

บทที่ 4

ความรับผิดชอบทางอาญาของปัจเจกชนจากการละเมิดกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ ที่ใช้เพื่อการคุ้มครองพลเรือน

จากกฎเกณฑ์ที่กฎหมายบัญญัติถึงข้อห้าม หรือหลักเกณฑ์ต่างๆ ที่ทุกคนจะต้องเคารพ และปฏิบัติตามในภาวะสงครามดังที่กล่าวไปข้างต้นแล้วนั้น หากบุคคลใดไม่ได้ปฏิบัติตาม หรือ ละเมิดกฎเกณฑ์ที่กฎหมายได้บัญญัติไว้ อาจทำให้บุคคลนั้นต้องรับผิดชอบทางอาญาโดยไม่เพียงแต่ ผู้กระทำผิดเท่านั้นที่จะต้องรับโทษ แต่รวมไปถึงผู้ที่สนับสนุนให้บุคคลนั้นๆ กระทำความผิดก็ต้อง ได้รับโทษเช่นเดียวกัน ผู้สนับสนุน หรือผู้สมรู้ร่วมคิด คือบุคคลผู้ซึ่งจัดการ หรือวางแผน ยุยงให้ ผู้กระทำผิดกระทำการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ (Genocide) อาชญากรรมต่อมวลมนุษยชาติ (Crime against humanity) หรือการกระทำความผิดฐานอาชญากรรมสงคราม (War Crime) แต่เนื่องจาก ขอบเขตของวิทยานิพนธ์ฉบับนี้มุ่งที่จะศึกษาถึงหลักการคุ้มครองพลเรือนภายใต้อนุสัญญาเจนีวา ฉบับที่ 4 และพิธีสารเพิ่มเติมฉบับที่ 1 ดังนั้นจึงขอกล่าวถึงเฉพาะความผิดฐานอาชญากรรมสงคราม เท่านั้น

4.1. ความรับผิดชอบของปัจเจกชนตามกฎหมายระหว่างประเทศ

เมื่อมีผู้กระทำละเมิดพันธกรณีระหว่างประเทศไม่ว่าจะเป็นพันธกรณีที่กำหนดไว้ใน กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศหรือในสนธิสัญญาระหว่างประเทศ หรือพันธกรณีที่ เป็น กฎหมายเด็ดขาด (*jus cogens*) ผู้กระทำละเมิดดังกล่าวย่อมมีความผิดในทางระหว่างประเทศ

ในอนุสัญญาเจนีวาฉบับที่ 4 ได้บัญญัติถึงการกระทำที่เข้าข่ายความผิดฐานละเมิดอย่าง ร้ายแรงซึ่งบัญญัติให้รัฐภาคีมีพันธกรณีในการค้นหาตัวผู้กระทำผิด หรือผู้ที่ต้องสงสัยว่ากระทำ ความผิดนั้นๆ และนำตัวบุคคลเหล่านั้นเข้าสู่กระบวนการพิจารณาตัดสินในชั้นศาล หรือหากรัฐนั้นไม่ ต้องการดำเนินคดีกับผู้ต้องหาตนเอง รัฐนั้นก็ต้องส่งตัวไปให้รัฐอื่นดำเนินคดีแทน

ความรับผิดชอบในทางอาญาโดยปกติย่อมจะต้องตกอยู่กับบุคคลผู้กระทำผิดตามที่กฎหมาย ได้บัญญัติไว้ ซึ่งในความผิดอาญาระหว่างประเทศนั้น หมายความว่าความรวมไปถึงปัจเจกบุคคลที่กระทำ ละเมิดบทบัญญัติที่เป็นความผิดด้วย และความรับผิดชอบในทางอาญาในแง่ของ สนธิสัญญาแวร์ซายส์ (Versailles Peace Treaty) อนุสัญญาเจนีวา 1949 ซึ่งได้บัญญัติไว้อย่างชัดเจนว่าความรับผิด

ฐานอาชญากรรมสงครามไม่ได้ตกอยู่แต่เฉพาะบุคคลที่กระทำผิดเท่านั้น แต่รวมไปถึงผู้ที่สั่งการให้บุคคลนั้นๆปฏิบัติด้วย ไม่ว่าผู้สั่งการนั้นจะมีตำแหน่งหน้าที่อย่างไรก็ตาม¹

พันธกรณีที่เป็นกฎหมายเด็ดขาด (*jus cogens*) หรือที่เรียกอีกอย่างว่า **Peremptory Norm** เป็นรูปแบบหนึ่งของกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ แต่มีลักษณะพิเศษกว่าจารีตประเพณีระหว่างประเทศทั่วไป คือ เป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศที่มีผลผูกพันเป็นการทั่วไป (*obligation erga omnes*) และรัฐต่างๆไม่สามารถแก้ไข หรือเปลี่ยนแปลงตลอดจนยกเลิกหลักกฎหมายเด็ดขาดนี้ได้ด้วยสนธิสัญญา เนื่องจาก *jus cogens* นี้ เป็นหลักกฎหมายที่คำนึงถึงผลประโยชน์ของมนุษยชาติ โดยหลักการนี้ได้ถูกรับรองอย่างชัดเจนไว้ในมาตรา 53 แห่งอนุสัญญาเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 โดยวางหลักว่า “สนธิสัญญาใดๆซึ่งขัดแย้งกับหลักกฎหมายบังคับเด็ดขาดนั้นย่อมเป็นโมฆะ”

กฎหมายระหว่างประเทศที่ถือว่าเป็นหลักกฎหมายเด็ดขาด ได้แก่ ความผิดฐาน รุกราน (Aggression), ฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ (Genocide), อาชญากรรมต่อมวลมนุษยชาติ (Crime against humanity), ความผิดฐานอาชญากรรมสงคราม (War Crimes), ความผิดฐานโจรสลัด (Piracy), การค้าทาส (Slavery), การทรมาน (Torture)²

สาเหตุที่ฐานความผิดที่กล่าวมาข้างต้นถือเป็นหลักกฎหมายเด็ดขาด เนื่องจาก การกระทำเหล่านี้ประชาคมโลกเห็นว่าอาชญากรรมดังกล่าวส่งผลกระทบต่อประชาคมโลกเนื่องจากการกระทำดังกล่าวถือเป็นการคุกคามต่อความสงบสุขและความปลอดภัยของมวลมนุษยชาติ

¹ Hortensia D. T. Gutierrez Posse, “The relationship between international humanitarian law and the international criminal tribunals”, International review of the Red Cross Vol. 88 No. 861, ICRC (March 2006), p.70.

² M. Cherif Bassiouni, International Crimes: jus cogens and obligation erga omnes, <[www.lae.duke.edu/shell/cite.pl?59+law+&+contemp+probs.+63+\(fall+1996\)+pdf.>](http://www.lae.duke.edu/shell/cite.pl?59+law+&+contemp+probs.+63+(fall+1996)+pdf.>)

4.2. ความหมายของความผิดฐานอาชญากรรมสงคราม

ความผิดฐานอาชญากรรมสงคราม คือ การกระทำอาชญากรรมที่เป็นการละเมิดกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศที่ใช้บังคับในภาวะสงคราม ซึ่งในส่วนของกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศนี้องค์การกาชาดสากลได้สรุปหลักเกณฑ์พื้นฐานของกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศไว้ดังนี้³

- (ก.) บุคคลที่ออกจากการสู้รบหรือไม่มีส่วนเกี่ยวข้องกับการสู้รบจะต้องได้รับความคุ้มครองและการปฏิบัติอย่างมีมนุษยธรรมโดยไม่มีการเลือกปฏิบัติ
- (ข.) การฆ่า หรือทำร้ายศัตรูที่ยอมแพ้ หรือออกจากการสู้รบแล้วนั้นต้องห้าม
- (ค.) ผู้บาดเจ็บ หรือเจ็บป่วย จะต้องได้รับการดูแลและคุ้มครอง สัญลักษณ์ หรือเครื่องหมายขององค์การกาชาดสากลจะต้องได้รับความเคารพ
- (ง.) พลรบ และพลเรือนที่ถูกจับจะต้องได้รับการเคารพในชีวิต และศักดิ์ศรีความเป็นคน และต้องได้รับความคุ้มครองจากการกระทำรุนแรงใดๆก็ตาม รวมไปถึงการแก้แค้น และบุคคลที่ได้รับความคุ้มครองจะต้องมีสิทธิที่จะติดต่อสื่อสารกับครอบครัว และได้รับการบรรเทาทุกข์
- (จ.) บุคคลทุกคนจะต้องได้รับความคุ้มครองจากการถูกดำเนินคดีอย่างเป็นธรรม จะต้องไม่มีบุคคลใดก็ตามที่จะต้องรับโทษในสิ่งที่พวกเขาไม่ได้กระทำ จะต้องไม่มีบุคคลที่ถูกกระทำการอันเป็นการทรมาน ไม่ว่าจะทางร่างกาย หรือจิตใจ
- (ฉ.) รัฐภาคีคู่สงครามไม่มีสิทธิเลือกใช้วิธีการสู้รบอย่างไม่จำกัด
- (ช.) รัฐภาคีคู่สงครามจะต้องแยกพลรบออกจากพลเรือนเสมอ การโจมตีจะต้องจำกัด แต่เพียงเป้าหมายทางทหารเท่านั้น

จากหลักเกณฑ์ที่กล่าวมาข้างต้นนั้น ถือเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ ดังนั้น เมื่อมีการละเมิดกฎหมายพื้นฐานที่เป็นกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ การละเมิดดังกล่าวย่อมมีความผิดฐานอาชญากรรมสงคราม โดยในคำพิพากษาของศาลอุทธรณ์ศาล

³ Kriangsak Kittichaisaree, International Criminal Law, Oxford, 2001, pp.129-130

อาญาระหว่างประเทศชั่วคราวสำหรับดำเนินคดีกับบุคคลที่กระทำผิดในยูโกสลาเวียเดิมได้กล่าวว่า ความผิดฐานอาชญากรรมสงคราม จะต้องประกอบด้วย⁴

- (ก.) การละเมิดกฎเกณฑ์ระหว่างประเทศที่ได้คุ้มครอง หรือบัญญัติห้ามการกระทำใดๆ ซึ่งการกระทำเหล่านั้นจะต้องก่อให้เกิดผลกระทบที่ร้ายแรงต่อเหยื่อ
- (ข.) กฎเกณฑ์ที่ถูกละเมิดนั้นจะต้องเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ หรือเป็นส่วนหนึ่งของสนธิสัญญาซึ่งบังคับใช้อยู่
- (ค.) การละเมิดกฎเกณฑ์ดังกล่าวนั้นก่อให้เกิดความรับผิดชอบทางอาญาต่อบุคคลที่กระทำละเมิดต่อกฎเกณฑ์นั้น

อย่างไรก็ตาม ไม่ได้หมายความว่า การกระทำ ความผิดอาชญากรรมในระหว่างสงครามทั้งหมดเป็นความผิดฐานอาชญากรรมสงคราม การกระทำที่ถือเป็นความผิดฐานอาชญากรรมสงคราม คือ การกระทำที่เป็นความผิดนั้นจะต้องเชื่อมโยงไปถึงการกระทำที่เป็นปรีกษา

ความผิดฐานอาชญากรรมสงครามภายใต้ธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศชั่วคราวสำหรับดำเนินคดีกับบุคคลที่กระทำผิดในยูโกสลาเวียเดิม (Statute of the International Tribunal for the Former Yugoslavia) ได้แบ่งอาชญากรรมสงครามเป็น 2 ประเภท โดยในมาตรา 2 ได้บัญญัติเกี่ยวกับความผิดฐานละเมิดอย่างร้ายแรง ซึ่งความผิดดังกล่าวถูกบัญญัติไว้ในอนุสัญญาเจนีวาทั้ง 4 ฉบับซึ่งได้บัญญัติเกี่ยวกับความผิดร้ายแรงที่ได้กระทำขึ้นในระหว่างการเกิดสงคราม และในมาตรา 3 ได้บัญญัติห้ามการกระทำที่เป็นการละเมิดหลักจารีตในการทำสงคราม (Violations of laws or customs of war) โดยบทบัญญัติดังกล่าวไม่เพียงแต่จะนำไปใช้ในภาวะสงครามระหว่างประเทศเท่านั้น แต่ยังสามารถนำไปปรับใช้กับกรณีสงครามภายในได้เช่นกัน⁵

ส่วนความผิดฐานอาชญากรรมสงครามภายใต้อนุสัญญากรุงโรม (Rome Statute of the International Court) นั้นได้แบ่งความผิดฐานอาชญากรรมสงครามเป็น 4 กลุ่ม ได้แก่

⁴ Antonio Cassese, *International law*, Oxford University Press, New York, 2001, p.736

⁵ Tadic Jurisdiction Decision, paras 84-94 และนอกจากนี้ มาตรา 3 ธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศชั่วคราวสำหรับดำเนินคดีกับบุคคลที่กระทำผิดในยูโกสลาเวียเดิม ไม่ได้จำกัดฐานความผิดจากอนุสัญญากรุงเฮกซึ่งบัญญัติเกี่ยวกับกฎเกณฑ์การเข้าร่วมเป็นปรีกษาเท่านั้น แต่ยังรวมไปถึงบทบัญญัติในอนุสัญญาเจนีวา 1949 ด้วยเช่นกัน

- (ก.) ความผิดฐานอาชญากรรมสงครามภายใต้มาตรา 8(2)(a) ซึ่งบัญญัติเกี่ยวกับความผิดฐานละเมิดร้ายแรงที่ได้บัญญัติไว้ในอนุสัญญาเจนีวา 1949
- (ข.) ความผิดฐานอาชญากรรมสงครามภายใต้มาตรา 8(2)(b) ซึ่งบัญญัติห้ามการกระทำการละเมิดหลักจารีตประเพณีที่นำมาปรับใช้ในสภาวะสงครามระหว่างประเทศ
- (ค.) ความผิดฐานอาชญากรรมสงครามในสงครามภายใน ซึ่งบัญญัติเกี่ยวกับการละเมิดมาตรา 3 ร่วมอนุสัญญาเจนีวา ตามมาตรา 8(2)(c) แห่งธรรมนูญกรุงโรม
- (ง.) ภายใต้มาตรา 3(2)(c) แห่งธรรมนูญกรุงโรมซึ่งบัญญัติเกี่ยวกับการละเมิดกฎหมายจารีตประเพณีที่นำมาปรับใช้ในสภาวะสงครามอย่างร้ายแรง

4.3. ฐานความผิดที่สำคัญและองค์ประกอบความผิดที่เกี่ยวกับการละเมิดกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศที่ใช้เพื่อการคุ้มครองพลเรือน

4.3.1. ความผิดฐานอาชญากรรมสงครามอันเป็นการละเมิดอย่างร้ายแรงภายใต้อนุสัญญาเจนีวา

ฐานความผิดที่จัดอยู่ในหมวดนี้ คือ ความผิดที่อนุสัญญาเจนีวาบัญญัติไว้ว่า การกระทำใดเป็นการละเมิดอย่างร้ายแรง ซึ่งฐานความผิดทั้งหลายซึ่งได้บัญญัติไว้ในอนุสัญญาเจนีวา ถูกนำมารวมไว้ในอนุสัญญากรุงโรม มาตรา 8(2)(a) โดยความผิดฐานละเมิดอย่างร้ายแรงภายใต้อนุสัญญาเจนีวา 1949 นั้นถือเป็นอาชญากรรมสงครามที่ร้ายแรง ซึ่งจะต้องเป็นการกระทำต่อบุคคลหรือทรัพย์สินที่ได้รับความคุ้มครองภายใต้อนุสัญญาเจนีวาทั้งสิ้น อย่างไรก็ตาม แม้ว่าพิธีสารเพิ่มเติมฉบับที่ 1 จะได้ขยายขอบเขตของการกระทำอันถือเป็นการละเมิดอย่างร้ายแรง บทบัญญัติของพิธีสารเพิ่มเติมฉบับที่ 1 นี้ก็ไม่อยู่ในขอบเขตของบทบัญญัติในมาตรา 8(2)(a) แห่งธรรมนูญกรุงโรม เนื่องจาก พิธีสารเพิ่มเติมฉบับที่ 1 นั้น มีเพียงบางรัฐเท่านั้นที่เข้าเป็นภาคีในพิธีสารฉบับนี้ แต่อนุสัญญาเจนีวาทั้งสิ้นฉบับนั้น รัฐทุกรัฐในโลกให้การยอมรับ ซึ่งถือเป็นลักษณะพิเศษของกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ

ฐานความผิดที่อยู่ในกลุ่มของความผิดฐานอาชญากรรมสงครามซึ่งเป็นการละเมิดอย่างร้ายแรงภายใต้อนุสัญญาเจนีวา ที่สำคัญมีดังนี้

4.3.1.1. ความผิดฐานเจตนาฆ่า (Willful Killing)

บทบัญญัติมาตรา 8 (2) (a) (i) แห่งธรรมนูญกรุงโรมได้บัญญัติถึงความผิดฐานเจตนาฆ่า คือ การฆ่าบุคคลที่ได้รับคุ้มครองโดยไม่คำนึงถึงวิธีการฆ่าไม่ว่าจะเป็นรูปแบบใด ซึ่งอาจเป็นการกระทำ หรือละเว้นจากการกระทำก็ได้ โดยส่งผลให้บุคคลนั้นต้องเสียชีวิต และผู้กระทำผิดต้องมีเจตนาฆ่า หรือทำร้ายให้เกิดการบาดเจ็บสาหัส ยกตัวอย่างเช่น หากจับผู้สูงอายุกักขังไว้เป็นเวลานานและปล่อยเขาทิ้งไว้โดยไม่ทำการรักษาพยาบาล ซึ่งสามารถสังเกตเห็นได้ว่าการบาดเจ็บนั้น หากไม่ได้รับการรักษาอย่างทันท่วงทีอาจทำให้บุคคลนั้นถึงแก่ความตายได้ และหากต่อมาบุคคลนั้นเสียชีวิตลงเนื่องจากอาการบาดเจ็บดังกล่าวผู้นั้นย่อมมีความผิดฐานจงใจฆ่า โดยองค์ประกอบภายในนี้อาจพิจารณาจากสภาพแวดล้อมเพื่อที่จะได้สามารถตัดสินได้ว่าผู้กระทำผิดนั้นสังเกตเห็นผลจากการกระทำของตนหรือไม่

องค์ประกอบความผิดฐานเจตนาฆ่า คือ

1. ผู้กระทำผิดได้ฆ่าบุคคลตั้งแต่ 1 คนขึ้นไป⁶
2. บุคคลที่ถูกฆ่าต้องเป็นบุคคลที่ได้รับความคุ้มครองภายใต้สนธิสัญญาเจนีวา
3. ผู้กระทำผิดจะต้องทราบถึงข้อเท็จจริงนั้นว่าบุคคลนั้นได้รับความคุ้มครอง
4. การกระทำความผิดมาสามารถเชื่อมโยงไปยังสงครามระหว่างประเทศได้
5. ผู้กระทำผิดจะต้องทราบว่ามีการกระทำความผิดขัดต่อกฎหมายระหว่างประเทศ

4.3.1.2. ความผิดฐานกระทำการอันเป็นการทรมาน การปฏิบัติอย่างไร้มนุษยธรรม และการจับผู้ที่มีความคุ้มครองไปทดลองทางชีววิทยา

ก.) การกระทำอันเป็นการทรมาน

ผู้ที่กระทำอันเป็นการทรมาน อาจถูกดำเนินคดีฐานละเมิดอย่างร้ายแรง (Grave Breach) เนื่องจากการกระทำความผิดขัดกับกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ โดยปกติความผิดฐานกระทำการอันเป็นการทรมานภายใต้กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศจะประกอบไปด้วย “การกระทำ หรือ การละเว้น โดยการทรมาน หรือได้รับคำสั่งจากหัวหน้าให้กระทำการอันเป็นการ

⁶ การฆ่า หมายความว่ารวมถึงการกระทำการใดๆที่เป็นเหตุให้บุคคลถึงแก่ความตาย

ต้องห้ามซึ่งก่อให้เกิดความทุกข์ทรมานอย่างแสนสาหัสไม่ว่าจะทางร่างกาย หรือจิตใจก็ตาม”⁷ โดย
ธรรมนูญกรุงโรมได้บัญญัติกฎเกณฑ์ดังกล่าวไว้ในมาตรา 8 (2) (a) (ii)

ในบริบทของความผิดฐานกระทำอันเป็นการทรมานมีองค์ประกอบความผิดดังนี้ :

1. ผู้กระทำความผิดจะต้องกระทำการใด ๆ อันเป็นการก่อให้เกิดการบาดเจ็บสาหัสไม่ว่าจะเป็นทางร่างกาย หรือจิตใจต่อบุคคลมากกว่า 1 คนขึ้นไป
2. การกระทำการอันเป็นการทรมานจะต้องเป็นการกระทำเพื่อวัตถุประสงค์ในการได้รับข้อมูลจากผู้กระทำความผิดต้องการ หรือทรมานเพื่อบังคับให้ผู้ถูกทรมานสารภาพผิด เพื่อลงโทษ
3. บุคคลผู้ถูกทรมานจะต้องเป็นบุคคลที่ได้รับความคุ้มครองภายใต้อนุสัญญาเจนีวา 1949
4. ผู้กระทำความผิดจะต้องทราบว่าบุคคลนั้นได้รับความคุ้มครองภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ
5. การทรมานนั้นสามารถเชื่อมโยงไปยังสถานการณ์สงครามระหว่างประเทศที่เกิดขึ้นได้
6. ผู้กระทำความผิดจะต้องทราบว่ามีการกระทำความผิดดังกล่าวขัดต่อกฎหมายระหว่างประเทศ

นอกจากนี้ต้องมีบุคคลอย่างน้อยหนึ่งคนที่มีส่วนร่วมกับการทรมานจะต้องเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐ หรือคนของหน่วยงานใด ๆ ของรัฐ

อย่างไรก็ตาม กฎหมายไม่ได้กำหนดถึงระดับของการบาดเจ็บว่าอย่างไรจึงจะถือว่าเป็นการทรมาน ซึ่งการจะตัดสินว่าเป็นการทรมานหรือไม่ศาลจะพิจารณาเป็นราย ๆ ไป ส่วนการ

⁷ Kriangsak Kittichaisaree, International Criminal Law, Oxford University Press, 2001, p. 143 อ้างถึงใน Celebici, para.442 See also paras 443,452-74 . The ICTY Trial Chamber ได้ให้คำจำกัดความหลังจากพิจารณาถึงคำจำกัดความของการกระทำอันเป็นการทรมานภายใต้ the 1984 Convention against Torture and other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (UN Doc. A/RES/39/46 of 10 Dec 1984)

บาดเจ็บ หรือทุกข์ทรมานที่เกิดขึ้นเนื่องจากการกระทำ หรือ มาตรการที่ชอบด้วยกฎหมาย โดยการบาดเจ็บ ทุกข์ทรมานนั้นไม่ถือว่าอยู่ในขอบเขตของฐานความผิดนี้⁸

การข่มขืนก็ถือว่าเป็นการกระทำอันก่อให้เกิดความทุกข์ทรมานด้วยเช่นกัน ดังที่ศาลอาญาระหว่างประเทศชั่วคราวสำหรับดำเนินคดีกับบุคคลที่ได้กระทำผิดในยูโกสลาเวียเดิม (ICTY) ชั้นอุทธรณ์ได้พิจารณาคดี *Furundzija* โดยศาลได้พิพากษายืนตามคำตัดสินของศาลชั้นต้นว่า การข่มขืนถือเป็นการกระทำอันเป็นการทรมาน ซึ่งในข้อเท็จจริงของคดีนี้ คือ ผู้ต้องหาได้นำมัดมือไปตามร่างกายของสตรีที่เปลือยกายต่อหน้าทหารที่ยืนมองและหัวเราะกันอยู่หลายคน โดยผู้กระทำผิดระบุว่าหากไม่ตอบคำถามที่ถามไป จะนำมัดมือสอดเข้าไปที่อวัยวะเพศของหญิงนั้น ซึ่งการกระทำดังกล่าวศาลมองว่า เป็นการคุกคามและทำให้หญิงคนนั้นเสื่อมเสียเกียรติ ซึ่งก่อให้เกิดผลกระทบที่ร้ายแรงต่อร่างกาย และจิตใจของเหยื่อ

นอกจากการกระทำอันเป็นการทรมานซึ่งต้องห้ามตามมาตรา 8(2)(a)(ii) ของอนุสัญญากรุงโรมแล้วยังมีความผิดอีกฐานหนึ่งที่มีลักษณะคล้ายกับความผิดฐานกระทำการอันเป็นการทรมาน คือ ตามมาตรา 8(2)(a)(iii) ความผิดฐานจงใจกระทำการอันก่อให้เกิดความทุกข์ทรมานสาหัส หรือก่อให้เกิดการบาดเจ็บอย่างร้ายแรงต่อร่างกาย หรือจิตใจ โดยความผิดฐานนี้สาเหตุที่สามารถแยกออกจากความผิดฐานทรมานได้นั้นเนื่องจากการกระทำ หรือการละเว้นการกระทำที่ก่อให้เกิดความทุกข์ทรมานสาหัส หรือก่อให้เกิดการบาดเจ็บร้ายแรงนั้น องค์ประกอบความผิดของฐานความผิดนี้ไม่ต้องการวัตถุประสงค์ หรือเป้าหมายของการกระทำดังเช่นความผิดฐานทรมาน ซึ่งมีวัตถุประสงค์เพื่อให้ได้ข้อมูล หรือให้ผู้กระทำการใดๆที่ผู้กระทำผิดต้องการ และความผิดฐานนี้ยังรวมไปถึงการข่มขืนอีกด้วย

การกระทำ หรือ ละเว้นการกระทำโดยจงใจ ไม่ใช่เกิดขึ้นจากอุบัติเหตุ โดยการกระทำดังกล่าวไม่จำเป็นจะต้องเป็นการทำร้ายร่างกายเสมอไป ยกตัวอย่างเช่น ในคดี *Celebici* ผู้ต้องหาปฏิบัติต่อผู้ต้องขังอย่างเลวร้ายในคุก *Celebici* (*Celebici prison camp*) โดยจัดให้ผู้ต้องขังอยู่ในคุกและกระทำการอันเป็นการทารุณโหดร้าย โดยการไม่ให้อาหารแก่ผู้ต้องขังอย่างเพียงพอ ไม่ให้การดูแลช่วยเหลือทางด้านสุขภาพ รวมไปถึงที่นอนและห้องน้ำ ซึ่งสภาพเหล่านี้ทำให้ผู้ต้องขังได้รับความทุกข์ทรมานทั้งทางด้านร่างกายและจิตใจ

⁸ *Ibid*, p. 144.

ข.) การปฏิบัติอย่างไรมนุษยธรรม

การปฏิบัติอย่างไรมนุษยธรรม คือ การจงใจกระทำ หรือ ละเว้นการกระทำใดๆ อันเป็นการไรมนุษยธรรม ซึ่งก่อให้เกิดการบาดเจ็บ ทุกข์ทรมานไม่ว่าจะเป็นทางด้านร่างกาย หรือจิตใจ และการกระทำดังกล่าวนั้นขัดกับหลักการคุ้มครองขั้นพื้นฐาน โดยเฉพาะอย่างยิ่ง การละเมิดศักดิ์ศรีความเป็นคน การกระทำใดที่ถือเป็นการปฏิบัติอย่างไรมนุษยธรรมหรือไม่ นั้นไม่ได้มีบัญญัติไว้อย่างชัดเจน ศาลจะพิจารณาเป็นคดีไป

ตัวอย่างการกระทำอันไรมนุษยธรรม เช่น การบังคับให้พ่อและลูกมัดกันติดอีกฝ่ายเป็นเวลาอย่างน้อย 10 นาที หรือกรณีที่คุณหมอใช้ไฟฟ้าช็อตผู้ต้องขัง

อย่างไรก็ตาม ผู้ที่ได้รับการปฏิบัติอย่างไรมนุษยธรรมไม่จำเป็นต้องมีชีวิตอยู่เสมอไป การกระทำต่อร่างของผู้ตาย เช่น การตัดร่างกายของผู้ตายออกเป็นส่วนๆ หรือ การปฏิเสธที่จะให้มีการทำพิธีศพตามศาสนา เช่นนี้ ถือว่าเป็นการกระทำที่ไรมนุษยธรรมเช่นเดียวกัน

ค.) การจับผู้ที่ได้รับการคุ้มครองไปทำการทดลองทางชีววิทยา

การจับผู้ที่ได้รับการคุ้มครองไปทดลองทางชีววิทยา ถือเป็นส่วนหนึ่งของการปฏิบัติอย่างไรมนุษยธรรม ซึ่งถือเป็นการละเมิดอย่างร้ายแรง โดยความผิดฐานทรมาน การได้รับการปฏิบัติอย่างไรมนุษยธรรม รวมถึงการจับผู้ที่ได้รับความคุ้มครองไปทดลองทางชีววิทยานั้น ได้นำหลักเกณฑ์ดังกล่าวมาจาก อนุสัญญาเจนีวา ฉบับที่ 1 มาตรา 50 อนุสัญญาเจนีวาฉบับที่ 2 มาตรา 51, อนุสัญญาเจนีวาฉบับที่ 3 มาตรา 40 และอนุสัญญาเจนีวาฉบับที่ 4 มาตรา 147 แต่อย่างไรก็ตาม อนุสัญญาเจนีวาทั้งสี่ฉบับก็ไม่ได้ให้คำจำกัดความของคำว่า การทดลองทางชีววิทยาว่าเป็นอย่างไร เพียงแต่บัญญัติห้ามการจับคนไปทดลองทางด้านชีววิทยาทุกรูปแบบ แม้ว่าผู้ที่จะถูกนำไปทดลองทางชีววิทยาจะยินยอมแล้วก็ตาม หากการทดลองนั้นไม่สามารถพิสูจน์ หรือแสดงผลอันสมควรทางการแพทย์ได้

องค์ประกอบความผิดฐานจับผู้ที่ได้รับการคุ้มครองไปทดลองทางชีววิทยา

1. ผู้กระทำความผิดจะต้องนำบุคคลมากกว่า 1 คนขึ้นไปมาทำการทดลองทางชีววิทยา
2. การทำการทดลองทางชีววิทยานั้นทำอันตรายแก่ร่างกาย หรือจิตใจต่อบุคคลที่ถูกนำไปทดลอง
3. การทดลองทางชีววิทยานั้นไม่ใช่เป็นการทดลองที่เกี่ยวข้องกับการบำบัดรักษาโรค หรือการทดลองนั้นไม่ใช่เป็นการทดลองด้วยสาเหตุทางการแพทย์

4. บุคคลที่ถูกนำไปทดลองทางชีววิทยานั้นเป็นบุคคลที่ได้รับความคุ้มครองภายใต้อนุสัญญาเจนีวา 1949
5. ผู้กระทำความผิดรู้ว่าบุคคลที่ถูกนำมาทดลองนั้นเป็นบุคคลที่ได้รับความคุ้มครอง
6. การกระทำดังกล่าวสามารถเชื่อมโยงกับสงครามระหว่างประเทศที่เกิดขึ้นได้
7. ผู้กระทำความผิดจะต้องทราบว่ามีการกระทำความผิดดังกล่าวขัดต่อกฎหมายระหว่างประเทศ

4.3.1.3. ความผิดฐานขับไล่ เนรเทศ หรือกักขังผู้ที่ได้รับความคุ้มครองโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย

ความผิดฐานนี้ได้บัญญัติไว้ในมาตรา 147 อนุสัญญาเจนีวาระบบที่ 4 และในมาตรา 8(2) (a) (vii) แห่งธรรมนูญกรุงโรมได้บัญญัติยืนยันถึงหลักการดังกล่าว โดยการขับไล่ หรือเนรเทศบุคคลโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย ตามมาตรา 45 อนุสัญญาเจนีวาระบบที่ 4 บัญญัติห้ามการย้ายบุคคลที่ได้รับความคุ้มครองไปยังรัฐที่ไม่ใช่ภาคีในอนุสัญญาเจนีวาระบบที่ 4 แต่บทบัญญัตินี้ไม่ขัดขวางแก่การที่จะส่งตัวบุคคลที่ได้รับความคุ้มครองกลับไปยังถิ่นฐานเดิมของบุคคลเหล่านั้นหลังจากที่การสู้รบได้ยุติลงแล้ว

และไม่ว่าพฤติการณ์จะเป็นเช่นไร บุคคลผู้ที่ได้รับความคุ้มครองจะต้องไม่ถูกย้ายตัวไปยังประเทศที่ตนมีเหตุจะต้องเกรงกลัวต่อการถูกทำร้ายเนื่องจากเหตุผลในทางความคิดเห็นทางการเมือง หรือความเลื่อมใสทางศาสนาไม่ตรงกัน

ตามมาตรา 49 อนุสัญญาเจนีวาระบบที่ 4 ได้ห้ามการบังคับย้ายกลุ่มบุคคล หรือบุคคลที่ได้รับความคุ้มครองไปยังอาณาเขตของประเทศที่ยึดครอง หรือไปยังประเทศอื่นไม่ว่าจะเป็นอาณาเขตที่ถูกยึดครองหรือไม่ก็ตาม แต่อย่างไรก็ตาม ประเทศที่ยึดครองอาจจัดการอพยพทั้งหมด หรือบางส่วนหากมีความจำเป็นเพื่อความปลอดภัยของประชากร หรือเมื่อมีเหตุอันจำเป็นทางทหาร

การขับไล่ หรือเนรเทศบุคคลผู้ที่ได้รับความคุ้มครองให้ออกไปภายนอกอาณาเขตที่ถูกยึดครองนั้นต้องห้ามเว้นแต่มีเหตุจำเป็นอันหลีกเลี่ยงไม่ได้ ซึ่งหากเป็นเช่นนั้น บุคคลที่ถูกย้ายออกไปจะต้องไม่ถูกกักขัง หรือคุมขังไว้ในบริเวณที่อาจได้รับอันตรายจากการสู้รบ เว้นแต่จะมีความจำเป็นเพื่อความปลอดภัย หรือมีเหตุจำเป็นทางทหาร และเมื่อไรก็ตามที่การสู้รบสิ้นสุดลง บุคคลเหล่านั้นจะต้องถูกส่งตัวกลับไปยังถิ่นที่อยู่ของตน

กรณีของการกักขังบุคคลที่ได้รับความคุ้มครองโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายนั้น ภายใต้กฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศได้บัญญัติรับรองถึงเสรีภาพของพลเรือนในดินแดนของรัฐภาคีคู่สงครามจะต้องได้รับความคุ้มครองโดยไม่คำนึงถึงเชื้อชาติว่าบุคคลเหล่านั้นมีเชื้อชาติอะไร

แม้แต่จะมีเชื้อชาติของรัฐคู่สงครามก็ตาม และมาตรา 5 อนุสัญญาเจนีวาฉบับที่ 4 ได้บัญญัติถึงข้อยกเว้นในกรณีที่บุคคลนั้นต้องสงสัยว่าได้กระทำหรือเกี่ยวข้องในการกระทำกิจการต่างๆ อันเป็นปฏิปักษ์ต่อความมั่นคงของรัฐ ยกตัวอย่างเช่น สายลับ (spies) ผู้ก่อวินาศกรรม (saboteur) บุคคลเหล่านี้อาจถูกกักขังโดยชอบด้วยกฎหมายเนื่องจากการกระทำของบุคคลเหล่านี้ อาจก่อให้เกิดความเสียหาย และเป็นการกระทำอันเป็นปรปักษ์ ซึ่งเป็นอันตรายต่อความมั่นคงของรัฐ โดยสามารถกักขังบุคคลเหล่านี้ในสถานที่ที่จัดไว้

อย่างไรก็ตามการกักกัน หรือกำหนดสถานที่อยู่แก่บุคคลผู้ที่ได้รับความคุ้มครองนั้น จะกระทำได้อต่อเมื่อมีความจำเป็นเพื่อความมั่นคงของประเทศที่กักขังเท่านั้น⁹ และผู้ถูกกักขังมีสิทธิที่จะขอให้ศาลที่มีอำนาจ หรือคณะกรรมการฝ่ายปกครองที่ประเทศที่กักคุมตัวผู้ที่ได้รับความคุ้มครองอยู่นั้นตั้งขึ้นเพื่อพิจารณาถึงการกักคุมตัวนั้นใหม่¹⁰

องค์ประกอบความผิดของฐานความผิดนี้ ได้แก่

1. ผู้กระทำผิดจะต้องจับได้ หรือเคลื่อนย้ายบุคคลตั้งแต่ 1 คนขึ้นไป ออกไปยังรัฐอื่น หรือไปยังสถานที่อื่น
2. บุคคลที่ถูกจับได้ หรือถูกเคลื่อนย้ายนั้นเป็นบุคคลที่ได้รับความคุ้มครองภายใต้อนุสัญญาเจนีวา 1949
3. ผู้กระทำผิดรู้อยู่แล้วว่าบุคคลนั้นเป็นบุคคลที่ได้รับความคุ้มครอง
4. การกระทำดังกล่าวสามารถเชื่อมโยงไปถึงภาวะสงครามระหว่างประเทศที่เกิดขึ้นได้
5. ผู้กระทำผิดจะต้องทราบว่าการกระทำดังกล่าวขัดต่อกฎหมายระหว่างประเทศ

4.3.1.4. ความผิดฐานจับบุคคลที่ได้รับความคุ้มครองไปเป็นเชลย

มาตรา 8 (2) (a) (viii) ได้บัญญัติถึงความผิดฐานนี้ไว้ โดยคำว่า เชลย คือบุคคลที่ไม่มีสถานะพลรบซึ่งอยู่ในดินแดนที่ถูกยึดครองโดยไม่ได้รับเสรีภาพ แต่อย่างไรก็ตามการกักขังโดยชอบด้วยกฎหมายในบางกรณี เช่น เมื่อมีเหตุจำเป็นเพื่อการคุ้มครองพลเรือน หรือตุลผลด้านความปลอดภัย

⁹ อนุสัญญาเจนีวา ฉบับที่ 4 มาตรา 42

¹⁰ อนุสัญญาเจนีวาฉบับที่ 4 มาตรา 43

องค์ประกอบความผิดฐานจับบุคคลผู้ที่ได้รับความคุ้มครองไปเป็นเชลย ได้แก่

1. ผู้ที่กระทำความผิดจะต้องเข้าครอบงำ กักขัง หรือคุมขังบุคคลตั้งแต่ 1 คนขึ้นไป
2. มีการข่มขู่ว่าจะฆ่า ทำร้าย หรือกักขังบุคคลเหล่านั้น
3. ผู้กระทำความผิดตั้งใจที่จะขับไล่รัฐ องค์การระหว่างประเทศ หรือบุคคล โดยไม่ให้ความร่วมมือในการเข้าตรวจ หรือปรับปรุงสภาพความเป็นอยู่ หรือปล่อยตัวบุคคลที่ถูกจับเป็นเชลย
4. บุคคลที่ถูกจับไปเป็นเชลยนั้นจะต้องเป็นบุคคลที่ได้รับความคุ้มครองภายใต้อนุสัญญาเจนีวา 1949
5. ผู้กระทำความผิดจะต้องทราบว่าเป็นบุคคลที่ตนจับไปเป็นเชลยนั้นเป็นบุคคลที่ได้รับความคุ้มครอง
6. การกระทำความผิดดังกล่าวสามารถเชื่อมโยงไปถึงภาวะสงครามระหว่างประเทศที่เกิดขึ้น
7. ผู้กระทำความผิดจะต้องทราบว่ามีกระทำความผิดดังกล่าวขัดต่อกฎหมายระหว่างประเทศ

อย่างไรก็ตาม บุคคลที่เป็นเชลย จะต้องไม่ถูกนำไปเป็นโล่คุ้มมนุษย์เพื่อเป็นเกราะป้องกัน การโจมตีทางทหาร ซึ่งการกระทำความผิดที่มีความผิดฐานกระทำการอันโหดร้าย ไร้มนุษยธรรม ซึ่งบัญญัติไว้ในมาตรา 8 (2) (b) (xxiii) ของธรรมนูญกรุงโรม

4.3.2. ความผิดฐานอาชญากรรมสงครามซึ่งเป็นการละเมิดกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศซึ่งนำมาปรับใช้ในภาวะสงคราม

ภายใต้ขอบเขตของฐานความผิดกลุ่มนี้ประกอบไปด้วย ฐานความผิดที่เป็นการละเมิดกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศซึ่งนำมาปรับใช้ในภาวะสงคราม ซึ่งมีทั้งหมด 26 ฐานความผิด¹¹ โดยฐานความผิดส่วนใหญ่ได้ถูกบัญญัติไว้ในมาตรา 8 (2) (b) แห่งธรรมนูญกรุงโรม โดยได้รวบรวมความผิดฐานอาชญากรรมสงครามที่ถือเป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศที่ถูกบัญญัติไว้ในกฎหมายฉบับต่างๆมารวมไว้ในธรรมนูญกรุงโรม ยกตัวอย่างเช่น ภายใต้อนุสัญญากรุงเฮก ได้บัญญัติห้ามการใช้กระสุนปืนที่มีลักษณะแตกกระจายเป็นวงกว้าง หรือการใช้บุคคลผู้ซึ่งได้รับความคุ้มครองคุ้มกันตนจากการโจมตี หรือภายใต้อนุสัญญาเจนีวาระบบที่ 1 มาตรา 19 (1) อนุสัญญาเจนีวาระบบที่ 2 มาตรา 18 (1) (5) และพิธีสารเพิ่มเติมอนุสัญญาเจนีวาระบบที่ 1 มาตรา 11 (1) ซึ่งบัญญัติห้ามการโจมตีสิ่งก่อสร้าง หน่วยแพทย์ที่ติดเครื่องหมายภายใต้

¹¹ Robert Cryer, Prosecuting International Crimes: Selectivity and the international criminal law Regime, Cambridge university press, 2005, p.170

อนุสัญญาเจนีวา ซึ่งกฎเกณฑ์ดังกล่าวถือเป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ โดยฐานความผิดที่สำคัญภายใต้กลุ่มความผิดนี้ ได้แก่

4.3.2.1. ความผิดฐานเจตนาโจมตีพลเรือนที่ไม่ได้มีส่วนในการสู้รบ รวมไปถึงการเจตนาโจมตีบุคลากร อุปกรณ์ทางการแพทย์ หน่วยงานที่ให้ความช่วยเหลือทางด้านมนุษยธรรม

ตามหลักการทั่วไปในการคุ้มครองพลเรือน ซึ่งได้บัญญัติไว้ในมาตรา 51(2) พิธีสารเพิ่มเติมฉบับที่ 1 โดยบัญญัติคุ้มครองพลเรือนจะต้องไม่ตกเป็นเป้าของการโจมตี หรือถูกข่มขู่ที่จะใช้ความรุนแรง¹² ดังนั้นจะเห็นได้ว่าความผิดฐานโจมตีพลเรือนนี้มีรากฐานมาจากหลักการคุ้มครองพลเรือนจะต้องไม่ตกเป็นเป้าของการโจมตีตามที่บัญญัติไว้ในพิธีสารเพิ่มเติมฉบับที่ 1 โดยความผิดฐานนี้ถูกบัญญัติไว้ในธรรมนูญกรุงโรมมาตรา 8(2) (b) (i)

องค์ประกอบของความผิดฐานนี้ ได้แก่

1. ผู้กระทำความผิดกระทำการโจมตีโดยตรง
2. เป้าของการโจมตี ได้แก่ ประชากรพลเรือน หรือบุคคลที่ไม่มีส่วนเกี่ยวข้องในการสู้รบ
3. ผู้กระทำความผิดจงใจที่จะโจมตีพลเรือน หรือบุคคลที่ไม่มีส่วนในการสู้รบ โดยเป้าหมายของการโจมตีของผู้กระทำความผิด คือ พลเรือน หรือ บุคคลที่ไม่มีส่วนในการสู้รบ
4. การกระทำความผิดดังกล่าวสามารถเชื่อมโยงไปยังภาวะสงครามที่เกิดขึ้นได้
5. ผู้กระทำความผิดจะต้องทราบว่าการกระทำความผิดดังกล่าวขัดต่อกฎหมายระหว่างประเทศ

การโจมตี หรือการกำหนดเป้าหมายการโจมตีไปที่พลเรือน โดยไม่มีความจำเป็นทางทหาร หรือไม่ก่อให้เกิดความได้เปรียบทางทหารแต่อย่างใด โดยการกระทำความผิดดังกล่าวส่งผลทำให้พลเรือนเสียชีวิต หรือบาดเจ็บ ซึ่งบทบัญญัตินี้สอดคล้องกับบทบัญญัติในพิธีสารเพิ่มเติมฉบับที่ 1 มาตรา 85 (3) ซึ่งบัญญัติว่า “การทำให้ประชากรพลเรือน หรือพลเรือนแต่ละคนเป็นเป้าหมายของการโจมตีและเป็นเหตุให้ถึงแก่ความตายหรือได้รับบาดเจ็บสาหัส ถือเป็นการละเมิดอย่างร้ายแรงต่อ

¹² ดูพิธีสารเพิ่มเติมฉบับที่ 1 มาตรา 51(2)

ร่างกายและสุขภาพ”¹³ ดังนั้น ในการทำสงครามรัฐภาคีคู่สงครามจะต้องแบ่งแยกเป้าหมายทางทหารออกจากเป้าหมายพลเรือน

ความผิดฐานนี้รวมไปถึงการตอบโต้ต่อพลเรือน หรือบุคคลที่ไม่ได้รับสถานะพลเรือน โดยข้อห้ามนี้ได้บัญญัติไว้ในพิธีสารเพิ่มเติมฉบับที่ 1 มาตรา 51(6) การโจมตีโดยไม่เลือกซึ่งทำให้ผลของการโจมตีไม่เกิดแก่เป้าหมายทางทหารเท่านั้น หรือการเลือกใช้วิธีการสู้รบที่ไม่สามารถจำกัดบริเวณ หรือเป้าหมายได้ ผู้ที่กระทำการดังกล่าวย่อมมีความผิดฐานนี้เช่นกัน

การเจตนาโจมตีบุคลากร อุปกรณ์ทางการแพทย์ และหน่วยงานที่ให้ความช่วยเหลือทางด้านมนุษยธรรม ความผิดฐานนี้ได้ถูกบัญญัติเพิ่มขึ้นมาในการประชุมที่กรุงโรม¹⁴ โดยในการประชุมดังกล่าวที่ประชุมต้องการที่จะรวบรวมบทบัญญัติเกี่ยวกับความผิดฐานทำร้ายเจ้าหน้าที่องค์การสหประชาชาติหรือ หน่วยงานที่เกี่ยวข้องเข้าไปใน ธรรมนูญกรุงโรม¹⁵ โดยบัญญัติไว้ในมาตรา 8(2)(b)(iii) ของธรรมนูญกรุงโรม โดยองค์ประกอบความผิดฐานโจมตีบุคลากร อุปกรณ์ทางการแพทย์ และหน่วยงานที่ให้ความช่วยเหลือทางด้านมนุษยธรรม คือ ผู้ที่กระทำผิดจะต้องโจมตีโดยประสงค์ที่จะโจมตีต่อเจ้าหน้าที่ บุคลากรทางการแพทย์ การทำลายอุปกรณ์ทางการแพทย์ หรือสิ่งอื่นใดที่เกี่ยวกับการให้ความช่วยเหลือทางด้านมนุษยธรรม หรืออุปกรณ์ในการรักษาสันติภาพและผู้กระทำผิดจะต้องทราบถึงความคุ้มครองเหล่านั้นด้วย

หากผู้ที่ทำหน้าที่ให้ความช่วยเหลือทางด้านมนุษยธรรม หรือภารกิจการรักษาสันติภาพขององค์การสหประชาชาติได้เข้าร่วมการเป็นปรปักษ์จะทำให้บุคคลเหล่านั้นสูญเสียการคุ้มครองตราบเท่าที่มีส่วนร่วมในความเป็นปรปักษ์

¹³ ดูพิธีสารเพิ่มเติมฉบับที่ 1 มาตรา 85(3)

¹⁴ Kriangsak Kittichaisaree, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 4 หน้า 160

¹⁵ ในสนธิสัญญาว่าด้วยความปลอดภัยของเจ้าหน้าที่องค์การสหประชาชาติ (the 1994 Convention on the Safety of United Nations and Associated Personnel) ซึ่งบัญญัติห้ามการฆาตกรรม ลักพาตัว โจมตี ช่มชู้ หรือกระทำการใดๆต่อเจ้าหน้าที่ขององค์การสหประชาชาติ หรือเจ้าหน้าที่ของหน่วยงานอื่นๆที่เกี่ยวข้อง

4.3.2.2. ความผิดฐานเจตนาโจมตีโดยการโจมตีนั้นจะก่อให้เกิดความสูญเสียต่อชีวิตโดยไม่ได้ตั้งใจ หรือทำให้พลเรือนได้รับบาดเจ็บ ทำให้ทรัพย์สินของพลเรือนเสียหาย โดยการโจมตีดังกล่าวไม่ก่อให้เกิดความได้เปรียบทางทหารแต่อย่างใด

บทบัญญัตินี้ มาตรา 8 (2) (b) (iv) ได้รวบรวมบทบัญญัติของพิธีสารเพิ่มเติมฉบับที่ 1 มาตรา 35(3), 51(5) (b), 55(1), 57(2) (a) (iii) และมาตรา 85(3) ไว้ด้วยกัน

องค์ประกอบความผิดฐานนี้ ได้แก่

1. ผู้กระทำความผิดทำการโจมตี
2. การโจมตีนั้นทำให้มีบุคคลเสียชีวิตโดยไม่ได้ตั้งใจ หรือทำให้พลเรือนได้รับบาดเจ็บ ทำให้ทรัพย์สินของพลเรือนเสียหายโดยการกระทำความผิดดังกล่าวไม่ได้ก่อให้เกิดความได้เปรียบทางทหารแต่อย่างใด
3. ผู้กระทำความผิดนั้นทราบอยู่แล้วว่าการกระทำความผิดดังกล่าวจะทำให้มีบุคคลเสียชีวิตโดยไม่ได้ตั้งใจ หรือทำให้พลเรือนได้รับบาดเจ็บ ทำให้ทรัพย์สินของพลเรือนเสียหาย ทำให้สภาพแวดล้อมทางธรรมชาติเสียหาย โดยการกระทำความผิดเมื่อนำมาเทียบกันแล้วไม่ก่อให้เกิดความได้เปรียบทางทหารแต่อย่างใด
4. ผู้กระทำความผิดจะต้องทราบว่ามีการกระทำความผิดดังกล่าวขัดต่อกฎหมายระหว่างประเทศ

การกระทำความผิดอาจเป็นการกระทำที่ขอบด้วยกฎหมาย หากเป็นการโจมตีในบริเวณที่ห่างไกลจากชุมชน และไม่ส่งผลกระทบต่อประชากรพลเรือน ทำนองเดียวกันกับการทำลายรถบรรทุกน้ำมัน หรือของเหลวอื่นๆ หรือบรรจุก๊าซที่บรรจพลังงานนิวเคลียร์ ไม่ถือว่าเป็นการผิดกฎหมายหากการกระทำความผิดนั้นห่างไกลจากชุมชน หรือบริเวณที่ประชากรพลเรือนจะได้รับผลกระทบ เนื่องจากการทำลายสิ่งเหล่านี้ อาจทำให้เกิดผลกระทบต่อประชากรพลเรือนได้¹⁶

¹⁶ Kriangsak Kittichaisaree, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 4 หน้า 162 อ้างถึงใน Green, Contemporary Law of Armed Conflict, p.149-150, 290

4.3.2.3. ความผิดฐานฆ่า หรือทำร้ายนักรบที่ออกจากการสู้รบแล้ว

กรณีที่ทหารที่ออกจากการสู้รบแล้วถูกฆ่า หรือทำร้ายนั้น ธรรมนูญกรุงโรมได้บัญญัติไว้ในมาตรา 8 (2) (b) (vi) โดยได้นำหลักการนี้มาจากพิธีสารเพิ่มเติมฉบับที่ 1 มาตรา 41(1) ซึ่งบัญญัติคุ้มครองทหารที่ออกจากการสู้รบจะต้องไม่ตกเป็นเป้าของการโจมตี โดยทหารที่ออกจากการสู้รบบนมายถึงกรณีที่

1. ทหารคนนั้นตกอยู่ในอำนาจรัฐของฝ่ายศัตรู
2. แสดงเจตนาอย่างชัดเจนที่จะยอมจำนน หรือ
3. ถูกทำให้หมดสติ หรือไร้ความสามารถในการสู้รบได้อีกต่อไปเนื่องมาจากบาดแผล หรืออาการเจ็บป่วยซึ่งทำให้ไม่สามารถป้องกันตนได้อีกต่อไป

โดยจะต้องงดเว้นจากการกระทำอันเป็นปฏิกิริยาใดๆต่อทหารที่ยอมแพ้และไม่ได้พยายามที่จะหลบหนีแต่อย่างใด เช่นเดียวกับกรณีที่ทหารกระโดดร่มลงมา ขณะที่อยู่กลางอากาศ ทหารคนนั้นจะต้องไม่ตกเป็นเป้าของการโจมตี ซึ่งกฎเกณฑ์นี้ พิธีสารเพิ่มเติมฉบับที่ 1 ได้บัญญัติคุ้มครองไว้ในมาตรา 42(1)

องค์ประกอบความผิดฐานฆ่า หรือทำร้ายทหารที่ออกจากการสู้รบได้แก่

1. ผู้ที่กระทำผิดจะต้องฆ่า หรือทำร้ายบุคคลตั้งแต่ 1 คนขึ้นไป
2. บุคคลที่ถูกฆ่า หรือทำร้ายนั้นเป็นทหารที่ออกจากการสู้รบแล้ว
3. ผู้กระทำผิดจะต้องรู้อยู่แล้วว่าบุคคลดังกล่าวเป็นบุคคลที่ได้รับความคุ้มครอง
4. การกระทำความผิดดังกล่าวสามารถเชื่อมโยงถึงสถานการณ์สงครามระหว่างประเทศที่เกิดขึ้น
5. ผู้กระทำผิดจะต้องทราบว่าการกระทำความผิดดังกล่าวขัดต่อกฎหมายระหว่างประเทศ

4.3.2.4. ความผิดฐานใช้ธง หรือเครื่องหมายสงบศึกของทหาร หรือขององค์การสหประชาชาติอย่างไม่เหมาะสมเป็นผลให้มีการบาดเจ็บล้มตาย

ความผิดฐานนี้ถูกบัญญัติไว้ในมาตรา 23(f) อนุสัญญากรุงเฮก 1907 โดยมาตรา 8(2) (b) (vii) ของธรรมนูญกรุงโรมได้บัญญัติยืนยันถึงหลักการดังกล่าว โดยคำว่า “การใช้อย่างไม่เหมาะสม” นั้นครอบคลุมถึงการกระทำต่างๆอันเป็นการต้องห้าม ซึ่งการกระทำความผิดดังกล่าวรวมไปถึงการใช้กลโกง (Perfidy) ซึ่งได้บัญญัติไว้ในมาตรา 37(1) (a) พิธีสารเพิ่มเติมฉบับที่ 1 โดยบัญญัติถึงการห้ามการใช้กลอุบายโดยมิชอบ โดยยกตัวอย่างถึงการใช้กลอุบายโดยไม่ชอบ เช่น

การแสวงว่ามีเจตนาจะเจรจาภายใต้ธงพักรบ หรือธงยอมจำนน¹⁷ โดยการแสดงให้ฝ่ายตรงข้ามเข้าใจว่าตนยอมแพ้ หรือการยิงจากตึก หรือค่ายที่ติดเครื่องหมายของกาชาด การใช้สัญลักษณ์กาชาดติดที่เรือเพื่อให้ผู้อื่นเข้าใจว่าเรือนั้นเป็นเรือแพทย์ โดยมีจุดประสงค์เพื่อเป็นการพรางตัว เหล่านี้ถือว่าเป็นการใช้สัญลักษณ์ หรือเครื่องหมายอย่างไม่เหมาะสม

องค์ประกอบความผิดฐานใช้เครื่องหมาย หรือธงสงบศึกอย่างไม่เหมาะสมได้แก่

1. ผู้กระทำความผิดจะต้องใช้ธงสงบศึก
2. ผู้กระทำความผิดจะต้องกระทำการเพื่อแสวงทำเป็นขอเจรจาสงบศึกทั้งๆที่ในความเป็นจริงผู้กระทำความผิดไม่ได้ตั้งใจที่จะกระทำเช่นนั้น
3. ผู้กระทำความผิดจะต้องตระหนักถึง หรือควรจะต้องตระหนักถึงการใช้ธงสงบศึก หรือเครื่องหมายใดๆอย่างไม่เหมาะสมนั้น ขัดต่อกฎหมาย
4. การกระทำความผิดอาจส่งผลให้มีการบาดเจ็บ ล้มตาย
5. ผู้กระทำความผิดทราบว่าการกระทำความผิดดังกล่าวอาจส่งผลให้มีบุคคลเสียชีวิต หรือบาดเจ็บ
6. การกระทำความผิดกล่าวสามารถเชื่อมโยงเข้ากับสถานการณ์สงครามระหว่างประเทศได้
7. ผู้กระทำความผิดจะต้องทราบว่าการกระทำความผิดดังกล่าวขัดต่อกฎหมายระหว่างประเทศ

4.3.2.5. ความผิดฐานใช้อาวุธ หรือวิธีการสู้รบที่ก่อให้เกิดการบาดเจ็บมากเกินไป ความจำเป็น หรือก่อให้เกิดความทุกข์ทรมานมากเกินไป ความจำเป็น

การใช้อาวุธ หรือวิธีการสู้รบที่ก่อให้เกิดการบาดเจ็บทุกข์ทรมานมากเกินไปเกิดความจำเป็นนั้นต้องห้ามตามมาตรา 35(2) แห่งพิธีสารเพิ่มเติมฉบับที่ 1 รวมไปถึงการใช้อาวุธที่เป็นการโจมตีโดยไม่เลือกตามมาตรา 51(5) ซึ่งวางหลักว่า “การโจมตีโดยทิ้งระเบิดด้วยวิธีการ หรือ วิธีทางใดๆต่อเป้าหมายที่แยกกันอยู่อย่างชัดเจนและเด่นชัดจากเป้าหมายทางทหารซึ่งตั้งอยู่ในเมือง หมู่บ้าน หรือบริเวณอื่นใดที่มีพลเรือนอาศัยอยู่อย่างหนาแน่น และอาจก่อให้เกิดการบาดเจ็บ และเสียชีวิตของพลเรือน หรือความเสียหายต่อวัตถุของพลเรือน การกระทำความผิดถือเป็นการโจมตีโดยไม่เลือก¹⁸

¹⁷ ดูพิธีสารเพิ่มเติมฉบับที่ 1 มาตรา 37(1)(a)

¹⁸ ดูพิธีสารเพิ่มเติมฉบับที่ 1 มาตรา 51(5)

กรณีการใช้กระสุนปืนที่แตกกระจายเป็นวงกว้างซึ่งทำให้ลูกกระสุนเข้าสู่ร่างกายได้ง่ายนั้น ต้องห้าม เนื่องจากการใช้กระสุนที่ก่อให้เกิดความบาดเจ็บ ทุกข์ทรมาน ทำให้พิการ หรือเสียชีวิต เนื่องจากลูกกระสุนที่สามารถแตกกระจายเข้าไปในร่างกายนั้นเป็นการกระทำที่เป็นการรุนแรง โหดร้ายโดยไม่จำเป็น

การใช้ยาพิษ หรืออาวุธที่เป็นพิษนั้นต้องห้ามภายใต้ ธรรมนูญกรุงโรม มาตรา 8 (2) (b) (xvii) โดยการห้ามการใช้อาวุธที่เป็นพิษนี้มีมาตั้งแต่สมัยยุคกลาง แต่อย่างไรก็ตามศาลยุติธรรมระหว่างประเทศไม่ได้ตีความ หรือขยายความการใช้ยาพิษ หรืออาวุธที่เป็นพิษรวมไปถึงการใช้ อาวุธนิวเคลียร์¹⁹

ผู้กระทำความผิดจะต้องใช้อาวุธที่ก่อให้เกิดการบาดเจ็บ ล้มตายเนื่องจากสารพิษที่อาวุธนั้นๆได้ ปล่อยออกมา โดยความหมายของ “พิษ” ตามพจนานุกรมระหว่างประเทศของแคมบริดจ์ (Cambridge International Dictionary of English) ได้ให้คำจำกัดความไว้ว่า “พิษ คือ สารที่ ก่อให้เกิดการเจ็บป่วย หรือเสียชีวิต หากสารนั้นได้เข้าสู่ร่างกายของสิ่งมีชีวิต” และนอกจากนี้คำ จำกัดความของ “พิษ” ตามความหมายของคู่มือทางทหารของสหรัฐ (The US Military Manual) ได้ให้นิยามคำว่า ยาพิษ ว่า “เป็นสารเคมี หรือชีวภาพ ซึ่งเป็นอันตรายถึงแก่ชีวิต หรือ ทำให้พิการ หากได้รับสารนั้นเข้าไปในร่างกายแม้ว่าจะเป็นเพียงปริมาณเล็กน้อยก็ตาม ซึ่งสารนั้น อาจถูกดูดซึมเข้าไปในปอด หรือกระแสโลหิต หรือแม้แต่การสัมผัสกับผิวหนังโดยตรง”²⁰

องค์ประกอบความผิดฐานใช้อาวุธที่ปล่อยสารพิษ หรือการใช้อาวุธที่เป็นพิษ ได้แก่

1. ผู้กระทำความผิดใช้อาวุธที่มีส่วนประกอบของพิษ หรือ อาวุธที่ปล่อยสารพิษออกมา
2. สารพิษที่ถูกปล่อยออกมานั้นทำให้บุคคลเสียชีวิต หรือเป็นผลร้ายต่อสุขภาพ
3. การกระทำความผิดดังกล่าวสามารถเชื่อมโยงไปถึงสถานการณ์สงครามระหว่างประเทศที่เกิดขึ้นได้
4. ผู้กระทำความผิดจะต้องทราบว่าการกระทำความผิดดังกล่าวขัดต่อกฎหมายระหว่างประเทศ

¹⁹ ICJ Advisory Opinion of 8 July 1996 on Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, ICJ Rep. 1996 paras. 55

²⁰ Kriangsak Kittichaisaree, International Criminal Law, Oxford, 2001 ,p. 177 อ้างถึงใน Dept of the Air force, AF Pamphlet 110-31, International Law. The Conduct of Armed Conflict and Air Operations (1976), 5-6

4.3.2.6. ความผิดฐานกระทำการอันเป็นการเหยียดหยามศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ทำให้เกิดความอับอาย เสื่อมเสียเกียรติ

บทบัญญัตินี้อยู่ในมาตรา 8 (2) (b) (xxi) แห่งอนุสัญญากรุงโรมซึ่งได้นำหลักการมาจากมาตรา 75 (2) (b) พิธีสารเพิ่มเติมฉบับที่ 1 ซึ่งห้ามการทรมานทุกชนิดไม่ว่าจะทางด้านร่างกายหรือจิตใจ โดยในธรรมนูญกรุงโรมได้บัญญัติห้ามการกระทำการอันเป็นการเหยียดหยามศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ทำให้อับอาย และการปฏิบัติต่อบุคคลอย่างต่ำทรมาน ยกตัวอย่างเช่น การบังคับให้ค้าประเวณี การกระทำอนาจารไม่ว่าในรูปแบบใด โดยการกระทำความผิดดังกล่าวไม่จำเป็นต้องเป็นการกระทำต่อบุคคลเท่านั้น แต่การกระทำต่อร่างของผู้เสียชีวิตก็ถือว่าการเหยียดหยาม หรือเป็นการไม่เคารพซึ่งอยู่ในขอบข่ายของการเหยียดหยามศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ เช่นเดียวกัน โดยความผิดฐานนี้เหมือนกับที่ได้บัญญัติไว้ในมาตรา 3 ร่วมอนุสัญญาเจนีวา โดยบัญญัติไว้ในมาตรา 3 (1) (c)²¹

องค์ประกอบของความผิดฐานนี้ คือ

1. ผู้กระทำความผิดจะต้องกระทำการอันเป็นการเหยียดหยาม ทำให้เสื่อมเสียชื่อเสียง ได้รับ ความอับอายต่อบุคคลตั้งแต่ 1 คนขึ้นไป
2. ความรุนแรงของการทำให้อับอาย การกระทำการอันต่ำทรมาน หรือการกระทำอื่นใดที่ระดับของความรุนแรงเทียบเท่ากับที่ได้กล่าวมาข้างต้น ถือว่าเป็นการกระทำการอันเป็นการเหยียดหยามศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์เช่นกัน
3. ฐานความผิดนี้สามารถนำไปปรับใช้ในสถานการณ์สงครามภายในประเทศได้
4. ผู้กระทำความผิดจะต้องทราบว่ากระทำความผิดดังกล่าวนั้นขัดกับหลักกฎหมายระหว่างประเทศ

4.3.2.7. ความผิดฐานใช้พลเรือน หรือบุคคลที่ได้รับความคุ้มครองเป็นเกราะป้องกัน

ความผิดฐานนี้ อนุสัญญากรุงโรมได้บัญญัติไว้ในมาตรา 8 (2) (b) (xxiii) โดยได้นำหลักเกณฑ์จากหลายบทบัญญัติอื่นได้แก่ มาตรา 23 อนุสัญญาเจนีวาฉบับที่ 3 มาตรา 28 อนุสัญญาเจนีวาฉบับที่ 4 และมาตรา 51 (7) แห่งพิธีสารเพิ่มเติมฉบับที่ 1

²¹ ดูมาตรา 3 ร่วมแห่งอนุสัญญาเจนีวา

การใช้บุคคลเป็นโล่ห์ หรือเกราะกำบัง ขัดขวางการปฏิบัติงานของกองกำลังทางทหารนั้น มีการใช้กันอย่างแพร่หลายยกตัวอย่างเช่น ในช่วงสงครามอ่าวเปอร์เซีย และการปฏิบัติการทางทหารของโคโซโวในปี 1999 หรือในการดำเนินคดี “*Blaskic*” โดยถูกดำเนินคดีฐานกระทำการอันโหดร้าย ไม่มีมนุษยธรรม เนื่องจากได้นำพลเรือนชาวมุสลิมไปเป็นโล่ห์มนุษย์ ซึ่งก่อให้เกิดความทุกข์ทรมานทางด้านจิตใจ²²

องค์ประกอบความผิดฐานนี้ คือ

1. ผู้กระทำความผิดเคลื่อนย้าย หรืออาศัยความได้เปรียบจากทำเลที่ตั้งที่มีพลเรือนหรือบุคคลที่ได้รับความคุ้มครองภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศอาศัยอยู่
2. ผู้กระทำความผิดจงใจที่จะใช้พลเรือน หรือบุคคลที่ได้รับความคุ้มครองเพื่อเป็นเกราะป้องกันเป้าหมายทางทหารจากการโจมตี หรือใช้เพื่อเป็นโล่ห์ป้องกันการปฏิบัติการทางทหาร
3. การกระทำความผิดกล่าวเกี่ยวข้องกับการทำสงครามระหว่างประเทศ
4. ผู้กระทำความผิดจะต้องทราบได้ว่าการกระทำความผิดขัดกับหลักกฎหมายระหว่างประเทศ

ความผิดฐานนี้ไม่จำเป็นต้องพิสูจน์ว่าพลเรือน หรือบุคคลผู้ที่ได้รับความคุ้มครองนั้นได้รับความทรมานทางด้านร่างกาย หรือจิตใจหรือไม่เหมือนกับความผิดฐานทรมาน เพียงแต่ข้อเท็จจริงปรากฏว่ามีการใช้พลเรือน หรือบุคคลผู้ที่ได้รับความคุ้มครองไปเป็นโล่ห์ หรือเกราะป้องกันก็เพียงพอแล้ว

4.3.2.8. ความผิดฐานเกณฑ์เด็กที่อายุต่ำกว่า 15 ปีเป็นทหารเพื่อเข้าร่วมการสู้รบ

การเกณฑ์เด็กเข้าเป็นทหารเพื่อร่วมสู้รบในสงครามมีมานานหลายศตวรรษแล้ว ซึ่งการกระทำความผิดกล่าวเป็นตัวกระตุ้นให้สังคมโลกตื่นตัวที่จะให้ความคุ้มครองเด็กๆ เนื่องจากเด็กเป็นผู้ที่อ่อนแอและถูกบีบบังคับได้ง่าย ดังนั้น ในพิธีสารเพิ่มเติมฉบับที่ 1 มาตรา 77 (2) บัญญัติให้ภาคีคู่พิพาทจะต้องใช้มาตรการทั้งหลายเท่าที่เป็นไปได้เพื่อไม่ให้เด็กอายุไม่ถึงสิบห้าปีมีส่วนร่วมโดยตรงในความเป็นปรปักษ์ และโดยเฉพาะอย่างยิ่ง จะต้องงดเว้นจากการเกณฑ์เด็กเข้า

²² Kriangsak Kittichaisaree, *International Criminal Law*, Oxford, 2001, p.184 อ้างถึงใน *Blaskic*, paras 709-16

ประจำการในกองทัพของตน โดยบทบัญญัตินี้ได้รับรองถึงมาตรา 38(2) และ (3) ของสนธิสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กแห่งองค์การสหประชาชาติ โดยบัญญัติห้ามเด็กอายุต่ำกว่า 15 ปีเข้าร่วมกองทัพในการร่วมสู้รบในสงคราม

กรณีและผู้กระทำผิดอ้างว่าตนไม่รู้ถึงอายุของเด็กที่ถูกเกณฑ์เข้ามาเป็นทหารนั้น ได้มีความคิดเห็นแยกเป็นสองฝ่าย คือ ฝ่ายสหรัฐอเมริกา อังกฤษ และเวลส์ เห็นว่า การอ้างว่าไม่รู้ หรือเข้าใจผิดในอายุของเด็กนั้นไม่ถือว่าเป็นข้ออ้าง แม้ว่าอาจมีสาเหตุที่ทำให้เกิดการเข้าใจผิดขึ้นจริง ส่วนประเทศฝรั่งเศส สวิตเซอร์แลนด์ เยอรมันนี ยอมรับว่าข้ออ้างดังกล่าวนั้นฟังขึ้น โดยในพิธีสารเพิ่มเติมสนธิสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กแห่งองค์การสหประชาชาติได้เพิ่มความคุ้มครองแก่การเกณฑ์เด็กเข้าร่วมสู้รบในสงคราม โดยบัญญัติการเกณฑ์เด็กอายุตั้งแต่ 15-18 ปีเข้าเป็นทหารเพื่อร่วมสู้รบ ดังนั้นจะเห็นได้ว่าพิธีสารเพิ่มเติมว่าด้วยสิทธิเด็กแห่งสหประชาชาตินี้ได้เพิ่มความคุ้มครองให้แก่เด็กโดยกำหนดอายุขั้นต่ำของเด็กที่จะถูกเกณฑ์เข้าเป็นทหารเพื่อร่วมสู้รบได้ให้สูงขึ้น โดยบทบัญญัติสนธิสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กแห่งสหประชาชาติได้ถูกยอมรับโดย 191 ประเทศทั่วโลก มีเพียง สหรัฐอเมริกา และโซมาเลียที่ยังไม่ได้ให้การยอมรับ ดังนั้น บทบัญญัติที่ห้ามการเกณฑ์เด็กเข้าร่วมสู้รบในกองกำลังทางทหารนั้นสามารถถือได้ว่าเป็นกฎเกณฑ์ของกฎหมายจารีตประเพณี แม้ว่ากฎเกณฑ์จารีตประเพณีนั้นจะขาดบทลงโทษก็ตาม

การกำหนดอายุ 18 ปีเป็นอายุขั้นต่ำในการเกณฑ์เด็กเข้าเป็นทหารนั้นถือได้ว่าเป็นการสร้างกฎเกณฑ์จารีตประเพณีขึ้นมาใหม่นั้น กรณีนี้เกิดความไม่สอดคล้องกันระหว่างการลงโทษทางอาญาภายใต้อนุสัญญากรุงโรม และกฎเกณฑ์จารีตประเพณีที่เกิดขึ้นใหม่ เนื่องจากอายุขั้นต่ำที่อนุสัญญากรุงโรมกำหนดในการห้ามเกณฑ์เด็กไปเป็นทหาร คือ อายุ 15 ปีซึ่งมีผลใช้บังคับกับรัฐภาคีในอนุสัญญากรุงโรมต่อไปจนกว่าจะได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมสนธิสัญญากรุงโรม แต่อย่างไรก็ตาม ภายใต้มาตรา 26 อนุสัญญากรุงโรมได้บัญญัติว่าศาลอาญาระหว่างประเทศไม่มีอำนาจในการดำเนินคดีกับเด็กที่อายุต่ำกว่า 18 ปี ดังนั้นจะเห็นได้ว่า จากบทบัญญัตินี้ดังกล่าวเด็กที่อายุต่ำกว่า 18 ปีซึ่งตกเป็นผู้ต้องหาในการกระทำผิดกฎหมายอาญาระหว่างประเทศจะต้องไม่ถูกลงโทษเนื่องจากอายุต่ำกว่า 18 ปี

องค์ประกอบความผิดฐานเกณฑ์เด็กที่อายุต่ำกว่า 15 ปีเข้าเป็นทหารเพื่อร่วมสู้รบ

1. ผู้กระทำผิดกระทำการเกณฑ์เด็กตั้งแต่ 1 คนขึ้นไปเข้าร่วมในกองกำลังทางทหาร หรือเกณฑ์เด็กเข้าร่วมสู้รบในสงคราม
2. เด็กที่ถูกเกณฑ์ไปเป็นทหารนั้นจะต้องอายุต่ำกว่า 15 ปี

3. ผู้กระทำความผิดจะต้องรู้ หรือควรจะรู้ได้ว่าเด็กที่ถูกเกณฑ์เข้าเป็นทหารนั้นอายุต่ำกว่า 15 ปี
4. การกระทำความผิดดังกล่าวจะต้องเชื่อมโยงกับสงครามระหว่างประเทศ

4.3.3. กรณีศึกษาในคดีที่เกี่ยวข้องกับการละเมิดกฎหมายที่ใช้เพื่อการคุ้มครองพลเรือน

คดีนาย *Dusko Tadic*

คดีนี้ถือเป็นคดีที่มีความสำคัญเนื่องจากผลจากการตัดสินพิพากษาของศาลอุทธรณ์ชี้ให้เห็นถึงการเปลี่ยนแปลงของกฎหมายอาญาระหว่างประเทศในปัจจุบัน โดยในคดีนี้เป็นคดีที่เกิดขึ้นระหว่าง อัยการศาลอาญาระหว่างประเทศชั่วคราวซึ่งจัดขึ้นเพื่อดำเนินคดีกับผู้กระทำความผิดในยูโกสลาเวียเดิม กับนาย *Dusko Tadic*

นาย *Dusko Tadic* เกิดที่เมือง *Kozarac* และได้เข้าร่วมกับกลุ่มประชาธิปไตยแห่งเซอร์เบีย (Serbian Democratic Party :SDS) ในปี ค.ศ. 1990 โดยในวันที่ 30 เมษายน 1992 เมือง *Prijedor* ได้ถูกกลุ่มประชาธิปไตยแห่งเซอร์เบียเข้ายึดครองโดยได้รับการสนับสนุนจากกองกำลังของทั้งตำรวจ และทหารโดยการยิงปืนใหญ่เข้าไปยังบริเวณที่เป็นที่พักอาศัยของชาวเซิร์บมุสลิม และ ชาวโครแอต (Croats) เป็นเหตุให้ชาวมุสลิมและชาวโครแอต ต้องหนีออกจากที่อยู่อาศัย ซึ่งปฏิบัติการนี้ทำให้กลุ่มประชาธิปไตยของเซอร์เบียสามารถเข้ายึดครองเมือง *Prijedor* และเมือง *Kozarac* ได้ การโจมตีเมือง *Kozarac* กินเวลานาน 2 วันเป็นเหตุให้มีพลเรือนเสียชีวิต 800 คนจากจำนวนพลเรือนที่อาศัยอยู่ในเมืองนั้นประมาณ 4,000 คน เมื่อกลุ่มประชาธิปไตยแห่งเซอร์เบียเข้ายึดเมืองได้แล้ว ได้บุกเข้าไปและขับไล่พลเรือนที่ไม่ใช่ชาวเซอร์เบียให้ออกไปจากเมืองโดยพลเรือนหลายคนถูกทุบตี ถูกปล้น ถูกฆ่าโดยทหารและหน่วยเสริมกำลังทหาร โดยพลเรือนเหล่านั้นถูกบังคับให้เดินทางไปยังค่าย *Omarska* , *Keraterm* และ *Trnopolje* โดยพลเรือนที่ถูกจับมานั้นจะถูกนำมาทรมานด้วยวิธีการต่างๆ รวมไปถึงการถูกสังหาร ณ. สถานที่เหล่านี้

สภาพความเป็นอยู่ที่ค่ายกักกันที่เมือง *Omarska* ถือเป็นสถานที่ที่มีสภาพความเป็นอยู่อันโหดร้าย ผู้ที่ถูกจับกุมต้องอยู่กันอย่างแออัด และไม่มีสาธารณูปโภคอย่างเพียงพอ ผู้ถูกจับกุมจะถูกทิ้งให้อดอยากหิวโหย โดยการให้รับประทานอาหารวันละ 1 ครั้ง และให้เวลาในการรับประทานอาหารเพียง 3 นาที ส่วนน้ำดื่มที่มีไว้ให้นั้นมีเพียงน้อยนิดและไม่สะอาด ผู้ถูกจับกุมไม่มีเสื้อผ้าที่สะอาดให้เปลี่ยน ไม่มียารักษาโรค

ในขณะที่ถูกจับกุม ผู้ถูกจับกุมถูกทำร้ายอย่างทารุณโดยผู้คุมค่ายกักกันและบุคคลอื่นๆที่เข้ามาทำร้ายผู้ถูกกักกัน โดยการใช้วิธีที่ทารุณโหดร้าย รวมไปถึงการใช้กระบอง ไม้พลองที่ทำจาก

หลักฐานขนาดใหญ่ที่มีลูกตุ้มเหล็กติดอยู่ที่ปลาย ด้ามปืนไรเฟิล มีด โดยผู้ที่ถูกทำร้ายนั้นไม่เว้นแม้แต่ผู้ถูกกักกันที่เป็นผู้หญิงก็จะถูกทรมาน ถูกข่มขืน ล่วงละเมิดทางเพศ

ในฐานะที่นาย *Dusko Tadic* เป็นผู้นำกลุ่มประชาธิปไตยแห่งเซอร์เบียที่มีอำนาจเหนือเมือง *Kozarac* ซึ่งเป็นเมืองที่พลเรือนชาวเซิร์บมุสลิมอาศัยอยู่เป็นจำนวนมาก และในฐานะที่เป็นหน่วยเสริมของกองกำลังทางทหารซึ่งได้เข้าไปช่วยเหลือทหารในการบุกเข้าโจมตีเมือง *Krajina* โดย *Tadic* ถูกกล่าวหาว่ามีส่วนในการเข้าโจมตีเมือง โดย *Tadic* ได้กระทำการอันมีโทษรุนแรงที่สุดของเขา คือการฆ่าตัวรวมุสลิม 2 นายที่เมือง *Kozarac* และนอกจากนี้ เขายังถูกกล่าวหาว่ามีส่วนร่วมในการกระทำอันเป็นการไร้มนุษยธรรม ซึ่งการกระทำดังกล่าวเกิดขึ้นที่ค่าย *Omarska*

นาย *Dusko Tadic* ถูกจับในวันที่ 12 กุมภาพันธ์ 1994 ที่ประเทศเยอรมันนี โดยนาย *Tadic* ได้ตกเป็นผู้ต้องสงสัยในการกระทำอันเป็นการละเมิดกฎหมายระหว่างประเทศในเดือนมิถุนายน 1992 ที่ค่าย *Omarska* ในระหว่างการโจมตีเมือง *Kozarac*

การร้องขอของอัยการศาลอาญาระหว่างประเทศจัดตั้งขึ้นเพื่อดำเนินคดีกับบุคคลที่กระทำผิดในยูโกสลาเวียเดิมได้ร้องขอให้รัฐบาลเยอรมันส่งตัว *Tadic* มารับการพิจารณาคดี โดยนาย *Tadic* ถูกส่งตัวมาในวันที่ 24 เมษายน 1995

นาย *Tadic* ถูกตั้งข้อหาดังนี้ คือ

- จงใจฆ่า ทรมาน กระทำการอันเป็นการทารุณโหดร้าย จงใจกระทำการอันก่อให้เกิดการบาดเจ็บสาหัสต่อร่างกาย หรือสุขภาพ ซึ่งการกระทำดังกล่าวเป็นการละเมิดอย่างร้ายแรงภายใต้อนุสัญญาเจนีวา 1949

Tadic ถูกตั้งข้อหานี้เนื่องจากในขณะที่ทำการโจมตีเมือง *Kozarac* และบริเวณใกล้เคียง เขาได้เข้าร่วมและบังคับให้โยกย้ายพลเรือนไปกักขังไว้ ณ สถานที่กักกันต่างๆ นอกจากนี้เขายังได้ร่วมทำร้ายเหยื่อจนหมดสติ รวมไปถึงการข่มขู่เหยื่อด้วยมีด และแทงเหยื่อ

- ฆาตกรรม โดยการกระทำดังกล่าวเป็นความผิดฐาน **Crime against humanity** และหลักจารีตประเพณีระหว่างประเทศตามมาตรา 3 แห่งธรรมนูญจัดตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศชั่วคราวเพื่อดำเนินคดีต่อผู้กระทำความผิดในยูโกสลาเวียเดิม

จากข้อหานี้ *Tadic* ได้สังหารตัวรวชาวเซิร์บมุสลิม 2 นายในเมือง *Kozarac* ในวันที่ 26 พฤษภาคม 1992 และยังได้เข้าร่วมในการฆาตกรรมชาย 5 คนในหมู่บ้าน *Jaskici* ซึ่งตั้งอยู่ใกล้กับเมือง *Prijedor*

ตามข้อกล่าวหาที่นาย *Dusko Tadic* ถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิดดังกล่าวต่อพลเรือนหรือผู้ที่ไม่มีส่วนเกี่ยวข้องกับความขัดแย้งที่เกิดขึ้นนั้น ข้อหาแรกที่จะนำมาพิจารณา คือ ข้อ

กล่าวหาที่ว่า นาย *Dusko Tadic* ได้กระทำการอันเป็นการละเมิดกฎหมายอย่างร้ายแรง (Grave Breach) ภายใต้อนุสัญญาเจนีวา 1949 โดยตามข้อหานี้มีปัญหาที่สำคัญ คือ ในภาวะขัดกันทางกำลังทหารที่เกิดขึ้นนั้น มีลักษณะเป็นการขัดกันทางกำลังทหารในระดับระหว่างประเทศหรือไม่

โดยในฐานความผิดนี้ ศาลชั้นต้นได้ตัดสินให้นาย *Tadic* พ้นผิดจากข้อกล่าวหานี้ เนื่องจากศาลตีความมาตรา 2 ของธรรมนูญจัดตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศเพื่อดำเนินคดีสำหรับผู้กระทำความผิดอาญาในยูโกสลาเวียเดิม (ICTY statute) เนื่องจาก มาตรา 2 ICTY statute ได้บัญญัติถึง “การละเมิดอย่างร้ายแรง” ภายใต้อนุสัญญาเจนีวา 1949 และพิธีสารเพิ่มเติมอนุสัญญาเจนีวาคบปีที่ 1²³ มาลงโทษ โดยลักษณะของการละเมิดอนุสัญญาเจนีวาอย่างร้ายแรงนั้นไม่สามารถนำมาปรับใช้กับกรณีขัดกันทางกำลังทหารที่ไม่ได้มีลักษณะระหว่างประเทศได้²⁴ เนื่องจาก

มาตรา 3 ร่วมอนุสัญญาเจนีวา 1949 และพิธีสารเพิ่มเติมอนุสัญญาเจนีวาคบปีที่ 2 นั้น ถูกนำมาปรับใช้ในกรณีที่เกิดการขัดกันทางกำลังทหารที่ไม่ใช่ในระดับระหว่างประเทศอยู่แล้ว ซึ่งในส่วนของการนำกฎหมายมาปรับใช้ในกรณีที่เกิดการละเมิดอย่างร้ายแรงนั้นถูกจำกัดโดยมาตรา 2 ร่วมอนุสัญญาเจนีวา และนอกจากนี้ อนุสัญญาเจนีวา และพิธีสารเพิ่มเติมอนุสัญญาเจนีวาคบปีที่ 1 ได้จำกัดลักษณะที่ถือเป็นความผิดอย่างร้ายแรงไว้ว่า ต้องเป็นกรณีที่มีการกระทำต่อบุคคล หรือ ทรัพย์สินที่ได้รับความคุ้มครองภายใต้อนุสัญญานี้ ซึ่งบุคคลที่ได้รับความคุ้มครอง ดังที่ได้กล่าวไปแล้วนั้นคือ จะต้องเป็นบุคคลที่ตกอยู่ในความควบคุมของรัฐคู่สงคราม หรือ ตกอยู่ในความปกครองของรัฐที่ไม่ได้มีสัญชาติตน²⁵

ในการพิจารณาคดีของศาลชั้นต้น ผู้ถูกกล่าวหา อ้างว่า ความขัดแย้งที่เกิดขึ้นดังกล่าวไม่มีลักษณะเป็นการขัดกันทางกำลังทหารระหว่างประเทศ และไม่ได้มีความตกลงใดๆ ได้บัญญัติไว้ในมาตรา 3 แห่งธรรมนูญก่อตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศชั่วคราวเพื่อดำเนินคดีแก่ผู้กระทำความผิดในยูโกสลาเวียเดิม (ICTY Statute) ว่าสามารถนำบทบัญญัติเรื่อง “การละเมิดอย่างร้ายแรง” ต่ออนุสัญญาเจนีวามาปรับใช้กับกรณีที่เกิดการขัดกันทางกำลังทหารในลักษณะที่ไม่มีลักษณะ

²³ อนุสัญญาเจนีวาคบปีที่ 4 มาตรา 147 และพิธีสารเพิ่มเติมอนุสัญญาเจนีวาคบปีที่ 1 มาตรา 11(4), 85 และ 86

²⁴ Marco Sassoli and Laura M. Olsen, “The Judgement of the ICTY Appeals Chamber on the merits in the Tadic case”, *International Review of the Red Cross*, No. 839, pp.733-769

²⁵ ดู อนุสัญญาเจนีวาคบปีที่ 4 มาตรา 4

ระหว่างประเทศได้ แต่ในส่วนของอัยการตอบได้ว่า การขัดกันทางกำลังทหารดังกล่าวมีลักษณะระหว่างประเทศ จึงสามารถนำบทบัญญัติเกี่ยวกับการละเมิดอนุสัญญาเจนีวาอย่างร้ายแรงมาปรับใช้ในความผิดที่เกิดขึ้นได้

ในการพิจารณาคดีของศาลชั้นต้น มองว่าในการพิจารณาถึงความขัดแย้งดังกล่าวนั้นมีความจำเป็นที่จะต้องคำนึงถึงบทบาทของรัฐที่สาม (Croatian) ที่เข้ามาเกี่ยวข้องกับความขัดแย้งที่เกิดขึ้นระหว่าง รัฐบาลบอสเนีย กับ กองกำลังบอสเนีย-โครแอต (HVO) เพื่อที่จะนำมาพิจารณาว่าลักษณะความขัดแย้งที่เกิดขึ้นนั้นได้เปลี่ยนจากการขัดกันทางกำลังทหารที่ไม่มีลักษณะระหว่างประเทศ ไปเป็น การขัดกันทางกำลังทหารระหว่างประเทศ โดยสาเหตุที่อัยการมองว่าการขัดกันทางกำลังทหารดังกล่าวถือเป็นการขัดกันทางกำลังทหารที่มีลักษณะระหว่างประเทศ เนื่องจาก

1. ความขัดแย้งที่เกิดขึ้นมีลักษณะระหว่างประเทศเนื่องจากการเข้าร่วมสู้รบโดยตรงของ กองกำลังทางทหารของโครเอเชีย และ กองกำลังทางทหารของบอสเนียโดยทำการสู้รบกันในบอสเนีย
2. ความขัดแย้งที่เกิดขึ้นมีลักษณะระหว่างประเทศเนื่องจากความขัดแย้งระหว่าง บอสเนีย เฮอร์เซโกวีนา และ บอสเนีย-โครแอต นั้น บอสเนีย-โครแอตถูกควบคุมโดยรัฐบาลของโครเอเชีย

อย่างไรก็ตาม แม้ศาลจะมองว่าความขัดแย้งที่เกิดขึ้นมีลักษณะเป็นการขัดกันทางกำลังทหารที่มีลักษณะระหว่างประเทศก็ตาม แต่ยังคงไม่เพียงพอหากจะกล่าวว่าผู้กระทำผิดจะต้องรับผิดชอบ “ละเมิดอย่างร้ายแรง” เนื่องจากหากผู้กระทำผิดจะต้องรับผิดชอบในฐานความผิดนี้จะต้องเข้าองค์ประกอบที่สำคัญ คือเหยื่อจะต้องเป็นผู้ที่ได้รับความคุ้มครอง และตกอยู่ในมือของศัตรู ผู้ซึ่งไม่มีสัญชาติตน โดยในคดีนี้ ศาลมองว่าเหยื่อนั้นไม่ได้เป็น “บุคคลที่ได้รับความคุ้มครอง” ภายใต้อนุสัญญาเจนีวาฉบับที่ 4 เนื่องจาก เหยื่อเหล่านี้ไม่ได้ตกไปอยู่ในมือของฝ่ายศัตรูซึ่งไม่ได้มีสัญชาติเดียวกับตนแต่อย่างใด ในกรณีที่เกิดขึ้นเหยื่อชาวบอสเนียถูกควบคุมตัวโดยกองกำลังชาวบอสเนีย (เซิร์บ) ดังนั้น เมื่อเหยื่อ และผู้กระทำผิดมีสัญชาติเดียวกัน จึงไม่สามารถนำบทบัญญัติเรื่องการละเมิดอย่างร้ายแรงมาปรับใช้ในกรณีนี้ได้

จากสาเหตุที่กล่าวมาข้างต้น จึงสามารถสรุปได้ว่า กรณีที่เกิดขึ้น การกระทำของนาย *Dusko Tadic* นั้นไม่ถือว่ามี ความผิดฐานละเมิดอย่างร้ายแรงต่ออนุสัญญาเจนีวาเนื่องจากการกระทำความผิดของนาย *Tadic* ถือเป็นการกระทำต่อพลเรือนที่มีสัญชาติบอสเนียเช่นเดียวกับตน ดังนั้น กรณีดังกล่าวจึงไม่สามารถนำบทบัญญัติในเรื่องของการละเมิดอย่างร้ายแรงต่ออนุสัญญา

เจนีวาอย่างร้ายแรงมาใช้ได้ แม้ว่าศาลจะมองว่าความขัดแย้งที่เกิดขึ้นดังกล่าวจะมีลักษณะเป็น การขัดกันทางกำลังทหารระหว่างประเทศก็ตาม

เมื่อไม่สามารถลงโทษนาย *Tadic* ฐานละเมิดอย่างร้ายแรงต่ออนุสัญญาเจนีวาอย่าง ร้ายแรงได้ จึงควรมาพิจารณาถึงความผิดฐานต่อมาที่นาย *Tadic* ถูกกล่าวหา นั่นคือ ความผิด ฐานฆาตกรรม โดยการกระทำความผิดดังกล่าวเป็นความผิดฐาน **Crime Against Humanity** และหลัก จารีตประเพณีระหว่างประเทศตามมาตรา 3 แห่งธรรมนูญจัดตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศ ชั่วคราวเพื่อดำเนินคดีต่อผู้กระทำความผิดในยูโกสลาเวียเดิม ซึ่งตามมาตรา 3 แห่งธรรมนูญจัดตั้งศาล อาญาระหว่างประเทศชั่วคราวเพื่อดำเนินคดีต่อผู้กระทำความผิดในยูโกสลาเวียเดิมนั้นไม่ได้จำกัด ขอบเขตของการคุ้มครองอยู่เฉพาะในกรณีที่เกิดการขัดกันทางกำลังทหารระหว่างประเทศเท่านั้น แต่รวมไปถึงการกระทำการอันเป็นการละเมิดกฎหมายมนุษยธรรมที่สามารถนำมาปรับใช้กรณี ที่เกิดการขัดกันทางกำลังทหารในระดับภายในประเทศได้ด้วย²⁶ โดยในการที่จะพิจารณาว่าบุคคล ที่จะต้องได้รับโทษจากการกระทำของตนในการขัดกันทางกำลังทหารนั้น สิ่งที่จะต้องพิจารณา ถึงสามารถแบ่งได้เป็น 3 ข้อหลักๆ คือ

1. การกระทำเหล่านั้นขัดต่อกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศที่จะสามารถนำมาปรับใช้ ในกรณีการขัดกันทางกำลังทหารที่เกิดขึ้นได้หรือไม่

หากจะพิจารณาจากข้อเท็จจริงในคดี *Tadic* นั้น การกระทำของนาย *Dusko Tadic* นั้น เป็นการละเมิดต่อกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศที่สามารถนำมาปรับใช้กับกรณีการขัดกัน ทางกำลังทหารระดับภายในประเทศได้ ข้อกล่าวหาที่นาย *Tadic* ถูกกล่าวหาว่ามีทั้งข้อหาฆ่า กระทำการอันเป็นการทรมาน ข่มขืน และกระทำการอันโหดร้ายต่อผู้ถูกกักขังหรือบุคคลผู้ที่ไม่ มีส่วนร่วมในการสู้รบ ซึ่งแม้การกระทำความผิดดังกล่าวจะได้กระทำในระหว่างการเกิดสงคราม ภายในประเทศก็ตาม แต่การกระทำความผิดเหล่านั้นถือว่าการขัดต่อมาตรา 3 ร่วมแห่งอนุสัญญาเจนีวา โดยกฎเกณฑ์จารีตประเพณีระหว่างประเทศในส่วนที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายมนุษยธรรมระหว่าง ประเทศนั้น ซึ่งรวมไปถึงการกระทำต่างๆ ยกตัวอย่างเช่น การฆ่า การทรมาน นั้น กฎหมายได้ บัญญัติคุ้มครองไว้ในมาตรา 3 ร่วมอนุสัญญาเจนีวา โดยบทบัญญัตินี้มุ่งที่จะคุ้มครองต่อบุคคลที่ ไม่มีส่วนเกี่ยวข้องในการสู้รบ รวมไปถึง สมาชิกของกองกำลังทางทหารซึ่งวางอาวุธออกจากการสู้รบ แล้ว ทหารที่บาดเจ็บ หรือเจ็บป่วย โดยการคุ้มครองต่อบุคคลดังกล่าวนี้จะต้องไม่มีการแบ่งแยก

²⁶ Christopher Greenwood, *International Humanitarian Law and the Tadic Case*, pp. 265-283

เชื้อชาติ ศาสนา หรือเพศ ฯลฯ และในบทบัญญัตินี้สามารถนำมาปรับใช้กับกรณีการขัดกันทางกำลังทหารที่ไม่ใช่ในระดับระหว่างประเทศได้²⁷

2. กฎหมายระหว่างประเทศได้บัญญัติให้การกระทำดังกล่าวเป็นการกระทำที่ก่อให้เกิดความรับผิดชอบในการกระทำนั้นหรือไม่

ศาลอุทธรณ์ได้กล่าวถึงกรณีที่บุคคลได้กระทำการอันเป็นการละเมิดกฎหมายที่สามารถปรับใช้ในกรณีที่เกิดการขัดกันทางกำลังทหารที่ไม่ใช่ในระดับระหว่างประเทศซึ่งรวมไปถึงการละเมิดต่อบทบัญญัติมาตรา 3 ร่วมแห่งอนุสัญญาเจนีวาสามารถก่อให้เกิดความรับผิดชอบทางอาญาต่อบุคคลที่กระทำการดังกล่าวภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ ซึ่งหลักการนี้มีปัญหาเกิดขึ้นคือ²⁸ ประการแรก มีการถกเถียงกันว่า การละเมิดบทบัญญัติแห่งอนุสัญญาเจนีวาและพิธีสารเพิ่มเติมอนุสัญญาเจนีวาซึ่งไม่ใช่บทบัญญัติที่วาดด้วยเรื่องของการละเมิดอย่างร้ายแรงต่ออนุสัญญาเจนีวา รวมไปถึงบทบัญญัติซึ่งเกี่ยวข้องกับการรับผิดชอบในทางระหว่างประเทศของรัฐแต่ไม่รวมไปถึงอาชญากรรมภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศในส่วนที่เกี่ยวข้องกับความรับผิดชอบของปัจเจกชน โดยตามแนวคิดนี้จะก่อให้เกิดความสับสนระหว่างปัญหาในส่วนของความรับผิดชอบ และปัญหาในส่วนของเขตอำนาจศาล

การละเมิดอนุสัญญาเจนีวาซึ่งไม่ใช่บทบัญญัติเกี่ยวกับการละเมิดอย่างร้ายแรงนั้นไม่ได้ขึ้นอยู่กับเขตอำนาจศาลตามที่อนุสัญญาเจนีวาได้บัญญัติไว้ หมายความว่า เมื่อมีการกระทำผิดเกิดขึ้น รัฐใดก็ตาม ไม่ว่าจะเป็นรัฐคู่สงคราม หรือรัฐที่เป็นกลางจะต้องดำเนินคดีต่อผู้กระทำผิดหรือไม่เช่นนั้น ต้องส่งตัวผู้กระทำผิดไปให้รัฐอื่นดำเนินคดี ซึ่งนั่นไม่ได้หมายความว่า การละเมิดกฎเกณฑ์ดังกล่าวไม่ได้เกี่ยวข้องกับความรับผิดชอบทางอาญาของปัจเจกชน

ปัญหาต่อมาที่เกิดขึ้น คือ มีการโต้แย้งว่าความผิดตามมาตรา 3 แห่งธรรมนูญก่อตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศชั่วคราวจัดตั้งขึ้นเพื่อดำเนินคดีแก่ผู้กระทำผิดในยูโกสลาเวียเดิม ที่ได้กระทำในกรณีที่เกิดการขัดกันทางกำลังทหารที่ไม่ใช่ในระดับระหว่างประเทศนั้นไม่ถือว่าเป็นความผิดฐานอาชญากรรมสงครามภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศแม้ว่าการกระทำดังกล่าวจะเป็นความผิดทางอาญาในรัฐส่วนใหญ่ก็ตาม และนอกจากนี้ องค์การกาชาดสากลได้แสดงความเห็นในกรณีที่จะมีการก่อตั้งศาลยุติธรรมระหว่างประเทศว่า ในความเห็นขององค์การกาชาดสากลมองว่า ความผิดฐานอาชญากรรมสงครามนั้นควรจะจำกัดอยู่ในเฉพาะกรณีการขัดกันทาง

²⁷ ดูมาตรา 3 ร่วมอนุสัญญาเจนีวา

²⁸ Christopher Greenwood, *supra* note 26, p. 279.

กำลังทหารในระดับระหว่างประเทศเท่านั้น²⁹ ซึ่งแนวคิดนี้ มีความเห็นขัดแย้งกับความเห็นที่กล่าวมาก่อนหน้านี้โดยมองว่าควรพิจารณาถึงหลักการ “ไม่มีความผิด หากไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้” (*nullum crimen sine lege* หรือ *no penalty without the law*) แต่ผู้ที่มีความเห็นในลักษณะดังกล่าวก็ไม่ได้คำนึงว่าการละเมิดมาตรา 3 ICTY Statute นั้นเป็นความผิดอาญาภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ หากพิจารณาถึงคำกล่าวของตัวแทนประเทศสหรัฐอเมริกาซึ่งได้กล่าวไว้ในการประชุมลงนามในข้อมติที่ 827 ในส่วนของการตีความตามมาตรา 3 แห่งธรรมนูญก่อตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศชั่วคราวเพื่อดำเนินคดีแก่ผู้กระทำความผิดในยูโกสลาเวียเดิม ซึ่งตีความว่าการละเมิดตามมาตรา 3 นั้นถือเป็นความผิดทางอาญาภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ และนอกจากนี้ ศาสตราจารย์ Meron ได้ให้ความเห็นว่าการละเมิดกฎเกณฑ์ดังกล่าวควรจะเป็นความผิดอาญาภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ ว่าหากมีการยึดถือกันมาว่าการกระทำละเมิดกฎหมายระหว่างประเทศจะถือว่ามีผิดทางอาญาภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศนั้นจะถูกขยายให้สามารถนำมาปรับใช้ได้กับกรณีการขัดกันทางกำลังทหารในระดับภายในประเทศได้ แล้วเหตุใดเมื่อมีการละเมิดกฎเกณฑ์ดังกล่าวจึงไม่ถือว่าเป็นความผิด

ในคำพิพากษาคดี *Tadic* ซึ่งได้กระทำความผิดกฎเกณฑ์ที่บัญญัติขึ้นเพื่อใช้ในกรณีที่เกิดการขัดกันทางกำลังทหารที่ไม่ใช่ในระดับระหว่างประเทศนั้นส่งผลให้เกิดความรับผิดชอบทางอาญาของปัจเจกชน

3. เขตอำนาจศาลในการที่จะพิจารณาคดีแก่ผู้กระทำความผิดนั้นอยู่ที่ศาลใด

เขตอำนาจศาลภายใต้มาตรา 3 แห่งธรรมนูญจัดตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศชั่วคราวที่จัดตั้งขึ้นเพื่อดำเนินคดีต่อผู้กระทำความผิดอาญาในยูโกสลาเวียเดิม ในส่วนของการละเมิดกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศที่สามารถนำมาปรับใช้ได้กรณีที่มีการขัดกันทางกำลังทหารที่ไม่ใช่ในระดับระหว่างประเทศ มาตรา 3 แห่งธรรมนูญจัดตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศชั่วคราวที่จัดตั้งขึ้นเพื่อดำเนินคดีต่อผู้กระทำความผิดอาญาในยูโกสลาเวียเดิมถูกบัญญัติขึ้นเพื่อยืนยันถึงเขตอำนาจศาลยูโกสลาเวียเดิมที่จัดตั้งขึ้นโดยมีเขตอำนาจศาลในกรณีที่เกิดการละเมิดต่ออนุสัญญากรุงเฮกในส่วนที่เกี่ยวกับกรณีที่ได้รับทางบก ปี 1907 และนอกจากนี้ในรายงานของเลขาธิการสหประชาชาติ รวมไปถึงคำกล่าวของคณะมนตรีความมั่นคงแห่งสหประชาชาติในขณะที่มีการลงนามรับรองธรรมนูญจัดตั้งศาลนั้นกล่าวว่าเขตอำนาจศาลนั้นให้หมายความรวมถึงการละเมิดกฎหมายและหลักจารีตในการทำสงครามอีกด้วย ในการพิจารณาคดีในชั้นอุทธรณ์ ศาลอุทธรณ์

²⁹ *Ibid.* p. 280

ไม่ได้พิจารณาถึงปัญหาที่ว่าศาลภายในของรัฐอื่น ๆ จะมีเขตอำนาจศาลเหนือการละเมิดดังกล่าวหรือไม่ แต่อย่างไรก็ตาม ศาลได้บันทึกไว้ว่า ศาลของประเทศเดนมาร์กได้พิจารณาคดีหนึ่งซึ่งเกี่ยวข้องกับความขัดแย้งที่เกิดขึ้นในยูโกสลาเวียเดิม³⁰

ในส่วนของการพิพากษาคดี ศาลชั้นต้นได้ตัดสินให้นาย *Dusko Tadic* มีความผิดฐาน

- อาชญากรรมต่อมวลมนุษยชาติ (Crime against humanity) ภายใต้มาตรา 5 แห่งธรรมนูญจัดตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศชั่วคราวที่จัดตั้งขึ้นเพื่อดำเนินคดีต่อผู้กระทำความผิดอาญาในยูโกสลาเวียเดิม เนื่องจากเขาได้สังหารบุคคลโดยเหตุผลแนวคิดทางการเมืองที่ไม่ตรงกัน เหตุผลทางเชื้อชาติ ศาสนา รวมไปถึงการกระทำอันไร้มนุษยธรรม
- ละเมิดกฎหมายจารีตประเพณีภาคสงครามภายใต้มาตรา 3 แห่งธรรมนูญจัดตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศชั่วคราวที่จัดตั้งขึ้นเพื่อดำเนินคดีต่อผู้กระทำความผิดอาญาในยูโกสลาเวียเดิม
- ในส่วนของการละเมิดต่ออนุสัญญาเจนีวาอย่างร้ายแรง ศาลชั้นต้นได้ยกฟ้องเนื่องจากเห็นว่าข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นนั้นไม่สามารถปรับใช้กับบทบัญญัติความผิดฐานละเมิดอย่างร้ายแรงภายใต้อนุสัญญาเจนีวาได้

โดยในเบื้องต้นศาลสั่งพิพากษาจำคุกนาย *Tadic* 20 ปี

เมื่อคดีมาถึงชั้นศาลอุทธรณ์ ศาลอุทธรณ์ได้กลับคำพิพากษาในความผิดฐานละเมิดอย่างร้ายแรงภายใต้อนุสัญญาเจนีวาเนื่องจากศาลอุทธรณ์ไม่ได้ตีความกฎหมายตามตัวอักษร แต่มองที่ปัจจัยทางด้านเชื้อชาติและปัจจัยทางด้านความจงรักภักดีต่อชาติ รวมไปถึงความมีประสิทธิภาพในการให้ความคุ้มครองโดยมองว่าเหยื่อของนาย *Tadic* นั้นไม่ได้มีสถานะเป็นกลาง แต่ไม่ใช่ผู้ลี้ภัย ดังนั้นปัญหาจึงเกิดขึ้น และปัญหาที่เกิดขึ้นนี้ส่งผลให้เห็นถึงความไม่เพียงพอของหลักการที่เกี่ยวข้องกับเชื้อชาติ สำหรับกรณีที่มีการขัดกันทางกำลังทหารในปัจจุบัน ซึ่งส่งผลให้ต้องกลับไปนำกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศมาปรับใช้ในกรณีที่เกิดขึ้นในข้อเท็จจริงมากกว่าการพิจารณาถึงความผูกพันอย่างเป็นทางการมาพิจารณา

ดังนั้น ในคำพิพากษาในชั้นศาลอุทธรณ์ ศาลได้พิจารณาให้นาย *Tadic* มีความผิดฐาน

- กระทำการอันเป็นการละเมิดอย่างร้ายแรงภายใต้อนุสัญญาเจนีวา 1949 ตามมาตรา 2 แห่งธรรมนูญจัดตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศชั่วคราวที่จัดตั้งขึ้นเพื่อดำเนินคดีต่อ

³⁰ Appeals Chamber Decision, para. 83.

ผู้กระทำความผิดอาญาในยูโกสลาเวียเดิม ในการกระทำที่นาย *Tadic* เจตนาฆ่า กระทำการอันเป็นการทรมาน กระทำการอันไร้มนุษยธรรม จงใจกระทำการอันก่อให้เกิดการบาดเจ็บต่อร่างกาย หรือจิตใจอย่างสาหัส

- อาชญากรรมต่อมวลมนุษยชาติ (Crime against humanity) ภายใต้มาตรา 5 แห่งธรรมนูญจัดตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศชั่วคราวที่จัดตั้งขึ้นเพื่อดำเนินคดีต่อผู้กระทำความผิดอาญาในยูโกสลาเวียเดิมในการฆาตกรรมเหยื่อผู้เคราะห์ร้าย
- ละเมิดกฎเกณฑ์จารีตประเพณีระหว่างประเทศภายใต้มาตรา 3 แห่งธรรมนูญจัดตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศชั่วคราวที่จัดตั้งขึ้นเพื่อดำเนินคดีต่อผู้กระทำความผิดอาญาในยูโกสลาเวียเดิม

ในชั้นศาลอุทธรณ์ได้พิพากษายืนตามศาลชั้นต้น คือโทษจำคุก 20 ปี

นาย *Tadic* ถูกส่งตัวไปรับโทษจำคุกที่ประเทศเยอรมนีและได้รับการอภัยโทษในวันที่ 17 มิถุนายน ปี ค.ศ. 2008

ซึ่งตามคำพิพากษาของศาลในคดี *Dusko Tadic* ศาลชั้นอุทธรณ์ได้ตัดสินว่านาย *Tadic* มีความผิดฐาน ละเมิดต่ออนุสัญญาเจนีวาอย่างร้ายแรง โดยในฐานความผิดนี้ ได้มีปัญหากเกิดขึ้น คือ ในชั้นศาลชั้นต้นมองว่า การกระทำของนาย *Tadic* นั้นไม่ถือว่าเป็นการละเมิดบทบัญญัติที่เป็นการละเมิดอย่างร้ายแรงต่ออนุสัญญาเจนีวา เนื่องจากข้อเท็จจริงนั้นไม่เข้าองค์ประกอบ คือ เหยื่อของการกระทำของ *Tadic* นั้นไม่ได้มีสถานะเป็นผู้ได้รับความคุ้มครองเนื่องจากเหยื่อมีสัญชาติเดียวกับนาย *Tadic* แต่เมื่อคดีขึ้นมาถึงชั้นศาลอุทธรณ์ ศาลอุทธรณ์กลับมองว่า การกระทำความผิดกล่าวถึงเป็นการละเมิดอย่างร้ายแรงภายใต้อนุสัญญาเจนีวาเนื่องจากศาลอุทธรณ์มองที่ข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นว่าเหยื่อนั้นขึ้นตรงอยู่กับรัฐบาลโครเอเชีย แม้ว่าเหยื่อจะมีสัญชาติเชิร์บเช่นเดียวกับนาย *Tadic* ก็ตาม

จากคำตัดสินของทั้งศาลชั้นต้น และศาลอุทธรณ์ ข้าพเจ้าเห็นด้วยกับเหตุผลของศาลชั้นอุทธรณ์ที่มองว่านาย *Dusko Tadic* นั้นกระทำละเมิดต่อบทบัญญัติในอนุสัญญาเจนีวาอย่างร้ายแรง เนื่องจาก ในการขัดกันทางกำลังทางทหารที่เกิดขึ้นในปัจจุบัน ลักษณะการสู้รบนั้นเปลี่ยนแปลงไปจากสมัยก่อนมาก ดังนั้น หากจะตีความตามตัวอักษรอย่างเคร่งครัด ข้าพเจ้าเกรงว่า การบังคับใช้กฎหมายนั้นๆจะไม่สามารถบังคับใช้ได้อย่างมีประสิทธิภาพเท่าที่ควร ดังนั้นจึงควร

นำข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นมาพิจารณาร่วมด้วยเพื่อให้การปรับใช้กฎหมายนั้นมีประสิทธิภาพมากที่สุด ข้าพเจ้าเห็นด้วยกับความเห็นของศาลอุทธรณ์ที่มองว่า ในการพิจารณาถึงกรณีทีบุคคลใดจะได้รับความคุ้มครองภายใต้กฎหมายนั้น ไม่ควรมองแต่เฉพาะคุณลักษณะที่เป็นทางการเท่านั้น³¹ แต่ควรพิจารณาถึงข้อเท็จจริงในกรณีที่เกิดขึ้นด้วย

กรณีของการละเมิดกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศที่ใช้เพื่อคุ้มครองพลเรือนของ นาย ซัดดัม ฮุสเซน (Saddam Hussein Trial)

ในวันที่ 19 ตุลาคม ค.ศ.2005 ศาลพิเศษแห่งอิรักได้เปิดกระบวนการพิจารณาคดีของซัดดัม ฮุสเซน และพวกอีก 7 คนว่ามีผิดฐานก่ออาชญากรรมต่อมวลมนุษยชาติ โดยศาลพิเศษแห่งอิรัก (the Iraqi Special Tribunal หรือ IST) ได้ก่อตั้งขึ้นวันที่ 10 ธันวาคม ค.ศ.2003 ซึ่งก่อนหน้าการจับกุมตัวนายซัดดัม ฮุสเซน ได้เพียง 3 วัน

ศาลพิเศษแห่งอิรักถูกตั้งขึ้นเพื่อดำเนินคดีกับบุคคลที่กระทำละเมิดสิทธิมนุษยชน (Grave human rights violations) ซึ่งได้กระทำขึ้นในอิรักระหว่างปี ค.ศ.1968-2003³² โดยศาลพิเศษแห่งอิรักนี้ ประกอบไปด้วยศาลชั้นต้นและศาลอุทธรณ์ โดยศาลชั้นต้นมีผู้พิพากษา 5 คน มีวาระ 5 ปี และศาลอุทธรณ์มีผู้พิพากษา 9 คนและคณะลูกขุนอีก 20 คนมีวาระ 3 ปี นอกจากนี้ยังมีอัยการอีก 20 คนมีวาระ 3 ปี

ความผิดที่นายซัดดัม ฮุสเซนถูกฟ้องเป็นคดีทั้งหมด 12 คดี ในการกระทำผิดหลักๆ 7 ครั้ง ตลอดช่วงเวลาที่นายซัดดัม ฮุสเซนได้ครองอำนาจตั้งแต่ ปีค.ศ.1969-2003

คดีแรกที่ขึ้นสู่ศาลพิเศษแห่งอิรักคือ คดี ดูจาอิล (the Dujail Trial) โดยข้อเท็จจริงในคดีนี้คือ นายซัดดัม ฮุสเซนกับพวกรวม 7 คนได้โจมตีเมืองดูจาอิลซึ่งอยู่ทางตอนเหนือของกรุงแบกแดด 65 กิโลเมตร ได้ทำการสังหารหมู่ชาวมุสลิมนิกาย ชีอะห์ ซึ่งการโจมตีดังกล่าวเป็นการแก้แค้นในกรณีที่เกิดเหตุการณ์ลอบสังหารประธานาธิบดี ซัดดัม ฮุสเซน ในขณะที่ซัดดัม ฮุสเซน

³¹ หมายความว่า กรณีที่จะพิจารณาถึงคุณสมบัติของตัวบุคคลว่าบุคคลใดที่เป็นบุคคลที่ได้รับความคุ้มครองภายใต้กฎหมายนั้น ไม่ควรที่จะมองเพียงแค่นั้นในนามเท่านั้น แต่ควรที่จะมองถึงข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นด้วย อย่างเช่น กรณีของคดี *Tadic* แม้ว่าเหยื่อจะมีสัญชาติเดียวกับนาย *Tadic* แต่หากมองไปที่ข้อเท็จจริงแล้ว บุคคลเหล่านั้นจึงรักภักดี ขึ้นอยู่กับรัฐบาลโครเอเชีย

³² Human Rights Watch, *The First Trial before the Iraqi High Tribunal*, Human Rights Watch November 2006 vol.18,No.9(E), p.2

เมืองดูจาอิล การพยายามลอบสังหารนายซัดดัม ฮุสเซนกระทำโดยกลุ่มที่เรียกว่ากลุ่ม Isamic Dawa Party แต่ไม่สำเร็จ ซัดดัม ฮุสเซนจึงบุกเข้าโจมตีเมืองดังกล่าวเป็นการแก้แค้น ผลจากการบุกเข้าโจมตีดังกล่าวส่งผลพลเรือนชาวชีอะห์ (Shiites) ถูกสังหาร พลเมืองดูจาอิลกว่า 1,500 คน ซึ่งรวมไปถึงเด็ก และ สตรีถูกจับกุมตัวไปกักขังและถูกนำตัวไปทรมาน การทำการอื่นเป็นการทารุณ ภายหลังจากถูกกักขังอยู่นานนับปี พลเรือนบางกลุ่มถูกเนรเทศออกไปยังค่ายกักกันกลางทะเลทราย ส่วนเมืองดูจาอิลนั้นถูกทำลายราบคาบ

เมื่อวันที่ 5 พฤศจิกายน ค.ศ.2006 ศาลได้ตัดสินให้ประหารชีวิต นายซัดดัม ฮุสเซนโดยการแขวนคอภายใน 30 วันหลังจากที่ศาลได้ตัดสิน จากความผิดที่นายซัดดัม ฮุสเซนได้ฆ่าพลเรือนชาวชีอะห์ 148 คนที่เมืองดูจาอิล

เมื่อวันที่ 30 ธันวาคม ค.ศ.2006 เวลาท้องถิ่นประมาณ 6:05 นาฬิกา นาย ซัดดัม ฮุสเซนเมิดถูกประหารชีวิตโดยการแขวนคอ

นายซัดดัม ฮุสเซน ไม่เพียงแต่กระทำการสังหารหมู่พลเรือนชาวมุสลิมในชายชีอะห์ที่อาศัยอยู่ในเมืองดูจาอิลเท่านั้น แต่เขาได้กระทำการอื่นถือเป็นการละเมิดกฎหมายที่ใช้เพื่อการคุ้มครองพลเรือนซึ่งการกระทำมีความผิดหลักๆนอกเหนือจากกรณีสังหารหมู่ชาวชีอะห์ที่เมืองดูจาอิลนั้น ได้แก่ การปฏิบัติการ อันฟาล (Anfal) ซึ่งใช้แก๊สพิษสังหารชาวเคิร์ดในปี ค.ศ. 1988 , การรุกรานคูเวตในปี ค.ศ. 1990 เป็นต้น

กรณีที่นายซัดดัม ฮุสเซน ได้กระทำการอื่นถือเป็นการละเมิดอนุสัญญาเจนีวานั้นแม้ว่าจะยังไม่มีกรณีคดีกับนายซัดดัม ฮุสเซน แต่สามารถเห็นได้อย่างชัดเจนว่าการกระทำดังกล่าว นั้นละเมิดอนุสัญญาเจนีวา โดยการกระทำดังกล่าวได้แก่

การกระทำที่ถือเป็นการละเมิดกฎหมายที่บัญญัติเกี่ยวกับวิธีและวิธีการสงครามตามที่บัญญัติไว้ในอนุสัญญาเจนีวา และ พิธีสารเพิ่มเติมอนุสัญญาเจนีวาฉบับที่ 1 ข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นคือ ในวันที่ 23 มีนาคม ทหารอิรัก และ หน่วยคอมมานโดของอิรักฆ่าทหารสหรัฐจำนวน 10 ราย และบาดเจ็บกว่า 40 นายโดยการสร้างทำเป็นยกรงขาวยอมจำนน และระดมยิงใส่ทหารสหรัฐ ภายหลังที่หลอกลวงจนตายใจว่าตนยอมแพ้แล้ว การปลอมตัวเป็นพลเรือน เพื่อหลบซ่อนอาวุธ เพื่อทำการซุ่มโจมตีฝ่ายตรงข้าม ซึ่งการกระทำดังกล่าวนั้นขัดกับบทบัญญัติในพิธีสารเพิ่มเติมอนุสัญญาเจนีวาฉบับที่ 1 มาตรา 37 ซึ่งว่าด้วยการห้ามการใช้กลอุบายโดยไม่ชอบ³³ นอกจากทหารอิรักจะใช้วิธีการแบบกลโกงโดยการสร้างยกรงขาวยอมแพ้ให้ฝ่ายตรงข้ามตายใจแล้ว

³³ ดูพิธีสารเพิ่มเติมอนุสัญญาเจนีวาฉบับที่ 1 มาตรา 37

ยังได้มีการนำเด็ก และสตรีมาเป็นโล่ห่มมนุษย์เพื่อป้องกันตนจากการถูกทหารสหรัฐระดมยิง นอกจากนี้ The Royal Scots Dragoon Guards ใกล้เคียงกับเมือง บาสรา (Basra) รายงานว่า ในวันที่ 30 มีนาคม พบว่าหน่วยคอมมานโดของอิรักได้นำเด็ก อายุประมาณ 5 ถึง 8 ปีประมาณ 4-5 คนมายืนขวางถนนในหมู่บ้าน *Kuj Al Mum* เพื่อเป็นเกราะกำบังขณะที่ทหารสหรัฐระดมยิงใส่ทหารอิรัก และในวันถัดมาเมื่อผู้พบเห็นทหารอิรักนำผู้หญิงและเด็กมาเป็นโล่ห่มมนุษย์ในเมือง *Hindlyah* ³⁴

การที่ทหารอิรักนำเด็ก และสตรีมาเป็นโล่ห่มมนุษย์นั้นขัดกับหลักการที่บัญญัติไว้ในอนุสัญญาเจนีวาฉบับที่ 4 มาตรา 28 ซึ่งบัญญัติว่า บุคคลผู้ที่ได้รับความคุ้มครองจะต้องไม่ถูกนำไปเป็นเกราะป้องกันการโจมตีจากปฏิบัติการทางทหาร ³⁵ ซึ่งการกระทำดังกล่าวนั้นขัดกับบทบัญญัติ มาตรา 28 แห่งอนุสัญญาเจนีวาฉบับที่ 4 อย่างเห็นได้ชัด

นอกจากการนำพลเรือนมาเป็นโล่เพื่อป้องกันการโจมตีจากฝ่ายตรงข้ามแล้ว ทหารอิรักยังได้บุกเข้าไปหลบซ่อนตัว และประจำการอยู่ในสถานที่อยู่อาศัยของพลเรือน โรงพยาบาล โรงเรียน และใช้สถานที่เหล่านี้เป็นกองบัญชาการ และเป็นฐานปฏิบัติการทางทหาร โดยที่เมือง *Nasiriyah* ในวันที่ 25 มีนาคม ทหารสหรัฐพบว่าโรงพยาบาลแห่งหนึ่งถูกใช้เป็นฐานทัพของหน่วยคอมมานโดของอิรัก โดยในโรงพยาบาลนั้น พวกเขาพบว่ามียาอาวุธ รถถัง รวมไปถึงอาวุธเคมี และหน้ากากป้องกันสารพิษ นอกจากนี้ ทหารอิรักยังได้นำรถพยาบาล และ ยานพาหนะที่ใช้เพื่อการแพทย์ มาทำการขนส่งทหารเพื่อทำการสู้รบ และในวันที่ 31 มีนาคม ทหารสหรัฐอเมริกานายได้รับบาดเจ็บจากการถูกหน่วยคอมมานโดของอิรักขับรถพยาบาลชนใกล้ๆกับเมือง *Nasiriyah*

การกระทำดังกล่าวขัดกับหลักการที่บัญญัติไว้ในพิธีสารเพิ่มเติมอนุสัญญาเจนีวาฉบับที่ 1 มาตรา 38 ซึ่งบัญญัติห้ามการใช้เครื่องหมายพิเศษอันเด่นชัดของกาชาด หรือเครื่องหมาย เครื่องสัญญาณอื่นซึ่งบัญญัติไว้ในอนุสัญญาเจนีวา หรือในพิธีสารเพิ่มเติมอนุสัญญาเจนีวาโดยไม่เหมาะสม และในมาตรา 12 วรรค 3 แห่งพิธีสารเพิ่มเติมอนุสัญญาเจนีวาฉบับที่ 1 ได้บัญญัติว่า “ไม่ว่าในสถานการณ์ใดหน่วยทางการแพทย์จะต้องไม่ถูกนำไปใช้เป็นเกราะกำบังเป้าหมายทางทหารจากการโจมตี”

³⁴ Carrie Satterlee, Saddam Hussein's Violations of the Geneva Conventions, <http://www.heritage.org/research/iraq/wm260.cfm>

³⁵ อนุสัญญาเจนีวาฉบับที่ 4 มาตรา 28

จากบทบัญญัติข้างต้น จะเห็นได้ว่าการกระทำของทหารอิรักนั้นขัดต่อบทบัญญัติดังกล่าว เนื่องจากมีการนำรถพยาบาลที่ติดเครื่องหมายกาชาดมาใช้ในการสู้รบ ซึ่งจากข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นนั้น คือ หน่วยคอมมานโดของอิรักได้ขับรถพยาบาลชนทหารของสหรัฐบาดเจ็บ ซึ่งการกระทำดังกล่าวเป็นตัวอย่างที่แสดงให้เห็นว่าเป็นการนำสัญลักษณ์กาชาดมาใช้อย่างไม่ถูกต้อง

การกระทำของนายซัดดัม ฮุสเซนที่ถือว่าเป็นการกระทำอันโหดร้ายและเป็นการกระทำที่เป็นความผิดอย่างเห็นได้ชัดคือ กรณีการปฏิบัติการอันفال (Anfal Campaign) โดยปฏิบัติการนี้เกิดขึ้นในระหว่างวันที่ 23 กุมภาพันธ์ ถึง 6 กันยายน 1988 โดยกองกำลังทางทหารของซัดดัม ได้บุกไปยังเมืองอันفالเพื่อโจมตีพลเมืองชาวเคิร์ดในทางตอนเหนือของอิรัก โดยมุ่งที่จะยึดครองดินแดนบริเวณนั้น โดยเป้าหมายหลักของซัดดัม ฮุสเซนคือการกวาดล้างชาวเคิร์ดในบริเวณนั้นให้หมดไป³⁶

ปฏิบัติการอันفالเริ่มขึ้นโดยทหารอิรักจำนวน 200,000 นาย บุกเข้าโจมตีเมืองอันفالตีกรบล้อมจับกุมพลเรือน บุกยึดหมู่บ้าน เมื่อยึดหมู่บ้านได้แล้ว พลเรือนจะถูกแบ่งออกเป็น 2 กลุ่ม คือ กลุ่มแรก คือ ผู้ชายอายุตั้งแต่ 13-70 ปี และกลุ่มที่สองคือ เด็ก สตรี และคนชรา โดยพลเรือนกลุ่มแรกจะถูกยิงและนำไปฝังรวมกันในหลุมขนาดใหญ่ ส่วนเด็ก สตรี และคนชราจะถูกจับกุมตัวไปกักขังยังค่ายกักกัน ที่ซึ่งมีสภาพความเป็นอยู่ที่เลวร้าย ชาวเคิร์ดที่ถูกจับกุมจำนวนกว่า 100,000 คน สามารถหลบหนีออกจากสถานที่กักขังได้ แต่อย่างไรก็ตามผู้ที่ไม่สามารถหลบหนีออกมาได้ประมาณ 182,000 คนถูกสังหารจากปฏิบัติการครั้งนี้

ตัวอย่างการกระทำต่อพลเรือนของนายซัดดัม ฮุสเซน ที่ขัดต่อหลักการคุ้มครองพลเรือนที่เห็นได้อย่างชัดเจน คือเหตุการณ์การใช้อาวุธเคมีสังหารชาวเคิร์ด โดยในปฏิบัติการอันفالช่วงเดือนเมษายน ค.ศ. 1987 ซัดดัม ฮุสเซนได้ใช้อาวุธเคมีในการขับไล่ชาวเคิร์ดออกจากหมู่บ้านในทางตอนเหนือของอิรัก ซึ่งสามารถคาดการณ์ได้ว่า มีการใช้อาวุธเคมีกับพลเรือนประมาณ 40 หมู่บ้าน ซึ่งการใช้อาวุธเคมีต่อชาวเคิร์ดที่รุนแรงที่สุดเกิดขึ้นในวันที่ 16 มีนาคม ค.ศ. 1988 โดยการโจมตีเกิดขึ้นตลอดเวลาแม้ในเวลากลางคืน โดยได้ทิ้งระเบิดที่มีก๊าซมัสตาร์ด (mustard gas) และสารทำลายระบบประสาทที่เมืองฮาลับจา (Halabja) ซึ่งก๊าซดังกล่าวส่งผลให้ผู้ที่ถูกก๊าซดังกล่าวมีอาการตาบอด อาเจียร วิงเวียนศีรษะ เป็นแผลพุพอง ชัก รวมไปถึงการหายใจไม่ออก

³⁶ “Top 5 Crimes of Saddam Hussein”,

<http://history1900s.about.com/od/saddamhussein/a/husseincrimes.htm?p:1>

พลเรือนกว่า 5000 คนเสียชีวิตทันทีในวันที่ถูกโจมตี และพลเรือนประมาณ 10,000 คนที่ถูกสารพิษดังกล่าวมีชีวิตรอดอยู่ แต่ได้รับผลกระทบระยะยาว ยกตัวอย่างเช่น ตาบอด เป็นมะเร็ง ส่วนสตรีมีครรภ์ก็จะได้รับผลกระทบในการให้กำเนิดบุตร

จากกรณีการละเมิดกฎหมายที่ใช้เพื่อการคุ้มครองพลเรือนที่ได้ยกตัวอย่างมาทั้ง 2 กรณี ทั้งกรณีของนาย *Dusko Tadic* และกรณีของนาย *Saddam Hussein* นั้น แม้ว่าในกรณีของนาย ซัดดัม ฮุสเซน ความผิดที่เขาได้กระทำต่อพลเรือนในบางความผิดนั้นศาลจะยังไม่ได้มีคำตัดสินว่าเป็นความผิดแต่อย่างใด เนื่องจากนายซัดดัม ฮุสเซนต้องโทษประหารชีวิต และเขาถูกแขวนคอไปเมื่อวันที่ 30 ธันวาคม ค.ศ. 2006 เนื่องจากผลของคำตัดสินในคดีดูจาอิล (Dujail case) ซึ่งเป็นคดีแรกที่นายซัดดัม ฮุสเซนถูกดำเนินคดีในความผิดที่เขาได้กระทำขึ้น แต่การกระทำที่นายซัดดัม ฮุสเซนได้กระทำต่อพลเรือนนั้นเห็นได้ชัดว่าการกระทำดังกล่าวนั้นขัดกับหลักกฎหมายที่บัญญัติขึ้นเพื่อใช้ในการคุ้มครองพลเรือนดังที่ได้กล่าวไปข้างต้นแล้วนั้น จะสามารถมองเห็นปัญหาในการใช้กฎหมายที่บัญญัติขึ้นเพื่อคุ้มครองพลเรือนที่เกิดขึ้น คือ กฎหมายที่ใช้เพื่อการคุ้มครองพลเรือนนั้นมีอยู่มากมาย แต่ปัญหาคือประสิทธิภาพในการคุ้มครอง การบังคับใช้กฎหมายนั้นมีประสิทธิภาพน้อยเพียงใด เนื่องจากในขณะที่เกิดเหตุการณ์ละเมิดกฎหมายในการคุ้มครองพลเรือนนั้น ก็มีกฎหมายดังกล่าวบังคับใช้อยู่ แต่ผู้ที่กระทำการอันเป็นการละเมิดนั้นขาดความเกรงกลัวในกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ ขาดความเกรงกลัวต่อผลของกฎหมายที่ตนได้กระทำขึ้น

4.4. บทลงโทษความผิดฐานละเมิดกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศที่ใช้เพื่อการคุ้มครองพลเรือน

4.4.1. ประเภทของการลงโทษ

ภายใต้ธรรมนูญกรุงโรม ประเภทของการลงโทษผู้ที่กระทำผิดแบ่งได้เป็น

4.4.1.1. จำคุก

การกำหนดโทษพื้นฐานของธรรมนูญกรุงโรม โดยบัญญัติว่า ศาลอาจสั่งจำคุกโดยกำหนดระยะเวลาที่แน่นอนแก่ผู้กระทำผิด ซึ่งการกำหนดระยะเวลาการจำคุกดังกล่าวจะต้องไม่เกิน 30 ปี³⁷ และศาลอาจกำหนดโทษจำคุกตลอดชีวิตได้หากพิจารณาจากโทษร้ายแรงที่

³⁷ ดู ธรรมนูญกรุงโรม มาตรา 77 (1) (a)

ผู้ต้องหากระทำผิด และมีเหตุอันสมควร³⁸ แต่ในเรื่องของโทษจำคุกตลอดชีวิตนี้ มีความเห็นแตกต่างกัน คือ บางรัฐที่เห็นด้วยกับโทษประหารจะมองว่าโทษจำคุกตลอดชีวิตนั้นเบาเกินไป โดยรัฐที่มีความเห็นไปในแนวทางนี้ คือ รัฐในแถบยุโรปบางรัฐ และรัฐในแถบละตินอเมริกา ซึ่งรัฐเหล่านี้ไม่เห็นด้วยกับโทษจำคุกตลอดชีวิต และอีกกลุ่มหนึ่งจะมองว่า โทษจำคุกตลอดชีวิตนั้นโหดร้าย เป็นการลงโทษที่ไม่มีมนุษยธรรม ซึ่งการกระทำดังกล่าวต้องห้ามตามหลักสิทธิมนุษยชน³⁹ โดยในการปรึกษาหารือกันดังกล่าวสรุปว่าให้มีการตัดสินโทษจำคุกตลอดชีวิตได้ต่อไป

อย่างไรก็ตามศาลอาจอนุญาตให้มีการปล่อยตัวผู้กระทำผิดได้หลังจากที่ได้รับโทษไปส่วนหนึ่งแล้ว แต่ก็ไม่ได้มีบทบัญญัติไว้เป็นพิเศษถึงเงื่อนไขในการปล่อยตัวผู้กระทำผิด หรือการทำทัณฑ์บน โดยกฎหมายที่บัญญัติไว้คือ ธรรมนูญกรุงโรมมาตรา 110 โดยให้อำนาจศาลในการพิจารณาลดโทษหากพิจารณาแล้วเห็นว่าผู้กระทำผิดคนนั้นให้ความร่วมมือในการดำเนินคดีในการสอบสวน หรือการดำเนินคดี

ในการตัดสินจำคุกแก่ผู้กระทำความผิด ศาลจะหักลบเวลาที่ศาลตัดสินโทษจำคุกกับระยะเวลาที่ผู้กระทำผิดถูกกักคุมตัวในระหว่างการพิจารณาคดี หากผู้กระทำผิดจะต้องรับโทษมากกว่า 1 ข้อหา ศาลจะต้องกำหนดโทษของแต่ละข้อหา และระยะเวลารวมทั้งหมดของทุกข้อหา รวมกัน โดยระยะเวลาโทษจำคุกทั้งหมดที่จะได้รับจะต้องไม่น้อยกว่าระยะเวลาลงโทษขั้นสูงสุดของแต่ละข้อหาที่ผู้กระทำผิดได้กระทำลงไป หรือไม่มากไปกว่าระยะเวลาที่กฎหมายกำหนดไว้ในมาตรา 77 (1) (b) ซึ่งก็คือโทษจำคุกตลอดชีวิต หรือหากไม่ตัดสินโทษจำคุกตลอดชีวิตดังกล่าว ระยะเวลาของโทษจำคุกก็ต้องไม่เกิน 30 ปี

4.4.1.2.โทษปรับ และริบทรัพย์

ธรรมนูญกรุงโรมให้อำนาจศาลในการตัดสินโทษปรับ หรือริบทรัพย์ให้แก่ผู้กระทำผิดนอกเหนือจากโทษจำคุก โดยทรัพย์สิน หรือของมีค่าที่ผู้กระทำผิดได้มาจากการก่ออาชญากรรมโดยตรง หรือโดยอ้อม ซึ่งการตัดสินโทษดังกล่าวจะต้องคำนึงถึงหลักสุจริตของบุคคลที่สามด้วย นอกจากนี้ยังมีการเสนอให้ทำการริบเครื่องมือ หรืออุปกรณ์ที่ผู้กระทำผิดใช้ในการก่ออาชญากรรม โดยรวมไปถึงเครื่องบินที่ใช้นขนส่ง หรืออุปกรณ์ใดๆที่ใช้ในการก่ออาชญากรรม

³⁸ ดู ธรรมนูญกรุงโรม มาตรา 77 (1) (b)

³⁹ William A. Schabas, An Introduction to the International Criminal Court, Cambridge University Press, 2004, p.166

4.5. สิทธิของผู้ต้องหา และการดำเนินคดี

4.5.1. สิทธิของผู้ต้องหา

แม้ว่าบุคคลผู้นั้นจะต้องโทษฐานใดก็ตาม และไม่ว่าโทษนั้นจะร้ายแรงสักเพียงใด บุคคลเหล่านี้ย่อมมีสิทธิพื้นฐานในการถูกดำเนินคดีตามที่กฎหมายได้บัญญัติคุ้มครองไว้ โดยสิทธิดังกล่าวมีดังนี้

4.5.1.1. การได้รับสันนิษฐานว่าเป็นผู้บริสุทธิ์ (Presumption of Innocence)

การได้รับการสันนิษฐานว่าเป็นผู้บริสุทธิ์นั้น ได้มีบทบัญญัติของกฎหมายบัญญัติคุ้มครองไว้ในมาตรา 66 แห่งธรรมนูญกรุงโรม โดยบัญญัติว่า

“ทุกคนจะต้องได้รับการสันนิษฐานว่าเป็นผู้บริสุทธิ์จนกว่าจะพิสูจน์ต่อศาลได้ว่าบุคคลนั้นมีความผิดจริง และในการที่ศาลจะตัดสินผู้ต้องหาว่ามีความผิดจริงนั้น ศาลจะต้องเชื่อว่าผู้ต้องหาได้กระทำผิดจริงโดยไม่มีข้อสงสัย”⁴⁰

โดยพฤติการณ์ที่เห็นได้อย่างชัดเจนว่ากฎหมายให้สิทธิผู้ต้องหาในการได้รับสันนิษฐานว่าเป็นผู้บริสุทธิ์นั้น ได้แก่⁴¹

- 1.) การที่ผู้ต้องหาได้รับการปล่อยตัวชั่วคราวในระหว่างที่มีการพิจารณาคดี แต่การที่ผู้ต้องหาได้รับการปล่อยตัวชั่วคราวนี้ผู้ต้องหาบางคนก็อาจไม่ได้รับการปล่อยตัวชั่วคราวก็ได้ ขึ้นอยู่กับสภาพแวดล้อมที่ว่า ผู้ต้องหาอาจหลบหนี หรือได้รับโทษร้ายแรง จึงต้องมีการควบคุมตัวผู้ต้องหาดังกล่าวไว้เพื่อป้องกันการหลบหนี
- 2.) การที่ผู้ต้องหาจะต้องถูกคุมขังแยกออกจากบุคคลที่ได้รับการตัดสินว่ามีความผิดจริงแยกออกจากกัน
- 3.) สิทธิที่ผู้ต้องหาจะไม่ให้การใดๆ ในระหว่างที่มีการสอบสวน หรือการพิจารณาคดี

กฎเกณฑ์ที่กล่าวมาข้างต้นนั้นสามารถสะท้อนให้เห็นถึงการให้สิทธิผู้ต้องหาในการได้รับการสันนิษฐานว่าเป็นผู้บริสุทธิ์ โดยกฎเกณฑ์ที่กล่าวมานี้ได้ถูกรวบรวมไว้ในธรรมนูญกรุงโรมเช่นเดียวกัน โดยสิทธิของผู้ต้องหาที่จะไม่ให้การใดๆ อยู่ในมาตรา 55(2) (b) หรือสิทธิที่ผู้ต้องหาได้รับการปล่อยตัวชั่วคราวภายใต้ธรรมนูญกรุงโรมมาตรา 59(3)-(6) และมาตรา 60(2)-(4)

⁴⁰ ธรรมนูญกรุงโรม มาตรา 66

⁴¹ William A. Schabas, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 23 หน้า 95

4.5.1.2. สิทธิของผู้ถูกกล่าวหา (Right of the Accused)

สิทธิของผู้ถูกกล่าวหาที่มีขึ้นเพื่อคุ้มครองผู้ที่ถูกกล่าวหาให้ได้รับความเป็นธรรม ในระหว่างการพิจารณาคดี โดยสิทธิของผู้ที่ถูกกล่าวหา รวมไปถึง การได้รับการสันนิษฐานว่าเป็นผู้บริสุทธิ์ สิทธิในการเผชิญหน้ากับพยาน โดยธรรมนูญกรุงโรมได้บัญญัติคุ้มครองสิทธิของผู้ถูกกล่าวหาในระหว่างการพิจารณาคดีไว้ในมาตรา 67 โดยได้นำหลักการมาจากมาตรา 14(3) ของกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมือง และสิทธิทางการเมือง (International Covenant on Civil and Political Rights) และสิทธิที่จะได้รับการพิจารณาคดีอย่างเป็นธรรมซึ่งบัญญัติไว้ในปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (the Universal Declaration of Human Rights)

โดยในมาตรา 67 ธรรมนูญกรุงโรม ได้บัญญัติให้สิทธิแก่ผู้ถูกกล่าวหาได้รับทราบรายละเอียดของข้อกล่าวหาที่ตนได้รับเพื่อให้ผู้ที่ถูกกล่าวหาใช้เวลาเพียงพอที่จะเตรียมตัวแก้ต่างให้แก่ตนเอง และให้ผู้ที่ถูกกล่าวหาสามารถติดต่อสื่อสารกับที่ปรึกษาของตนได้โดยไม่ชักช้า มีสิทธิที่จะตรวจสอบพยาน และมีสิทธิที่จะได้รับบริการ หรือใช้เจ้าหน้าที่แปลภาษาหากผู้ถูกกล่าวหาต้องการ

4.5.2. การดำเนินคดีแก่ผู้ต้องหา

ศาลที่มีอำนาจดำเนินคดีกับผู้กระทำผิดฐานอาชญากรรมสงคราม ได้แก่

4.5.2.1. ศาลอาญาระหว่างประเทศ (International Criminal Court: ICC)

ศาลอาญาระหว่างประเทศตั้งขึ้นโดยมติของที่ประชุมระหว่างประเทศที่กรุงโรมในปี ค.ศ. 1998 โดยเป็นองค์กรที่ถูกจัดตั้งขึ้นโดยธรรมนูญกรุงโรม เพื่อให้เป็นองค์กรตุลาการถาวรที่เป็นอิสระ เพื่อพิจารณาคดีอาญาที่รุนแรงตามกฎหมายระหว่างประเทศ ซึ่งได้แก่ ความผิดฐานฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ อาชญากรรมต่อมวลมนุษยชาติ ความผิดฐานรุกราน และความผิดฐานอาชญากรรมสงคราม

แนวคิดเรื่องการจัดตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศเกิดขึ้นมาก่อนหน้านี้นี้และได้มีการพัฒนากันมาอย่างต่อเนื่อง จนกระทั่งหลังสงครามโลกครั้งที่ 2 องค์กรสหประชาชาติได้ริเริ่มความพยายามในการจัดตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศ โดยสมัชชาแห่งสหประชาชาติได้มีมติที่ 260 ในวันที่ 9 ธันวาคม 1948 มอบหมายให้คณะกรรมการการกฎหมายระหว่างประเทศ (International Law Commission: ILC) ได้ศึกษาความเป็นไปได้ในการจัดตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศ รวมทั้งขอบเขตของอำนาจศาลดังกล่าวเพื่อพิจารณาโทษของปัจเจกบุคคลที่ก่ออาชญากรรมระหว่างประเทศ สมัชชาสหประชาชาติได้ขอให้คณะกรรมการการกฎหมายระหว่างประเทศนำร่าง

ธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศในปี ค.ศ. 1951 และ 1953 มาปรับปรุงใหม่อีกครั้งเพื่อจัดตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศที่มีลักษณะถาวร

หลังจากที่พิจารณาแล้วเห็นว่ามติประชาคมโลกได้ให้การสนับสนุนการก่อตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศชั่วคราวที่ใช้เพื่อดำเนินคดีกับผู้กระทำความผิดในยูโกสลาเวียเดิม ซึ่งเป็นศาลเฉพาะกิจอย่างท่วมท้น⁴² ร่างรัฐธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศที่ได้จัดทำขึ้นโดยคณะกรรมการกฎหมายระหว่างประเทศก็ได้้นำร่างนั้นเสนอต่อสมัชชาในปี 1994 และสมัชชาได้ตั้งคณะกรรมการเตรียมการ (Preparatory Committee on the Establishment of and International Criminal Court) ขึ้นในวันที่ 11 ธันวาคม 1995 เพื่อจัดทำเอกสารที่จะเสนอต่อที่ประชุมระหว่างประเทศ โดยสมัชชาสหประชาชาติได้มีมติที่ 52/160 ในวันที่ 15 ธันวาคม 1997 โดยให้จัดประชุมผู้แทนรัฐบาลที่มีอำนาจเต็มเพื่อจัดตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศ ณ กรุงโรม ประเทศอิตาลี ซึ่งลักษณะสำคัญที่ทำให้ศาลอาญาระหว่างประเทศแตกต่างจากศาลยุติธรรมระหว่างประเทศคือ ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศมีอำนาจพิจารณาคดีระหว่างรัฐ กับ รัฐ ส่วนศาลอาญาระหว่างประเทศพิจารณาคดีที่เกี่ยวข้องกับตัวบุคคล และก่อนหน้าที่จะมีการก่อตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศ ได้มีการก่อตั้งศาลชั่วคราวขึ้นมาเพื่อพิจารณาคดีเป็นการเฉพาะ ซึ่งได้แก่ศาลอาญาระหว่างประเทศชั่วคราวสำหรับดำเนินคดีกับบุคคลผู้กระทำความผิดในยูโกสลาเวียเดิม (The International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia: ICTY) และ ศาลอาญาระหว่างประเทศชั่วคราวสำหรับดำเนินคดีกับบุคคลที่กระทำความผิดในรวันดา (International Criminal Tribunal for Rwanda: ICTR)

ลักษณะความผิดที่สามารถดำเนินคดีในศาลอาญาระหว่างประเทศภายใต้ธรรมนูญกรุงโรมได้บัญญัติให้ศาลอาญาระหว่างประเทศมีเขตอำนาจเหนืออาชญากรรม 4 ประเภท ได้แก่ การฆ่าล้างเผ่าพันธุ์, อาชญากรรมต่อมวลมนุษยชาติ, อาชญากรรมสงคราม และความผิดฐานรุกราน

กระบวนการในการฟ้องร้องคดีในศาลอาญาระหว่างประเทศนั้นผู้ที่นำคดีขึ้นสู่ศาลอาญามาได้จาก

1. รัฐที่เป็นภาคี (State Party)
2. คณะมนตรีความมั่นคง (Security Council)
3. อัยการผู้ฟ้องร้องคดีของศาลอาญาระหว่างประเทศ (Prosecutor)

⁴² สมพงษ์ ชูมาก. กฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีเมือง. สำนักพิมพ์แห่ง

4.5.2.2. ศาลภายในประเทศ

สำหรับความผิดฐานอาชญากรรมสงครามซึ่งไม่ตกอยู่ภายใต้เขตอำนาจของศาลอาญาชั่วคราวที่ตั้งขึ้นทั้งสองแห่ง และกรณีศาลอาญาระหว่างประเทศไม่ได้อ้างถึงเขตอำนาจศาลที่มีอยู่เหนือความผิดนั้นๆ โดยรัฐจะต้องรับภาระหน้าที่ในการจัดการลงโทษผู้ที่กระทำการอันเป็นการละเมิดกฎหมายภาคสงคราม โดยมีผู้กล่าวว่า การกระทำที่ชั่วช้า และไม่เป็นการเคารพสิทธิมนุษยชนนั้นก่อให้เกิดเขตอำนาจศาลไปทั่วโลกซึ่งทำให้อาชญากรรมสงครามผู้นั้นจะถูกพิจารณาคดี ณ. ที่ใดก็ได้⁴³ และหลักการนี้ อนุสัญญาเจนีวายังได้รับรองโดยอิงกับหลัก *aut dedere aut punier* หมายความว่ารัฐจะต้องส่งตัวผู้ร้ายข้ามแดน หรือไม่อย่างนั้น รัฐก็ต้องดำเนินคดีกับผู้กระทำความผิด⁴⁴

⁴³ Ingrid Detter, The Law of War, Cambridge University Press, 2000, p.

425 อ้างถึงใน Robespierre, Quoted by I. Basdevant, *La Revolution Francaise et le droit de la guerre continentale*, Paris, 1901, 165

⁴⁴ อนุสัญญาเจนีวาฉบับที่ 4 มาตรา 146