law No. 9.474 of 1997 on Mechanisms for the Implementation of the 1951 Convention), จาก: <http://www.unhcr.org/cgi-bin/texis/vtx/refworld/rwmain?docid=3f4dfb134>; หรือปารากวัย (pursuant to s. 7 of the Law No. 1938 of 2002 on Refugees), จาก: <http://www.unhcr.org/cgi-bin/texis/vtx/refworld/rwmain?docid=3d48f0984>

50. กฎหมายผู้ลี้ภัยระหว่างประเทศไม่ได้กำหนดถึงขั้นตอนในการพิจารณาคำร้องในการส่งผู้ร้ายข้ามแดนที่เกี่ยวข้องกับผู้ลี้ภัยหรือผู้ขอลี้ภัย แต่อย่างไรก็ตาม ผลที่ของกระบวนการส่งผู้ร้ายข้ามแดนนั้นเป็นผลมาจากพันธกรณีระหว่างประเทศของรัฐที่ถูกร้องขอว่าด้วยความคุ้มครองที่เกี่ยวข้องกับบุคคลที่เป็นผู้ต้องการตัว คำอธิบายในบันทึกนี้จะพิจารณาหลักประกันที่จำเป็นที่จะต้องมีในกระบวนการส่งผู้ร้ายข้ามแดนเพื่อที่จะทำให้รัฐที่ถูกร้องขอปฏิบัติตามพันธกรณีดังกล่าวเมื่อบุคคลที่เป็นผู้ต้องการตัวเป็นผู้ลี้ภัยหรือผู้ขอลี้ภัย และพูดถึงมุมมองของสำนักงานข้าหลวงใหญ่ผู้ลี้ภัยแห่งสหประชาชาติเกี่ยวกับความสัมพันธ์ที่เหมาะสมระหว่างการส่งผู้ร้ายข้ามแดนและกระบวนการขอลี้ภัย⁷⁴

ข. กระบวนการส่งผู้ร้ายข้ามแดนที่เป็นผู้ลี้ภัย

51. ในกรณีนี้คำร้องขอส่งผู้ร้ายข้ามแดนเกี่ยวข้องกับผู้ลี้ภัย ความกังวลส่วนใหญ่จากมุมมองของการให้ความคุ้มครองระหว่างประเทศคือการทำให้มั่นใจว่าหลักการว่าด้วยการห้ามผลกดันกลับได้ถูกคำนึงถึงอย่างถี่ถ้วน ย่อหน้าที่ 52 ถึง 56 ในเอกสารนี้ได้พิจารณาถึงหลักประกันกระบวนการที่เกี่ยวข้องในกระบวนการส่งผู้ร้ายข้ามแดน ในการแบ่งปันข้อมูลในบริบทของการส่งผู้ร้ายข้ามแดนนั้น รัฐควรคำนึงถึงรักษาความลับที่เป็นไปตามหลักกฎหมายและประโยชน์ส่วนตัวของผู้ลี้ภัยซึ่งเป็นสิ่งสำคัญอย่างยิ่ง ทั้งนี้ รวมถึงความเสี่ยงที่อาจเกิดขึ้นได้กับบุคคลที่มีส่วนเกี่ยวข้องด้วย ซึ่งประเด็นนี้ได้มีการพูดถึงในย่อหน้าที่ 57 ถึง 58

1. หลักประกันเพื่อให้แน่ใจว่าการดำเนินการเป็นไปตามหลักการว่าด้วยการห้ามผลกดันกลับ

คำร้องขอส่งผู้ร้ายข้ามแดนที่เกี่ยวข้องกับผู้ที่ได้รับรองว่าเป็นผู้ลี้ภัยโดยรัฐผู้ได้รับคำร้องขอ

52. เมื่อคำร้องขอส่งผู้ร้ายข้ามแดนที่ได้ถูกส่งจากประเทศภูมิลำเนาเกี่ยวข้องกับผู้ที่ได้รับรองว่าเป็นผู้ลี้ภัยตามค่านิยามที่ระบุไว้ในอนุสัญญาฯ ค.ศ. 1951 ในรัฐผู้ได้รับคำร้องขอ ในมุมมองของสำนักงานข้าหลวงใหญ่ผู้ลี้ภัยแห่งสหประชาชาติ การพิจารณาสถานะผู้ลี้ภัยโดยหน่วยงานรับผิดชอบเรื่องการขอลี้ภัยควรมีผลผูกพันต่อกลไกและสถาบันของรัฐที่ต้องจัดการกับคำร้องขอส่งผู้ร้ายข้ามแดน⁷⁵ ในกรณีดังกล่าวหน่วยงานที่รับผิดชอบเรื่องการขอลี้ภัยของรัฐที่ได้รับรองความกลัวอันมีมูลของบุคคลที่เป็นผู้ต้องการตัวที่เชื่อได้ว่าจะถูกประหารชีวิตหรือทรมานในรัฐผู้ร้องขอแล้ว⁷⁶ ซึ่งหมายความว่า การใช้ได้ของการกีดกันไม่ให้ส่งผู้ลี้ภัยตามมาตรา 33(1) ของอนุสัญญาฯ ค.ศ. 1951 หรือตามกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศนั้นเป็นที่ประจักษ์แล้ว หน่วยงานรัฐที่เกี่ยวข้องกับการส่งผู้ร้ายข้ามแดนอาจจำเป็นต้องพิจารณา

⁷⁴ สำหรับข้อมูลเพิ่มเติมเกี่ยวกับตำแหน่งของบุคคลที่อยู่ในกระบวนการส่งผู้ร้ายข้ามแดนและตัวอย่างของบทบัญญัติในกฎหมายภายในของบางรัฐที่ระบุอย่างชัดเจนถึงความจำเป็นที่จะต้องนำพันธกรณีระหว่างประเทศมาพิจารณาเมื่อพิจารณาว่าจะอนุญาตให้เกิดการส่งผู้ร้ายข้ามแดนหรือไม่รวมถึงการใช้กฎหมายต่างๆที่เกี่ยวข้อง อ่านได้จาก S. Kapferer, Extradition and Asylum, เชงอรอด 2, ย่อหน้าที่ 170-210

⁷⁵ ในกรณีนี้ ตัวอย่างเช่น คำตัดสินจากหน่วยงานการขอลี้ภัยของสวิสเซอร์แลนด์ (คำตัดสินของ Swiss Federal Tribunal วันที่ 13 มีนาคม ค.ศ. 1989, BGE 115 V 4, ที่ 6-7, และ 14 ธันวาคม ค.ศ. 2005, 1A.267/2005/gjj, ที่ 3.3), เข้าถึงได้ที่: <http://www.unhcr.org/cgi-bin/texis/vtx/refworld/rwmain?docid=3ae6b64bc>; และ Commission de recours des réfugiés ของฝรั่งเศส (อ่านได้จาก Conseil d'Etat, Ass. 25 March 1988, Bereciartua-Echarri, เข้าถึงได้ที่: <http://www.unhcr.org/cgi-bin/texis/vtx/refworld/rwmain?docid=3ae6b7264>).

⁷⁶ อ่านได้จากย่อหน้าที่ 25 ในเอกสารฉบับนี้

พฤติการณ์ของแต่ละกรณีว่าคุณคือเป็นผู้ต้องการตัวเข้าชายหนึ่งในข้อยกเว้นที่ระบุใน มาตรา 33(2) ของหลักเกณฑ์ว่าด้วยการห้ามผลักดันกลับแห่งอนุสัญญาฯ ค.ศ. 1951 หรือไม่ หากการพิจารณาดังกล่าวได้ถูกจัดทำโดยเป็นส่วนหนึ่งของกระบวนการส่งผู้ร้ายข้ามแดน เจ้าหน้าที่ที่เกี่ยวข้องจะต้องประเมินสถานการณ์ของคุณคือเป็นผู้ต้องการตัว ในแง่ของเกณฑ์สารบัญญัติตามมาตรา 33(2) โดยที่กระบวนการส่งผู้ร้ายข้ามแดนจะต้องมีหลักประกันกระบวนการและต้องรับประกันการบังคับใช้บทบัญญัตินี้⁷⁷

53. อย่างไรก็ตาม ตามตัวบทกฎหมายในบางประเทศการพิจารณาสถานะผู้ลี้ภัยที่กระทำโดยหน่วยงานที่ปฏิบัติงานเรื่องขอลี้ภัยไม่มีผลผูกพันกับหน่วยงานด้านการส่งผู้ร้ายข้ามแดน ในกรณีนี้รัฐผู้ได้รับคำร้องขอจะต้องทำให้แน่ใจว่าการตัดสินใจส่งผู้ร้ายข้ามแดนที่เกี่ยวข้องกับผู้ลี้ภัยสอดคล้องกับพันธกรณีว่าด้วยการห้ามผลักดันกลับภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยผู้ลี้ภัยและกฎหมายสิทธิมนุษยชน⁷⁸ เมื่อบุคคลที่ผู้ต้องการตัวได้ถูกพิจารณาสถานะว่าเป็นผู้ลี้ภัยแล้ว หน่วยงานที่รับผิดชอบในการตัดสินใจส่งผู้ร้ายข้ามแดนจะต้องคำนึงถึงการห้ามมิให้ส่งตัวเพื่อเผชิญความเสี่ยงต่อการถูกประหัตประหารตามที่ระบุไว้ในมาตรา 33(1) แห่งอนุสัญญาฯ ค.ศ. 1951 และกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ กล่าวคือ หน่วยงานที่รับผิดชอบการส่งผู้ร้ายข้ามแดนมีความจำเป็นที่จะต้องพิจารณาถึงทุกพฤติการณ์ที่เกี่ยวข้องกับกรณีนั้นๆ และพิสูจน์ว่ามีความเสี่ยงที่จะถูกประหัตประหารในขั้นตอนใดก็ตามภายหลังจากการส่งตัวหรือไม่ รวมถึงในกรณีที่มีการดำเนินคดีอาญา รวมถึงภายหลังพิจารณาคดี และ/หรือการรับโทษ กรณีนี้รับใช้รวมถึงรัฐผู้ร้องขอซึ่งเป็นประเทศที่ไม่ใช่ประเทศภูมิลาเนาของผู้ลี้ภัยด้วย⁷⁹ เมื่อข้อเท็จจริงของกรณีดังกล่าวก่อให้เกิดข้อสงสัยถึงการปรับใช้มาตรา 33(2) ของอนุสัญญาฯ ค.ศ. 1951 กระบวนการส่งผู้ร้ายข้ามแดนต้องทำให้แน่ใจว่าได้มีการพิจารณาเกณฑ์สารบัญญัติตามบทบัญญัตินี้และความยุติธรรมเชิงกระบวนการด้วย⁸⁰

54. ไม่ว่าจะการพิจารณาสถานะผู้ลี้ภัยโดยหน่วยงานที่รับผิดชอบเรื่องการขอลี้ภัยจะมีผลผูกพันกับหน่วยงานที่รับผิดชอบการส่งผู้ร้ายข้ามแดนหรือไม่ รัฐผู้ได้รับคำร้องขอยังคงต้องทำให้มั่นใจว่าปฏิบัติตามหลักการว่าด้วยการห้ามผลักดันกลับ ภายใต้พันธกรณีตามกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ⁸¹

คำร้องขอส่งผู้ร้ายข้ามแดนที่ผู้ได้รับการรับรองว่าเป็นผู้ลี้ภัยโดยประเทศนอกเหนือจากรัฐที่ผู้ร้องขอ

⁷⁷ เกี่ยวกับเกณฑ์เชิงกระบวนการสำหรับการใช้มาตรา Article 33(2) แห่งอนุสัญญาฯ 1951, อ่านได้จาก ย่อหน้าที่ 15 ในเอกสารฉบับนี้

⁷⁸ ในประเทศเยอรมนี ตัวอย่าง อาทิ s. 4 แห่ง Asylum Procedure Act ระบุไว้ชัดเจนว่าคำตัดสินของเจ้าหน้าที่ที่ทำการขอลี้ภัยไม่มีข้อผูกมัดตามจุดประสงค์ของการส่งผู้ร้ายข้ามแดน อย่างไรก็ตาม ศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์ได้กล่าวไว้ว่า ศาลว่าด้วยการส่งผู้ร้ายข้ามแดนมีหน้าที่ในการพิจารณาความเป็นไปได้ของการประหัตประหารในประเทศผู้ร้องขอ และการรับรองสถานะผู้ลี้ภัยโดยเจ้าหน้าที่รัฐของเยอรมนีหรือเจ้าหน้าที่อีกประเทศหนึ่งควรได้รับการพิจารณาเพื่อแสดงให้เห็นถึงภัยอันเนื่องมาจากการประหัตประหาร (ศาลมีคำตัดสินวันที่ 4 พฤศจิกายน ค.ศ. 1979, 1 BvR 654/79)

⁷⁹ ในกรณีดังกล่าว กระบวนการส่งผู้ร้ายข้ามแดนจำเป็นที่จะต้องให้หลักประกันกระบวนการที่เพียงพอกับบุคคลดังกล่าว รวมถึง โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ความเป็นไปได้ที่บุคคลผู้ถูกต้องการตัวจะเสนอข้อมูลเกี่ยวกับความเสี่ยงที่อาจเกิดขึ้นจากการส่งตัวไปยังรัฐผู้ร้องขอกับเจ้าหน้าที่ด้านการส่งผู้ร้ายข้ามแดนและโอกาสที่จะอุทธรณ์ต่อคำตัดสินซึ่งมีผลไปถึงการให้ความคุ้มครองในการกีดกันการผลักดันกลับ

⁸⁰ อ่านได้จากย่อหน้าที่ 15 ในเอกสารฉบับนี้

⁸¹ อ่านได้จากย่อหน้าที่ 16-20 ในเอกสารฉบับนี้

55. ในกรณีที่บุคคลที่ได้รับการรับรองว่าเป็นผู้ลี้ภัยโดยอีกประเทศหนึ่ง สถานะผู้ลี้ภัยของบุคคลที่เป็นผู้ต้องการตัวในประเทศนั้นถือเป็นเรื่องประกอบที่สำคัญและต้องถูกนำมาพิจารณาโดยหน่วยงานที่รับผิดชอบการส่งผู้ร้ายข้ามแดนของรัฐผู้ได้รับคำร้องขอ เมื่อพิจารณาว่าการส่งผู้ร้ายข้ามแดนนั้นสอดคล้องกับหลักการว่าด้วยการห้ามผลักดันกลับหรือไม่ การพิจารณาโดยรัฐว่าบุคคลนั้นเป็นผู้ลี้ภัยตามอนุสัญญา ค.ศ. 1951 มีผลสภาพนอกอาณาเขตโดยอย่างน้อยที่สุดต่อรัฐภาคีของอนุสัญญา ค.ศ. 1951 สถานะผู้ลี้ภัยที่ถูกพิจารณาโดยรัฐภาคีไม่ควรเป็นที่กั๊กโดยอีกรัฐภาคี เว้นแต่ในกรณียกเว้นที่พบว่าบุคคลนั้นไม่ตรงตามเกณฑ์ตามอนุสัญญา ค.ศ. 1951 อย่างเห็นได้ชัด อาทิ เมื่อข้อเท็จจริงบ่งชี้ให้เห็นว่าคำกล่าวอ้างเป็นการขโมยหรือแสดงให้เห็นว่าบุคคลดังกล่าวเข้าข่ายตามเกณฑ์ที่ระบุไว้ในวรรคคัดออกของอนุสัญญา ค.ศ. 1951⁸²

คำร้องขอส่งผู้ร้ายข้ามแดนที่เกี่ยวข้องกับผู้ลี้ภัยที่ได้รับการรับรองว่าเป็นผู้ลี้ภัยโดยสำนักงานข้าหลวงใหญ่ผู้ลี้ภัยแห่งสหประชาชาติ

56. เมื่อบุคคลที่เป็นผู้ต้องการตัวได้รับการพิจารณาโดยสำนักงานข้าหลวงใหญ่ผู้ลี้ภัยแห่งสหประชาชาติว่าเป็นผู้ลี้ภัยภายใต้อาณัติการให้ความคุ้มครองระหว่างประเทศ⁸³ รัฐผู้ได้รับคำร้องขอควรคำนึงถึงข้อเท็จจริงนี้ การตัดสินใจรับรองสถานะผู้ลี้ภัยโดยสำนักงานข้าหลวงใหญ่ผู้ลี้ภัยแห่งสหประชาชาติหมายความว่าบุคคลนั้นถูกพิจารณาแล้วว่าควรได้รับและมีคุณสมบัติที่เหมาะสมที่จะได้รับความคุ้มครองระหว่างประเทศตามที่กำหนดไว้ในอนุสัญญา ค.ศ. 1951 ในมุมมองผ่านอาณัติในการให้ความคุ้มครองระหว่างประเทศของสำนักงานข้าหลวงใหญ่ผู้ลี้ภัยแห่งสหประชาชาติ และโดยเฉพาะอย่างยิ่งความรับผิดชอบในการควบคุมดูแลของสำนักงานข้าหลวงใหญ่ผู้ลี้ภัยแห่งสหประชาชาติตามมาตรา 35 แห่ง

⁸² อ่านได้จาก UNHCR Executive Committee, Conclusion No. 12 (XXIX) – 1978 on the Extraterritorial Effect of the Determination of Refugee Status, at para. (g), เข้าถึงได้ที่: <http://www.unhcr.org/cgi-bin/texis/vtx/refworld/rwmain?docid=3ae68c4447>. อ่านได้จาก UNHCR, Note on the Extraterritorial Effect of the Determination of Refugee Status under the 1951 Convention and the 1967 Protocol Relating to the Status of Refugees, EC/SCP/9, 24 August 1978, เข้าถึงได้ที่: <http://www.unhcr.org/cgi-bin/texis/vtx/refworld/rwmain?docid=3ae68cccc>. German Federal Constitutional Court กล่าวว่าเมื่อผู้ลี้ภัยได้รับการรับรองสถานะโดยอีกรัฐภาคีของอนุสัญญา ค.ศ. 1951 โดยไม่ได้มีความผูกมัดทางกฎหมายกับเจ้าหน้าที่ด้านการส่งผู้ร้ายข้ามแดนของเยอรมนี การที่ไม่ติดต่อกับเจ้าหน้าที่ของประเทศที่บุคคลนั้นขอลี้ภัยและได้รับมุมมองเกี่ยวกับสถานการณ์ของบุคคลนั้น ศาลว่าด้วยการส่งผู้ร้ายข้ามแดนถือว่าไม่ได้ปฏิบัติตามหน้าที่ที่จะค้นหาข้อเท็จจริงอย่างถี่ถ้วนเพื่อที่จะตัดสินว่าบุคคลดังกล่าวมีความเสี่ยงต่อการประหัตประหารหรือไม่ โดยเฉพาะอย่างยิ่งองค์ประกอบที่มีความสำคัญต่อการหาข้อเท็จจริงนั้น ในมุมมองของศาล การรับรองสถานะโดยอีกรัฐภาคีของอนุสัญญา ค.ศ. 1951 ว่าบุคคลดังกล่าวมีความกลัวอันมีมูลที่จะถูกประหัตประหารในประเทศผู้ร้องขอเข้าชายกรณที่กล่าวไป และมากไปกว่านั้นถ้าประเทศที่ขอลี้ภัยได้ปฏิเสธคำร้องขอส่งผู้ร้ายข้ามแดนจากรัฐที่ร้องขอสำหรับการกระทำความผิดชนิดเดียวกัน และการปฏิเสธที่จะส่งตัวขึ้นกับสถานะผู้ลี้ภัยของบุคคลนั้น(คำตัดสินวันที่ 14 มิถุนายน ค.ศ. 1979, 1 BvR 654/79). โปรดทราบว่าในกรณีดังกล่าว รัฐที่รับรองผู้ที่ต้องการตัวว่าเป็นผู้ลี้ภัยอาจใช้ความคุ้มครองทางการทูตที่จะคุ้มครองบุคคลดังกล่าว

⁸³ ภายใต้อาณัติความคุ้มครองระหว่างประเทศ สำนักงานข้าหลวงใหญ่ผู้ลี้ภัยแห่งสหประชาชาติอาจพิจารณาสถานะผู้ลี้ภัยเมื่อมีเหตุผลที่จำเป็นในการให้ความคุ้มครอง อำนาจของสำนักงานข้าหลวงใหญ่ผู้ลี้ภัยแห่งสหประชาชาติที่จะพิจารณาสถานะผู้ลี้ภัยได้มาจากธรรมนูญสำนักงานข้าหลวงใหญ่ผู้ลี้ภัยสหประชาชาติ ค.ศ. 1950, เซกชั่น 11, ซึ่งได้รับการพัฒนาและทำให้ดีขึ้นในข้อมติของสมัชชาใหญ่และคณะมนตรีเศรษฐกิจและสังคมแห่งสหประชาชาติ

อนุสัญญาฯ ค.ศ.1951 และมาตรา 1 ของพิธีสาร ค.ศ. 1967 ประกอบย่อหน้า 8(a) แห่งธรรมนูญสำนักงานข้าหลวงใหญ่ผู้ลี้ภัยแห่งสหประชาชาติ ค.ศ. 1951 คำตัดสินดังกล่าวนี้จึงควรถูกให้น้ำหนักในกระบวนการพิจารณาการส่งผู้ร้ายข้ามแดน⁸⁴

2. การรักษาความลับ

57. สำนักงานข้าหลวงใหญ่ผู้ลี้ภัยแห่งสหประชาชาติมีมุมมองว่าโดยทั่วไปแล้วรัฐควรที่จะยับยั้งการเปิดเผยข้อมูลใดๆเกี่ยวกับสถานะผู้ลี้ภัยของบุคคลนั้นๆแก่เจ้าหน้าที่ของรัฐหนึ่งเว้นแต่บุคคลดังกล่าวจะให้การยินยอมที่จะแบ่งปันข้อมูลนั้นๆ ประเด็นนี้มีความเกี่ยวข้องอย่างยิ่งในกรณีที่รัฐหนึ่งเป็นรัฐที่เป็นภูมิลำเนาของผู้ลี้ภัย และรวมไปถึงใช้ข้อมูลส่วนตัวของผู้ลี้ภัยและองค์ประกอบอื่นๆที่เกี่ยวข้องกับคำร้องขอลี้ภัย รวมถึงข้อเท็จจริงว่ามี การยื่นขอลี้ภัย การเปิดเผยข้อมูลดังกล่าวโดยมิชอบด้วยกฎหมาย หรือเปิดเผยข้อมูลที่เกินกว่าความจำเป็น จะก่อให้เกิดการละเมิดสิทธิส่วนบุคคลของผู้ลี้ภัย⁸⁵ ซึ่งอาจก่อให้เกิดอันตรายแก่ความปลอดภัยของผู้ลี้ภัยหรือบุคคลที่มีส่วนเกี่ยวข้องกับผู้ลี้ภัยอีกด้วย⁸⁶

58. รัฐจะต้องทำให้แน่ใจว่าการเก็บความลับของข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับคำร้องขอลี้ภัย ซึ่งรวมถึงข้อมูลในระหว่างการปฏิสัมพันธ์ในบริบทที่เกี่ยวกับการดำเนินการที่อาจส่งผลกระทบต่อผู้ลี้ภัยข้ามแดน ในกรณีนี้ประโยชน์ที่ชดเชยด้วยกฎหมายของรัฐผู้ร้องขอในการดำเนินคดีกับบุคคลต้องรับผิดชอบการกระทำที่อาจทำให้เกิดการเปิดเผยข้อมูลส่วนตัวบางส่วน อย่างไรก็ตามรัฐผู้ได้รับคำร้องขอจำเป็นที่จะต้องพิจารณาความเสี่ยงด้านความคุ้มครองที่อาจเกิดขึ้นอันเนื่องมาจากการแบ่งปันข้อมูลเกี่ยวกับบุคคลที่เป็นผู้ต้องการตัวผ่านทาง การติดต่อกับเจ้าหน้าที่ของรัฐผู้ร้องขอ โดยเฉพาะอย่างยิ่งรัฐที่เป็นภูมิลำเนาของผู้ลี้ภัย⁸⁷ ตามพันธกรณีเกี่ยวกับความคุ้มครองภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยผู้ลี้ภัย

⁸⁴ ตามที่ระบุไว้ใน G.S. Goodwin-Gill and J. McAdam, *The Refugee in International Law*, 3rd edition, Oxford University Press (2007), หน้าที่ 553, “[...] คำนิยามของผู้ลี้ภัย [...] incorporates areas of appreciation, ในทางปฏิบัตินั้นจุดยืนของสำนักงานข้าหลวงใหญ่ผู้ลี้ภัยแห่งสหประชาชาติต่อบุคคลหรือกลุ่มคนอาจเกิดปัญหาได้ แต่อย่างไรก็ตาม, [...] ความคิดเห็นของสำนักงานข้าหลวงใหญ่ผู้ลี้ภัยแห่งสหประชาชาติควรได้รับการพิจารณาโดยรัฐที่คัดค้านอย่างสุจริตและการปฏิเสธที่จะยอมรับคำตัดสินควรได้รับการให้เหตุผลว่าด้วยชอบด้วยกฎหมายอย่างแท้จริง” อ่านได้จาก V. Türk, “UNHCR’s supervisory responsibility”, 14.1 *Revue québécoise de droit international* (2001), หน้าที่ 135–158

⁸⁵ กฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศรับรองให้ทุกคนมีสิทธิในความเป็นส่วนตัวและคุ้มครองบุคคลใดจากการถูกแทรกแซงตามอำเภอใจและไม่เป็นไปตามกฎหมาย (อ่านได้จากตัวอย่าง อาทิ มาตรา 12 แห่งปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน; มาตรา 17 (1) แห่งกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง; มาตรา 8 แห่งอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชนยุโรป; มาตรา 11 แห่งอนุสัญญาสิทธิมนุษยชนแห่งทวีปอเมริกา)

⁸⁶ มาตราการที่มีประสิทธิผลควรถูกนำมาปรับใช้เพื่อให้แน่ใจว่าข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับชีวิตส่วนตัวของบุคคลดังกล่าวไม่ตกไปถึงบุคคลที่สามที่อาจจะใช้ข้อมูลนั้นไปในทางที่ไม่เป็นไปตามกฎหมายสิทธิมนุษยชน ดูได้ที่คณะกรรมการสิทธิมนุษยชน, General Comment No. 16: มาตรา 17 (Right to Privacy), *The Right to Respect of Privacy, Family, Home and Correspondence, and Protection of Honour and Reputation*, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.1, 8 April 1988, ย่อหน้าที่ 10, เข้าถึงได้ที่: <http://www.unhcr.org/cgi-bin/texis/vtx/refworld/rwmain?docid=453883f922>. ดูเพิ่มเติมได้ที่ UNHCR, *Advisory Opinion on the rules of confidentiality regarding asylum information*, 31 March 2005, เข้าถึงได้ที่: <http://www.unhcr.org/cgi-bin/texis/vtx/refworld/rwmain?docid=42b9190e4> (เรียกว่า “UNHCR, *Advisory Opinion on the rules of confidentiality*”). ดูเพิ่มเติมที่ย่อหน้า 69, 93 และ 96 ข้างใต้

⁸⁷ สำนักงานข้าหลวงใหญ่ผู้ลี้ภัยแห่งสหประชาชาติตระหนักถึงความสำคัญในการแบ่งปันข้อมูลระหว่างรัฐที่จะต่อต้านการก่อการร้ายและการติดต่อกับเจ้าหน้าที่ของประเทศภูมิลำเนาที่อาจกระทำได้ในกรณีที่มีความสงสัยถึงการกระทำซึ่งเป็นการก่อการร้ายที่กระทำในอดีตและปัจจุบัน หรือเมื่อความมั่นคงของชาติตกอยู่ในความเสี่ยง อย่างไรก็ตามในกรณีที่ทั้งหมดทั้งปวงนี้การมีอยู่ของคำร้องขอลี้ภัยควรถูกปิดเป็น

และกฎหมายสิทธิมนุษยชน รวมถึงหลักเกณฑ์โดยทั่วไปว่าด้วยการคุ้มครองข้อมูล รัฐผู้ได้รับร้องขออาจผูกพันไม่ให้ส่งข้อมูลส่วนตัวและ/หรือข้อมูลอื่นๆ แก่รัฐผู้ร้องขอ หรือจำกัดข้อมูลที่แบ่งปันได้โดยขึ้นอยู่กับพฤติการณ์⁸⁸ ข้อกำหนดในการรักษาความลับควรถูกกำหนดในทุกขั้นตอนของกระบวนการส่งผู้ร้ายข้ามแดน รวมถึงการสื่อสารกันกับรัฐผู้ร้องขอเกี่ยวกับเหตุที่ทำให้ปฏิเสธที่จะส่งตัวในกรณีที่เกี่ยวข้องกับผู้ลี้ภัย สำนักงานข้าหลวงใหญ่ผู้ลี้ภัยแห่งสหประชาชาติเห็นว่าการมีส่วนร่วมของหน่วยงานที่ปฏิบัติงานเรื่องขอลี้ภัยในการมีส่วนตัดสินใจจะเปิดเผยข้อมูลเกี่ยวกับผู้ลี้ภัยในบริบทของการดำเนินการส่งผู้ร้ายข้ามแดนเป็นสิ่งสำคัญเพื่อให้มั่นใจว่าบุคคลที่เป็นผู้ต้องการตัวได้รับความคุ้มครองระหว่างประเทศตามที่จำเป็น⁸⁹

ค. กระบวนการส่งผู้ร้ายข้ามแดนที่เป็นผู้ลี้ภัย

59. เมื่อคำร้องขอส่งผู้ร้ายข้ามแดนเกี่ยวข้องกับผู้ลี้ภัย รัฐผู้ได้รับคำร้องขอนั้นไม่เพียงจำเป็นที่จะต้องให้ความคุ้มครองจากการผลักดันกลับตามกฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยผู้ลี้ภัยและกฎหมายสิทธิมนุษยชน แต่รัฐผู้ได้รับคำร้องขอต้องทำให้แน่ใจว่าคำร้องเพื่อให้ได้รับสถานะผู้ลี้ภัยที่ได้ยื่นต่อหน่วยงานรัฐต้นนั้นได้ถูกพิจารณาไปในทิศทางที่สอดคล้องกับมาตรฐานและเกณฑ์ที่กำหนดไว้ตามอนุสัญญา ค.ศ. 1951 โดยข้อมูลที่ถูกนำเสนอในบริบทของกระบวนการส่งผู้ร้ายข้ามแดนอาจมีผลต่อการพิจารณาคำร้องขอลี้ภัย โดยที่ผลจากกระบวนการพิจารณาสถานะผู้ลี้ภัยเป็นองค์ประกอบสำคัญที่ควรถูกพิจารณาโดยรัฐที่ถูกร้องขอเมื่อพิสูจน์ได้ว่าบุคคลที่เป็นผู้ต้องการ ควรอาจถูกส่งตัวได้อย่างถูกกฎหมายหรือไม่

60. ความสัมพันธ์ระหว่างการส่งผู้ร้ายข้ามแดนและประเด็นในการขอลี้ภัยมีผลในเชิงกระบวนการ หัวข้อย่อยข้างล่างนี้ได้ถูกประเด็นเกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างการส่งผู้ร้ายข้ามแดนและกระบวนการขอลี้ภัยที่เหมาะสม รวมถึงลำดับการตัดสินใจในกระบวนการและมาตรการการคุ้มครองภายใต้กระบวนการส่งผู้ร้ายข้ามแดนในกรณีของผู้ลี้ภัย บทบาทของสำนักงานข้าหลวงใหญ่ผู้ลี้ภัยแห่งสหประชาชาติที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการทั้งนี้คำถามเกี่ยวกับกระบวนการส่งผู้ร้ายข้ามแดนในกระบวนการพิจารณาขอลี้ภัยได้ถูกอภิปรายไว้ในบทที่สี่.2.

ความลับ ดูเพิ่มเติมที่ UNHCR, Addressing Security Concerns without Undermining Refugee Protection – UNHCR’s Perspective, November 2001, ย่อหน้าที่ 11, เข้าถึงได้ที่: <http://www.unhcr.org/cgi-bin/texis/vtx/refworld/rwmain?docid=3c0b880e0>. ดูเพิ่มเติมที่ UNHCR, Guidelines on International Protection No. 5: Application of the Exclusion Clauses: Article 1F of the 1951 Convention relating to the Status of Refugees, HCR/GIP/03/05, 4 September 2003, Annex E, (เรียกว่า “Guidelines on Exclusion”), เข้าถึงได้ที่: <http://www.unhcr.org/cgi-bin/texis/vtx/refworld/rwmain?docid=3f5857684>

⁸⁸ ตามหลักการทั่วไปในเรื่องการคุ้มครองข้อมูล การแบ่งปันข้อมูลใดๆก็ตามควรมีขีดจำกัดว่าข้อมูลนั้นมีความจำเป็นที่นำมาใช้เพื่อวัตถุประสงค์ที่ขอบด้วยกฎหมายตามที่ถูกร้องหรือไม่ โปรดทราบว่าความสัมพันธ์ระหว่างเจ้าหน้าที่หลายหน่วยงานของรัฐผู้ถูกร้องขอยังคงต้องนำหลักการคุ้มครองข้อมูลที่กำหนดขีดจำกัดว่าระดับไหนถึงแบ่งปันข้อมูลได้และข้อมูลลักษณะแบบไหนที่อาจแบ่งปันได้มาใช้

⁸⁹ กระบวนการที่หน้าที่ในการตัดสินใจที่จะเปิดเผยข้อมูลตกเป็นของเจ้าหน้าที่ที่ทำเรื่องขอลี้ภัยเป็นรูปแบบปฏิบัติที่ดีที่สุด ในกรณีของสวิสเซอร์แลนด์ หากคำร้องขอข้อมูลนั้นเกี่ยวข้องกับผู้ลี้ภัยหรือผู้ลี้ภัย เจ้าหน้าที่ตำรวจของรัฐบาลกลาง (Federal Police Authority) จำเป็นที่จะต้องยอมทำตามเจ้าหน้าที่ของสำนักงานด้านการขอลี้ภัยกลาง (Federal Asylum Office) รวมถึงในบริบทของการดำเนินการส่งผู้ร้ายข้ามแดนและประเด็นอื่นที่เกี่ยวข้อง อาทิ หมายจับที่ออกโดยตำรวจสากล (Interpol) “หมายแดง” (wanted red notice) ด้วย

1. การแยกกระบวนการส่งผู้ร้ายข้ามแดนออกจากกระบวนการขอลี้ภัย

61. การส่งผู้ร้ายข้ามแดนและการพิจารณาสถานะผู้ลี้ภัยเป็นกระบวนการที่ต่างกันอย่างชัดเจน มีจุดประสงค์ที่ต่างกันและถูกควบคุมโดยเกณฑ์ทางกฎหมายที่ต่างกัน ผู้มีอำนาจตัดสินใจในทั้งสองกระบวนการต้องมีความรู้เฉพาะทาง ความชำนาญ และมีทักษะ ในกรณีที่มีการพิจารณาว่าบุคคลที่เป็นผู้ต้องการตัวมีความกลัวอันมีมูลจะเชื่อได้ว่าจะถูกประหารชีวิตหรือไม่นั้นได้ถูกพิจารณาเป็นส่วนหนึ่งภายใต้กระบวนการส่งผู้ร้ายข้ามแดนนั้น จะทำให้โอกาสของผู้ลี้ภัยในการได้รับการพิจารณาคำร้องขอลี้ภัยน้อยลง และอาจมีข้อจำกัดในการเยียวยาในกรณีที่สถานะถูกปฏิเสธ สำนักงานข้าหลวงใหญ่ผู้ลี้ภัยแห่งสหประชาชาติเห็นว่าการตัดสินใจคำร้องขอลี้ภัยและคำร้องขอส่งผู้ร้ายข้ามแดนควรถูกตัดสินโดยแยกกระบวนการออกจากกัน

62. ตามที่กล่าวไปข้างต้นไม่ได้หมายความว่าทั้งสองกระบวนการควรปฏิบัติโดยลำพัง ตามที่กล่าวมาในบันทึกแนวทางปฏิบัติฉบับนี้ การที่บุคคลที่เป็นผู้ต้องการตัวมีคุณสมบัติที่จะได้รับสถานะผู้ลี้ภัยหรือไม่นั้นส่งผลสำคัญต่อขอบเขตพันธกรณีตามกฎหมายระหว่างประเทศของรัฐผู้ได้รับคำร้องขอและการตัดสินใจคำร้องขอส่งผู้ร้ายข้ามแดน ในขณะเดียวกัน ข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับคำร้องขอส่งผู้ร้ายข้ามแดนอาจมีผลกระทบต่อการพิจารณาคำร้องขอลี้ภัย ดังนั้นเจ้าหน้าที่ที่รับผิดชอบจำเป็นที่จะต้องพิจารณาองค์ประกอบหลายๆ อย่างที่เกี่ยวข้องเพื่อที่จะทำให้การตัดสินใจของกระบวนการขอลี้ภัยและการส่งผู้ร้ายข้ามแดนนั้นเป็นไปอย่างเหมาะสม

2. การพิจารณาคำร้องขอลี้ภัยโดยหน่วยงานที่ทำเรื่องขอลี้ภัยในรัฐผู้ได้รับคำร้องขอ

63. เพื่อที่จะทำให้มั่นใจว่าการพิจารณาความต้องการความคุ้มครองระหว่างประเทศของบุคคลนั้นๆ เป็นไปตามเกณฑ์ที่กำหนดไว้ในอนุสัญญา ค.ศ. 1951 คำร้องขอลี้ภัยควรถูกพิจารณาโดยหน่วยงานที่รับผิดชอบในการวินิจฉัยคำขอเพื่อการพิจารณาสถานะผู้ลี้ภัยในรัฐผู้ได้รับคำร้องขอ⁹⁰ เจ้าหน้าที่ที่ทำเรื่องขอลี้ภัยควรพิจารณาข้อเท็จจริงที่เกี่ยวข้องรวมถึงคำร้องขอส่งผู้ร้ายข้ามแดนและข้อมูลอื่นๆ ที่เกี่ยวข้องที่มีผลต่อคำร้องขอลี้ภัยของผู้ยื่นคำร้อง⁹¹

3. ลำดับคำตัดสินของการส่งผู้ร้ายข้ามแดนและการพิจารณาสถานะผู้ลี้ภัย

คำร้องขอส่งผู้ร้ายข้ามแดนที่มาจากประเทศภูมิลำเนาของผู้ลี้ภัย

64. หากคำร้องขอส่งผู้ร้ายข้ามแดนส่งโดยเจ้าหน้าที่จากประเทศภูมิลำเนาของผู้ลี้ภัย คำถามเกี่ยวกับสถานะผู้ลี้ภัยควรถูกนำมาตัดสินเพื่อที่ว่ารัฐผู้ได้รับคำร้องขอจะได้อยู่ในจุดที่ตัดสินได้ว่าบุคคลที่เป็นผู้ต้องการตัวจะถูกส่งตัวกลับไปอย่างถูกกฎหมายหรือไม่ กระบวนการนี้กระทำภายใต้หน้าที่ของรัฐผู้ได้รับคำร้องขอในการเคารพหลักเกณฑ์ว่าด้วยการห้ามผลักดันกลับภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยผู้ลี้ภัยหรือกฎหมายสิทธิมนุษยชน ในทางหนึ่ง ผู้ลี้ภัยซึ่งเป็น

⁹⁰ แนวปฏิบัติที่ดีของรัฐเกี่ยวกับเรื่องนี้คือการให้เพียงเจ้าหน้าที่ด้านการขอลี้ภัยกลาง(central asylum authority) และกระบวนการซึ่งเป็นระบบเดียวเป็นผู้ประเมินคำร้องขอลี้ภัยของผู้ที่ร้องขอสถานะผู้ลี้ภัยหรือความคุ้มครองในรูปแบบอื่นๆเพิ่มเติม (other complementary protection) อ่านเพิ่มเติมได้ที่ UNHCR, Asylum Processes, เซี่ยงจอร์จ 13, ย่อหน้าที่ 48 และ 50(e) และ (i)

⁹¹ อ่านได้จากย่อหน้าที่ 62 และย่อหน้า 73-85 ในเอกสารฉบับนี้

บุคคลที่เป็นผู้ต้องการตัว ควรได้รับการคุ้มครองจากการผลักดันกลับไปยังประเทศภูมิลำเนาตลอดช่วงเวลาที่อยู่ระหว่างกระบวนการดำเนินการเกี่ยวกับการขอลี้ภัยรวมถึงการอุทธรณ์ ในอีกทางหนึ่ง ขอบเขตหน้าที่ของรัฐผู้ได้รับคำร้องขอในพันธกรณีว่าด้วยการห้ามผลักดันกลับภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศนั้นจะต่างกันไป ขึ้นกับว่าบุคคลที่เป็นผู้ต้องการตัวเป็นผู้ลี้ภัยหรือไม่ คำถามเกี่ยวกับสถานะผู้ลี้ภัยควรถูกทำให้แน่ชัดก่อนที่จะพิสูจน์ว่าการส่งผู้ร้ายข้ามแดนนั้นเป็นไปตามเกณฑ์ตามกฎหมายหรือไม่

65. ในกรณีที่ผลสรุปคือการส่งมอบตัวผู้ลี้ภัยให้กับประเทศภูมิลำเนา การดำเนินการคำขอลี้ภัยต้องได้รับการปฏิบัติและพิจารณาจนสิ้นสุดทุกชั้นตอน ก่อนที่คำร้องขอส่งตัวผู้ร้ายข้ามแดนจะถูกตัดสิน

66. สำนักงานข้าหลวงใหญ่ผู้ลี้ภัยแห่งสหประชาชาติเห็นว่าจะเป็นการปฏิบัติที่รอบคอบกว่าหากการดำเนินการส่งผู้ร้ายข้ามแดนทำเป็นคู่ขนานกับการดำเนินการขอลี้ภัย การปฏิบัติเช่นนี้จะไม่มีประสิทธิภาพว่าเนื่องจากกระบวนการส่งผู้ร้ายข้ามแดนนั้นอาจส่งผลกับข้อมูลที่ปรากฏซึ่งมีผลกับคุณสมบัติทางสถานะผู้ลี้ภัยของบุคคลที่เป็นผู้ต้องการตัว และอาจจำเป็นที่ต้องนำมาพิจารณาโดยเจ้าหน้าที่ที่ดำเนินการเรื่องการขอลี้ภัย⁹² อย่างไรก็ตามอาจมีความจำเป็นที่จะระงับการตัดสินคำร้องขอส่งผู้ร้ายข้ามแดนจนกว่าการพิจารณาคำร้องขอลี้ภัยจะถูกตัดสินว่าเป็นที่สุด⁹³

คำร้องขอการส่งผู้ร้ายข้ามแดนจากประเทศอื่นๆ นอกเหนือจากประเทศภูมิลำเนาของผู้ลี้ภัย

67. หากคำร้องขอส่งผู้ร้ายข้ามแดนของผู้ลี้ภัยมาจากประเทศอื่นๆ นอกเหนือจากประเทศภูมิลำเนาของบุคคลนั้น ในบางพฤติการณ์ บุคคลที่เป็นผู้ต้องการตัวอาจถูกส่งตัวก่อนคำร้องขอลี้ภัยจะถูกพิจารณาตัดสินแล้วเสร็จในรัฐผู้ได้รับคำร้องขอ ในการจะทำให้สอดคล้องกับกฎหมายว่าด้วยผู้ลี้ภัยระหว่างประเทศและกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ รัฐผู้ได้รับคำร้องขอนั้นจะต้อง

(1) พิสูจน์ให้เห็นว่าการส่งผู้ร้ายข้ามแดนไปยังรัฐผู้ร้องขอนั้นจะไม่ก่อให้เกิดความเสี่ยงที่จะถูกประหารชีวิต ทรมาน หรือความเสียหายที่มีอาจแก้ไขได้ และ

(2) รับผิดชอบในหน้าที่หลักในการพิจารณาคำร้องขอลี้ภัยให้เป็นไปตามเกณฑ์ของอนุสัญญาฯ ค.ศ. 1951 และมาตรฐานสากลที่ได้รับการยอมรับเกี่ยวกับความเป็นธรรมและควมมีประสิทธิภาพ และรัฐผู้ได้รับคำร้องขอควรทำให้แน่ใจว่าผู้ลี้ภัยจะเข้าถึงกระบวนการพิจารณาขอลี้ภัยที่เป็นไปตามมาตรฐานดังกล่าว

68. หากทั้งสองเงื่อนไขได้รับการเติมเต็ม กระบวนการขอลี้ภัยที่ได้มีการริเริ่มไปแล้วในรัฐผู้ได้รับคำร้องขอนั้นอาจถูกระงับชั่วคราว⁹⁴ ซึ่งในกรณีนี้การพิจารณาคำขอลี้ภัยจะถูกดำเนินต่ออีกครั้งและตัดสินจนสิ้นสุดหลังจากการดำเนินคดี ไม่

⁹² สำหรับการอภิปรายเกี่ยวกับคำถามด้านสารบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับคุณสมบัติของสถานะผู้ลี้ภัยที่เกิดขึ้นในบริบทของการส่งผู้ร้ายข้ามแดน อ่านได้จากย่อหน้าที่ 71-85

⁹³ อาทิ คำตัดสินจากศาลกลางสหพันธรัฐสวิสเกี่ยวกับกรณีดังกล่าวได้ระบุไว้ในกรณีที่อยู่ระหว่างการดำเนินการขอลี้ภัย การส่งผู้ร้ายข้ามแดนของบุคคลผู้เป็นที่ยุติการกระทำได้เงื่อนไขที่ว่าบุคคลนั้นจะไม่ได้รับการอนุญาตให้ขอลี้ภัยจากเจ้าหน้าที่ด้านการขอลี้ภัย (ดูคำตัดสินวันที่ 11 กันยายน ค.ศ. 1996, BGE 122 II 373, หน้าที่ 380-382, และคำตัดสินวันที่ 14 ธันวาคม ค.ศ. 2005, 1A.267/2005/gij, ที่ 3.2)

⁹⁴ อ่านได้จากย่อหน้าที่ 37 และ ย่อหน้าที่ 88-89 ในเอกสารฉบับนี้

ว่าจะเป็นการพิพากษาและลงโทษ หรือการปล่อยตัว ซึ่งสามารถกระทำได้ในรัฐผู้ได้รับคำร้องขอเมื่อคำร้องขอลี้ภัยอยู่ในระหว่างการริเริ่มพิจารณาผ่านข้อตกลงให้กลับเข้ามาในรัฐนั้นได้อีกครั้ง หรือผ่านการโอนความรับผิดชอบในการพิจารณาคำร้องขอลี้ภัยแก่รัฐผู้ร้องขอให้ส่งผู้ร้ายข้ามแดน โดยเป็นไปตามมาตรฐานการดำเนินการที่คล้ายคลึงกัน⁹⁵

4. การรักษาความลับในกระบวนการส่งผู้ร้ายข้ามแดนที่เกี่ยวข้องกับผู้ขอลี้ภัย

69. เมื่อมีการดำเนินการเกี่ยวกับคำร้องขอส่งผู้ร้ายข้ามแดนที่เกี่ยวข้องกับผู้ขอลี้ภัย เจ้าหน้าที่ที่มีความรับผิดชอบจำเป็นที่จะต้องทำให้แน่ใจว่าได้เคารพหลักการรักษาความลับ โดยตามปกติแล้วไม่ควรแบ่งปันข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับคำขอลี้ภัยหรือข้อเท็จจริงที่ว่ามีการยื่นคำขอลี้ภัยนั้น ให้แก่รัฐผู้ร้องขอให้ส่งผู้ร้ายข้ามแดนไม่ว่าจะเป็นประเทศภูมิลาเนาหรือประเทศที่สาม การพิจารณาดังกล่าวได้ถูกระบุไว้ในย่อหน้าที่ 57 และ 58 เกี่ยวกับผู้ลี้ภัย และสามารถปรับใช้ได้กับผู้ขอลี้ภัยอย่างเท่าเทียมกัน⁹⁶

ง. บทบาทของสำนักงานข้าหลวงใหญ่ผู้ลี้ภัยแห่งสหประชาชาติในกระบวนการส่งผู้ร้ายข้ามแดน

70. ในกรณีที่บุคคลที่ถูกขอให้ส่งผู้ร้ายข้ามแดนนั้นเป็นผู้ลี้ภัยหรือผู้ขอลี้ภัย สำนักงานข้าหลวงใหญ่ผู้ลี้ภัยแห่งสหประชาชาติมีอาณัติและความเกี่ยวข้องด้านความคุ้มครองซึ่งสามารถกระทำการที่มีความจำเป็นเพื่อให้แน่ใจว่าบุคคลดังกล่าวได้รับความคุ้มครองโดยขึ้นกับแต่ละเหตุการณ์ การกระทำนี้อาจเกี่ยวข้องกับการแทรกแซงผ่านเจ้าหน้าที่ระดับการทูตของรัฐผู้ได้รับคำร้องขอ หรือในบริบทของการดำเนินการส่งผู้ร้ายข้ามแดนทั้งทางตรง หรือผ่านทางทนาย หรือบุคคลที่เป็นตัวแทนของบุคคลในความคุ้มครองของสำนักงานข้าหลวงใหญ่ผู้ลี้ภัยแห่งสหประชาชาติ สำนักงานข้าหลวงใหญ่ผู้ลี้ภัยแห่งสหประชาชาติจะปรับใช้มาตรการที่เหมาะสมแม้ว่าตัวบทกฎหมายด้านการดำเนินการส่งผู้ร้ายข้ามแดนของรัฐผู้ได้รับคำร้องขอจะไม่ได้คำนึงถึงบทบาทที่เป็นทางการของสำนักงานข้าหลวงใหญ่ผู้ลี้ภัยแห่งสหประชาชาติ อาณัติของสำนักงานข้าหลวงใหญ่ผู้ลี้ภัยแห่งสหประชาชาติที่เป็นตัวแทนของบุคคลในความคุ้มครองที่เป็นบุคคลที่ระบุอยู่ในคำร้องขอส่งผู้ร้ายข้ามแดนนั้น มาจากธรรมนูญสำนักงานข้าหลวงใหญ่ผู้ลี้ภัยแห่งสหประชาชาติ ค.ศ. 1950 ประกอบมาตรา 35 แห่งอนุสัญญาฯ ค.ศ. 1951 อันเกี่ยวกับความรับผิดชอบในการควบคุมดูแล และมาตรา 1 ของพิธีสาร ค.ศ. 1967 และวรรค 8(a) แห่งธรรมนูญสำนักงานข้าหลวงใหญ่ผู้ลี้ภัยแห่งสหประชาชาติ เพื่อให้เป็นไปตามบทบัญญัติ รัฐควรให้ข้อมูลกับสำนักงานข้าหลวงใหญ่ผู้ลี้ภัยแห่งสหประชาชาติที่เกี่ยวข้องกับกรณีดังกล่าว⁹⁷ นอกจากนี้ผู้ลี้ภัยและผู้ขอลี้ภัยที่เป็นบุคคล

⁹⁵ อ่านได้จาก UNHCR, Recommendations on the European Commission Proposal for a Council Framework Decision on the European Arrest Warrant and the Surrender Procedures between Member States COM(2001)522 final 2001/0215 (CNS), October 2001; ดูเพิ่มเติมได้จาก UNHCR, Provisional Comments on the Proposal for a European Council Directive on Minimum Standards on Procedures in Member States for Granting and Withdrawing Refugee Status (Council Document 14203/04, Asile 64, of 9 November 2004), 10 February 2005 (เรียกว่า “UNHCR, Provisional Comments”), เข้าถึงได้ที่: <http://www.unhcr.org/cgi-bin/texis/vtx/refworld/rwmain?docid=42492b302>, คำแนะนำเกี่ยวกับมาตรา 6

⁹⁶ ดูเพิ่มเติมได้จาก UNHCR, Advisory Opinion on the rules of confidentiality, เชิงอรรถ 86 และดูเพิ่มเติมได้จากย่อหน้าที่ 93 ในเอกสารฉบับนี้

⁹⁷ อ่านได้จาก V. Türk, เชิงอรรถ 84, หน้าที่ 135–158

ที่ระบุตามคำร้องขอส่งผู้ร้ายข้ามแดนควรได้รับอนุญาตให้ติดต่อสำนักงานข้าหลวงใหญ่ผู้ลี้ภัยแห่งสหประชาชาติ และ/หรือองค์กรไม่แสวงผลกำไรที่ผ่านการรับรอง และทนายที่ให้คำปรึกษาด้านกฎหมาย⁹⁸

บทที่สี่ คุณสมบัติสำหรับความคุ้มครองผู้ลี้ภัยและการส่งตัวผู้ร้ายข้ามแดน

ก. การพิจารณาทั่วไป

71. ดังที่ได้กล่าวไว้ข้างต้น ข้อมูลที่ถูกเก็บรวบรวมได้ในบริบทของกระบวนการพิจารณาส่งผู้ร้ายข้ามแดนที่เกี่ยวข้องกับผู้ขอลี้ภัยอาจมีความเกี่ยวข้องกับคุณสมบัติที่จะเข้าข่ายการได้รับความคุ้มครองระหว่างประเทศ⁹⁹ เจ้าหน้าที่ที่ปฏิบัติงานเรื่องขอลี้ภัยที่กำลังตรวจสอบคำร้องขอของผู้เป็นที่ยึดการตัวนั้นต้องประเมินคำยืนยันจากรัฐผู้ร้องขอว่าบุคคลที่เป็นผู้ต้องการตัวนั้นได้เกี่ยวข้องกับความผิดทางอาญาหรือไม่อย่างระมัดระวัง ดังนั้นข้อมูลอื่นๆที่เกี่ยวข้องกับเหตุผลและพฤติการณ์ของการหลบหนีของผู้ยื่นคำขอลี้ภัย รวมไปถึงผลของการกลับสู่ประเทศภูมิลำเนาของบุคคลดังกล่าวจะต้องถูกนำมาพิจารณาว่าผู้ขอลี้ภัยนั้นมีความจำเป็นและสมควรที่จะได้รับความคุ้มครองระหว่างประเทศเป็นผู้ลี้ภัยหรือไม่

72. คำถามที่เกี่ยวกับคุณสมบัติการได้สถานะผู้ลี้ภัยอาจจะถูกตั้งขึ้นโดยเป็นผลมาจากการพิจารณาการส่งตัวผู้ร้ายข้ามแดน ทั้งนี้ขึ้นอยู่กับพฤติการณ์ สิ่งนี้อาจจะทำให้ต้องมีกรพิจารณาสถานภาพผู้ลี้ภัยของบุคคลผู้เป็นที่ยึดการตัวนั้นใหม่ ในกระบวนการการยกเลิกหรือการเพิกถอนสถานภาพผู้ลี้ภัย

73. ในกรณีทั้งหลายเหล่านี้ ความน่าเชื่อถือของข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับคำร้องขอส่งตัวผู้ร้ายข้ามแดนรวมไปถึงความสำคัญของข้อมูลดังกล่าว ในการพิจารณาคุณสมบัติเพื่อรับรองสถานภาพผู้ลี้ภัยนั้นจะต้องถูกประเมินโดยคำนึงถึงพฤติการณ์ทั้งหมดในกรณีนั้นๆ¹⁰⁰ นอกจากนี้ ขั้นตอนการพิจารณาสถานภาพผู้ลี้ภัย รวมไปถึงกระบวนการต่างๆที่อาจนำไปสู่การยกเลิกหรือการเพิกถอนสถานภาพผู้ลี้ภัยนั้นต้องมีมาตรการเชิงกระบวนการที่สมบูรณ์ หัวข้อข้างล่างนี้จะวิเคราะห์ถึงประเด็นเชิงสารบัญญัติและวิธีบัญญัติที่อาจเกิดขึ้นเมื่อมีการพิจารณาสถานภาพผู้ลี้ภัยที่เกี่ยวข้องกับคำขอส่งตัวผู้ร้ายข้ามแดน

ข. การพิจารณาสถานภาพผู้ลี้ภัยในกรณีที่เกี่ยวข้องกับการพิจารณาส่งตัวผู้ร้ายข้ามแดน

1. เกณฑ์เชิงสารบัญญัติ

หลักเกณฑ์การพิจารณาสถานภาพผู้ลี้ภัยภายใต้คำจำกัดความของผู้ลี้ภัยจากมาตรา 1A (2) ของอนุสัญญา ค.ศ. 1951

⁹⁸ อ่านได้จาก UNHCR, Asylum Processes, เชิงอรรถ 13, ย่อหน้าที่ 50(g)

⁹⁹ อ่านได้จากย่อหน้าที่ 59, 62 และ 64 ในเอกสารฉบับนี้

¹⁰⁰ รวมถึงในกรณีที่การดำเนินการส่งผู้ร้ายข้ามแดนเกี่ยวข้องกับผู้ลี้ภัยหรือผู้ขอลี้ภัยผู้ถูกออก“หมายแดง” (wanted (red) notice) โดยตำรวจสากลตามคำร้องขอรัฐสมาชิก ข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับ “หมายแดง” ตามที่รัฐสมาชิกร้องขอควรถูกพิจารณาไปในทางเดียวกันกับกรณีคำร้องขอส่งตัวที่ยื่นขอโดยรัฐผู้ร้องขอ ข้อมูลเพิ่มเติมเกี่ยวกับหมายต่างๆที่ออกโดยตำรวจสากล สามารถเข้าถึงได้ที่: <http://www.interpol.int>

74. ในการพิจารณาว่าผู้ขอลี้ภัยที่เป็นผู้ต้องการตัวโดยเจ้าหน้าที่จากประเทศภูมิลำเนาของบุคคลนั้นมีคุณสมบัติสำหรับสถานภาพผู้ลี้ภัยหรือไม่นั้น เจ้าหน้าที่ผู้ปฏิบัติงานเกี่ยวข้องกับการขอลี้ภัยต้องประเมินว่าบุคคลดังกล่าวนั้นกำลังแสวงหาการหลบหนีจากการดำเนินคดีทางกฎหมายที่ชอบธรรม หรือการลงโทษจากการกระทำในทางอาญามากกว่าที่จะเป็นการหนีจากการประหัตประหารในประเทศดังกล่าวหรือไม่ ถ้าหากมีการพบว่าผู้ขอลี้ภัยนั้นเป็นผู้หลบหนีจากกระบวนการยุติธรรมมากกว่าหนีจากการประหัตประหาร บุคคลดังกล่าวจะไม่เข้าข่ายนิยามผู้ลี้ภัยที่ได้บัญญัติไว้ในมาตรา 1A (2) ของอนุสัญญา ค.ศ. 1951 (หลักเกณฑ์การคัดเข้า) และคำขอลี้ภัยของบุคคลดังกล่าวนี้สมควรถูกปฏิเสธ¹⁰¹

75. ผู้ตัดสินคำขอลี้ภัยนั้นควรพิจารณาถึงความเป็นไปได้ที่เจ้าหน้าที่ในประเทศภูมิลำเนาของผู้ขอลี้ภัยนั้นได้ใช้การดำเนินคดีทางกฎหมายเพื่อเป็นเครื่องมือในการประหัตประหาร หรือคำขอสั่งตัวผู้ร้ายข้ามแดนนั้นถูกส่งเพื่อให้มีการส่งมอบตัวบุคคลผู้เป็นที่ต้องการตัว โดยมีเจตนาเพื่อการประหัตประหาร ทั้งนี้ ยังอาจมีสถานการณ์อื่นที่ผู้ขอลี้ภัยอาจถูกดำเนินคดีอย่างชอบธรรม แต่ผู้ขอลี้ภัยนั้นมีเหตุแห่งความกลัวอันมีมูลจะเชื่อได้ว่าจะถูกประหัตประหาร ซึ่งอาจอยู่ในบริบทของการดำเนินคดีของบุคคลดังกล่าว (อาทิ ความเสี่ยงที่จะถูกทรมานในระหว่างการกักตัวก่อนการดำเนินคดี) หรือโดยเหตุผลต่างๆที่มีได้เกี่ยวข้อง¹⁰² ภายใต้พฤติการณ์เหล่านี้ ผู้ยื่นคำขอลี้ภัยจะมีคุณสมบัติสำหรับสถานภาพผู้ลี้ภัยที่ถูกระบุไว้ในมาตรา 1A (2) ของอนุสัญญา ค.ศ. 1951 หากมีข้อเกี่ยวโยงระหว่างความกลัวการประหัตประหารกับเหตุที่ระบุตาม อนุสัญญา 1951¹⁰³

76. อย่างไรก็ตาม แม้ว่าบุคคลผู้เป็นที่ต้องการตัวนั้นพิสูจน์ได้ว่ามีคุณสมบัติตามนิยามของผู้ลี้ภัย อาจจะมี ความจำเป็นที่จะต้องมีการพิจารณาการปรับใช้วรรคตัดออกภายใต้มาตรา 1F ของอนุสัญญา ค.ศ. 1951

การคัดออกโดยมีพื้นฐานจากเกณฑ์ในมาตรา 1F ของอนุสัญญา ค.ศ. 1951

77. คำขอสั่งผู้ร้ายข้ามแดน และ/หรือ ข้อมูลที่เกี่ยวข้องจะก่อให้เกิดความจำเป็นที่จะต้องพิจารณาการคัดออกภายใต้มาตรา 1F ของอนุสัญญา ค.ศ. 1951 ถ้าหากมีข้อบ่งชี้ว่าบุคคลดังกล่าวอาจได้ก่อ หรือได้มีส่วนร่วมในการก่ออาชญากรรมที่เข้าข่ายในบทบัญญัตินั้น¹⁰⁴

¹⁰¹ อ่านได้จาก UNHCR, Handbook, เชิงอรรถ 46, ย่อหน้าที่ 56–60

¹⁰² หากรัฐผู้ร้องขอได้ให้คำมั่นทางการทูตเกี่ยวกับการปฏิบัติภายหลังการส่งตัวของบุคคลผู้เป็นที่ต้องการตัว การกระทำดังกล่าวควรได้รับการพิจารณาตามเกณฑ์ที่ระบุไว้ในย่อหน้าที่ 28 ในเอกสารฉบับนี้ และตามที่อธิบายอย่างละเอียดใน UNHCR, Note on Diplomatic Assurances, เชิงอรรถ 26

¹⁰³ ภายใต้ ข้อกำหนดอันเกี่ยวเนื่องกับความเชื่อมโยง (nexus requirement) บุคคลที่ตรงตามเกณฑ์กำหนดตามอนุสัญญา ค.ศ. 1951 คือ บุคคลที่มีความกลัวที่มีมูลจะเชื่อได้ว่าจะถูกประหัตประหารด้วยสาเหตุทางเชื้อชาติ ศาสนา สัญชาติ สมาชิกภาพในกลุ่มใดกลุ่มหนึ่งทางสังคม หรือความคิดทางการเมือง สำหรับแนวทางปฏิบัติเพิ่มเติมเกี่ยวกับเกณฑ์กำหนดตามอนุสัญญา ค.ศ. 1951 สามารถอ่านได้จาก UNHCR, Handbook, เชิงอรรถ 46, และ UNHCR's Guidelines on International Protection on specific aspects of the application of Article 1A(2) of the 1951 Convention, สามารถเข้าถึงได้ที่: <http://www.unhcr.org/cgi-bin/texis/vtx/refworld/rwmain?page=rsd>

¹⁰⁴ มาตรา 1F แห่งอนุสัญญา ค.ศ. 1951 บัญญัติว่า “ข้อกำหนดแห่งอนุสัญญานี้จะไม่ใช้ต่อบุคคลซึ่งมีเหตุผลหนักแน่นในอันที่จะทำให้พิจารณาได้ว่า

(a) บุคคลนั้นได้ประกอบอาชญากรรมต่อสันติภาพ อาชญากรรมสงครามหรืออาชญากรรมต่อมนุษยชาติตามที่บัญญัติไว้ในกรรมสารระหว่างประเทศต่างๆเกี่ยวกับเรื่องนี้

78. กฎหมายระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับผู้ลี้ภัยอื่นๆ นั้นมีการบัญญัติวรรคตัดออกเช่นกัน อนุสัญญาองค์การรัฐเอกราชแห่งภาคพื้นทวีปแอฟริกา ว่าด้วยการบังคับในลักษณะเฉพาะของปัญหาผู้ลี้ภัยในภาคพื้นแอฟริกา (OAU Convention) ค.ศ. 1969 บัญญัติไว้ในมาตรา 1(5) โดยได้คัดลอกบทกฎหมายจากมาตรา 1F ของอนุสัญญา ค.ศ. 1951 นอกจากการอ้างถึงหลักการและจุดประสงค์ของอนุสัญญาองค์การรัฐเอกราชแอฟริกา ว่าด้วยการบังคับในลักษณะเฉพาะของปัญหาผู้ลี้ภัยในภาคพื้นแอฟริกา นอกจากนี้ อนุสัญญาองค์การรัฐเอกราชแอฟริกา ได้บัญญัติถึงการสิ้นสุดของความคุ้มครองผู้ลี้ภัยถ้าหากผู้ลี้ภัย “ได้ก่ออาชญากรรมร้ายแรงที่มีได้เป็นอาชญากรรมทางการเมืองนอกประเทศที่ขอลี้ภัยหลังจากที่บุคคลดังกล่าวได้ถูกรับเข้าประเทศในฐานะผู้ลี้ภัย”¹⁰⁵ หรือหากผู้ลี้ภัยนั้นได้เข้าร่วมในกิจกรรมบ่อนทำลายต่อประเทศภาคีขององค์การรัฐเอกราชแอฟริกา¹⁰⁶ ถึงแม้ว่าจะถูกบัญญัติอยู่ในวรรคการสิ้นสุดสภาพผู้ลี้ภัย บทบัญญัติเหล่านี้มีผลบังคับตามบทพื้นฐานจากการพิจารณาวรรคตัดออก เนื่องจากอนุสัญญาองค์การรัฐเอกราชแอฟริกา นั้นเป็นส่วนเติมเต็มของอนุสัญญา ค.ศ. 1951 บทบัญญัติเหล่านี้ควรถูกตีความในขอบข่ายของอนุสัญญา ค.ศ. 1951 และถูกนำมาใช้ในลักษณะที่สอดคล้องกับอนุสัญญา ค.ศ. 1951 ดังนั้นการอ้างถึง “การกระทำที่ขัดต่อวัตถุประสงค์และหลักการขององค์การรัฐเอกราชแอฟริกา” นั้นควรถูกรวมอยู่ในข้อ 1F(c) ของอนุสัญญา ค.ศ. 1951 ในขณะที่กิจกรรมใดๆ ของผู้ลี้ภัยหลังจากการรับรองสถานะผู้ลี้ภัยอาจก่อให้เกิดการเพิกถอนสถานะผู้ลี้ภัยเนื่องด้วยว่าการกระทำดังกล่าวนั้นเข้าข่ายข้อ 1F (a) หรือ (c) ของอนุสัญญา ค.ศ. 1951¹⁰⁷ เท่านั้น บทบัญญัติที่เป็นวรรคตัดออกนั้นได้รวมอยู่ในวรรคที่ 7(d) ของธรรมนูญสำนักงานข้าหลวงใหญ่ผู้ลี้ภัยแห่งสหประชาชาติ ค.ศ. 1951 ด้วย¹⁰⁸

79. คำแนะนำอย่างละเอียดในมุมมองเชิงสารบัญญัติและวิธีบัญญัติ ที่เกี่ยวกับการใช้วรรคตัดออกนั้นสามารถดูได้ในแนวทางกรให้ความคุ้มครองระหว่างประเทศ ว่าด้วยการปรับใช้บทตัดออก มาตรา 1F แห่งอนุสัญญาว่าด้วยสถานภาพผู้ลี้ภัย ค.ศ. 1951 ประกอบ บันทึกภูมิหลัง ฉบับวันที่ 4 กันยายน ค.ศ. 2003¹⁰⁹ คำแนะนำเพิ่มเติมที่เกี่ยวข้องกับวรรคตัดออกในกรณีที่เกี่ยวข้องกับการกระทำที่ถือได้ว่าเป็นการเข้าข่ายการก่อการร้ายนั้นสามารถดูได้ใน แนวทางการให้ความ

(b) บุคคลนั้นได้ประกอบอาชญากรรมร้ายแรงซึ่งมิใช่อาชญากรรมการเมือง นอกอาณาเขตรัฐที่ตนขออาศัยลี้ภัยก่อนที่รัฐนั้นจะยอมรับเข้าอาณาเขตในฐานะผู้ลี้ภัย

(c) “บุคคลที่มีความผิดในการละเมิดวัตถุประสงค์และหลักการของสหประชาชาติ”

¹⁰⁵ มาตรา 1(4)(f) แห่งอนุสัญญาองค์การรัฐเอกราชแอฟริกา (OAU Convention)

¹⁰⁶ มาตรา 1(4)(g) ร่วมกับ มาตรา 3 แห่งอนุสัญญาองค์การรัฐเอกราชแอฟริกา (OAU Convention)

¹⁰⁷ เกณฑ์กำหนดเกี่ยวกับการเพิกถอนสถานะผู้ลี้ภัย อ่านได้จากย่อหน้าที่ 94-96 ในเอกสารฉบับนี้

¹⁰⁸ เนื่องจากมาตรา 1(F) แห่งอนุสัญญา ค.ศ. 1951 ระบุการกำหนดที่มีความเฉพาะเจาะจงเกี่ยวเนื่องบุคคลภายใต้ วรรค 7(d) แห่งธรรมนูญสำนักงานข้าหลวงใหญ่ผู้ลี้ภัยสหประชาชาติ เจ้าหน้าที่สำนักงานข้าหลวงใหญ่ผู้ลี้ภัยสหประชาชาติควรปรับใช้ อนุสัญญา ค.ศ. 1951 ในการพิจารณารณคดีตัดออก

¹⁰⁹ อ่านได้จาก Guidelines on Exclusion, เชีงอรธ 87, และ Background Note on the Application of the Exclusion Clauses: Article 1F of the 1951 Convention relating to the Status of Refugees, 4 September 2003, สามารถเข้าถึงได้ที่: <http://www.unhcr.org/cgi-bin/texis/vtx/refworld/rwmain?docid=3f5857d24> (เรียกว่า “Background Note on Exclusion”)

คุ้มครองระหว่างประเทศ ว่าด้วยการปรับใช้บทคัดออก มาตรา 1F แห่งอนุสัญญาว่าด้วยสถานภาพผู้ลี้ภัย ค.ศ. 1951 ในกรณีที่มีการกระทำที่เกี่ยวข้องกับการก่อการร้าย ฉบับ พฤษภาคม ค.ศ. 2008¹¹⁰

80. ถึงแม้ว่าจะมีความเชื่อมโยงระหว่างการส่งตัวผู้ร้ายข้ามแดนและวรรคตัดออก¹¹¹ ผู้พิจารณาคำขอลี้ภัยนั้นพึงคำนึงว่าการส่งผู้ร้ายข้ามแดนและวรรคตัดออกนั้นมีจุดประสงค์ที่ต่างกัน และยังคงควบคุมโดยเกณฑ์ที่กำหนดทางกฎหมายที่แตกต่างกัน การส่งผู้ร้ายข้ามแดนนั้นเป็นเครื่องมือที่รัฐต่างๆให้ความช่วยเหลือซึ่งกันและกันในเรื่องที่เกี่ยวกับอาชญากรรมตามสนธิสัญญาส่งตัวผู้ร้ายข้ามแดนและกฎหมายในประเทศต่างๆ รวมถึงบทบัญญัติที่เกี่ยวกับการส่งตัวผู้ร้ายข้ามแดนในสนธิสัญญาระหว่างประเทศอื่นๆ การตัดออกนั้นจะเกี่ยวข้องกับการปฏิเสธการให้ความคุ้มครองผู้ลี้ภัยระหว่างประเทศต่อบุคคลที่มีคุณสมบัติตามคำนิยามผู้ลี้ภัยในอนุสัญญา ค.ศ. 1951 แต่มีเหตุหนักแน่นที่จะทำให้พิจารณาว่าพวกเขาเหล่านั้นได้มีความผิดในคดีร้ายแรงหรือการกระทำที่ทารุณโหดร้าย การก่ออาชญากรรมประเภทดังกล่าว นั้นอาจก่อให้เกิดการคัดออกจากการให้ความคุ้มครองระหว่างประเทศแก่ผู้ลี้ภัยที่ได้บัญญัติไว้อย่างถาวรในมาตรา 1F ของอนุสัญญา ค.ศ. 1951

81. การที่บุคคลหนึ่งมีคุณสมบัติที่จะถูกส่งตัวเป็นผู้ร้ายข้ามแดนนั้น มิใช่หมายความว่า การคัดออกตามมาตรา 1F จะปรับใช้กับบุคคลดังกล่าวเสมอไป ถึงแม้ว่าในคดีอาญาต่างๆ ที่อาจถูกให้ส่งตัวผู้ร้ายข้ามแดนนั้นเข้าข่ายวรรคตัดออกตามมาตรา 1F ในเรื่องดังกล่าว แต่ก็ไม่มี การเชื่อมโยงโดยปริยายระหว่าง คดีที่ “คัดออกได้” และคดีที่ “สามารถส่งตัวผู้ร้ายข้ามแดนได้” ภายใต้สนธิสัญญาหรือบทบัญญัติส่งตัวผู้ร้ายข้ามแดนที่มีผลบังคับใช้ รัฐต่างๆ สามารถอนุญาตให้ส่งตัวผู้ร้ายข้ามแดนในคดีที่มีได้เข้าข่ายมาตรา 1F ของอนุสัญญา ค.ศ. 1951 ในทางกลับกัน คดีอาญาที่อาจส่งผลให้เกิดการคัดออกภาคใต้มาตรา 1F อาจมิใช่คดีที่สามารถส่งตัวผู้ร้ายข้ามแดนได้ตามข้อตกลงของการส่งตัวผู้ร้ายข้ามแดนระหว่างสองประเทศที่เกี่ยวข้อง ดังนั้น เมื่อมีการพิจารณาถึงการปรับใช้บทคัดออก ผู้พิจารณาคำขอลี้ภัยต้องตรวจสอบลักษณะและความหนักหนาของการกระทำดังกล่าวภายใต้ข้อกำหนดใน อนุมาตรา 1F

82. แนวทางดังกล่าวนี้ปรับใช้กับทุกกรณีที่มีความเป็นไปได้ของการคัดออก ซึ่งรวมถึงบุคคลที่เกี่ยวข้องกับการกระทำที่อาจถือเป็น “ความผิดร้ายแรงที่มีโทษความผิดทางการเมือง” ภายใต้คำจำกัดความของมาตรา 1F (b) ในทางหนึ่ง การคัดออกจะชอบธรรมได้เมื่ออาชญากรรมนั้นๆ มีความร้ายแรงเพียงพอให้ปฏิเสธความคุ้มครองระหว่างประเทศ ในอีก

¹¹⁰ อ่านได้จาก UNHCR, Guidelines on International Protection: Application of the Exclusion Clauses of Article 1F of the 1951 Convention Relating to the Status of Refugees in relation to acts considered to be terrorist in nature (HCR/GIP/03/05/Add.1, May 2008 (forthcoming) (เรียกว่า “Guidelines on Exclusion and acts of terrorism”).

¹¹¹ การส่งผู้ร้ายข้ามแดนและวรรคตัดออกมีความเกี่ยวพันกันอย่างใกล้ชิดทั้งในแนวความคิดและเบื้องหลังตามประวัติศาสตร์ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีที่มีการกล่าวหาว่าบุคคลดังกล่าวกระทำผิดทางอาญาซึ่งอาจทำให้บุคคลดังกล่าวเข้าข่ายมาตรา 1F(b) แห่งอนุสัญญา ค.ศ. 1951 ในบางช่วงขณะหนึ่ง การไม่ส่งผู้ร้ายข้ามแดนในกรณีที่เกี่ยวข้องกับคดีทางการเมืองตามที่ได้ระบุไว้ใน เหตุผลสำหรับการปฏิเสธคำร้องขอส่งตัวผู้ร้ายข้ามแดน (refusal ground) ภายใต้ “ข้อยกเว้นที่เกี่ยวกับความผิดทางการเมือง” (political offence exemption) ถือเป็นหลักสำคัญของการลี้ภัย อนุสัญญา ค.ศ. 1951 ไม่ได้เชื่อมโยงระหว่างการส่งผู้ร้ายข้ามแดนและวรรคตัดออก อย่างไรก็ตาม การที่มีการรวมวรรคตัดออกตามมาตรา 1F ซึ่งให้เห็นว่าผู้ส่งอนุสัญญา ค.ศ. 1951 ต้องการทำให้แน่ใจว่าผู้ที่กระทำผิดที่เลวร้ายและอาชญากรรมที่ร้ายแรงไม่ได้ใช้กระบวนการการลี้ภัยในทางที่ผิดเพื่อเป็นการหลีกเลี่ยงความรับผิดชอบทางอาญา อ่านได้จาก UNHCR, Guidelines on Exclusion, เซ็กรวรร 87, ย่อหน้าที่ 2 ดูเพิ่มเติมได้จาก S. Kapferer, Extradition and Asylum, เซ็กรวรร 2, ย่อหน้าที่ 318–319

ทางหนึ่ง อาชญากรรมนั้นต้องมีลักษณะที่ “ไม่เป็นการเมือง” ในบริบทของการประเมินการคัดออก เกณฑ์กำหนดเพื่อตัดสินว่าความผิดหนึ่งใดนั้นมีลักษณะเป็นความผิดทางการเมืองหรือไม่นั้น มาจากแนวทางที่ถูกใช้ในหลักนิติศาสตร์ภายใต้กฎหมายส่งตัวผู้ร้ายข้ามแดน บัจฉัยที่เกี่ยวข้องรวมถึง แรงจูงใจ บริบท วิธีการ และสัดส่วนของอาชญากรรมต่อวัตถุประสงค์¹¹² ขณะที่มีการกำหนดให้การกระทำทางอาญาต่างๆ ให้เป็นคดีที่ “มิใช่คดีการเมือง” มากขึ้นโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อขอส่งตัวผู้ร้ายข้ามแดน¹¹³ การกำหนดดังกล่าวมีความสำคัญต่อการตัดสินองค์ประกอบในทางการเมืองของอาชญากรรมในบริบทของการพิจารณาวรรคคัดออก อย่างไรก็ตาม การปรับใช้ของมาตรา 1F (b) ในอนุสัญญา ค.ศ. 1951 นั้น จะขึ้นอยู่กับกรณีกฎหมายตามข้อเท็จจริงเป็นรายกรณีไป¹¹⁴ นอกจากนี้ เพื่อให้มาตรา 1F(b) มีผลใช้อาชญากรรมที่ก่อนนั้นต้องเกิด “นอกประเทศที่ขอลี้ภัยก่อนที่บุคคลนั้นจะถูกรับเข้าประเทศนั้นๆ ในฐานะผู้ลี้ภัย”¹¹⁵

83. การตรวจสอบลักษณะ ความร้ายแรง และบริบทของความผิดทางอาญาที่บุคคลถูกกล่าวหาในบริบทของคำขอส่งตัวผู้ร้ายข้ามแดน และการประเมินตามเกณฑ์กฎหมายภายใต้กฎหมายผู้ลี้ภัยระหว่างประเทศนั้น มีความจำเป็นเมื่อการกระทำนั้นเข้าข่ายลักษณะการก่อการร้าย ในหลายกรณี การกระทำดังกล่าวเข้าข่ายหนึ่งในหลายอนุมาตราในมาตรา 1F ในอนุสัญญา ค.ศ. 1951 อย่างไรก็ตาม ข้อเท็จจริงที่ว่ากรณีก่อการร้ายใดอย่างหนึ่งถูกจัดเป็น “การก่อการร้าย” ไม่ว่าจะคำจำกัดความของการก่อการร้ายในกฎหมายระหว่างประเทศในระดับภูมิภาค หรือกฎหมายในประเทศ คำขอส่งตัวผู้ร้ายข้ามแดนไม่ได้แสดงให้เห็นว่าจะต้องมีการปรับใช้วรรคคัดออกในอนุสัญญา ค.ศ. 1951 ถึงแม้ว่าการตรวจสอบการนำมาใช้ของวรรคคัดออกนั้นจำเป็นที่จะต้องเกิดขึ้นในกรณีดังกล่าว¹¹⁶

84. อย่างไรก็ตาม พึงพิจารณาว่า เพื่อที่จะให้การคัดออกนั้นชอบธรรมจะต้องมีการพิสูจน์ว่าบุคคลดังกล่าวนั้นมีความรับผิดชอบต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นจากอาชญากรรมซึ่งเข้าข่ายมาตรา 1F ในอนุสัญญา ค.ศ. 1951 ภายใต้บทบัญญัตินั้น ผู้มีอำนาจตัดสินใจจำเป็นต้องมีหลักฐานที่ชัดเจนและเชื่อถือได้ซึ่งมีเหตุผลอันหนักแน่นในอันที่จะให้พิจารณาสำหรับการคัดออกจากการให้ความคุ้มครองผู้ลี้ภัยระหว่างประเทศ ข้อมูลที่ถูกส่งเพื่อสนับสนุนคำขอส่งตัวผู้ร้ายข้ามแดนนั้นอาจไม่เพียงพอตามมาตรฐานการพิสูจน์¹¹⁷

¹¹² สำหรับการอภิปรายอย่างละเอียด อ่านได้ที่ UNHCR, Background Note on Exclusion, เซิงอรรถ 109, ย่อหน้าที่ 41–43

¹¹³ ตามที่กล่าวไปในย่อหน้าที่ 42 ขอบเขตของ “ข้อยกเว้นที่เกี่ยวกับความผิดทางการเมือง” (political offence exemption) ได้ลดลงในช่วงศตวรรษที่ผ่านมา เนื่องมาจากจำนวนอาชญากรรมที่ถูกกำหนดว่าไม่มีลักษณะทางการเมืองที่เพิ่มขึ้นตามจุดประสงค์ของการส่งตัวผู้ร้ายข้ามแดน สำหรับการอภิปรายอย่างละเอียดเกี่ยวกับ “ข้อยกเว้นที่เกี่ยวกับความผิดทางการเมือง” (political offence exemption) ในกฎหมายการส่งตัวผู้ร้ายข้ามแดน อ่านได้จาก S. Kapferer, Extradition and Asylum, เซิงอรรถ 2, ย่อหน้าที่ 72–87

¹¹⁴ อ่านได้จาก UNHCR, Background Note on Exclusion, เซิงอรรถ 109, ย่อหน้าที่ 85–86 สำหรับการอภิปรายเกี่ยวกับพฤติการณ์ อาทิ การจี้เครื่องบิน ซึ่งอาจถูกพิจารณาว่าเป็นการกระทำทางการเมืองและไม่เข้าข่ายวรรคคัดออก (exclusion) จากสถานะผู้ลี้ภัย การพิจารณาที่คล้ายคลึงกันสามารถปรับใช้ได้กับอาชญากรรมในรูปแบบอื่นๆ ที่ถูกกำหนดว่า “มิใช่เป็นความผิดทางการเมือง” ในสนธิสัญญาระหว่างประเทศ

¹¹⁵ สำหรับข้อมูลเพิ่มเติมเกี่ยวกับการตีความมาตรา 1F(b) อ่านได้จาก UNHCR, Background Note on Exclusion, เซิงอรรถ 109, ย่อหน้าที่ 37–45 และย่อหน้าที่ 81 อ่านเพิ่มเติมได้ที่ S. Kapferer, Extradition and Asylum, เซิงอรรถ 2, ย่อหน้าที่ 315–338

¹¹⁶ รายละเอียดเพิ่มเติมทางแนวทางปฏิบัติเกี่ยวกับวรรคคัดออก (exclusion) ในกรณีที่เกี่ยวข้องกับการกระทำโดยทั่วไปที่ถูกพิจารณาว่าเป็นการก่อการร้าย สามารถอ่านเพิ่มเติมได้ที่ UNHCR's Guidelines on Exclusion and acts of terrorism, เซิงอรรถ 110

¹¹⁷ โดยทั่วไปคำร้องขอส่งตัวผู้ร้ายข้ามแดนจะต้องระบุถึงบุคคลผู้เป็นที่ต้องการตัวและระบุสาเหตุว่าทำไมจึงประสงค์อยากให้มีการส่งมอบตัวส่วนใหญ่แล้วรัฐผู้ร้องขอจำเป็นต้องส่งสำเนาหมายจับหรือการพิพากษาลงโทษ เนื้อหาเกี่ยวกับบทบัญญัติที่เกี่ยวข้อง ข้อมูลที่สามารถระบุ

85. ถ้าหากบุคคลดังกล่าวนั้นได้ถูกคัดออกจากสถานะผู้ลี้ภัย บุคคลนั้นจะไม่ได้รับผลประโยชน์ในการคุ้มครองจากการผลักดันกลับภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ ถึงแม้ว่าการส่งผู้ร้ายข้ามแดนอาจจะถูกตีกลับบนพื้นฐานของหลักการห้ามผลักดันกลับที่บัญญัติไว้ในสนธิสัญญากฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ หรือภายใต้สนธิสัญญาส่งผู้ร้ายข้ามแดนหรือกฎหมายที่เกี่ยวข้อง ถ้าประเทศที่ให้ที่พำนักมีอำนาจศาลเหนือการกระทำที่อาจเข้าข่ายการคัดออก ประเทศนั้นๆ สามารถดำเนินการทางกฎหมายในระบอบยุติธรรมภายในประเทศนั้นๆได้¹¹⁸ ในกรณีของอาชญากรรมที่คัดออกได้ในบางกรณี กฎหมายระหว่างประเทศบัญญัติเกณฑ์ไว้เพื่อ “ส่งผู้ร้ายข้ามแดนหรือดำเนินคดี” (*aut dedere aut judicare*)¹¹⁹

2. คำถามที่เกี่ยวกับกระบวนการ

86. ดังที่ได้บัญญัติไว้ในมาตรา 14 แห่งปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน และเป็นลักษณะสำคัญของการทำงานอย่างเหมาะสมของอนุสัญญาฯ ค.ศ. 1951 และพิธีสารเกี่ยวกับสถานภาพผู้ลี้ภัย ค.ศ. 1967 สิทธิในการแสวงหาและได้รับที่ลี้ภัยได้รวมถึงหน้าที่ของรัฐต่างๆ ที่จะจัดให้มีกระบวนการที่เป็นธรรมและมีประสิทธิภาพในการตรวจสอบการใช้กฎหมายผู้ลี้ภัยระหว่างประเทศนอกจากในสถานการณ์ที่มีผู้ลี้ภัยหลังไหลเข้าประเทศเป็นจำนวนมาก¹²⁰ ขณะที่ขั้นตอนการตรวจสอบคำขอลี้ภัยจะแตกต่างกันไปตามธรรมเนียมด้านการบริหาร และ/หรือ ระบบกฎหมายที่มีอยู่ ส่วนประกอบสำคัญต่างๆ นั้นมีความจำเป็นสำหรับการพิจารณาเพื่อให้มีมาตรฐานการตามหลักความคุ้มครองสากล¹²¹

ตัวผู้หลบหนี และคำอธิบายเกี่ยวกับข้อกล่าวหาต่อบุคคลนั้น รัฐผู้ถูกร้องขอสามารถขอทราบข้อมูลเพิ่มเติมถ้าพิจารณาแล้วมีความจำเป็นบางประเทศ (โดยเฉพาะอย่างยิ่งในทางกฎหมายจารีตประเพณี) อาจขอให้ส่งหลักฐาน (อาทิ คำให้การเป็นลายลักษณ์อักษร) หรือ ผ่านมาตรวัด (อาทิ มีความเพียงพอที่จะสนับสนุนว่าคดีของบุคคลผู้ต้องการตัวมีมูล) สำหรับข้อมูลเพิ่มเติม อ่านได้ที่ S. Kapferer, *Extradition and Asylum*, เชมอรรถ 2, ย่อหน้าที่ 46–55

¹¹⁸ ตามที่กล่าวไปในย่อหน้าที่ 2 ในเอกสารฉบับนี้ ข้อเท็จจริงที่ว่าความเป็นผู้ลี้ภัยหรือผู้ขอลี้ภัยนั้น มิได้ทำให้บุคคลนั้นถูกยกเว้นจากการถูกดำเนินคดี มาตรา 2 แห่งอนุสัญญาฯ ค.ศ. 1951 ได้แสดงให้เห็นถึงการกำหนดให้ผู้ลี้ภัยหรือผู้ขอลี้ภัยปฏิบัติตามกฎหมายและกฎข้อบังคับของประเทศผู้รับ และบุคคลที่ไม่ปฏิบัติตามอาจถูกดำเนินคดีตามกฎหมายในประเทศผู้รับตามกฎหมายกำหนด

¹¹⁹ อ่านได้จาก S. Kapferer, *Extradition and Asylum*, เชมอรรถ 2, ย่อหน้าที่ 21–32

¹²⁰ อ่านได้จาก UNHCR, *Asylum Processes*, เชมอรรถ 13, ย่อหน้าที่ 4–5; อ่านได้เพิ่มเติมจาก Executive Committee Conclusions No. 8 (XXVIII) – 1977 ว่าด้วยการพิจารณาสถานะผู้ลี้ภัย; No. 15 (XXX) – 1979 ว่าด้วยผู้ลี้ภัยที่ไม่มีประเทศลี้ภัย; No. 30 (XXXIV) – 1983 ว่าด้วยปัญหาเกี่ยวกับการที่ไม่มีมูลอย่างชัดเจนหรือการยื่นคำร้องขอของสถานะผู้ลี้ภัยโดยไม่บริสุทธิ์ใจ; No. 58 (XL) – 1989 ว่าด้วยการเดินทางอย่างไม่ปกติของผู้ลี้ภัยและผู้ขอลี้ภัยจากประเทศที่ได้รับความคุ้มครองแล้ว ความสำคัญของการเข้าถึงกระบวนการที่ยุติธรรมและมีประสิทธิภาพได้รับการยืนยันโดย Executive Committee ใน General Conclusions No. 29 (XXIV) – 1983; No. 55 (XL) – 1989; No. 65 (XLII) – 1991; No. 68 (XLIII) – 1992; No. 71 (XLIV) – 1993; No. 74 (XLV) – 1994; No. 81 (XLVIII) – 1997; No. 85 (XLIX) – 1998; No. 92 (LIII) – 2002; และ Conclusion No. 82 (XLVIII) – 1997 ว่าด้วยความคุ้มครองการลี้ภัย ดูเพิ่มเติมได้จาก Goal 1, Objective 2, point 2 ใน Programme of Action for the implementation of the Agenda for Protection, จัดทำขึ้นระหว่างการประชุมรัฐมนตรีของภูมิภาคแห่งอนุสัญญาฯ ค.ศ. 1951 และพิธีสาร ค.ศ. 1967 ว่าด้วยสถานภาพผู้ลี้ภัย ณ กรุงเจนีวา 12- 13 ธันวาคม 2001, and endorsed by the Executive Committee in its Conclusion No. 92 (LIII) – 2002, ย่อหน้า (a). The Conclusions on International Protection เข้าถึงได้ที่: <http://www.unhcr.org/cgi-bin/texis/vtx/refworld/rwmain?page= type&skip=0&type=EXCONC>

¹²¹ สำหรับการอธิบายโดยสรุปว่าด้วยแนวปฏิบัติที่ดีของรัฐเกี่ยวกับองค์ประกอบหลักๆ เหล่านี้ อ่านได้จาก UNHCR, *Asylum Processes*, เชมอรรถ 13, ย่อหน้าที่ 50

87. กรณีนี้ปรับใช้ได้เช่นเดียวกันในสถานการณ์ที่ผู้ขอลี้ภัยเป็นผู้ถูกร้องขอให้ส่งผู้ร้ายข้ามแดน ในกรณีดังกล่าว จากมุมมองของการให้ความคุ้มครองผู้ลี้ภัยระหว่างประเทศ ข้อกังวลหลักคือการทำให้นั่นใจว่าคำขอส่งตัวผู้ร้ายข้ามแดนนั้น จะไม่ขัดขวางผู้ลี้ภัยจากขั้นตอนการขอลี้ภัย หรืออาจจะก่อให้เกิดการจำกัดมาตรการคุ้มครองที่สำคัญในขั้นตอนการขอลี้ภัย สิ่งนี้จึงมีความสำคัญมากเป็นพิเศษเนื่องจากข้อเท็จจริงที่ว่า การส่งผู้ร้ายข้ามแดนอาจทำให้ผู้ลี้ภัยต้องกลับประเทศที่ผู้ลี้ภัยกลัวว่าจะมีอันตรายจากการถูกประหัตประหาร

88. กรณีนี้หมายความว่า การขอลี้ภัยนั้นไม่ควรถูกตัดสินให้ไม่รับไว้พิจารณาเพียงเพราะเหตุผลเดียวว่าคำขอลี้ภัยนั้นถูกส่งหลังจากเจ้าหน้าที่รัฐผู้ได้รับคำขอได้รับคำขอส่งตัวผู้ร้ายข้ามแดน การรับเข้าสู่วขั้นตอนการขอลี้ภัยนั้นอาจถูกปฏิเสธได้ในเฉพาะกรณีที่พิสูจน์ได้แล้วว่าบุคคลดังกล่าวได้มีความคุ้มครองที่มีมาตรฐานเดียวกับในอนุสัญญา ค.ศ. 1951 ในประเทศอื่น หรือบุคคลดังกล่าวสามารถเข้าถึงขั้นตอนการพิจารณาคำขอลี้ภัยและความคุ้มครองได้ในประเทศอื่น¹²² ในกรณีอื่น ๆ นั้น มีความจำเป็นที่จะต้องมีการประเมินเชิงเนื้อหาคำขอลี้ภัยจากผู้ยื่นคำขอลี้ภัย ด้วยเหตุผลที่กล่าวมาทั้งปวง การพิจารณาสถานะผู้ลี้ภัยนั้นควรกระทำโดยเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจที่เกี่ยวข้องกับการลี้ภัยของรัฐผู้ได้รับคำร้องขอ¹²³

89. ดังที่ได้กล่าวไว้ หากมีการส่งคำขอส่งตัวผู้ร้ายข้ามแดนหลังจากที่กระบวนการขอลี้ภัยได้เริ่มไปแล้ว ตามหลักทั่วไปกระบวนการขอลี้ภัยนั้นควรถูกดำเนินต่อไปในรัฐผู้ได้รับคำร้องขอ¹²⁴

90. ข้อเท็จจริงที่ว่าคำขอส่งตัวผู้ร้ายข้ามแดนนั้นถูกส่งแล้วไม่สามารถเป็นมูลฐานของการปฏิเสธคำขอลี้ภัยของบุคคลที่เป็นที่ต้องการตัว และคำขอลี้ภัยจะไม่สามารถถูกพิจารณาว่าไม่มีมูลอย่างชัดเจน หรือไม่บริสุทธิ์ใจเพียงเพราะว่ามีการยื่นคำขอส่งตัวผู้ร้ายข้ามแดน สิ่งนี้มีผลใช้ในกรณีที่บุคคลหนึ่งได้ส่งคำขอลี้ภัยหลังจากที่ได้รับทราบเกี่ยวกับคำขอส่งตัวผู้ร้ายข้ามแดน เนื่องจากการกระทำดังกล่าวอาจได้เตือนให้บุคคลนั้นให้รู้ถึงความเสี่ยงต่อการถูกประหัตประหาร คำขอลี้ภัยนั้นควรถูกตรวจสอบในกระบวนการขอลี้ภัยทั่วไปนอกจากราคำขอนั้นจะไม่มีมูลอย่างชัดเจนด้วยเหตุผลอื่น ๆ¹²⁵ ทั้งนี้ อาจมีความเหมาะสมในการจัดลำดับให้มีความกระบวนพิจารณาคำขอลี้ภัยก่อน

¹²² การย้ายบุคคลไปยังประเทศที่บุคคลนั้นได้รับรองสถานะผู้ลี้ภัยแล้ว (first country of asylum) จะมีความเหมาะสมเมื่อแน่ใจตั้งแต่ต้นแล้วว่าบุคคลนั้นได้รับการยอมรับให้เดินทางกลับและสามารถได้รับความคุ้มครองที่มีประสิทธิภาพในประเทศนั้น การเดินทางกลับไปยังประเทศทางผ่าน (safe third country) เพื่อการส่งไปสมัครเพื่อขอลี้ภัยจะมีความเหมาะสมเมื่อความรับผิดชอบในการประเมินคำร้องขอลี้ภัยได้ถูกกระทำในประเทศที่สาม ถ้าผู้ลี้ภัยได้รับความคุ้มครองจากการผลักดันกลับและจะสามารถแสวงหาที่ลี้ภัยและถ้าได้รับการรับรองสถานะจะสามารถลี้ภัยตามมาตรฐานสากลที่เป็นที่ยอมรับ อ่านได้จาก UNHCR, Asylum Processes, เซียงอรรถ 13, ย่อหน้าที่ 7-18 และ 50(b)-(c) และดูเพิ่มเติมได้จาก UNHCR Executive Committee Conclusion No. 15 (XXX) at 1979 ว่าด้วยผู้ลี้ภัยที่ไม่มีประเทศลี้ภัย, เข้าถึงได้ที่:

<http://www.unhcr.org/cgi-bin/texis/vtx/refworld/rwmain?docid=3ae68c960>

¹²³ อ่านได้จากย่อหน้าที่ 63 ในเอกสารฉบับนี้

¹²⁴ อ่านได้จากย่อหน้าที่ 64-68 ในเอกสารฉบับนี้

¹²⁵ อ่านเกี่ยวกับหลักเกณฑ์ถึงคุณสมบัติที่จะถือได้ว่า "ไม่มีมูลอย่างชัดเจน" ได้จาก UNHCR Executive Committee Conclusion No. 30 (XXXIV) – 1983 ว่าด้วยปัญหาเกี่ยวกับการที่ไม่มีมูลอย่างชัดเจนหรือการยื่นคำร้องขอของสถานะผู้ลี้ภัยโดยไม่บริสุทธิ์ใจ, เข้าถึงได้ที่:

<http://www.unhcr.org/cgi-bin/texis/vtx/refworld/rwmain?docid=3ae68c6118>. ดูเพิ่มเติมได้จาก UNHCR, Asylum Processes, เซียงอรรถ 13, ย่อหน้าที่ 24-33 และ 50(d)

91. คำร้องที่มีประเด็นเกี่ยวกับวรรคตัดออกภายใต้มาตรา 1F ของอนุสัญญาฯ ค.ศ. 1951 นั้นควรถูกตรวจสอบในกระบวนการขอลี้ภัยทั่วไป โดยมีการประเมินข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายที่วิเคราะห์ทุกแง่มุมของแต่ละกรณีโดยเจ้าหน้าที่ที่มีคุณสมบัติครบถ้วน มากกว่ากระบวนการพิจารณาผ่านขั้นตอนระหว่างการรับเข้ามาเบื้องต้นหรือในกระบวนการที่เร่งด่วน¹²⁶ อย่างไรก็ตาม ด้วยเหตุผลเพื่อประสิทธิภาพรวมถึงเพื่อรับรองการปรับใช้วรรคตัดออกอย่างเหมาะสม คำขอลี้ภัยที่มีประเด็นคัดค้านนั้นอาจถูกจัดลำดับให้มีการพิจารณาก่อนโดยหน่วยที่มีความเชี่ยวชาญในวรรคตัดออกภายในหน่วยงานที่รับผิดชอบในเรื่องการพิจารณาสถานะผู้ลี้ภัย¹²⁷

92. ในกระบวนการพิจารณาคำขอลี้ภัยนั้น มีความสำคัญอย่างมากที่จะต้องมีหลักประกันกระบวนการที่สมบูรณ์ โดยเฉพาะในเรื่องที่เกี่ยวกับสิทธิในการอุทธรณ์กับหน่วยงานอุทธรณ์ที่เป็นอิสระและเป็นกลางในกรณีที่ผลการพิจารณาสถานะผู้ลี้ภัยเป็นเชิงลบ และความคุ้มครองจากการผลักดันกลับตลอดระยะเวลาการพิจารณาคำขอลี้ภัย ซึ่งรวมถึงในขั้นตอนอุทธรณ์ และ/หรือ ขั้นตอนพิจารณาใหม่¹²⁸ หลักการนี้มีความสำคัญเป็นพิเศษในกรณีที่ผู้ขอลี้ภัยกำลังเป็นบุคคลที่เป็ผู้ต้องการตัวให้ส่งผู้ร้ายข้ามแดน เพราะการปฏิเสธสถานะผู้ลี้ภัยนั้นอาจส่งผลให้เกิดคำตัดสินให้มีการส่งมอบบุคคลดังกล่าวให้กับเจ้าหน้าที่รัฐในประเทศที่บุคคลนั้นกล่าวอ้างว่ามีความกลัวต่อการประหัตประหาร

93. ตลอดกระบวนการขอลี้ภัย ควรมีการเก็บความลับในทุกๆ ประเด็นของคำขอลี้ภัย¹²⁹ โดยหลักทั่วไปแล้วไม่ควรเปิดเผยใดๆ ที่เกี่ยวข้องกับการขอลี้ภัย หรือข้อเท็จจริงที่ว่าได้มีการยื่นขอลี้ภัยที่ถูกเปิดเผยต่อประเทศภูมิลาเนาหรือประเทศใดๆ หลักการนี้ใช้ได้กับกรณีที่ผู้ขอลี้ภัยอาจมีส่วนร่วมในการกระทำทางอาญา ไม่ว่าจะเป็ในประเทศภูมิลาเนาของบุคคลนั้นๆ หรือในประเทศที่สามก็ตาม หากมีการลงความเห็นอย่างเป็นทางการพิเศษที่จะติดต่อเจ้าหน้าที่รัฐนั้นๆ ในกรณีที่มีความต้องการข้อมูลเพิ่มเติมที่สามารถหาได้จากเจ้าหน้าที่รัฐเหล่านั้นเพื่อเหตุผลในการตัดสินคำขอส่งตัวผู้ร้ายข้ามแดนหรือตัดสินคำขอลี้ภัยที่เกี่ยวข้องกับคำขอส่งตัวผู้ร้ายข้ามแดน ข้อเท็จจริงที่ว่าบุคคลดังกล่าวได้ยื่นคำขอลี้ภัยนั้นก็ไม่ต้องเปิดเผยเช่นกัน¹³⁰

ค. การยกเลิกและการเพิกถอนสถานะผู้ลี้ภัย

¹²⁶ อ่านได้จาก UNHCR, Guidelines on Exclusion, เชิงบรรทัด 87, ย่อหน้าที่ 31; อ่านเพิ่มเติมได้จาก UNHCR, Background Note on Exclusion, เชิงบรรทัด 109, ย่อหน้าที่ 99

¹²⁷ อ่านได้จาก UNHCR, Background Note on Exclusion, เชิงบรรทัด 109, ย่อหน้าที่ 101 โปรดทราบว่าคำร้องขอลี้ภัยที่เกี่ยวข้องกับคำถามที่เกี่ยวกับวรรคตัดออก (exclusion) ภายใต้มาตรา 1F แห่งอนุสัญญาฯ ค.ศ. 1951 ไม่ควรปฏิบัติดังกรณีที่ไม่มีความชัดเจนอย่างชัดแจ้ง (manifestly unfounded), เพราะอาจทำให้เกิดความยุ่งยากในประเด็นใจความสำคัญและความน่าเชื่อถือที่ไม่ได้รับการพิจารณาอย่างเหมาะสมในกระบวนการที่มีการเร่งพิจารณา. อ่านได้จาก UNHCR, Asylum Processes, เชิงบรรทัด 13, ย่อหน้าที่ 29

¹²⁸ อ่านได้จาก UNHCR, Asylum Processes, เชิงบรรทัด 13, ย่อหน้าที่ 41-43 และ 50(p). ดูเพิ่มเติมได้จาก UNHCR, Background Note on Exclusion, เชิงบรรทัด 109, ย่อหน้าที่ 98

¹²⁹ อ่านได้จาก UNHCR, Asylum Processes, เชิงบรรทัด 13, ย่อหน้าที่ 50(m). ดูเพิ่มเติมได้จาก UNHCR, Advisory Opinion on the rules of confidentiality, เชิงบรรทัด 86.

¹³⁰ อ่านได้จากย่อหน้าที่ 57-58 และ 69 ในเอกสารฉบับนี้

94. หากบุคคลที่ถูกให้ขอสงตัวผู้ร้ายข้ามแดนนั้นได้รับการรับรองว่าเป็นผู้ลี้ภัยไปก่อนหน้าแล้ว ข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับคำขอสงตัวผู้ร้ายข้ามแดนของบุคคลดังกล่าวอาจก่อให้เกิดคำถามถึงคุณสมบัติของบุคคลนั้นต่อการรับความคุ้มครองผู้ลี้ภัย สิ่งนี้อาจนำไปสู่กระบวนการที่อาจนำไปสู่คำตัดสินให้ยกเลิกหรือถอนสถานะผู้ลี้ภัยของบุคคลที่ถูกยื่นขอสงตัวผู้ร้ายข้ามแดนได้ ขึ้นอยู่กับพฤติการณ์

- “การยกเลิก” นั้นอ้างอิงถึงคำตัดสินที่ทำให้สถานะผู้ลี้ภัยเป็นโมฆะ กล่าวคือ สถานะผู้ลี้ภัย ไม่สมควรถูกให้ตั้งแต่แรกเพราะบุคคลดังกล่าวไม่ได้มีคุณสมบัติตามเกณฑ์ในขณะที่มีคำตัดสินดั้งเดิม¹³¹ การยกเลิกนั้นส่งผลต่อคำพิพากษาที่มีผลถือเป็นที่สุด หมายความว่า คำตัดสินนั้นต้องไม่อยู่ภายใต้การอุทธรณ์หรือการพิจารณาใหม่ ผลดังกล่าวจะส่งผลย้อนหลังตั้งแต่ช่วงเวลาที่มีการเริ่มต้นกระบวนการพิจารณาที่มีความผิดพลาด (*ab initio or ex tunc* – จากจุดเริ่มต้นหรือจากอดีต)¹³²
- “การเพิกถอน” หมายถึงการถอนสถานะผู้ลี้ภัยในสถานการณ์ที่บุคคลที่ได้รับการรับรองสถานะอย่างถูกต้อง ต้องรับผิดจากความเสียหายที่เกิดขึ้นจากอาชญากรรมที่ตนก่อ ซึ่งเป็นการกระทำที่เข้าข่ายในมาตรา 1F(a) หรือ 1F(c) ของอนุสัญญาฯ ค.ศ. 1951 ภายหลังจากที่มีการรับรองสถานะผู้ลี้ภัยแล้ว¹³³ หลักการนี้มีผลสำหรับอนาคต (*ex nunc* – จากปัจจุบันเป็นต้นไป)¹³⁴

95. ไม่ใช่ทุกคำขอสงตัวผู้ร้ายข้ามแดนที่เกี่ยวข้องกับผู้ลี้ภัยจะกระตุ้นให้เกิดการพิจารณายกเลิกหรือเพิกถอนสถานะผู้ลี้ภัย ความจำเป็นที่จะต้องมีการตรวจสอบสถานะผู้ลี้ภัยที่ถูกยื่นขอสงตัวผู้ร้ายข้ามแดนอีกครั้งหรือไม่นั้น จะขึ้นอยู่กับลักษณะของข้อมูลที่ได้ เจ้าหน้าที่ของรัฐผู้ได้รับคำร้องนั้นจำเป็นต้องประเมินความน่าเชื่อถือของคำขอสงตัวผู้ร้ายข้ามแดนและข้อมูลที่เกี่ยวข้องที่ถูกส่งมาด้วยกัน รวมไปถึงความสำคัญของการประเมินคุณสมบัติของผู้ถูกยื่นขอสงตัวผู้ร้ายข้ามแดนสำหรับความคุ้มครองผู้ลี้ภัยระหว่างประเทศ กฎหมายในประเทศอาจกำหนดระยะเวลาหรือเกณฑ์อื่นๆ สำหรับการพิจารณาใหม่อีกครั้ง สำหรับกรณีที่คำตัดสินสถานะผู้ลี้ภัยที่เป็นที่สิ้นสุด จากมุมมองของการคุ้มครองระหว่างประเทศแล้ว การเริ่มกระบวนการยกเลิกสถานะผู้ลี้ภัยจะมีความเหมาะสมหากมีมูลเหตุที่จะสงสัยถึงความถูกต้องในคำตัดสินให้รับรองสถานะผู้ลี้ภัยตั้งแต่แรก ในทำนองเดียวกัน หากมีข้อมูลที่เชื่อถือได้ที่ชี้ชัดว่าผู้ที่ได้รับการรับรองสถานะเป็นผู้ลี้ภัยแล้วแต่ภายหลังได้มีการข้องเกี่ยวกับการกระทำที่อาจเข้าข่ายมาตรา 1F(a) หรือ 1F(c) ของอนุสัญญาฯ ค.ศ. 1951 อาจเป็นเหตุแห่งการเริ่มต้นขั้นตอนการเพิกถอนสถานะผู้ลี้ภัย

¹³¹ อาจเป็นเพราะว่าบุคคลนั้นไม่มีความหวาดกลัวซึ่งมีมูลอันจะกล่าวอ้างได้ว่า จะได้รับการประหารด้วยสาเหตุทางเชื้อชาติ ศาสนา สัญชาติ สมาชิกภาพในกลุ่มใดกลุ่มหนึ่งหรือทางความคิดด้านการเมือง หรือเพราะว่าบุคคลนั้นเข้าข่ายหนึ่งในวรรคตัดออกจากการได้รับความคุ้มครองด้วยผู้ลี้ภัยตามที่ระบุในอนุสัญญาฯ ค.ศ. 1951 ในขณะนั้น

¹³² การอภิปรายอย่างละเอียดเกี่ยวกับมาตรฐานและเกณฑ์เกี่ยวกับการยกเลิกสถานะผู้ลี้ภัย (cancellation of refugee status) สามารถอ่านได้จาก UNHCR’s Note on the Cancellation of Refugee Status วันที่ 22 พฤศจิกายน ค.ศ. 2004, เข้าถึงได้ที่: <http://www.unhcr.org/cgi-bin/texis/vtx/refworld/rwmain?docid=41a5dfd94>

¹³³ วรรคตัดออกในมาตรา 1F(a) และ 1F(b) แห่งอนุสัญญาฯ ค.ศ. 1951 ไม่ได้ใช้แค่ชั่วคราวหรือจำกัดแค่ในบางพื้นที่เท่านั้น

¹³⁴ แนวทางปฏิบัติอย่างละเอียดตามเกณฑ์สำหรับปฏิบัติการพิจารณาความสำคัญสำหรับการปรับใช้มาตรา 1F (a) และ 1F(c) แห่งอนุสัญญาฯ ค.ศ. 1951 ได้อธิบายไว้ใน UNHCR, Guidelines on Exclusion, เชิงอรรถ 89 และ UNHCR, Background Note on Exclusion, เชิงอรรถ 109. อ่านเพิ่มเติมได้จาก UNHCR, Guidelines on Exclusion and acts of terrorism, เชิงอรรถ 110

96. ไม่ว่าจะกรณีใดก็ตาม การสูญเสียสถานะผู้ลี้ภัยจะสอดคล้องกับกฎหมายผู้ลี้ภัยระหว่างประเทศต่อเมื่อเกณฑ์เชิงสารบัญญัติสำหรับการยกเลิกหรือเพิกถอนได้กำหนดให้เป็นไปตามกระบวนการที่มีมาตรการคุ้มครองให้กับปัจเจกชนนั้นอย่างสมบูรณ์¹³⁵ รวมถึงสิทธิในการส่งหลักฐานที่เกี่ยวข้องและโอกาสเข้าถึงการอุทธรณ์และการทบทวนคำตัดสินที่จะยกเลิกหรือเพิกถอนสถานะบนพื้นฐานของข้อเท็จจริงและกฎหมาย¹³⁶ อนึ่ง พึงพิจารณาว่าหลักการห้ามผลักดันกลับภายใต้กฎหมายผู้ลี้ภัยระหว่างประเทศนั้นยังคงมีผลกีดกันมิให้การส่งตัวผู้ร้ายข้ามแดนเกิดขึ้นจนกว่าคำตัดสินที่จะยกเลิกหรือเพิกถอนสถานะผู้ลี้ภัยเป็นที่สิ้นสุด ขณะที่กฎหมายส่งตัวผู้ร้ายข้ามแดนได้จำกัดระยะเวลาการพิจารณาคำขอส่งตัวผู้ร้ายข้ามแดน รัฐผู้ได้รับคำร้องขอส่งตัวผู้ร้ายข้ามแดนนั้นอาจจะถูกบังคับให้ปฏิเสธคำขอส่งตัวผู้ร้ายข้ามแดนหากขั้นตอนการยกเลิกหรือเพิกถอนสถานะยังไม่เสร็จสมบูรณ์¹³⁷ กฎเกณฑ์ที่เกี่ยวกับการรักษาความลับของข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับผู้ลี้ภัยดังกล่าวนั้นจะมีผลบังคับใช้เช่นเดียวกับในระหว่างกระบวนการพิจารณาสถานะผู้ลี้ภัย¹³⁸

บทที่ห้า สรุป

97. ดังที่ได้อธิบายไว้ในบันทึกแนวทางปฏิบัตินี้ การส่งตัวผู้ร้ายข้ามแดนนั้นมีความเกี่ยวข้องกับการลี้ภัยในหลายๆ ทางหากบุคคลที่เป็นผู้ต้องการตัวนั้นเป็นผู้ลี้ภัยหรือผู้ขอลี้ภัย สำนักงานข้าหลวงใหญ่ผู้ลี้ภัยแห่งสหประชาชาติรับรู้ถึงข้อกังวลที่มีเหตุผลของรัฐต่างๆ ในการทำให้มั่นใจว่าอาชญากรผู้หลบหนีคดีนั้น จะถูกนำตัวเข้าสู่กระบวนการยุติธรรม กระบวนการส่งตัวผู้ร้ายข้ามแดนนั้นเป็นเครื่องมือสำคัญในเรื่องนี้ อย่างไรก็ตาม ในบางกรณี คำขอส่งตัวผู้ร้ายข้ามแดนถูกใช้โดยมีจุดประสงค์ที่จะประทัดประหาร เรื่องนี้เป็นเรื่องที่น่าวิตกกังวลเนื่องจากการส่งตัวผู้ร้ายข้ามแดนนั้นอาจมีผลเท่ากับการส่งตัวผู้ลี้ภัย ไม่ว่าจะผ่านทางตรงหรือทางอ้อม กลับสู่ประเทศที่ผู้ลี้ภัยจะมีภัยถูกประทัดประหาร หรือภัยอื่นๆ อันมีอาจแก้ไขได้

¹³⁵ การพิจารณาสารบัญญัติที่อธิบายด้านบนในบทที่สี่.ข.1. ใช้ได้อย่างเท่าเทียมกันถ้าสถานะผู้ลี้ภัยของบุคคลผู้ต้องการตัวได้รับการพิจารณาในบริบทของการดำเนินการยกเลิกหรือเพิกถอนสถานะผู้ลี้ภัย

¹³⁶ สำหรับการอภิปรายเกี่ยวกับเกณฑ์ความยุติธรรมเชิงกระบวนการในการดำเนินการยกเลิกสถานะผู้ลี้ภัย อ่านได้จาก UNHCR, Note on Cancellation of Refugee Status, เชิงอรรถ 132, ย่อหน้าที่ 42–43 แนวทางปฏิบัติเกี่ยวกับหลักประกันกระบวนการ (procedural safeguards) ที่ควรถูกนำมาใช้ในการดำเนินการที่เกี่ยวข้องกับความเป็นไปได้ในการปรับใช้มาตรา 1F แห่งอนุสัญญาฯ ค.ศ. 1951 สามารถอ่านได้จาก UNHCR, Background Note on Exclusion, เชิงอรรถ 109, ย่อหน้าที่ 98

¹³⁷ อ่านได้จาก อาทิต คำตัดสินของ ศาลกลางสหพันธรัฐสวิส (Swiss Federal Tribunal) วันที่ 14 ธันวาคม ค.ศ. 2005, 1A.267/2005/gj, ที่ 3.4

¹³⁸ อาทิต ในมาตรา 38(1)(d) แห่งคำสั่งสหภาพยุโรป 2005/85/EC วันที่ 1 ธันวาคม ค.ศ. 2005 ว่าด้วยมาตรฐานขั้นต่ำเกี่ยวกับการดำเนินการของรัฐสมาชิกในการให้และเพิกถอนสถานะผู้ลี้ภัย (minimum standards on procedures in Member States for granting and withdrawing refugee status), เข้าถึงได้ที่: <http://www.unhcr.org/cgi-bin/texis/vtx/refworld/rwmain?docid=4394203c4>, ระบุไว้ว่า "...รัฐสมาชิกควรทำให้แน่ใจในกรอบของกระบวนการ [ที่จะพิจารณาสถานะผู้ลี้ภัยของบุคคลนั้นซ้ำอีกครั้ง]: ...ในกรณีที่ข้อมูลของบุคคลดังกล่าวได้ถูกรวบรวมเพื่อพิจารณาสถานะผู้ลี้ภัยอีกครั้ง จะมีได้มาจากตัวการแห่งการประทัดประหารซึ่งจะก่อให้เกิดตัวการนั้นได้ทราบข้อเท็จจริงว่าบุคคลดังกล่าวเป็นผู้ลี้ภัยที่สถานะได้ถูกนำมาพิจารณาซ้ำอีกครั้ง หรือทำให้เสี่ยงต่อบูรณาภาพทางร่างกาย ของบุคคลดังกล่าวและผู้ติดตาม หรือ เสรีภาพและความปลอดภัยต่อครอบครัวของบุคคลนั้นที่อาศัยอยู่ในประเทศภูมิลาเนา"

98. จากมุมมองของการให้ความคุ้มครองระหว่างประเทศ ข้อกังวลหลักเกี่ยวกับกรณีที่มีการส่งตัวผู้ร้ายข้ามแดนนั้นคือการต้องทำให้แน่ใจว่าผู้ที่มีความจำเป็นและเหมาะสมกับความคุ้มครองระหว่างประเทศจะสามารถเข้าถึงและได้รับประโยชน์จากการคุ้มครอง โดยในขณะเดียวกันก็ต้องหลีกเลี่ยงไม่ให้องค์กรที่เกี่ยวข้องกับการขอลี้ภัยถูกใช้ในทางที่ผิดโดยบุคคลที่แสวงหาที่หลบซ่อน โดยมีจุดประสงค์ที่จะหลบเลี่ยงผลของคดีร้ายแรงที่ตนได้ก่อไว้

99. ในแง่หนึ่ง ขั้นตอนนี้จำเป็นต้องมีการประเมินคุณสมบัติสำหรับการคุ้มครองผู้ลี้ภัยของบุคคลที่เป็นที่ต้องการตัวอย่างเข้มงวด จากการตรวจสอบข้อเท็จจริงต่างๆ และมีกระบวนการสังเกตการณ์ของเกณฑ์เชิงกระบวนการพิจารณาที่เป็นธรรม ดังที่ได้กล่าวไว้ข้างต้น บุคคลที่ต้องรับผิดชอบต่ออาชญากรรมต่าง ๆ นั้นอาจไม่มีคุณสมบัติที่จะได้รับสถานะผู้ลี้ภัย ไม่ว่าจะเป็นเพราะพวกเขาไม่มีคุณสมบัติเพียงพอตามคำนิยามของผู้ลี้ภัยที่ได้บัญญัติไว้ในมาตรา 1A(2) ในอนุสัญญาฯ ค.ศ. 1951 หรือเพราะการมีส่วนร่วมเกี่ยวข้องในอาชญากรรมร้ายแรงหรือการกระทำที่ชั่วร้ายนั้นได้ส่งผลให้มีการปรับใช้วรรคตัดออกในมาตรา 1F ของอนุสัญญาฯ ค.ศ. 1951

100. ในอีกแง่หนึ่ง หากผู้ลี้ภัยหรือผู้ขอลี้ภัยนั้นถูกยื่นขอส่งตัวผู้ร้ายข้ามแดน รัฐต่างๆ ต้องรับรองการปฏิบัติตามหน้าที่ที่ต้องให้ความคุ้มครองภายใต้กฎหมายผู้ลี้ภัยและกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ ภาระหน้าที่เหล่านี้สร้าง กรอบของกฎหมายในการดำเนินการการส่งตัวผู้ร้ายข้ามแดน และต้องมีการนำมาพิจารณาในขณะที่ประเมินว่าบุคคลผู้เป็นที่ต้องการตัวจะสามารถถูกส่งมอบตัวสู่รัฐผู้ร้องขออย่างถูกต้องตามกฎหมายได้หรือไม่ สิ่งสำคัญที่สุดในการพิจารณาการส่งตัวผู้ร้ายข้ามแดนของผู้ลี้ภัยหรือผู้ขอลี้ภัย ก็คือการที่รัฐต่างๆ ต้องผูกพันในการปฏิบัติตามหลักการห้ามผลักดันกลับภายใต้กฎหมายผู้ลี้ภัยและกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ

101. การส่งตัวผู้ร้ายข้ามแดนและกระบวนการพิจารณาสถานะผู้ลี้ภัยจะต้องมีการประสานงานร่วมกันเพื่อให้รัฐสามารถจะอาศัยการส่งตัวผู้ร้ายข้ามแดนให้เป็นเครื่องมือที่มีประสิทธิภาพในการป้องกันการได้รับยกเว้นจากการลงโทษ และเป็น การต่อสู้กับอาชญากรรมระหว่างประเทศซึ่งสอดคล้องกับหน้าที่การให้ความคุ้มครองระหว่างประเทศทั้งหมด